

ATTIVITÀ AI SENSI DELLA LEGGE N. 287/90

1. EVOLUZIONE DELLA CONCORRENZA NELL'ECONOMIA NAZIONALE E INTERVENTI DELL'AUTORITÀ

Dati di sintesi

Nel corso del 2008, in applicazione della normativa a tutela della concorrenza sono stati valutati 842 operazioni di concentrazione, 12 intese, 13 possibili abusi di posizione dominante.

Attività svolta dall'Autorità	2007	2008
Intese	26	12
Abusi	9	13
Concentrazioni fra imprese indipendenti	864	842
Separazioni societarie	16	11
Indagini conoscitive	2	2
Inottemperanza alla diffida	1	1

Distribuzione dei procedimenti conclusi nel 2008 per tipologia ed esito

	Non violazione di legge	Violazione di legge, autorizzazione condizionata, modifica degli accordi, accettazione impegni	Non competenza o non applicabilità della legge	Totale
Intese	1	6	5	12
Abusi di posizione dominante	-	10	3	13
Concentrazioni fra imprese indipendenti	814	2	26	842

Le intese esaminate

Nel 2008 sono stati portati a termine sei procedimenti istruttori in materia di intese¹.

In tre casi esaminati, il procedimento si è concluso con l'accertamento della violazione del divieto di intese restrittive della concorrenza: un caso ha avuto ad oggetto la violazione dell'articolo 81 del Trattato CE², mentre due casi hanno riguardato la violazione dell'articolo 2 della legge n. 287/90³.

In altri tre casi, i procedimenti hanno portato a decisioni adottate ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90, con le quali l'Autorità ha accettato, rendendoli obbligatori, gli impegni presentati da una delle parti, senza accertare l'infrazione⁴.

In considerazione della gravità delle infrazioni commesse, nei tre casi di violazione dell'articolo 81 del Trattato CE e dell'articolo 2 della legge n. 287/90, sono state comminate alle imprese sanzioni per un ammontare complessivo pari a 1.665.630,00 EUR.

Al 31 dicembre 2008 risultano in corso dodici procedimenti dei quali dieci ai sensi dell'articolo 81 del Trattato CE⁵ e due ai sensi dell'articolo 2 della legge n. 287/90⁶.

Intese esaminate nel 2008 per settori di attività economica (numero delle istruttorie concluse)

Settore prevalentemente interessato

Industria alimentare e delle bevande	1
Credito	1
Editoria e stampa	1
Industria farmaceutica	1
Servizi vari	1
Attività ricreative, culturali e sportive	1
Totale	6

¹ INAIL-AFFIDAMENTO SERVIZIO DI CASSA; FEDERITALIA/FEDERAZIONE ITALIANA SPORT EQUESTRI (FISE); SERVIZI DI SOCCORSO AUTOSTRADALAE; FEDERFARMA TERAMO; MERCATO DELL'EDITORIA SCOLASTICA; LISTINO PREZZI DEL PANE.
² INAIL-AFFIDAMENTO SERVIZIO DI CASSA.

³ FEDERFARMA TERAMO; LISTINO PREZZI DEL PANE.

⁴ FEDERITALIA/FEDERAZIONE ITALIANA SPORT EQUESTRI (FISE); SERVIZI DI SOCCORSO AUTOSTRADALE; MERCATO DELL'EDITORIA SCOLASTICA

⁵ COSTA CONTAINER LINES/SINTERMAR-TERMINAL DARSENA TOSCANA; LISTINO PREZZI DELLA PASTA; ORGANIZZAZIONE DEI SERVIZI MARITTIMI NEL GOLFO DI NAPOLI; RICICLAGGIO DELLE BATTERIE ESAUSTE; VENDITA AL DETTAGLIO DI PRODOTTI COSMETICI; ASSEGNI MAV-COMMISSIONI INTERBANCARIE; CASE D'ASTA; FVH-LIQUIGAS-BUTANGAS-QUIRIS/I.P.E.M; GARGANO CORSE/ACI; LEGA CALCIO/CHIEVO VERONA

⁶ PREZZO DEL GPL PER RISCALDAMENTO REGIONE SARDEGNA; ORDINE DEI MEDICI CHIRURGHI E DEGLI ODONTOIATRI DELLA PROVINCIA DI BOLZANO.

Gli abusi di posizione dominante

In materia di abusi di posizione dominante, nel 2008 l'Autorità ha portato a termine dieci procedimenti istruttori⁷.

In due casi, il comportamento è stato ritenuto in violazione dell'articolo 82 del Trattato CE ed è stata comminata una sanzione totale pari a 3.217.900,00 EUR⁸.

Negli altri otto casi, il procedimento istruttorio ha condotto a una decisione ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90 con la quale l'Autorità ha accettato, rendendoli obbligatori, gli impegni presentati da una delle parti, senza accertare l'infrazione⁹.

Abusi esaminati nel 2008 per settori di attività economica (numero delle istruttorie concluse)

Settore prevalentemente interessato

Acqua	1
Energia elettrica e gas	1
Servizi postali	1
Telecomunicazioni	2
Trasporti e noleggio di mezzi di trasporto	3
Attività ricreative, culturali e sportive	1
Servizi vari	1
Totale	10

Al 31 dicembre 2008 sono in corso 6 procedimenti ai sensi dell'articolo 82 del Trattato CE¹⁰.

Le operazioni di concentrazione esaminate

Nel periodo di riferimento, i casi di concentrazioni esaminati sono stati 842. In 814 casi l'Autorità non ha riscontrato una violazione di legge, 26 casi si sono conclusi per mancanza di competenza o per non applicabilità della legge e in due casi l'Autorità ha condotto un'istruttoria ai sensi dell'articolo 16 della legge n. 287/90, subordinando la decisione di autorizzazione dell'operazione all'adozione da parte delle imprese di alcune specifiche

⁷ AEROPORTI DI ROMA-TARIFFE AEROPORTUALI; SEA-TARIFFE AEROPORTUALI; FEDERITALIA/FEDERAZIONE ITALIANA SPORT EQUESTRI (FISE); POSTE ITALIANE-CONCESSIONARI SERVIZI POSTALI; RAIL TRACTION COMPANY/RETE FERROVIARIA ITALIANA-FERROVIE DELLO STATO; SFRUTTAMENTO DI INFORMAZIONI COMMERCIALI PRIVILEGIATE; ACQUEDOTTO PUGLIESE; SERVIZI DI SOCCORSO AUTOSTRADALE; PACE STRADE/TOSCANA GAS; MOROSITÀ PREGRESSE TELECOM.

⁸ AEROPORTI DI ROMA-TARIFFE AEROPORTUALI; SEA-TARIFFE AEROPORTUALI.

⁹ FEDERITALIA/FEDERAZIONE ITALIANA SPORT EQUESTRI (FISE); POSTE ITALIANE-CONCESSIONARI SERVIZI POSTALI; RAIL TRACTION COMPANY/RETE FERROVIARIA ITALIANA-FERROVIE DELLO STATO; SFRUTTAMENTO DI INFORMAZIONI COMMERCIALI PRIVILEGIATE; ACQUEDOTTO PUGLIESE; SERVIZI DI SOCCORSO AUTOSTRADALE; PACE STRADE/TOSCANA GAS; MOROSITÀ PREGRESSE TELECOM.

¹⁰ GARGANO CORSE/ACI; LEGA CALCIO/CHIEVO VERONA; LA NUOVA MECCANICA NAVALE/CANTIERI DEL MEDITERRANEO; CONTO TV/SKY ITALIA; NTV/RFI-ACCESSO AL NODO DI NAPOLI; EXERGIA/ENEL-SERVIZIO DI SALVAGUARDIA.

misure correttive¹¹. In un altro caso, l'Autorità ha modificato le misure correttive di un'operazione di concentrazione precedentemente autorizzata¹². In un altro caso, ancora, l'Autorità ha prescritto alcune misure relativamente ad un'operazione di concentrazione notificata ai sensi della normativa sulla ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza¹³.

L'Autorità ha concluso, inoltre, un procedimento ai sensi dell'articolo 19, comma 1 della legge n. 287/90, per inottemperanza ad una precedente decisione con cui essa aveva autorizzato con condizioni un'operazione di concentrazione¹⁴.

Infine, l'Autorità ha condotto otto istruttorie relative alla mancata ottemperanza all'obbligo di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione¹⁵. In tutti i casi è stata riscontrata la violazione dell'articolo 19, comma 2, della legge n. 287/90 e sono state comminate alle parti sanzioni pecuniarie per un ammontare complessivo pari a 62.000 EUR. Al 31 dicembre 2008 risulta in corso un'istruttoria per inottemperanza all'obbligo di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione¹⁶.

Separazioni societarie

Nel 2008, l'Autorità ha condotto quattro istruttorie in relazione alla mancata ottemperanza all'obbligo di comunicazione preventiva di cui all'articolo 8, comma 2-ter, della legge n. 287/90¹⁷. Un procedimento si è chiuso per non applicabilità delle legge, mentre i restanti tre si sono conclusi con l'accertamento delle infrazioni e l'irrogazione di sanzioni pecuniarie per un ammontare complessivo pari a 27.000 EUR.

Al 31 dicembre 2008 è in corso un'istruttoria in materia¹⁸.

Indagini conoscitive

Nel periodo di riferimento, l'Autorità ha concluso due indagini conoscitive ai sensi dell'articolo 12 della legge n. 287/90¹⁹. Al 31 dicembre 2008 sono in corso nove indagini conoscitive²⁰.

¹¹ INTESA SAN PAOLO/CASSA DI RISPARMIO DI FIRENZE; BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA/BANCA ANTONVENETA.

¹² ALITALIA/VOLARE.

¹³ COMPAGNIA AEREA ITALIANA/ALITALIA LINEE AEREE ITALIANE - AIRONE

¹⁴ PARMALAT/EUROLAT.

¹⁵ C.V.A. COMPAGNIA VALDOSTANA DELLE ACQUE/DEVAL ENERGIE; ALLIANCE MEDICAL/NEWIMA-STUDIO RADIOLOGICO CENTO CANNONI; ALLIANCE MEDICAL/CENTRO MEDICO SETTE RE; ALLIANCE MEDICAL/LINEA MEDICA; BCC PRIVATE EQUITY S.G.R./AD MAIORA-HYDRO SERVICE PENTA-CBS-SIGMA; VEOLIA PROPRIETÉ/BARTIN RECYCLING; CONSIAGAS-INTESACOM/ESTRA ENERGIA, SERVIZI, TERRITORIO, AMBIENTE; MANUTENCOOP/MANUTENCOOP FACILITY MANAGEMENT.

¹⁶ IRIDE ACQUA GAS/IDROCONS.

¹⁷ AEM DISTRIBUZIONE GAS E CALORE; A2A; AGAM; AZIENDA SERVIZI VAL TROMPIA.

¹⁸ TRAMBUS/ATTIVITÀ AUTOBUS DI LINEA GT.

¹⁹ MERCATO DEI RIFIUTI DI IMBALLAGGIO; LA CORPORATE GOVERNANCE DI BANCHE E ASSICURAZIONI.

²⁰ STATO DI LIBERALIZZAZIONE DEI SETTORI DELL'ENERGIA ELETTRICA E DEL GAS NATURALE; TRASPORTO PUBBLICO LOCALE; SETTORE DELLE PRESTAZIONI SANITARIE OSPEDALIERE; SERVIZI DI NEGOZIAZIONE E POST-TRADING; INDAGINE CONOSCITIVA RIGUARDANTE IL SETTORE DELL'EDITORIA QUOTIDIANA, PERIODICA E MULTIMEDIALE; INDAGINE CONOSCITIVA SULLE CARTE PREPAGATE; MERCATO DELLO STOCCAGGIO DEL GAS NATURALE; SERVIZI SMS, SERVIZI MMS E SERVIZI DATI IN MOBILITÀ; INDAGINE CONOSCITIVA RIGUARDANTE IL SETTORE DEGLI ORDINI PROFESSIONALI.

L'attività di segnalazione e consultiva

Le segnalazioni effettuate dall'Autorità, ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge n. 287/90, in relazione alle restrizioni della concorrenza derivanti dalla normativa esistente o da progetti normativi sono state 55. Come negli anni passati, esse hanno riguardato un'ampia gamma di settori economici.

Attività di segnalazione e consultiva per settori di attività economica - (numero degli interventi)	
Settore	2008
Acqua	3
Industria alimentare e delle bevande	2
Assicurazioni e fondi pensione	2
Credito	1
Costruzioni	1
Diritti televisivi	1
Editoria e stampa	1
Energia elettrica e gas	5
Industria farmaceutica	1
Servizi finanziari	1
Attività immobiliari	2
Industria petrolifera	1
Attività professionali e imprenditoriali	4
Smaltimento rifiuti	5
Ristorazione	1
Sanità e altri servizi sociali	2
Servizi vari	7
Attività ricreative, culturali e sportive	3
Telecomunicazioni	3
Trasporti e noleggio di mezzi di trasporto	8
Varie	1
Totale	55

Agricoltura e attività manifatturiere

PRODOTTI AGRICOLI E ALIMENTARI

Intese

LISTINO PREZZI DEL PANE

Nel giugno 2008, l'Autorità ha concluso un'istruttoria ai sensi dell'articolo 2 della legge n. 287/90, accertando che l'associazione Unione Panificatori di Roma e Provincia aveva posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza avente ad oggetto la predisposizione e divulgazione di indicazioni di prezzo relative alle tipologie di pane vendute dai panifici attivi in tale territorio, nonché la predisposizione e divulgazione di analisi dei costi delle principali tipologie di pane, finalizzate alla determinazione dei relativi prezzi finali. Il procedimento aveva tratto origine da una segnalazione dell'Associazione Altroconsumo dalla quale si evinceva la possibile esistenza di comportamenti restrittivi posti in essere dall'associazione di categoria.

Sotto il profilo merceologico, l'Autorità ha considerato che il mercato rilevante fosse quello della produzione e vendita di pane. Tale mercato è stato ritenuto dall'Autorità coincidente con il territorio della provincia di Roma, in ragione delle abitudini dei consumatori, i quali tendono ad acquistare il pane in prossimità della propria abitazione.

Nel corso dell'istruttoria, l'Autorità ha accertato che l'Unione Panificatori di Roma e Provincia aveva posto in essere un'intesa avente ad oggetto la divulgazione di indicazioni sui prezzi di vendita minimi del pane, al pubblico e all'ingrosso, nell'ambito della provincia di Roma. In particolare, nel mese di settembre 2007, tali indicazioni erano state fornite nella forma di un listino prezzi riportante: *i)* una forbice di prezzi "consigliati" per le due principali e più rappresentative tipologie di pane vendute nella provincia; *ii)* una forbice di aumento di prezzo consigliato per tutte le altre tipologie di pane. I valori indicati nel listino erano stati ottenuti a partire da un'analisi dei costi medi aziendali, effettuata per le tipologie di pane "rosetta" e "casereccio", sfociata nell'elaborazione di un valore riassuntivo di costo unitario denominato "dato di panificazione". Il listino era stato diffuso sia nell'ambito di un'assemblea pubblica alla quale erano stati invitati tutti i panificatori della provincia di Roma, associati e non associati, sia tramite interviste rilasciate alla stampa e ai mezzi televisivi dallo stesso Presidente dell'associazione.

L'Autorità ha accertato, inoltre, che nel periodo compreso tra il mese di aprile 2003 e il mese di settembre 2007, ulteriori indicazioni sui prezzi di

vendita erano state fornite dall'associazione sulla base dell'analisi del dato di panificazione, il quale, anche se riferito soltanto ad una, o comunque a poche specifiche tipologie di pane, era facilmente utilizzabile quale parametro per calcolare la griglia di prezzi relativa a tutte le tipologie di prodotto. Pur essendo, in tale periodo, più ristretto l'ambito di diffusione delle indicazioni di prezzo, fornite esclusivamente ai panificatori associati nell'ambito di assemblee o di riunioni di zona, ugualmente chiara era risultata la valenza di "soglie minime" che l'associazione aveva inteso dare a tali indicazioni.

Con riguardo alla consistenza dell'intesa, l'Autorità ha accertato che la percentuale di panificatori iscritti all'Unione Panificatori di Roma e provincia era pari a circa il 40% dei panificatori attivi sul mercato rilevante. Tuttavia, per lo meno in relazione alle più recenti indicazioni di prezzo elaborate dall'associazione, i potenziali effetti di restrizione della concorrenza dovevano ritenersi anche più ampi e consistenti di quanto indicato dalla mera rappresentatività ufficiale dell'associazione. L'istruttoria ha evidenziato, infatti, che tali indicazioni avevano avuto una diffusione ben più vasta rispetto alla mera base associativa, sia mediante la stampa che mediante un'intervista televisiva al Presidente dell'Unione.

L'Autorità ha ritenuto che l'intesa accertata costituiva una violazione molto grave delle norme a tutela della concorrenza in relazione alla sua natura, all'essenzialità del bene oggetto del coordinamento, nonché al ruolo svolto dall'associazione di categoria, le cui indicazioni sono risultate avere una forza particolare in un settore caratterizzato da una elevata frammentazione produttiva e dalla presenza di imprese di tipo artigianale. L'Autorità ha, infine, tenuto conto che essa era già in passato intervenuta nel settore del pane e, in particolare, nei confronti di tutte le associazioni provinciali dei panificatori.

Tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, l'Autorità ha irrogato all'Unione Panificatori di Roma e provincia una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 4.430 EUR.

Inottemperanze

PARMALAT/EUROLAT

Nel maggio 2008, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio nei confronti della società Parmalat Spa ai sensi dell'articolo 19, comma 1 della legge n. 287/90, accertando l'inottemperanza della società alla propria precedente delibera n. 16282 del 21 dicembre 2006. Più specificamente, nel luglio 1999 l'Autorità aveva autorizzato la concentrazione tra Parmalat e Eurolat Spa, a condizione che la prima eliminasse gli effetti restrittivi dell'operazione in alcuni dei mercati interessati attraverso il rispetto degli

impegni da essa stessa proposti²¹. Nel gennaio 2005, l'Autorità aveva accertato il mancato rispetto di Parmalat delle misure imposte ed aveva successivamente prescritto alla stessa, nel giugno 2005, il rispetto di alcune misure volte a ripristinare condizioni di concorrenza effettiva nei mercati del latte fresco di Lazio e Campania, in assenza dell'implementazione delle condizioni stabilite con il provvedimento del 29 luglio 1999, attraverso la cessione dei marchi Matese e Torre in Pietra, nonché di due stabilimenti produttivi, rami d'azienda della società controllata Newlat Srl, da attuarsi entro una data poi prorogata al 31 dicembre 2006. A seguito della dichiarata difficoltà di Parmalat a procedere alla cessione di singoli rami d'azienda di Newlat, l'Autorità aveva ulteriormente prorogato il termine di cessione al 30 ottobre 2007, stabilendo la cessione, questa volta, del controllo di Newlat a soggetti imprenditoriali indipendenti dal gruppo Parmalat.

In data 26 ottobre 2007 Parmalat comunicava all'Autorità l'avvenuta cessione degli stabilimenti produttivi di cui alla delibera del giugno 2005, ma nel contempo palesava il proprio stato di difficoltà a trovare un acquirente, che avesse i requisiti di indipendenza e capacità richiesti dall'Autorità, per la società Newlat. Parmalat chiedeva, dunque, di poter attuare misure alternative, sebbene idonee a ripristinare condizioni di concorrenza effettiva sui mercati del latte fresco di Lazio e Campania. A tal fine, Parmalat proponeva, a titolo esemplificativo, la revisione della definizione dei soggetti nei confronti dei quali effettuare la cessione o, in subordine, la cessione dei soli marchi Matese e Torre in Pietra secondo quanto prescritto dal provvedimento del 30 giugno 2005. Con una nota del novembre 2007, infine, Parmalat chiedeva un'ulteriore proroga, fino al giugno 2008, dei termini per ottemperare ai provvedimenti del giugno 2005 e del dicembre 2006.

Nel novembre 2007, l'Autorità ha avviato un'istruttoria nei confronti di Parmalat per inottemperanza alla misura relativa alla cessione dell'intero capitale sociale di Newlat. Sulla base delle risultanze istruttorie acquisite nel corso del procedimento l'Autorità ha accertato che Parmalat aveva provveduto alla cessione di Newlat secondo le condizioni indicate nel provvedimento del dicembre 2006 soltanto in data 18 aprile 2008, e, dunque, non rispettando il termine del 30 ottobre 2007 stabilito dall'Autorità. Tenuto conto della gravità della violazione, della sua breve durata, del ravvedimento operoso di Parmalat e, infine, della

²¹ In particolare, alla luce delle criticità concorrenziali che l'operazione era suscettibile di produrre nei mercati del latte fresco, Parmalat si era impegnata a vendere sei marchi di latte e quattro stabilimenti produttivi e a ritirare dalla Regione Lazio il proprio marchio relativamente al latte fresco e a non utilizzarlo per un periodo di tre anni. Gli impegni prevedevano inoltre la possibilità che, nel caso in cui la capacità produttiva degli stabilimenti ceduti non risultasse adeguata alla valenza dei marchi oggetto di dismissione, Parmalat producesse latte per conto dell'acquirente per un periodo sufficiente a consentire a quest'ultima di adeguare la propria capacità produttiva. Era inoltre contemplata la possibilità che le aziende oggetto di dismissione svolgessero, a condizioni di mercato, attività produttive a beneficio di Parmalat per un dato periodo dall'intervenuto trasferimento della proprietà. Infine, gli impegni prevedevano che, qualora Parmalat intendesse continuare a utilizzare per prodotti diversi dal latte uno o più marchi oggetto di cessione di cui risultasse impossibile dividere la proprietà per classi di prodotto, era tenuta a concedere all'acquirente una licenza perpetua a titolo gratuito a utilizzare tali marchi per il latte fresco e il latte UHT.

situazione economica di Parmalat, l'Autorità ha comminato alla società una sanzione pari a 2.200.000 EUR.

Segnalazioni

DISCIPLINA DEI CANONI CONCESSORI DEMANIALI MARITTIMI PER LE ATTIVITÀ DI PESCA E ACQUICOLTURA

Nell'ottobre 2008, l'Autorità ha formulato alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 in merito alla disciplina dei canoni concessori demaniali marittimi per le attività di pesca e acquicoltura, così come previsti per le società cooperative e loro consorzi dal d.m. n. 595/95, e per le imprese non costituite in forma cooperativa dal d.m. del luglio 1989.

L'Autorità ha osservato che tale normativa aveva subito nel tempo radicali trasformazioni, pervenendo da ultimo ad un regime di canoni i cui importi apparivano notevolmente differenziati in relazione alla natura giuridica del soggetto titolare di concessione. In particolare, la misura di tali canoni, originariamente diversificata a seconda della tipologia di impresa, era stata parificata per l'utilizzo di tutte le concessioni demaniali marittime rilasciate, sulla base di quanto previsto dalla legge n. 164/98, sia a favore di cooperative, che di imprese non costituite in forma di cooperative. Tale equiparazione era, tuttavia, cessata per via del decreto legislativo n. 154/04, con la conseguenza che si era pervenuti nuovamente all'individuazione di canoni differenziati. In alcune Regioni inoltre, in pendenza di pronunce del giudice amministrativo nelle controversie aventi ad oggetto provvedimenti di notifica dei canoni demaniali quantificati ex d.m. n. 595/95 e d.m. del luglio 1989, si era temporaneamente provveduto all'equiparazione dei canoni dovuti sia dalle cooperative che dalle imprese non costituite in forma di cooperative, determinando una disparità di trattamento tra operatori in relazione alle Regioni in cui risultavano situati ed ove esplicavano la propria attività.

In questo contesto, l'Autorità ha osservato che, sebbene lo svolgimento del gioco concorrenziale si concentrasse, principalmente, al momento del rilascio della concessione da parte delle Autorità competenti, l'individuazione di canoni differenziati risultava idonea a determinare effetti distorsivi nella concorrenza tra operatori svolgenti la medesima attività di pesca e acquicoltura. Gli operatori, infatti, erano tenuti a corrispondere canoni concessori per l'utilizzazione del demanio marittimo stabiliti *ex lege* in ammontari diversi a seconda che avessero adottato la forma di cooperativa o altra forma di impresa, a fronte della medesima attività svolta. L'Autorità ha pertanto osservato come tale differenza dei canoni concessori fosse idonea ad incidere in misura disomogenea sui costi delle società cooperative e delle imprese non associate, risultando potenzialmente in grado di alterarne la capacità competitiva. L'Autorità ha ritenuto che la sola natura giuridica del

soggetto titolare della concessione non potesse giustificare la diversità dei canoni concessori in vigore e ha pertanto sottolineato l'esigenza di evitare che il vigente assetto normativo comportasse distorsioni del gioco concorrenziale non strettamente giustificate da esigenze di carattere generale, auspicando al contempo che le osservazioni formulate potessero costituire la base per un riesame dell'intera materia.

REGOLAMENTAZIONE DELLE AUTORIZZAZIONI PER LA COSTITUZIONE ED ESERCIZIO DI DEPOSITI FISCALI

Nel dicembre 2008, l'Autorità ha inviato al Parlamento ed al Ministro dell'economia e delle finanze una segnalazione ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 in merito alla normativa riguardante le autorizzazioni per la costituzione e l'esercizio di depositi fiscali, impianti in cui sono stoccati i prodotti del tabacco in vista della vendita alle tabaccherie. Tale normativa, in particolare, è stata ritenuta suscettibile di ostacolare le possibilità di entrata di nuovi operatori nell'attività di distribuzione dei prodotti del tabacco, che in Italia è svolta in posizione quasi monopolistica dalla società Logista Italia Spa, erede indiretta della rete distributiva che fino al 1998 è stata dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato.

Le norme relative al rilascio - da parte dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato - delle autorizzazioni per la costituzione e l'esercizio dei depositi fiscali sono contenute nel decreto del Ministro delle Finanze del 22 febbraio 1999, n. 67, recante "*Regolamento recante norme concernenti l'istituzione e il regime dei depositi fiscali*". Tale decreto è stato già oggetto di una segnalazione dell'Autorità²² nelle parti in cui prevedeva: *i)* che nella domanda di autorizzazione all'istituzione del deposito fiscale fossero indicate le marche che si intendevano introdurre nell'impianto; *ii)* la prestazione di una cauzione, quale condizione per il rilascio dell'autorizzazione, pari all'accisa gravante sulla quantità massima dei tabacchi che potevano essere detenuti nel deposito stesso, prendendo a riferimento la marca con il prezzo di vendita più elevato, tra le marche che si intendevano introdurre nel deposito.

In particolare, l'Autorità aveva rilevato che gli operatori aspiranti ad entrare nel mercato dei servizi di distribuzione dei tabacchi potevano non disporre, al momento della presentazione della domanda di autorizzazione, di un quadro certo e definitivo dei propri clienti, produttori o importatori in Italia di prodotti del tabacco. In tale contesto, la loro entrata poteva risultare fortemente ostacolata dalla necessità di indicare nella domanda di autorizzazione le marche che si intendevano detenere nell'istituendo deposito, essendo la cauzione preliminare al rilascio dell'autorizzazione rapportata alla capacità di

²² Segnalazione AS359 *Regolamentazione riguardante l'istituzione di depositi fiscali*, 21 settembre 2006, in Bollettino n. 37/2006.

stoccaggio dell'impianto e commisurata al prezzo del prodotto più costoso tra quelli che si intende detenere. La cauzione, pertanto, avrebbe dovuto essere non preliminare al rilascio dell'autorizzazione alla costituzione del deposito fiscale, bensì successiva e proporzionata all'effettivo esercizio del deposito.

Successivamente, la legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria per il 2007) ha introdotto due nuove disposizioni in materia. Il comma 96 dell'articolo 1 ha stabilito che i soggetti autorizzati all'istituzione e gestione di depositi fiscali di tabacchi lavorati devono dimostrare il possesso dei locali adibiti a deposito per un periodo di almeno nove anni ed ha previsto che le modalità di attuazione della disposizione siano stabilite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze. Il comma 97 dello stesso articolo ha stabilito che i delegati alla gestione dei depositi fiscali locali di tabacchi (di fatto, i delegati di Logista Italia) possono esercitare l'attività di depositi fiscali nelle superfici dei locali in loro possesso e ospitanti i depositi di cui sono delegati alla gestione, a prescindere dall'effettiva disponibilità, al momento della domanda, dei tabacchi che si intendono distribuire, con autorizzazioni concesse con la stessa planimetria e con un distinto codice di accisa rispetto alle autorizzazioni in essere, secondo modalità da stabilire con decreto del Direttore generale dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato.

In merito al comma 96 l'Autorità ha rilevato che non appariva necessario e proporzionato ad esigenze di carattere generale il requisito della dimostrazione del possesso dell'immobile per il periodo, particolarmente lungo, ivi indicato ai fini del conseguimento dell'autorizzazione all'istituzione e gestione di un deposito fiscale.

Con riguardo al comma 97, l'Autorità ha fatto presente la necessità che esso fosse interpretato nel senso che, fermo restando che la possibilità di entrata di nuovi operatori nel mercato della distribuzione dei prodotti del tabacco non era circoscritta ai soggetti che gestivano in quel momento i depositi fiscali su incarico di Logista Italia, tale comma recava la precisazione che questi ultimi soggetti non operavano in esclusiva per Logista Italia e, dunque, potevano essere titolari a loro volta di autorizzazioni ed operare nella distribuzione dei prodotti del tabacco in concorrenza con l'attuale monopolista di fatto. L'Autorità ha, pertanto, auspicato l'abrogazione della disposizione di cui al comma 96 dell'articolo 1 della legge n. 296/2006 ed una rapida definizione del quadro regolatorio a livello secondario, attuando il comma 97 dello stesso articolo nel senso sopra delineato.

PRODOTTI FARMACEUTICI

Intese

FEDERFARMA TERAMO - SCONTI PREZZI AL PUBBLICO

Nel maggio 2008, l'Autorità ha concluso un'istruttoria ai sensi

dell'articolo 2 della legge n. 287/90 nei confronti di Federfarma Teramo, l'Associazione che riunisce i titolari di farmacia della provincia di Teramo, accertando un'intesa restrittiva della concorrenza avente ad oggetto e per effetto la limitazione della dinamica dei prezzi dei farmaci senza obbligo di prescrizione (di seguito SOP) praticati dalle farmacie della provincia. Il procedimento era stato avviato sulla base di una segnalazione anonima secondo la quale Federfarma Teramo avrebbe inviato a tutti i titolari di farmacia associati copia di un prospetto indicante gli sconti massimi praticabili sul prezzo di vendita al pubblico di una serie di farmaci senza obbligo di prescrizione (SOP).

Dal punto di vista merceologico, l'Autorità ha considerato che il mercato rilevante fosse quello della distribuzione al dettaglio dei farmaci SOP. Tale mercato è risultato distinto da quello della distribuzione al dettaglio dei farmaci cosiddetti *etici*, in ragione della specifica regolamentazione cui sono soggetti i farmaci SOP, che prevede: (i) l'assenza dell'obbligo di prescrizione medica; (ii) diverse modalità di determinazione dei prezzi; (iii) un'ampia gamma di canali distributivi prevista solo per tali farmaci (sostanzialmente le parafarmacie e la grande distribuzione organizzata). In particolare, diversamente da quanto previsto per i farmaci etici, la vendita dei farmaci SOP non è soggetta a prescrizione medica; libero inoltre è lo sconto applicabile da parte dei distributori finali e, dunque, il prezzo al pubblico. Nel caso di specie, considerato che la direttiva di Federfarma Teramo era indirizzata a tutti i titolari di farmacia della provincia di Teramo, la dimensione geografica del mercato, è stata considerata coincidere con la provincia di Teramo.

Nel corso dell'istruttoria, l'Autorità ha accertato che Federfarma Teramo, aveva diffuso ai propri iscritti, nel novembre 2006, una circolare recante un prospetto contenente gli sconti massimi praticabili sui prezzi di vendita al pubblico di farmaci SOP. In particolare, la circolare mirava a limitare gli sconti, praticati dalle farmacie, sui prezzi dei farmaci in questione, la cui vendita era stata da poco liberalizzata dalla legge n. 248/06 e rispetto ai quali i farmacisti potevano determinare liberamente lo sconto.

L'Autorità ha ritenuto che l'intesa in esame, contenendo gli sconti praticabili sui prezzi dei farmaci SOP, era idonea ad omogeneizzare le condotte di prezzo dei farmacisti associati a Federfarma Teramo. Le evidenze raccolte hanno mostrato, inoltre, che le indicazioni dell'Associazione avevano concretamente prodotto la limitazione della dinamica degli sconti praticati dalle farmacie nella provincia di Teramo. Infatti, un confronto tra il periodo a ridosso della diffusione della circolare e i sei mesi successivi aveva indicato come già in un breve lasso di tempo si fosse verificata una contrazione degli sconti pari al 10%, quasi tutta a favore delle fasce di sconto inferiori ed, in particolare, a favore dello sconto nullo. La circolare di Federfarma Teramo,

pertanto, nel ridurre l'entità degli sconti praticabili, aveva mantenuto i prezzi finali ad un livello artificialmente più elevato di quello che invece si sarebbe potuto verificare in assenza della circolare, in una fase immediatamente successiva ad una liberalizzazione che per la prima volta introduceva nel settore la concorrenza di prezzo.

L'Autorità ha ritenuto che l'infrazione accertata costituiva una violazione molto grave delle norme a tutela della concorrenza in relazione alla sua natura di intesa orizzontale di prezzo ed al peculiare contesto in cui la stessa era stata posta in essere, ovvero pochi mesi dopo l'entrata in vigore della legge n. 248/06 che, eliminato ogni vincolo volto ad arginare le politiche di sconto, aveva aperto la strada ad un confronto concorrenziale tra farmacie. Quanto alla durata, dall'istruttoria è emerso che l'infrazione era stata posta in essere a partire dal novembre 2006 e si era protratta quantomeno fino alla fine di dicembre 2007.

In considerazione della gravità e della durata dell'infrazione, l'Autorità ha irrogato a Federfarma Teramo una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 11.200 EUR.

PRODOTTI DISINFETTANTI

Nell'ottobre 2008 l'Autorità, ai sensi dell'articolo 15 della legge n. 287/90, nella versione vigente anteriormente alla modifica introdotta dall'articolo 11 della legge n. 57/2001, ha rideterminato l'ammontare delle sanzioni irrogate alle società Nuova Farmec Srl, B.Braun Milano Spa, Esoform Spa e Medical Service Srl con il proprio provvedimento dell'aprile 2006. Con tale provvedimento l'Autorità aveva deliberato che le società AstraZeneca Spa, Esoform Spa, Farmec Srl, Nuova Farmec Srl, IMS Srl, B. Braun Milano Spa, Bergamon Srl, P Farmaceutici Spa, Germa Spa., Meda Pharma Spa e Sanitas Srl avevano posto in essere, in violazione dell'articolo 81 del Trattato CE, un'intesa restrittiva della concorrenza consistita nel coordinamento delle offerte nelle gare per la fornitura di prodotti antisettici e disinfettanti alle strutture sanitarie pubbliche italiane, volta a ripartire il mercato e a mantenere prezzi artificialmente elevati. L'Autorità aveva ritenuto che, in ragione del fatto che l'intesa si era protratta oltre la data di entrata in vigore della legge n. 57/2001, per la violazione accertata trovava applicazione il disposto dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, come modificato dalla stessa legge n. 57/2001.

Il Consiglio di Stato, invece, in parziale accoglimento dei ricorsi proposti dalle società Esoform, Farmec, IMS, Braun Milano e Sanitas ha disposto l'annullamento del provvedimento dell'Autorità nella parte relativa alla quantificazione della sanzione irrogata, con particolare riguardo all'individuazione della norma giuridica ai sensi della quale quantificare la

sanzione stessa, in quanto ai fini del calcolo della sanzione avrebbe dovuto trovare applicazione il regime sanzionatorio previsto dall'originaria versione dell'articolo 15 legge n. 287/90, antecedentemente alle modifiche introdotte dalla legge n. 57/2001. Infatti, a differenza di quanto ritenuto dall'Autorità e dal giudice di primo grado, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la condotta illecita fosse cessata non alla fine del 2001, ma nel maggio del 2000 e, quindi, dovesse trovare applicazione l'articolo 15 legge n. 287/90 nella sua originaria formulazione. Il Supremo Giudice ha altresì rimesso alla Autorità il compito di ricalcolare le sanzioni irrogate alle società Esoform, Farmec., IMS, B. Braun Milano e Sanitas ai sensi dell'originaria versione dell'articolo 15 della legge n. 287/90 e sulla base del fatturato relativo ai soli prodotti oggetto dell'intesa per l'anno 1999.

In considerazione della gravità e durata dell'intesa e applicando i criteri sopra indicati, le sanzioni sono state rideterminate nella misura dell'8% del fatturato realizzato nel 1999 per vendite di antisettici e disinfettanti alle strutture sanitarie pubbliche per Esoform, Farmec e IMS, e dell'8,5% per Braun per un ammontare pari, rispettivamente, a 50.200, 214.200, 73.500 e 114.800 EUR.

PRODOTTI PETROLIFERI

Intese

RIFORNIMENTI AEROPORTUALI

Nel settembre 2008, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio rideterminando nei confronti della società Total Italia Spa la sanzione comminata nel giugno 2006 in esito all'istruttoria con cui aveva accertato che le società Eni Spa, Esso Italiana Srl, Kuwait Petroleum Italia Spa, Shell Italia Spa (Shell), Shell Italia Aviazione Srl (Shell IAV), Tamoil Italia Spa e Total avevano messo in atto un'intesa unica e complessa, in violazione dell'articolo 81 del Trattato Ce, avente ad oggetto e per effetto la ripartizione del mercato della fornitura di *jet fuel* alle compagnie aeree, l'impedimento all'ingresso di nuovi operatori, nonché un intenso e continuato scambio di informazioni idonee al raggiungimento di tali obiettivi.

Avendo riscontrato un errore materiale nella determinazione delle sanzioni irrogate a Total (cui era stata attribuita la quota di mercato di Shell/Shell IAV) ed a Shell/Shell IAV (cui era stata attribuita la quota di mercato di Total), l'Autorità, nel dicembre 2006, aveva proceduto a rideterminare in via di autotutela la sanzione inflitta a tali società, ricalcolando sulla base delle corrette quote di mercato le sanzioni per le tre società, con il risultato di aumentare la sanzione irrogata a Total (da 8.860.000 a 13.280.000 EUR) e diminuire la sanzione inflitta a Shell (da 53.320.000 a 35.500.000 EUR)

e Shell IAV (da 3.140.000 a 2.090.000 EUR). A seguito dell'impugnativa proposta da Total, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 720/2008, aveva annullato il provvedimento di rideterminazione della sanzione in quanto l'Autorità non aveva comunicato a Total l'avvio del procedimento sfociato nell'adozione di un provvedimento peggiorativo direttamente incidente nella sfera patrimoniale dell'impresa. Il supremo Giudice aveva altresì statuito che, non essendo specificati i criteri in base ai quali a Total era stata inflitta una sanzione di maggior importo, né se tali criteri fossero o meno correlati alla classe di quote di mercato in cui la società era stata inserita, non era possibile valutare la fondatezza delle doglianze di Total in merito alla proporzionalità degli importi sanzionatori decisi dall'Autorità in base a ciascuna classe di quote di mercato.

L'Autorità aveva, infatti, suddiviso le imprese in tre categorie o fasce, a seconda della loro dimensione rispetto alle vendite complessive di *jet fuel* nel 2004: era risultata così una posizione di *leadership* per le imprese con una quota di mercato superiore al 40%, una categoria intermedia per le società con quote comprese tra l'11% e il 20% e, infine, una terza categoria per le imprese con quote fino al 10%. Essendo Total stata inserita erroneamente nella fascia più bassa, la sanzione comminata era stata quella minima di 20 milioni di EUR, a fronte invece di sanzioni pari a 30 milioni di EUR per le imprese della fascia intermedia e a 50 milioni di EUR per la fascia alta. Tali importi erano stati maggiorati poi dell'80% per tutte le imprese, alla luce della durata dell'infrazione. Infine, l'Autorità aveva applicato una riduzione della sanzione per attenuanti relative al ravvedimento operoso delle società che, nel caso di Total, aveva raggiunto un importo considerevole, pari a circa l'80%.

In ottemperanza a quanto prescritto dal Consiglio di Stato, l'Autorità ha avviato un nuovo procedimento istruttorio volto alla rideterminazione della sanzione, in contraddittorio con Total. Nel corso del procedimento, la società, pur non contestando il suo collocamento nella fascia intermedia, contestava la sanzione base di 30 milioni di EUR per le imprese appartenenti alla seconda fascia, non considerando tale importo rispettoso del principio di proporzionalità tra la quota di mercato media di ciascun gruppo e le corrispondenti sanzioni di base.

L'Autorità, ribadendo la gravità dell'intesa accertata, ha in primo luogo ricordato che la sanzione antitrust deve essere tale da assicurare la sua funzione di deterrenza. Nel caso di specie, l'Autorità ha ritenuto di fissare come importo base della fascia bassa (quote di mercato fino al 10%) la sanzione indicata per le violazioni molto gravi dalla Comunicazione della Commissione sulle sanzioni in vigore al momento di adozione del provvedimento²³, pari a 20

²³ Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2 del Regolamento n. 17 e dell'articolo 65, paragrafo 5 del Trattato CECA del 14 gennaio 1998, in GUCE n. C009.

milioni di EUR; considerando poi la quota di mercato detenuta da Total pari al 15-17%, l'aumento a 30 milioni di EUR della sanzione, per l'appartenenza alla fascia intermedia, è stato ritenuto proporzionato. L'Autorità ha concluso che, alla luce anche del fatturato annuo di Total nel 2005, pari a circa 3,5 miliardi di EUR, una sanzione di 13.280.000 EUR non poteva ritenersi incongrua o sproporzionata: la legittimità del metodo di quantificazione degli importi di base delle sanzioni adottato dall'Autorità, nonché della valutazione come molto grave dell'intesa anticoncorrenziale contestata, era stata, infatti, confermata dallo stesso Consiglio di Stato. In ragione di ciò, l'Autorità ha deliberato di infliggere una sanzione pecuniaria a Total pari a 13.280.000 EUR per la violazione dell'articolo 81 del Trattato Ce, così come accertata nel giugno 2006.

