

# LA STRATEGIA DEGLI IMPEGNI DELL'AUTORITÀ GARANTE

di Federico Ghezzi  
21 dicembre 2011

L'Autorità garante della concorrenza (AG) a partire dalla metà del 2006 ha visto rafforzati i propri poteri decisionali. Oltre agli ordinari poteri sanzionatori, che prevedono una diffida e la possibilità di applicare una sanzione commisurata a gravità e durata delle condotte restrittive della concorrenza, l'AG può ora applicare misure cautelari e decisioni con impegni.

Inoltre, è stato introdotto un programma di clemenza, attraverso il quale incentivare le imprese all'autodenuncia, promettendo a chi fornisca per prima evidenze significative di intese segrete l'immunità dalla sanzione amministrativa altrimenti applicabile.

Per quanto concerne le decisioni con impegni, esse consentono all'AG di chiudere un procedimento senza accertare la violazione qualora le parti presentino impegni tali da far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria e si applicano in materia sia di intese, sia di abusi di posizione dominante. Si tratta, pertanto, di fronte ad un subprocedimento, avviato su istanza delle imprese, il quale può rappresentare una soluzione appropriata laddove l'istruttoria riguardi casi complessi, che richiederebbero indagini e verifiche approfondite e costose, ma a priori non appaiono di elevata gravità. I costi per l'AG e le parti sarebbero molto elevati; i benefici di condurre a termine l'istruttoria non particolarmente evidenti, e talvolta inesistenti. Di qui la possibilità di individuare una via d'uscita, tale da sgombrare ogni preoccupazione concorrenziale emersa nelle valutazioni dell'AG ed evitare all'impresa le conseguenze negative di un'istruttoria lunga e che si potrebbe concludere con un divieto (con i correlati negativi effetti reputazionali, oltre che la possibilità di successive richieste di risarcimenti).

In questi primi 5 anni di applicazione del nuovo strumento, due sembrano essere le principali conclusioni che si possono trarre. Le decisioni con impegni hanno cannibalizzato gli altri poteri di decisione, modificando il dna dell'AG, che abbandonando un modello puramente sanzionatorio/punitivo sembra averne abbracciato uno orientato alla cura diretta del pubblico interesse al buon funzionamento dei mercati e, secondo molti autori, ad un approccio marcatamente regolatorio. In secondo luogo, l'ingresso degli impegni nell'arco degli strumenti di intervento dell'AG ha comportato una deflagrazione in quella che pareva essere una visione condivisa di che cosa una autorità di concorrenza può e deve fare a tutela dei mercati. Se c'è infatti una costante, questa riguarda l'assoluta divergenza di opinioni tra giudici, autorità e dottrina giuridica ed economica in relazione a funzione, natura (si tratta di patteggiamento e quindi di contratto o si resta nell'alveo del provvedimento amministrativo?), ambito e frequenza di applicazione (può l'AG applicare lo strumento anche in caso di condotte molto gravi, e dunque sanzionabili?), nonché i principi che le autorità devono seguire nel valutare gli impegni, sotto i profili della necessità (possono considerarsi impegni che vanno chiaramente oltre quanto richiesto per eliminare i profili anticompetitivi?), della congruità (possono accettarsi impegni in mercati diversi da quello oggetto di istruttoria?) e della tutela dei terzi (può l'AG rendere obbligatori impegni che influiscano sui diritti dei terzi?).

La prassi applicativa mostra in primo luogo che l'AG, soprattutto in materia di abusi di posizione dominante, predilige applicare le decisioni con impegni anche di fronte a condotte gravi e persino molto gravi, ossia condotte che in anni passati hanno portato ad applicare sanzioni nell'ordine delle decine, se non delle centinaia di milioni di euro. Ciò vale in relazione ad abusi escludenti e a condotte di incumbents illecitamente preordinate ad impedire o ritardare l'entrata sul mercato o in mercati a valle di concorrenti, ma anche ad intese orizzontali di prezzo (non segrete).

L'unica eccezione all'applicazione delle decisioni con impegni ha riguardato le intese c.d. hard core ossia i cartelli segreti, in omaggio ad espliciti orientamenti comunitari. Peraltro, anche in relazione a questo pur fondamentale aspetto, una parte della giurisprudenza non considera questo come un limite assoluto all'applicazione del nuovo strumento, quanto piuttosto una questione di opportunità, mentre l'altra è orientata in senso molto più restrittivo.

Le due tabelle qui sotto presentate, che distinguono le istruttorie tra quelle che hanno dimostrato una violazione, quelle chiuse senza divieti, e quelle concluse rendendo obbligatori gli impegni presentati dalle parti, mostrano la crescente rilevanza quantitativa delle decisioni con impegni (nel complesso superiori al 50%) e l'uso che di tale strumento è stato fatto soprattutto in materia di condotte abusive (circa il 75% dei casi).

\* Fonte: [www.agcm.it](http://www.agcm.it); dati aggiornati al 9-12-2011

Il ricorso così ampio al nuovo strumento solleva due perplessità, di segno opposto, amplificate dall'estrema discrezionalità (tecnica e amministrativa) di cui gode l'AG sul se applicare questo procedimento alternativo e sul se rigettare o meno gli impegni una volta imboccato il percorso.

