

XX COLLOQUIO BIENNALE DI DIRITTO COMPARATO

**Università di Ferrara
10-12 maggio 2007**

**DECISIONI D'ACCETTAZIONE DEGLI IMPEGNI, *CONSENT ORDER* E
CONSENT DECREE: L'ANTITRUST E I LIMITI DEL POTERE**

GIANLUCA FAELLA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. L'esperienza statunitense. - 2.1. *La prassi della FTC: il consent order*. - 2.2. *La conclusione negoziata dei procedimenti avviati dal DOJ: il consent decree*. - 3. La conclusione negoziata dei procedimenti antitrust nell'ordinamento nazionale. - 4. Il termine per la presentazione degli impegni. - 5. La valutazione dell'opportunità d'adottare una decisione d'accettazione degli impegni. - 6. Il legame tra l'infrazione e le misure prospettate: l'attitudine a risolvere un problema concorrenziale attuale. - 7. (*segue*) Regolazione e tutela della concorrenza nelle decisioni d'accettazione degli impegni. - 8. Il sistema delle garanzie e dei controlli.

1. Introduzione

Nel delineare il rinnovato sistema d'applicazione degli articoli 81 e 82 CE, il Reg. 1/2003 ha previsto che la Commissione possa adottare decisioni d'accettazione degli impegni proposti dalle parti per rispondere alle preoccupazioni espresse nella valutazione preliminare della condotta contestata, riconoscendo un analogo potere decisionale alle istituzioni nazionali di tutela della concorrenza, onde assicurare l'efficace funzionamento di una rete integrata di autorità indipendenti chiamate a garantire un *level playing field* per le imprese attive nel territorio dell'Unione. A distanza di alcuni anni dall'entrata in vigore del Reg. 1/2003, il decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modifiche dalla legge 4 agosto 2006, n. 248 ("Decreto Bersani"), ha finalmente adattato, *in parte qua*, il sistema antimonopolistico nazionale alla riforma attuata dal legislatore comunitario. Con l'art. 14 del Decreto Bersani, infatti, il legislatore nazionale ha introdotto nella l. 287/90 il nuovo art. 14-*ter*, a tenore del quale, nelle istruttorie per intese restrittive o abusi di posizione dominante, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ("Autorità") può adottare decisioni d'accettazione degli impegni proposti dalle parti per risolvere i problemi concorrenziali sollevati dalla pratica contestata, chiudendo il procedimento senza accertare l'esistenza di un'infrazione.

All'epoca dell'emanazione del Reg. 1/2003, la conclusione negoziata dei procedimenti antitrust non rappresentava una novità assoluta nel panorama europeo. In diverse occasioni, nel vigore del precedente regolamento d'applicazione degli art. 81 e 82 CE (Reg. 17/1962), la Commissione ha chiuso le indagini a seguito dell'offerta di impegni da parte dell'impresa interessata, senza adottare una decisione formale sulla condotta contestata¹. La prassi della soluzione negoziata, peraltro, presentava alcuni

* Cleary Gottlieb Steen & Hamilton, LLP; LE Lab – Laboratorio di analisi economica del diritto. Il presente lavoro è stato presentato al XX Colloquio Biennale di Diritto Comparato, tenutosi presso l'Università di Ferrara nei giorni 10-12 maggio 2007. Il testo definitivo è in corso di pubblicazione negli atti del convegno.

¹ Si vedano, in particolare, i casi *IBM* (XIV *Competition Policy Report*, 1985, § 94, pp. 77-79), *Coca-Cola* (XIX *Competition Policy Report*, 1990, § 50, pp. 65-66), *Microsoft* (XXIV *Competition Policy Report*, 1994, § 212, pp. 121, 364 e 365); *ACNielsen* (XXVI *Competition Policy Report*, 1996, pp. 144-

evidenti limiti, costituiti dalle incertezze circa la natura e l'efficacia delle misure concordate, dall'assenza di strumenti coercitivi per garantire l'adempimento degli impegni – di là dalla minaccia di riaprire l'istruttoria – e dalla scarsa trasparenza della procedura informale². Il Reg. 1/2003 e, in ambito municipale, il Decreto Bersani hanno attribuito una veste giuridico-formale allo strumento nato nella prassi applicativa della Commissione, disciplinando – invero in modo sintetico e generico – presupposti e limiti del potere d'adottare decisioni d'accettazione degli impegni e predisponendo un severo apparato sanzionatorio.

Con l'introduzione delle decisioni d'accettazione degli impegni, il sistema antitrust europeo, risultante dall'interazione tra l'ordinamento comunitario e quelli degli Stati membri, ha compiuto un ulteriore, significativo passo avanti nel processo di convergenza con la più matura esperienza antimonopolistica statunitense, da sempre pietra di paragone ineliminabile per i cultori del diritto antitrust nel vecchio continente. I *consent order* e *decree* noti alla prassi antitrust nordamericana e le decisioni d'accettazione degli impegni rispondono a una comune filosofia e alla medesima logica di fondo, pur presentando alcune sensibili divergenze, in buona parte riconducibili alla diversa architettura dell'apparato sanzionatorio e all'atteggiarsi della dialettica tra *public* e *private enforcement* nei due sistemi.

Il raffronto con la prassi statunitense offre lo spunto per alcune riflessioni circa i presupposti, i vantaggi e i limiti di un istituto che potrebbe mutare radicalmente il modo d'intendere la politica della concorrenza in Italia e in Europa. Nel presente lavoro, dopo aver tracciato, in estrema sintesi, le linee essenziali della disciplina dei *consent order* e *decree* statunitensi e delle decisioni d'accettazione degli impegni introdotte dal Decreto Bersani, soffermeremo la nostra attenzione su alcuni profili di particolare interesse che emergono dall'analisi comparata dei due sistemi, quali segnatamente: (i) il termine per la presentazione degli impegni; (ii) la valutazione dell'opportunità di pervenire a una conclusione negoziata del procedimento; (iii) il legame tra i rimedi divisati dalle parti e la condotta contestata; (iv) i rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza; e (v) il sistema delle garanzie e dei controlli.

2. L'esperienza statunitense

Nel sistema antitrust statunitense, i *consent order* e *decree* rientrano tra i principali strumenti d'*enforcement* a disposizione della Federal Trade Commission (FTC) e del Department of Justice (DOJ), che ricorrono a procedure negoziate per chiudere la maggior parte dei casi trattati, ivi inclusi quelli di maggior rilievo economico e mediatico³.

148) *Digital Equipment* (su cui v. M. DOLMANS-V. PICKERING, 1997 *Digital Undertaking*, in *European Competition Law Review*, 1998, 108). Nel silenzio del Reg. 17/62, non sembravano esservi particolari ostacoli o impedimenti a una conclusione negoziata delle indagini, posto che, secondo la giurisprudenza comunitaria, la Commissione gode di un'ampia discrezionalità nella scelta delle pratiche da sottoporre al proprio scrutinio, in base alle priorità che orientano l'*enforcement* delle norme antitrust europee: cfr. Trib. I Grado 18 settembre 1992, causa T-24/90, *Automec/Commissione*, in *Raccolta*, 1992, II-2223. Pur non sfociando nell'adozione di una decisione formale, la prassi della soluzione negoziata garantiva una certa protezione alle imprese interessate, in virtù del legittimo affidamento ingenerato dal comportamento della Commissione: cfr. K.P.E. LASOK-T. MILLET, *Judicial Control in the EU: Procedures and Principles*, Richmond, 2004, 353-364.

² Cfr. W.P.J. WILS, *Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No. 1/2003*, in *World Competition*, 2006, 345.

³ Basti ricordare il *consent decree* che ha posto termine, nel 1982, alla controversia tra il DOJ e AT&T, avviando il processo di liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni negli Stati Uniti e dando

2.1. La prassi della FTC: il consent order

Il *consent order* è un atto di competenza della FTC, nato nella prassi applicativa e attualmente disciplinato dal *Code of Federal Regulations* (CFR), che prevede la possibilità di risolvere le controversie in materia antitrust con una soluzione negoziata in qualsiasi stadio della procedura⁴. A norma della *rule 2.31 CFR*, il destinatario di una contestazione della FTC può proporre una conclusione negoziata della controversia, ove le circostanze del procedimento lo consentano e tale soluzione sia compatibile con l'interesse pubblico. Nelle fasi iniziali del procedimento, il *consent order* si pone come alternativa all'esperimento dell'azione giudiziale per infrazione alle norme a tutela della concorrenza. Ove la controversia sia già pendente di fronte al giudice amministrativo, le parti possono presentare ugualmente una proposta d'accordo, chiedendo alla FTC di rinunciare all'azione. Se il *Complaint Counsel*, che rappresenta in giudizio la FTC, decide d'aderire alla proposta, il procedimento dinanzi all'autorità giudiziaria è sospeso in attesa della decisione dell'*antitrust agency*; in caso contrario, il giudice amministrativo può, comunque, trasmettere alla FTC la proposta d'accordo e la richiesta di rinuncia all'azione, ove ritenga che vi siano fondate possibilità di una soluzione negoziata.

Nei procedimenti negoziati di fronte alla FTC, quindi, il ruolo del giudice è limitato a un'eventuale attività di mediazione. La scelta circa la chiusura negoziata della procedura compete alla FTC, che può decidere di proseguire le indagini nonostante l'offerta di adeguate misure correttive, ove ritenga preferibile pervenire a una soluzione giudiziale del caso per ragioni d'interesse pubblico (ivi inclusa, ad esempio, l'esigenza di chiarire l'interpretazione delle norme antitrust in un caso dubbio o innovativo). Dopo aver ricevuto l'avallo preliminare della FTC, l'accordo è pubblicato nel *Federal Register*, onde garantire la trasparenza della procedura e consentire ai terzi interessati di far pervenire eventuali commenti entro un termine pari, di norma, a trenta giorni. Qualora decida d'accettare la proposta, la FTC adotta un *consent order*, che impone la cessazione dell'attività presuntivamente illecita o l'astensione dalla stessa (*cease and desist*): si tratta, quindi, di un rimedio per sua vocazione rivolto al futuro, in quanto inteso a inibire la continuazione di una pratica anticompetitiva o a prevenirne la reiterazione, piuttosto che a porre riparo agli effetti restrittivi già prodottisi⁵. Peraltro, da

origine alla separazione strutturale tra la rete a lunga distanza e quelle locali, allocate alle sette *baby bells*: v. *Modification of Final Judgement (MFJ) United States v. American Tel. & Tel. Co.*, 552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1982), *aff'd sub nom. Maryland v. United States*, 460 U.S. 1001 (1983). Si pensi, ancora, alla pluriennale saga della Microsoft, snodatasi attraverso una prima controversia risolta nel 1995 con un *consent decree*, la cui asserita violazione rappresentava uno degli elementi alla base di un successivo contenzioso, anch'esso definito in via negoziale: v. *United States v. Microsoft Corp.*, 56 F. 3d 1448 (D.C. Cir. 1995); *U.S. v. Microsoft*, 231 F. Supp. 2d 144 (D.D.C. 2002).

⁴ Sulla prassi della FTC in materia di *consent order*, v., di recente, D.P. DUCOR, *Settlement of Competition Conduct Violations at the United States Antitrust Agencies and at the European Commission – Some observations*, in B.E. HAWK (a cura di), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute – International Antitrust Law & Policy*, New York, 2006, 227.