Segnalazioni

BANDO DI GARA PUBBLICATO DALLA CSTP - AZIENDA DELLA MOBILITÀ DI SALERNO PER LA FORNITURA DI CIRCA 12 MILIONI DI LITRI DI GASOLIO DAL 1° GENNAIO 2008 AL 31 DICEMBRE 2009

Nell'ottobre 2008, l'Autorità, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, ha formulato al Presidente della provincia di Salerno, ai Sindaci di numerosi comuni del territorio e all'Azienda della mobilità Spa (CSTP) alcune considerazioni in merito alle possibili distorsioni della concorrenza derivanti da alcune disposizioni del bando di gara con il quale la CSTP aveva aggiudicato la fornitura di circa 12 milioni di litri di gasolio dal 1° gennaio 2008 al 31 dicembre 2009, con possibilità di rinnovo annuale per un massimo di due anni.

In particolare, l'Autorità si è soffermata sulla previsione di due requisiti richiesti alle imprese ai fini della partecipazione alla gara: *i*) l'aver realizzato nel triennio 2004-2006 almeno una singola fornitura, nei confronti di un unico committente, espletata nell'arco di non più di un anno, per un quantitativo pari o superiore a 6 milioni di litri di gasolio; *ii*) nel caso di partecipazione in forma di raggruppamenti temporanei di impresa (di seguito Rti) e di consorzi, che il suddetto requisito della fornitura unica annuale di 6 milioni di litri e un requisito relativo al fatturato globale nel triennio 2004-2006 fossero posseduti dall'impresa mandataria in misura non inferiore al 60% e da ciascuna ditta mandante in misura non inferiore al 20%.

In merito al primo dei requisiti, l'Autorità ha ritenuto che l'unicità del committente, nei confronti del quale le imprese dovevano aver effettuato una fornitura per un quantitativo all'incirca pari al consumo medio della CSTP, fosse idonea a ridurre ingiustificatamente il novero delle imprese partecipanti rispetto alla finalità di selezionare un fornitore affidabile, in termini di

sicurezza e continuità degli approvvigionamenti. Peraltro, il bando di gara conteneva altre norme volte a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento, sia in maniera diretta con la richiesta di una specifica garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, sia in maniera indiretta, attraverso la previsione di un meccanismo di correzione del prezzo di esecuzione della fornitura in caso di eccessiva volatilità del mercato petrolifero e valutario. Con riguardo ai vincoli alla composizione dei Rti e dei consorzi, l'Autorità ha rilevato che il bando di gara limitava, nella sostanza, la partecipazione ai soli Rti e consorzi costituiti da due o da tre imprese. A parere dell'Autorità, questa limitazione risultava sproporzionata rispetto all'esigenza di selezionare una controparte affidabile, anche alla luce di altre previsioni del bando, finalizzate allo stesso scopo.

ALTRE ATTIVITÀ MANIFATTURIERE

Intese

VENDITA AL DETTAGLIO DI PRODOTTI COSMETICI

Nel giugno 2008, l'Autorità ha avviato un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 81 del Trattato Ce nei confronti delle società Henkel Italia Spa, Unilever Italia Holdings Srl, Reckitt-Benckiser Holdings Srl, Colgate-Palmolive Spa, Procter & Gamble Italia Spa, Procter & Gamble Holding Srl, Procter & Gamble Srl, Sara Lee Household & Body Care Italy Spa e L'Oreal Italia Spa al fine di accertare l'esistenza di un'eventuale intesa restrittiva della concorrenza nel mercato dei cosmetici commercializzati attraverso canale *retail*. Il procedimento ha tratto origine da alcune segnalazioni ricevute dall'Autorità secondo le quali le principali imprese attive nel mercato della produzione e della vendita dei cosmetici tramite il canale *retail*, quanto meno a partire dal gennaio 2005 e fino a tutto il 2007, avrebbero scambiato informazioni riguardanti gli aumenti di prezzo programmati, lo stato delle negoziazioni in essere con i distributori, le indicazioni generali di sconti e bonus concessi a questi ultimi, nonché le conseguenze previste di eventuali nuovi ingressi sul mercato, in occasione delle riunioni presso l'associazione di categoria Contromarca - Associazione Italiana dell'Industria di Marca. Le stesse imprese sarebbero inoltre intervenute, per il tramite dell'associazione di categoria, nei confronti dei distributori al fine di ottenere un incremento generalizzato dei prezzi di rivendita al pubblico.

Sulla base delle informazioni disponibili e degli elementi acquisiti, l'Autorità ha ritenuto che le società Henkel Italia Spa, Unilever Italia Holdings srl, Reckitt-Benckiser Holdings Srl, Colgate-Palmolive Spa, Procter & Gamble Italia Spa, Procter & Gamble Holding Srl, Procter & Gamble Srl, Sara Lee Household & Body Care Italy Spa e L'Oreal Italia Spa, le quali rappresentano i principali produttori di cosmetici distribuiti attraverso il canale *retail*, potrebbero aver posto in essere, quanto meno dal

2005 fino a tutto il 2007, un'intesa avente ad oggetto il reciproco scambio di informazioni sensibili ed il coordinamento delle rispettive strategie commerciali, finalizzate ad evitare un corretto confronto tra operatori. Al 31 dicembre 2008, l'istruttoria è in corso.

Inottemperanze

HC INVESTMENTS/LOCTITE ITALIA-LOCTITE FAS

Nel dicembre 2008, l'Autorità ha disposto l'avvio di un'istruttoria al fine di procedere alla rideterminazione della sanzione da irrogare nei confronti della società Henkel Italia Spa (di seguito, anche Henkel), in ottemperanza alla decisione del Consiglio di Stato n. 1828 del 12 febbraio 2008, con la quale è stata confermata “*con diversa motivazione*” la sentenza n. 6929 del 5 giugno 2002 del TAR Lazio.

La sentenza di primo grado aveva, a sua volta, annullato *in parte qua* il provvedimento adottato dall'Autorità nel dicembre 2001 nei confronti della stessa società, con il quale essa aveva accertato l'inottemperanza di Henkel ad una precedente delibera del maggio 1997, adottata ai sensi dell'articolo 19, comma 1 della legge n. 289/90. In particolare, con tale provvedimento, l'Autorità aveva autorizzato l'operazione di concentrazione consistente nell'acquisto da parte di Henkel del controllo della Loctite Corporation e di altre società dell'omonimo gruppo, comprese le società Loctite Italia Spa e Loctite Fas, subordinatamente al rispetto di taluni impegni: una prima tipologia di impegni aveva lo scopo di eliminare la sovrapposizione di marchi e, conseguentemente, di quote di mercato nel settore degli adesivi reattivi nel comparto sia della rivendita sia dell'industria; una seconda tipologia di impegni si prefiggeva di ridurre l'ampiezza della gamma di marchi noti di cui Henkel avrebbe disposto nei mercati della rivendita, attraverso la rinuncia a commercializzare prodotti *Vinavil* e *Bostik*.

Nel febbraio 2001 era pervenuta all'Autorità, da parte della società *post merger* Henkel Loctite Adesivi Srl la richiesta di autorizzazione all'uso del marchio *Pattex* per la commercializzazione di adesivi a contatto nel comparto della rivendita al dettaglio, che risultava vietata ad Henkel in virtù dell'impegno dalla stessa assunto in occasione di una precedente operazione di concentrazione esaminata dall'Autorità nel 1993²⁴. A seguito di tale istanza, l'Autorità aveva inviato alcune richieste di informazioni ad Henkel stessa e ad alcuni concorrenti, avvalendosi anche della collaborazione della Guardia di Finanza per acquisire elementi utili alla valutazione dell'istanza, con particolare riguardo alle modalità di distribuzione (nel canale tradizionale dei rivenditori ferramenta, cartolerie, etc.) degli adesivi da parte di Henkel.

24 Provvedimento C/1179, *Henkel Chimica/Boston*, n. 1591/1993, in Bollettino n. 35/93.

Dalla documentazione acquisita l'Autorità era venuta a conoscenza del fatto che Henkel, nel corso degli anni 1998, 1999, 2000 e 2001, aveva commercializzato presso numerosi operatori due adesivi a contatto denominati Henkel 99 (in lattine da 400 grammi) e Henkel 5242/C (in lattine da 400 grammi); prodotti, questi, situati nella fascia individuata dalle confezioni di peso inferiore ad 850 grammi che, in base alle prescrizioni del richiamato provvedimento del 1997, Henkel si sarebbe dovuta astenere dal commercializzare con il marchio *Bostik*.

L'Autorità, pertanto, in esito al relativo procedimento, aveva accertato l'inottemperanza di Henkel alla precedente delibera 1997 ed aveva disposto l'irrogazione di una sanzione pecuniaria ai sensi dell'articolo 19, comma 1 della legge n. 289/90, calcolata sul 3% del fatturato Henkel per l'anno 2000, relativamente ai prodotti sia adesivi sia sigillanti.

A seguito dell'impugnativa proposta da Henkel, il Tar Lazio, con sentenza del giugno 2002, aveva accolto il ricorso, annullando *in parte qua* il provvedimento, limitatamente alle censure riguardanti il fatturato preso in considerazione ai fini del calcolo della sanzione ed alla misura della stessa.

Avverso la citata pronuncia sia l'Autorità sia Henkel hanno proposto ricorso in appello al Consiglio di Stato, il quale, con decisione del febbraio 2008, ha respinto sia il ricorso principale sia quello incidentale, confermando “*con diversa motivazione*” la sentenza appellata, ordinando che la relativa decisione “*sia eseguita dall'autorità amministrativa*”. Nel dicembre 2008, l'Autorità ha, pertanto, avviato il procedimento istruttorio al fine di dare esecuzione alla sentenza del Consiglio di Stato.

Energia elettrica e gas naturale

ENERGIA ELETTRICA

Abusi

EXERGIA/ENEL- SERVIZIO DI SALVAGUARDIA

Nell'ottobre 2008, l'Autorità ha avviato un'istruttoria ai sensi dell'articolo 82 del Trattato Ce nei confronti della società Enel Spa e delle sue controllate Enel Servizio Elettrico Spa (ESE) e Enel Distribuzione Spa (ED) al fine di accertare eventuali condotte abusive nel mercato della vendita di energia elettrica al dettaglio ai clienti non domestici. Il procedimento è stato avviato a seguito della denuncia presentata dalla società Exergia Spa, la

quale lamentava talune condotte ostruzionistiche poste in essere da ED e da ESE rispetto al suo subentro nella gestione del servizio di salvaguardia. Esso si inserisce nel nuovo quadro disegnato dal legislatore per l'attività di vendita di elettricità secondo il quale, a partire dal 1° luglio 2007 tutti i clienti finali elettrici sono stati dichiarati idonei. Al fine di facilitare il passaggio graduale dal regime vincolato al mercato libero, nonché per assicurare la continuità delle forniture ai clienti industriali, il decreto-legge n. 73/07 (convertito nella legge n. 125/07) ha dettato un particolare regime di tutela per i clienti che non abbiano scelto un fornitore sul mercato libero, articolato attraverso i) il "servizio di maggior tutela" per i clienti domestici e ii) il "servizio di salvaguardia" per i clienti finali non domestici che non siano piccole imprese.

Con specifico riferimento al servizio di salvaguardia, il territorio nazionale è stato diviso in aree omogenee, per ciascuna delle quali è prevista una gara biennale per l'attribuzione del servizio; per il periodo transitorio - dal 1° luglio 2007 al 30 aprile 2008 - il servizio di salvaguardia è stato effettuato in una sostanziale continuità contrattuale con il regime vincolato, nel quale la fornitura di elettricità era effettuata dal distributore: dal momento che ED provvedeva alla distribuzione di circa il 90% dell'energia elettrica consumata in Italia, l'esercente temporaneo la salvaguardia, nella maggior parte dei casi, è stata ED sino a dicembre 2007 e poi ESE (nata dal conferimento del ramo di azienda di ED relativo all'attività di vendita di energia elettrica ai clienti finali ed operativa a partire da gennaio 2008), fino ad aprile 2008. Al contrario, nella prima gara per il servizio di salvaguardia - relativa al periodo maggio - dicembre 2008 - la società Exergia si è aggiudicata la fornitura del servizio per le aree dell'Italia settentrionale, mentre nell'Italia centrale, meridionale e insulare è risultata vincitrice la società Enel Energia Spa, partecipata al 100% da Enel.

Successivamente allo svolgimento di tale gara, il passaggio dalla situazione di fornitura dell'esercente temporaneo al nuovo esercente presentava profili particolarmente delicati in quanto quest'ultimo aveva bisogno di ricevere una stima dei consumi orari aggregati previsti per potersi approvvigionare all'ingrosso di una congrua quantità di energia elettrica, nonché di tutte le informazioni necessarie per la gestione del rapporto contrattuale con gli utenti in regime di salvaguardia. La regolamentazione prevedeva in capo all'esercente temporaneo l'obbligo di fornire l'anagrafica dei clienti in salvaguardia - che avrebbe dovuto essere aggiornata dal distributore entro aprile 08 - e le curve di prelievo aggregate più recenti disponibili certificate da TERNA, il gestore della rete di trasmissione nazionale.

Sulla base degli accertamenti condotti, l'Autorità ha ritenuto che ESE ed ED potrebbero aver fornito ad Energia dati anagrafici incompleti ed errati dei clienti e curve di consumo ottenute sulla base di estrapolazioni

e stime; conseguentemente, Exergia avrebbe acquistato una quantità di energia rivelatasi eccessiva rispetto ai prelievi effettivi, pagando pesanti oneri di sbilanciamento a TERNA, e avrebbe incontrato serie difficoltà a ottenere il pagamento dell'energia fornita a causa delle anagrafiche errate, andando incontro a notevoli difficoltà finanziarie che ne avrebbero ostacolato l'attività sul mercato. Tali difficoltà finanziarie avrebbero portato Exergia a non onorare i propri debiti con ED per il servizio di trasporto dell'energia elettrica e alla minaccia di risoluzione del contratto di trasporto da parte di ED a partire dal 1° novembre 2008.

Nel considerare tali condotte, l'Autorità ha prestato particolare rilievo alla circostanza che riuscire ad aggiudicarsi per un certo periodo la fornitura dei clienti in regime di salvaguardia è di importanza strategica per un'impresa entrante: il contatto con il cliente che ne deriva, infatti, aiuta l'impresa a comprenderne le caratteristiche, a formulare le offerte per passare al mercato libero, ad accrescere e consolidare la propria quota di mercato. Assicurare, quindi, che l'assegnatario del servizio di salvaguardia sia posto nelle condizioni di espletare con successo tale servizio è di cruciale importanza per lo sviluppo della concorrenza nel settore elettrico e, in particolare, nella vendita al dettaglio di elettricità ai clienti non domestici.

In tale contesto, ESE ed ED potrebbero aver sfruttato la propria posizione dominante nella fornitura di una serie di informazioni relative all'anagrafica e ai consumi dei clienti fornendo delle informazioni di qualità largamente inferiore a quella attesa, per impedire a Energia di svolgere correttamente la propria attività. Tali condotte potrebbero avere avuto come effetto quello di ridurre la concorrenza nei mercati della vendita di energia elettrica ai clienti finali non domestici e, quindi, di aumentare i prezzi pagati dai clienti sia nell'immediato che nel prevedibile futuro. Al 31 dicembre 2008, l'istruttoria è in corso.

Separazioni societarie

A2A - ASTV - AEM GAS - AGAM

Nel dicembre 2008, l'Autorità ha concluso quattro procedimenti istruttori nei confronti della società A2A Spa e di tre società del gruppo A2A - Azienda Servizi Valtrompia Spa (ASVT), AEM Distribuzione Gas e Calore Spa (AEM GAS Spa) e AGAM Spa - ai sensi dell'articolo 8, comma 2-*sexies* della legge n. 287/90, per inottemperanza all'obbligo di comunicazione preventiva di cui ai commi 2-*bis* e 2-*ter* del medesimo articolo. Più specificamente, A2A è la società titolare del servizio idrico integrato in numerosi comuni della provincia di Brescia; ASVT è titolare del servizio idrico integrato, della distribuzione del gas e della gestione

dei rifiuti solidi urbani in vari comuni della provincia di Brescia; AGAM è titolare del servizio idrico integrato e della distribuzione del gas nel comune di Monza; AEM GAS è titolare della concessione per lo svolgimento del servizio di distribuzione del gas nel comune di Milano e in altri comuni della stessa provincia. Esercitando direttamente servizi di interesse economico generale ai sensi dell'articolo 8, comma 2 della legge n. 287/90, tali imprese sono tenute, ai sensi dell'articolo 8, comma 2-bis della legge, ad operare in mercati diversi da quelli in cui sono titolari dell'esclusiva mediante società separate, nonché a darne preventiva comunicazione all'Autorità, ai sensi del comma 2-ter della medesima disposizione di legge.

Nel corso del procedimento, l'Autorità ha accertato che per un periodo che copriva l'intero arco temporale dall'entrata in vigore dell'articolo 8, comma 2-ter della legge n. 287/90 alla data di avvio del procedimento istruttorio, A2A, ASVT e AGAM avevano effettivamente operato nei mercati distinti delle attività di gestione del calore e di teleriscaldamento senza costituire una società separata. Con riguardo invece alla società AEM GAS, l'istruttoria ha evidenziato che tale società era meramente proprietaria delle centrali di cogenerazione, degli impianti e della rete di teleriscaldamento e, pur essendo formalmente titolare dei contratti di teleriscaldamento con i comuni di Milano, Sesto San Giovanni e Cassano d'Adda, non intratteneva rapporti commerciali con gli utenti del servizio di teleriscaldamento in tali comuni. Dal 1° gennaio 2008, inoltre, AEM GAS aveva ceduto ad altra società del gruppo anche la residua attività di gestione e manutenzione della rete di teleriscaldamento. Per tale ragione, l'Autorità ha deliberato nei confronti di AEM GAS un provvedimento di non luogo a provvedere ai sensi dell'articolo 8, comma 2-sexies della legge n. 287/90.

Con riguardo alle altre tre società, l'Autorità, nel determinare l'ammontare della sanzione, ha tenuto conto del fatto che l'omissione della comunicazione preventiva era conseguenza diretta dell'ulteriore violazione da parte di A2A, ASVT e AGAM dell'obbligo di operare mediante società separata; dell'assenza di dolo; della persistenza temporale della violazione; della dimensione economica e delle condizioni economiche della società capogruppo. Sulla base di tali elementi, l'Autorità ha comminato alla società A2A una sanzione pari a 20 mila EUR, ad AGAM pari a 5 mila EUR ed a ASVT pari a 2 mila EUR.

Inottemperanze

C.V.A. COMPAGNIA VALDOSTANA DELLE ACQUE - DEVAL ENERGIE

Nel gennaio 2008, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio nei confronti della società C.V.A. Compagnia Valdostana delle Acque Spa per inottemperanza all'obbligo di comunicazione preventiva dell'acquisizione,

da parte di C.V.A. Compagnia Valdostana delle Acque Spa, di oltre 1300 clienti finali della società Deval Energie Srl, nel momento in cui quest'ultima ha deciso di uscire dalla vendita di energia elettrica sul mercato libero, in coincidenza con la completa liberalizzazione del mercato elettrico a partire dal 1° luglio 2007.

L'Autorità ha considerato che l'operazione, comportando l'acquisto del controllo esclusivo su parte di un'impresa, costituiva una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera b) della legge n. 287/90 e risultava altresì soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva, in quanto il fatturato totale realizzato nell'ultimo esercizio a livello nazionale dalle imprese interessate è risultato superiore alla soglia di cui all'articolo 16, comma 1, della stessa legge.

Tenuto conto dell'assenza di dolo e della modesta incidenza concorrenziale dell'operazione in oggetto, l'Autorità ha comminato alla società C.V.A. Compagnia Valdostana delle Acque una sanzione amministrativa di 5 mila EUR.

CONSIAGAS - INTESACOM/ESTRA ENERGIA, SERVIZI, TERRITORIO, AMBIENTE

Nell'agosto 2008, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio per inottemperanza all'obbligo di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione. L'operazione ha riguardato, in particolare, la costituzione nell'ottobre 2007, da parte delle società Consiag Spa e Intesa Spa (per mezzo delle loro controllate, Consiagas Spa e Intesacom Spa) dell'impresa comune denominata Estra Energia, Servizi, Territorio, Ambiente Srl.

L'operazione in esame, comportando l'acquisto del controllo congiunto di un'impresa, costituiva una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera c), della legge n. 287/90 ed era soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva in quanto il fatturato realizzato nell'ultimo esercizio a livello nazionale da ciascuno dei rami d'azienda conferiti era superiore alla soglia di cui all'articolo 16, comma 1 della medesima legge.

Tenuto conto dell'assenza di dolo, della breve durata della violazione e della mancata incidenza concorrenziale dell'operazione, l'Autorità ha comminato una sanzione di 5 mila EUR sia alla società Consiag Spa che alla società Intesa Spa.

Segnalazioni

MODIFICA DEL REGIME DI DECUCIBILITÀ FISCALE DEGLI INTERESSI PASSIVI PER LE SOCIETÀ (LEGGE FINANZIARIA 2008, COMMA 33, LETTERA I)

Nel settembre 2008, l'Autorità ha formulato alcuni rilievi al Parlamento e al Governo ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 con riguardo alle possibili distorsioni della concorrenza derivanti dalla nuova disciplina

della deducibilità fiscale degli interessi passivi introdotta dall'articolo 1, comma 33, lettera i), della legge n. 244/2007 (Legge finanziaria per il 2008) e recepita nel nuovo testo dell'articolo 96 del Testo Unico delle Imposte sul Reddito (TUIR).

Il vecchio testo del TUIR prevedeva - per la quota di interessi passivi netti residuante dopo l'applicazione delle disposizioni relative al pro-rata patrimoniale e agli interessi sui finanziamenti concessi da soci qualificati o società ad essi collegate - *“la deducibilità per la parte corrispondente al rapporto tra l'ammontare dei ricavi e degli altri proventi che concorrono a formare il reddito e l'ammontare complessivo di tutti i ricavi e proventi”* (articoli 96-98). In assenza di plusvalenze e sopravvenienze attive e significative vendite di titoli e valuta estera, tale rapporto poteva risultare prossimo all'unità, permettendo quindi alle società la pressoché totale deducibilità degli interessi passivi netti residuanti dall'applicazione degli articoli 97 e 98.

La nuova disciplina ha abrogato gli articoli 97 e 98 ed ha previsto che gli interessi passivi netti siano deducibili in misura pari al massimo al 30% del risultato operativo lordo della gestione caratteristica per tutte le società, ad eccezione di una serie di soggetti tra i quali rientrano le società il cui capitale sia sottoscritto prevalentemente da enti pubblici che costruiscono o gestiscono impianti per la fornitura di acqua, energia e teleriscaldamento, nonché impianti per lo smaltimento e la depurazione. In tale ultimo caso, la limitazione del beneficio dell'esenzione dalla deducibilità parziale degli interessi passivi alle sole società il cui capitale sia sottoscritto prevalentemente da enti pubblici ha introdotto, dunque, una differenziazione del costo del capitale di debito a seconda che la società che si sia indebitata sia di proprietà prevalentemente pubblica o meno.

In proposito, l'Autorità ha rilevato che tale differenziazione rappresentava un'ingiustificata discriminazione a sfavore delle imprese private operanti nel settore. In particolare, tale discriminazione appariva capace di ridurre la capacità competitiva delle società private e di svantaggiarle senza una valida giustificazione in almeno due casi: i) quando competessero imprese a capitale prevalentemente pubblico e imprese a capitale privato; ii) quando il committente l'infrastruttura fosse una società privata ovvero si trattasse di un progetto promosso da società private. Tenuto conto che tale discriminazione non trovava giustificazione in interessi generali di politica industriale o di altro tipo, l'Autorità ha auspicato una revisione del regime di deducibilità fiscale degli interessi passivi in senso conforme ai principi concorrenziali.

SCHEMA DI CONVENZIONE REGOLANTE LA CONCESSIONE PER LA REALIZZAZIONE, L'ESERCIZIO, LA MANUTENZIONE E LA GESTIONE DI IMPIANTO INDUSTRIALE PER LA PRODUZIONE DI ENERGIA ELETTRICA DA FONTE EOLICA (COMUNE DI AVETRANA)

Nel novembre 2008, l'Autorità ha trasmesso all'Associazione Nazionale Comuni Italiani (ANCI), alla Regione Puglia e al Comune di Avetrana, alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 in merito allo “*Schema di convenzione regolante la concessione per la realizzazione, l'esercizio, la manutenzione e la gestione di impianto industriale per la produzione di energia elettrica da fonte eolica*”, approvato dal Comune di Avetrana nel gennaio 2007. In particolare, l'articolo 11 di tale atto prevedeva una serie di misure compensative e corrispettivi a favore del Comune e a carico del soggetto proponente la realizzazione di impianti di generazione di energia elettrica da fonte eolica.

Al riguardo, l'Autorità ha in primo luogo sottolineato che lo strumento della convenzione tra soggetto proponente la realizzazione di impianti eolici e amministrazione comunale interessata, espressamente previsto dalla relativa normativa regionale, assolveva la funzione di disciplinare le fasi della costruzione e dell'esercizio dell'impianto fino alla definitiva cessazione della produzione, e non invece di comparare e selezionare i progetti, funzione quest'ultima di competenza della Regione ai sensi della vigente disciplina statale. La normativa regionale aveva assegnato in ogni caso ai Comuni il potere di identificare le aree non idonee per la localizzazione degli aerogeneratori, mediante la predisposizione di appositi Piani regolatori.

In tale contesto, l'Autorità ha rilevato che il citato articolo 11 appariva in contrasto con il dettato normativo comunitario e nazionale di liberalizzazione dell'attività di generazione di energia elettrica e, più specificamente, con l'obiettivo di incentivare l'energia prodotta da fonti rinnovabili. La norma si traduceva, infatti, in un aggravio dei costi degli operatori intenzionati ad investire nel settore e risultava ingiustificatamente distorsiva della concorrenza tra operatori localizzati in diverse aree del territorio nazionale, determinando il venir meno di un contesto di pari opportunità, nonché delle scelte di investimento tra diverse tipologie di fonti rinnovabili. La stessa giurisprudenza amministrativa aveva affermato di recente la contrarietà alla normativa primaria regolante la materia di misure analoghe (corrispettivi in misura fissa e variabile) imposte da altra amministrazione comunale ad imprese che intendevano realizzare parchi eolici, sottolineando il divieto assoluto di prevedere misure di compensazione patrimoniale a favore delle regioni e degli enti locali. Tenuto conto di ciò, l'Autorità ha auspicato un riesame della materia da parte del Comune di Avetrana.

GAS NATURALE

Intese

PREZZO DEL GPL PER RISCALDAMENTO REGIONE SARDEGNA

Nell'aprile 2008, l'Autorità ha avviato un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 2 della legge n. 287/90 nei confronti delle società Butan Gas Spa, Eni Spa, Fiamma 2000 Spa, Liquigas Spa, Sarda Gas Petroli e Ultragas Tirrena Spa al fine di accertare l'esistenza di eventuali intese restrittive della concorrenza nel mercato della vendita di Gpl in bombole per uso domestico nella Regione Sardegna. Il procedimento ha tratto origine da alcune segnalazioni di consumatori che denunciavano il livello elevato dei prezzi di vendita del Gpl in bombole per uso domestico nel territorio sardo.

Nel provvedimento di avvio, l'Autorità ha rilevato che in generale il contesto di mercato dell'attività di imbottigliamento e distribuzione all'ingrosso di Gpl risulta tendenzialmente oligopolistico: sull'intero territorio nazionale è, infatti, attivo un numero ridotto di operatori e il prodotto risulta omogeneo. Con specifico riferimento alla Sardegna, l'Autorità ha considerato che l'assenza di una rete per la distribuzione di gas metano rende il Gpl essenziale per gli usi domestici: da ciò consegue una elasticità al prezzo della domanda di tale prodotto inferiore rispetto ad altre zone del territorio che sperimentano una *interfuel competition*. Dai dati in possesso dell'Autorità, relativi agli anni 2005-2006, è emersa, inoltre, una quasi totale coincidenza (in livello e andamento) dei prezzi all'ingrosso praticati dai principali imbottiglieri/distributori di bombole di Gpl attivi in Sardegna, nonché una forte analogia delle dinamiche dei prezzi consigliati al pubblico di Gpl sfuso e in bombole da parte dei principali operatori, sebbene con valori assoluti differenziati.

Sulla base di tali elementi, l'Autorità ha ipotizzato che il livello dei prezzi di vendita al dettaglio di Gpl in bombole nella Regione Sardegna potrebbe essere la conseguenza di un coordinamento delle strategie commerciali tra le principali imprese attive nella fase a monte dell'imbottigliamento/distribuzione all'ingrosso. Un contesto di mercato oligopolistico, peraltro caratterizzato da una ridotta elasticità della domanda dovuta all'assenza di combustibili alternativi per uso domestico, potrebbe aver favorito comportamenti collusivi nella definizione delle strategie commerciali degli operatori, in particolare attraverso la determinazione congiunta del livello dei prezzi e di altre condizioni contrattuali da applicare ai rivenditori. Al 31 dicembre 2008, l'istruttoria è in corso.

FVH - LIQUIGAS - BUTANGAS - QUIRIS - I.P.E.M.

Nell'ottobre 2008, l'Autorità ha avviato un'istruttoria ai sensi dell'articolo 81 del Trattato Ce nei confronti delle società FVH Spa, Liquigas

Spa, Quiris Sapa, Butangas Spa e I.P.E.M. - Industria Petroli Meridionale Spa, al fine di accertare l'esistenza di un'eventuale intesa restrittiva della concorrenza nel mercato delle attività di logistica primaria del Gpl sul territorio nazionale e, in particolare, nel centro-sud Italia.

L'avvio dell'istruttoria è stato deliberato a seguito della valutazione di una operazione di concentrazione comunicata all'Autorità, ai sensi dell'articolo 16 della legge n. 287/90, con la quale le società Liquigas, FVH, Butangas e Quiris acquistavano la proprietà di IPEM (con quote, rispettivamente, del 34,76%, 30%, 20%, e 15,24%). Nel settembre 2008, l'Autorità ha deliberato che non vi era luogo a provvedere in quanto l'operazione, avendo per oggetto o effetto principale il coordinamento del comportamento di imprese indipendenti, non dava luogo ad una concentrazione ai sensi dell'articolo 5 legge n. 287/90. La costituzione della società comune doveva, pertanto, essere considerata come un'intesa tra i soci di IPEM, nei confronti della quale è stato avviato il presente procedimento.

L'oggetto dell'istruttoria e in particolare gli aspetti che suscitano preoccupazioni concorrenziali nell'ambito dell'operazione sono i seguenti: (i) un patto di non concorrenza, nel quale è prevista un'astensione dei soci dall'effettuare attività di *trading* di Gpl nel centro-sud Italia; (ii) un effetto di *foreclosure* verso i soggetti che non partecipano all'intesa determinato da misure che consentono l'utilizzo da parte dei soci, in via prioritaria, di una parte rilevante dei servizi di IPEM, supportate da uno schema tariffario incentivante; (iii) la composizione e la *governance* del Comitato tecnico che gestisce la movimentazione del Gpl presso il deposito e le strutture logistiche di Brindisi, idonea a mettere i soci reciprocamente a conoscenza di informazioni sensibili.

L'intesa oggetto del procedimento potrebbe restringere in maniera consistente la concorrenza nei mercati interessati, sia per le notevoli dimensioni del deposito in questione, sia per l'importanza dei soci di IPEM che comprendono alcuni tra i principali operatori italiani nella commercializzazione di GPL. Al 31 dicembre 2008, l'istruttoria è in corso.

Abusi

PACE STRADE - TOSCANA GAS

Nell'ottobre 2008, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 287/90 nei confronti della società Toscana Energia, accettando gli impegni da essa proposti ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90 e chiudendo l'istruttoria senza accertare l'infrazione. Il procedimento aveva tratto origine da una segnalazione inviata dalla società Pace Strade in cui essa lamentava il fatto che Toscana Energia, attiva nella distribuzione del gas in numerosi comuni della Regione Toscana,

aveva impedito o limitato la concorrenza nel mercato della progettazione e realizzazione dei lavori di ingegneria civile e industriale in lottizzazioni private. Toscana Energia, in particolare, avrebbe condizionato la prestazione del servizio di allacciamento tra reti private e rete pubblica preesistente (attività da essa svolta in regime di esclusiva) alla prestazione dei lavori di posa dei metanodotti sui terreni privati (attività in regime di concorrenza).

Nel provvedimento di avvio, l'Autorità aveva ritenuto che le condotte denunciate potessero configurare una condotta abusiva di Toscana Energia nel mercato della distribuzione del gas, volta a sfruttare la propria posizione dominante in danno di Pace Strade, dei privati lottizzanti e dei clienti finali, impedendo il libero dispiegarsi della concorrenza nel contiguo mercato della progettazione e realizzazione dei lavori di ingegneria civile e industriale nelle aree lottizzate, con particolare riferimento alla posa dei metanodotti.

Nel corso dell'istruttoria, in risposta alle criticità di natura concorrenziale rilevate dall'Autorità, Toscana Energia ha presentato impegni, successivamente integrati, consistenti *i)* nella diramazione al suo interno di una Circolare aziendale entro un mese dall'accettazione degli impegni, con cui orientare il comportamento dei dipendenti, esplicitando in maniera inequivocabile che Toscana Energia non aveva alcuna esclusiva per la posa di metanodotti in aree oggetto di lottizzazione privata e chiarendo le regole, le condizioni e i costi di fornitura del servizio in monopolio di collegamento alla rete pubblica delle porzioni di rete nelle aree di nuova urbanizzazione; *ii)* nell'adozione, entro il medesimo termine, di un Regolamento per le Lottizzazioni in cui venivano sintetizzati i medesimi principi e le regole operative di cui alla Circolare, diretto alla diffusione esterna (aziende e privati) tramite pubblicazione sul sito internet della società. Sulla base della Circolare e del Regolamento, veniva data la facoltà ai soggetti intenzionati a realizzare reti di distribuzione del gas in aree di lottizzazione privata, di chiedere a Toscana Energia un parere tecnico preventivo in merito alle caratteristiche dell'opera da realizzare; tale parere sarebbe stato rilasciato gratuitamente dalla società entro due mesi dalla presentazione della richiesta. In caso di mancata richiesta del parere, i privati avevano il mero obbligo di comunicare a Toscana Energia l'inizio dei lavori, entro una settimana dall'avvio degli stessi, al fine di consentire ad essa di effettuare verifiche e controlli in corso d'opera, a sua cura e spese. Toscana Energia ha, poi, fornito un listino puntuale dei prezzi che avrebbe praticato per i lavori di collegamento tra la rete pubblica di distribuzione da essa gestita e le nuove porzioni di rete realizzate in aree private oggetto di lottizzazione.

A seguito del *market test* e tenuto conto anche delle osservazioni formulate dall'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, Toscana Energia ha trasmesso modifiche accessorie agli impegni, introducendo un meccanismo di silenzio-assenso nel caso di mancato invio entro due mesi del parere

tecnico preventivo richiesto dai privati per opere di metanizzazione da svolgere tramite imprese di propria fiducia; la società si è impegnata, inoltre, a trasmettere ai richiedenti entro il medesimo termine un disciplinare d'obbligo per la costruzione di reti di distribuzione del gas realizzate da terzi all'interno di aree di urbanizzazione, contenente la puntuale indicazione delle norme di sicurezza da rispettare. Toscana Energia ha, infine, precisato che i prezzi dei listini, relativamente alle opere edili, corrispondevano a quelli del Prezzario ufficiale di riferimento del Ministero delle Infrastrutture - Provveditorato alle opere pubbliche per la Toscana e l'Umbria per l'anno 2006 e si è impegnata a mantenere tali prezzi invariati fino a fine 2009.

L'Autorità ha ritenuto che gli impegni proposti da Toscana Energia, come successivamente modificati, fossero idonei a superare le criticità ipotizzate nell'atto di avvio del procedimento, rendendo chiara la separazione tra le attività in monopolio svolte dal distributore di gas e le attività economiche aperte alla concorrenza. Per tale ragione, l'Autorità ha deliberato di chiudere il procedimento nei confronti di Toscana Energia senza accertare l'infrazione, rendendo obbligatori gli impegni presentati ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90.

Segnalazioni

RIDUZIONE DELLA BOLLETTA ENERGETICA REGIONALE MEDIANTE EROGAZIONE DI CONTRIBUTI A FAVORE DEI TITOLARI DI UTENZE CIVILI DI GAS.

Nell'aprile 2008, l'Autorità, a seguito di una richiesta di parere, ha trasmesso al Presidente della Regione Basilicata alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 in merito alla versione definitiva dello schema di regolamento “*Modalità di attuazione dell'articolo 12 della L.R. n. 28/07 finalizzato alla riduzione della bolletta energetica regionale mediante erogazione di contributi a favore dei titolari di utenze civili di gas naturale*”. Tale regolamento mirava a ridurre per il 2008 il costo della bolletta energetica del gas naturale per i titolari di utenze civili allacciate a una rete ubicata in un comune della Basilicata. Esso prevedeva, inoltre, un ulteriore contributo per le famiglie ivi residenti in condizioni di disagio economico, erogato sotto forma di acollo, da parte della Regione, di una parte dei consumi della bolletta 2008, che l'utente avrebbe dovuto pagare alla propria società di vendita di gas naturale.

Per consentire alla Regione di valutare l'importo finanziario dell'iniziativa, lo schema di regolamento prevedeva che le società di vendita dovessero trasmettere, contestualmente alla dichiarazione di adesione, i dati relativi per tale anno alle utenze servite, ai consumi fatturati e ai valori delle bollette emesse, distinti per singola utenza e aggregati per comune di appartenenza; tali dati potevano essere utilizzati esclusivamente dalla

Regione ai fini del controllo sulla corretta applicazione del Regolamento. Poiché l'iniziativa in questione era aperta a tutte le società di vendita di gas naturale "operanti in Regione o interessate ad operarvi nel mercato civile", le società di vendita prive di utenti serviti nell'anno 2007, in quanto attive al di fuori dell'ambito regionale o di nuova costruzione, non erano tenute a rispettare i suddetti obblighi informativi, a meno che non volessero chiedere l'anticipazione, anche fino al 100%, della contribuzione stimata nella domanda di adesione. Il regolamento tutelava gli eventuali nuovi entranti nella vendita di gas in Basilicata anche sotto altri profili, ad esempio consentendo loro di accedere a questa forma di credito alle stesse condizioni degli operatori già presenti e prevedendo che i nuovi entranti non subissero valutazioni puramente discrezionali da parte della Regione, nella "verifica positiva" prevista per l'ammissione al contributo.

L'Autorità, dopo aver sottolineato la meritevolezza dell'iniziativa per la sua idoneità ad arrecare beneficio ai consumatori-utenti, ha rilevato che, grazie alle modalità adottate e, in particolare, alle previsioni che consentivano alle società di vendita prive di utenze in Basilicata nel 2007 di partecipare all'iniziativa in condizioni di parità con gli operatori già presenti, la stessa non sacrificava le esigenze a tutela della concorrenza nella vendita di gas naturale in Basilicata.

DISCIPLINA DELLA RICERCA E DELLA COLTIVAZIONE DELLE RISORSE GEOTERMICHE

Nel settembre 2008, l'Autorità ha trasmesso al Parlamento e al Governo alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 in merito alle distorsioni della concorrenza derivanti da alcune disposizioni della legge n. 896/86, contenente la disciplina della ricerca e della coltivazione delle risorse geotermiche. Tale legge attribuisce ad Enel, nei territori delle Province di Grosseto, Livorno, Pisa e Siena, l'esclusiva in materia di ricerca e coltivazione delle risorse geotermiche di interesse nazionale; la stessa, inoltre, riconosce ad Enel ed Eni, in caso di concorso di più istanze relative alla stessa zona ed a parità di condizioni, una preferenza nell'assegnazione del permesso di ricerca e della concessione di coltivazione, singolarmente o in contitolarità paritetica. La concessione di coltivazione ha durata trentennale ed è prevista la possibilità di una sua proroga per periodi non superiori a dieci anni ciascuno.

Al riguardo, l'Autorità ha osservato in primo luogo che la normativa nazionale di liberalizzazione del settore dell'energia poteva indurre a ritenere implicitamente abrogate le disposizioni in questione. In assenza, tuttavia, di un'esplicita previsione di legge dichiarante la decadenza dei privilegi concessi ad Enel ed Eni, nel dicembre 2007 è stato sottoscritto presso il Ministero dello sviluppo economico un protocollo d'intesa, denominato "Accordo Generale

sulla Geotermia”, tra Enel e la Regione Toscana, le Province di Grosseto, Siena e Pisa, 15 Comuni e 5 Comunità Montane delle aree geotermiche interessate, ai sensi del quale la Regione Toscana si sarebbe impegnata a prorogare al 2024 tre concessioni assegnate ad Enel per la coltivazione di risorse geotermiche, in scadenza due nel 2013 e una nel 2020.