Il primo insieme di rischi deriva dalla circostanza che l'AG accetti impegni anche in casi gravi o molto gravi, che meriterebbero cioè una sanzione, talvolta elevata. L'AG potrebbe optare per questa soluzione per due ragioni. La principale è legata alla crisi economica e dunque all'indesiderabilità dello strumento sanzionatorio tradizionale (la sanzione dovrebbe avere efficacia dissuasiva, ma se coerentemente applicata, potrebbe determinare lo stato di insolvenza delle imprese che non siano in grado di pagare; di conseguenza, meglio far pagare indirettamente la sanzione in futuro, imponendo condotte procompetitive alle imprese), ma anche alla risalente tendenza del TAR del Lazio e del Consiglio di Stato a ridurre, quando non ad annullare, le sanzioni applicate dall'AG (meglio un impegno accettato dalle parti oggi che una sanzione domani, se il rischio di un azzeramento della stessa sia elevato). Ora, di fronte a queste situazioni, e ipotizzando di poter considerare un impegno pro futuro come una sorta di sanzione (ad esempio, tale da poter ridurre i ricavi delle imprese coinvolte) si possono avere due ipotesi opposte.

La prima è che l'AG opti per un impegno blando rispetto alla sanzione altrimenti applicabile. La conseguenza è una forte riduzione del livello di dissuasione specifica e generale. Le imprese potrebbero essere incentivate a violare la disciplina antitrust a fronte di una possibile (ma non certo probabile) apertura dell'istruttoria nei loro confronti, poiché sarebbe disponibile la strada degli impegni, con un costo assai inferiore a quello della sanzione. Questo inciderebbe non solo sulle imprese nei confronti delle quali l'istruttoria è avviata, bensì sul complesso delle imprese che, nel valutare pro e contro di una determinata condotta, guardano ai costi attesi, e di conseguenza a quanto sia efficace l'attività di monitoraggio dell'autorità e al livello della sanzione media che a fronte di una determinata condotta l'AG è in grado di applicare.

Alternativamente si potrebbe ipotizzare che l'AG induca le parti a proporre un impegno pienamente affittivo, ossia che costringa le parti a pagare grazie all'attuazione dell'impegno una somma che è pari o addirittura superiore all'entità della sanzione amministrativa altrimenti applicabile. Qui il problema è più generale. La domanda che sorge spontanea è se sia in grado l'AG, abbia davvero gli strumenti, anche di controllo, e soprattutto la responsabilità per orientare le imprese al fine di riequilibrare la domanda e l'offerta sul mercato. La possibilità che l'AG sbagli nell'indurre un'impresa a intraprendere una pratica individualmente costosa, ma che potrebbe generare benefici più che proporzionali per il mercato è davvero elevata. I danni, anche concorrenziali, sarebbero enormi, e certamente il passaggio da tutela a regolazione con finalità promozionali della concorrenza rappresenterebbe un travisamento di funzione.

Il secondo insieme di rischi potrebbe nascere da un atteggiamento proattivo dell'AG a tutela del consumatore. Consapevole dei problemi concorrenziali insiti in taluni mercati - tipicamente quelli oligopolistici - l'AG potrebbe avviare istruttorie "al buio", ossia con castelli accusatori supportati da pochissime evidenze, facendo conto sull'incertezza e sull'avversione al rischio delle imprese. I timori delle imprese potrebbero indurle a presentare impegni "procompetitivi", a presunto vantaggio della concorrenza e dei consumatori, ma che altererebbero innaturalmente gli equilibri del mercato. I rischi principali che un siffatto atteggiamento potrebbe determinare sono quelli di un errore nella scelta delle misure più idonee a conseguire l'esito di mercato desiderato, ma anche di provocare un chilling effect, ossia un atteggiamento a priori guardingo delle imprese che, pur di non subire istruttorie e la necessità di avanzare impegni costosi, si asterranno dal porre in essere condotte che, a seguito di una valutazione piena, si rivelerebbero presumibilmente lecite.

In sintesi, l'AG sembra avere abusato di uno strumento che, se utilizzato con parsimonia e nei casi opportuni,

È efficace soprattutto poiché fa risparmiare le risorse scarse dell'Autorità a tutto vantaggio del perseguimento delle condotte più gravi. Se, al contrario, È usato in modo massiccio e inappropriato rischia di tradire la funzione dell'autorità e soprattutto di determinare una eterogeneità di fini, provocando danni concorrenziali addirittura maggiori di quelli che vorrebbe risolvere. E, comunque, È piuttosto triste constatare che gli impegni, che dovevano servire per ridurre fortemente i tempi e i costi dell'istruttoria, in alcuni casi non abbiano nemmeno consentito di raggiungere questo risultato «minore», se È vero che proprio alcune procedure di «patteggiamento» hanno visto prolungarsi la durata, anche a seguito dei continui ricorsi e interventi in sede contenziosa, oltre ogni più pessimistica previsione. Alla fine, per la forse interessante, ma non certo determinante per l'economia italiana, diatriba tra la Federazione Italiana Sport Equestri, Federitalia e Federazione Italiana Equitazione Western sull'organizzazione dei concorsi ippici, si sono dovuti affaticare gli uffici dell'Autorità, i giudici e le parti per quattro lunghissimi anni. Ne valeva davvero la pena?