⁵ Cfr. D.P. DUCOR, *op. cit.* Nella prassi recente della FTC, cfr., *inter alia*, In re Union Oil Co. Of Cal. Et al., FTC dkt. No. 9305 (2005), Trade Reg. Rep. (CCH) para. 15,755, disponibile sul sito internet <http://www.ftc.gov/os/caselist/d9288.htm>. Nella specie, la FTC aveva contestato alla Union Oil di aver sviluppato e brevettato una tecnica per produrre una particolare tipologia di carburante raccomandato dal California Air Resources Board, lasciando intendere a quest'ultimo e all'industria petrolifera che tale tecnologia fosse di pubblico dominio, per poi chiedere il pagamento di ingenti *fee* a seguito della sua affermazione come standard di settore. Per porre termine all'infrazione, il *consent order* della FTC ha

quando le corti statunitensi hanno riconosciuto alla FTC il potere di chiedere al giudice amministrativo, nei casi di maggior gravità, la condanna delle imprese al pagamento di una somma monetaria a compensazione degli illeciti profitti incamerati (“*monetary equitable relief*”)⁶, il *consent order* può imporre, in aggiunta a misure correttive, l’obbligo di versare un sostanziale importo da destinare a un fondo a beneficio dei soggetti danneggiati⁷.

Per prevenire future contestazioni e garantire un effettivo risparmio di risorse amministrative, è previsto che le imprese interessate debbano rinunciare espressamente alle ulteriori fasi procedurali, nonché alla possibilità di una revisione giudiziale del provvedimento, sebbene l’adozione di un *consent order* non implichi un’ammissione di responsabilità da parte degli operatori, che possono chiedere l’espressa menzione del mancato riconoscimento d’aver commesso un illecito. Il *consent order* non pone le imprese al riparo di azioni risarcitorie di privati o da eventuali iniziative di altre agenzie governative, che potrebbero esser stimulate dalla diffusione della notizia di una presumibile violazione delle norme antitrust; tuttavia, oltre ad esser sollevate da ulteriori obblighi e dall’onere di difendersi nel procedimento avviato dalla FTC, gli operatori evitano un accertamento giudiziale dell’infrazione, che potrebbe essere utilizzato da terzi in successivi giudizi civili aventi ad oggetto il risarcimento dei danni sofferti⁸.

2.2. La conclusione negoziata dei procedimenti avviati dal DOJ: il consent decree

Il *consent decree* è un atto adottato dall’autorità giudiziaria nei procedimenti antitrust avviati su iniziativa del DOJ. A lungo utilizzato in base alla normativa generale⁹, tale strumento d’intervento è stato espressamente previsto e disciplinato dall’Antitrust Procedures and Penalties Act del 1974 (c.d. APPA, o Tunney Act)¹⁰, che è inserito nel Clayton Act al par. 5 b)¹¹. Le trattative tra il DOJ e le imprese per pervenire a una

imposto all’impresa interessata d’astenersi dal far valere i brevetti relativi a tale tecnologia, mettere questi ultimi a disposizione del pubblico e rinunciare alle azioni di contraffazione avviate.

⁶ FTC v. Mylan Labs., 62 F. Supp. 2d 25 (D.D.C. 1999); sull’evoluzione dei rimedi a disposizione della FTC, si veda FTC, *90th Anniversary Symposium, Injunctions, Divestiture, and Disgorgement: The Evolution of FTC Remedies* (Sept. 23, 2004), disponibile sul sito internet <http://www.ftc.gov/ftc/history/transcripts/040923transcript007.pdf>.

⁷ Oltre al caso *FTC v. Mylan Laboratories, Inc., et al.*, citato alla nota precedente, v. *FTC v. Hearst Trust, et al.*, Civ. No. 1:01CV00734, Trade Reg. Rep. (CCH) para. 15,191 (D.D.C. 2001); *FTC v. Perrigo Copmany and Alpha Inc.*, Civ. No. 1:04CV01397, Trade Reg. Rep. (CCH) para 15,641 (D.D.C. 2004); in generale, v. 1 ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments* 668-70 (5th ed. 2002).

⁸ In base alle Federal Rules of Evidence, § 408, il *consent order* non è, di norma, ammissibile come prova della responsabilità delle imprese per gli atti contestati dalla FTC.

⁹ Il primo caso in materia risale agli inizi del secolo scorso: v. *United States v. Otis Elevator Co.*, 1906, Fed. Antitrust Cas. 107 (ND Cal 1906). La costituzionalità dei *consent decree* è stata riconosciuta dalla Corte Suprema nel 1928: v. *Swift and Company v. United States*, 276 U.S. 311 (1928).

¹⁰ 15 U.S. Code § 16.

¹¹ Sui *consent decree*, cfr., nella letteratura nordamericana più recente, R.A. EPSTEIN, *Antitrust Consent Decrees in Theory and Practice: Why Less is More*, Washington, 2007, nonché J.R. ATWOOD, *Observations on Negotiating Government Antitrust Settlements in the United States*, in B.E. HAWK (a cura di), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute – International Antitrust Law & Policy*, New York, 2006, 189, ove è analizzato, altresì, il tema della conclusione negoziata dei procedimenti aventi ad oggetto l’irrogazione di sanzioni penali per le infrazioni più gravi alle norme antitrust. Per un’analisi della prassi statunitense in tema di *consent decree*, si veda, altresì, M. FURSE, *The Decision to Commit: Some Pointers from the US*, in *European Competition Law Review*, 2004, 5; T.E. KAUPER, *The Use of Consent Decrees in American Antitrust Cases*, in *The Economics of the Antitrust Process*, a cura di M.B. COATE e A.N. KLEIT, L’Aja, 1996; M.L. WEINER, *Antitrust and the Rise of the Regulatory Consent Decree*, in *Antitrust*, 1995, 4; E.J. BRANFMAN, *Antitrust Consent Decrees: A Review*

soluzione negoziata della controversia possono aver luogo sin nella fase anteriore all'inizio di un procedimento per violazione della normativa a tutela della concorrenza. Se tali iniziative giungono a buon esito, il DOJ presenta al giudice distrettuale competente l'istanza con cui inizia il procedimento avverso l'impresa e, contestualmente, una proposta di *consent decree*, accompagnata da una dettagliata valutazione dell'impatto concorrenziale dell'accordo raggiunto (il c.d. *Competitive Impact Statement*, o CIS)¹².

La proposta di *consent decree* e il CIS sono pubblicati nel *Federal Register*. Entro sessanta giorni, i terzi interessati possono inviare commenti, a loro volta oggetto di pubblicazione unitamente alle eventuali repliche¹³. Decorso il termine di sessanta giorni, il giudice decide se approvare la proposta di *consent decree*, dopo averne valutato la conformità all'interesse pubblico.

Prima dell'approvazione del Tunney Act, alla prassi dei *consent decree* erano mossi due principali rilievi: l'uno fondato sulla scarsa trasparenza della procedura; l'altro sul ruolo passivo e defilato del giudice, il cui intervento finiva per tradursi in una mera certificazione dell'accordo raggiunto dalle parti¹⁴. In tale prospettiva, la prassi della soluzione negoziata, opaca e distante dalle aule di giustizia, rischiava di mutare radicalmente la fisionomia del sistema antitrust statunitense, tradizionalmente basato sulla trasparenza e sulla centralità del ruolo dell'autorità giudiziaria¹⁵. Il Tunney Act mirava, da un lato, a garantire un'ampia visibilità sulla procedura che conduce all'adozione del *consent decree* e, dall'altro, a riaffermare il ruolo cruciale del giudice nell'*enforcement* delle norme antitrust, a garanzia della conformità dell'accordo raggiunto dalle parti all'interesse pubblico¹⁶. In ultima istanza, il fine era quello di

and Evaluation of the First Seven Years Under the Antitrust Procedures and Penalties Act, in *Antitrust Bulletin*, 1982, 303. Per un'analisi comparativa, v. A. BOYER, *Form as substance: a Comparison of Antitrust Regulation by Consent Decrees in the USA, Reports of the Monopolies and Mergers Commission in the UK, and Grants of Clearance by the European Commission*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1983, 905.

¹² Il CIS è un atto dell'esecutivo, sottratto al controllo delle parti, che non hanno diritto di visionarlo prima della sua trasmissione al giudice. Tale atto deve contenere, *inter alia*, l'indicazione della natura e dello scopo del procedimento, la descrizione dei fatti che hanno dato origine alle indagini, la spiegazione della proposta e l'illustrazione delle misure correttive suggerite e dei loro effetti attesi sulla concorrenza, specificando altresì i rimedi che i terzi danneggiati possono esperire, le ragioni per le quali sono state scartate le possibili soluzioni alternative e i termini per un'eventuale modifica della proposta: v. 15 U.S.C. 16 (b).

¹³ La trasparenza della procedura negoziata è assicurata, altresì, da una serie di ulteriori previsioni. In particolare, le copie dei documenti su cui si fonda la proposta di *consent decree* devono essere rese disponibili al pubblico, mentre una sintesi del decreto e il CIS devono essere pubblicati su appropriati quotidiani. Inoltre, ciascuna parte deve depositare presso l'autorità giudiziaria una descrizione di tutte le comunicazioni scritte o orali con funzionari o dipendenti degli Stati Uniti in merito alla proposta di soluzione negoziata. La partecipazione dei terzi avviene, di norma, tramite l'invio di osservazioni al DOJ, ma può aver luogo anche in qualità di *amicus curiae*, mentre le richieste d'intervento come parti del procedimento sono solitamente respinte dall'autorità giudiziaria, per evitare eccessivi aggravii procedurali: cfr. M. FURSE, *op. cit.*

¹⁴ La posizione della giurisprudenza era esemplificata dalla sentenza *Sam Fox Publishing Co. v. United States*, ove la Corte Suprema ha rilevato che "*sound policy would strongly lead us to decline to assess the wisdom of the Government's Judgment in negotiating and accepting [a consent decree]*": 366 U.S. 683 (1961), 689.

¹⁵ Cfr., sul punto, M. BOCCACCIO-A. SAIJA, *La modernizzazione dell'Antitrust. La decisione con impegni*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2002, 285.

¹⁶ Nelle parole del Senatore Tunney, la nuova legge avrebbe trasformato "*a procedure which was generally accomplished in a series of private, informal negotiations between antitrust lawyers and attorneys for the defendant, into one that is exposed to the full light of the public awareness and judicial scrutiny*": v. 119 Cong. Rec. 24,598 (1973).

prevenire la conclusione di “*sweetheart deals*”, arginando gli abusi del potere economico privato, che avrebbe potuto sfruttare la propria influenza politica per negoziare *consent decree* benevoli o, comunque, inadeguati a risolvere i problemi concorrenziali identificati dal DOJ¹⁷.

Nel caso *Microsoft*, peraltro, la Corte d’Appello del Distretto della Colombia ha circoscritto sensibilmente l’ambito del sindacato dell’autorità giudiziaria, enfatizzando l’ampia discrezionalità di cui gode il DOJ nel negoziare la conclusione del procedimento¹⁸. La deferenza verso le prerogative del DOJ cede il passo soltanto di fronte alla constatazione che la proposta di *consent decree* “*appears to make a mockery of judicial power*”¹⁹. In ossequio al principio costituzionale di separazione dei poteri – prosegue la sentenza –, il giudice distrettuale competente deve basare la propria valutazione esclusivamente sulle contestazioni mosse dal Governo, senza spingersi sino a sindacare se il *consent decree* sia adeguato a porre rimedio a rischi concorrenziali diversi da quelli paventati dal DOJ. Il giudice non può, parimenti, negare il proprio avallo perché convinto dell’esistenza di rimedi più efficaci di quelli contenuti nel decreto, nella misura in cui le previsioni di quest’ultimo rientrino nei limiti dell’interesse pubblico²⁰. Nel valutare l’adeguatezza dei rimedi proposti, il giudice competente deve tener conto del fatto che la soluzione divisata è frutto di una negoziazione e di un compromesso tra posizioni e interessi confliggenti, sicché “*remedies which appear less than vigorous may well reflect an underlying weakness in the government’s case*”²¹. Infine, la Corte d’Appello ha ritenuto che, in assenza della prova della mala fede, l’autorità giudiziaria non possa spingersi sino a mettere in discussione la gestione delle indagini o la conduzione delle negoziazioni tra le parti²².