L’Autorità ha rilevato che l’eventuale proroga delle concessioni in capo al concessionario uscente rappresentava una forma di deroga alla concorrenza per il mercato, che avrebbe consentito il consolidamento in via automatica delle gestioni esistenti, traducendosi in un ostacolo all’accesso al mercato di nuovi operatori. Un corretto confronto tra più soggetti nell’ambito di procedure di gara per l’affidamento delle concessioni avrebbe rappresentato invece la modalità migliore per garantire lo svolgimento delle funzioni assegnate con i maggiori benefici per la collettività.

Alla luce di ciò e tenuto conto che le previsioni della legge n. 896/86 costituivano residui del passato regime di monopolio legale nello sfruttamento delle risorse del sottosuolo presenti sul territorio, l’Autorità ha sottolineato l’esigenza di un intervento di modifica da parte del legislatore che prevedesse espressamente procedure competitive nell’assegnazione dei permessi di ricerca e delle concessioni di coltivazioni delle risorse geotermiche.

COMUNE DI SANREMO (IM) - CONCESSIONE DEL SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE DEL GAS NATURALE

Nel dicembre 2008, l’Autorità, a seguito del ricevimento della relativa richiesta, ha inviato al Comune di Sanremo un parere ai sensi dell’articolo 22 della legge n. 287/90 in merito alla delibera di proroga della concessione del servizio di distribuzione del gas naturale adottata dallo stesso Comune. L’Autorità si è espressa in particolare in merito all’individuazione del termine del periodo transitorio per le concessioni del servizio di distribuzione del gas naturale originariamente affidate senza gara.

Su un piano generale, l’Autorità ha sottolineato che le normative che si sono susseguite in tale ambito hanno favorito interpretazioni tendenti a privilegiare gli attuali concessionari, posticipando più volte il termine del periodo transitorio che manteneva in vigore le concessioni originariamente affidate senza gara, creando notevoli incertezze in capo agli enti locali e ai titolari delle concessioni in essere. In particolare, tra le novità più recenti, era intervenuta dapprima la modifica dell’articolo 46-*bis* del decreto legge n. 159/2007, convertito nella legge n. 222/2007; successivamente è stato introdotto l’articolo 23 *bis* della legge n. 133/2008. La seconda versione dell’articolo 43-*bis* del decreto legge n. 159/2007, inoltre, recependo alcuni rilievi formulati dall’Autorità, ha stabilito, anziché una proroga generalizzata di due anni per tutte le concessioni, che le gare siano bandite

per ciascun bacino ottimale di utenza entro due anni dall'individuazione del relativo ambito territoriale, determinato ad opera del Ministro dello sviluppo economico e per gli affari regionali, su proposta dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e sentita la Conferenza unificata.

L'individuazione degli ambiti sarebbe dovuta avvenire entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge n. 222/2007, mentre le gare si sarebbero dovute svolgere entro il 1° dicembre 2010. Al contrario, il decreto-legge n. 112/2008, convertito nella legge n. 133/2008, ha previsto che i bacini di gara possano essere definiti dalle regioni e dagli enti locali e che, fino al 31 dicembre 2010, per l'affidamento dei servizi si procede mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica.

L'Autorità ha rilevato che nessuno degli interventi normativi citati chiarivano il destino degli affidamenti in essere. Poiché tuttavia essi non disciplinavano specificamente la durata residua degli affidamenti in corso, l'Autorità ha ritenuto che dovevano continuare ad applicarsi le norme sulla durata residua delle concessioni contenute nel decreto legislativo n. 164/2000 (cd. decreto Letta) e successive modifiche e integrazioni.

Tale interpretazione è sembrata, peraltro, trovare conferma anche nell'articolo 23-*bis* del decreto legge n. 112/2008, laddove al comma 10, lett. e) prevede che i regolamenti che il Governo dovrà emanare entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto disciplinino, fermo restando il limite massimo stabilito dall'ordinamento di ciascun settore per la cessazione degli affidamenti effettuati con procedure diverse dall'evidenza pubblica o da quelle di cui al comma 3, la fase transitoria, ai fini del progressivo allineamento delle gestioni in essere alle nuove disposizioni, prevedendo tempi differenziati e che gli affidamenti diretti in essere debbano cessare alla scadenza, con esclusioni di ogni proroga o rinnovo. L'Autorità ha ritenuto, pertanto, di poter desumere che, laddove la disciplina di settore preveda un termine anteriore al 2010 per la cessazione dell'affidamento senza gara si applichi tale disciplina; qualora preveda un termine posteriore o nessun termine, si applichi la scadenza del 2010.

Alla luce di ciò, l'Autorità ha concluso che, secondo la normativa vigente relativamente alla distribuzione del gas naturale, le concessioni affidate originariamente senza gara scadevano, così come previsto dal decreto legge n. 273/2005 (convertito nella legge n. 51/2006) al 31 dicembre 2007 ovvero al 31 dicembre 2009, qualora si fosse verificata almeno una delle condizioni di cui all'articolo 15, comma 7, del decreto legislativo n. 164/2000, con la possibilità eventualmente di un altro anno di proroga per motivi di interesse pubblico; di conseguenza, pur con le cautele rese necessarie dal fatto che il quadro normativo risultava ancora poco chiaro e che mancavano consolidati

orientamenti giurisprudenziali e applicativi cui fare riferimento, l'Autorità ha ritenuto preferibile l'opzione esegetica secondo cui le concessioni di distribuzione del gas in essere sarebbero venute in scadenza non oltre il 31 dicembre 2010.

Servizi idrici e gestione dei rifiuti

SERVIZI IDRICI

Abusi

ACQUEDOTTO PUGLIESE

Nell'ottobre 2008, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 82 del Trattato Ce nei confronti della società Acquedotto Pugliese Spa, accettando gli impegni da essa presentati ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90 e chiudendo il procedimento senza accertare l'infrazione. L'istruttoria aveva tratto origine dalle segnalazioni di un gruppo di consumatori dalle quali emergeva che Acquedotto Pugliese, gestore del servizio idrico integrato all'interno dell'Ambito Territoriale Ottimale (ATO) Puglia, subordinava la somministrazione dell'acqua potabile e la gestione dei reflui all'affidamento in esclusiva a sé medesima delle opere di allaccio della rete idrica e/o fognaria ed al pagamento anticipato di tali servizi. Nel provvedimento di avvio, l'Autorità aveva rilevato che l'attività di allacciamento alla rete idrica e/o fognaria non poteva ritenersi compresa tra quelle di erogazione del servizio idrico integrato e di gestione della rete, affidate ad Acquedotto Pugliese in regime di monopolio legale. Pertanto, le condotte dell'impresa consistenti nel subordinare la somministrazione dell'acqua potabile e la gestione dei reflui al previo affidamento delle opere di allaccio potevano integrare una condotta abusiva attraverso cui la società mirava ad estendere impropriamente l'area a sé riservata *ex lege*, ostacolando lo sviluppo di un contesto concorrenziale per l'attività di realizzazione delle diramazioni di allaccio. Peraltro, le modalità di tariffazione adottate, per cui il cliente doveva corrispondere un importo determinato forfetariamente e non parametrato ai costi effettivamente sostenuti per l'esecuzione dei lavori, erano apparse eccessivamente onerose, e dunque in potenziale contrasto con il divieto di abuso di posizione dominante.

Nel corso del procedimento, al fine di superare le criticità concorrenziali emerse, Acquedotto Pugliese ha presentato impegni ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90 consistenti: *i*) nel proporre all'Autorità

di Ambito Territoriale Ottimale entro la fine del 2008 una modifica dei propri oneri di servizio pubblico, in modo da consentire agli utenti interessati di realizzare in maniera autonoma i propri allacciamenti alla rete idrica o fognaria, fatti salvi l'esonero della responsabilità civile e penale di Acquedotto Pugliese per eventuali danni alla rete ed a terzi, dovuti a lavori eseguiti con mezzi, modalità, o materiali impropri, e, inoltre, la sottoposizione di tali allacciamenti a verifica e collaudo da parte della stessa società, dietro pagamento di apposita tariffa predefinita dall'Autorità di regolazione; *ii*) nel non subordinare più la conclusione del contratto di somministrazione per i nuovi allacciamenti alla rete idrica o fognaria al pagamento anticipato degli oneri relativi e nell'inserire il contributo direttamente nella prima fattura di consumo sotto una voce specifica; *iii*) nel consentire la rateizzazione dell'intero importo dell'allacciamento, ove realizzato da Acquedotto Pugliese; *iv*) nel non applicare quanto previsto dall'articolo 20, comma 10, del regolamento, circa la possibilità di aumentare del 15% il costo dell'allacciamento per rimborso spese; *v*) nello sviluppare ed attuare nel più breve tempo possibile modalità contrattuali *on-line* al fine di semplificare i contatti con gli utenti e nel realizzare sportelli informatici presso i Comuni al fine di garantire un migliore accesso ai servizi offerti, svolgendo apposite campagne di stampa e predisponendo materiale informativo al fine d'informare l'utenza circa le nuove modalità di attivazione dei servizi.

L'Autorità ha ritenuto che gli impegni presentati fossero idonei a far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. In particolare, l'impegno di modificare in tempi brevi - di concerto con l'Autorità di Ambito Territoriale Ottimale - i propri oneri di servizio pubblico, lasciando aperta per gli utenti la possibilità di realizzare in maniera autonoma gli allacciamenti alla rete idrica o fognaria, è risultato idoneo a consentire un'effettiva liberalizzazione delle attività di realizzazione degli impianti all'interno dell'ATO Puglia. In tale quadro, la sottoposizione degli allacciamenti realizzati da terzi a verifica e collaudo da parte di Acquedotto Pugliese è stata ritenuta una misura opportuna a fronte della necessità dell'impresa di mantenere il pieno controllo dello stato di efficienza della rete idrico-fognaria di cui ha in carico la gestione. Quanto alla tariffa applicata per la verifica ed il collaudo, l'Autorità ha prescritto che questa fosse rigorosamente parametrata ai costi effettivamente sostenuti, al fine di evitare che la società potesse di fatto disincentivare il ricorso degli utenti a soggetti e vanificare l'apertura del mercato della fornitura dei servizi stessi.

L'Autorità ha ritenuto, inoltre, che gli impegni assunti in relazione all'eliminazione dell'obbligo di pagamento anticipato degli oneri relativi al contratto di somministrazione, alla possibilità di rateizzazione dell'importo dell'allacciamento, nonché alla mancata applicazione dell'aumento del 15%

del costo dell'allacciamento per rimborso spese, fossero idonei a superare l'eccessiva onerosità delle condizioni contrattuali di allaccio a suo tempo rilevate nel provvedimento di avvio. Con riferimento, infine, all'impegno a sviluppare ed attuare, nel più breve tempo possibile, modalità contrattuali *on-line* e a realizzare una rete di sportelli informatici al fine di garantire un miglior accesso ai servizi offerti, l'Autorità ha ritenuto che, sebbene non direttamente ricollegabile alle criticità concorrenziali emerse, esso appariva comunque utile e condivisibile in una prospettiva generale di miglior efficienza dei servizi resi da Acquedotto Pugliese in qualità di gestore del servizio idrico integrato. Per tali ragioni, l'Autorità ha deliberato di accettare gli impegni ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90 e di chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione.

Inottemperanze

VEOLIA PROPRIÉTÉ-BARTIN RECYCLING GROUP

Nel maggio 2008, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio nei confronti della società Veolia Propriété Sa per violazione dell'obbligo di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione. L'operazione, realizzata nel febbraio 2008, è consistita nell'acquisizione da parte di Veolia Propriété del controllo esclusivo di Bartin Recycling Group Sas, a mezzo di contratto di compravendita del 100% delle azioni di questa.

L'Autorità ha considerato che l'operazione, comportando l'acquisizione esclusiva di un'impresa, costituiva una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera *b*) della legge n. 287/90 e risultava altresì soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva, in quanto il fatturato realizzato nell'ultimo esercizio a livello nazionale dalle imprese coinvolte è risultato superiore alla soglia di cui all'articolo 16, comma 1, della stessa legge.

Tenuto conto dell'assenza di dolo, della comunicazione spontanea, benché tardiva dell'operazione, della modesta incidenza concorrenziale dell'operazione nonché del breve lasso di tempo intercorso prima della comunicazione dell'operazione, l'Autorità ha irrogato alla società Veolia Propriété una sanzione amministrativa pari a 5 mila EUR.

IRIDE ACQUA GAS/IDROCONS

Nel dicembre 2008, l'Autorità ha avviato un procedimento istruttorio nei confronti della società Iride Acqua Gas Spa (IAG), in qualità di successore legale di A.M.G.A. Spa (di seguito, AMGA), per inottemperanza all'obbligo di comunicazione preventiva di alcune operazioni di concentrazione. Più specificamente, le operazioni tardivamente comunicate riguardavano: *i*) l'acquisizione, nel gennaio 2004, del controllo congiunto della società Idrocons

Srl mediante l'acquisizione di una partecipazione pari al 27% del capitale, da parte di AMGA, poi fusasi nel 2006 nella società IAG; ii) l'acquisizione, nel maggio 2007, del controllo esclusivo della società Idrocons, da parte di IAG, mediante un incremento della propria partecipazione in Idrocons dal 27% al 55% del capitale sociale.

L'Autorità ha ritenuto che tali operazioni, comportando rispettivamente l'acquisizione del controllo prima congiunto e poi esclusivo di un'impresa, costituivano due distinte concentrazioni ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera c), della legge n. 287/90 e dell'articolo 5, comma 1 lettera b), della medesima legge e risultavano entrambe soggette all'obbligo di comunicazione preventiva disposto dall'articolo 16, comma 1, della medesima legge, in quanto il fatturato realizzato a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate nell'ultimo esercizio era risultato superiore alla soglia di cui all'articolo 16 della legge n. 287/90. Al 31 dicembre 2008, l'istruttoria è in corso.

Segnalazioni

INTERVENTI DI NORMATIVA SECONDARIA PER LA DEFINIZIONE DELLA TARIFFA DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO

Nel febbraio 2008, l'Autorità ha trasmesso al Consiglio regionale della Puglia, al Consiglio regionale dell'Emilia Romagna, al Ministro dell'economia e delle finanze, al Ministro per lo sviluppo economico, al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, alcune considerazioni ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 in relazione alla definizione della tariffa del servizio idrico integrato e ad alcune iniziative di carattere regionale alla stessa relative. In particolare, l'articolo 154 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (cosiddetto Testo Unico Ambientale o TUA) stabilisce una competenza esclusiva del Ministero dell'ambiente ai fini dell'adozione di un decreto volto a definire le componenti di costo per la determinazione della tariffa relativa ai servizi idrici; l'articolo 161 del TUA, inoltre, attribuisce al Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche il compito di predisporre il metodo tariffario per la determinazione della tariffa con apposita delibera da trasmettere al Ministero, il quale adotta il precitato decreto, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano.

L'Autorità ha in primo luogo rilevato che, in attesa dell'adozione di tale decreto, rimaneva in vigore il decreto ministeriale 1° agosto 1996 introduttivo del cosiddetto metodo normalizzato; a fronte di tale situazione, e

nel pieno rispetto delle relative competenze di altri enti e autorità, l'Autorità ha rilevato l'opportunità di una revisione del metodo a mezzo di una rapida adozione del decreto ministeriale citato, al fine di giungere all'applicazione di una nuova, più idonea e uniforme metodologia tariffaria del servizio idrico integrato, fondamentale pre-condizione per un effettivo sviluppo concorrenziale del settore e il superamento delle disparità ancora esistenti a livello nazionale.

L'Autorità ha inoltre osservato come alcune Regioni avessero già adottato o fossero in procinto di approvare autonomi metodi tariffari per la regolazione e la determinazione della tariffa del servizio idrico integrato: tra queste, la Regione Emilia Romagna e la Regione Puglia, il cui Assessorato bilancio e programmazione aveva predisposto uno schema di disegno di legge avente per oggetto un *“metodo tariffario per la regolazione e la determinazione della tariffa del servizio idrico integrato in Puglia”*. In relazione a tali atti, ai fini di un'opportuna correttezza del confronto concorrenziale nell'ambito dei servizi idrici, l'Autorità ha richiamato nuovamente la necessità di un'omogeneità disciplinare sull'intero territorio nazionale. Con riferimento specifico al caso della Regione Puglia, l'Autorità ha considerato che l'eventuale adozione del prospettato metodo tariffario sarebbe avvenuto anche in presenza di una situazione di conflitto d'interessi, in quanto l'ente territoriale risultava essere azionista di controllo della società Acquedotto Pugliese. L'eventuale esercizio della potestà legislativa da parte della Regione Puglia avrebbe potuto attribuire alla società un vantaggio competitivo nei confronti dei concorrenti operanti a livello nazionale, condizionandone favorevolmente l'equilibrio economico-finanziario.

A fronte di tali considerazioni, l'Autorità ha auspicato che il settore dei servizi idrici disponesse al più presto di un quadro disciplinare tale da garantire un effettivo confronto concorrenziale, suscettibile di apportare efficienze di servizio e riduzioni di costi ai cittadini utenti, e ha raccomandato agli enti interessati un opportuno ripensamento della legittimità delle autonome iniziative adottate o in corso di adozione relativamente alle determinazioni tariffarie.

SERVIZI IDRICI E AMBIENTALI NELLA REGIONE EMILIA ROMAGNA

Nell'agosto 2008, l'Autorità, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, ha svolto alcune considerazioni in merito alla disciplina dei servizi idrici e ambientali nella Regione Emilia Romagna, così come da ultimo definita dalla legge regionale n. 10/2008. L'Autorità aveva, infatti, in particolare constatato che dalla richiamata legge si evinceva come la Regione, nell'ambito di un testo normativo dedicato a *“misure per il riordino territoriale, l'autoriforma dell'amministrazione e la razionalizzazione*

delle funzioni”, avesse nello specifico provveduto ad avviare una riforma in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica suscettibile di determinare distorsioni della concorrenza nella fornitura di tali servizi.

In particolare, con riguardo alla disciplina dei servizi idrici, nella legge si prevedeva, da un lato, che la Regione provvedeva all’individuazione della tariffa di riferimento ai fini della proposizione a Province e Comuni della regolazione tariffaria; dall’altro che, per l’esercizio di tali funzioni, la Regione si avvaleva di una struttura organizzativa il cui costo di funzionamento sarebbe stato a carico delle tariffe dei servizi regolati. Inoltre, anche il costo del personale dipendente degli enti locali partecipanti trovava copertura, secondo la Legge regionale n. 10/2008, nell’ambito della tariffa del servizio.

A tal proposito, l’Autorità ha rilevato che le disposizioni in questione erano suscettibili di porsi in contrasto con il decreto legislativo n. 152/2006 (cosiddetto Testo Unico Ambientale o TUA), il quale in merito alle definizioni tariffarie in materia di servizi idrici prevedeva competenze esclusive in capo al Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio, nonché al Comitato per la vigilanza sull’uso delle risorse idriche. Nello specifico poi, l’Autorità ha stigmatizzato l’aggravio in tariffa idrica dei costi di strutture e risorse operative autonomamente determinate dalla Regione, in contrasto non solo con le disposizioni normative del TUA, ma anche con l’esigenza di mantenere componenti di costo omogenee nelle diverse gestioni dei servizi idrici a livello nazionale: tale omogeneità è infatti fondamentale presupposto per il concretizzarsi di un’effettiva concorrenza, in un settore caratterizzato dall’assegnazione ai diversi operatori di gestioni in monopolio per periodi anche significativamente lunghi, secondo il criterio della cosiddetta *yardstick competition*. In proposito, l’Autorità ha anche ricordato come proprio la Regione Emilia Romagna fosse stata già oggetto di specifiche censure in materia di organizzazione dei servizi idrici e ambientali, per aver fatto un uso abnorme del riconoscimento delle gestioni di salvaguardia, strumento che vanifica ogni possibilità di confronto concorrenziale nell’affidamento dei relativi servizi, eliminando ogni spazio all’esplicitarsi di una pur iniziale concorrenza cosiddetta per il mercato.

Alla luce delle osservazioni svolte, l’Autorità ha invitato, pertanto, la Regione Emilia Romagna a riconsiderare le proprie determinazioni normative e regolamentari in materia di servizi pubblici locali, al fine della promozione e dello sviluppo di un livello effettivo di concorrenza anche in questo settore del mercato.

GESTIONE DEI SERVIZI IDRICI E AMBIENTALI NELLA REGIONE SICILIA

Nel novembre 2008, l’Autorità, nell’esercizio dei poteri di segnalazione di cui all’articolo 22 della legge n. 287/90, ha svolto alcune considerazioni

in relazione a tre casi di affidamento di servizi idrici e ambientali avvenuti nella Regione Sicilia, di cui è venuta a conoscenza a mezzo di segnalazioni pervenute da enti e associazioni. Il primo caso atteneva alla gestione dei servizi di igiene ambientale da parte della società Belice Ambiente Spa nell'Ambito territoriale Ottimale Trapani 2, sulla base di un affidamento non rientrante in nessuna delle tipologie previste dalla legge. Tale impresa, a capitale interamente pubblico e partecipata da una pluralità di enti locali ricompresi nell'ATO, aveva, infatti, ottenuto l'affidamento dei servizi secondo modalità *in house* sulla base di una delibera non dei singoli Comuni - ovvero da un'eventuale autorità di ambito rappresentante i diversi enti locali -, bensì dall'assemblea dei suoi stessi soci, e, dunque, dai Comuni dell'ATO in veste di partecipanti a un'impresa di natura privatistica.

Il secondo caso riguardava la gestione del servizio idrico integrato nell'Ambito Territoriale Ottimale n. 8 - Siracusa da parte del Consorzio composto dai diversi enti locali ricompresi nell'ATO. Nello specifico, l'affidamento era avvenuto con trattativa negoziata a vantaggio di un raggruppamento temporaneo d'impresе che aveva presentato una fideiussione poi risultata invalida, senza che da ciò fosse conseguita alcuna revisione dell'affidamento. Soprattutto, l'affidamento aveva determinato una peculiare commistione tra gestione di servizi e realizzazione di opere, in quanto il soggetto gestore doveva provvedere direttamente all'esecuzione dei lavori connessi e funzionali alla gestione individuati nel piano d'ambito.

Il terzo caso riguardava l'affidamento del servizio idrico integrato effettuato dal Consorzio Ambito Territoriale Ottimale 2 - Acque Catania nei confronti di una società con capitale interamente detenuto dalla Provincia di Catania. Ad esso aveva fatto poi seguito una controversa gara per la selezione di un socio privato che ne rilevasse il 49% e che nuovamente riproponeva la questione della commistione tra gestione di servizi e realizzazione di opere.

L'Autorità ha rilevato come la somma di tali casi riproponesse la questione del debito perseguimento di un assetto dei servizi pubblici rispettoso della concorrenza, in vista di gestioni più efficienti ed economiche, anche alla luce dell'articolo 23-*bis* della legge 6 agosto 2008, n. 133. L'Autorità ha, pertanto, auspicato che le novità legislative introdotte più di recente inducessero gli enti competenti a un'accurata revisione di quanto in precedenza provveduto, al fine di pervenire a un impianto trasparente e uniforme della disciplina a livello nazionale.

Intese

RICICLAGGIO DELLE BATTERIE ESAUSTE

Nel gennaio 2008, l'Autorità ha avviato un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 81 del Trattato Ce nei confronti del Consorzio Obbligatorio Batterie al Piombo Esauste e Rifiuti piombosi (COBAT), al fine di accertare se alcune delibere associative e alcune soluzioni contrattuali adottate dal Consorzio potessero configurare un'intesa restrittiva della concorrenza. Il COBAT è un consorzio istituito per legge con il compito di assicurare la raccolta, il trasporto e il riciclo delle batterie al piombo esauste in modo da garantire il recupero del piombo, evitando così la dispersione nell'ambiente di elementi inquinanti. Nel provvedimento di avvio dell'istruttoria, l'Autorità ha rilevato che alcune previsioni contenute nei contratti che regolano i rapporti tra il COBAT, le società di raccolta e le società di smaltimento di batterie esauste potrebbero limitare la concorrenza.

In particolare, nei contratti con le società di smaltimento, il COBAT definisce le quantità di batterie esauste da conferire a ogni operatore e prevede che il quantitativo di batterie cedute sia decurtato delle quantità di batterie direttamente acquistate o ricevute da terzi anche in conto lavorazione. E' inoltre previsto un apposito sistema "sanzionatorio" nel caso in cui lo smaltitore ometta di comunicare di aver acquisito o ricevuto batterie da terzi. In questo modo, le società di smaltimento non trovano conveniente, visto il prevedibile minor ricavo atteso, lavorare le batterie che potrebbero essere conferite loro da soggetti terzi.

Nei contratti con le società di raccolta, invece, viene espressamente previsto che i raccoglitori debbano conferire tutti i quantitativi al COBAT e non possano operare in concorrenza con il consorzio. Attraverso tali regole, finalizzate a instaurare un rapporto di esclusiva di fatto con le società, potrebbe risultare ostacolato l'accesso al mercato di nuovi operatori. Al 31 marzo 2008, l'istruttoria è in corso.

Indagine conoscitiva

MERCATO DEI RIFIUTI DI IMBALLAGGIO

Nell'agosto del 2008, l'Autorità ha concluso un'indagine conoscitiva sul mercato dei c.d rifiuti riciclabili da imballaggio raccolti su suolo pubblico. Tale comparto ricomprende tutto ciò che in vetro, plastica, legno, alluminio, carta e acciaio, contiene i beni destinati al consumatore finale e che può essere riciclato, a valle della raccolta differenziata. In esito all'analisi condotta in ordine al quadro normativo vigente, alle modalità organizzative ed alle dinamiche che connotano lo svolgimento dell'attività nel settore è emerso

che i rifiuti da imballaggio sono una risorsa economica che i Comuni italiani non riescono a sfruttare e che potrebbe invece, con un opportuno ricorso al mercato, garantire ai cittadini un servizio di raccolta migliore e tariffe più basse. Tra i fattori che maggiormente hanno contribuito a determinare le inefficienze del settore, l'Autorità ha posto in luce come un ruolo di rilievo sia stato rivestito dalle continue modifiche del quadro normativo e dal ricorso, in molte aree del Paese, soprattutto al Sud, alle gestioni emergenziali: due elementi che hanno ostacolato una corretta organizzazione delle attività di recupero di prodotti che, all'origine, valgono 25 miliardi di EUR, e che hanno influito negativamente sul livello di concorrenza del settore.

Per superare una situazione che si traduce in un aumento dei costi a carico degli utenti, l'Autorità ha proposto una serie di correttivi, relativi in particolare *i*) alla negoziazione diretta enti locali - industrie del riciclaggio; *ii*) alla riduzione dell'area di "riserva" dei Consorzi; *iii*) all'affidamento del servizio con modalità trasparenti; *iv*) alla revisione del sistema consortile; *v*) al ripensamento del contributo ambientale CONAI; *vi*) al consentire attività in concorrenza a quelle dei consorzi di filiera; *vii*) infine, al ricorso alle aste per l'assegnazione dei materiali raccolti.

Con riferimento alla negoziazione diretta enti locali-industrie del riciclaggio, l'Autorità, anche in vista della scadenza della Convenzione che regola i rapporti per la raccolta del materiale riciclabile tra l'ANCI - Associazione Nazionale Comuni Italiani e il CONAI, il Consorzio Nazionale Imballaggi, ha ricordato che molti dei rifiuti interessati dalla Convenzione, in particolare vetro e carta, hanno un valore economico. Per tale ragione, l'Autorità ha ritenuto che i Comuni, mantenendo un ruolo di sussidiarietà del CONAI, vanno posti nelle condizioni di poter direttamente negoziare la vendita dei prodotti da riciclare con le imprese operanti nel settore del recupero. Ciò potrebbe potuto avvenire mantenendo la proprietà della raccolta differenziata che fino a quel momento, invece, nella maggior parte dei casi, passava ai Consorzi del sistema CONAI. In questo modo i Comuni potrebbero ricevere introiti da impiegare nel finanziamento delle attività di raccolta e in possibili alleggerimenti della tariffa applicata ai cittadini per il conferimento dei rifiuti solidi urbani.

Con riguardo alla riduzione dell'area di "riserva" dei Consorzi, l'indagine ha appurato che molti Comuni, attraverso la prassi della cosiddetta assimilazione, hanno indirettamente contribuito all'estensione delle attività del sistema consortile - finalizzato dalla legge a sostenere la raccolta dei rifiuti affidati dai cittadini alla raccolta su suolo pubblico - anche ai rifiuti speciali prodotti da imprese artigiani e commerciali. L'Autorità ha rilevato che tale scelta va ridotto ulteriormente il grado di concorrenza del settore, sottraendo al mercato una quota di prodotti che dovrebbe invece essere lasciata al rapporto diretto tra chi produce il rifiuto e le imprese di smaltimento.

In ordine all'affidamento dei servizi con modalità trasparenti, l'Autorità ha riscontrato il ricorso, da parte dei Comuni, ad affidamenti diretti dei servizi di raccolta e smaltimento dei rifiuti, con applicazione distorte della modalità cosiddetta *in house* o del partenariato pubblico-privato, ad imprese ex municipalizzate partecipate dai medesimi enti. In alcune aree del Paese, soggette a regime emergenziale, è risultato anche che imprese ex municipalizzate abbiano acquisito senza gara la gestione di impianti finalizzati al recupero dei rifiuti realizzati con fondi pubblici, entrando così in concorrenza nel mercato con le imprese private già operanti nei medesimi settori di attività.

Con riferimento alla revisione del sistema consortile, l'Autorità ha sostenuto che il cosiddetto sistema CONAI, il Consorzio costituito tra i produttori dei rifiuti da imballaggio che raggruppa al suo interno i consorzi delle varie filiere (vetro, carta, alluminio, acciaio, legno, plastiche), ha costituito una risposta efficace alle prime necessità organizzative di numerose industrie poste di fronte al principio legislativo di matrice comunitaria "chi inquina paga". A distanza di oltre un decennio, tuttavia, sarebbe necessario rivederne l'impianto organizzativo e le attività consortili, per rispettare meglio i principi di trasparenza e promozione della concorrenza. In quest'ottica, l'Autorità ha giudicato, ad esempio, opportuno che negli organi consortili siano rappresentati, non solo i produttori e gli utilizzatori degli imballaggi, ma anche i recuperatori/riciclatori e i soggetti gestori dei servizi di raccolta, oltre a riconoscere un ruolo più attivo ai rappresentanti dei consumatori.

In relazione al contributo ambientale CONAI, versato dai produttori di materiali da imballaggio, l'indagine ha posto in luce che esso viene fissato dal CONAI a livello nazionale per ciascuna filiera di materiali riciclabili ed è la principale fonte di finanziamento degli enti locali. Per rendere il sistema di determinazione del contributo più trasparente, l'Autorità ha sottolineato l'esigenza di coinvolgere soggetti istituzionali con posizione di terzietà e in funzione di garanzia del miglior funzionamento. Parimenti, ha affermato la necessità di prevedere un sistema che valorizzi l'efficienza dei diversi consorzi, in base alle effettive quantità e qualità di rifiuti di imballaggio recuperati o riciclati, mantenendo ben distinti, sotto il profilo informativo, i risultati della raccolta direttamente riconducibile ai consorzi e quelli invece realizzati dalle imprese del settore del recupero.

Un ulteriore profilo evidenziato dall'indagine ha riguardato l'importanza di consentire attività in concorrenza a quelle dei consorzi di filiera. A causa infatti delle recenti modifiche apportate al testo unico ambientale dal decreto legislativo n. 4/2008, l'Autorità ha osservato come l'originaria possibilità riconosciuta ai produttori di imballaggi di costituire consorzi, in alternativa a quelli del sistema Conai, per adempiere ai propri obblighi di recupero, è stata abolita. L'Autorità ha segnalato, pertanto, la necessità di ritornare ad un disegno del settore più conforme ai principi

della concorrenza, capace di migliori *performance* in termini di raccolta e valorizzazione dei materiali.

Infine, l'Autorità ha segnalato alcune criticità nei rapporti tra i consorzi di filiera e le imprese che recuperano e riciclano la raccolta per nuove produzioni. Ad alcuni consorzi, e in particolare a quelli della carta e del vetro, le imprese hanno contestato modalità non trasparenti di assegnazione dei materiali. In proposito, l'Autorità ha indicato come alternativa concorrenziale alle modalità correnti la soluzione adottata dal consorzio della plastica, che per l'assegnazione dei rifiuti da imballaggi di propria competenza provvede a mezzo di aste. In questo modo, ferma restando la necessità di organizzare le aste in maniera efficiente e non pregiudizievole per le politiche di approvvigionamento delle imprese interessate, verrebbero evitate le opacità riscontrate nelle assegnazioni e i negativi effetti di condizionamento della disponibilità degli *input* produttivi, oltre a consentire una miglior valorizzazione della materia prima secondaria

Segnalazioni

GARA A EVIDENZA PUBBLICA PRESSO L'AZIENDA FORESTALE REGIONE CALABRIA

Nel gennaio 2008, l'Autorità ha inviato all'Azienda forestale della Regione Calabria (AFOR), nonché al Governo, all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, alla Conferenza unificata Stato-Regioni, Città e Autonomie locali, alle Province autonome di Aosta, Bolzano e Trento, all'Unione delle Province d'Italia (UPI) e all'Associazione nazionale Comuni italiani (ANCI), alcune considerazioni ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, in ordine alle distorsioni alla concorrenza riscontrate in una gara bandita dall'AFOR per l'affidamento dei servizi di raccolta, trattamento e smaltimento dei rifiuti nell'ambito del progetto "Puliamo la Calabria". In particolare, l'intervento ha tratto origine da una denuncia pervenuta in ordine alla condotta tenuta dall'AFOR che, in qualità di stazione appaltante, aveva affidato i lotti di gara a raggruppamenti temporanei d'impresе costituiti da società che, in una prima fase, avevano manifestato interesse a partecipare individualmente, e da altre società che, a seguito della fase di prequalifica, neppure avevano ricevuto l'invito a partecipare.

Al riguardo, l'Autorità ha sottolineato in primo luogo come la discrezionalità da riconoscersi alla stazione appaltante nella gestione delle procedure di gara dovrebbe pur sempre tendere a limitare l'esplicitarsi di una dialettica collaborativa tra le imprese partecipanti. Dopo aver evidenziato i rischi di un'applicazione distorta dell'istituto del raggruppamento temporaneo d'impresе, l'Autorità ha ricordato che anche la giurisprudenza amministrativa ha statuito con chiarezza la necessità che la decisione di concorrere individualmente o in forma aggregata sia compiuta all'inizio

della procedura di gara. L'Autorità ha pertanto richiamato l'AFOR, e più in generale tutte le pubbliche amministrazioni, ad una rigorosa considerazione dei requisiti di trasparenza nelle procedure amministrative e all'adozione di modelli uniformi di procedure a evidenza pubblica nella scelta del contraente in quanto momenti fondamentali ai fini dell'affermazione di un effettivo confronto concorrenziale.

*SOCIETÀ MISTE OPERANTI NELLA GESTIONE DEI RIFIUTI URBANI IN REGIME EMERGENZIALE
NELLA REGIONE CALABRIA*

Nel luglio 2008, l'Autorità ha svolto alcune considerazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, in relazione alle modalità di affidamento e gestione dei servizi di raccolta, recupero e smaltimento dei rifiuti urbani nella Regione Calabria, a seguito di una segnalazione da parte della Corte dei Conti relativa a presunte distorsioni della concorrenza nel settore.

Dal punto di vista normativo, l'Autorità ha ricordato che le attività di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani rientrano a pieno titolo tra i servizi pubblici locali e possono essere gestite da società private individuate attraverso l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica, da società a capitale misto pubblico-privato nelle quali il socio privato sia stato scelto attraverso procedure ad evidenza pubblica, oppure da società a capitale pubblico, secondo la modalità cosiddetta *in house*. Inoltre, l'articolo 200 del decreto legislativo n. 152/2006 (cosiddetto Testo Unico Ambientale) ha prescritto una gestione integrata dei rifiuti urbani, da stabilirsi all'interno dei diversi ambiti territoriali ottimali definiti sul territorio nazionale, con affidamento dell'insieme delle attività di rilevanza ambientale a un unico soggetto, da scegliersi mediante gara.

Con specifico riferimento alla Regione Calabria, l'Autorità ha ricordato che lo stato di emergenza e crisi socio-economico-ambientale per la gestione dei rifiuti era stato dichiarato nel settembre 1997 e successivamente prorogato fino al giugno 2008, e che, sin dall'inizio della gestione commissariale, si era imposta come centrale la questione dell'organizzazione dei servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani, a fronte di una situazione preesistente in cui le amministrazioni locali non erano apparse in grado di affidarli nel rispetto della normativa rilevante, con gravi rischi d'infiltrazione delle malavita organizzata nelle connesse attività e gestioni.

Con il passaggio a modalità decisionali accentrate in capo alla struttura commissariale, quest'ultima aveva perseguito un disegno organizzativo incentrato sullo svolgimento delle attività rilevanti da parte di una serie di società a capitale misto di nuova costituzione. In particolare, in seguito all'ordinanza del Commissario n. 573/1999, era stata disposta la costituzione di quattordici sottoambiti di raccolta all'interno di cinque ambiti territoriali ottimali. Sulla base dell'ordinanza n. 1057/2000, inoltre, erano state

individuare quattordici società a capitale misto pubblico-privato cui era stata affidata la gestione dei servizi in questione. Infine, per l'avvio della raccolta differenziata, affidata in regime di privativa alle società, era stata prevista la stipula di una convenzione da parte dei Comuni interessati anche in via forzata, come stabilito dal Commissario nell'ordinanza n. 1464/2001.

Al riguardo, l'Autorità ha in primo luogo sottolineato che le gare esperite in relazione all'avvio del sistema incentrato sulla gestione dei servizi affidati a tali società avevano avuto ad oggetto la sola selezione di imprese locali da far partecipare in misura limitata al capitale sociale delle stesse società; il socio privato di maggior rilievo - ovvero l'impresa che secondo il modello del partenariato pubblico-privato avrebbe dovuto apportare specifiche capacità tecniche e operative - era stato scelto invece dal Commissario al tempo competente, entro un novero di imprese multiservizi di primaria grandezza, senza il ricorso ad una gara a evidenza pubblica. Conseguentemente, tale sistema aveva configurato una procedura del tutto straordinaria, in deroga alla normativa sia nazionale che comunitaria.

L'Autorità ha, inoltre, rilevato come la gestione dei servizi stessa avesse dimostrato elementi di forte criticità e gravi inefficienze al punto che al momento della segnalazione risultava già dichiarato lo stato di fallimento di alcune società affidatarie. A fronte di tale quadro, il Commissario in carica aveva fatto presente di aver disposto *i)* la rigorosa applicazione della nuova normativa ambientale ai fini dell'individuazione degli ambiti territoriali ottimali su base provinciale, *ii)* la cessazione dell'operatività delle aree di raccolta a dimensione sub-provinciale e, infine, *iii)* l'affidamento dei servizi in questione a un unico gestore integrato per ogni ambito provinciale, da selezionarsi a mezzo di gara a evidenza pubblica.

Tenuto conto di tali elementi, l'Autorità ha richiamato l'attenzione sulle gravi distorsioni della concorrenza determinate dalle concrete modalità organizzative perseguite dalla struttura commissariale all'interno della Regione, nonché la necessità - nel passaggio operativo alla nuova gestione basata sulla presenza di un solo soggetto scelto a mezzo di gara per ciascun ambito territoriale ottimale - del superamento della situazione emergenziale, attraverso anche la non ulteriore adozione di atti suscettibili di porsi in contrasto con la normativa vigente quali nuovi affidamenti senza gara o proroghe nella gestione dei servizi già affidati alle società.

Più in generale, l'Autorità ha sottolineato come il ricorso a gestioni emergenziali avesse determinato la non applicazione delle norme di concorrenza nell'affidamento degli appalti ed ha, pertanto, auspicato che le situazioni di disagio riscontrate trovassero nuove e più trasparenti modalità di definizione, adeguatamente rispettose dei principi di concorrenza nel perseguimento della dovuta efficienza ed economicità dei servizi resi alla cittadinanza.

Nel settembre 2008, l'Autorità ha trasmesso alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, al Ministro per lo sviluppo economico e alla Giunta regionale della Regione Piemonte in relazione alle attività del Consorzio regionale smaltimento rifiuti di origine animale (di seguito Co.Sm.An.). A tale Consorzio, costituito dalla Regione Piemonte al fine di assicurare l'eliminazione di animali morti in allevamento o abbandonati, carni o parti di animali macellati non idonee al consumo alimentare, sono tenuti ad aderire tutti gli allevatori piemontesi. A fronte di tale adesione, il Consorzio provvede all'erogazione agli allevatori di rimborsi per le spese di smaltimento di tali rifiuti animali, finanziati a mezzo di appositi stanziamenti regionali. In particolare, il Consorzio redige su base annuale un elenco di imprese di smaltimento cui gli allevatori consorziati possono rivolgersi e, sulla base dei prezzi da queste comunicati e raccolti dal Consorzio in un *database* pubblicato *on line*, riconosce ai consorziati il rimborso di una percentuale delle spese di smaltimento.