Nel 2004, una modifica del Tunney Act ha accresciuto le responsabilità delle corti nella procedura negoziata, precisando che il giudice è tenuto a verificare la conformità del *settlement* all’interesse pubblico ed estendendo, in certa misura, i fattori che lo stesso deve prendere in considerazione in tale analisi²³. La modifica del 2004, peraltro, non sembrerebbe aver modificato in modo sostanziale i limiti dell’intervento del giudice nella procedura negoziata²⁴, che continua ad avere natura sostanzialmente amministrativa, pur essendo soggetta alla supervisione dell’autorità giudiziaria.

¹⁷ Cfr. L.C. ANDERSON, *United States v Microsoft, Antitrust Consent Decrees, and the Need for a Proper Scope of Judicial Review*, in *Antitrust Law Journal*, 1995, 3. A sostegno dell’opportunità di un sindacato penetrante e completo dell’autorità giudiziaria, v. Note, *The Scope of Judicial Review of Consent Decrees under the Antitrust Procedures and Penalties Act of 1974*, in *Michigan Law Review*, 1983, 153.

¹⁸ *United States v. Microsoft Corp.*, 56 F.3d 1448, 1456, 1461 (D.C. Cir. 1995), su cui v., *inter alia*, L.C. ANDERSON, *op. cit.*, nonché D.A. GARZA, *The Court of Appeals sets strict limits on Tunney Act Review: The Microsoft Consent Decree*, in *Antitrust*, 1995, 21.

¹⁹ Ad avviso della Corte, infatti, “[a] decree, even entered as a pre-trial settlement, is a judicial act, and therefore the district judge is not obliged to accept one that, on its face, and even after government explanation, appears to make a mockery of judicial power. Short of that eventuality, the Tunney Act cannot be interpreted as an authorisation for a district judge to assume the role of Attorney General”: *United States v. Microsoft Corp.*, 56 F.3d 1448, 1462 (D.C. Cir. 1995). In senso critico, nel presupposto che “the ‘mockery’ test for judicial review threatens to eliminate any effective role for the courts in reviewing antitrust consent decrees”, v. L.C. ANDERSON, *op. cit.*

²⁰ *United States v. Microsoft Corp.*, 56 F.3d 1448, 1460 (D.C. Cir. 1995).

²¹ *Id.*, 1461. Cfr., altresì, *United States v. Armour & Co.*, 402 U.S. 673 (1971), laddove la Corte Suprema ha sottolineato che “the agreement reached normally embody a compromise”, giacché “the parties have purposes, generally opposed to each other, and the resultant decree embodies as much of those opposing purposes as the respective parties have the bargaining power and skill to achieve”.

²² *Id.*, 1459.

²³ 15 U.S.C. § 16(e), come modificato da Pub. L. 108-237, 108th Cong., 2d Sess. § 221(a)(b)(2) (June 22, 2004).

²⁴ Cfr. J.R. ATWOOD, *op. cit.*

A differenza del *consent order* adottato dalla FTC, il *consent decree* non impone il pagamento di un *monetary relief*, ma può rivelarsi comunque estremamente gravoso per le imprese, in quanto le obbliga ad astenersi da una determinata linea di condotta e, per tale via, può privarle della possibilità di sfruttare opportunità commerciali o implementare strategie profittevoli. Ciò nondimeno, i vantaggi della soluzione negoziata per le imprese sono sensibili. Contrariamente a una decisione giudiziale avversa, che comporta una presunzione della commissione dell'illecito negli eventuali giudizi instaurati dai soggetti danneggiati, ai sensi della Sez. 5 del Clayton Act, la soluzione negoziata raggiunta tra il DOJ e le imprese interessate prima dell'inizio della fase contenziosa dinanzi al giudice (letteralmente, “*before any testimony has been taken*”) non può esser invocata dai terzi quale fondamento per un'azione civile di risarcimento del danno. Peraltro, ove l'accordo tra il DOJ e le imprese sia raggiunto in corso di *litigation*, il *consent decree* può esser ammesso in un giudizio per il risarcimento dei danni come *prima facie evidence* della violazione delle norme antitrust, oltre a impedire al convenuto di contestare gli elementi fattuali su cui si fonda la pronuncia resa nel precedente contenzioso, in forza dei principi in tema di *collateral estoppel*.

3. La conclusione negoziata dei procedimenti antitrust nell'ordinamento nazionale

A norma dell'art. 14-ter della l. 287/90, “*entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 o degli articoli 81 o 82 del Trattato Ce, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria*”. Valutata l'idoneità degli impegni, l'Autorità può, “*nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario*”, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione²⁵. Per molti versi, le decisioni d'accettazione degli impegni riecheggiano i

²⁵ L'art. 14-ter s'ispira all'art. 9 del Reg. 1/2003, a tenore del quale “[q]ualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione e le imprese interessate proponano degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse loro dalla Commissione nella sua valutazione preliminare, la Commissione può, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese. La decisione può essere adottata per un periodo di tempo determinato e giunge alla conclusione che l'intervento della Commissione non è più giustificato”. Per un'analisi approfondita dei diversi profili problematici connessi alla disciplina delle decisioni d'accettazione degli impegni, cfr. M. SIRAGUSA-E. GUERRI-G. FAELLA, *Gli impegni e le misure cautelari, paper* presentato al convegno *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, Firenze, 2 marzo 2007, disponibile sul sito internet www.giustamm.it, in corso di pubblicazione; M. LIBERTINI, *Le decisioni “patteggiate” nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, 1288; G. BRUZZONE-A. SAJJA, *Misure cautelari e decisioni con impegni nell'applicazione delle regole antitrust: i presupposti e le garanzie*, in *Contratto e impr./Europa*, 2007, 268; per un primo inquadramento, v. anche ASSONIME, *I nuovi poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, Circolare Assonime n. 43/2006, in *Rivista delle società*, 2007, 274; con specifico riferimento al diritto comunitario, v. W.P.J. WILS, *op. cit.*; C.J. COOK, *Commitment Decisions: The Law and Practice under Article 9*, in *World Competition*, 2006, 222; O. ARMENGOL-A. PASCUAL, *Some Reflections on Article 9 Commitment Decisions in the Light of the Coca-Cola Case*, in *European Competition Law Review*, 2006, 125; R. O'DONOGHUE-A.J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford, 2006, 698; L. RITTER-R. GOTTI TEDESCHI, *The New Procedure under Article 9 Regulation 1/2003: Advantages and Weaknesses*, in *Contratto e impr./Europa*, 2005, 382; M. SOUSA FERRO, *Committing to Commitment Decisions – Unanswered Questions on Article 9 Decisions*, in *European Competition Law Review*, 2005, 451; J. TEMPLE LANG, *Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities and Private Parties Under European Antitrust Law*, Fordham Antitrust Conference, New York, settembre 2005, nonché *Commitment Decisions Under Regulation 1/2003: Legal Aspects of a New Kind of Competition Decisions*, in *European Competition Law Review*, 2003, 352.

consent order e *decree* di matrice nordamericana: tratto saliente del nuovo istituto è la possibilità di chiudere un procedimento antitrust con una soluzione negoziata, senza una pronuncia sul merito delle accuse formulate dall'Autorità, bensì sulla base della constatazione che, in virtù degli impegni offerti dalle imprese interessate, i problemi concorrenziali su cui verte l'istruttoria devono ritenersi risolti. Il riferimento ai limiti previsti dall'ordinamento comunitario si traduce nell'ancoraggio dell'art. 14-*ter* alla disciplina dell'analogo istituto contemplato dall'art. 9 del Reg. 1/2003 in quanto compatibile, facendo giustizia di alcune lievi differenze lessicali nella formulazione delle due norme.

Gli impegni proposti dalle imprese interessate, soggetti alle regole generali applicabili agli atti di autonomia privata quanto alla forma, al contenuto e ai criteri ermeneutici, possono avere ad oggetto misure di carattere strutturale o comportamentale²⁶, concernenti di norma le parti del procedimento, ma estendibili anche a imprese controllate, controllanti, consorelle o ausiliarie, mercé lo strumento giuridico della promessa del fatto altrui, ex art. 1381 c.c.²⁷.

A tenore dell'art. 14-*ter*, gli impegni devono esser presentati entro tre mesi dall'avvio dell'istruttoria. Le conseguenze del mancato rispetto di siffatto termine, peraltro, sono incerte. Per alcuni, posto che il termine è obbligatorio per le imprese e non per l'Autorità, anche qualora le parti presentino impegni idonei a risolvere le criticità evidenziate nel provvedimento d'avvio successivamente alla scadenza dei tre mesi dall'avvio dell'istruttoria, le misure offerte possono esser valutate dal garante, il quale, pur non essendo tenuto a prenderle in considerazione, resta libero di scegliere se adottare una decisione ex art. 14-*ter*, ovvero tener conto delle iniziative intese all'eliminazione o all'attenuazione delle conseguenze dell'infrazione ai fini della quantificazione dell'eventuale ammenda, a norma dell'art. 11 della l. 689/1981²⁸. Secondo un diverso orientamento, la presentazione tardiva di impegni può indurre l'Autorità ad attenuare il proprio giudizio di gravità sull'infrazione e, al limite, a non comminare alcuna ammenda, ma il procedimento non può chiudersi senza l'accertamento formale dell'eventuale commissione di un illecito da parte delle imprese interessate²⁹.

Il legislatore nazionale non ha provveduto a integrare la disciplina delle procedure istruttorie contenute nel d.p.r. n. 217/1998, dettando regole specifiche sull'applicazione dell'art. 14-*ter* della l. 287/90. Sostituendosi al legislatore, l'Autorità ha adottato una comunicazione che delinea in modo sintetico le procedure d'applicazione dell'art. 14-*ter*³⁰. La comunicazione prevede la possibilità di presentare una versione preliminare degli impegni con congruo anticipo rispetto alla scadenza del termine di tre mesi. Ove non sia deliberato il rigetto della proposta per manifesta infondatezza, gli impegni in versione definitiva sono pubblicati sul sito dell'Autorità. Con la pubblicazione degli impegni, si apre una fase di trenta giorni, durante la quale i terzi interessati possono presentare osservazioni scritte e gli uffici dell'Autorità possono interpellare i soggetti in grado di fornire elementi utili alla valutazione delle misure proposte (c.d. *market test*). Decorsi i trenta giorni, le parti possono presentare all'Autorità le proprie deduzioni circa

²⁶ Cfr. Commissione, *Commitment decisions (Article 9 of Council Regulation 1/2003 providing for a modernised framework for antitrust scrutiny of company behaviour)*, 17 settembre 2004, MEMO/04/217.

²⁷ Cfr. M. LIBERTINI, *op. cit.*

²⁸ Cfr. M. SIRAGUSA-E. GUERRI-G. FAELLA, *op. cit.*

²⁹ Cfr. M. LIBERTINI, *op. cit.*

³⁰ Provvedimento 12 ottobre 2006, n. 16015, *Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14-ter della legge n. 287/90*, in *Bollettino*, 2006, 39.

le osservazioni dei terzi e apportare modifiche accessorie agli impegni per tener conto dell'esito del *market test*.

La valutazione circa l'opportunità di pervenire a una conclusione negoziata del procedimento ha natura discrezionale. Analogamente alla Commissione europea e alle agenzie antitrust d'oltreoceano, l'Autorità non è tenuta ad accettare gli impegni offerti dalle parti, anche se presentati nei termini e idonei a rimuovere i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria, ove ritenga preferibile completare le indagini, accertare l'eventuale infrazione e, se del caso, irrogare una sanzione pecuniaria, onde salvaguardare l'efficacia deterrente della disciplina antimonopolistica o chiarire l'interpretazione delle norme antitrust in un caso dubbio o nuovo. L'ordinamento comunitario, peraltro, sembrerebbe porre un limite difficilmente valicabile alla discrezionalità dell'Autorità. Nel sistema antimonopolistico europeo, le decisioni d'accettazione degli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intenda comminare un'ammenda, come precisato dal considerando 13 del Reg. 1/2003 e confermato dal memorandum interpretativo dell'art. 9, pubblicato dalla Commissione nel settembre del 2004³¹. In forza del rinvio ai limiti previsti dall'ordinamento comunitario, nonché dell'esigenza di garantire un adeguato livello di coerenza nell'applicazione decentrata delle norme comunitarie di tutela della concorrenza, deve ritenersi che, anche nel sistema antitrust nazionale, le decisioni d'accettazione degli impegni non rappresentino una soluzione appropriata nei casi in cui, sulla scorta di una valutazione preliminare, la condotta contestata sembri integrare un'infrazione grave alle regole di concorrenza, sanzionabile con un'ammenda a norma dell'art. 15, comma 1, della l. 287/90³².

Diversamente dalla valutazione dell'opportunità di pervenire a una conclusione negoziata dell'istruttoria, l'apprezzamento dell'idoneità degli impegni sembra avere carattere tecnico, in quanto ancorato al parametro normativo costituito dalle regole nazionali e comunitarie in tema di intese e di abuso di posizione dominante. Ne discende che, nell'applicare l'art. 14-ter della l. 287/90, l'Autorità non può e non deve mirare al raggiungimento della miglior soluzione possibile dal punto di vista del perseguimento dell'interesse pubblico al mantenimento di un ambiente concorrenziale e all'apertura dei mercati: nella valutazione delle misure divise dalle parti, ciò che rileva

³¹ Cfr. MEMO/04/217, *Commitment decisions (Article 9 of Council Regulation 1/2003 providing for a modernised framework for antitrust scrutiny of company behaviour)*, 17 settembre 2004, ove si ribadisce che non è opportuno adottare decisioni con impegni “*where a fine would be appropriate (this therefore excludes commitment decisions in hardcore cartel cases)*”.

³² Sul punto, cfr. M. SIRAGUSA-E. GUERRI-G. FAELLA, *op. cit.* Indicazioni in tal senso si traggono dalla prassi decisionale dell'Autorità, che ha ritenuto inammissibili gli impegni proposti dalle parti nel caso *Produttori vernici marine*, perché la condotta contestata “*si configura[va] quale intesa orizzontale segreta e riguarda[va] restrizioni di estrema gravità della concorrenza, consistenti nella fissazione dei prezzi e nella ripartizione del mercato*”: v. Provvedimento 15 novembre 2006, n. 16151 (I646), *Produttori vernici marine*, in *Bollettino* 46/2006; v. anche Provvedimento 25 gennaio 2007, n. 16404 (I646), *Produttori vernici marine*, in *Bollettino* 4/2007, § 162. In alcuni casi, peraltro, gli impegni presentati dalle parti potrebbero incidere sul giudizio di gravità dell'infrazione, facendo venir meno la necessità di comminare una sanzione amministrativa pecuniaria. Ciò potrebbe accadere, in particolare, ove le misure siano strutturate in modo tale da rimuovere o attenuare *ab origine* gli effetti dell'infrazione: sul punto, cfr. Provvedimento 8 febbraio 2006, n. 15175 (A363), *Glaxo-Principi attivi*, in *Bollettino*, 2006, nel quale l'Autorità ha accertato che il *refusal to license* opposto da un'impresa chimica era incompatibile con le regole di concorrenza, ma non ha imposto alcuna ammenda, in quanto, nelle more del procedimento, l'operatore interessato aveva concesso non soltanto la licenza originariamente richiesta, ma anche ulteriori licenze aventi ad oggetto la produzione di un bene intermedio e il necessario *know-how*, in guisa da porre il concorrente in condizioni d'avviare la produzione in tempi rapidi, *come se* l'infrazione non fosse stata commessa.

è esclusivamente la loro idoneità a ricondurre la condotta delle imprese interessate entro i binari della liceità, correggendo o prevenendo una possibile infrazione alle norme antitrust.

Ove siano ritenute idonee, le misure proposte dalle imprese interessate possono essere recepite formalmente dall'Autorità, che le riversa nell'atto amministrativo di chiusura del procedimento, al quale si ricollega la vincolatività degli impegni per le parti³³. Le decisioni d'accettazione degli impegni non contengono un accertamento formale dell'esistenza o dell'inesistenza di un'infrazione per il passato, ma sembrano accertare che la condotta delle parti, come modificata in base alle misure concordate con l'Autorità, è compatibile con le regole di concorrenza, posto che l'adozione di un provvedimento a norma dell'art. 14-ter presuppone la verifica del venir meno dei profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria³⁴.

A seguito dell'adozione di un provvedimento ex art. 14-ter, le imprese non sono immuni dal rischio di richieste di risarcimento innanzi ai giudici nazionali per le condotte tenute prima che gli impegni siano resi obbligatori, ma l'assenza dell'accertamento di un'infrazione fa sì che, in sede di giudizio civile, i terzi non possano far leva sul provvedimento dell'Autorità per provare il fondamento della propria azione. Invero, nell'ordinamento italiano, i provvedimenti dell'Autorità non sono vincolanti per i giudici civili, che possono valutare liberamente la loro rilevanza come elemento di prova di un'infrazione alle regole di concorrenza³⁵. Tuttavia, l'esistenza di un provvedimento concernente i medesimi fatti allevia notevolmente l'*onus probandi* gravante sull'attore, posto che gli accertamenti e le valutazioni dell'Autorità esercitano, di norma, una significativa influenza sui giudici civili, facilitando la dimostrazione dell'*an* e del *quantum* del risarcimento. Come negli Stati Uniti, peraltro, la conclusione negoziata del procedimento non è del tutto priva di riflessi sull'esposizione delle imprese alle pretese risarcitorie di terzi: l'esistenza di una decisione che rende vincolante gli impegni assunti dalle parti per rimuovere profili di criticità sul piano concorrenziale, oltre a segnalare ai soggetti danneggiati la possibile commissione di un illecito, può costituire comunque un elemento atto a influire sul libero convincimento del giudice.

Per effetto della decisione dell'Autorità, l'impegno diviene vincolante nei confronti dell'impresa interessata. È dubbio, peraltro, se dal provvedimento d'accettazione degli impegni possano sorgere diritti soggettivi azionabili dai terzi interessati dinanzi al giudice civile, ove tali soggetti siano determinati o determinabili: nel nostro ordinamento, la soluzione positiva potrebbe discendere, in teoria,

³³ Sotto tale profilo, nel diritto nazionale, le decisioni d'accettazione degli impegni presentano chiare analogie con l'istituto dell'accordo integrativo o sostitutivo di provvedimento, di cui all'art. 11 della l. 7 agosto 1990, n. 241, sebbene sia discussa la possibilità d'inquadrare il nuovo strumento a disposizione dell'Autorità, come figura speciale, nel più generale istituto previsto dalle legge sul procedimento amministrativo: cfr. M. LIBERTINI, *op. cit.* Sulla possibilità di ricorrere al modulo convenzionale di chiusura del procedimento nelle istruttorie per illeciti antitrust, prima dell'entrata in vigore del nuovo art. 14-ter della l. 287/90, cfr. A. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, 2001, 186 ss.

³⁴ La situazione è diversa nell'ordinamento comunitario, ove le decisioni d'accettazione degli impegni non sembrerebbero implicare necessariamente il superamento dei possibili problemi concorrenziali, posto che la Commissione potrebbe decidere di chiudere le indagini, a seguito dell'offerta di misure correttive, per l'assenza di un sufficiente interesse comunitario a termini della sentenza *Automec*, rimettendo alle autorità antitrust nazionali il compito d'attivarsi per accertare l'eventuale infrazione alle regole di concorrenza (cfr. consideranda 13 e 22 del Reg. 1/2003).

³⁵ Cfr. Corte d'Appello di Roma 20 gennaio 2003, in *Il Foro Italiano*, 2003, I, 2474, nonché Corte d'Appello di Milano 10 dicembre 2004, in *Giurisprudenza Italiana*, 2006, 317.

dall'applicazione dell'art. 1411 c.c., che ammette in via generale la stipula di atti negoziali a favore di terzi, purché rispondano a interessi meritevoli di tutela³⁶.

In caso di mancato rispetto degli impegni, l'Autorità può irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria sino al 10% del fatturato, ex art. 14-ter, comma 2, della l. 287/90. Inoltre, a tenore dell'ultimo comma dell'art. 14-ter, l'Autorità può riaprire il procedimento d'ufficio se: (i) si modifica la situazione di fatto rispetto a un elemento su cui si fonda la decisione; (ii) le imprese interessate contravvengono agli impegni assunti; o (iii) la decisione si fonda su informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti, che siano state trasmesse dalle parti³⁷.

4. Il termine per la presentazione degli impegni

Uno dei principali tratti distintivi della disciplina nazionale in tema di *commitment decision* è lo stringente termine per la presentazione degli impegni. Tale previsione è stata introdotta in sede di conversione del Decreto Bersani per prevenire comportamenti opportunistici o dilatori delle imprese e garantire la celerità della procedura, sì da limitare l'impegno di risorse amministrative e porre rimedio in tempi rapidi a situazioni di malfunzionamento del mercato. Sennonché, la fissazione di un termine talmente ristretto per la presentazione degli impegni, oltre ad avere risvolti applicativi incerti³⁸, lascia perplessi sotto diversi punti di vista. In primo luogo, l'art. 14-ter sembra comprimere indebitamente i diritti di difesa delle parti, che potrebbero avere a disposizione, nelle fasi iniziali del procedimento, elementi insufficienti a valutare adeguatamente il carattere illecito del proprio comportamento o gli impegni da assumere, soprattutto in caso di condotte innovative, complesse o ambigue. Il termine di tre mesi rischia d'acuire l'intrinseco squilibrio nel potere negoziale delle parti, attribuendo all'Autorità un forte strumento di pressione per indurre le imprese ad assumere impegni anche a fronte di rilievi men che inoppugnabili, o ad offrire più di quanto strettamente necessario a rimuovere i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria.

In secondo luogo, il termine dei tre mesi sembra limitare notevolmente le potenzialità del nuovo istituto: anche in una fase avanzata del procedimento, l'adozione di una decisione d'accettazione degli impegni potrebbe consentire di raggiungere gli obiettivi perseguiti dagli articoli 5 e 9 del Reg. 1/2003, garantendo la cessazione o la prevenzione di una condotta anticompetitiva e il risparmio di costi amministrativi, quantomeno perché allontana lo spettro di un lungo e dispendioso contenzioso di fronte all'autorità giudiziaria.