In proposito, l'Autorità ha sottolineato come la raccolta e la pubblicazione dei prezzi da parte del Consorzio, pur comportando effetti positivi in termini di conoscibilità da parte degli utenti delle condizioni tariffarie, rischiava di produrre un'eccessiva trasparenza in merito a una variabile fondamentale nel confronto tra le imprese di smaltimento, con possibili effetti di agevolazione del coordinamento anticoncorrenziale tra le stesse. Più in generale, l'Autorità ha invitato la Regione a tener in maggiore considerazione i principi concorrenziali, rilevando come, da un lato, il riconoscimento di contributi, nella forma di rimborsi, a imprese individuate su base locale risultava suscettibile di distorcere il mercato a valle della produzione e vendita di carni per usi alimentari; dall'altro, tali erogazioni, quand'anche legittime nel contesto delle sovvenzioni nazionali e comunitarie alla politica agricola, sarebbero comunque potute avvenire con modalità diverse dalla costituzione di un consorzio obbligatorio, e in grado di garantire maggiormente l'indipendenza delle singole imprese.

SCHEMA DI DECRETO LEGISLATIVO RIGUARDANTE PILE E ACCUMULATORI E RIFIUTI DI PILE E ACCUMULATORI

Nel settembre 2008, l'Autorità, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, ha espresso alcune considerazioni al Parlamento e al Governo in merito allo schema di decreto legislativo recante il recepimento della direttiva 2006/66/CE, relativa a pile e accumulatori e ai rifiuti di pile e accumulatori.

In generale, l'Autorità ha rilevato che lo schema risultava sostanzialmente coerente con i contenuti della direttiva comunitaria nel dovuto perseguimento di primari obiettivi ambientali e in coerenza con i

principi di tutela della concorrenza nelle attività economiche di raccolta e smaltimento di rifiuti; in particolare, lo schema è apparso determinare anche il sostanziale superamento della precedente unicità del consorzio obbligatorio delle batterie al piombo esauste e dei rifiuti piombosi previsto dalla legge.

Ciò nondimeno, l'Autorità ha sottolineato la necessità che all'interno del provvedimento venissero più chiaramente esplicitate, da un lato, la facoltà di costituire sistemi alternativi di raccolta e smaltimento in concorrenza tra loro e, dall'altro, la legittimazione di ciascuno di tali sistemi a rapportarsi, sia per gli obblighi informativi che per le modalità organizzative, con i diversi soggetti istituzionali operanti nel settore, al fine di garantire l'effettivo avvio di una somma di sistemi tra loro alternativi nel settore considerato.

In merito, in particolare, al consorzio COBAT, l'Autorità ha ritenuto opportuno che l'articolo 28 dello schema, recante le disposizioni da intendersi abrogate alla data di entrata in vigore della nuova normativa, prevedesse espressamente l'abrogazione dell'articolo 235 del decreto legislativo n. 152/2006, così come modificato dal decreto legislativo n. 4/2008, per la parte incompatibile con la facoltà, introdotta dallo schema, di costituire una pluralità di consorzi di raccolta e smaltimento.

Con riguardo alle modalità di finanziamento dei sistemi di raccolta e smaltimento dei rifiuti di pile e accumulatori, l'Autorità, rilevato che lo schema prevedeva una responsabilità dei produttori "sulla base alle rispettive quote di mercato", ha sottolineato come tale riferimento comportasse il rischio di favorire indebiti scambi informativi tra operatori concorrenti, in relazione a variabili competitive di natura sensibile. In ragione di ciò, l'Autorità ha raccomandato l'adozione, in sede di approvazione definitiva dello schema, di modalità di determinazione della responsabilità di finanziamento in capo ai singoli produttori che non fossero suscettibili di rivelare i comportamenti commerciali competitivi di imprese concorrenti. Infine, in merito all'istituzione del Centro di coordinamento di cui all'articolo 18 dello schema, l'Autorità ha osservato come i pur condivisibili obiettivi di raccordo nell'attività dei diversi sistemi di raccolta e smaltimento avrebbero potuto essere comunque assolti senza ricorrere a modalità di coordinamento quali un organismo partecipato dagli stessi produttori di pile e accumulatori: questo, introdotto *ex novo* dal legislatore nazionale rispetto alle previsioni della direttiva n. 2006/66, è apparso suscettibile di influenzare anche significativamente le dinamiche competitive del mercato di riferimento.

RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA 2006/66/CE RELATIVA A PILE E ACCUMULATORI E AI RIFIUTI DI PILE E ACCUMULATORI

Nell'ottobre 2008, l'Autorità ha trasmesso al Parlamento e al Governo alcune considerazioni ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 in merito

allo schema di decreto legislativo recante il recepimento della direttiva 2006/66/CE, relativa a pile e accumulatori e ai rifiuti di pile e accumulatori.

In generale, l'Autorità ha richiamato l'assoluta opportunità che i sistemi nazionali di raccolta, recupero e smaltimento di rifiuti risultassero effettivamente improntati alla tutela e promozione della concorrenza, in primo luogo attraverso lo stabilimento di una pluralità di soggetti legittimati ad operare nelle suddette attività, anche in competizione tra loro, al fine di ottenere maggiori efficienze di servizio con conseguenti benefici anche sotto il profilo ambientale. Contrariamente a ciò, l'Autorità ha rilevato come lo schema di decreto legislativo comportasse il mantenimento di un unico sistema per la raccolta e il trattamento delle batterie al piombo esauste, corrispondente al Consorzio obbligatorio batterie al piombo esauste e rifiuti piombosi (COBAT), laddove invece la presenza di più sistemi alternativi di raccolta e smaltimento risultava già contenuta nella versione originaria del decreto legislativo n. 152/2006, maggiormente improntato ai principi di concorrenza.

In particolare, l'Autorità ha osservato che la configurazione del COBAT quale unico possibile sistema di raccolta e trattamento delle batterie al piombo esauste, oltre ad alterare in modo ingiustificato la struttura di mercati già esistenti, ostacolando la libera iniziativa degli operatori sul mercato, aveva definito, al di là di ogni ragionevole criterio di proporzionalità, un regime monopolistico in grado di precludere ogni sviluppo concorrenziale del settore. L'Autorità ha, inoltre, sottolineato che la sottrazione al mercato di diversi stadi della catena produttiva e l'impossibilità da parte delle imprese, pur dotate dei requisiti tecnici, di sicurezza e amministrativi, di operare al di fuori del sistema aveva pregiudicato anche la possibilità di conseguire gli importanti obiettivi ambientali posti alla base della disciplina comunitaria da recepire.

L'Autorità ha, infine, rilevato che l'individuazione di un unico sistema legittimato ad operare nella raccolta e smaltimento di batterie esauste poteva avere la conseguenza di privare il Paese di una risorsa di assoluto rilievo come il piombo secondario, il quale - se non trattato all'interno dell'unico canale disponibile rappresentato dal COBAT - avrebbe potuto essere solo dirottato al recupero in altri Stati. L'Autorità ha, pertanto, auspicato che, in sede di adozione definitiva dell'atto, venissero effettivamente recepite le osservazioni evidenziate.

Commercio all'ingrosso e al dettaglio

Segnalazioni

REGOLAMENTAZIONE CHE LIMITA IL NUMERO DEI PUNTI VENDITA DEI PRODOTTI DEL TABACCO

Nell'aprile 2008, l'Autorità, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, ha formulato alcune osservazioni in merito alla regolamentazione che limita il numero dei punti vendita dei prodotti del tabacco. In proposito, l'Autorità ha richiamato preliminarmente l'attenzione sugli articoli 21 e 22 della legge 22 dicembre 1957, n. 1293, recante *Organizzazione dei servizi di distribuzione e vendita dei generi di monopolio*, secondo cui “*le rivendite ordinarie sono istituite dove e quando l'Amministrazione lo ritenga utile e opportuno nell'interesse del servizio*”, mentre le rivendite speciali sono istituite “*per soddisfare particolari esigenze del pubblico servizio anche di carattere temporaneo*”. L'Autorità ha osservato come la formulazione di tali disposizioni apparisse ormai ingiustificata, dal momento che non sussisteva più in Italia un monopolio legale né nel mercato della commercializzazione dei prodotti del tabacco né nel mercato della distribuzione intermedia. In tal senso, l'Autorità ha ritenuto necessaria una modifica delle disposizioni in questione e, nel frattempo, una loro interpretazione alla luce dei mutamenti intervenuti nel monopolio di Stato atta ad assicurare uno spazio anche alle scelte di localizzazione dei punti vendita operate da coloro che aspirino a gestirli.

L'Autorità ha osservato, inoltre, che la limitazione del numero dei punti vendita dei prodotti del tabacco derivava anzitutto dalle distanze minime tra le rivendite, fissate con una circolare dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato del 2001. Questa prevedeva altresì che la costituzione di nuove rivendite fosse informata anche a valutazioni riguardanti la potenziale produttività del nuovo esercizio.

In proposito, l'Autorità ha ribadito il proprio orientamento contrario alle forme di programmazione strutturale dell'offerta che stabiliscono limitazioni quantitative degli operatori dei mercati e, tra esse, alle distanze minime fra punti vendita. Gli elementi di rigidità derivanti dall'ammissione ad operare di un numero di soggetti inferiore a quello che determinerebbe il mercato, infatti, non risultano necessari e proporzionati al perseguimento di obiettivi di interesse generale. Inoltre, l'Autorità ha sottolineato come il coinvolgimento delle associazioni di categoria in veste consultiva nei procedimenti riguardanti le domande di apertura o di trasferimento di sede dei punti vendita dei prodotti del tabacco, previsto dalla stessa circolare, costituisca un ulteriore elemento idoneo a cristallizzare la struttura dell'offerta.

Trasporto e noleggio mezzi di trasporto

TRASPORTI AEREI E SERVIZI AEROPORTUALI

Abusi

AEROPORTI DI ROMA - TARIFFE AEROPORTUALI

Nell'ottobre 2008, l'Autorità ha concluso un'istruttoria ai sensi dell'articolo 82 del Trattato Ce nei confronti della società Aeroporti di Roma Spa (AdR), accertando un abuso di posizione dominante consistente a) nell'applicazione di corrispettivi non equi ed eccessivamente onerosi nel mercato della messa a disposizione di beni ad uso comune ed esclusivo per lo svolgimento del servizio di rifornimento carburante; b) nell'applicazione di corrispettivi non equi ed eccessivamente onerosi nel mercato della messa a disposizione di beni ad uso comune ed esclusivo per lo svolgimento delle attività di *handling* cargo; c) nell'applicazione di un sistema di tariffazione con effetti escludenti sul mercato dell'*handling* cargo. AdR, quale concessionaria esclusiva della gestione degli aeroporti di Fiumicino e Ciampino, è monopolista legale nella gestione e messa a disposizione di tutte le infrastrutture aeroportuali e, dunque, in tutti i mercati relativi alla gestione delle infrastrutture aeroportuali.

Nel corso dell'istruttoria l'Autorità ha accertato che AdR aveva applicato corrispettivi unilateralmente determinati e non orientati ai costi, realizzando ricavi effettivi in eccesso rispetto ai costi pertinenti per alcune linee di attività, sia sul mercato dell'accesso alle infrastrutture centralizzate ed ai servizi ad esse connessi, sia sui diversi mercati relativi alla messa a disposizione dei beni ad uso comune ed esclusivo a particolari categorie di utenti (operatori *handler* per i servizi di carburante, *handler* cargo), sia sul mercato dei servizi *handling* cargo.

L'Autorità ha tenuto in considerazione il contesto normativo e regolamentare in cui detti comportamenti si erano inseriti. In particolare, il quadro regolatorio di riferimento per la determinazione dei corrispettivi per l'accesso agli spazi ed alle infrastrutture aeroportuali era risultato piuttosto articolato e aveva subito importanti modificazioni nel corso del tempo; successivamente al decreto legislativo n. 18/99 erano, infatti, intervenuti: i) la delibera CIPE n. 86 del 4 agosto 2000, "*Schema di riordino della tariffazione dei servizi aeroportuali offerti in regime di esclusiva*"; ii) il decreto legislativo 30 settembre 2005, n. 203, recante "*Misure di contrasto all'evasione fiscale e disposizioni urgenti in materia finanziaria e tributaria*", convertito nella legge n. 248/05 e, da ultimo, iii) la direttiva CIPE n. 38/2007 "*in materia di*

regolazione tariffaria dei servizi aeroportuali offerti in regime di esclusiva”.

In linea generale, l'Autorità ha valutato le condotte di AdR nei diversi mercati considerando che, ai sensi della disciplina del settore, i corrispettivi regolamentati dovevano essere determinati sulla base del criterio di orientamento ai costi. In tale quadro, l'Autorità ha prestato altresì rilievo alla circostanza che l'istruttoria aveva avuto inizio in una fase di stallo dell'attività di definizione dei corrispettivi aeroportuali regolamentati, dovuta alle difficoltà registratesi nell'attuazione della regolazione settoriale (ed in particolare della delibera CIPE n. 86/2000), anche alla luce delle modifiche apportate dalla legge n. 248/2005, che avevano favorito l'instaurarsi di numerosi contenziosi aventi ad oggetto i diversi corrispettivi richiesti dai gestori aeroportuali, tra cui AdR. I Contratti di programma, che avrebbero dovuto consentire la determinazione di corrispettivi orientati ai costi, non erano stati approvati, anche in quei casi in cui erano stati compiutamente definiti dal gestore e licenziati dall'ente regolatore ENAC. Pertanto, il contesto nel quale l'Autorità ha ritenuto necessario intervenire era quello di un settore in cui, contrariamente alla normativa di riferimento, i corrispettivi applicati agli operatori erano determinati unilateralmente dai gestori aeroportuali, in un regime di scarsa trasparenza e verificabilità. L'Autorità ha altresì tenuto conto del fatto che i comportamenti oggetto di valutazione si erano realizzati in un ambito di notevole redditività di AdR, la quale, nonostante gli oneri sostenuti per la privatizzazione, aveva chiuso regolarmente i bilanci con utili significativi, sia in termini assoluti, sia rispetto al fatturato, anche in relazione ad altri gestori aeroportuali italiani.

Nel corso del procedimento, l'Autorità ha accertato che AdR aveva abusato della propria posizione dominante anzitutto nel mercato della messa a disposizione di beni ad uso comune ed esclusivo per l'offerta del servizio di assistenza carburante. In tale ambito, infatti, è risultato che la *airport fee* applicata da AdR non era stata mai orientata ai costi sostenuti dal gestore per l'erogazione del servizio, ma era stata determinata in misura significativamente superiore a questi ultimi. Tale comportamento, posto in essere nel periodo compreso fra il 2004 e il 2005 è stato ritenuto una fattispecie di applicazione di prezzi eccessivamente onerosi da parte di un'impresa in posizione dominante, in violazione dell'articolo 82 del Trattato Ce.

Per quanto riguarda il mercato della messa a disposizione di beni ad uso comune ed esclusivo per lo svolgimento dell'attività di *handling cargo*, l'Autorità ha accertato che AdR aveva applicato ad operatori *handler cargo* canoni di sub-concessione di spazi operativi nello scalo di Fiumicino più che doppi rispetto a quelli applicati ai vettori cargo, che si assumono rappresentare il riferimento del valore economico imputabile al servizio in questione. Anche tale comportamento è stato ritenuto integrare una

fattispecie di applicazione di prezzi non equi ed eccessivamente onerosi da parte di un'impresa in posizione dominante, in violazione dell'articolo 82 del Trattato Ce.

Infine, per quanto riguarda il comportamento di AdR nel mercato dell'*handling cargo*, l'Autorità ha accertato la natura abusiva dei corrispettivi applicati da AdR nei confronti degli *handler cargo*, con specifico riferimento alla tariffa "vuoto per pieno". Le evidenze istruttorie hanno dimostrato, infatti, che il sistema tariffario "vuoto per pieno", determinando un artificiale innalzamento per il vettore del corrispettivo per l'attività di assistenza merci, laddove parte di questa venisse realizzata con il coinvolgimento di concorrenti di AdR, aveva una valenza escludente, configurandosi come una strategia di tipo *margin squeeze* idonea a pregiudicare la capacità competitiva di questi ultimi, limitando lo sviluppo della concorrenza. Pertanto, l'applicazione, fino al luglio 2006, di tale sistema di tariffazione è apparsa suscettibile di configurare una fattispecie abusiva ai sensi dell'articolo 82 del Trattato Ce.

In merito alla gravità delle infrazioni, l'Autorità ha considerato che le condotte realizzate nei mercati della messa a disposizione dei beni ad uso comune ed esclusivo per l'offerta dell'attività di assistenza carburante e per lo svolgimento dell'attività di *handling cargo* integravano fattispecie di abuso di sfruttamento ed erano risultate suscettibili di causare un pregiudizio significativo ai vettori utenti degli scali aeroportuali di Fiumicino e Ciampino. L'Autorità ha prestato altresì rilievo alla consapevolezza di AdR in merito al mancato orientamento ai costi di tutti i corrispettivi richiesti. D'altro canto, l'Autorità ha considerato come, con riferimento al corrispettivo richiesto per l'attività di rifornimento carburante, già prima dell'avvio dell'istruttoria, AdR avesse proceduto a modificarne l'ammontare, adeguandolo ai valori indicati da ENAC, con effetto retroattivo già a partire dal 1° gennaio 2006.

Per quanto concerne l'abuso di AdR nel mercato dell'*handling cargo*, l'Autorità ha evidenziato che tale comportamento costituiva una fattispecie tipica di abuso escludente e risultava suscettibile di limitare significativamente la già ridotta concorrenza sul mercato rilevante, in considerazione del perdurare della mancanza di un secondo *handler* all'interno della *cargo city*. Anche per quanto concerne tale abuso, l'Autorità ha rilevato come esso fosse cessato prima dell'avvio dell'istruttoria, in ragione della possibilità di richiedere l'applicazione di una tariffazione a chilo, rispetto alla quale le risultanze istruttorie hanno dimostrato l'assenza di effetti escludenti.

Quanto, infine, alla durata delle infrazioni, l'istruttoria ha evidenziato che i comportamenti abusivi nel mercato della messa a disposizione dei beni ad uso comune ed esclusivo per lo svolgimento dell'attività di rifornimento carburante potevano essere collocati nella fase dal 2004 fino al 1° gennaio 2006. Al contrario, per quanto attiene ai canoni richiesti per la sub-concessione

di spazi operativi cargo, l'abuso di AdR è risultato contestabile almeno dal gennaio 2002. La durata dell'abuso relativo ai comportamenti nel mercato dell'*handling cargo* è stata accertata dall'agosto del 2004 fino al luglio 2006. In considerazione della gravità e della durata delle infrazioni, l'Autorità ha irrogato ad AdR una sanzione amministrativa pari a 1.668.000 EUR.

SEA - TARIFFE AEROPORTUALI

Nel novembre 2008, l'Autorità ha concluso un'istruttoria ai sensi dell'articolo 82 del Trattato Ce nei confronti di SEA Spa, accertando un abuso di posizione dominante, consistente a) nell'applicazione di corrispettivi non equi ed eccessivamente onerosi nel mercato della messa a disposizione di beni ad uso comune ed esclusivo per lo svolgimento del servizio di rifornimento carburante; b) nell'applicazione di corrispettivi non equi ed eccessivamente onerosi nel mercato della messa a disposizione di beni ad uso comune ed esclusivo per lo svolgimento del servizio di assistenza *catering*; c) nell'applicazione di corrispettivi non equi ed eccessivamente onerosi nel mercato della messa a disposizione di beni ad uso comune ed esclusivo per lo svolgimento delle attività di *handling cargo*. SEA, in qualità di concessionaria esclusiva della gestione degli aeroporti di Linate e Malpensa, è monopolista legale nella gestione e messa a disposizione di tutte le infrastrutture aeroportuali e, dunque, in tutti i mercati relativi alla gestione delle infrastrutture aeroportuali.

Nel corso dell'istruttoria l'Autorità ha accertato che SEA aveva applicato corrispettivi unilateralmente determinati e non orientati ai costi, realizzando ricavi effettivi in eccesso rispetto ai costi pertinenti per alcune linee di attività, sia sul mercato dell'accesso alle infrastrutture centralizzate e ai servizi ad esse connessi, sia sui diversi mercati relativi alla messa a disposizione dei beni ad uso comune ed esclusivo a particolari categorie di utenti (operatori *handler* per i servizi di carburante, *caterer*, *handler cargo*).

L'Autorità ha tenuto in considerazione il contesto normativo e regolamentare in cui detti comportamenti si erano inseriti. In particolare, il quadro regolatorio di riferimento per la determinazione dei corrispettivi per l'accesso agli spazi ed alle infrastrutture aeroportuali era risultato piuttosto articolato e aveva subito importanti modificazioni nel corso del tempo; successivamente al decreto legislativo n. 18/99 sono infatti intervenuti: i) la delibera CIPE n. 86 del 4 agosto 2000, "*Schema di riordino della tariffazione dei servizi aeroportuali offerti in regime di esclusiva*"; ii) il decreto legislativo 30 settembre 2005, n. 203, recante "*Misure di contrasto all'evasione fiscale e disposizioni urgenti in materia finanziaria e tributaria*", convertito nella legge n. 248/05 e, da ultimo, iii) la direttiva CIPE n. 38/2007 "*in materia di regolazione tariffaria dei servizi aeroportuali offerti in regime*

di esclusiva”. In linea generale, l’Autorità ha valutato le condotte di SEA nei diversi mercati considerando che, ai sensi della disciplina del settore, i corrispettivi regolamentati dovevano essere determinati sulla base del criterio di orientamento ai costi.

In tale quadro, l’Autorità ha prestato altresì rilievo alla circostanza che l’istruttoria aveva avuto inizio in una fase di stallo dell’attività di definizione dei corrispettivi aeroportuali regolamentati, dovuta alle difficoltà registratesi nell’attuazione della regolazione settoriale (ed in particolare della delibera CIPE n. 86/2000), anche alla luce delle modifiche apportate dalla legge n. 248/2005, che avevano favorito l’instaurarsi di numerosi contenziosi aventi ad oggetto i diversi corrispettivi richiesti dai gestori aeroportuali, tra cui SEA. I Contratti di programma, che avrebbero dovuto consentire la determinazione di corrispettivi orientati ai costi, non erano stati approvati, anche in quei casi in cui erano stati compiutamente definiti dal gestore e licenziati dall’ente regolatore ENAC. Pertanto, il contesto nel quale l’Autorità ha ritenuto necessario intervenire era quello di un settore in cui, contrariamente alla normativa di riferimento, i corrispettivi applicati agli operatori erano determinati unilateralmente dai gestori aeroportuali, in un regime di scarsa trasparenza e verificabilità.

L’Autorità ha altresì tenuto conto del fatto che i comportamenti oggetto di valutazione si erano realizzati in un ambito di notevole redditività di SEA, la quale aveva chiuso regolarmente i bilanci con utili significativi, sia in termini assoluti, sia rispetto al fatturato, anche in relazione ad altri gestori aeroportuali italiani.

Nel corso del procedimento, l’Autorità ha accertato che SEA aveva abusato della propria posizione dominante *i)* nel mercato della messa a disposizione di beni ad uso comune ed esclusivo per l’offerta del servizio di assistenza carburante, *ii)* nel mercato della messa a disposizione di beni ad uso comune ed esclusivo per l’offerta del servizio di assistenza *catering* e *iii)* nel mercato della messa a disposizione di beni ad uso comune ed esclusivo per lo svolgimento dei servizi *handling cargo*.

Per quanto concerne i comportamenti di SEA nel mercato nella messa a disposizione dei beni ad uso comune ed esclusivo per lo svolgimento dell’attività di fornitura carburante, le risultanze istruttorie hanno dimostrato come la *airport fee* applicata da SEA non fosse stata mai stata orientata ai costi sostenuti dal gestore per l’erogazione del servizio, sia pure inclusivi della remunerazione del capitale, ma fosse stata determinata in misura significativamente superiore a questi ultimi. Il comportamento tenuto da SEA, volto ad applicare, per il periodo compreso fra il 2004 e il 2005, un corrispettivo per l’erogazione del carburante non orientato ai costi e superiore a questi in maniera manifestamente sproporzionata rispetto al valore economico della

prestazione fornita, è stato ritenuto una fattispecie di applicazione di prezzi eccessivamente onerosi in violazione dell'articolo 82 del Trattato Ce.

Per quanto riguarda le condotte di SEA nel mercato nella messa a disposizione dei beni ad uso comune ed esclusivo per lo svolgimento dell'attività di assistenza *catering* è emerso, sulla base delle istruttorie effettuate da ENAC, che le *fee* richieste da SEA dal 2002 erano significativamente superiori ai costi pertinenti l'attività svolta. L'Autorità ha ritenuto che anche l'applicazione di tali corrispettivi integrasse l'applicazione di prezzi non equi ed eccessivamente onerosi da parte di un'impresa in posizione dominante, in violazione dell'articolo 82 del Trattato CE.

Infine, per quanto riguarda il mercato della messa a disposizione di beni ad uso comune ed esclusivo per lo svolgimento dell'attività di *handling cargo*, l'Autorità ha accertato che SEA aveva applicato ad operatori cargo canoni di sub-concessione di spazi operativi nello scalo di Malpensa più che doppi rispetto a quelli applicati agli *handler cargo*, che si assumono rappresentare il riferimento del valore economico imputabile al servizio in questione. Anche tale comportamento è apparso configurare, pertanto, una fattispecie di applicazione di prezzi non equi ed eccessivamente onerosi, in violazione dell'articolo 82 del Trattato CE.

In merito alla gravità delle infrazioni, l'Autorità ha rilevato che gli abusi realizzati da SEA nei mercati della messa a disposizione dei beni ad uso comune ed esclusivo per lo svolgimento dell'attività di assistenza carburante e assistenza *catering*, nonché per lo svolgimento dell'attività di *handling cargo* integravano fattispecie di abuso di sfruttamento ed erano risultati suscettibili di causare un pregiudizio significativo ai vettori utenti degli scali aeroportuali di Linate e Malpensa. L'Autorità ha prestato altresì rilievo alla consapevolezza di SEA in merito al mancato orientamento ai costi di tutti i corrispettivi richiesti. D'altro canto, l'Autorità ha considerato come, con riferimento ai corrispettivi richiesti per l'attività di rifornimento carburante e di assistenza *catering*, già prima dell'avvio dell'istruttoria, SEA avesse proceduto a modificarne l'ammontare, adeguandolo ai valori indicati da ENAC, con effetto retroattivo già a partire dal 1° gennaio 2006. Quanto alla durata delle infrazioni, le risultanze istruttorie hanno attestato che i comportamenti abusivi assunti da SEA nel mercato della messa a disposizione dei beni ad uso comune ed esclusivo per lo svolgimento dell'attività di rifornimento carburante e di assistenza *catering* potevano essere collocati nell'arco temporale compreso tra il 2004 e il 1° gennaio 2006. Al contrario per quanto attiene ai canoni richiesti per la sub-concessione di spazi operativi cargo, l'abuso di SEA era risultato contestabile almeno dal gennaio 2002 fino al luglio 2008. In considerazione della gravità e della durata delle infrazioni, l'Autorità ha irrogato SEA una sanzione amministrativa pari a 1.549.000 EUR.

Concentrazioni

ALITALIA/VOLARE

Nel giugno 2008, l'Autorità ha provveduto a rivedere le misure correttive imposte ad Alitalia Linee Aeree Italiane Spa (di seguito Alitalia), con il proprio provvedimento del 5 luglio 2006, a seguito dell'operazione di concentrazione Alitalia/Volare. Con tale provvedimento, l'Autorità aveva accertato la costituzione e/o il rafforzamento della posizione dominante di Alitalia, a seguito dell'acquisizione di Volare Group Spa (di seguito Volare), su alcuni mercati del trasporto aereo passeggeri di linea, relativi ai collegamenti nazionali Linate-Bari, Linate-Lamezia Terme e al collegamento intracomunitario Linate-Parigi, imponendo conseguenti misure correttive, consistenti nella cessione di coppie di *slot*, volte a rimuovere le distorsioni concorrenziali riscontrate nei suddetti mercati. Il procedimento istruttorio ha riguardato in particolare lo stato di controllo del complesso aziendale di Volare da parte di Alitalia, nonché i nuovi assetti concorrenziali sui mercati del trasporto aereo passeggeri di linea nelle suddette rotte, al fine di verificare l'attualità delle misure imposte con il citato provvedimento del 5 luglio 2006.

Al riguardo, Alitalia ha fatto presente che, nonostante il permanere di un contratto valido e di una gestione corrente su Volare, non erano sussistenti i requisiti della certezza e della stabilità, necessari a configurare una posizione di controllo di Alitalia su Volare; tale scenario rendeva, quindi, inattuabili misure strutturali che potessero determinare un pregiudizio all'integrità dal Complesso Aziendale di Volare.

L'aggiudicazione del Complesso Aziendale di Volare ad Alitalia, infatti, ad esito della procedura di gara conclusasi nel marzo 2006, era stata oggetto di un articolato contenzioso amministrativo relativo alla legittimità dello svolgimento della procedura di gara medesima ed alla conseguente nullità del contratto tra Alitalia e Volare che disciplinava i rapporti tra le parti a seguito dell'aggiudicazione della gara. Nonostante le pronunce del giudice amministrativo che avevano fatto venir meno i requisiti di certezza e stabilità, Alitalia stessa tuttavia nel maggio 2008 aveva riconosciuto implicitamente di avere la piena disponibilità del Complesso Aziendale, anche in termini di riorganizzazione dei piani di volo.

Nel corso del procedimento, l'Autorità ha ritenuto che, nonostante le numerose pronunce del giudice amministrativo, Alitalia avesse esercitato continuativamente attraverso una gestione piena del Complesso Aziendale, un controllo sostanziale su Volare, suscettibile di configurare la fattispecie di cui all'articolo 7 della legge n. 287/90. L'utilizzo del Complesso Aziendale da parte di Alitalia era apparso infatti andare oltre una mera gestione di transizione volta a preservare l'integrità e la continuità produttiva del complesso, in attesa della definizione del contenzioso sull'aggiudicazione della gara, integrando

gli estremi per configurare una gestione completa dell'azienda.

Tuttavia, l'Autorità ha considerato che, anche alla luce della sentenza del Consiglio di Stato del maggio 2008 con cui questi aveva investito il Ministero dello sviluppo economico del compito di rinnovare la gara entro quindici giorni, il controllo di Alitalia su Volare si caratterizzasse per una crescente instabilità fino a perdere il requisito della durata, ove la gara dovesse essere aggiudicata ad un altro vettore.

Conseguentemente, alla luce dei nuovi elementi agli atti, l'Autorità ha ritenuto, con riferimento alla valutazione concorrenziale dei mercati su cui erano state imposte misure correttive, che l'adozione di misure strutturali quali il rilascio di *slot*, seppure reversibili, non appariva proporzionale alle finalità del procedimento. In particolare, per quanto concerne il mercato Milano-Parigi, l'Autorità ha verificato che la decisione autonoma di Alitalia di allocare, a partire dalla stagione Summer 2008, su altre rotte le due coppie di *slot* precedentemente operate da Volare sulla rotta Linate-Parigi, aveva fatto venir meno il contributo aggiuntivo dell'operazione di concentrazione su tale mercato rilevante, rendendo pertanto non più necessaria l'imposizione della misura strutturale di rilascio delle due coppie di *slot*.

Circa il collegamento Linate-Bari, a seguito delle informazioni fornite dalle parti relative all'incremento delle frequenze operate da AirOne sulla rotta, è emerso come la posizione competitiva di Alitalia, a partire dalla stagione Summer 2008, si fosse sensibilmente ridotta, attestandosi su una quota inferiore al 60%, rendendo non necessaria l'imposizione della misura strutturale di rilascio di *slot*.

Infine, per quanto attiene alla rotta Linate- Lamezia Terme, sulla quale Alitalia continuava a detenere una quota in termini di *slot* sensibilmente superiore al 60%, il vettore si è impegnato ad assumere una misura comportamentale volta a riallocare la coppia di *slot* di Volare, per un periodo di quattro stagioni IATA, su altre rotte che mantengano, anche dopo tale riallocazione, una quota inferiore al 60%. Pertanto, anche su questo mercato rilevante l'Autorità ha ritenuto venir meno il contributo aggiuntivo dell'operazione di concentrazione e, pertanto, ha valutato non più necessaria l'imposizione della misura strutturale di rilascio di *slot*.

Ritenuta, pertanto, la necessità di rivedere, in considerazione del mutamento del contesto di mercato, le misure correttive stabilite con il provvedimento del 5 luglio 2006, riguardanti la cessione di due coppie di *slot* sulla rotta Linate-Parigi e di una coppia di *slot* sulle rotte Linate-Bari e Linate-Lamezia Terme, l'Autorità ha deliberato di sostituire tali misure con previsioni che avessero validità, subordinatamente al permanere del controllo di Alitalia sul Complesso Aziendale di Volare. In particolare l'Autorità ha deliberato: i) l'obbligo per Alitalia di riallocare, a partire dalla stagione Winter 2008-2009, gli *slot* di Volare utilizzati al momento

dell'avvio procedimento, con codice VE, sulle rotte Linate-Lamezia Terme e Linate-Parigi, su rotte di nuova attivazione dall'aeroporto Milano-Linate o comunque su rotte sulle quali, a seguito della riallocazione degli *slot*, la quota di Alitalia sia inferiore al 60% in termini di frequenze complessive operate; *ii*) l'obbligo per Alitalia di non riassegnare sulle rotte Linate-Lamezia Terme e Linate-Parigi gli *slot* precedentemente operati con codice VE, per un periodo pari a quattro stagioni IATA, a partire dall'inverno 2008-2009; *iii*) l'obbligo per Alitalia, qualora nel corso delle successive quattro stagioni IATA, la quota della compagnia in termini di frequenze sulla rotta Linate-Bari dovesse nuovamente superare la soglia del 60%, di riallocare gli *slot* di Volare attualmente utilizzati con codice VE su tale rotta, su rotte di nuova attivazione dall'aeroporto Milano-Linate o comunque su rotte sulle quali, a seguito della riallocazione degli *slot*, la quota di Alitalia sia inferiore al 60% in termini di frequenze complessive operate.

COMPAGNIA AEREA ITALIANA /ALITALIA LINEE AEREE ITALIANE

Nel dicembre 2008 l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio avente ad oggetto l'operazione di concentrazione consistente nell'acquisizione da parte della società CAI - Compagnia Aerea Italiana di taluni beni e rapporti giuridici del gruppo Alitalia in amministrazione straordinaria, e del controllo esclusivo delle società del gruppo AirOne. L'operazione, comunicata da CAI in base all'art. 4, comma 4 - *quinquies*, del decreto legge 23 dicembre 2003, n. 347, recante "*Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi*" convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39, come modificato dal decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134, convertito con modificazioni dalla legge 27 ottobre 2008, n. 166, aveva quale obiettivo l'integrazione in una nuova compagnia aerea dei due principali operatori aerei del mercato domestico italiano.

Dal punto di vista merceologico, l'Autorità ha considerato che l'operazione in esame interessava il trasporto aereo passeggeri effettuato su voli di linea, in ambito nazionale e internazionale.

Sulla base degli elementi acquisiti nel corso del procedimento, l'Autorità ha accertato che, nel corso del 2007 e nella stagione Summer 2008, si era registrata una sovrapposizione fra le attività delle parti di impresa del Gruppo Alitalia e del Gruppo AirOne su una serie di rotte nazionali e internazionali. In particolare, le rotte nazionali interessate dalla sovrapposizione sono risultate quelle di Fiumicino - Lamezia T; Fiumicino - Brindisi; Fiumicino - Venezia; Fiumicino - Genova; Fiumicino - Pisa; Fiumicino - Trieste; Napoli - Torino; Linate - Bari; Linate - Lamezia T.; Linate - Brindisi; Fiumicino - Bari; Fiumicino - Linate; Linate - Napoli; Fiumicino - Torino; Fiumicino - Palermo; Napoli - Venezia; Linate - Palermo; Fiumicino - Catania; Linate - Catania; Fiumicino - Malpensa; Malpensa -

Palermo; Malpensa - Napoli. Le rotte internazionali su cui si era registrata una sovrapposizione tra le attività dei due Gruppi sono risultate quelle di Malpensa - Salonicco; Fiumicino - Berlino; Malpensa - Berlino; Fiumicino - Vienna; Malpensa - Atene; Fiumicino - Bruxelles; Malpensa - Bruxelles. Su ciascuna di tali rotte, le frequenze cumulativamente detenute dal Gruppo Alitalia e dal Gruppo Airone, nel corso del 2007 e nella stagione Summer 2008, variavano dal 50% al 100%.

Sulla base di tali elementi, l'Autorità ha ritenuto che CAI, a seguito dell'operazione, sarebbe stato l'unico vettore ad offrire servizi di trasporto aereo passeggeri di linea su numerose rotte, tra cui alcune fra le più importanti in termini di trasporto, mentre sulle altre rotte sarebbe risultata fortemente ridotta la presenza di operatori concorrenti, con poche eccezioni.

Tenuto conto della posizione di assoluta rilevanza detenuta dal nuovo vettore aereo su molti dei collegamenti offerti, l'Autorità ha prescritto a CAI le misure necessarie per prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori. In particolare, l'Autorità ha prescritto a CAI, per un periodo di tre anni dalla data di inizio dell'attività: a) il mantenimento di listini tariffari articolati in modo da assicurare ampia copertura rispetto a tutti i segmenti di mercato e tariffe scontate adeguatamente accessibili in tutti i periodi dell'anno, per tutte le rotte, su ogni volo; b) la disponibilità su ogni volo CAI di almeno il 10% dei biglietti alla tariffa *economy* più conveniente tra quella offerta dal gruppo Alitalia e dal gruppo AirOne sulla medesima rotta, nella corrispondente stagione IATA precedente; c) l'istituzione, entro un mese dall'inizio dell'operatività del nuovo vettore aereo, di un numero verde gratuito dedicato alla gestione dei disservizi in caso di cancellazione o grave ritardo dei voli, insieme a uno spazio informativo sul sito web dedicato all'andamento dell'operativo dei voli, da cui sia desumibile per il consumatore lo stato del proprio volo in relazione a cancellazioni e ritardi e l'attivazione di un servizio di messaggistica per telefonia mobile, che garantisca in tempo reale la piena disponibilità delle informazioni sul volo ai consumatori che ne facciano richiesta; d) la garanzia del pagamento di un indennizzo, proporzionale al prezzo del biglietto pagato, in caso di cancellazione del volo per i passeggeri che non ricevano adeguata riprotezione (arrivo a destinazione non oltre 2 ore successive all'orario previsto di atterraggio) o nel caso di ritardo prolungato del volo che comporti l'atterraggio del passeggero a destinazione oltre 2 ore successive all'orario previsto.

Tali misure hanno integrato l'impegno, presentato da CAI e reso obbligatorio dall'Autorità, sempre per la durata di tre anni, di predisporre un programma di *frequent flyer*, tale da assicurare ampia copertura delle rotte nazionali e internazionali. Quest'ultima misura, infatti, senza le integrazioni disposte, non sarebbe stata sufficiente ad evitare efficacemente il rischio di

imposizione di prezzo o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori in conseguenza dell'operazione. L'Autorità ha invece preso atto dell'impegno di CAI a riposizionare 50 slot dalla rotta Linate-Fiumicino su altre rotte da/per Linate, ritenendo, tuttavia, che esso esulava dagli obiettivi di tutela dei consumatori perseguiti dal decreto-legge n. 134/2008. L'Autorità ha, inoltre, fissato al 3 dicembre 2011 la data entro la quale dovrà stabilire il successivo termine per la cessazione di eventuali situazioni di monopolio.

Segnalazioni

SERVIZI AEROPORTUALI DI ASSISTENZA A TERRA

Nel gennaio 2008, l'Autorità ha inviato una segnalazione, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, al Ministro dei trasporti e all'Ente nazionale aviazione civile (ENAC), in ordine alla decisione dell'ENAC di rifiutare il rinnovo delle attestazioni di idoneità, indispensabili per la loro attività, a quegli operatori che non applicavano il contratto collettivo nazionale di lavoro Assoaeroporti (di seguito anche CCNL Assoaeroporti). La decisione risultava contenuta nella delibera dell'ENAC n. 66 del 19 dicembre 2006 e confermata e rafforzata dalle successive lettere dell'ottobre 2007 indirizzate agli operatori aeroportuali.

L'Autorità ha ritenuto che l'imposizione a tutti gli operatori aeroportuali dell'adozione del CCNL Assoaeroporti avrebbe comportato l'accrescimento significativo dei costi di produzione per alcune imprese, in particolare per quelle che erano entrate nel mercato a seguito della liberalizzazione e avevano organizzato le proprie relazioni industriali non prevedendo l'applicazione di tale contratto. A tal proposito l'Autorità ha rilevato che i gestori aeroportuali operavano ancora come monopolisti legali nell'attività di gestione dell'aeroporto, mentre nell'attività dei servizi a terra, nella quale erano ex-monopolisti, continuavano spesso a ricoprire una posizione di preminenza. Essi, pertanto, operavano per lo più in assenza di qualsivoglia pressione competitiva, potendosi con ciò permettere di trasferire parte della rendita ai fattori produttivi.

Nel complesso, quindi, l'Autorità ha ritenuto che l'obbligo stabilito dall'ENAC avrebbe potuto ulteriormente ridurre la concorrenza nel settore, formalmente liberalizzato ma ancora non competitivo, in quanto idoneo a imporre ai nuovi entranti di il pagamento di un fattore produttivo di primaria importanza per il settore, quale il lavoro, al medesimo prezzo di quello sopportato fino a quel momento solamente dai gestori aeroportuali, monopolisti legali in alcune attività.