³⁶ In tal senso, v. M. LIBERTINI, *op. cit.*; *contra*, cfr. M. BOCCACCIO-A. SAIJA, *op. cit.* Con riferimento al diritto comunitario, in senso positivo, v. R. O'DONOGHUE-A.J. PADILLA, *op. cit.*, e J. TEMPLE LANG, *Commitment Decisions Under Regulation 1/2003*, cit., per il quale il riconoscimento di pretese direttamente azionabili in capo ai terzi, nonostante l'assenza di chiare indicazioni normative, sarebbe coerente con le scelte generali compiute dal legislatore comunitario in direzione di un rafforzamento del *private enforcement* delle norme antitrust.

³⁷ Tali criteri riecheggiano quelli contenuti nell'art. 9, par. 2, del Reg. 1/2003, con l'unica differenza che la norma comunitaria consente alla Commissione di riaprire il procedimento anche su domanda, laddove l'art. 14-ter dispone che l'Autorità s'attivi d'ufficio. Tale norma pare escludere che l'Autorità sia tenuta a rispondere a istanze e denunce di terzi intese a ottenere la riapertura dell'istruttoria nei confronti delle imprese interessate, mentre non sembra precludere a queste ultime la possibilità di chiedere, in conformità ai principi generali, il ritiro o la riforma del provvedimento d'accettazione degli impegni, ove il mutamento della situazione di fatto renda ingiustificato il mantenimento delle misure originariamente concordate. Sui provvedimenti adottabili a seguito della riapertura del procedimento, cfr. M. SIRAGUSA-E. GUERRI-G. FAELLA, *op. cit.*

³⁸ Sul punto, v. *supra*, § 3.

Infine, nelle fasi iniziali del procedimento, l'Autorità potrebbe non disporre di elementi sufficienti a valutare adeguatamente la gravità dell'infrazione e, quindi, la necessità di completare l'istruttoria per irrogare un'ammenda, in linea col considerando 13 del Reg. 1/2003.

Nel sistema comunitario, non soltanto non v'è traccia di una simile limitazione temporale, ma le decisioni d'accettazione degli impegni sono state sovente adottate in una fase piuttosto avanzata del procedimento³⁹. Analogamente, nell'ordinamento statunitense, non sono previsti limiti per la presentazione di una proposta di soluzione negoziata, sebbene nei procedimenti avviati su iniziativa del DOJ le imprese siano fortemente incentivate a offrire misure prima dell'inizio della *litigation*, onde evitare che il *consent decree* possa esser ammesso come *prima facie evidence* dell'infrazione alle norme antitrust in eventuali giudizi per il risarcimento dei danni. È auspicabile che il legislatore nazionale intervenga nuovamente per prolungare la durata del termine per la presentazione degli impegni, o per eliminare ogni limitazione temporale⁴⁰, demandando all'Autorità la valutazione circa la tempestività dell'offerta e, eventualmente, prevedendo meccanismi incentivanti per indurre le imprese a prospettare le possibili misure nelle fasi iniziali del procedimento.

5. La valutazione dell'opportunità d'adottare una decisione d'accettazione degli impegni

Tanto nel sistema antitrust statunitense, quanto in quelli nazionale e comunitario, le autorità di tutela della concorrenza godono di un'ampia discrezionalità nel decidere se pervenire a una conclusione negoziata del procedimento: le norme in tema di *consent order*, *consent decree* e decisioni d'accettazione degli impegni non attribuiscono alle imprese un diritto soggettivo a evitare una decisione di condanna mediante l'offerta di impegni idonei a rimuovere le possibili infrazioni alle norme antitrust, bensì mirano a offrire alle istituzioni competenti uno strumento d'intervento flessibile per risolvere in modo celere ed efficace situazioni critiche sul piano concorrenziale, risparmiando risorse amministrative e orientando l'attività d'*enforcement* verso l'individuazione e la repressione di ulteriori illeciti.

Ciò non vuol dire, peraltro, che l'Autorità possa decidere liberamente se pervenire a una conclusione negoziata del procedimento in base a considerazioni di carattere

³⁹ Nell'ordinamento comunitario è richiesto esclusivamente che gli impegni siano “*idonei a rispondere alle preoccupazioni espresse dalla Commissione nella sua valutazione preliminare*”, che in alcuni casi è stata espressamente identificata nello *statement of objections* (v. Decisione della Commissione del 22 febbraio 2006, caso COMP/B-2/38.381 - *De Beers*, e 22 marzo 2006, caso COMP/C-2/38.173 - *Joint selling league of the media rights to the FA Premier League*, nonché i casi COMP/C2/39152 - *BUMA*, e COMP/C2/39151 - *SABAM* (accordo di Santiago - COMP/C2/38126), avviso pubblicato ai sensi dell'articolo 27, paragrafo 4, del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, in GUCE C200/11 del 17 agosto 2005), ma il Reg. 773/2004, all'art. 2, sembra individuare in una statuizione distinta e precedente alla formale contestazione degli addebiti, di cui al successivo art. 10. In dottrina, se alcuni nutrono dubbi circa la necessità d'attendere la contestazione degli addebiti per attivare la procedura negoziata (cfr. O. ARMENGOL-A. PASCUAL, *op. cit.*), altri negano l'esistenza di una sostanziale differenza tra la valutazione preliminare di cui all'art. 9 del Reg. 1/2003 e lo *statement of objections*, il quale rappresenterebbe, del resto, un presupposto imprescindibile perché la Commissione possa valutare in modo appropriato l'idoneità degli impegni formulati dalle imprese (cfr. J. TEMPLE LANG, *Commitment Decisions Under Regulation 1/2003*, cit.). In ogni caso, non pare esservi dubbio circa il fatto che l'intervenuta formulazione dello *statement of objections* non preclude l'applicazione dell'art. 9 del Reg. 1/2003, giacché tale documento non contiene un accertamento definitivo dell'illecito contestato (v. R. O'DONOGHUE-A.J. PADILLA, *op. cit.*).

⁴⁰ In tal senso, v. G. BRUZZONE-A. SAIJA, *op. cit.*

politico, sostanzialmente sottratte al sindacato del giudice amministrativo: nel valutare l'opportunità d'adoptare una decisione ex art. 14-ter della l. 287/90, la stella polare dovrebbe essere il perseguimento della soluzione ottimale dal punto di vista dell'interesse pubblico che il garante è tenuto a curare mediante l'applicazione delle norme antitrust, ossia l'interesse alla salvaguardia della libertà d'impresa e dell'assetto concorrenziale dei mercati a beneficio dei consumatori.

Il ricorso alle decisioni d'accettazione degli impegni presenta indubbi vantaggi dal punto di vista dell'interesse pubblico. La *ratio* del nuovo istituto è quella di migliorare l'efficacia e l'efficienza dell'*enforcement* delle norme antitrust, mediante: (i) la rapida rimozione delle possibili violazioni della disciplina antimonopolistica, a beneficio degli interessi dei consumatori; e (ii) il risparmio di risorse amministrative, che potranno essere destinate ad altre indagini, aventi ad oggetto condotte anticompetitive di maggior gravità. Nei casi di particolare complessità, inoltre, le decisioni d'accettazione degli impegni possono consentire all'Autorità di pervenire alla definizione di rimedi maggiormente efficaci, in quanto modulati in funzione delle particolari circostanze del caso in esame, attraverso il confronto e la collaborazione con le imprese interessate.

I vantaggi connessi alle procedure negoziate, peraltro, non devono indurre a trascurare il grave *vulnus* che sarebbe arrecato al sistema d'*enforcement* delle regole di concorrenza da un utilizzo indiscriminato delle decisioni d'accettazione degli impegni per chiudere i procedimenti in materia antitrust. La soluzione negoziata rappresenta un'alternativa all'esito naturale del procedimento, ossia il provvedimento che accerta l'esistenza dell'eventuale infrazione, ne inibisce la continuazione e, se del caso, commina una sanzione amministrativa pecuniaria. Oltre a porre termine alla condotta anticompetitiva, i provvedimenti d'accertamento dell'infrazione contribuiscono all'*enforcement* delle norme antitrust sotto diversi punti di vista. In primo luogo, essi garantiscono l'effetto deterrente della disciplina antimonopolistica nei confronti tanto delle parti del procedimento, quanto degli altri operatori attivi sul mercato⁴¹, attraverso: (i) l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie tali da compensare, in tutto o in parte, gli illeciti profitti incamerati e, eventualmente, imporre alle imprese un onere finanziario ulteriore come punizione per l'illecito commesso; (ii) l'esposizione alle azioni risarcitorie di terzi, che possono esser stimolate o facilitate dall'esistenza di un provvedimento dell'Autorità che accerta la condotta anticompetitiva; e (iii) le ripercussioni negative sull'immagine delle imprese interessate e, in caso di società quotate, sull'andamento delle loro azioni, a seguito della diffusione della notizia dell'accertamento di un'infrazione alle regole di concorrenza. In secondo luogo, i provvedimenti d'accertamento dell'infrazione, assunti al termine di un'istruttoria completa e di un'approfondita disamina del caso, forniscono indicazioni circa l'interpretazione delle norme antitrust e gli orientamenti dell'Autorità, ponendo gli operatori in condizione d'individuare i vincoli imposti dalla disciplina antimonopolistica e d'adeguarsi la propria linea di condotta. Sul piano sociale, inoltre, non va trascurato che, pur essendo finalizzati alla cura di un interesse pubblico, i provvedimenti d'accertamento dell'infrazione contribuiscono alla tutela delle posizioni giuridiche soggettive lese da condotte anticoncorrenziali, in quanto stimolano la proposizione di *follow-on action* e alleviano l'onere probatorio gravante sugli attori.

Ne discende che un eccessivo ricorso alla soluzione negoziata rischierebbe di: (i) minare alla radici l'efficacia deterrente del complessivo apparato sanzionatorio delineato dal legislatore nazionale; (ii) soffocare lo sviluppo e l'evoluzione della

⁴¹ Sul tema, cfr., di recente, W.J.P. WILS, *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, in *World competition*, 2006, 183.

giurisprudenza e della prassi decisionale in materia antitrust, ostacolando la formazione di un *corpus* di precedenti atto a chiarire i vincoli posti dalle regole di concorrenza; e (iii) pregiudicare le ragioni dei terzi danneggiati da condotte anticompetitive, anche considerato che, in Europa, la maggior parte della azioni per danni è proposta a seguito dell'accertamento di un'infrazione da parte delle competenti autorità antitrust. Dal punto di vista dell'interesse pubblico, l'adozione di una decisione d'accettazione degli impegni appare giustificata esclusivamente allorché i vantaggi derivanti da una più rapida rimozione dell'infrazione e dal risparmio di risorse amministrative (oltre che, eventualmente, dai più ampi margini di flessibilità nella definizione delle misure correttive) eccedano i benefici connessi a un provvedimento d'accertamento della violazione, in termini di maggior efficacia deterrente, chiarimento dell'interpretazione delle norme antitrust e facilitazione delle azioni civili a tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei privati⁴².

Uno dei limiti alla discrezionalità dell'Autorità – e, *mutatis mutandis*, della Commissione – è stato codificato dal legislatore comunitario al considerando 13 del Reg. 1/2003, che riflette le preoccupazioni circa la perdita dei benefici connessi alle decisioni d'accertamento dell'infrazione. In forza di tale considerando, deve presumersi che, ove l'infrazione sia passibile di una sanzione amministrativa pecuniaria non meramente simbolica, l'esigenza di salvaguardare l'effetto deterrente delle norme antitrust prevalga sull'interesse alla rapida cessazione della condotta anticompetitiva e sulle ragioni di efficienza ed economicità del procedimento, con la conseguenza che, per chiudere l'istruttoria applicando l'art. 14-*ter*, l'Autorità dovrebbe quantomeno soddisfare un onere motivazionale particolarmente stringente.