L'Autorità ha, inoltre, ritenuto dubbio che la posizione assunta dall'ENAC sull'obbligo di applicazione del CCNL Assoaeroporti derivasse da quanto disposto dal decreto legislativo n. 18/99, laddove stabilisce

solamente che *“l’idoneità dei prestatori di servizi di assistenza a terra [sia] subordinata al rispetto del tipo di contratto che regola il rapporto di lavoro dei dipendenti delle aziende di gestione e dei servizi aeroportuali di assistenza a terra”*. In ogni caso, la deliberazione dell’ENAC è stata ritenuta in contrasto con quanto previsto dalla direttiva 96/67/CE di liberalizzazione, la quale prevede limitazioni alla possibilità di concedere l’idoneità per operare come fornitore di servizi a terra solo nel caso in cui non sia garantita *“la tutela dei diritti dei lavoratori”*, obiettivo indiscutibile ma che non coincide necessariamente con l’applicazione del CCNL Assoaeroporti.

TRASPORTI SU STRADA

Segnalazioni

AFFIDAMENTO AD UN GESTORE UNICO DEL SERVIZIO DI TPL NELLA REGIONE FRIULI VENEZIA GIULIA

Nel febbraio 2008, l’Autorità, a seguito della relativa richiesta di parere, ha trasmesso, ai sensi dell’articolo 22 della legge n. 287/90, alcune osservazioni alla Giunta della Regione autonoma Friuli Venezia Giulia in ordine alla procedura di affidamento del servizio di trasporto pubblico locale (di seguito TPL) sull’intero territorio regionale per il periodo 2011-2019.

L’Autorità, pur esprimendo apprezzamento per l’iniziativa della Regione in quanto coerente con le disposizioni di legge volte ad individuare la gara come lo strumento ordinario per affidare i servizi di TPL, ha, tuttavia, osservato che la scelta di affidare ad un unico gestore un lotto unico integrato sia dal punto di vista geografico che modale, in ragione dei benefici attesi in termini di riduzione dei contributi a carico dell’Amministrazione stessa, di miglioramento della qualità del servizio e di aumento della quantità prodotta, avrebbe limitato il numero dei possibili partecipanti alla gara. L’Autorità ha pertanto auspicato che la decisione di mettere in gara un unico lotto integrato venisse effettuata solo dopo aver attentamente verificato che i vantaggi derivanti da tale scelta fossero tali da più che compensare i costi concorrenziali derivanti dall’impatto negativo sul numero dei potenziali partecipanti alla gara.

Affinché poi il bando garantisse lo svolgersi di un effettivo confronto competitivo, l’Autorità ha sottolineato la necessità che, in linea generale, il numero dei partecipanti fosse maggiore del numero dei lotti messi a gara. In tale contesto ha assunto particolare rilevanza la messa a disposizione dell’aggiudicatario del materiale rotabile di cui la Regione Friuli Venezia Giulia era titolare, al fine di favorire lo svolgimento della gara e la selezione dell’impresa, senza discriminare chi al momento non ne fosse in possesso. In tale ottica, positiva valutazione ha ricevuto anche la previsione di un

differimento di 24 mesi tra l'aggiudicazione della gara e l'inizio del servizio per dare all'aggiudicatario il tempo tecnico necessario per acquisire sul mercato il materiale rotabile eventualmente necessario in aggiunta a quello ceduto dalla Regione.

L'Autorità ha altresì sottolineato che l'utilizzo corretto di istituti come l'associazione temporanea d'impresa (ATI) poteva avere una valenza pro-concorrenziale nella misura in cui esso risultava funzionale all'ampliamento del novero degli offerenti; conseguentemente, il ricorso all'ATI doveva essere espressamente circoscritto allo sviluppo di sinergie tra operatori che, in ragione delle precipue caratteristiche del bando, non erano in grado di partecipare autonomamente alla gara. L'Autorità ha infine richiamato l'attenzione sulla necessità di qualificare puntualmente i contenuti delle clausole di protezione sociale previste dal decreto legislativo n. 422/97 al fine di evitare che un'eccessiva rigidità delle stesse finisse per penalizzare i nuovi entranti, con conseguenti ricadute in termini di efficienza del servizio e di risparmio per l'Amministrazione.

SCHEMI DI CONVENZIONE CON LA SOCIETÀ ANAS SPA SOTTOSCRITTI DALLE SOCIETÀ CONCESSIONARIE AUTOSTRADALI

Nel luglio 2008, l'Autorità ha espresso al Parlamento e al Governo, ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge n. 287/90, alcune considerazioni in merito alla regolamentazione del settore autostradale, a seguito dell'approvazione della legge 6 giugno 2008, n. 101, di conversione del decreto legge 59/2008, recante "*Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*". In particolare, l'articolo 8 *duodecies* di tale legge ha previsto l'approvazione *ex lege* di tutti gli schemi di convenzione con la società ANAS Spa, già sottoscritti dalle società concessionarie autostradali alla data di entrata in vigore del decreto n. 59/2008, trasformando, di fatto, in regolazione quanto contenuto negli schemi di convenzione citati.

Con riguardo alla convenzione sottoscritta dal principale gestore autostradale a livello nazionale, la società Autostrade per l'Italia Spa, l'Autorità ha segnalato gli effetti distorsivi derivanti dalla modalità di regolamentazione delle tariffe autostradali prevista e l'esigenza di lasciare spazio alla concorrenza per il mercato almeno per le tratte non ancora realizzate e per l'ampliamento della rete autostradale. La convenzione unica sottoscritta da ANAS e Autostrade per l'Italia Spa prevedeva, infatti, un sistema di adeguamento annuale delle tariffe di pedaggio ancorato a una percentuale dell'inflazione effettiva per tutta la durata della concessione ed una serie di interventi posti a carico del concessionario, consistenti in nuove opere e tratte autostradali e, più in generale, nel potenziamento della rete

che sarebbero state oggetto di regolamentazione economica sulla base della stessa convenzione unica.

L'Autorità ha osservato che la convenzione tra ANAS e Autostrade, approvata dalla legge n. 101/2008, prevedeva una formula di revisione delle tariffe profondamente diversa dal modello di adeguamento fino a quel momento vigente per tutto il comparto industriale, secondo il quale i prezzi dell'impresa regolata dovevano diminuire in termini reali di una percentuale annua, al fine di ristabilire periodicamente condizioni vicine all'efficienza allocativa. Al contrario, con l'adeguamento tariffario approvato dalla legge 101/2008, veniva meno la possibilità di verificare l'andamento della produttività del gestore nel periodo regolatorio, di rivedere periodicamente le tariffe e di ridistribuire agli utenti parte degli eventuali benefici derivanti dai recuperi di produttività, destinati così a tramutarsi in rendite monopolistiche.

Alla luce di queste considerazioni, l'Autorità ha sottolineato che *i)* le gare per aggiudicare il diritto temporaneo di servire il mercato rappresentavano il metodo più idoneo per creare meccanismi concorrenziali artificiali in settori che, come quello delle tratte autostradali, hanno caratteristiche di monopolio naturale; *ii)* l'effettuazione di aste effettivamente competitive avrebbe avuto come conseguenza l'estrazione della rendita del monopolista; *iii)* l'introduzione di forme di concorrenza comparativa, rendendo possibile il confronto delle prestazioni economiche di imprese che gestiscono tratte omogenee e che operano pertanto in condizioni simili, avrebbero rafforzato l'efficacia dei meccanismi di incentivazione a disposizione del regolatore. L'Autorità ha pertanto auspicato il riesame delle normative vigenti in materia di regolazione del sistema autostradale al fine di non eliminare del tutto i residui spazi lasciati alla concorrenza e di mantenere un sistema di adeguamento tariffario che incentivi la minimizzazione dei costi e li traduca in tariffe di pedaggio più basse per i consumatori finali.

DISPOSIZIONI IN MATERIA DI SERVIZIO DI NOLEGGIO DI AUTOBUS CON CONDUCENTE E SERVIZIO DI LINEA DI GRAN TURISMO (REGIONE LAZIO)

Nel giugno 2008, l'Autorità ha formulato al Consiglio della Regione Lazio alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, in merito a talune previsioni della proposta di legge regionale n. 180, recante “*Disposizioni in materia di servizio di noleggio di autobus con conducente e servizio di linea di gran turismo*”. L'Autorità ha in particolare richiamato l'attenzione sull'articolo 7, comma 5, della proposta che, relativamente alle autorizzazioni per i servizi di linea gran turismo, prevedeva che la domanda di autorizzazione non potesse essere accolta qualora il servizio fosse tale da compromettere in maniera rilevante l'equilibrio economico-finanziario

di un servizio di trasporto pubblico locale svolgentesi sulla stessa linea o da incidere in modo significativo sul traffico locale.

In proposito, l'Autorità ha rilevato anzitutto la necessità di prevedere un onere di motivazione particolarmente rigoroso nel caso di rigetto della domanda, al fine di evitare applicazioni strumentali della norma volte a proteggere la posizione delle imprese già operanti nel trasporto pubblico locale. In caso poi di dubbio circa il fatto che una nuova linea di gran turismo potesse compromettere in maniera rilevante l'equilibrio economico-finanziario di un servizio di trasporto pubblico locale sulla stessa linea, l'Autorità ha sottolineato l'opportunità di valutare la profittabilità della linea pubblica e in quale misura essa fosse in grado di compensare le perdite che il soggetto gestore del servizio pubblico subisce sulle linee non redditizie, ai fini di un'eventuale revisione dei sussidi, delle tariffe o di altri aspetti del servizio pubblico. In ogni caso, l'Autorità ha sostenuto che il rigetto della domanda di autorizzazione doveva avvenire solo nel caso in cui le caratteristiche del servizio di linea gran turismo non fossero stati tali da soddisfare specifiche esigenze della clientela, diverse da quelle cui risultava indirizzato il servizio pubblico.

Con riguardo invece all'articolo 10 della proposta di legge, introduttivo di un obbligo di separazione contabile per le imprese che svolgevano sia servizi di trasporto pubblico locale che servizi di trasporto con autobus di linea gran turismo o di noleggio di autobus con conducente, l'Autorità ha osservato che il fine perseguito in tal caso era quello di garantire che i contributi eventualmente ricevuti per l'attività di trasporto pubblico locale fossero utilizzati esclusivamente per l'esercizio della stessa. In tale ottica, tuttavia, considerando che i servizi di trasporto pubblico locale rientrano nei servizi di interesse economico generale, il suddetto fine sarebbe stato più efficacemente perseguito con l'introduzione di un obbligo di separazione societaria, come previsto dall'articolo 8, comma 2-*bis*, della legge n. 287/90. L'Autorità ha pertanto auspicato una riformulazione della norma in modo conforme a quanto disposto da tale ultima previsione. Infine, in merito agli articoli 4, comma 2 e 7, comma 3, della proposta di legge, i quali prevedevano che il personale assunto per lo svolgimento del noleggio di autobus con conducente o di un servizio di linea gran turismo non potesse essere impiegato per lo svolgimento del servizio di trasporto pubblico locale presso la società stessa o altra ad essa collegata, l'Autorità ha osservato che tale formulazione avrebbe dovuto essere completata con la precisazione che anche il personale assunto per lo svolgimento di un servizio pubblico locale non poteva essere impiegato per altri servizi di trasporto.

CONFERIMENTO ALLE REGIONI ED AGLI ENTI LOCALI DI FUNZIONI E COMPITI IN MATERIA DI TRASPORTO PUBBLICO LOCALE

Nel giugno 2008, l'Autorità, ai sensi dell'articolo 21 della legge 287/90, ha formulato alcune osservazioni al Parlamento e al Governo in merito al contenuto dell'articolo 18, comma 2, del decreto legislativo 422/1997, recante “*Conferimento alle regioni e agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell'articolo 4, comma 4 della legge 15 marzo 1997 n. 59*”.

L'Autorità ha rilevato che tale norma aveva una portata potenzialmente lesiva della concorrenza nella misura in cui non consentiva, limitatamente ad alcune ipotesi, la partecipazione alle gare per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale (o TPL) dei soggetti in quel momento beneficiari di un affidamento diretto.

In origine, la *ratio* della norma era stata quella di disincentivare il ricorso ad affidamenti diretti, ostacolando la partecipazione alle gare dei soggetti titolari di tali affidamenti. Tuttavia, a fronte di un periodo transitorio che ha posposto di dieci anni, e solo dal 1° gennaio 2008, il termine per rendere obbligatorio il ricorso all'affidamento via gara, l'Autorità ha ritenuto che il permanere della previsione che impediva la partecipazione alle gare ai soggetti già affidatari era suscettibile di rendere inattuabile l'intero meccanismo di gara. Infatti, essendo il ricorso all'affidamento diretto ancora assolutamente prevalente, le società di TPL venivano a trovarsi in una situazione di incompatibilità a partecipare alla prima stagione di gare fino a che non fosse stato riaggiudicato a mezzo di gara il bacino di cui avevano l'affidamento. L'Autorità ha, pertanto, concluso che la norma sopra richiamata finiva per limitare drasticamente il numero dei potenziali candidati, favorendo l'aggiudicazione in favore del precedente affidatario, spesso unico partecipante alla gara.

In ragione di ciò, l'Autorità ha pertanto auspicato la modifica della norma e l'introduzione di un'eccezione al principio generale del divieto di partecipazione previsto per gli operatori beneficiari di un affidamento diretto, aggiungendo che tale eccezione poteva individuarsi nel caso in cui i soggetti in questione fossero nella fase finale (inferiore a due anni) del proprio affidamento e/o fosse stata già bandita la gara per il riaffidamento del servizio nel proprio bacino di affidamento, o almeno, fosse stata adottata la decisione di procedere al nuovo affidamento di tale bacino attraverso procedure ad evidenza pubblica.

Nel luglio 2008, l’Autorità, ai sensi dell’articolo 21 della legge 287/90, ha formulato alla Giunta Provinciale della Provincia di Caserta, al Governo e al Parlamento, alcune osservazioni in merito al bando di gara per l’affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale (TPL), nell’ambito della Provincia e del Comune di Caserta pubblicato nel settembre 2007. L’Autorità ha osservato che l’iniziativa di tale Amministrazione, sebbene coerente con le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 422/97, volte a individuare la gara come strumento ordinario per l’affidamento dei servizi di TPL, presentava alcuni problemi sotto il profilo della tutela della concorrenza. Infatti, la prevista individuazione di un lotto unico integrato dal punto di vista geografico restringeva inevitabilmente il numero dei partecipanti alla gara, dati i requisiti di ammissione, soprattutto in termini di esperienza e capacità di gestire servizi integrati su tratte urbane ed extraurbane.

L’Autorità ha evidenziato, inoltre, che alcune previsioni contenute nel bando, relative ai requisiti economici e finanziari necessari per la partecipazione alla gara avrebbero potuto limitare ingiustificatamente la partecipazione delle imprese mediante fissazione di criteri di preselezione eccessivamente rigidi. Al riguardo, l’Autorità ha ribadito che tali requisiti dovevano rispondere ad esigenze oggettive dell’amministrazione e, più in generale, ai principi di ragionevolezza e di imparzialità che regolano il legittimo esercizio della discrezionalità amministrativa; la definizione dei requisiti economico-finanziari, inoltre, doveva valutarsi alla luce delle disposizioni contenute nell’articolo 41 del decreto legislativo n. 163/2006, nella misura in cui prevede che la capacità economica-finanziaria possa essere dimostrata mediante una dichiarazione attestante il fatturato globale d’impresa e l’importo relativo a forniture identiche a quelle oggetto della gara realizzate negli ultimi tre esercizi, e consente alle imprese di provare la propria capacità economica e finanziaria mediante il deposito di documentazione alternativa al bilancio.

L’Autorità ha, da ultimo, sottolineato che le osservazioni formulate avevano trovato puntuale riscontro negli esiti della procedura di gara rispetto alla quale la presentazione di un’unica offerta da parte di più soggetti raggruppati in ATI, tra cui molti precedenti affidatari del servizio, aveva vanificato i benefici attesi in termini di efficienza del servizio.

Separazioni societarie

TRAMBUS/ATTIVITÀ AUTOBUS DI LINEA

Nel dicembre 2008 l’Autorità ha avviato un procedimento nei confronti della società Trambus Spa, società che gestisce il trasporto pubblico locale di

superficie nel Comune di Roma, al fine di accertare un'eventuale violazione dell'articolo 8, comma 2-*bis* e comma 2-*ter* della legge n. 287/90, introdotti dalla legge 5 marzo 2001, n. 57. L'articolo 8, comma 2-*bis* della legge n. 287/90 stabilisce che le imprese che, per disposizione di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale, ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui agiscono per l'adempimento degli specifici compiti loro affidati, operano mediante società separate. L'articolo 8, comma 2-*ter* stabilisce che la costituzione di società e l'acquisizione di posizioni di controllo in società operanti nei mercati diversi di cui al comma 2-*bis* sono soggette a preventiva comunicazione all'Autorità.

Nel provvedimento di avvio, l'Autorità ha contestato alla società Trambus la mancata comunicazione all'Autorità della costituzione di una società separata per lo svolgimento della distinta attività di trasporto turistico di linea, esercitata da Trambus al momento di entrata in vigore della citata legge n. 57/2001 e, successivamente, dal novembre 2003, dalla controllata Trambus Open Spa. Al 31 dicembre 2008, l'istruttoria è in corso.

TRASPORTI FERROVIARI

Abusi

RAIL TRACTION COMPANY / RETE FERROVIARIA ITALIANA - FERROVIE DELLO STATO

Nel novembre 2008, l'Autorità ha concluso un'istruttoria avviata ai sensi dell'articolo 82 del Trattato Ce nei confronti delle società Ferrovie dello Stato Spa (di seguito FS) e Rete Ferroviaria Italiana Spa (di seguito RFI), accettando gli impegni da esse proposti ai sensi dell'articolo 14-*ter*, comma 1 della legge n. 287/90 e chiudendo il procedimento senza accertare l'infrazione. L'istruttoria era stata avviata nel settembre 2007, nei confronti di RFI e della controllante FS al fine di accertare la portata anticoncorrenziale di alcuni comportamenti posti in essere nel mercato dell'accesso all'infrastruttura ferroviaria italiana. Le condotte poste in essere da RFI ed FS riguardavano, in particolare, la revoca sin dal giugno 2004 della concessione di taluni sconti alle imprese ferroviarie e la decisione, espressa con comunicazione dell'agosto 2007, di pretendere la restituzione delle somme che le imprese ferroviarie si erano autoridotte a titolo di sconto per l'intero periodo 2004-2006, pena la risoluzione del contratto di accesso alla rete.

Il comportamento contestato in sede di avvio riguardava un settore, quello del trasporto ferroviario di merci, che è stato liberalizzato progressivamente, per effetto delle direttive europee recepite in Italia con il decreto del Presidente della Repubblica n. 277/98 e con il decreto legislativo n. 188/03, ai sensi dei quali il gestore della rete ferroviaria, previa verifica

della sussistenza delle condizioni normativamente previste, è tenuto a consentire alle imprese ferroviarie nazionali e internazionali che lo chiedano, l'accesso e l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria ai fini dello svolgimento dell'attività di trasporto.

A parziale compensazione di maggiori costi indotti dall'arretratezza tecnologica della rete ferroviaria italiana gestita da RFI, il D.M. 44/T del marzo 2000 ha definito i criteri per la corresponsione agli utilizzatori dell'infrastruttura ferroviaria di uno sconto temporaneo, cosiddetto sconto K2, da applicare in relazione all'utilizzo di quelle sezioni di rete per le quali non sussistevano le condizioni per ammettere la guida dei convogli ad agente unico o a solo macchinista. I contributi statali erano corrisposti a RFI, gestore della rete, che a sua volta doveva trasferirli alle imprese ferroviarie sotto forma di sconti trasparenti e non discriminatori. Nel frattempo, il gestore RFI, per superare l'arretratezza tecnologica della rete, ha avviato l'installazione del cosiddetto Sistema di Controllo Marcia Treno (di seguito SCMT) su una parte considerevole della rete ferroviaria nazionale, predisponendo un sottosistema di terra e una regolamentazione tecnica disciplinante la circolazione ferroviaria ad agente unico e funzionale all'adeguamento, da parte delle imprese ferroviarie, attraverso l'installazione di un sotto-sistema di bordo.

Una direttiva del Ministero dei Trasporti ha prorogato al 31 dicembre 2008 il termine originariamente previsto per il 30 giugno 2008, entro il quale le imprese ferroviarie avrebbero dovuto completare i programmi di installazione dei sotto-sistemi di bordo. La praticabilità dello sconto K2 rimaneva, dunque, limitata alla sussistenza delle condizioni di arretratezza tecnologica dell'infrastruttura ferroviaria che rendevano comunque necessaria la guida a doppio agente, nonché all'esistenza di finanziamenti pubblici specifici ai fini di corrispondere tale sconto da parte del gestore. In tale contesto, RFI aveva reso noto alle imprese ferroviarie, con comunicazioni dal giugno 2004 al giugno 2005, la cessazione dello sconto K2 su alcune linee ferroviarie che essa aveva attrezzato con il sistema di terra, necessario a permettere la guida con unico azionista. Nelle loro denunce, le imprese ferroviarie avevano sottolineato che al momento delle comunicazioni di RFI, esse non avevano ancora completato l'installazione dei sistemi di bordo e RFI stessa non aveva ancora emanato la regolamentazione tecnica necessaria per la conduzione dei convogli con unico macchinista, che sarebbe stata completata solo nel dicembre 2006. Pertanto, nonostante la revoca dello sconto K2 da parte di RFI, tutti i treni delle imprese ferroviarie segnalanti continuavano ad utilizzare il doppio macchinista con i conseguenti aggravii di costo.

In sede di avvio dell'istruttoria, l'Autorità aveva ipotizzato che i comportamenti posti in essere da RFI, in posizione dominante nel mercato dell'accesso all'infrastruttura ferroviaria nazionale, fossero idonei a configurare una possibile strategia unitaria di FS, posta in atto da RFI,

finalizzata ad escludere o ad ostacolare le imprese ferroviarie concorrenti dell'*incumbent* Trenitalia nel mercato della fornitura di servizi di trazione ferroviaria per il trasporto di merci.

Al fine di superare le criticità concorrenziali emerse, FS e RFI hanno presentato impegni nel dicembre 2007, integrati da ultimo nell'ottobre 2008, per tener conto delle osservazioni espresse dalle imprese ferroviarie nel processo di consultazione. Tali impegni, nella loro versione definitiva sono stati ritenuti idonei a soddisfare molte delle richieste delle imprese ferroviarie ed a rimuovere in maniera completa e definitiva i profili anticoncorrenziali evidenziati dall'Autorità.

Nel loro insieme, gli impegni proposti garantivano alle imprese ferroviarie, attive nel settore e interessate alla corresponsione dello sconto K2 negli anni 2004-2007, la possibilità di optare per *i*) un indennizzo diretto pari a un ammontare forfetario di 5.700.000 EUR, condizionato alla rinuncia al contenzioso da parte di queste ultime verso RFI in materia di K2 (opzione 1), oppure, *ii*) la fornitura a titolo gratuito da parte di RFI di contributi di natura tecnica e di servizi di ingegneria finalizzati all'omologazione di rotabili "teste di serie" per la circolazione ad agente unico. Tali opzioni potevano essere alternativamente scelte dalle imprese ferroviarie interessate. A ciascuna delle due opzioni si aggiungeva l'impegno consistente nella cessione da parte del gruppo FS di una quota dei propri ordini di dispositivi di bordo, al fine di consentire alle imprese ferroviarie di accedere più celermente alla fornitura di apparecchi di bordo, a fronte di una iniziale posizione di vantaggio di FS. Allo stesso modo, un impegno aggiuntivo riguardava la fornitura da parte di FS delle specifiche tecniche per l'acquisto delle apparecchiature telefoniche di bordo *car kit*, in attesa del perfezionamento del sistema di comunicazione. RFI si è inoltre impegnata a modificare la parte del Prospetto Informativo della Rete relativa alla clausola risolutiva espressa del contratto di accesso.

L'Autorità ha ritenuto che tali impegni fossero idonei a far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. Conseguentemente, ha deciso di renderli obbligatori ai sensi dell'articolo 14-*ter*, comma 1, della legge n. 287/90, nei confronti delle società Ferrovie dello Stato e Rete Ferroviaria Italiana, e di chiudere il procedimento nei loro confronti senza accertare l'infrazione.

NTV/RFI ACCESSO AL NODO DI NAPOLI

Nell'ottobre 2008, l'Autorità ha avviato un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 82 del Trattato Ce nei confronti delle società Ferrovie dello Stato Spa e della controllata RFI - Rete Ferroviaria Italiana Spa al fine di accertare un eventuale abuso di posizione dominante nel mercato nazionale dell'accesso alle infrastrutture ferroviarie necessarie allo svolgimento dei

servizi di trasporto e del trasporto ferroviario di passeggeri, con particolare riferimento al trasporto ad alta velocità. Il procedimento è stato avviato a seguito di una segnalazione della società Nuovo Trasporto Viaggiatori Spa, intenzionata ad entrare nel trasporto ferroviario passeggeri ad alta velocità, dalla quale emergeva che a seguito della richiesta di accesso ed utilizzo del Centro di manutenzione e delle infrastrutture tecniche costituenti l'impianto Dinamico Polifunzionale del Nodo di Napoli, nonché di accesso agli spazi nei fabbricati viaggiatori, il gruppo Ferrovie dello Stato, tramite la propria controllata RFI, avrebbe opposto rinvio, dando risposte interlocutorie e legando la possibilità di soddisfare la richiesta alla necessità che fosse chiaramente definito il contesto regolatorio ed organizzativo.

Nel provvedimento di avvio, l'Autorità ha ritenuto che il comportamento dilatorio posto in essere da Ferrovie dello Stato e da RFI non appariva giustificato e poteva ostacolare, con pregiudizio al consumatore finale, l'ingresso di un nuovo concorrente in un mercato appena liberalizzato. Tale condotta potrebbe, dunque, integrare una condotta abusiva in violazione dell'articolo 82 del Trattato Ce Al 31 dicembre 2008 l'istruttoria è in corso.

TRASPORTI MARITTIMI

Intese

ORGANIZZAZIONE SERVIZI MARITTIMI NEL GOLFO DI NAPOLI

Nel novembre 2008 l'Autorità ha avviato un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 2 della legge n. 287/90 nei confronti di varie compagnie di navigazione attive nel trasporto marittimo passeggeri nei golfi di Napoli e Sorrento in relazione all'attività di trasporto marittimo di linea di passeggeri tramite traghetti e/o aliscafi, svolta su numerose tratte del litorale campano, con particolare riguardo alle rotte da e per le isole partenopee - Capri, Ischia e Procida - e da e per la costiera sorrentina ed amalfitana.

Dall'esame dei fatti oggetto di numerose segnalazioni e della documentazione acquisita sono stati rinvenuti, infatti, elementi idonei a far presumere l'esistenza di un coordinamento tra le principali imprese che offrono il servizio di trasporto passeggero nei golfi citati, suscettibile di alterare sensibilmente le condizioni di concorrenza nel mercato, in un contesto che lascia comunque spazio all'adozione di condotte autonome da parte delle imprese. La presunta intesa sarebbe in particolare riconducibile a un'attività di coordinamento volto a ripartire tra le compagnie di navigazione le diverse rotte, evitando così che sulla parte del mercato non gravata da obblighi di servizio pubblico si verificassero sovrapposizioni tra gli operatori privati. Al 31 dicembre 2008 l'istruttoria è in corso.

Abusi

LA NUOVA MECCANICA NAVALE/CANTIERI DEL MEDITERRANEO

Nel giugno 2008, l'Autorità ha avviato un'istruttoria ai sensi dell'articolo 82 del Trattato Ce nei confronti della società Cantieri del Mediterraneo Spa (di seguito CAMED) al fine di accertare un eventuale abuso di posizione dominante posto in essere nel mercato della messa a disposizione dei bacini di carenaggio e delle aree strettamente funzionali allo svolgimento delle attività di riparazione in bacino del porto di Napoli.

Nel provvedimento di avvio, l'Autorità ha considerato che CAMED, concessionaria esclusiva di bacini di carenaggio nel porto di Napoli, nonché di altri beni demaniali marittimi, potrebbe aver abusato della propria posizione dominante per ostacolare l'accesso ai bacini di carenaggio da parte delle imprese di riparazione navale operanti nel porto attraverso la determinazione di una situazione di carenza informativa sulla disponibilità dei bacini relativamente a periodi superiori ai trenta giorni, nonché attraverso i rifiuti di concedere in uso le banchine e le aree limitrofe ai bacini ai riparatori. Tali condotte sono apparse idonee a ostacolare l'accesso ai bacini da parte dei riparatori concorrenti di CAMED e, conseguentemente, il regolare dispiegarsi della concorrenza tra riparatori nel mercato interessato. Al 31 dicembre 2008 l'istruttoria è in corso.

Segnalazioni

DISPOSIZIONI SUL RILASCIO DELLE CONCESSIONI DI BENI DEMANIALI E SULL'ESERCIZIO DIRETTO DI FUNZIONI AMMINISTRATIVE IN MATERIA DI DEMANIO MARITTIMO

Nel dicembre 2008, l'Autorità ha trasmesso ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 una segnalazione alla Regione Sicilia ed all'Autorità Portuale di Catania in ordine all'articolo 1, comma 3, della legge regionale 29 novembre 2005, n. 15 (recante "*Disposizioni sul rilascio delle concessioni di beni demaniali e sull'esercizio diretto delle funzioni amministrative in materia di demanio marittimo*"), ed all'articolo 3 della legge regionale 19 aprile 2007, n. 10 (recante "*Disposizioni in materia di esercizio di attività nei beni demaniali marittimi*"). In particolare, la prima disposizione stabilisce che "*Le concessioni quadriennali in corso di validità al momento dell'entrata in vigore della presente legge sono alla scadenza rinnovate per sei anni*". La seconda disposizione prevede che "*nelle more dell'attivazione degli uffici periferici del demanio marittimo regionale, di cui all'articolo 6 della legge regionale 29 novembre 2005, n. 15, le concessioni demaniali marittime di durata annuale o quadriennale in scadenza negli anni 2006 e 2007, salvo che non risultino motivi ostativi, sono rinnovate per ulteriori sei anni, secondo quanto previsto dall'articolo 1, comma 3, della medesima legge regionale*".

29 novembre 2005, n. 15, *previa istanza del concessionario, pagamento dei canoni concessori, delle imposte erariali e della tassa di registrazione*”.

In proposito, l’Autorità ha ribadito la necessità di individuare condizioni di affidamento e rinnovo delle concessioni per le attività marittime idonee ad evitare ingiustificate restrizioni della concorrenza, ovvero caratterizzate dal ricorso all’adozione di procedure competitive. Parimenti, l’Autorità ha richiamato l’attenzione sull’opportunità di ridurre la discrezionalità amministrativa nella scelta dei concessionari e del rispetto dei principi comunitari della parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità. Infine, l’Autorità si è espressa con specifico riferimento al rinnovo automatico delle concessioni, sottolineando che la proroga automatica delle concessioni in essere non consente di cogliere i benefici che potrebbero derivare dalla periodica concorrenza per l’affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica.

Telecomunicazioni

Abusi

SFRUTTAMENTO DI INFORMAZIONI COMMERCIALI PRIVILEGIATE

Nel dicembre 2008, l’Autorità ha concluso un procedimento istruttorio ai sensi dell’articolo 82 del Trattato Ce nei confronti di Telecom Italia Spa, accettando gli impegni proposti dalla società ai sensi dell’articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90 e chiudendo l’istruttoria senza accertare l’infrazione. Il procedimento era stato avviato sulla base delle segnalazioni pervenute dalle società concorrenti Fastweb e Wind, secondo le quali Telecom Italia aveva posto in essere una serie di comportamenti abusivi consistenti nell’attuazione di politiche di recupero della clientela acquisita dai nuovi entranti (*winback*) e di trattenimento dei clienti in transizione verso operatori concorrenti (*retention*), anche grazie allo sfruttamento del patrimonio privilegiato di informazioni di cui essa disponeva in qualità di operatore storico ed ex monopolista legale nel settore della telefonia vocale.

Nel provvedimento di avvio l’Autorità aveva ritenuto che la promozione di offerte selettive rivolte ai propri clienti in transizione o già migrati ad altri operatori potesse integrare una condotta abusiva di Telecom Italia atta a produrre un effetto escludente nei confronti dei concorrenti. L’intento escludente era apparso, inoltre, rafforzato da specifiche politiche incentivanti rivolte dalla società agli agenti.

Al fine di superare le criticità di natura concorrenziale sollevate dall’Autorità, Telecom Italia ha presentato nel corso del procedimento una

serie di impegni ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90. In particolare, con riguardo all'uso di informazioni sui clienti propri o altrui, Telecom Italia si è impegnata ad affidare ad un soggetto terzo ed indipendente il controllo delle procedure per la formazione delle liste di *marketing* relative agli utenti da contattare per proporre servizi di telefonia fissa o servizi dati di rete fissa, verificando, tra l'altro, che tali liste non contengano alcun dato proveniente dai *database* delle divisioni Rete e Wholesale di Telecom Italia. Telecom Italia avrebbe inoltre modificato i contratti in vigore con i propri agenti e partner commerciali, rafforzando le previsioni relative all'utilizzo di liste legittimamente acquisite.

Con riguardo alle attività di recupero della clientela passata ad altro operatore o in fase di cambio (*winback o retention*), Telecom Italia, mutuando analoghe esperienze internazionali di applicazione della cosiddetta *winback rule*, si è impegnata a non attivare servizi a clienti che nei precedenti 4 mesi siano passati ad operatori concorrenti, fatte salve le richieste spontanee e non sollecitate provenienti dalla clientela; ed inoltre, a rendere disponibili a tutti le proprie promozioni commerciali, senza discriminare tra clienti propri e clienti di altri operatori, garantendo che, per qualsiasi offerta, eventuali condizioni migliorative si applichino a tutti i clienti Telecom che abbiano sottoscritto l'offerta in questione, senza necessità di una specifica richiesta.

Relativamente all'incentivazione degli agenti e alla denigrazione, Telecom Italia si è impegnata a mantenere, per la propria forza vendita, identici meccanismi premianti sia per l'acquisizione di clienti di altri operatori sia per l'attivazione di nuovi impianti, ed a rafforzare il divieto di denigrazione di operatori concorrenti. Infine, con riferimento alle misure a tutela dei consumatori, Telecom Italia si è impegnata ad istituire un numero verde al quale i clienti avrebbero potuto segnalare la ricezione di chiamate indesiderate, moleste o aggressive da parte degli agenti della società, indipendentemente dalla loro appartenenza a una rete di vendita diretta o indiretta.

L'Autorità ha ritenuto che tali impegni fossero idonei, nel loro complesso, a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. In particolare, l'Autorità ha considerato che l'attività del soggetto preposto al controllo dell'attuazione degli impegni garantiva che l'attività di vendita dei servizi di Telecom Italia da parte dei propri partner e agenti commerciali sarebbe avvenuta solo sulla base di dati legittimamente acquisiti. In virtù di tali liste, ed in considerazione delle limitazioni alle attività di *winback* e *retention*, la commercializzazione dei servizi della società non si sarebbe potuta basare sull'utilizzo in modo selettivo di offerte e promozioni e avrebbe visto l'eliminazione di provvigioni differenziate per l'acquisizione di clienti di altri operatori. A questo deve aggiungersi che la previsione di un periodo di non attivazione, da parte di Telecom Italia, di servizi di fonia e dati per i 4 mesi successivi all'attivazione degli stessi servizi da

parte di operatori concorrenti avrebbe limitato in maniera rilevante l'attività commerciale dell'operatore dominante, consentendo ai concorrenti di fruire di un periodo di tempo utile all'apprezzamento, da parte dei clienti finali, dei servizi prestati. Per tali ragioni, l'Autorità ha deliberato di rendere gli impegni obbligatori per Telecom Italia ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90 e di chiudere il procedimento nei suoi confronti, senza accertare l'infrazione.

MOROSITÀ PREGRESSE TELECOM

Nell'agosto 2008, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 287/90 nei confronti di Telecom Italia, accettando gli impegni da essa presentati ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90 e chiudendo l'istruttoria senza accertare l'infrazione. L'istruttoria era stata avviata in quanto, sulla base delle informazioni presenti sul sito Internet della società e della disciplina contenuta agli articoli 5 e 24 delle "Condizioni generali di abbonamento al servizio di telefonia fissa", l'Autorità aveva riscontrato che, alle persone giuridiche, imprese, enti o associazioni a qualsiasi titolo partecipate dal cliente moroso, nonché alle persone fisiche con questo a qualsiasi titolo conviventi o coabitanti, in caso di richieste di nuovo abbonamento o di trasloco, Telecom poteva richiedere il pagamento delle somme dovute dal medesimo cliente moroso; inoltre, in caso di subentro, i conviventi o coabitanti del cliente moroso non potevano conseguire il cambiamento dell'intestazione dell'utenza, a meno che non estinguessero o si accollassero il debito maturato dal cliente moroso.

Nel provvedimento di avvio, l'Autorità aveva considerato che le morosità attribuibili a clienti precedenti non avrebbero dovuto essere pagate da parte dei nuovi utenti quando il richiedente fosse diverso dall'utente resosi precedentemente inadempiente, e non versasse in situazioni di morosità nei confronti di Telecom. La procedura adottata da Telecom era apparsa, pertanto, suscettibile di determinare un ostacolo non solo all'accesso alla rete telefonica di Telecom, innalzandone il costo, ma altresì alla fruizione dei servizi voce e dati offerti dalla medesima società, nonché da altri concorrenti. L'eventuale sussistenza fra il soggetto richiedente la nuova attivazione e l'utente moroso di un rapporto di parentela, convivenza o coabitazione, ovvero di un legame societario, non era apparsa, inoltre, idonea a giustificare il subentro automatico del soggetto nei rapporti di debito pendenti in capo al precedente intestatario dell'utenza, risultando sproporzionata anche rispetto all'esigenza di evitare situazioni di insolvenza preordinata o di frodi, esplicitamente indicate da Telecom nelle Condizioni generali di abbonamento al servizio di telefonia fissa. L'Autorità aveva ritenuto, pertanto, che tramite la disciplina in esame, Telecom poteva aver posto in essere un abuso di

posizione dominante, consistente nel subordinare l'attivazione di una nuova linea telefonica (o il subentro) al pagamento di un corrispettivo non correlato ad alcuna controprestazione da parte dell'impresa.

Al fine di superare le criticità di natura concorrenziale sollevate dall'Autorità, Telecom ha presentato impegni ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90, successivamente modificati e integrati, consistenti nella modifica sia delle previsioni contenute nelle Condizioni generali di abbonamento sia delle procedure operative connesse all'applicazione delle previsioni stesse. In particolare, per quanto riguarda l'articolo 5 delle Condizioni generali di abbonamento, Telecom si è impegnata ad esercitare la facoltà di richiedere il pagamento delle morosità pregresse in caso di nuova attivazione soltanto nei confronti del cliente cui le medesime morosità si riferiscono. Con riferimento all'articolo 24, invece, Telecom si è impegnata ad inserire un apposito comma nel quale sarebbero state specificate le conseguenze derivanti dalla cessione del contratto in conformità alla disciplina codicistica, chiarendo, in particolare, che il subentrante, nella sua qualità di cessionario del contratto di abbonamento, assume la medesima posizione giuridica del precedente intestatario, succedendo in tutti i crediti ed accollandosi tutti i debiti derivanti dal rapporto contrattuale, ivi inclusi eventuali debiti inerenti a prestazioni già eseguite.

L'Autorità ha ritenuto che tali impegni fossero idonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. Riguardo la nuova formulazione dell'articolo 5 delle Condizioni generali di abbonamento, l'Autorità ha ritenuto, infatti, che la rigorosa limitazione delle facoltà di Telecom di richiedere il pagamento delle morosità pregresse al solo cliente moroso non avrebbe più consentito l'esercizio da parte della società della pre-vigente forma di tutela preventiva atipica e avrebbe rimosso l'ingiustificata attribuzione in capo a nuovi utenti non inadempienti verso Telecom, di morosità riferibili a terzi e di corrispettivi non correlati ad alcuna controprestazione da parte dell'impresa. La nuova formulazione dell'articolo 24 delle Condizioni generali di abbonamento avrebbe permesso, inoltre, a chi avesse richiesto un subentro di essere reso consapevole degli effetti connessi a tale procedura e di chiedere una nuova attivazione a Telecom, laddove non intendesse farsi carico di eventuali morosità pregresse. In considerazione di ciò, gli impegni proposti sono stati ritenuti coerenti e proporzionati rispetto all'ipotesi di infrazione contestata e idonei a rimuovere gli effetti pregiudizievoli per i consumatori paventati nel provvedimento di avvio. Conseguentemente, l'Autorità ha deliberato di rendere obbligatori per Telecom Italia ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90 e di chiudere il procedimento nei suoi confronti, senza accertare l'infrazione.

Segnalazioni

LEGGE REGIONE VENETO SULLA REGOLAMENTAZIONE DELLE ATTIVITÀ DEI CENTRI DI TELEFONIA FISSA (PHONE CENTER)

Nel gennaio 2008, l'Autorità ha trasmesso alla Regione Veneto alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 in ordine agli effetti distorsivi della concorrenza derivanti dalle disposizioni che regolano i centri di telefonia in sede fissa contenute nella legge regionale 30 novembre 2007, n. 32, recante *“Regolamentazione dell'attività dei centri di telefonia in sede fissa (phone center)”*.

L'Autorità si è soffermata in primo luogo sulle disposizioni della legge che, oltre ad assoggettare l'esercizio dell'attività di cessione al pubblico del servizio di telefonia in sede fissa ad un'autorizzazione rilasciata dal comune, attribuivano a quest'ultimo, attraverso gli strumenti urbanistici e di governo del territorio, la competenza a stabilire la localizzazione dei centri di telefonia in sede fissa, facendo divieto, nelle more dell'adozione delle determinazioni comunali di aprire nuovi centri di telefonia.