Il limite codificato dal considerando 13 del Reg. 1/2003 rappresenta il principale tratto distintivo della disciplina nazionale e comunitaria rispetto alla prassi nordamericana, posto che le agenzie antitrust statunitensi possono ricorrere a una soluzione negoziata per chiudere tutti i procedimenti antitrust, indipendentemente dalla gravità dell'eventuale infrazione. Tale differenza, peraltro, appare del tutto razionale e giustificata, ove si consideri che l'apparato sanzionatorio statunitense prevede alcuni contrappesi assenti nel sistema antitrust nazionale e in quello comunitario, oltre a esser caratterizzato da un diverso equilibrio tra *public* e *private enforcement*.

Negli Stati Uniti, non v'è un significativo *trade-off* tra i vantaggi derivanti dalla conclusione negoziata del procedimento e il mantenimento di un adeguato livello di deterrenza mediante l'irrogazione di sanzioni pecuniarie. In primo luogo, infatti, la soluzione negoziata può incorporare l'imposizione di sanzioni pecuniarie, ove la condotta anticompetitiva sia particolarmente grave. Nei casi di infrazioni *hard-core*, quali la fissazione dei prezzi o la ripartizione del mercato, il DOJ può esercitare un'azione penale⁴³: qualora le imprese non possano beneficiare del programma di clemenza⁴⁴, il governo può chiedere la condanna a *criminal penalties*, quali il pagamento di un'ammenda o la reclusione, che possono essere, a loro volta, oggetto di

⁴² In senso analogo, cfr. W.P.J. WILS, *op. cit.*

⁴³ “*In general, current Division policy is to proceed by criminal investigation and prosecution in cases involving hard-core, per se unlawful agreements such as price fixing, bid rigging and horizontal market allocation*”: v. G.R. SPRATLING, Deputy Assistant Attorney General (DOJ), presentazione al Fordham Corporate Law Institute, 1999, *Transparency In Enforcement Maximizes Cooperation From Antitrust Offenders*, disponibile sul sito internet www.usdoj.gov.

⁴⁴ Antitrust Division, U.S. Department of Justice, Corporate Leniency Policy (1993), disponibile sul sito internet www.usdoj.gov, recentemente modificato dallo Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004, Pub. L. 108-237, §§ 201-214, 118 Stat. 661 (June 22, 2004); 15 U.S.C. § 1 note (2004 Act).

patteggiamento tra le parti⁴⁵. Analogamente, nei casi di maggior gravità, il *consent order* della FTC può imporre l'obbligo di versare una somma monetaria, al duplice fine di privare le imprese degli illeciti profitti incamerati e compensare le vittime della condotta anticoncorrenziale⁴⁶.

In secondo luogo, nell'ordinamento statunitense, l'effetto deterrente delle regole di concorrenza non riposa esclusivamente o prevalentemente sull'azione delle agenzie antitrust. Queste ultime non sono autorizzate a imporre direttamente sanzioni pecuniarie alle imprese interessate, né sono solite chiederle all'autorità giudiziaria, giacché il rimedio comunemente adottato nei casi di violazione delle regole di concorrenza consiste nell'emissione di un *injunctive relief*, inteso a porre termine alla condotta anticompetitiva e a prevenire la reiterazione dell'infrazione⁴⁷. Negli Stati Uniti, un ruolo determinante nel garantire la tenuta e la deterrenza del sistema antimonopolistico è svolto dal *private enforcement*: la minaccia di pretese risarcitorie avanzate dalle presunte vittime di una pratica anticompetitiva incombe sugli *antitrust infringer* a mo' di spada di Damocle, in virtù di una serie di previsioni normative, quali quelle in tema di *class action*, *contingency fees* e *treble damages*, che incentivano la proposizione di azioni private e moltiplicano l'ammontare dei risarcimenti. Prevenendo l'accertamento giudiziale dell'infrazione, l'adozione di un *consent order* o di un *consent decree* rende in certa misura meno agevole la proposizione di azioni risarcitorie, ma non le preclude e, in molti casi, segnala alle vittime di una condotta anticompetitiva la possibilità d'agire per ottenere il risarcimento dei danni sofferti.

In Italia e in Europa, il sistema d'*enforcement* delle regole di concorrenza è profondamente diverso. A differenza delle agenzie antitrust statunitensi, l'Autorità e la Commissione non possono imporre il pagamento di ammende "negoziate" tramite le decisioni d'accettazione degli impegni. Inoltre, nonostante gli sforzi profusi dalle istituzioni comunitarie⁴⁸, il *private enforcement* delle norme antitrust versa in uno stato non più embrionale, ma ancora distante dall'esperienza nordamericana, sicché l'efficacia deterrente delle norme antitrust continua a ruotare, prevalentemente, intorno alla minaccia di ingenti sanzioni pecuniarie, suscettibili d'avere un impatto negativo sulle casse delle imprese interessate, sulla loro immagine commerciale e, in caso di società quotate, sull'andamento delle loro azioni. Per tutta evidenza, ove le imprese potessero scongiurare il rischio di sanzioni amministrative pecuniarie e dei relativi danni collaterali semplicemente negoziando con l'Autorità o la Commissione misure idonee a porre termine all'infrazione, indipendentemente dalla sua gravità, il complessivo apparato sanzionatorio delineato dal legislatore nazionale e da quello comunitario perderebbe il suo principale strumento di deterrenza, rivelandosi un'arma spuntata.

De jure condendo, per contenere la durata dei procedimenti antitrust e liberare risorse amministrative da meglio utilizzare per le infrazioni di maggior gravità, salvaguardando al contempo un adeguato livello di deterrenza, non resta che esplorare sentieri alternativi, quali l'introduzione di forme di patteggiamento della sanzione

⁴⁵ In forza del *plea agreement* raggiunto dalle parti, l'autore dell'illecito riconosce la propria responsabilità e coopera pienamente con le pubbliche autorità in cambio di uno sconto di pena: sul tema, cfr. J.R. ATWOOD, *op. cit.*

⁴⁶ Sul punto, v. *supra*, § 2.1.

⁴⁷ Cfr. D.P. DUCOR, *op. cit.*

⁴⁸ Cfr. *Green Paper - Damages actions for breach of the EC antitrust rules* {SEC(2005) 1732}, disponibile sul sito Internet della Commissione.

(*direct settlement* o *plea bargaining*), già note alla prassi antitrust di diversi Stati membri e attualmente allo studio da parte della Commissione⁴⁹.

6. Il legame tra l'infrazione e le misure prospettate: l'attitudine a risolvere un problema concorrenziale attuale

Le decisioni d'accettazione degli impegni costituiscono strumenti d'intervento intrinsecamente rivolti al futuro, nel senso che le misure offerte dalle parti devono esser volte alla risoluzione di un problema concorrenziale attuale, piuttosto che a compensare effetti restrittivi già prodottisi e ormai esauriti. Vero che la formulazione dell'art. 14-*ter* della l. 287/90 si distingue per la sua vaghezza, laddove si limita a richiedere che gli impegni siano "*tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria*". Tuttavia, l'art. 9 del Reg. 1/2003, che costituisce al contempo la matrice e il principale parametro ermeneutico per l'interpretazione della norma interna, è ben più esplicito nel precisare che le decisioni d'accettazione degli impegni possono esser emanate esclusivamente allorché la Commissione "*intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione*", ossia in presenza di un problema concorrenziale attuale, cui gli impegni proposti dalle parti possono porre rimedio. Sulla stessa linea, nella prassi antitrust nordamericana, i *consent order* e *decree* sono strumenti tipicamente *forward-looking*, in quanto volti a ristabilire il rispetto delle norme antitrust per il futuro: per pervenire a una conclusione negoziata del procedimento, è sufficiente che le misure siano delineate in modo tale che, se fossero state adottate sin dal primo momento, non vi sarebbe stata alcuna infrazione⁵⁰.

Il requisito della soluzione di un problema concorrenziale attuale si traduce nell'esigenza di uno stretto legame tra la presunta infrazione e il rimedio prospettato⁵¹, da apprezzare alla stregua del fondamentale canone comunitario della proporzionalità. Per giustificare una conclusione negoziata del procedimento, gli impegni devono essere connessi ai problemi concorrenziali evidenziati e funzionali alla loro eliminazione, attraverso: (i) la cessazione di una condotta anticompetitiva in corso; (ii) la rimozione o la limitazione degli effetti di una pratica che è stata interrotta, ma continua ad avere un impatto sul mercato; o, quantomeno, (iii) la prevenzione del rischio di reiterazione di un comportamento in forte odore d'illiceità. Per converso, l'art. 14-*ter* non sembra consentire all'Autorità d'accettare impegni genericamente volti a compensare la collettività per un danno concorrenziale già prodottosi e ormai esaurito, attraverso misure che, senza incidere sulla condotta contestata, aumentino altrimenti le possibilità d'accesso e/o il grado di concorrenzialità del mercato, a beneficio di uno o più concorrenti o (classi di) consumatori.

La prassi decisionale della Commissione sembra muoversi in tale direzione. La Commissione pare orientata ad accogliere gli impegni proposti dalle parti ove gli stessi

⁴⁹ Sul punto, v. N. KROES, *Delivering on the Crackdown: Recent Developments in the European Commission's Campaign against Cartels*, 10th Annual Competition Conference at the EUI, Fiesole, 13 ottobre 2006. Riducendo la durata dei procedimenti, l'introduzione di forme di patteggiamento della sanzione potrebbe presentare benefici anche per le imprese. Queste ultime, infatti, possono esser esposte per anni al rischio di ingenti sanzioni pecuniarie, che non sono in grado di stimare con realistica approssimazione, data l'ampia discrezionalità di cui godono l'Autorità e la Commissione nel fissare l'importo delle ammende. La prolungata esposizione al rischio di ammende sino al 10% del fatturato può avere effetti negativi sul prezzo delle azioni e influire sull'adozione di decisioni strategiche.

⁵⁰ Come evidenziato, peraltro, nel caso dei *consent order* emanati dalla FTC, le misure correttive possono essere affiancate dall'obbligo di versare una somma pecuniaria da destinare a un fondo a beneficio dei soggetti danneggiati.

⁵¹ In tal senso, cfr., *inter alia*, M. SIRAGUSA-E. GUERRI-G. FAELLA, *op.cit.*; W.P.J. WILS, *op. cit.*

consentano di risolvere un problema concorrenziale attuale, ad esempio attraverso l'eliminazione di clausole d'esclusiva o la limitazione del loro ambito⁵², l'interruzione di pratiche di *tying* o di politiche di sconti ritenute escludenti⁵³, l'apertura delle reti distributive di un'impresa per garantire ai produttori concorrenti l'accesso al mercato⁵⁴, o l'offerta di un determinato prodotto o servizio al maggior numero possibile di acquirenti per arginare il potenziale anticompetitivo di un'intesa⁵⁵.