L'Autorità ha ricordato che la fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica, nell'ambito della quale rientra l'attività di cessione di servizi di telefonia in sede fissa, è libera, di preminente interesse generale e può essere limitata solo per esigenze connesse alla difesa e alla sicurezza dello Stato, alla protezione civile, alla salute pubblica e alla tutela dell'ambiente e della riservatezza e protezione dei dati personali, poste da specifiche disposizioni di legge o da disposizioni regolamentari di attuazione²⁵. Con riferimento alla previsione relativa alla localizzazione dei centri di telefonia in sede fissa, l'Autorità ha rilevato che essa introduceva un elemento di rigidità del sistema tale da tradursi in una programmazione quantitativa dell'offerta nella Regione Veneto. Essa risultava, pertanto, in contrasto sia con le esigenze di tutela della concorrenza, sia con l'articolo 3 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, che esonera lo svolgimento delle attività commerciali dal rispetto di distanze minime tra attività appartenenti alla medesima tipologia di esercizio.

Con riferimento, inoltre, alle disposizioni regionali che facevano divieto di svolgimento, nei centri di telefonia in sede fissa, di servizi diversi dalla cessione al pubblico di servizi telefonici e dell'attività commerciale accessoria, l'Autorità ha rilevato che esse si risolvevano in un'ingiustificata limitazione quantitativa e qualitativa dell'offerta in contrasto con le esigenze di salvaguardia della concorrenza, nonché con l'articolo 3, lettera c), del decreto legge n. 223/2006 che, in una prospettiva di liberalizzazione degli accessi al mercato, fa divieto di applicare limitazioni quantitative

²⁵ Articolo 3 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, *“Codice delle comunicazioni elettroniche”*.

all'assortimento merceologico offerto negli esercizi commerciali, fatta salva la distinzione tra settore alimentare e non alimentare.

Infine, in relazione ai requisiti igienico-sanitari la cui individuazione veniva rimessa a future determinazioni della giunta regionale, l'Autorità ha rilevato che l'adozione di tali determinazioni, specie se ispirate ai criteri delle linee guida approvate con delibera n. 2346/2006, poteva creare ingiustificate restrizioni della concorrenza, in quanto dirette ad introdurre prescrizioni concernenti le dimensioni minime dei locali. Tra gli obblighi imposti, quello concernente la dotazione di due bagni era in particolare paragonabile all'obbligo imposto a strutture ricettive caratterizzate da una frequentazione di gran lunga maggiore come teatri, cinema e locali adibiti a pubblico spettacolo ovvero a quello imposto a locali di somministrazione di cibi e bevande, ai quali i centri di telefonia fissa non possono essere assimilati.

L'Autorità ha ritenuto altresì che i requisiti prescritti fossero idonei a determinare un incremento non trascurabile dei costi di costituzione e mantenimento degli esercizi commerciali, senza che fosse identificabile un immediato collegamento tra i vincoli introdotti e la qualità del servizio fornito. La limitazione della competizione tra gli operatori e l'incremento dei costi derivanti dalla previsione di tali requisiti si sarebbero inevitabilmente ripercossi sui consumatori in termini di riduzione degli operatori e di aumento del prezzo finale del servizio di telefonia che invece presso i *phone center* risultava essere particolarmente conveniente. L'Autorità ha, pertanto, auspicato che la Regione Veneto riesaminasse le indicazioni contenute nella legge regionale n. 32/07 al fine di adeguarle ai principi posti a tutela della concorrenza.

MERCATI DELLA RACCOLTA, TERMINAZIONE E TRANSITO DELLE CHIAMATE NELLA RETE TELEFONICA PUBBLICA FISSA

Nel giugno 2008, l'Autorità, a seguito del ricevimento della relativa richiesta, ha trasmesso all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 in merito allo schema di provvedimento "*Procedimento di completamento dell'elenco degli operatori notificati ai sensi della delibera n. 417/06/CONS 'Mercati della raccolta, terminazione e transito delle chiamate nella rete telefonica pubblica fissa, valutazione del significativo potere di mercato per le imprese ivi operanti e obblighi regolamentari cui vanno soggette le imprese che dispongono di un tale potere', quali detentori di significativo potere di mercato sul mercato della terminazione*". L'Autorità si è soffermata, in particolare, sugli aspetti del provvedimento relativi alla configurazione dei mercati rilevanti ed alle condizioni di concorrenzialità degli stessi.

In ordine alla definizione dei mercati rilevanti, l'Autorità ha sottolineato

che l'individuazione, per ciascuno dei 29 nuovi operatori considerati, di un mercato distinto per la terminazione delle chiamate vocali su rete telefonica pubblica in postazione fissa ricalcava quanto definito nella delibera 417/06/CONS e appariva altresì conforme alle linee guida sulla definizione dei mercati rilevanti contenute nella Raccomandazione della Commissione n. 311/03/CE sia dal punto di vista merceologico che geografico.

In particolare, avendo riguardo alla definizione merceologica del mercato rilevante adottata dall'Autorità di regolazione, ciascun operatore di telefonia fissa risultava detenere una quota di mercato pari al 100%, in quanto unico soggetto in grado di offrire il servizio di terminazione delle chiamate vocali sui numeri geografici attestati sulla propria rete. In proposito, la Commissione europea ha avuto modo di evidenziare che, in ragione della quota di mercato detenuta per l'offerta di un servizio, quale la terminazione, per cui non esiste un sostituto, vi è una forte presunzione che ciascun operatore possa esercitare un significativo potere di mercato nell'offerta di servizi di terminazione sulla propria rete fissa; sono necessarie, pertanto, evidenze chiare e inequivocabili perchè tale ipotesi possa essere smentita.

Ai fini dell'accertamento della sussistenza di un significativo potere di mercato, l'Agcom ha analizzato, in particolare, l'incidenza del contropotere di acquisto che gli acquirenti del servizio possono eventualmente essere in grado di esercitare. A tal proposito, l'Agcom ha ritenuto che, sebbene Telecom Italia apparisse potenzialmente in grado di esercitare un contropotere di acquisto nei confronti degli operatori alternativi nell'acquisto del servizio di terminazione inversa sia per le sue dimensioni relative sia per la proporzione del traffico terminato su ciascuna rete degli operatori alternativi, non erano state riscontrate evidenze tali da concludere che la forza contrattuale di Telecom Italia inibisse effettivamente agli operatori alternativi la possibilità di applicare prezzi per i servizi di terminazione al di sopra del livello concorrenziale.

Su questo aspetto l'Autorità ha osservato che il contropotere di acquisto di Telecom poteva essere valutato anche sulla base di alcuni elementi di natura indiretta. Telecom Italia, infatti, era il principale acquirente di servizi di terminazione da parte degli operatori alternativi, e questi, a loro volta, acquistavano dall'*incumbent* una varietà di servizi *wholesale*, in particolare relativi all'accesso e all'interconnessione, indispensabili per la fornitura dei propri servizi agli utenti finali. D'altro canto, l'Autorità ha osservato che, in ragione della natura stessa del servizio di terminazione, Telecom Italia non poteva avvalersi di altri fornitori, ridurre la domanda o cessare di acquistare il servizio di terminazione offerto da un dato operatore, e che tale società era inoltre soggetta a specifici obblighi regolamentari in relazione ai principali servizi di interconnessione. In ragione di ciò, l'Autorità ha condiviso la conclusione raggiunta dall'Autorità di regolazione, giudicandola in linea con le decisioni adottate da altre autorità di regolazione e con il tendenziale

orientamento della Commissione europea.

L'Autorità si è infine soffermata sulla previsione secondo cui agli accessi a banda larga all'ingrosso relativi a siti di Telecom Italia aperti all'*unbundling del local loop*, si applicavano, per la terminazione, condizioni di reciprocità con le tariffe di Telecom Italia. In proposito, l'Autorità ha osservato che tariffe di terminazione orientate al costo riflettono, per la gran parte, i costi della rete di trasporto e non i costi della rete di accesso, che risultano variabili in relazione al numero di utenti e non al traffico; pertanto, sebbene risultasse comprensibile che le tariffe di terminazione degli operatori con reti diverse per caratteristiche e livelli di infrastrutture fossero differenziate, appariva meno comprensibile la scelta di operare una distinzione in funzione della linea di accesso fornita a ciascun utente.

MERCATO DELLA TERMINAZIONE DI CHIAMATE VOCALI SU SINGOLE RETI MOBILI

Nel novembre 2008, l'Autorità, a seguito del ricevimento della relativa richiesta ha trasmesso all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 in merito allo schema di provvedimento "*Mercato della terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili (Mercato n. 7 fra quelli identificati dalla Raccomandazione 2007/879/CE sui mercati rilevanti dei prodotti e dei servizi della Commissione Europea)*". L'Autorità si è soffermata in particolare sulla configurazione dei mercati rilevanti e sulla identificazione delle condizioni di concorrenzialità sugli stessi.

Con riguardo alla definizione dei mercati rilevanti, l'Autorità ha ritenuto condivisibile l'individuazione da parte dell'Autorità di regolazione di un singolo mercato nazionale della terminazione vocale per ogni rete mobile attiva in Italia e la conseguente necessità di intervenire con una specifica regolamentazione per limitare il potere di mercato dei gestori mobili.

In merito alla conferma dei quattro operatori di rete come detentori di significativo potere di mercato nell'offerta di servizi di terminazione delle chiamate sulle rispettive reti, l'Autorità ha condiviso la scelta operata nello schema di provvedimento, in cui si sottolineano le differenti caratteristiche che contraddistinguono ciascun operatore, quali la disomogeneità nella dotazione frequenziale sulla banda più pregiata (900 MHz), il diverso momento di ingresso sul mercato e la differente distribuzione del traffico entrante e uscente. Parimenti, l'Autorità ha condiviso l'opportunità di introdurre dei vincoli al potere che ciascun operatore ha di fissare le tariffe di terminazione sulla propria rete. In questo senso, l'adozione di un meccanismo di riduzione programmata dei prezzi all'ingrosso che tenga conto dei guadagni di efficienza effettivamente realizzati dagli operatori appare uno strumento utile a trasferire tali guadagni sulle condizioni di offerta agli utenti finali.

Tuttavia, con riguardo alla metodologia di costo sottostante la stima delle tariffe di terminazione, adottata nello schema di delibera, l'Autorità ha ribadito la sua valutazione positiva sull'utilizzo di meccanismi di riduzione programmata dei prezzi nel tempo che tengano conto degli incrementi attesi di produttività. L'utilizzo della metodologia contabile di tipo *Long Run Incremental Cost* (LRIC), basandosi sui costi incrementali prospettici di lungo periodo di un operatore efficiente, rappresenta la fonte più corretta per definire prezzi massimi di terminazione imposti dalla regolamentazione. In tale ottica, l'Autorità ha osservato che l'adozione di un modello di tipo "top down", come quello definito dalla delibera 3/06/CONS - aggiornato con informazioni di tipo contabile e stime prospettiche su costi e volumi relative al periodo 2004-2011 – anziché di un modello a costi correnti, poteva non aver valorizzato abbastanza gli eventuali guadagni di efficienza ottenuti da ciascun operatore nell'offerta dei servizi di terminazione, generando un percorso di riduzione delle tariffe meno significativo.

In quest'ottica l'Autorità, sulla scorta di quanto già previsto nello schema di delibera in merito all'opportunità di elaborare un modello ingegneristico-contabile di tipo "bottom up", e in vista dell'entrata in vigore della Raccomandazione della Commissione sui principi regolamentari relativi ai servizi di terminazione all'ingrosso sulle reti fisse e mobili, ha espresso l'auspicio che la realizzazione - quanto prima – di tale previsione fornisca un ulteriore contributo al percorso di riduzione delle tariffe di terminazione.

Servizi postali

Abusi

POSTE ITALIANE - CONCESSIONARI SERVIZI POSTALI

Nel febbraio 2008 l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 82 del Trattato CE nei confronti della società Poste Italiane Spa, accettando gli impegni presentati ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90 e chiudendo il procedimento senza accertare l'infrazione. L'istruttoria aveva tratto origine dalle segnalazioni inviate da alcune tra le principali associazioni di imprese di recapito postale operanti in Italia con cui esse lamentavano alcuni presunti comportamenti anticoncorrenziali posti in essere da Poste Italiane in relazione ai rapporti contrattuali instaurati con i soggetti *ex*-cessionari ai sensi degli articoli

4 e 23 del decreto legislativo n. 261/99²⁶ per l'affidamento di una serie di servizi postali rientranti nell'ambito della riserva legale attribuita a Poste.

Il procedimento riguardava in particolare gli accordi di fornitura stipulati da Poste Italiane con le agenzie di recapito nel periodo dicembre 2000-gennaio 2007 e il bando di gara emanato nel maggio 2007 per l'affidamento in appalto di diversi servizi postali. In esito a tale gara, alla quale aveva partecipato solo una minima parte delle imprese iscritte all'Albo fornitori e invitate alla gara, erano stati aggiudicati circa il 30% dei lotti oggetto di affidamento. L'Autorità ha considerato che le condizioni contrattuali inserite da Poste Italiane nei contratti di fornitura erano suscettibili di alterare le condizioni di concorrenza attuali e potenziali nell'offerta dei servizi postali, riducendo la capacità competitiva degli ex-concessionari e innalzando barriere economiche all'ingresso di nuovi concorrenti in vista della completa liberalizzazione prevista al massimo per il 2011. Con riferimento al bando di gara, inoltre, l'Autorità ha rilevato che esso prevedeva una serie di clausole che potevano risultare particolarmente onerose per gli ex-concessionari, in quanto modificava sostanzialmente l'oggetto dell'appalto in termini di tipologia dei servizi affidati, riduceva significativamente le quantità affidate senza prevedere alcun vincolo in capo a Poste Italiane in relazione ai servizi da appaltare, conteneva clausole di non concorrenza e di gradimento a favore di Poste Italiane. L'Autorità ha pertanto ritenuto che l'insieme dei comportamenti posti in essere dalla società era suscettibile di integrare una strategia unitaria mirante a estendere e rafforzare la sua posizione dominante sui mercati dei servizi in quel momento liberalizzati e su quelli che lo sarebbero stati in un prossimo futuro.

²⁶ Decreto legislativo 22 luglio 1999, n. 261 *“Attuazione della direttiva 97/67/CE concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio”*. Tale decreto, nell'introdurre il concetto di servizio universale, ha individuato come unico fornitore del servizio Poste Italiane e ha attribuito a essa la riserva legale su una grande quantità di servizi fra cui molti precedentemente offerti da una molteplicità di operatori. Più specificamente, esso, eliminando la distinzione tra posta epistolare e non epistolare, criterio fino a quel momento previsto ai fini dell'individuazione del perimetro massimo della riserva, e introducendo, conformemente alla direttiva comunitaria, una nozione unitaria di invio della corrispondenza basata su limiti di peso e di prezzo, ha determinato, in considerazione della conformazione del mercato già esistente in Italia, un ampliamento dell'ambito di riserva dell'unico fornitore di servizio universale, nonché una corrispondente limitazione delle attività fino ad allora svolte dalle imprese che già operavano nella fornitura di servizi, in parte in concessione (ad es. recapito delle fatture commerciali) e in parte in regime di concorrenza (ad es. pubblicità diretta). Il medesimo decreto con riferimento agli operatori che al momento della sua entrata in vigore erano titolari di concessioni per l'espletamento dei servizi in ambito locale, ha disposto la scadenza di tali concessioni alla data del 31 dicembre 2000 e ha previsto, al fine di mantenere i relativi operatori attivi fino al momento della completa apertura alla concorrenza dei servizi postali, che Poste italiane avrebbe potuto realizzare *“accordi con gli operatori privati(...) al fine di ottimizzare i servizi, favorendo il miglioramento della qualità dei servizi stessi, anche attraverso l'utilizzazione delle professionalità già esistenti”*. Successivamente all'entrata in vigore del decreto n. 261/99, Poste Italiane ha stipulato con circa 70 operatori ex-concessionari contratti per esternalizzare una serie di servizi rientranti nell'ambito della riserva legale.

Al fine di superare le criticità concorrenziali emerse, Poste Italiane ha presentato impegni ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90, consistenti: a) nell'indizione di una nuova gara per l'aggiudicazione dei servizi di distribuzione e raccolta di corrispondenza e posta non indirizzata e per l'espletamento di servizi ausiliari in ambito urbano; b) nella rinuncia a procedere all'immediata integrale internalizzazione delle attività affidate alle agenzie di recapito in base ai contratti vigenti e nell'internalizzazione graduale di tali attività sino alla data del 31 dicembre 2007, secondo gli scaglioni previsti per ogni singola agenzia; c) nel rispetto del decreto del Ministro delle comunicazioni del 9 aprile 2001 recante "*Approvazione delle condizioni generali del servizio postale*" e della normativa applicabile vigente in materia; d) nella promozione dell'attuazione del Memorandum in quel momento in fase di definizione fra Ministero delle comunicazioni, Poste Italiane, agenzie di recapito e organizzazioni sindacali; e) nella disponibilità a impegnarsi ad aderire alla richiesta delle associazioni dei consumatori di istituire un tavolo di confronto in relazione alla qualità dei servizi in questione.

Successivamente alla pubblicazione degli impegni e alla sottoscrizione nel dicembre 2007 di un Memorandum tra Poste italiane, il Ministero delle comunicazioni e le agenzie di recapito che recepisce l'accordo dei sottoscrittori in relazione alla nuova procedura di gara e alla prosecuzione degli affidamenti alle agenzie di recapito per tutto il primo trimestre 2008, Poste Italiane ha proposto alcune modifiche accessorie agli impegni proposti concernenti: *i*) l'aumento del numero dei lotti fino a 70 (invece che 50) garantendo la loro contiguità territoriale; *ii*) l'incremento del valore dei servizi esternalizzati, pari a 168 milioni di EUR triennali (a fronte dei 121 milioni proposti originariamente); *iii*) l'introduzione di un criterio di correlazione tra numero massimo di lotti aggiudicabili e capacità tecnico-economica d'impresa espressa con il fatturato pregresso della singola impresa, al posto della previsione di un tetto rigido di lotti aggiudicabili non direttamente collegato al fatturato; *iv*) l'innalzamento della percentuale di raccomandate esternalizzate che, conformemente a quanto previsto nell'ambito del Memorandum, sono garantite nella misura del 40% del valore economico complessivo delle attività poste in gara; *v*) l'introduzione di una percentuale minima di raccomandate garantite per singolo lotto, nella misura del 25%; *vi*) l'incremento del valore minimo garantito di attività dal 70% originariamente previsto su base triennale all'80% di attività per ciascun anno; *vii*) la previsione di un'ulteriore proroga dei contratti in essere con le agenzie di recapito fino alla conclusione della nuova procedura di gara, comunque non oltre il 31 marzo 2008.

L'Autorità ha ritenuto che gli impegni presentati fossero tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria e ha quindi deliberato di renderli obbligatori ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n.

287/90 e di chiudere il procedimento nei confronti di Poste Italiane senza accertare l'infrazione. In particolare, l'Autorità ha ritenuto che la proroga dei contratti stipulati da Poste Italiane con le agenzie di recapito per tutto il primo trimestre 2008 fosse idonea a consentire agli *ex*-concessionari di proseguire la propria attività produttiva fino all'esito della gara e all'aggiudicazione dei relativi nuovi contratti. Gli impegni in termini di valore delle attività oggetto della nuova gara e di garanzia di un affidamento minimo annuale per ciascuna impresa erano inoltre tali da assicurare il mantenimento della capacità produttiva delle agenzie di recapito fino al momento della completa liberalizzazione dei mercati postali, prevista al più tardi per il 1° gennaio 2011. L'Autorità ha altresì ritenuto che la garanzia di un affidamento medio non inferiore al 40% di servizi di raccomandate, con un minimo del 25% per singolo lotto, era il frutto di un temperamento di opposte esigenze, ovvero quella di internalizzazione delle attività da parte di Poste Italiane e quella delle agenzie di recapito di ridurre gli oneri derivanti da un'eventuale riconversione della propria struttura distributiva. Infine, l'Autorità ha ritenuto che la rimodulazione del vincolo consistente in un numero massimo di lotti aggiudicabili per singola impresa, unitamente alla rimozione della clausola di gradimento a favore di Poste Italiane, fosse suscettibile di incentivare fenomeni di crescita e aggregazione delle imprese locali creando le basi per la nascita di operatori titolari di reti capillari su tutto il territorio italiano e quindi favorire lo sviluppo di soggetti più efficienti dotati delle necessarie strutture distributive effettivamente alternative a quella di Poste Italiane

Diritti radiotelevisivi, editoria e servizi pubblicitari

Intese

MERCATO DELL'EDITORIA SCOLASTICA

Nell'aprile 2008, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 2 della legge n. 287/90 nei confronti dell'Associazione Italiana Editori (di seguito AIE) e di alcuni importanti editori - Casa Editrice Giuseppe Principato Spa, De Agostini Edizioni Scolastiche Spa, Edizioni Il Capitello Spa, Edmond Le Monnier Spa (ora Mondatori Education Spa), Giunti Scuola Srl, Pearson Paravia Bruno Mondatori Spa, RCS Libri Spa, Società Editrice Internazionale per azioni - SEI e Zanichelli Editore SpA, accettando gli impegni da essi presentati ai sensi dell'articolo 14-*ter*, comma 1, della legge n. 287/90 e chiudendo l'istruttoria senza accertare l'infrazione.

Il procedimento era stato avviato al fine di accertare l'esistenza di un'eventuale intesa restrittiva della concorrenza nel mercato della produzione e distribuzione di libri scolastici adottati nelle scuole medie inferiori e superiori (i cosiddetti libri adozionali). In particolare, l'Autorità aveva rilevato, in sede di avvio, come un insieme di elementi relativi alle caratteristiche della domanda e dell'offerta concorresse a delineare un quadro competitivo sostanzialmente statico, tra cui in particolare: l'elevato grado di concentrazione del settore, la stabilità delle quote di mercato negli ultimi cinque anni, la presenza di una domanda dei libri scolastici di tipo derivato che, anelastica rispetto al prezzo, conferiva all'editore una notevole autonomia nella determinazione del prezzo di copertina. La stessa Autorità aveva, tuttavia, ritenuto che, al di là di tali dati strutturali, altri aspetti inducevano a ritenere che l'assetto di mercato prevalente fosse determinato anche da comportamenti autonomi delle imprese volti ad alterare il gioco competitivo: tra questi, particolare rilievo aveva assunto la possibilità per gli editori di conoscere i comportamenti dei concorrenti utilizzando il *database* elaborato dall'Associazione Italiana Editori e messo a disposizione di tutti gli operatori del mercato (associati o meno). Tale *database*, infatti, contenendo informazioni dettagliate sulle tipologie di prodotti e le condizioni di prezzo degli stessi, risultava idoneo a determinare un contesto di mercato caratterizzato da un elevato grado di trasparenza. Per contro, le informazioni contenute del *database* non erano accessibili agli insegnanti, le cui scelte risentivano piuttosto dell'attività di promozione dei testi adozionali, realizzata dai singoli editori attraverso la propria rete di promotori e agenti o tramite concessionari.

Sulla base di tali elementi, l'Autorità aveva ipotizzato che le significative criticità che il mercato presentava sotto il profilo concorrenziale fossero anche la risultante di un'attività di coordinamento, posta in essere in seno all'AIE, avente ad oggetto le politiche commerciali e distributive degli editori. Peraltro, sulla scorta della documentazione acquisita nel corso di accertamenti ispettivi, l'Autorità aveva successivamente esteso l'istruttoria nei confronti delle società Principato, De Agostini Edizioni Scolastiche, Il Capitello, Edumond Le Monnier, Giunti Scuola, Pearson Paravia Bruno Mondadori, RCS Libri, S.E.I. e Zanichelli. I documenti acquisiti in ispezione avevano, infatti, evidenziato sistematici contatti tra le società del settore, inducendo l'Autorità a ritenere che esse, unitamente ad AIE, potevano aver messo in atto un'attività di coordinamento avente ad oggetto le rispettive politiche commerciali.

Al fine di superare le criticità concorrenziali emerse, tutte le parti hanno presentato impegni ai sensi dell'articolo 14-*ter* della legge n. 287/90. Per AIE, tali impegni riguardavano, in particolare, la possibilità di accesso, tramite *login* e *password*, a titolo gratuito, da parte di tutti gli insegnanti della scuola

secondaria di primo e secondo grado, all'elenco dei libri di testo in commercio per ogni singola materia, con informazioni relative all'autore, titolo, numero di pagine, prezzo, anno di produzione ed editore. Per i diversi editori, gli impegni consistevano: *i)* nell'offerta di strumenti didattici innovativi, nel supporto ad iniziative di pubbliche amministrazioni a favore degli studenti e nel comodato d'uso presso gli istituti scolastici; *ii)* nella realizzazione di un libro *light plus* di prezzo inferiore al corrispondente libro di testo tradizionale; *iii)* nello sviluppo, nella realizzazione e nella commercializzazione di contenuti digitali innovativi, nonché di una collana di libri di testo a prezzo ridotto; *iv)* nella promozione del noleggio e del comodato d'uso dei libri adozionali e nel contenimento della spesa per la dotazione libraria, attraverso l'integrazione dei testi con sussidi cartacei e multimediali.

L'Autorità ha ritenuto che gli impegni proposti dalle parti fossero idonei, nel loro complesso, a far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria sotto numerosi profili: la disponibilità per gli insegnanti delle informazioni fondamentali sulla totalità dei libri adottabili per ogni specifica materia avrebbe consentito di rimuovere la sostanziale opacità che caratterizzava il bagaglio informativo alla base della scelta adozionale e di ridurre così il ruolo rivestito dall'attività promozionale degli editori; l'introduzione di strumenti didattici innovativi attraverso strumenti informatici avrebbe permesso di operare una trasposizione su supporto digitale di parte dei contenuti fino a quel momento diffusi solo su carta, in modo da ottenere una riduzione dei costi di produzione suscettibile di tradursi in un contenimento dei prezzi di copertina, a beneficio dei consumatori; l'aumento della durata media dei libri scolastici e la separazione degli esercizi dal libro di testo avrebbe condotto ad una maggiore longevità del testo scolastico, così da favorirne il noleggio, mentre gli esercizi e gli eventuali aggiornamenti avrebbero potuto essere ottenuti acquistando solo il supporto integrativo più recente. Alla luce di queste considerazioni, l'Autorità ha deliberato di rendere obbligatori i suddetti impegni ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90 e di chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione.

Abusi

LEGA CALCIO/ CHIEVO VERONA

Nell'aprile 2008, l'Autorità ha avviato un'istruttoria nei confronti della Lega Nazionale Professionisti (di seguito Lega Calcio) per accertare l'esistenza di eventuali violazioni dell'articolo 81 e/o 82 del Trattato Ce nel mercato dei diritti di trasmissione televisiva in Italia di eventi calcistici. In particolare, la Lega Calcio, anche attraverso delibere associative, avrebbe rifiutato, senza legittima motivazione, l'autorizzazione alla vendita di diritti televisivi relativi al campionato di Serie B ad un'emittente televisiva che

ne aveva formulato specifica richiesta e avrebbe altresì limitato la facoltà delle squadre del Campionato di calcio di Serie B di commercializzare autonomamente i diritti di trasmissione degli eventi da esse disputate.

A seguito all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 9/08, la Lega Calcio è il soggetto cui è affidata in via centralizzata la commercializzazione dei diritti audiovisivi relativi agli incontri dei campionati di Serie A e B; più specificamente, la Lega Calcio è contitolare insieme ai singoli *club* che disputano l'incontro dei diritti audiovisivi relativi alle partite dei campionati suddetti ed è il soggetto incaricato del relativo esercizio. Tale prerogativa sarà, tuttavia, pienamente operante solo a partire dal giugno 2010, quando verranno a scadenza i contratti siglati prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 9/08 da parte delle squadre che militano nel campionato di Serie A; inoltre, *ex* articolo 27, comma 4, dello stesso decreto, i singoli *club* non titolari di contratti di licenza hanno facoltà fino al 2010 di stipulare autonomamente contratti con emittenti televisive: rimane, tuttavia, necessaria una preventiva autorizzazione della Lega Calcio, la quale assume un ruolo di sottoscrizione di tali accordi. Nel periodo transitorio, dunque, il legislatore ha inteso riservare alle singole squadre che non hanno sottoscritto contratti di licenza la facoltà di negoziare autonomamente i propri diritti.

Nel provvedimento di avvio, l'Autorità ha considerato che, giunti alla scadenza gli accordi per la trasmissione televisiva delle partite del Campionato di Serie B per la stagione 2006/07, la Lega Calcio non è riuscita a cedere in via centralizzata i diritti relativi al campionato di Serie B 2007/2008. Successivamente, sono intervenute proposte di acquisizione di diritti di alcuni incontri di Serie B, indirizzate da un'emittente televisiva alla stessa Lega Calcio ed ai *club* interessati. E' risultato che la Lega Calcio, oltre a non dar seguito alle offerte in questione, avrebbe ostacolato la negoziazione in via autonoma dei diritti da parte dei singoli *club*. Nel febbraio 2008, inoltre, una delle squadre ha accettato la proposta di cessione dei diritti relativi ad un incontro: pochi giorni dopo, la Lega Calcio ha nei fatti reso noto che la vendita dei diritti da parte del singolo *club* era stata effettuata in assenza della propria autorizzazione, rivelando peraltro di non essere intenzionata a concedere tale facoltà alle singole squadre, dal momento che la negoziazione autonoma contravverrebbe a determinazioni assunte in sede associativa.

Alla luce di ciò, l'Autorità ha ritenuto che la Lega Calcio potrebbe aver posto in essere condotte volte a limitare la facoltà delle squadre del Campionato di calcio di Serie B di commercializzare autonomamente i diritti di trasmissione delle competizioni disputate, pregiudicando l'interesse degli operatori attivi sulle diverse piattaforme ad acquisire gli stessi e, in ultima analisi, limitando la fruizione degli eventi calcistici attraverso diverse piattaforme trasmissive da parte dei consumatori. Al 31 dicembre 2008 l'istruttoria è in corso.

CONTO TV / SKY ITALIA

Nell'ottobre 2008, l'Autorità ha avviato un'istruttoria ai sensi dell'articolo 82 del Trattato Ce nei confronti di Sky Italia Srl per accertare l'esistenza di un'eventuale condotta abusiva nei mercati della *pay-tv* e dell'accesso *wholesale* alla piattaforma satellitare, nei quali Sky risulta detenere una posizione dominante. Il procedimento ha tratto origine dalla segnalazione dell'emittente televisiva Conto TV Srl avente ad oggetto le condizioni economiche richieste da Sky per la fornitura di servizi di *simulcrypt* e di altri servizi tecnici per l'accesso alla piattaforma satellitare. Più specificamente, per i servizi *wholesale* forniti a Conto TV, Sky avrebbe richiesto il pagamento sia di corrispettivi *una tantum* che di somme periodiche, anche a titolo di “*contribuzione ai costi comuni della piattaforma satellitare*”, i quali sarebbero, secondo il denunciante, eccessivamente elevati, non trasparenti e discriminatori.

Nel provvedimento di avvio, l'Autorità ha considerato che le condizioni economiche praticate da Sky a Conto Tv, ed in particolare i corrispettivi periodici richiesti per la copertura dei costi comuni della piattaforma satellitare, sono definiti in modo non trasparente e appaiono discriminatori. Ciò risulterebbe, in particolare, dal raffronto dei corrispettivi richiesti a Conto Tv con l'offerta presentata dalla stessa Sky per l'acquisto dei diritti relativi alle partite del Campionato di Serie B 2007/2008 e con le conseguenti condizioni economiche praticate da Sky ad emittenti televisive locali concorrenti di Conto Tv che hanno concluso accordi con *club* di Serie B per lo sfruttamento dei diritti audiovisivi di particolari incontri di calcio.

L'Autorità ha ritenuto che l'impossibilità di accedere alla piattaforma satellitare di Sky a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie rappresenta, nell'attuale contesto di mercato, un ostacolo allo sviluppo di una effettiva concorrenza nel mercato della *pay-tv*, nella misura in cui limita l'accesso a nuovi concorrenti e la pressione competitiva esercitata dalle emittenti satellitari già attive. Questo può generare un danno per i consumatori, in termini di prezzi più elevati, nonché di una ridotta varietà e qualità della programmazione. Inoltre, le condizioni economiche praticate da Sky per consentire a terzi l'offerta di programmi e canali a pagamento sulla propria piattaforma potrebbero avere prodotto conseguenze distorsive sulla concorrenza nei mercati a monte dell'acquisizione di contenuti audiovisivi quali, ad esempio, i diritti calcistici. Al 31 dicembre 2008 l'istruttoria è in corso.

Inottemperanze

DADA /E-BOX

Nel novembre 2008, l'Autorità ha avviato un procedimento istruttorio nei confronti della società Dada Spa per violazione dell'obbligo di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione. L'operazione, realizzata nel luglio 2008, è consistita nell'acquisizione del controllo esclusivo della società E-Box da parte della società Dada, attraverso l'acquisto di una quota del capitale sociale pari al 40%, la quale si è andata ad aggiungere alla quota del 30% già detenuta dalla società per il tramite della propria controllata Dada.net Spa.

L'Autorità ha considerato che l'operazione in questione, comportando l'acquisizione del controllo esclusivo di un'impresa, costituisce una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera b) della legge n. 287/90 e risulta soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva in quanto il fatturato totale realizzato nell'ultimo esercizio a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate risultava superiore alla soglia di cui all'articolo 16, comma 1, della legge n. 287/90. Al 31 dicembre 2008 l'istruttoria è in corso.

Segnalazioni

MERCATO DELL'EDITORIA SCOLASTICA

Nel giugno 2008 l'Autorità ha formulato alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 in merito a possibili interventi da parte del Ministero dell'Istruzione al fine di valorizzare l'efficacia concorrenziale degli impegni presentati dall'Associazione Italiana Editori (AIE) e da alcuni importanti editori (Casa Editrice Giuseppe Principato Spa, De Agostini Edizioni Scolastiche Spa, Edizioni Il Capitello Spa, Mondatori Education Spa, Giunti Scuola Srl, Pearson Paravia Bruno Mondatori Spa, RCS Libri Spa, Società Editrice Internazionale per azioni - SEI e Zanichelli Editore Spa) ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/990 e resi obbligatori dall'Autorità in esito al procedimento istruttorio concluso nell'aprile 2008.

L'Autorità ha in primo luogo richiamato alcune caratteristiche peculiari del dell'editoria scolastica suscettibili di indebolire la dinamica competitiva nel settore, in particolare: la circostanza che il soggetto chiamato a scegliere il libro - l'insegnante - non corrisponde al soggetto che sostiene la relativa spesa - lo studente e la sua famiglia - con conseguente riduzione dell'elasticità della domanda rispetto al prezzo; il ruolo centrale svolto dagli insegnanti nella scelta del testo, il quale fa sì che l'offerta degli editori sia più attenta alle preferenze dei docenti piuttosto che ai bisogni degli studenti; infine, l'attività svolta dal Ministero dell'Istruzione che, promuovendo, nella

definizione dell'offerta formativa e dei contenuti fondamentali obbligatori dei libri, riforme suscettibili di modificare profondamente i programmi di studio, come avvenuto negli anni scorsi, spinge gli editori ad adeguare i contenuti dei testi, i quali sono pertanto soggetti a una prematura obsolescenza.

In tale quadro, l'Autorità ha considerato che l'introduzione di strumenti didattici innovativi, quali la trasposizione su supporto digitale dei contenuti del libro riguardanti gli approfondimenti, gli esercizi e lo stesso manuale per l'insegnante, potrebbe limitare il costo di produzione del libro; nella medesima prospettiva, la promozione della vendita separata di libro cartaceo e di eventuali integrazioni digitali potrebbe contribuire a salvaguardare l'utilizzo del testo cartaceo negli anni.

L'Autorità ha richiamato, inoltre, l'opportunità di assicurare agli insegnanti tempestività e completezza dell'informazione sull'offerta didattica, sulle caratteristiche e sui prezzi di ciascun libro, in modo da agevolare il processo di selezione e stimolare il confronto concorrenziale tra editori. Tenuto conto che, nel novero degli impegni assunti da AIE in esito dell'istruttoria dell'Autorità, l'informazione integrale e aggiornata sul ventaglio di offerta sarebbe stata messa a disposizione di tutti gli insegnanti, attraverso l'accesso telematico all'elenco completo dei testi, l'Autorità ha sottolineato l'importanza cruciale della collaborazione del Ministero affinché renda note agli insegnanti l'esistenza di tale strumento conoscitivo e le sue finalità, promuovendone l'utilizzo.

Infine, alla luce del ruolo decisivo svolto, ai fini dell'aumento della spesa per la dotazione libraria, dalla pubblicazione di versioni aggiornate dei testi a seguito di modifiche nei programmi ministeriali o di autonome iniziative degli editori, l'Autorità ha richiamato il positivo effetto che potrebbe derivare dal trasferimento di parte dei contenuti su supporto digitale: sia in termini di prolungamento della vita della parte cartacea, sia ai fini di una separazione tra libro di testo e parte deputata agli esercizi; interventi del Ministero a favore del prolungamento della vita utile dei testi scolastici sono suscettibili di agevolare, inoltre, anche la pratica dell'usato, nonché l'affermazione del comodato d'uso e del noleggio.

Nel dicembre 2008, l'Autorità si è nuovamente espressa in merito al processo di adozione dei testi scolastici, formulando ulteriori osservazioni che hanno fatto seguito ad un monitoraggio svolto dalla Guardia di Finanza sulle adozioni e sul prezzo dei libri. In particolare, l'Autorità ha evidenziato che dall'accertamento condotto è inciso che i docenti hanno ancora una scarsa consapevolezza dell'esistenza dell'opportunità di svolgere un immediato confronto tra le diverse proposte editoriali attraverso l'accesso telematico all'elenco completo dei testi. Per tale ragione, è stata, pertanto, rinnovata la richiesta di collaborazione del Ministero affinché sia posta in evidenza l'esistenza di tale strumento conoscitivo, e ne sia promosso l'utilizzo da parte dei docenti.

In relazione invece ai tetti di spesa per la dotazione libraria, l'Autorità ha rilevato che nella lista adozioni consegnata agli studenti, i testi venivano classificati sotto la voce "da acquistare" oppure "consigliati": nella categoria "consigliati" confluivano prevalentemente i dizionari, i libri relativi a materie quali scienze motorie/educazione fisica e religione, nonché testi di supporto all'insegnamento dell'italiano, del latino e dell'informatica. Ai fini della verifica del rispetto del tetto di spesa, si faceva di norma riferimento soltanto ai testi "da acquistare", senza considerare il prezzo dei libri "consigliati". Se, tuttavia, si teneva conto dell'intera dotazione scolastica, inserendo anche i testi "consigliati", in numerosi casi emergeva un superamento dei tetti di entità particolarmente significativa. In considerazione di ciò, l'Autorità ha invitato il Ministero ad eliminare dalle liste adozioni la categoria dei testi "consigliati", oppure a prescrivere esplicitamente che anche questi ultimi venissero considerati ai fini della verifica del rispetto dei tetti di spesa, in base all'assunto che, se un docente "consiglia" l'adozione di un testo, egli intende utilizzarlo nell'ambito dell'attività didattica e pertanto, a prescindere dalla sua qualificazione, gli alunni saranno indotti ad acquistare il libro per poter seguire efficacemente le lezioni.

DISCIPLINA DELLA TITOLARITÀ E DELLA COMMERCIALIZZAZIONE DEI DIRITTI AUDIOVISIVI SPORTIVI E RELATIVA RIPARTIZIONE DELLE RISORSE

Nel settembre 2008, l'Autorità ha inviato al Parlamento e al Governo, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, alcune considerazioni con riferimento alle disposizioni previste dal decreto legislativo 9 gennaio 2008, n. 9, recante "*Disciplina della titolarità e della commercializzazione dei diritti audiovisivi sportivi e relativa ripartizione delle risorse*", alla luce dell'esperienza tratta dalla prima applicazione della nuova normativa in occasione della vendita da parte della Lega Calcio di alcuni diritti sportivi. Tale decreto ha segnato il passaggio da un sistema incentrato sulla titolarità dei diritti audiovisivi sportivi in capo ai singoli organizzatori degli eventi ad un nuovo sistema basato sulla contitolarità dei diritti in capo al soggetto preposto all'organizzazione della competizione e a tutti i soggetti partecipanti alla stessa. La nuova disciplina ha previsto, tra l'altro, che l'organizzatore della competizione offra i diritti a tutti gli operatori di tutte le piattaforme attraverso procedure competitive che garantiscano ai partecipanti condizioni di assoluta equità, trasparenza e non discriminazione. A tal fine, esso è libero di commercializzare per singola piattaforma o di mettere in concorrenza le diverse piattaforme distributive, ovvero ancora di operare contestualmente con entrambe le modalità; l'organizzatore è inoltre tenuto a predeterminare, nell'ambito di apposite linee guida, le regole interne per disciplinare le procedure attraverso le quali sarà effettuata la vendita dei diritti audiovisivi:

la conformità di tali linee guida ai principi e alle disposizioni del decreto è oggetto di verifica da parte dell'Autorità, per i profili di propria competenza.

Avendo riguardo alla più recente esperienza in materia, l'Autorità ha rilevato come le linee guida approvate dall'Autorità non fossero state, in realtà, seguite dalla Lega Calcio nella concreta prassi applicativa.