Più incerta si presenta, per converso, la limitata prassi decisionale dell'Autorità. In alcuni casi, le misure rese obbligatorie dall'Autorità erano intese a correggere situazioni critiche sul piano concorrenziale⁵⁶, o quantomeno a ridurre il rischio di una possibile reiterazione delle condotte contestate⁵⁷. Nel caso *Produttori vernici marine*, inoltre, l'Autorità ha rigettato le misure proposte dalle parti, in quanto “*gli impegni presentati si riferi[vano] a condotte che [avevano] già compiutamente realizzato i loro effetti restrittivi*”⁵⁸. Nel caso *Merck*, peraltro, l'Autorità ha accettato e reso obbligatori gli impegni offerti dalle parti, nonostante la condotta contestata – consistente nel rifiuto di concedere licenza per la produzione a fini d'esportazione di un principio attivo (l'Imipenem Cilastatina) coperto da un certificato complementare di protezione (CCP) – avesse pienamente e definitivamente esaurito i suoi effetti⁵⁹. In ottemperanza a un provvedimento cautelare dell'Autorità⁶⁰, infatti, Merck aveva già concesso, nell'agosto del 2005, una licenza per produrre in Italia il principio attivo a fini di stoccaggio. Soprattutto, all'epoca dell'adozione del provvedimento di chiusura del procedimento, il CCP relativo all'Imipenem Cilastatina era scaduto da oltre un anno. Ciò nondimeno, l'Autorità ha accettato e reso vincolanti misure che obbligano Merck a concedere licenze a titolo gratuito per l'importazione, la produzione e la vendita di un diverso principio attivo (il Finasteride), coperto da un CCP destinato a scadere nel 2009. Per giustificare l'imposizione di tale obbligo, l'Autorità ha rilevato che, scaduto il CCP relativo all'Imipenem Cilastatina, l'impegno avrebbe fatto venir meno i residui profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria, connessi al rifiuto di concedere licenza per la produzione del Finasteride⁶¹. Sennonché, tale rifiuto di licenza non era stato contestato dall'Autorità nel provvedimento d'avvio⁶², né era stato oggetto di un successivo ampliamento dell'istruttoria⁶³.

⁵² Cfr. Decisione della Commissione del 22 febbraio 2006, caso COMP/B-2/38.381 – *De Beers*.

⁵³ Cfr. Decisione della Commissione del 22 giugno 2005, caso COMP/A.39.116/B2 – *Coca-Cola*.

⁵⁴ Cfr. Decisione della Commissione del 12 aprile 2006, caso COMP/B-1/38.348 – *REPSOL*.

⁵⁵ Cfr. Decisione della Commissione del 22 gennaio 2005, caso COMP/C-2/37.214 – *Bundesliga*; Decisione della Commissione del 22 febbraio 2006, caso COMP/B-2/38.381 – *De Beers*.

⁵⁶ Cfr. Provvedimento 21 febbraio 2007, n. 16500 (I668), *Ordine dei medici veterinari di Torino*, in *Bollettino*, 2007, 8; Provvedimento 21 febbraio 2007, n. 16474 (I651), *A.D.S. Accertamenti Diffusione Stampa-Audipress*, in *Bollettino*, 2007, 7.

⁵⁷ Cfr. Provvedimento 20 dicembre 2006, n. 16250 (A366), *Comportamenti restrittivi sulla Borsa elettrica*, in *Bollettino* 2006, 49.

⁵⁸ Cfr. Provvedimento 15 novembre 2006, n. 16151 (I646), *Produttori vernici marine*, cit.

⁵⁹ Provvedimento 21 marzo 2007, n. 16597 (A364), *Merck-Principi attivi*, in *Bollettino*, 2007, 11.

⁶⁰ Provvedimento 15 giugno 2006, n. 14388 (A364), *Merck-Principi attivi*, in *Dir. ind.*, 2006, 229, con commento di G. FLORIDIA-M. LAMANDINI, *Rifiuto di licenza e abuso di posizione dominante: lezioni dall'esperienza dei certificati complementari di protezione*, confermato da Tar Lazio, sez. I, 7 marzo 2006, n. 1713, in *Foro It.*, 2007, III, 89, con commento di G. FAELLA, *Potere cautelare in materia antitrust, rifiuto di licenza e certificati complementari di protezione*.

⁶¹ Cfr. Provvedimento 21 marzo 2007, n. 16597 (A364), *Merck-Principi attivi*, cit., §§ 42-49.

⁶² Provvedimento 23 febbraio 2006, n. 14078 (A364), *Merck-Principi attivi*, in *Bollettino*, 2005, 8.

⁶³ Cfr. anche Provvedimento 6 marzo 2007, n. 16530 (A371), *Gestione ed utilizzo della capacità di rigassificazione*, in *Bollettino*, 2007, 8, ove gli impegni accettati dall'Autorità sembrano avere una funzione compensatoria di presunti effetti anticoncorrenziali già prodottisi (v., in particolare, il § 32).

Posto che la presunta infrazione oggetto dell'istruttoria aveva ormai definitivamente esaurito i suoi effetti, è lecito chiedersi se la soluzione negoziata ex art. 14-ter della l. 287/90 rappresentasse effettivamente l'opzione più appropriata per chiudere il procedimento. Una volta riconosciuto che l'imposizione di una sanzione non sarebbe stata giustificata, anche in considerazione dei forti dubbi circa l'effettiva illiceità della condotta⁶⁴, sarebbe stato probabilmente preferibile che l'Autorità avesse chiuso il procedimento accertando l'eventuale infrazione, ormai definitivamente cessata, o dichiarando l'insussistenza della stessa, senza imporre oneri aggiuntivi non indispensabili a rimuovere i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. Il provvedimento *Merck* sembra tradire una propensione a utilizzare la leva dell'art. 14-ter per implementare una politica non tanto di tutela, quanto d'attiva promozione della concorrenza, orientando il mercato verso assetti maggiormente concorrenziali: ciò che ci conduce al delicato tema dei rapporti tra regolazione e concorrenza nelle decisioni d'accettazione degli impegni.

7. (segue) Regolazione e tutela della concorrenza nelle decisioni d'accettazione degli impegni

Nonostante l'apparente nitore concettuale della distinzione tra regolazione dei mercati e tutela della concorrenza, i confini tra funzioni regolatorie e vigilanza tendono a essere, nella prassi, sempre più sfumati⁶⁵, anche in virtù dell'aumento delle competenze, dei poteri e degli strumenti d'intervento riconosciuti alle autorità amministrative indipendenti. Le decisioni d'accettazione degli impegni non sono state concepite come leva per attuare interventi regolatori dissimulati, bensì come strumento d'*enforcement* della disciplina antimonopolistica, con la conseguenza che, in ossequio al fondamentale principio di proporzionalità, i rimedi dovrebbero essere limitati a quanto strettamente indispensabile a rimuovere una presunta infrazione alle norme antitrust, senza comprimere indebitamente la libertà delle imprese di delineare le proprie strategie commerciali in funzione dell'evolversi delle condizioni di mercato. Ciò nondimeno, è evidente che, nella sua concreta implementazione, il nuovo istituto può consentire all'Autorità d'incidere, tramite la dialettica con le imprese, sulla struttura e sulle dinamiche competitive dei mercati interessati, attuando interventi flessibili di natura *lato sensu* regolatoria. Di qui il timore che, forzando le maglie – invero estremamente elastiche – dell'art. 14-ter, l'Autorità, istituzionalmente vocata a vigilare sull'osservanza delle regole antitrust per colpire comportamenti anticoncorrenziali con interventi *ex post*, possa indulgere a forme di regolazione negoziata e despecializzata, finendo per porre vincoli al libero operare delle forze di mercato in luogo di scioglierli, mercé scelte di contenuto politico discrezionale, difficilmente conciliabili con la sua natura di

⁶⁴ Cfr. G. FAELLA, *Da IMS Health a Merck: misure cautelari e rifiuto di licenza nel diritto antitrust post-modernizzazione*, in corso di pubblicazione in *Giurisprudenza commerciale*, 2007.

⁶⁵ Cfr. F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, relazione presentata al convegno su "Le Autorità amministrative indipendenti", tenuto in Roma presso il Consiglio di Stato in data 9 maggio 2003, disponibile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it, per il quale è "indubbio che i fini della regolazione si sovrappongono a quelli della vigilanza antitrust. E questa sovrapposizione di fini inevitabilmente contamina anche gli strumenti operativi". Sui processi di "contaminazione" reciproca tra diritto antitrust e regolazione *ex ante* v., con specifico riferimento al settore delle telecomunicazioni, F. DENOZZA, *L'applicazione delle regole di concorrenza nel campo delle telecomunicazioni*, in G. MORBIDELLI-F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Torino, 2003.

amministrazione indipendente, sottratta all'indirizzo politico ed estranea al circuito della legittimazione democratica diretta o indiretta⁶⁶.

La questione è ben nota alla più matura esperienza nordamericana, ove l'ampio ricorso alle procedure negoziate ha inevitabilmente inciso sulla natura e sui limiti dell'intervento dell'antitrust. In forza delle procedure negoziate di risoluzione delle controversie, l'antitrust *"has come to be seen more as policy and less as law"*, tanto da indurre ad affermare che *"enforcement efforts are occurring in a way that is more consistent with a bureaucratic regulatory culture"*⁶⁷. Gli strumenti di soluzione negoziata delle controversie hanno consentito alle agenzie antitrust d'adottare un approccio notevolmente elastico e flessibile, estendendo il raggio d'azione delle regole di concorrenza per sottoporre al proprio scrutinio condotte che sarebbero state immuni da censure in base agli standard elaborati dalla giurisprudenza, o negoziando misure più incisive e penetranti di quelle che avrebbero potuto conseguire in un procedimento di fronte all'autorità giudiziaria⁶⁸: tanto che, secondo parte della dottrina, i *consent order* e *decree* *"have become a means through which agencies seek to recast behaviour in accordance with their policy objectives"*⁶⁹. I rischi insiti in una deriva regolatoria sono stati efficacemente ritratti da una parte della letteratura antitrust nordamericana, per la quale *"[a]t some point ... there is a price to pay for moving too far toward the bureaucratic end of the spectrum"*, in termini di mancata verifica in sede giudiziale dell'adeguatezza e della coerenza interna della politica della concorrenza, limiti all'evoluzione dell'elaborazione antimonopolistica, scarsa coerenza con la pregressa prassi applicativa e tendenza a perseguire obiettivi di natura politica, estranei a una logica puramente concorrenziale: in ultima istanza, *"[a]ntitrust, which has always been subject to political pressure, loses its voice as a law enacted by Congress and becomes just one more policy to be applied or not, depending on the overall economic and political policies of a particular administration"*⁷⁰.

Le medesime problematiche sembrano destinate a riproporsi, *mutatis mutandis*, nel nostro ordinamento. In teoria, l'esigenza di uno stretto legame tra la presunta infrazione e i rimedi prospettati dovrebbe limitare il rischio che, tramite la soluzione negoziata dei procedimenti antitrust, l'Autorità possa perseguire una propria linea "politica" di sviluppo dei mercati, facendo leva sul suo maggior potere negoziale per

⁶⁶ Sull'intrinseca estraneità dell'azione dell'Autorità a direttive e indirizzi di natura politica, cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione proconcorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006, 171-172; S. CASSESE, *L'attuale situazione delle autorità indipendenti*, relazione al Convegno organizzato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni su "Funzionamento e organizzazione delle Authorities", Forum p.a. 2004, Roma, 10 maggio 2004.

⁶⁷ H. FIRST, *Is Antitrust Law*, in *Antitrust*, 1995, 9.

⁶⁸ Sul punto, si veda A.D. MELAMED, *Antitrust: The New Regulation*, in *Antitrust*, 1995, 13, secondo cui i *consent decrees* *"enable government officials to address issues that are politically or economically important but legally ambiguous"*; inoltre, *"some consent decree remedies appear to go beyond what the government could realistically anticipate as a remedy in a contested case"*. Come rilevato da H. FIRST, *op. cit.*, *"[t]his type of regulation is group oriented, theory based, and forward looking. The decision-making model is consensual. Rigorous justification for particular decisions is not only unnecessary but may be unwise"*.