Con il provvedimento adottato nel luglio 2008, l'Autorità aveva subordinato l'approvazione delle linee guida alle condizioni i) che l'assegnazione dei diritti avvenisse secondo una procedura competitiva e non una trattativa privata, anche se, dopo una prima gara conclusasi senza aggiudicazione, la Lega Calcio intendesse procedere ad un secondo tentativo di vendita collettiva degli stessi; ii) che, nel caso in cui la Lega Calcio non fosse pervenuta all'assegnazione dei diritti, venisse attribuita immediatamente la facoltà ai singoli club di commercializzare individualmente i diritti in questione; che il prezzo minimo di vendita fosse individuato secondo ragionevolezza, al fine di evitare che un livello dello stesso ingiustificatamente elevato potesse vanificare la finalità pro-concorrenziale della procedura di gara.

Al riguardo, l'Autorità ha ritenuto che, dopo l'approvazione delle linee guida, la Lega Calcio avesse esperito procedure con modalità non del tutto conformi a quelle approvate. Con riguardo infatti alla commercializzazione dei diritti relativi agli *highlights*, una volta fallita la prima procedura selettiva, la Lega aveva condotto trattative private cui avevano fatto seguito altre offerte in busta chiusa; rigettate nuovamente le offerte, la Lega Calcio aveva deciso di procedere ad una seconda serie di trattative private con i soggetti interessati, giungendo all'assegnazione dei diritti senza lo svolgimento di una gara. Quanto alle partite del campionato di Serie B, esperite infruttuosamente le procedure selettive, l'Assemblea della Lega Calcio aveva deliberato di pubblicare un nuovo invito a offrire per la vendita centralizzata dei diritti da parte della stessa Lega, in difformità con quanto previsto dalle linee guida approvate dall'Autorità. Ancora, nel corso dello svolgimento delle procedure di assegnazione dei diritti, la Lega Calcio aveva comunicato agli operatori di avere apportato alcune modifiche al bando di gara ordinario, suscettibili di pregiudicare le determinazioni degli offerenti.

L'Autorità ha rilevato che l'esperienza tratta dalla prima applicazione del decreto legislativo n. 9/08, in occasione della vendita da parte della Lega Calcio di alcuni diritti sportivi, aveva messo in evidenza la sussistenza di elementi di criticità e incertezza idonei a compromettere il corretto esplicarsi della concorrenza nell'acquisizione dei diritti audiovisivi e a vanificare, quindi, gli obiettivi perseguiti dal decreto; di fatto ai partecipanti alle procedure competitive non erano state assicurate condizioni di equità, trasparenza e non discriminazione, con l'effetto peraltro di non consentire ad alcuni operatori l'acquisizione di parte dei diritti in questione.

Al fine di contemperare l'effettività e la tempestività del proprio intervento in materia con l'esigenza di certezza per il mercato sull'esito delle procedure di assegnazione, l'Autorità ha pertanto sostenuto la necessità che la vendita congiunta dei diritti sportivi, rappresentando una deroga *ex lege* alla disciplina antitrust, si inquadri in una complessiva disciplina idonea ad assicurare il rispetto, da parte dei soggetti coinvolti, del decreto legislativo n. 9/2008 e delle linee guida, come approvate dall'Autorità. In tale ottica, l'Autorità ha auspicato che il quadro normativo in materia venisse rivisto al fine di risolvere le criticità emerse.

Intermediazione monetaria e finanziaria

SERVIZI ASSICURATIVI E FONDI PENSIONE

Segnalazioni

BANDI DI GARA PER IL SERVIZIO DI BROKERAGGIO ASSICURATIVO NELLA REGIONE SICILIA

Nel marzo 2008, l'Autorità ha formulato alcune osservazioni in merito alle modalità con le quali nella Regione Sicilia, la Presidenza della Regione, la Provincia e varie Aziende ospedaliere provvedevano all'aggiudicazione, a seguito di gara pubblica, dei servizi di brokeraggio assicurativo. In particolare, l'Autorità ha rilevato che in diversi bandi di gara venivano previsti "requisiti minimi per concorrere" basati unicamente sui valori dei premi intermediati in anni precedenti e/o con la specificazione del numero minimo di soggetti già forniti con il medesimo servizio.

Comportando tali effetti potenzialmente restrittivi della partecipazione di nuovi operatori o di imprese già attive ma con dimensioni minori, l'Autorità ha affermato che la definizione dei requisiti economico-finanziari in sede di gara deve conformarsi alle disposizioni contenute nel Testo unico dei contratti pubblici (decreto legislativo n. 163/2006). In particolare, l'articolo 41 di tale decreto dispone che "*se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'attività da meno di tre anni, di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante*".

L'Autorità ha quindi ritenuto necessario l'inserimento nei bandi di gara, in alternativa al requisito di un determinato livello di fatturato globale e di attività svolta per un determinato numero di imprese clienti, anche della possibilità di attestare il possesso dei requisiti anche con altra

documentazione quale, ad esempio, il possesso di una referenza bancaria o altri documenti ritenuti idonei dall'amministrazione. Con riferimento invece all'ammissibilità dei raggruppamenti temporanei di impresa, l'Autorità ha sostenuto che essa deve essere circoscritta ai casi in cui le singole imprese non siano in grado di soddisfare singolarmente i requisiti economici e tecnici prescritti; dovendosi necessariamente escludere che possa essere imposto il rispetto di tali requisiti a ciascun membro del raggruppamento.

DELIBERAZIONE COVIP IN MATERIA DI "ISTRUZIONI PER IL PROCESSO DI SELEZIONE DEI GESTORI DELLE RISORSE DEI FONDI PENSIONE"

Nel marzo 2008, l'Autorità ha trasmesso al Presidente della Commissione di vigilanza sui fondi pensione-COVIP e al Presidente di Assofondipensione-Associazione dei fondi pensione negoziali, alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 in merito alle modalità con le quali stavano per essere attuate le indicazioni dettate dalla COVIP in materia di *Istruzioni per il processo di selezione dei gestori delle risorse dei fondi pensione*. L'Associazione dei fondi pensione negoziali stava adottando delle cosiddette linee guida per la definizione di un "Bando comune".

Tali linee guida erano volte, in nome e per conto dei fondi pensione soci, alla elaborazione di un unico modello di bando di gara che avrebbe visto aggregati tutti i fondi aderenti dal lato della domanda al fine di pervenire alla selezione della (delle) compagnia(e) assicurativa(e) in grado di fornire le diverse tipologie di rendite vitalizie e annue immediate richieste.

L'Autorità ha rilevato, in primo luogo, che l'aggregazione della domanda doveva trovare un'oggettiva giustificazione in esigenze economiche e/o tecniche senza pervenire all'eliminazione del confronto competitivo per effetto della notevole contrazione nel numero di partecipanti. In questa direzione, la previsione di più lotti, quindi la possibilità di partecipare anche per una parte del servizio da erogare, è stata ritenuta di rilievo al fine di incentivare la concorrenza tra compagnie assicurative, come pure la possibilità di accesso tanto delle imprese di assicurazione italiane che internazionali.

Al tempo stesso, l'Autorità ha rilevato che l'aggregazione della domanda non doveva rendere indispensabile il ricorso a raggruppamenti di imprese, in quanto ciò avrebbe inficiato qualunque obiettivo di confronto dal lato dell'offerta. In merito a tale profilo, l'Autorità ha sostenuto che appariva problematica un'eventuale previsione nel bando che, in materia di condizioni di accesso, imponesse il soddisfacimento di requisiti, ad esempio in termini di raccolta premi nel passato, che escludessero di fatto le imprese nuove entranti o di minori dimensioni pur in grado di dimostrare, con documentazione alternativa, la capacità/solvibilità/stabilità patrimoniale della compagnia. Analogamente, l'eventuale richiesta nel bando di garantire

il soddisfacimento dei requisiti, in termini di raccolta premi nel passato/capitale, da parte di ogni singola impresa partecipante alla gara in forma aggregata con più compagnie, avrebbe fatto venire meno, in un'ottica di tutela della concorrenza, la giustificazione stessa dell'ammissione del raggruppamento temporaneo di imprese.

SERVIZI FINANZIARI E CREDITO

Intese

INAIL - AFFIDAMENTO SERVIZIO DI CASSA

Nel dicembre 2008, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 81 del Trattato Ce nei confronti delle società Unicredit Spa, Intesa Sanpaolo Spa, Banca Monte dei Paschi di Siena (BPMS) e Banca Nazionale del Lavoro (BNL), accertando un'intesa restrittiva della concorrenza avente ad oggetto il coordinamento delle rispettive modalità di partecipazione a quattro gare bandite da INAIL, negli anni dal 1996 al 2005, per l'affidamento del proprio servizio di cassa. L'istruttoria era stata avviata nel maggio 2007, anche alla luce di una segnalazione inviata da INAIL, dopo che per ben tre gare non era stato possibile aggiudicare il servizio.

Il servizio di cassa è costituito dall'esecuzione di servizi finanziari a favore di enti, sulla base e nel rispetto di condizioni previamente concordate. Normalmente, tale servizio riguarda tutto il complesso di operazioni relative alla gestione finanziaria di un dato ente e finalizzate alla riscossione delle entrate, al pagamento delle spese ed alla custodia di titoli e valori, nonché, più in generale, all'espletamento degli adempimenti finanziari gravanti sul cassiere in forza della regolamentazione del rapporto convenuta con l'ente. Nel caso del servizio di cassa INAIL, oggetto delle gare analizzate nel corso del procedimento istruttorio, esso si componeva delle seguenti attività: gestione del plafond; deposito e amministrazione titoli e valori mobiliari; pagamenti centralizzati; attività delle sedi periferiche.

Dal punto di vista merceologico, l'Autorità ha considerato che il mercato rilevante coincidesse con le gare indette da INAIL per l'affidamento del servizio di cassa generale dello stesso Istituto. Tale mercato è stato ritenuto di dimensione nazionale, tenuto conto che gli stessi bandi specificavano che il luogo di esecuzione dei lavori era il territorio nazionale e che i requisiti e/o punteggi previsti nei bandi facevano espressamente riferimento al possesso da parte dei partecipanti di una rete di sportelli a livello nazionale.

Nel corso del procedimento, l'Autorità ha accertato che Unicredit, IntesaSan Paolo, BMPS e BNL avevano posto in essere una fattispecie unica e complessa avente, inizialmente, elementi tipici di un accordo (sostanziatosi in un raggruppamento temporaneo di imprese formato nel 1996 in vista

della partecipazione alla gara cosiddetta zero) e successivamente condotte collusive qualificabili come pratica concordata. Più specificamente, l'Autorità ha riscontrato che, nell'ambito della gara bandita dall'INAIL nel 1996 per l'affidamento del servizio di cassa per cinque anni, le quattro imprese, attraverso lo strumento - di per sé lecito - del raggruppamento temporaneo d'impresa (RTI) avevano raggiunto un accordo al fine di aggiudicarsi la gara evitando ogni confronto competitivo e, con esso, il rischio di doversi confrontare con soggetti in grado di porre in essere politiche competitive in termini qualitativi e di offerte economiche. In attuazione di tale disegno collusivo, le imprese avevano dato vita ad una aggregazione di soggetti in misura del tutto sovradimensionata e non giustificata da alcuna motivazione economico/tecnica. L'Autorità ha accertato, infatti, che nelle gare esaminate la ripartizione delle attività tra le parti in seno al RTI non risultava giustificata da esigenze di erogazione del servizio né di raggiungimento di una maggior competitività nell'offerta economica rispetto ai terzi né, infine, da ragioni di complementarietà e copertura territoriale. Al contrario, tale figura contrattuale era stata utilizzata strumentalmente dalle imprese per impedire lo svolgimento di gare realmente competitive tra operatori in grado di offrire tecnicamente il servizio con offerte economiche più aggressive a vantaggio dell'ente banditore INAIL. L'Autorità ha, pertanto, ritenuto che tale RTI integrasse gli estremi di un accordo restrittivo finalizzato a ripartire artificiosamente la fornitura e ad evitare ogni confronto concorrenziale nell'aggiudicazione del servizio.

L'Autorità ha altresì accertato che il RTI costituito nel 1996 non si era esaurito nel quadro del primo affidamento, ma era stato mantenuto in essere, con varie fasi di tensione e di accomodamento volte alla ripartizione del servizio al suo interno, ben oltre i cinque anni previsti dalla prima convenzione, e precisamente sino al 1° ottobre 2007, data di stipula della nuova convenzione, e ciò per effetto di proroghe ripetute nel tempo causate dalla mancata aggiudicazione delle tre gare successivamente bandite da INAIL. Peculiarità della fattispecie collusiva era stata, inoltre, la sua evoluzione nel corso del tempo che aveva visto le quattro banche aderenti al RTI del 1996 negoziare diverse ripartizioni delle quote del servizio con un sistema che era iniziato *i*) con una fase di coordinamento collusivo (l'accordo esplicito alla base del RTI del 1996); *ii*) per passare ad una fase (prima gara) di minaccia volta a segnalare in modo credibile la volontà di cambiare le quote di ripartizione del servizio, legata all'insoddisfazione sulle quote di lavoro *ex post* erogate; *iii*) ad una ulteriore fase di accomodamento collusivo sulla nuova ripartizione delle quote (gara due); *iv*) cui era seguita, infine, una reazione punitiva a nuovi tentativi di cambiamento degli equilibri (gara tre). L'ultima gara (gara 4) era risultata invece aggiudicata ed aveva

comportato la cessazione della descritta fattispecie, unica e complessa, per il cambiamento delle condotte delle parti nel mutato contesto della gara stessa; contesto che aveva visto il formarsi di raggruppamenti differenti con la possibilità di partecipazione di nuovi soggetti (Poste) ed il venir meno della condizione di due offerte valide.

L'Autorità ha considerato che tutte le fasi analizzate andavano inquadrare in un contesto collusivo unitario che si era esplicitato inizialmente nell'accordo originario relativo alla cosiddetta gara 0, il quale aveva condotto alla costituzione del RTI del 1996, e successivamente nella concertazione delle parti nell'ambito delle gare 1, 2 e 3. Sul piano degli effetti, la concertazione delle politiche di partecipazione alle gare aveva eliminato qualunque occasione di confronto competitivo ed aveva comportato l'impossibilità per l'ente pubblico di aggiudicare le tre successive gare, andate tutte deserte, con conseguente proroga del servizio al medesimo raggruppamento.

Quanto alla posizione assunta dalle diverse imprese nell'attuazione del piano collusivo, l'Autorità ha accertato che Unicredit aveva svolto un ruolo di assoluto rilievo nel determinare la nascita e l'evoluzione del RTI oggetto dell'intesa. Anche in virtù della sua qualità di cassiere unico di INAIL nel corso degli anni '90, esso aveva assunto non soltanto il ruolo di capogruppo, ma anche di banca erogatrice la maggiore quota in assoluto del servizio di cassa per l'ente. La stessa aveva offerto un contributo decisivo ai fini della tenuta dell'intesa.

In considerazione della particolare gravità dell'infrazione e della sua durata, l'Autorità ha ritenuto di irrogare una sanzione pari a 1.500.000 EUR per Unicredit tenuto conto della funzione di *leader* del gioco collusivo da essa svolto; ed inoltre sanzioni pari a 50 mila EUR, rispettivamente, per Intesa SanPaolo, BNL e BMPS.

ASSEGNI MAV-COMMISSIONI INTERBANCARIE

Nel settembre 2008 l'Autorità ha avviato un procedimento istruttorio nei confronti dell'Associazione Bancaria Italiana (ABI) e del consorzio Pattichiari al fine di accertare eventuali violazioni dell'articolo 81 del Trattato Ce nel mercato di taluni servizi di pagamento. Il procedimento ha ad oggetto gli accordi interbancari, predisposti dall'Associazione Bancaria Italiana, per la regolazione a livello interbancario delle commissioni concernenti i servizi di incasso relativi agli assegni bancari e circolari, troncati e non troncati, pagati e impagati e ai MAV comunicazioni di pagato, nonché le condizioni sui giorni di valuta e di disponibilità delle somme per la clientela finale definite su alcuni di tali servizi dal consorzio Pattichiari.

In particolare, le commissioni interbancarie oggetto del procedimento rappresentano corrispettivi versati tra banche nella fase intermedia delle

procedure per la fornitura dei vari servizi di pagamento in oggetto, ossia per quella di regolazione interbancaria. Concorrono implicitamente alla definizione dei suddetti corrispettivi anche i giorni di valuta e di messa a disposizione dei fondi a livello interbancario. Tali oneri interbancari costituiscono dei costi intermedi e possono incidere sulle condizioni economiche praticate dalle singole banche alla clientela sia direttamente, ovvero in termini di prezzo del servizio, sia indirettamente, ovvero in termini di giorni di valuta e di messa a disposizione dei fondi. Di conseguenza, gli accordi, prevedendo una definizione centralizzata e uniforme per tutte le banche dei corrispettivi interbancari, si configurano come intese che incidono non solo sui servizi prestati a livello interbancario, ma anche sull'erogazione dei servizi di pagamento ai consumatori finali.

L'Autorità ha ritenuto che tali accordi, prevedendo la definizione centralizzata e uniforme per tutte le banche dei corrispettivi interbancari per la fornitura di tali servizi, configurino delle intese che incidono non solo sui servizi prestati a livello interbancario, ma anche sull'erogazione dei servizi di pagamento ai consumatori finali. La loro fissazione in modo coordinato, infatti, limitando gli spazi di autonomia decisionale delle banche nelle politiche commerciali alla clientela, è suscettibile di comportare una significativa riduzione del grado di concorrenza nel settore, che può condurre a condizioni economiche più onerose per i consumatori. Conseguentemente, tali accordi, concretandosi nella fissazione collettiva a livello associativo delle condizioni che governano l'offerta dei servizi di incasso in questione, potrebbero configurare intese suscettibili di falsare la concorrenza in violazione dell'articolo 81 del Trattato Ce. Al 31 dicembre 2008 l'istruttoria è in corso.

Concentrazioni

INTESA SANPAOLO - CASSA DI RISPARMIO DI FIRENZE

Nel gennaio 2008, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 6 della legge n. 287/90, autorizzando, subordinatamente al rispetto di talune condizioni, l'operazione di concentrazione consistente nell'acquisizione del controllo di Cassa di Risparmio di Firenze Spa da parte di Intesa Sanpaolo Spa.

Da un punto di vista merceologico, l'Autorità ha considerato che diversi fossero i mercati rilevanti sui quali valutare l'impatto dell'operazione. In particolare, nell'ambito dell'attività bancaria tradizionale, sono stati considerati i mercati della raccolta, degli impieghi alle famiglie consumatrici e degli impieghi alle piccole e medie imprese. Gli effetti dell'operazione sono stati altresì apprezzati nei mercati della distribuzione di servizi del risparmio gestito, nel settore del credito al consumo, e più specificatamente

nel mercato del credito diretto, e nel mercato delle carte di credito.

L'Autorità ha circoscritto il mercato della raccolta alla sola raccolta bancaria, escludendo quella postale, stante l'assenza di una piena relazione di sostituibilità tra conto corrente bancario e bancoposta. Da un punto di vista geografico, il mercato è stato ritenuto di dimensione provinciale, in considerazione della bassa mobilità della clientela. Sulla base delle evidenze raccolte, l'istruttoria ha evidenziato che la capacità e la concentrazione territoriale acquisite nelle province di La Spezia, Terni e Pistoia fossero idonei a rafforzare il rischio di costituzione di una posizione dominante di Intesa Sanpaolo nel mercato della raccolta. Intesa Sanpaolo, infatti, per effetto dell'operazione, sarebbe diventato l'impresa dominante nel mercato della raccolta in ciascuna di tali province, con quote di mercato comprese tra il 35% e il 65% e di gran lunga superiori a quelle del secondo operatore. Inoltre, l'operazione avrebbe comportato un significativo aumento dell'indice di concentrazione nei mercati interessati.

Nel settore degli impieghi, l'Autorità ha considerato che l'operazione avrebbe determinato effetti di sovrapposizione di rilievo nel mercato degli impieghi alle famiglie consumatrici nelle province di La Spezia e Terni e in quello degli impieghi alle piccole e medie imprese nelle province di La Spezia, Terni e Pistoia. In tali mercati, la cui dimensione geografica è risultata anch'essa provinciale, è emerso che l'operazione di concentrazione avrebbe comportato nelle province di cui sopra la costituzione di un'impresa dominante, con quote di mercato comprese tra il 35% e il 55% e con distanze ragguardevoli con il secondo operatore. Ad analoghe conclusioni è pervenuta l'Autorità relativamente al settore del risparmio gestito, dove l'istruttoria ha accertato che l'operazione avrebbe determinato delle criticità concorrenziali nei mercati distributivi dei fondi comuni di investimento e delle gestioni patrimoniali nelle province di Terni, Pistoia e La Spezia. In particolare, l'Autorità ha rilevato come Intesa Sanpaolo sarebbe diventato il primo operatore in ciascuna di queste province con una quote di mercato superiori al 50% e come l'esercizio di potere di mercato nei citati ambiti provinciali per effetto dell'operazione fosse particolarmente concreto, essendo l'impresa acquisita un concorrente di rilievo.

Nell'ambito del procedimento istruttorio, sono stati inoltre analizzati gli effetti dell'operazione nel settore del credito al consumo. L'Autorità ha rilevato che, a seguito della concentrazione, Intesa Sanpaolo avrebbe operato in tali mercati attraverso tre società finanziarie specializzate (Findomestic, Agos e Neos Banca) caratterizzate da elevati livelli di notorietà del marchio e ampia omogeneità nella tipologia di servizi offerti. L'entità risultante dalla concentrazione avrebbe detenuto quote di mercato di rilievo sia nel mercato del credito diretto (a livello regionale) che in quello del credito finalizzato

(a livello nazionale). Relativamente al mercato del credito diretto, Intesa Sanpaolo avrebbe infatti detenuto quote di mercato superiori al 35% nei mercati regionali del Veneto, Piemonte e Lombardia. Quanto al credito finalizzato, sebbene Intesa Sanpaolo sarebbe diventato il primo operatore, la sua quota di mercato a livello nazionale non avrebbe superato il 20%. L'Autorità ha pertanto concluso che l'operazione avrebbe comportato la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante nel solo mercato del credito diretto nelle regioni Veneto, Piemonte e Lombardia.

Sulla base delle risultanze istruttorie, l'Autorità ha dunque accertato che l'operazione avrebbe comportato: *i*) un notevole aumento di concentrazione geografica della rete distributiva, in termini di sportelli bancari, essenziali per l'attività bancaria tradizionale e per la distribuzione dei prodotti assicurativi e del risparmio gestito; *ii*) un incremento di potere di mercato originato dalla sovrapposizione delle importanti quote detenute nella raccolta, negli impieghi alle piccole e medie imprese, negli impieghi alle famiglie consumatrici, nella distribuzione di prodotti del risparmio gestito e nel credito diretto. L'Autorità ha pertanto ritenuto che l'operazione avrebbe condotto alla costituzione di una posizione dominante nei mercati provinciali della raccolta bancaria, degli impieghi alle piccole e medie imprese e della distribuzione di servizi del risparmio gestito di La Spezia, Terni e Pistoia; nei mercati provinciali degli impieghi alle famiglie consumatrici di La Spezia e Terni; e nei mercati regionali del credito diretto di Veneto, Piemonte e Lombardia.

Alla luce delle risultanze istruttorie, l'Autorità ha autorizzato la concentrazione subordinatamente al rispetto di talune condizioni. In primo luogo, l'Autorità ha disposto la cessione a soggetti terzi di 29 sportelli posseduti da Intesa San Paolo/CARI Firenze nei mercati geografici concorrenzialmente più sensibili alla concentrazione (cessione di 15 sportelli nella provincia di La Spezia, di 11 sportelli nella provincia di Terni e di 3 sportelli nella provincia di Pistoia), così da attenuare gli effetti restrittivi derivanti dalla rilevanza dalla capillarità della rete di sportelli come variabile competitiva in tutti i mercati interessati dall'operazione. L'Autorità ha altresì prescritto la dismissione dell'intera partecipazione in Agos da parte di Intesa Sanpaolo, circostanza che avrebbe determinato una riduzione significativa del grado di sovrapposizione nel settore del credito al consumo.

BANCA DEI PASCHI DI SIENA/BANCA ANTONVENETA

Nel maggio 2008, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 6 della legge n. 287/90, autorizzando, subordinatamente al rispetto di talune condizioni, l'operazione di concentrazione consistente nell'acquisizione del controllo del gruppo Antonveneta da parte di Monte dei Paschi di Siena (MPS).

Da un punto di vista merceologico, l'Autorità ha considerato che diversi fossero i mercati rilevanti sui quali valutare l'impatto dell'operazione. In particolare, nell'ambito dell'attività bancaria tradizionale, sono stati considerati i mercati della raccolta, degli impieghi alle famiglie consumatrici e degli impieghi alle piccole e medie imprese. Gli effetti dell'operazione sono stati inoltre apprezzati nei mercati della gestione del risparmio attraverso fondi comuni di investimento e nel settore assicurativo, con specifico riferimento ai rami I II e III.

Con riferimento al mercato della raccolta bancaria, avente dimensione provinciale, l'istruttoria ha evidenziato che la capacità e la concentrazione territoriale acquisite in cinque province prevalentemente concentrate in Toscana (Siena, Grosseto, Arezzo, Vercelli, Mantova) avrebbero determinato la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante di MPS. MPS, infatti, già operatore storico, per effetto dell'operazione, sarebbe diventato l'impresa dominante in ciascuna di tali province, con quote di mercato comprese tra il 30% e il 60%, di gran lunga superiori a quelle del secondo operatore. Inoltre, l'operazione avrebbe comportato un significativo aumento dell'indice di concentrazione nei mercati interessati, con impatti tra l'altro estesi riguardando le province interessate aree strettamente contigue.

Nel settore degli impieghi, l'Autorità ha considerato che l'operazione avrebbe determinato effetti di sovrapposizione di rilievo nel mercato degli impieghi alle famiglie consumatrici nelle province di Siena, Grosseto, Biella e Vercelli, in quello degli impieghi alle famiglie produttrici nelle province di Siena, Grosseto, Arezzo, Firenze, Lucca, Biella, Mantova e Perugia. In tali mercati, la cui dimensione geografica è risultata anch'essa provinciale, è emerso che l'operazione di concentrazione avrebbe comportato nelle province di cui sopra la costituzione del primo operatore, con quote di mercato superiori al 30% e con distanze ragguardevoli rispetto al secondo operatore. Ad analoghe conclusioni è pervenuta l'Autorità relativamente al settore del risparmio gestito, dove l'istruttoria ha accertato che l'operazione avrebbe determinato delle criticità concorrenziali nei mercati distributivi di fondi comuni di investimento nelle province di Grosseto, Siena e Mantova. In particolare, l'Autorità ha rilevato che MPS sarebbe divenuto il primo operatore in ciascuna di tali province, con una quota di mercato di notevole rilevanza oscillante tra il 40% e il 70% e che l'esercizio di tale potere di mercato risultava potenziato anche dall'ampliamento della rete in province contigue, ubicate nella stessa regione Toscana dove MPS risultava il primo operatore storico con un forte radicamento.

Con riferimento infine al settore assicurativo, l'istruttoria ha evidenziato che l'operazione avrebbe inciso in maniera significativa sui legami tra soggetti concorrenti, attivi sia nella fase di produzione che della distribuzione. In tale ambito, infatti, MPS presentava una *partnership*

commerciale di natura strutturale di assoluto valore strategico con il gruppo AXA. Contestualmente, lo stesso ancora in essere una *partnership* con il gruppo Unipol, via Quadrifoglio Vita e legami significativi con il medesimo gruppo assicurativo, tramite la partecipazione in Finsoe e il conseguente patto di sindacato con Holmo Spa, da cui discendevano anche legami di natura personali, quali la compresenza delle stesse persone fisiche negli organi sociali di società di gruppi concorrenti sulla filiera produttiva e distributiva. Infine, Antonveneta aveva una *partnership* commerciale di natura strutturale con il gruppo assicurativo Allianz.

Alla luce di tali elementi, l'Autorità ha ritenuto che l'operazione avrebbe potuto creare significativi legami tra soggetti attivi nei rami assicurativi vita tra concorrenti di rilievo, con possibile attenuazione delle dinamiche competitive relativi ai mercati di tale settore assicurativo. Essa avrebbe dato luogo alla costituzione o al rafforzamento di una posizione dominante nelle province toscane di Siena, Grosseto e Mantova, dove MPS avrebbe conseguito quote di mercato superiori anche al 40% e con un significativo distacco dal secondo operatore.

Sulla base delle risultanze istruttorie, l'Autorità ha autorizzato la concentrazione subordinatamente al rispetto di talune condizioni volte a escludere la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante in capo a MPS tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza. In primo luogo, l'Autorità ha disposto la cessione a soggetti terzi di 110-125 sportelli posseduti dall'entità post fusione nei mercati geografici concorrenzialmente più sensibili alla concentrazione, così da attenuare gli effetti restrittivi derivanti dalla rilevanza dalla capillarità della rete di sportelli come variabile competitiva in tutti i mercati interessati dall'operazione. L'Autorità ha altresì prescritto a MPS: lo scioglimento e non rinnovi della *joint venture* con il gruppo Unipol operante attraverso Quadrifoglio Vita; la cessione dell'intera partecipazione in Finsoe, con conseguente scioglimento del relativo patto parasociale e divieto di rinnovo; divieto di rinnovo, infine, dell'accordo di bancassicurazione, in scadenza a luglio 2009, tra Banca Antonveneta e il gruppo Allianz, operante attraverso le *joint venture* Antoniana Veneta Popolare Vita e Antoniana Veneto Popolare Assicurazioni; infine, di compiere tutto quanto in suo potere per far sì che, a partire dalle successive nomine del consiglio di amministrazione di MPS, non ne facessero parte soggetti contemporaneamente membri del consiglio di amministrazione, del consiglio di gestione o del consiglio di sorveglianza di banche concorrenti, non facenti parte del gruppo BMPS, e attive nei mercati della raccolta bancaria o dell'esercizio del credito ordinario in Italia. Misura quest'ultima che è già trovata una prima attuazione in una specifica modifica dello Statuto della banca MPS.

Indagini conoscitive

LA CORPORATE GOVERNANCE DI BANCHE E ASSICURAZIONI

Nel dicembre 2008, l'Autorità ha concluso un'indagine conoscitiva avente ad oggetto i rapporti tra concorrenza e *corporate governance* nel settore finanziario, attraverso la ricostruzione di un quadro aggiornato degli assetti di governo societario di banche, compagnie assicurative e società di gestione del risparmio, quotate e non quotate, attive nei mercati finanziari italiani. Quattro sono le aree di analisi che sono state approfondite nell'indagine:

- i modelli di *governance*, con particolare attenzione alla ripartizione delle funzioni strategiche-gestionali fra gli organi sociali, alle modalità di nomina del *management*, al rapporto tra quest'ultimo e gli azionisti, alle analisi empiriche circa la concreta partecipazione dell'azionariato alla vita sociale;
- i legami tra concorrenti, in particolare quelli azionari, quelli derivanti da patti parasociali ed infine quelli personali, cosiddetti *interlocking directorates*;
- le fondazioni bancarie anche alla luce della loro funzione di ponte da assetti proprietari pubblici ad assetti privatistici, ma che ancora oggi rappresentano, soprattutto nel mondo bancario, una figura di azionista di assoluto rilievo;
- le banche popolari e le banche di credito cooperativo (BCC), in quanto caratterizzate da una specifica normativa che, tra l'altro, deroga al principio generale *one share/one vote*.

Il quadro emerso dall'indagine è estremamente complesso: il grado di concentrazione nell'azionariato delle banche in forma di società per azioni è apparso molto alto anche per le società quotate e circoscritto in capo ad un nucleo di azionisti tendenzialmente stabili, talvolta legati da patti parasociali. A ciò si associa la capacità di tale nucleo di azionisti di incidere su alcuni momenti essenziali della vita sociale, quali la nomina del *management*. In tale contesto, il modello tradizionale o quello duale non sono emersi come l'uno *first best* rispetto all'altro: essenziale, proprio alla luce degli assetti proprietari emersi, è risultata la chiara ripartizione delle funzioni, quindi degli incentivi, tra azionisti, organi di gestione e organi di supervisione strategica/controllo. Dall'indagine conoscitiva è emerso, inoltre, come l'adozione di modelli di *governance* chiari sia una rilevante priorità in considerazione del fatto che lo scenario mostra un settore finanziario italiano, da un lato, positivo in un'ottica di stabilità, dall'altro, con varie criticità in termini di concorrenza/contendibilità, ossia di legami personali e di legami azionari soprattutto laddove questi investono più soggetti finanziatori/finanziati anche da più banche concorrenti

Con riferimento ai legami personali, l'analisi ha evidenziato come l'80% dei gruppi esaminati (pari al 96% dell'attivo totale del campione oggetto di indagine) presentano nei propri organismi di *governance* soggetti

con incarichi in concorrenti. Inoltre, tale condizione non riguarda 1 o 2 esponenti della *governance*, ma può arrivare a coinvolgere anche un numero notevole di individui, fino a 16. Tra l'altro, tale fenomeno è apparso essere una peculiarità italiana: è risultato, infatti, inesistente per le imprese quotate sulla borsa spagnola e su Euronext-Amsterdam; interessa solo il 26,7% delle società quotate su Euronext-Parigi, il 43,8% di quelle su Deutsche Borse e il 47,1% di quelle su London Stock Exchange. Il corrispondente dato per le società italiane quotate su Borsa Italiana si attesta invece, come detto, intorno all'80%. Anche i legami attraverso partecipazioni azionarie hanno mostrato criticità non irrilevanti laddove è emersa la presenza di *competitors* nell'azionariato di varie società del settore finanziario per circa il 42,3% dell'attivo totale del campione considerato.

L'indagine dell'Autorità ha inoltre posto in luce che questo contesto fattuale si inserisce in un quadro regolamentare e di autoregolamentazione peculiare. In particolare, l'autoregolamentazione è venuta in rilievo su un duplice livello: da un lato, l'autoregolamentazione collettiva, promossa in sede associativa; dall'altro, l'autoregolamentazione individuale che si sostanzia *in primis* nelle regole statutarie che ciascuna società, sia essa quotata o non quotata, adotta. Entrambi questi profili sono apparsi scarsamente efficaci nella prospettiva di ricondurre il fenomeno illustrato nell'indagine entro margini accettabili e in modo da incentivare corrette dinamiche competitive. In questa direzione, l'Autorità ha pertanto rilevato l'urgenza di interventi normativi/regolamentari anche di tipo settoriale.

Sulla natura di alcuni azionisti, l'indagine ha rilevato che le fondazioni sono ancora oggi un azionista determinante in molte banche: esse sono, infatti, presenti in 26 banche sulle 83 del campione; talvolta con un ruolo di controllo, almeno di fatto, altre volte con quote del capitale tali da assicurare la maggioranza relativa o comunque una posizione di assoluto rilievo, sebbene di minoranza. A ciò si aggiunge che la loro funzione appare sempre più strategica, sia in termini di partecipazione alle nomine sia nell'adesione a patti, basti vedere l'andamento delle assemblee. Tra l'altro, lo stesso ruolo di azionista è centrale: l'investimento nella banca rappresenta anche il 90% del valore a bilancio della partecipazione di varie fondazioni e non mancano casi dove sono azionista comune in società concorrenti. A sua volta, più fondazioni sono talvolta e simultaneamente azioniste di rilievo in una stessa banca. L'Autorità ha concluso, pertanto, che la loro centralità per la stabilità, soprattutto in una fase come quella attuale, deve necessariamente essere bilanciata da una nuova e trasparente modalità d'azione.

Quanto a specifiche forme giuridiche, le popolari e le BCC hanno mostrato una realtà varia. Le popolari quotate sono apparse sempre più assimilabili a società per azioni, come tali ormai prive delle peculiarità - di legame con il territorio, di circoscrizione dell'attività a livello locale e con

attività rivolta ai soci -, che ne giustificavano la forma assunta e le specificità in termini, ad esempio, di voto capitaro. In quest'ambito, l'Autorità ha sollecitato, quindi, un intervento normativo che innovi, adeguando il regime legale alla realtà attuale di strutture che hanno perso la loro originaria vocazione mutualistica (in particolare, le banche popolari quotate), regime che rischia, quindi, di essere solo strumento per evitare cambiamenti efficienti negli assetti azionari e di governo societario. A questi fini l'Autorità ha auspicato un tempestivo intervento normativo.

Per contro le BCC hanno mostrato effettivamente una realtà radicata territorialmente, connessa con l'attività di erogazione dei finanziamenti ai soci e ispirata a criteri di mutualità. L'operatività concreta delle BCC esaminata nel corso dell'indagine è apparsa, quindi, coerente con la loro specifica regolazione; tuttavia, le BCC pongono un problema, per così dire, "a monte". Tali banche, infatti, sono risultate sempre più legate a livello federativo e associativo sul piano nazionale e regionale in un'ottica di concorrenza inter-bancaria e non intra-BCC. E' stato ritenuto necessario, quindi, che queste banche evolvano in una prospettiva di vera competizione.

Alla luce dei dati esaminati nel corso dell'indagine, deriva, quindi, l'esigenza di un nuovo processo - di regolazione, autoregolazione e di modifiche statutarie - che innovi, ad esempio, sotto il profilo della *i*) trasparenza nei processi decisionali, *ii*) chiarezza nella attribuzione delle funzioni e responsabilità dei vari organi/comitati, *iii*) eliminazione dei cumuli di ruoli e incarichi tra concorrenti, nonché definizione più puntuale dei requisiti per figure rilevanti come gli amministratori indipendenti, *iv*) completa informazione sull'assetto dell'azionariato, soprattutto laddove caratterizzato da partecipazioni tra concorrenti (sotto l'attuale limite CONSOB del 2% per le partecipazioni di rilievo), *v*) chiarezza nella modalità di azione (nei processi di nomina, stesura dei bilanci, scelte di investimento) da parte di azionisti essenziali quali le fondazioni, *vi*) incentivi allo sviluppo di investitori istituzionali veri come i fondi comuni, *vii*) modifiche normative per la figura giuridica delle popolari, soprattutto le quotate, con riferimento ai diritti di voto, ai limiti alle partecipazioni, alle clausole di gradimento.

In una prospettiva *antitrust*, la crisi finanziaria in corso impone un'attenzione ancora maggiore sui temi di *corporate governance* approfonditi dall'Autorità. Infatti, come evidenziato nel testo conclusivo dell'indagine, l'attuale crisi induce, in una realtà come quella italiana, a esaminare ancora più criticamente i rischi impliciti che il fenomeno dei legami azionari e di *interlocking* possono produrre. Da un lato, si tratta di potenziali effetti domino - nella misura in cui l'instabilità di alcuni azionisti può investire le imprese nelle quali è detenuto il capitale, ciò a maggior ragione laddove sono coinvolte più società concorrenti - dall'altro, di profili di controllo e di incentivazione alla *disclosure* al mercato - nella misura in cui fare chiarezza

sull'assetto patrimoniale e sui rischi assunti può essere disincentivato proprio dagli interessi “incrociati” e non sempre lineari tra soggetto finanziato e soggetto finanziatore, tra soggetto partecipato e soggetto azionista. Inoltre, se gli interventi statali a sostegno del settore bancario appaiono una misura necessaria nell'immediato, gli spunti dell'indagine sembrano utili per guardare “oltre”, ossia a come superare la crisi di fiducia e di credibilità del sistema: la reputazione, infatti, non può che ripartire da nuovi assetti di *governance*.

Segnalazioni

MISURE URGENTI PER AUMENTARE IL POTERE DI ACQUISTO DELLE FAMIGLIE E PER LO SVILUPPO

Nel maggio 2008, l'Autorità ha trasmesso, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, alcune osservazioni al Parlamento e al Governo in merito all'articolo 3 del decreto legge recante “*Misure urgenti per aumentare il potere di acquisto delle famiglie e per lo sviluppo*”, approvato dal Consiglio dei Ministri in data 21 maggio 2008. L'Autorità ha, in particolare, ritenuto fondata l'esigenza di incentivare ed agevolare i processi di rinegoziazione dei mutui a tasso variabile, stipulati anteriormente alla sua data di entrata in vigore, per l'acquisto, la costruzione e la ristrutturazione dell'abitazione principale, migliorando le condizioni dell'offerta in senso favorevole per i consumatori. L'intervento straordinario era infatti diretto a tutelare una specifica tipologia di mutuatari che, in una fase economica particolarmente critica, risultava oggettivamente esposta a situazioni difficilmente sostenibili. Al tempo stesso l'Autorità ha formulato alcune considerazioni in merito alla convenzione che sarebbe stata stipulata, successivamente alla data di entrata in vigore del decreto, tra banche e intermediari finanziari, sottolineando la necessità di salvaguardare tre requisiti essenziali al fine di generare effetti positivi e non trasformare alcune sue criticità in disincentivi al confronto competitivo.

In primo luogo, l'Autorità ha considerato cruciale che le banche e gli intermediari finanziari aderenti potessero autonomamente adottare condizioni e/o strategie commerciali migliorative per la clientela rispetto a quanto previsto dal provvedimento, evitando di rendere omogenee le strategie dal lato dell'offerta, le quali avrebbero disincentivato l'adozione di modalità diverse e competitive a vantaggio dei mutuatari. In quest'ottica, l'Autorità ha suggerito che nel testo della convenzione tale possibilità per le banche venisse esplicitamente indicata.