⁶⁹ Cfr. M.L. WEINER, *op. cit.*

⁷⁰ Cfr. H. FIRST, *op. cit.* In considerazione dei rischi cagionati da un approccio di stampo regolatorio, è stato auspicato il ricorso a forme di *self-restraint* da parte delle competenti autorità: *"the antitrust agencies could announce and adhere to a policy of seeking consent decrees only if they have decided to litigate in the event that the defendant balks, and to seek by consent decree only remedies that they believe they would obtain if the case were litigated. Second, the agencies should consider a policy of refusing to enter into a consent decree if the complaint alleges conduct that, if proven, would not fairly be illegal; in other words, the agencies could endeavour to make new law or advance new theories only by litigation"*: v. A.D. MELAMED, *op. cit.*

ottenere risultati ulteriori rispetto a quelli che potrebbe conseguire tramite un provvedimento d'accertamento dell'infrazione. Di fatto, è inevitabile che, nel definire insieme alle imprese la linea di condotta da seguire per rimuovere situazioni critiche sul piano concorrenziale, l'Autorità finisca per esercitare, in certa misura, funzioni *lato sensu* regolatorie, orientando lo sviluppo del mercato e incidendo sui parametri della concorrenza. La prospettiva di una soluzione negoziata del procedimento, inoltre, potrebbe fornire un incentivo a sollevare contestazioni quanto più ampie possibili, per rafforzare la propria posizione negoziale e ampliare l'ambito delle trattative con le imprese, se necessario forzando i limiti sanciti dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, nella consapevolezza che la solidità delle argomentazioni potrebbe non esser mai testata di fronte all'autorità giudiziaria.

Per evitare interferenze nell'agone concorrenziale che, pur apportando vantaggi ai consumatori nel breve termine, possano distorcere o ingessare le dinamiche competitive, tramutando il guardiano delle regole in autorità di regolazione, è necessario non perdere di vista la *ratio* dell'istituto delle decisioni d'accettazione degli impegni, quale strumento d'*enforcement* delle norme antitrust: nell'applicare l'art. 14-*ter*, il fine ultimo dovrebbe essere non già la realizzazione del miglior mercato possibile, né tantomeno di un mercato (quasi) perfettamente concorrenziale, bensì la rimozione delle restrizioni concorrenziali artificiose cagionate da condotte commerciali in odore d'illiceità. In altri termini, a fronte di uno strumento operativo estremamente flessibile, l'Autorità dovrebbe esercitare una sorta di *self-restraint*, resistendo alla tentazione di sollevare contestazioni più ampie di quelle ragionevolmente sostenibili in un provvedimento finale d'accertamento dell'illecito e astenendosi dall'accettare e rendere vincolanti rimedi più estesi o penetranti di quelli necessari a eliminare i presunti profili anticoncorrenziali delle condotte contestate⁷¹.

8. Il sistema delle garanzie e dei controlli

L'ampia discrezionalità e i margini di flessibilità che caratterizzano l'istituto disciplinato dall'art. 14-*ter* della l. 287/90 inducono a chiedersi se il sistema delle garanzie e dei controlli delineato dal legislatore nazionale sia sufficiente ad assicurare il corretto utilizzo del nuovo strumento d'*enforcement*, arginando il rischio di abusi dell'amministrazione o del potere economico privato⁷². Le risposte non sono del tutto rassicuranti.

⁷¹ Per completezza, si segnala che, successivamente alla data del convegno, la sentenza resa dal Tribunale di Primo Grado nel caso *Alrosa* ha confermato l'esigenza d'attenersi a una rigorosa osservanza del principio di proporzionalità nell'applicazione dell'art. 9 del Reg. 1/2003 (e, di conseguenza, dell'art. 14-*ter* della l. 287/90), annullando una decisione della Commissione per aver accettato e reso vincolanti impegni non strettamente indispensabili alla rimozione dell'infrazione contestata: cfr. Trib. I Grado 11 luglio 2007, causa T-170/06, *Alrosa/Commissione*, disponibile sul sito internet della Corte di Giustizia. In particolare, il Tribunale ha ritenuto che, per porre termine a un presunto abuso consistente nell'obbligare un acquirente a rifornirsi per tutto o gran parte del suo fabbisogno presso un operatore dominante, la Commissione avrebbe potuto limitarsi a vietare alle imprese interessate la conclusione di accordi d'esclusiva totale o parziale, in luogo d'accettare e rendere vincolante l'impegno a cessare qualsivoglia relazione commerciale: v. §§ 126-128. Ad avviso del Tribunale, “[l]a Commissione non può ... legittimamente suggerire alle parti di sottoporle impegni che vanno al di là di una decisione che avrebbe potuto adottare ai sensi dell'art. 7, n. 1, del regolamento n. 1/2003”, in tal modo eccedendo “quanto [la stessa] avrebbe potuto imporre nel rispetto del principio di proporzionalità, tenuto conto dell'obiettivo perseguito” (§ 140).

⁷² Per un'affascinante visione sull'interazione e sugli equilibri tra potere pubblico e privato, si veda l'ormai classico G. AMATO, *Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Oxford, 1997.

Anzitutto, le imprese non sembrano avere a disposizione adeguati mezzi di tutela *vis-à-vis* l'amministrazione. Un controllo *ex post* dell'autorità giudiziaria pare un'eventualità remota, giacché i margini per un'impugnazione del provvedimento da parte delle imprese interessate sono estremamente limitati, in virtù della natura consensuale degli impegni⁷³. Vero che le misure non sono imposte dall'esterno, bensì offerte volontariamente dalle imprese: queste ultime sono libere d'insistere nella difesa della propria linea di condotta, ove ritengano che gli addebiti contestati siano in tutto o in parte infondati o, comunque, che i vincoli imposti dai rimedi reputati necessari dall'Autorità siano eccessivi o ingiustificati. Tuttavia, il libero arbitrio delle imprese potrebbe rivelarsi illusorio di fronte all'esigenza di scongiurare il rischio di un provvedimento d'accertamento dell'infrazione e all'evidente squilibrio nel potere negoziale delle parti, generato dal cumulo delle funzioni d'inquirente e di giudicante nella medesima istituzione. Negli Stati Uniti, la soluzione negoziata implica la rinuncia a un'eventuale impugnazione del provvedimento, ma i rapporti di forza tra le parti sono diversi, posto che, in caso di mancato raggiungimento di un accordo con le imprese, le agenzie antitrust devono sostenere le proprie accuse di fronte all'autorità giudiziaria, cui compete la risoluzione della controversia e l'eventuale adozione delle misure necessarie a rimuovere l'infrazione.

Inadeguato appare, altresì, il sistema delle garanzie nei confronti dell'influenza del potere economico privato. Tale questione è particolarmente sentita negli Stati Uniti, ove l'interesse pubblico a un efficace *enforcement* delle norme antitrust è garantito dalla trasparenza delle procedure e dal ruolo dell'autorità giudiziaria. Se nei procedimenti instaurati dalla FTC l'intervento delle corti è limitato a un'eventuale attività di mediazione, i *consent decree* sono adottati da un tribunale federale, che è tenuto a verificare la conformità del *settlement* all'interesse pubblico⁷⁴. Sebbene l'ambito del sindacato dell'autorità giudiziaria sia stato sensibilmente circoscritto dalla giurisprudenza nordamericana, il coinvolgimento delle corti rappresenta pur sempre una garanzia della correttezza dell'accordo raggiunto dalle parti, ponendosi come estremo argine contro l'influenza politica del potere economico privato. In ogni caso, gli eventuali effetti negativi cagionati da un rilassamento dell'azione delle agenzie antitrust sarebbero neutralizzati, almeno in parte, dalla continua esposizione delle imprese alle azioni risarcitorie, che contribuiscono a salvaguardare un adeguato livello di deterrenza e assicurano un'efficace tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei privati.

In Italia, la pubblicazione degli impegni sul sito internet dell'Autorità e il *market test* garantiscono una certa trasparenza alla procedura negoziata, ma non è richiesto alcun avallo preventivo dell'autorità giudiziaria, mentre gli spazi per un controllo giurisdizionale successivo sembrano alquanto limitati: in applicazione dei principi generali, deve ritenersi che i terzi siano legittimati a impugnare i provvedimenti con cui l'Autorità accetta gli impegni proposti dalle parti, ma soltanto allorché dimostrino d'avere un interesse individuale, personale e qualificato, sì da poter esser direttamente danneggiati dalla soluzione negoziata del procedimento⁷⁵. Né la supervisione della

⁷³ Con riferimento al diritto comunitario, sono state espresse notevoli perplessità circa la possibilità d'impugnare le decisioni adottate dalla Commissione art. 9 del Reg. 1/2003, in quanto le imprese offrono gli impegni soltanto su base volontaria e il risparmio di risorse amministrative, cui mira il nuovo istituto, sarebbe vanificato dalla possibilità d'adire l'autorità giudiziaria: cfr. C.J. COOK, *Commitment Decisions: The Law and Practice under Article 9*, in *World Competition*, 2006, 222.

⁷⁴ Sul punto, v. *supra*, §§ 2.1. e 2.2.

⁷⁵ Molto difficilmente i terzi potrebbero impugnare un provvedimento adottato ex art. 14-ter per far valere, ad esempio, l'esigenza d'accertare l'infrazione e comminare un'ammenda onde salvaguardare un adeguato livello di deterrenza, in sintonia col considerando 13 del Reg. 1/2003. Sulla legittimazione dei terzi a impugnare un provvedimento dell'Autorità, v. Cons. Stato, sez. VI, 21 marzo 2005, n. 1113, in

Commissione appare sufficiente. A norma dell'art. 11, par. 4, del Reg. 1/2003, l'Autorità è tenuta a informare la Commissione con congruo anticipo quando intende adottare una decisione d'accettazione degli impegni, fornendole una descrizione del caso e una bozza del provvedimento, ma i meccanismi di cooperazione tra l'esecutivo comunitario e le autorità nazionali, oltre ad essere largamente informali e scarsamente trasparenti, sembrano avere un impatto limitato nella prassi applicativa.

L'assenza di un'adeguata riflessione circa il ruolo di garanzia dell'autorità giudiziaria nelle procedure negoziate e, in generale, nell'*enforcement* delle norme antitrust sembra essere un autentico *punctum dolens* nello scenario municipale post-modernizzazione. L'istituto delle decisioni d'accettazione degli impegni ha introdotto un importante fattore di flessibilità, che può contribuire a migliorare l'efficienza e l'efficacia dell'*enforcement* delle norme antitrust, consentendo una rapida risoluzione di un elevato numero di casi, ma un'innovazione tanto significativa non poteva esser priva di ripercussioni sull'insieme dei contrappesi e degli equilibri su cui si regge il sistema antimonopolistico nazionale. L'introduzione di una forma di soluzione negoziata del procedimento sembra aver acuito il deficit giurisdizionale che tradizionalmente caratterizza il sistema antitrust italiano, tanto da indurre a interrogarsi sull'opportunità di ripensare l'assetto delle competenze, delle garanzie e dei controlli nell'*enforcement* delle regole di concorrenza, per raggiungere un nuovo equilibrio e prevenire il rischio di abusi del potere pubblico o di quello privato.

Cons. Stato, 2005, I, 470 (nella specie, il Consiglio di Stato ha ritenuto legittimata a proporre impugnazione un'impresa terza rispetto al provvedimento d'autorizzazione condizionata ex art. 6, comma 2, della l. 287/90, che conteneva prescrizioni ritenute inidonee a eliminare gli effetti anticoncorrenziali della concentrazione notificata); v. anche *Cons. Stato*, Sez. VI, 14 Giugno 2004, n. 3865, in *Giur. It.*, 2005, 1081, e *Cons. Stato*, Sez. VI, 3 Febbraio 2005, n. 280, in *Foro it.*, 2005, 403, in tema di pubblicità ingannevole.