In secondo luogo, l'Autorità ha sottolineato l'importanza che fossero mantenuti gli stimoli concorrenziali derivanti dalla misura della surrogazione del mutuo - cosiddetta portabilità - al fine di promuovere un effettivo sviluppo competitivo del mercato degli impieghi bancari. In quest'ottica, ha ritenuto

di particolare rilievo che venissero garantiti costi nulli per il cliente, in quanto unico strumento idoneo ad eliminare gli *switching cost* ancora esistenti di ostacolo alla mobilità e quindi alla piena concorrenza tra le banche.

Infine, l'Autorità ha ritenuto essenziale che fosse fornita dalla banca un'adeguata informativa al mutuatario affinché questi potesse valutare ed eventualmente innescare positive spinte competitive ricercando anche soluzioni alternative con la surrogazione del mutuo presso altre banche concorrenti. In quest'ottica, la redazione di fogli informativi sintetici, in grado di fornire stime dei costi e dei vantaggi attesi in base, ad esempio, ad ipotesi alternative sull'andamento dei tassi e sull'allungamento del finanziamento, è apparsa una misura funzionale ad una scelta economicamente razionale ed informata dal lato della domanda.

Alla luce di tali considerazioni, l'Autorità ha auspicato che, al fine di contemperare l'obiettivo di tutela dei mutuatari e quello di non disincentivare il confronto competitivo, i criteri dettati nella convenzione oggetto del provvedimento lasciassero spazio a politiche differenziate da parte delle banche a vantaggio della clientela e non disincentivassero il ricorso a modalità alternative, quali la surrogazione invece della rinegoziazione del mutuo, in un contesto di massima trasparenza e completa informazione della domanda.

CONVENZIONE PER LA GESTIONE AUTOMATIZZATA DEI PAGAMENTI DEI CORRISPETTIVI DOVUTI ALL'UTENZA PER LE PRATICHE AUTOMOBILISTICHE E DEI SERVIZI CONNESSI

Nel luglio 2008, l'Autorità ha trasmesso al Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti e al Ministro per lo Sviluppo Economico alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 in ordine alle problematiche concorrenziali conseguenti all'affidamento diretto *ex lege*, a Poste Italiane Spa, dei servizi di gestione dei pagamenti dei corrispettivi dovuti dall'utenza per le pratiche automobilistiche. In particolare, l'articolo 4, comma 171, della Legge 24 dicembre 2003, n. 350 (legge finanziaria 2004) ha prescritto al Ministero delle infrastrutture e trasporti la stipulazione di una convenzione con Poste Italiane al fine di predisporre idonei sistemi per la gestione dei pagamenti dovuti in relazione a pratiche di motorizzazione, senza oneri per lo Stato. In virtù della Convenzione per la gestione automatizzata dei pagamenti e dei corrispettivi approvata dai Ministri di Infrastrutture e Trasporti ed Economia e Finanze con decreto del 3 maggio 2004, la gestione di tali pagamenti è stata affidata in esclusiva all'operatore postale che opera facendo ricorso in via prevalente, se non esclusiva, alla propria rete. Gli utenti possono, infatti, effettuare il pagamento dei diritti dovuti attraverso tre canali: a) pagamento presso gli uffici postali; b) pagamento presso i chioschi presenti negli uffici della Motorizzazione civile, forniti e gestiti da Poste

Italiane; c) pagamento *on-line*.

Pur apprezzando l'ampliamento degli strumenti di pagamento disponibili all'utenza, l'Autorità ha in primo luogo ribadito che la procedura ad evidenza pubblica costituisce lo strumento principe per perseguire l'interesse pubblico e, al tempo stesso, rispettare le dinamiche di mercato, mentre il ricorso all'affidamento diretto dovrebbe assumere carattere eccezionale. Nel caso di specie, in particolare, Poste Italiane, oltre ad essere affidataria diretta, rivestiva una posizione peculiare in quanto, da un lato, risultava concessionaria del servizio postale universale e, dall'altro, in virtù di detta concessione, era titolare di una rete distributiva capillare non paragonabile a quella di altri operatori e utilizzata per il collocamento di vari prodotti/servizi del settore bancario, finanziario e assicurativo.

Al fine di assicurare l'assenza di effetti distorsivi della concorrenza nel settore dei servizi di pagamento, l'Autorità ha pertanto auspicato lo sviluppo di un reale contesto competitivo attraverso l'ampliamento degli strumenti e delle reti utilizzabili per effettuare i pagamenti connessi alle pratiche automobilistiche, così evitando, da un lato, vantaggi competitivi non replicabili da parte degli altri operatori del settore bancario/finanziario rispetto a Poste Italiane, dall'altro una limitazione dei servizi per l'utenza con commissioni - o parti di esse - non esito del confronto concorrenziale sul mercato ma determinate in base a convenzioni bilaterali.

Attività professionali e imprenditoriali

ATTIVITÀ PROFESSIONALI E IMPRENDITORIALI

Intese

ORDINE DEI MEDICI CHIRURGHI E DEGLI ODONTOIATRI DELLA PROVINCIA DI BOLZANO

Nell'ottobre 2008, l'Autorità ha avviato un'istruttoria ai sensi dell'articolo 2 della legge n. 287/90 nei confronti dell'Ordine dei medici chirurghi e degli odontoiatri della Provincia di Bolzano al fine di accertare un'eventuale intesa restrittiva della concorrenza nel mercato dell'erogazione dei servizi odontoiatrici. Il procedimento ha tratto origine da una segnalazione del Centro Tutela Consumatori Utenti, dalla quale è emerso che, nel maggio 2005, il suddetto Ordine ha inviato una lettera agli odontoiatri della Provincia di Bolzano con la quale questi venivano invitati a non dare il consenso alla pubblicazione via *internet* di una tabella di raffronto dei prezzi dagli stessi praticati, iniziativa voluta e promossa dallo stesso Centro Tutela

Consumatori Utenti. Nella lettera si affermava, inoltre, che l'inserimento dei dati personali e dei prezzi praticati per ciascuna prestazione medica su un sito *internet* costituiva un illecito accaparramento della clientela. A seguito del ricevimento della lettera, la quasi totalità degli odontoiatri che inizialmente aveva aderito all'iniziativa aveva provveduto a ritirare il proprio consenso. Per tale ragione, già nell'agosto 2006, l'Autorità aveva invitato l'Ordine a rivedere la posizione espressa nella lettera, ritenendo che la stessa ostacolasse la concorrenza tra gli odontoiatri nella provincia di Bolzano.

Nel provvedimento di avvio, l'Autorità ha considerato che non solo a seguito di tale comunicazione l'Ordine non ha adottato alcun comportamento volto ad eliminare gli effetti della lettera richiamata, ma nell'aprile 2008 lo stesso Ordine ha inviato una seconda lettera ai professionisti che avevano aderito all'iniziativa, chiedendo loro di ritirare il consenso e di prestare attenzione a non intraprendere iniziative contro il decoro della professione, minacciando l'applicazione di eventuali sanzioni disciplinari. Nella medesima lettera, inoltre, si affermava, contrariamente al vero, che *“anche l'Antitrust ha formalmente riconosciuto le peculiarità della nostra professione, dichiarando di voler tenere conto delle particolari esigenze di tutela del cittadino nell'ambito del settore sanitario”*. Anche a seguito di tale lettera, alcuni odontoiatri inizialmente aderenti hanno ritirato il proprio consenso.

L'Autorità ha ritenuto che le due lettere dell'Ordine potrebbero configurare intese restrittive della concorrenza. In particolare, esse potrebbero aver impedito agli odontoiatri iscritti all'albo della provincia di Bolzano di pubblicizzare i prezzi praticati per i singoli servizi e, dunque, potrebbero aver limitato, per tale via, la concorrenza tra professionisti, inibendo l'utilizzo di una delle leve concorrenziali più importanti nel settore: lo strumento pubblicitario. Al 31 dicembre 2008, l'istruttoria è in corso.

CASE D'ASTA

Nell'ottobre 2008, l'Autorità ha avviato un'istruttoria ai sensi dell'articolo 81 del Trattato Ce o dell'articolo 2 della legge n. 287/90 nei confronti delle società Christie's International SA filiale italiana e Sotheby's Italia Srl, nonché dell'Associazione Nazionale delle Case d'Aste al fine di accertare l'esistenza di eventuali intese restrittive della concorrenza nel mercato dei servizi di vendita di beni di valore ordinario mediante aste aperte al pubblico.

Dalle informazioni a disposizione dell'Autorità e, in particolare, da una segnalazione della Guardia di Finanza, è emerso che il livello delle commissioni fissate dalle case d'asta Christie's Italia e Sotheby's Italia nella fornitura dei propri servizi in Italia, tanto al proprietario venditore quanto all'acquirente, potrebbe essere la conseguenza di un coordinamento delle rispettive strategie commerciali. Tale coordinamento potrebbe essersi

manifestato attraverso un parallelismo nella fissazione della commissione al compratore, della commissione al venditore e di altre condizioni contrattuali, nonché attraverso una possibile segmentazione del mercato a fini ripartitori. In particolare, per quanto riguarda la commissione al compratore, è risultato che la percentuale applicata allo scaglione inferiore del prezzo di aggiudicazione sia stata stabilita sia da Christie's che da Sotheby's nella medesima misura del 30%.

La segnalazione della Guardia di Finanza ha evidenziato, inoltre, la possibile presenza di accordi di portata più generale con il coinvolgimento di una pluralità di operatori del settore, con particolare riferimento alle società aderenti all'Associazione Nazionale delle Case d'Asta, la quale potrebbe aver svolto un ruolo di coordinamento delle condotte dei propri associati.

L'Autorità ha ritenuto che tali condotte potrebbero essere il frutto di un'intesa orizzontale, sotto forma di accordo o pratica concordata, finalizzata a restringere la concorrenza fra le maggiori imprese operanti in Italia nella fornitura dei servizi di vendita all'asta di beni di valore ordinario. Al 31 dicembre 2008, l'istruttoria è in corso.

Abusi

SERVIZI DI SOCCORSO AUTOSTRADALE

Nell'ottobre 2008, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio avviato nei confronti delle società concessionarie della gestione di alcune tratte autostradali Strada dei Parchi Spa (SP), Società Autostrada Tirrenica Spa (SAT) e ANAS Spa, al fine di accertare eventuali violazioni dell'articolo 3 della legge n. 287/90, e nei confronti delle società ACI Global Spa (ACI) e Europe Assistance VAI Spa (VAI), al fine di accertare presunte violazioni dell'articolo 81 del Trattato Ce. Il provvedimento di avvio riguardava, in particolare, il presunto abuso di posizione dominante nei mercati della gestione dei servizi di soccorso stradale posto in essere da SP, SAT e ANAS nei confronti di ACI e VAI, attraverso l'imposizione e/o il successivo aumento dei contributi per i servizi resi dalle sale radio operative nelle tratte autostradali di rispettiva competenza. Nel medesimo provvedimento si prefigurava, altresì, la sussistenza di una presunta intesa tra le società ACI e VAI, volta ad alterare le dinamiche competitive nel mercato dei servizi di soccorso meccanico autostradale attraverso l'allineamento delle tariffe praticate ai tetti massimi predeterminati nell'ambito dell'Associazione Italiana Società Concessionarie Autostrade e Trafori (AISCAT).

A fronte degli elementi emersi in sede ispettiva, nel dicembre 2007 l'Autorità deliberava l'ampliamento dell'oggetto dell'istruttoria alle possibili intese intercorse tra AISCAT, Autostrade per l'Italia Spa (ASPI) e ANAS e

tra queste e le società ACI e VAI in violazione dell'articolo 81 del Trattato Ce, nonché l'ampliamento soggettivo nei confronti della società ASPI del procedimento per volto ad accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 3 della legge n. 287/90. In particolare, ASPI appariva aver assunto un ruolo di primo piano nella definizione dell'aumento del contributo richiesto dalle società controllate SP e SAT per i servizi resi dalle sale radio operative, nonché più in generale nella predisposizione dei regolamenti relativi al Servizio di Soccorso Meccanico autostradale (SSM). L'Autorità ipotizzava, inoltre, che i due principali operatori di soccorso autostradale ACI e VAI, oltre ad aver congiuntamente allineato le proprie tariffe ai massimi determinati in sede AISCAT, avevano concordato anche altri aspetti del SSM, per interloquire congiuntamente con le società concessionarie autostradali al fine di elaborare e definire i principali aspetti della disciplina dei servizi di soccorso autostradale in maniera tale da preservare una struttura di mercato sostanzialmente chiusa. L'Autorità ipotizzava, infine, che AISCAT, ASPI e ANAS avessero condiviso e definito congiuntamente ai due principali operatori di soccorso tali aspetti della disciplina del SSM al fine di garantirsi l'erogazione complessiva di tutti i servizi, nonché di assicurarsi un contributo per l'attività delle sale radio, trasformando un onere - derivante dall'obbligo normativo di fornire un servizio - in un ricavo, da riversare a carico degli utenti finali.

Al fine di superare le criticità concorrenziali sollevate dall'Autorità, le parti hanno presentato impegni ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90, successivamente integrati. In particolare, le società ASPI, SP, SAT e ANAS si sono impegnate ad abolire, sulle tratte autostradali di propria competenza e senza alcuna limitazione temporale, il contributo spese per l'attività della sala radio operativa richiesto alle organizzazioni di soccorso per lo svolgimento dell'SSM, nonché a promuovere l'affidamento delle attività di soccorso autostradale ad un numero predeterminato di operatori di soccorso selezionati a seguito di procedure ad evidenza pubblica distinte per il soccorso ai veicoli pesanti ed ai veicoli leggeri ed aventi ad oggetto micro-tratte di dimensioni limitate. Gli impegni hanno previsto, inoltre, l'introduzione della tecnologia satellitare per consentire alla sala radio delle società concessionarie di localizzare, in tempo reale, il carro di soccorso abilitato perché posizionato in prossimità del luogo dell'intervento; ciò avrebbe consentito anche di ridefinire la distanza massima tra le officine e i punti di accesso in autostrada quale requisito generale di partecipazione alle gare. Queste sarebbero state, inoltre, consegnate in maniera tale da assicurare la più ampia partecipazione e, per entrambe le tipologie di soccorso, una modulazione delle tariffe maggiormente orientata ai costi del servizio.

Per gli interventi di soccorso eseguiti in condizioni di assoluta sicurezza (aree di servizio ed aree di parcheggio), ASPI, SP e SAT si sono impegnate a consentire la chiamata diretta dell'utente ad un operatore prescelto tra quelli ammessi ad operare sulla micro-tratta in questione all'esito delle procedure ad evidenza pubblica sopra menzionate. Per i medesimi interventi, invece, ANAS si è impegnata a consentire la chiamata diretta dell'utente ad un operatore prescelto tra quelli autorizzati ad operare sulla micro-tratta sulla base di ulteriori requisiti predeterminati.

Le medesime società, inoltre, con riferimento all'esigenza di garantire agli utenti finali del servizio di SSM di poter beneficiare delle assicurazioni sottoscritte per fruire del soccorso stradale gratuito, si sono impegnate ad attivarsi affinché gli operatori affidatari del servizio di soccorso sulle singole tratte in esito alle procedure di selezione sottoscrivano convenzioni con tutti gli enti che offrono tale assicurazione, ferma restando la libertà contrattuale degli interessati.

Infine, AISCAT si è impegnata a sottoporre al primo Consiglio di Amministrazione utile alcune modifiche statutarie e, più in generale, a limitare i contenuti dei tavoli tecnici e degli incontri con gli operatori di soccorso ad aspetti tecnici e inerenti la sicurezza del traffico e degli interventi; ACI e VAI si sono impegnate a risolvere e/o modificare gli accordi di reciprocità in essere con gli operatori concorrenti ed a evitare qualsiasi forma di condivisione con i concorrenti di temi e/o questioni legate all'esercizio dell'SSM. VAI, in aggiunta, si è impegnata a non stipulare accordi di esclusiva con le officine affiliate.

L'Autorità ha ritenuto che gli impegni presentati da Autostrade per l'Italia, Strada dei Parchi, Società Autostrada Tirrenica, ANAS, ACI Global, Europ Assistance, VAI e AISCAT fossero idonei a far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria.

In particolare, l'impegno proposto da ANAS e dalle società del gruppo ASPI è stato considerato pienamente soddisfacente in quanto eliminava totalmente e *sine die* il contributo di sala radio operativa precedentemente richiesto alle organizzazioni di soccorso. Con riguardo agli altri aspetti oggetto di contestazione, gli impegni delle società concessionarie sono stati ritenuti apprezzabili nella misura in cui modificavano, in senso pro-concorrenziale, il modello vigente di affidamento dei servizi di SSM in un'ottica generale di abbattimento delle barriere all'entrata e di riduzione delle tariffe finali applicate all'utenza. Positivamente, inoltre, è stata considerata la disponibilità dell'organismo associativo AISCAT a sottoporre all'assemblea modifiche statutarie finalizzate a precludere, in modo significativo, qualsiasi ingerenza di tale organismo sul comportamento economico degli operatori incaricati della fornitura di servizi accessori alla gestione della rete autostradale.

L'Autorità ha ritenuto che l'elemento cruciale degli impegni presentati dalle società concessionarie fosse rappresentato dalla completa eliminazione

di quegli ostacoli (abbinamento soccorso leggero/pesante, rete capillare ed estesa a tutta la tratta autostradale in concessione, distanza massima dell'officina dai punti di accesso alla rete) che avevano fino a quel momento impedito ai potenziali concorrenti di prestare direttamente i servizi di soccorso autostradale e in maniera indipendente, se non intermediati dai due maggiori operatori del mercato (ACI e VAI). Il più evidente progresso in termini di liberalizzazione è risultato, dunque, la previsione di spazi di concorrenza "nel mercato" tra operatori autorizzati nella misura in cui tale possibilità sia compatibile con le esigenze di sicurezza e di tutela del traffico.

Significativa, infine, è apparsa la previsione negli impegni di ANAS ed ASPI di attivarsi per assicurare la gratuità del servizio di soccorso agli utenti titolari di abbonamenti o convenzioni con operatori che offrono servizi di soccorso gratuiti, salvo il diritto dell'officina di rivalersi per il prezzo dovuto e non riscosso nei confronti di questi ultimi.

L'Autorità ha ritenuto che gli impegni proposti da ACI e VAI, in tale contesto, si ponessero in maniera perfettamente speculare rispetto a quanto proposto dalle società concessionarie e, pertanto, fossero meritevoli di una valutazione positiva. Per altro verso, l'Autorità ha ritenuto che l'esistenza di diritti di esclusiva su alcune delle officine autorizzate a fornire servizi di SSM non fosse idonea a pregiudicare la partecipazione alle gare previste negli impegni delle società concessionarie. Sulla base delle informazioni acquisite, infatti, in prossimità di ciascun punto di accesso alla rete autostradale, risultavano localizzate almeno due o più officine libere da qualsiasi vincolo di esclusiva, attrezzate per il soccorso ai veicoli leggeri ed ai veicoli pesanti e, soprattutto, non riconducibili ad alcuno degli operatori già autorizzati a fornire servizi di SSM. A ciò si aggiungeva la circostanza che, nel nuovo sistema prospettato dalle società del gruppo ASPI e da ANAS, la ridefinizione delle distanze massime delle officine (per il soccorso leggero) dai punti di accesso alla rete autostradale poteva consentire una maggiore apertura del mercato del soccorso autostradale. In considerazione di tali elementi, l'Autorità ha deliberato di rendere obbligatori gli impegni presentati ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90 e di chiudere il procedimento istruttorio nei confronti delle società senza accertare l'infrazione.

Inottemperanze

ALLIANCE MEDICAL

Nel marzo 2008, l'Autorità ha concluso tre procedimenti istruttori nei confronti della società Alliance Medical Srl per inottemperanza all'obbligo di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione. Le operazioni tardivamente comunicate riguardavano in particolare l'acquisizione del

controllo esclusivo delle società Newima Srl e Studio Radiologico Cento Cannoni Srl, Centro Medico Sette Re Srl e Linea Medica Srl, attive nei mercati pubblico e privato delle prestazioni sanitarie a carattere ospedaliero.

L'Autorità ha ritenuto che tali operazioni, comportando l'acquisizione del controllo esclusivo di più imprese, costituivano concentrazioni ai sensi dell'articolo 5, comma 1 lettera *b*), della legge n. 287/90 e risultavano tutte soggette all'obbligo di comunicazione preventiva disposto dall'articolo 16, comma 1, della medesima legge, in quanto in ciascuna di esse il fatturato totale realizzato, nell'ultimo esercizio a livello nazionale, dall'insieme delle imprese rispettivamente interessate, era superiore alla soglia di cui al citato articolo, vigente al momento della realizzazione dell'operazione stessa.

Tenuto conto della comunicazione spontanea, benché tardiva, delle operazioni, dell'assenza di dolo, della modesta incidenza concorrenziale, dei lassi di tempo intercorsi prima della comunicazione all'Autorità (pari a circa quattro mesi per le prime due operazioni e cinque mesi per la terza), l'Autorità ha comminato ad Alliance Medical una sanzione amministrativa pari a 5 mila EUR per ciascuna delle tre operazioni tardivamente comunicate.

BCC PRIVATE EQUITY - AD MAIORA - HYDRO SERVICE - CBS - SIGMA

Nel marzo 2008, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio nei confronti della società BCC Private Equity per inottemperanza all'obbligo di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione. In particolare, le operazioni tardivamente comunicate (in numero di quattro) riguardavano l'acquisizione da parte di BCC Private Equity del controllo congiunto delle società Ad Maiora Spa, attiva nei settori della commercializzazione dei prodotti nei siti *web*, nella pubblicità via Internet e nei servizi di posizionamento su motori di ricerca; di Hydro Service Penta Spa, attiva nella produzione e commercializzazione di sistemi idraulici e oleodinamici; di Cbs Spa., attiva nella produzione e commercializzazione di componenti in rame, alluminio, ferro e acciaio inossidabile per l'industria della climatizzazione; di Sigma Spa, attiva nel settore dell'automazione ad alto contenuto tecnologico.

L'Autorità ha ritenuto che tali operazioni, comportando l'acquisizione del controllo congiunto di più imprese, costituivano più concentrazioni ai sensi dell'articolo 5, comma 1 lettera *b*), della legge n. 287/90 e risultavano tutte soggette all'obbligo di comunicazione preventiva disposto dall'articolo 16, comma 1, della medesima legge, in quanto in ciascuna di esse il fatturato totale realizzato, nell'ultimo esercizio a livello nazionale, dall'insieme delle imprese rispettivamente interessate era superiore alla soglia di cui al citato articolo, vigente al momento della realizzazione dell'operazione stessa.

Tenuto conto dell'assenza di dolo, della comunicazione spontanea, benché tardiva dell'operazione, della modesta incidenza concorrenziale, dei lassi di tempo intercorsi prima della comunicazione dell'operazione, l'Autorità ha comminato alla società Bcc Private Equity una sanzione amministrativa pecuniaria pari a EUR 5 mila per ciascuna delle operazioni tardivamente comunicate.

REGISTER.IT/AMEN ITALIA

Nel novembre 2008, l'Autorità ha avviato un procedimento istruttorio nei confronti della società Register.it Spa per inottemperanza all'obbligo di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione. L'operazione è consistita, in particolare, nell'acquisizione, da parte di Register.it Spa, del controllo esclusivo di Amen Italia Srl attraverso l'acquisizione della totalità delle azioni di Agences des Medias Numeriques Sas, società di diritto francese che a sua volta controllava direttamente Amen Italia Srl.

L'Autorità ha considerato che l'operazione, comportando l'acquisizione del controllo esclusivo di un'impresa, costituiva una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera *b*) della legge n. 287/90 ed era soggetta all'obbligo di notifica preventiva in quanto il fatturato realizzato a livello nazionale nell'ultimo esercizio dall'insieme delle imprese interessate era stato superiore alla soglia di cui all'articolo 16, comma 1, della legge n. 287/90. Al 31 dicembre 2008, l'istruttoria è in corso.

Segnalazioni

RIFORMA DELLA REGOLAMENTAZIONE DEL SETTORE DELLA VIGILANZA

Nel gennaio 2008, l'Autorità ha espresso alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, in merito allo schema di regolamento recante *“Modificazioni al regolamento per l'esecuzione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza in materia di guardie particolari, istituti di vigilanza e investigazione privata”*, trasmesso nel dicembre 2007 dal Ministero dell'interno.

L'Autorità, dopo aver espresso apprezzamento per alcune previsioni pro-concorrenziali, quali l'introduzione della certificazione da parte di soggetti terzi indipendenti e l'istituzione di un registro per l'iscrizione delle Guardie Particolari Giurate (di seguito GPG), ha sottolineato che lo schema di regolamento non sembrava rimuovere tutte le criticità concorrenziali della regolamentazione del settore, più volte evidenziate dall'Autorità nei propri interventi consultivi con riferimento ai prezzi, alla limitazione del numero delle guardie e delle tipologie di servizi, alla limitazione territoriale della licenza ed alla limitazione del numero delle imprese autorizzate. Per alcuni

aspetti, esso è apparso addirittura aggravare le restrizioni con l'ampliamento della riserva di attività dei servizi di vigilanza e l'estensione di tali limiti anche all'attività di investigazione.

L'aspetto regolamentare che ha destato le maggiori perplessità sotto il profilo concorrenziale è risultato quello della fissazione delle tariffe. Nello schema di regolamento veniva mantenuto, infatti, un meccanismo di controllo preventivo e successivo da parte del prefetto sulla congruità delle tariffe applicate dagli istituti in base a parametri definiti dal Ministero dell'Interno. In proposito, l'Autorità ha ribadito che non appariva giustificato il collegamento che si intendeva effettuare fra la congruità della tariffa e il rispetto di una pluralità di oneri e costi, con particolare riferimento a quelli relativi al personale. Infatti, tali interventi sulle tariffe attengono ad elementi che non sono a conoscenza del prefetto o di una commissione ministeriale, e non assicurano in alcun modo né la qualità del servizio né il rispetto degli stessi oneri e obblighi, per i quali invece risultano più efficaci altri e diversi strumenti già previsti e nella disponibilità dell'Amministrazione.

Con riguardo alla limitazione del numero delle guardie e delle tipologie di servizi, l'Autorità ha osservato che il mantenimento del sistema autorizzatorio relativo al numero massimo di Guardie Particolari Giurate per gli istituti di vigilanza rappresentava un significativo ostacolo allo sviluppo di un ambiente competitivo. Nei servizi di vigilanza, caratterizzati da una forte incidenza del costo del lavoro, il numero di guardie autorizzate rappresenta, infatti, la principale misura della capacità produttiva effettiva e potenziale delle imprese. Esso rappresenta, quindi, un fattore essenziale per adeguare la propria offerta alle esigenze del mercato ed al confronto competitivo e, in quanto tale, dovrebbe essere rimesso non al prefetto, ma alle autonome valutazioni delle imprese. L'Autorità ha altresì osservato che, al fine di assicurare le comprensibili ragioni di sicurezza e di ordine pubblico perseguite dal legislatore, apparivano sufficienti i criteri generali definiti dal Ministero dell'Interno che avrebbero individuato il rapporto massimo desiderabile tra le forze di polizia e le GPG operanti in un determinato ambito locale e a livello nazionale.

Analoghe considerazioni sono state espresse per le limitazioni imposte in sede di rilascio della licenza con riferimento alle tipologie di servizi che l'impresa era autorizzata a prestare. Anche a tale proposito, l'Autorità non ha ritenuto giustificata e proporzionata ad esigenze di pubblica sicurezza la prassi di rilasciare le autorizzazioni con riferimento allo svolgimento di specifici servizi e non invece all'intera gamma dei servizi di vigilanza, salvo i controlli e verifiche di sicurezza circa la disponibilità di attrezzature idonee alla prestazione di ciascuno di essi. Infatti, la possibilità di offrire una gamma completa di servizi di sicurezza costituisce un aspetto rilevante ai fini della soddisfazione della domanda. Essa, inoltre, permette una maggiore

efficienza attraverso la realizzazione di economie di costo, in quanto dal lato dell'offerta esiste una certa intercambiabilità nell'utilizzo delle risorse per la prestazione di alcuni servizi di vigilanza, avuto riguardo al principale fattore produttivo costituito dalle guardie giurate.

L'Autorità ha parimenti considerato limitativo della concorrenza l'ulteriore vincolo costituito dalla restrizione dell'ambito geografico in cui l'impresa poteva operare. Anche a questo proposito, le esigenze di pubblica sicurezza sono state ritenute sufficientemente tutelate da un adeguato controllo da parte del Prefetto in sede di prima autorizzazione e successivamente dal controllo sul territorio da parte di ciascuna prefettura competente, attivato dalla comunicazione dell'inizio di attività su tale territorio. L'Autorità ha, pertanto, auspicato il superamento della dimensione provinciale del sistema autorizzatorio e l'introduzione di un'autorizzazione avente portata nazionale.

L'Autorità ha espresso taluni rilievi anche con riferimento alla previsione contenuta nello schema di regolamento secondo cui l'autorizzazione poteva essere negata per ragioni di sicurezza e di ordine pubblico. In proposito, l'Autorità ha, infatti, osservato che se appariva ragionevole che nelle verifiche dovesse essere ricompreso il controllo degli obblighi assicurativi e previdenziali di legge, non appariva invece comprensibile e giustificata la valutazione in ordine al rispetto della contrattazione sindacale di competenza della giurisdizione del lavoro.

Infine, l'Autorità ha osservato che nella enumerazione delle attività rientranti fra quelle che potevano essere svolte solo dagli istituti di vigilanza a mezzo di guardie giurate, lo schema di regolamento introduceva anche la vigilanza presso *“edifici pubblici ... centri direzionali, industriali o commerciali e altre infrastrutture che richiedono misure speciali di sicurezza”*. In proposito, l'Autorità ha rilevato che sotto tali categorie si prestava a ricadere l'attività di sorveglianza relativa a qualsiasi tipo di edificio pubblico e di infrastruttura privata, in molti dei quali la stessa poteva non richiedere la presenza di guardie armate. La previsione a favore degli istituti di vigilanza di una così ampia riserva di attività è apparsa dunque, imporre ad operatori pubblici e privati un costo aggiuntivo non giustificato, in quanto relativo a servizi da essi non sempre richiesti. Infine, l'Autorità ha rilevato che lo schema di regolamento da un lato ampliava l'esistente riserva di attività anche alla raccolta di informazioni di natura commerciale e alle attività connesse, dall'altro mutuava i limiti di attività esistenti per gli istituti di vigilanza, nei riguardi dei soggetti autorizzati per l'attività di investigazione, con riferimento all'ambito geografico di attività, all'indicazione dei servizi autorizzati e all'attestazione di congruità delle tariffe. L'Autorità ha osservato che tali limitazioni, analogamente a quanto ritenuto per i servizi di vigilanza privata, non apparivano giustificate da esigenze di pubblica sicurezza o di ordine pubblico e comportavano notevoli

rigidità nell'accesso al mercato, con conseguenti maggiorazioni di prezzo e minore qualità dei servizi ai clienti finali

In ragione di ciò, l'Autorità ha auspicato una revisione della disciplina normativa dei servizi di vigilanza privata e di investigazione in senso conforme ai principi concorrenziali.

OSSERVAZIONI IN MATERIA DI APERTURA DEGLI ESERCIZI COMMERCIALI IN ITALIA

Nell'ottobre 2008, l'Autorità, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, ha formulato alcune osservazioni in merito a talune previsioni contenute in numerose discipline regionali e locali in materia di apertura degli esercizi commerciali al dettaglio, ritenendole ingiustificatamente restrittive della concorrenza, oltre che in contrasto con la disciplina nazionale dettata dal decreto legislativo n. 114/1998.

L'Autorità ha ricordato in primo luogo che, ai sensi dell'articolo 12 del decreto, tutti i tipi di esercizi commerciali, situati nei comuni ad economia prevalentemente turistica e nelle città d'arte, possono decidere se rimanere aperti anche nelle giornate festive e in tutte le domeniche dell'anno, e possono stabilire liberamente gli orari di apertura. In base a tale disposizione, entro 180 giorni dall'entrata in vigore del decreto, le Regioni avrebbero dovuto provvedere a individuare i comuni a prevalente economia turistica e le città d'arte interessate da maggiore afflusso turistico, destinatari della norma in questione. L'articolo 13, inoltre, stabilisce che gli esercizi che commercializzano in via prevalente e esclusiva determinati beni (tra cui, giornali, bevande, libri, fiori, mobili, rosticcerie e pasticcerie), a prescindere dall'area in cui sono situati, possono decidere liberamente di rimanere aperti anche nelle giornate festive sopraelencate e in tutte le domeniche dell'anno; una successiva circolare del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato ha chiarito che un esercizio commerciale vende in prevalenza i beni indicati nell'articolo 13, qualora il fatturato realizzato dallo stesso esercizio per le vendite dei medesimi beni sia superiore alla soglia del 50% del fatturato realizzato complessivamente dall'esercizio commerciale.

Tenuto conto di tali previsioni, l'Autorità ha rilevato che le segnalazioni ricevute e gli accertamenti svolti evidenziavano alcuni profili di criticità in materia. In relazione, infatti, all'individuazione delle giornate di apertura degli esercizi commerciali dei comuni "ad economia prevalentemente turistica" e delle "città d'arte", è emerso che molte discipline regionali e alcune delibere di enti locali erano intervenute a limitare la portata della liberalizzazione introdotta dall'articolo 12, vietando l'apertura in occasione delle festività nazionali e di tutte le domeniche, ovvero consentendola soltanto in via d'eccezione e in circostanze particolari.

Con riguardo all'individuazione delle aree e zone ricomprese nella liberalizzazione introdotta dall'articolo 12, l'Autorità ha riscontrato un frequente uso distorto di tale potere da parte delle regioni e dei comuni, i quali, ad esempio, consentivano agli esercizi commerciali di piccole dimensioni situati in zone semi centrali delle città l'apertura soltanto alcune domeniche dell'anno, a fronte della più ampia liberalizzazione applicabile per i grandi centri commerciali e per gli esercizi situati nelle zone centrali che potevano invece rimanere aperti in tutte le domeniche dell'anno. In proposito, l'Autorità ha osservato che, se inizialmente la finalità di tale disposizione era stata quella di introdurre un primo grado di concorrenza nell'attività di commercio al dettaglio, tale disposizione richiedeva ormai di essere interpretata alla luce delle nuove dinamiche competitive che si stavano affermando, caratterizzate da un ampliamento della media e grande distribuzione soprattutto nelle immediate vicinanze delle medie e grandi città e da una maggiore e significativa disponibilità della domanda alla mobilità soprattutto domenicale. Infine, con riferimento all'individuazione del requisito della prevalenza per l'applicabilità dell'articolo 13, gli accertamenti svolti hanno evidenziato che in alcune realtà locali veniva limitata l'applicazione della liberalizzazione in questione mediante disposizioni che disciplinavano restrittivamente la dimostrazione del requisito della prevalenza. A questo riguardo, l'Autorità ha ribadito che l'unico criterio applicabile era quello contenuto nella circolare del Ministero. Conseguentemente, l'Autorità ha auspicato che tutti gli enti territoriali che avessero adottato norme ingiustificatamente restrittive in materia, riesaminassero sulla base di quanto esposto, le rispettive discipline.

APERTURA DEGLI ESERCIZI COMMERCIALI NEL COMUNE DI ROMA

Nel marzo 2008, l'Autorità ha trasmesso al Commissario straordinario del Comune di Roma alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 in merito alle disposizioni contenute nell'ordinanza del Sindaco di Roma n. 14/2005, recante "*Disciplina oraria degli esercizi di vendita al dettaglio*". Tale ordinanza prevede la possibilità di derogare all'obbligo di chiusura festiva, per gli esercizi commerciali ovunque ubicati sul territorio comunale, solo nelle giornate del 1° novembre e dell'8 dicembre; gli stessi rimangono, invece, obbligati alla chiusura festiva, "*nelle giornate del 1° e 6 gennaio, Pasqua, Lunedì dell'Angelo, 25 aprile, Festa della Liberazione, 1° maggio, 2 giugno, 29 giugno, 15 agosto, 25 dicembre e 26 dicembre*". Inoltre, soltanto gli esercizi ubicati in determinate zone centrali di interesse turistico ed artistico, individuate dalla stessa ordinanza, hanno facoltà di apertura in tutte le giornate domenicali del periodo che va dal 1° gennaio al 30 novembre.

In ordine a tali previsioni, l'Autorità ha ricordato che l'articolo 12

del decreto legislativo n. 114/1998 ha liberalizzato l'apertura degli esercizi commerciali nei comuni ad economia prevalentemente turistica e nelle città d'arte, prevedendo espressamente che in tali comuni gli esercenti possano derogare all'obbligo di chiusura domenicale e festiva. Considerando la natura pro-concorrenziale della disposizione, volta a incrementare la concorrenza tra gli esercenti e incentivare una maggiore offerta di servizi commerciali nelle città caratterizzate da maggior afflusso turistico, l'Autorità ha sottolineato che ogni vincolo all'apertura appariva idoneo a creare restrizioni ingiustificate alla concorrenza tra gli esercenti. L'Autorità ha pertanto auspicato che il Comune di Roma riesaminasse il contenuto dell'Ordinanza, nella parte in cui non consentiva agli esercizi commerciali la libera determinazione delle modalità di svolgimento della propria attività economica.

SISTEMA DI RIPARTIZIONE DEI FONDI PUBBLICI TRA I LABORATORI DI ANALISI CONVENZIONATI CON IL SISTEMA SANITARIO NAZIONALE NELLA REGIONE PUGLIA.

Nel maggio 2008, l'Autorità ha trasmesso al Presidente della Regione Puglia alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 in merito al sistema di ripartizione dei fondi del Sistema sanitario nazionale tra i laboratori di analisi cliniche privati convenzionati, utilizzato nella Regione. Il sistema oggetto della segnalazione si basava, in particolare, su assegnazioni di limiti di spesa definiti annualmente per ciascun laboratorio convenzionato sulla base del fatturato realizzato nel 1998.

Al riguardo, l'Autorità ha osservato che tale sistema di ripartizione dei fondi pubblici tra i laboratori convenzionati aveva avvantaggiato le strutture che nel 1998 vantavano quote di mercato rilevanti, svantaggiando i laboratori che nel medesimo anno avevano realizzato un fatturato esiguo. Infatti, le rivalutazioni dei limiti di spesa, effettuate annualmente fino al momento della segnalazione, erano state calcolate sulla base dei fatturati realizzati dai laboratori privati convenzionati nel 1998. In tale contesto, operatori efficienti che nel 1998 non detenevano fatturati significativi, non erano stati incentivati allo sviluppo della propria attività. Inoltre, gli importi rivalutati erano stati assegnati in misura più ampia alle strutture aventi nel 1998 un fatturato più cospicuo, ossia alle strutture che in quell'anno potevano eseguire le prestazioni maggiormente remunerative, con ciò accentuando la differenziazione tra le strutture con fatturato più basso e quelle con fatturato più alto nel 1998.

In considerazione di ciò, l'Autorità ha rilevato che tale sistema di ripartizione dei fondi aveva cristallizzato per un lungo arco temporale, tra il 1999 e il 2007 circa, le posizioni storiche detenute dai laboratori nel 1998, ostacolandone la crescita economica e impedendo lo sviluppo di una dinamica competitiva nel settore.

L'Autorità ha auspicato, pertanto, che l'amministrazione regionale desse attuazione alla legge regionale n. 26/2006, secondo cui il nuovo sistema di ripartizione deve tenere conto *“della valorizzazione delle attività territoriali, delle prestazioni introdotte nel nomenclatore dopo il 1998, della reale capacità erogativa delle strutture nonché degli obiettivi di appropriatezza e governo della domanda”*; ed inoltre, che il sistema di ripartizione dei fondi pubblici tra le diverse branche mediche e, quindi, tra le strutture private convenzionate, fosse oggetto di una disciplina giuridica derivante da fonti normative di pubblico accesso e dotate di sufficiente chiarezza, al fine di evitare discriminazioni e di permettere l'instaurarsi di condizioni concorrenziali nel mercato della fornitura di analisi cliniche nella Regione Puglia.

DISCIPLINE REGIONALI E DELLE DUE PROVINCE AUTONOME IN MATERIA DI GUIDE TURISTICHE

Nel luglio 2008, l'Autorità ha trasmesso al Presidente della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, alla Presidenza del Consiglio dei Ministri e ai Presidenti delle Regioni e delle Province autonome di Trento e Bolzano alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 in ordine a talune restrizioni della concorrenza contenute nelle discipline regionali e delle due province autonome in materia di guide turistiche.

L'Autorità si è soffermata anzitutto sulle modalità di svolgimento dell'esame di abilitazione, sottolineando l'esigenza che esso venga bandito con regolarità e adeguata pubblicizzazione almeno una volta all'anno, al fine di non introdurre, anche indirettamente, limiti quantitativi di accesso alla professione; l'Autorità ha altresì osservato che le commissioni di esame dovrebbero essere formate da esperti che non si trovino in conflitto di interessi con gli esaminati e non risultino, dunque, legati ad associazioni di categoria rappresentative delle guide turistiche ovvero attivi nel settore.

Circa i requisiti di ammissione all'esame, l'Autorità ha richiamato l'importanza che gli stessi risultino proporzionati all'interesse generale sotteso all'attività di guida turistica. In quest'ottica, ha ritenuto opportuno che le discipline regionali prevedano il possesso di un diploma di scuola media superiore e che dall'esame siano espressamente esonerati i titolari di diploma di laurea in lettere con indirizzo in storia dell'arte o in archeologia o titolo equipollente (come peraltro previsto dall'articolo 10, comma 2 del decreto legislativo n. 7/2007), i titolari del diploma di scuola media superiore in materie artistiche, nonché coloro che hanno conseguito diplomi o attestati rilasciati da scuole di design, di pittura, di arte, ecc., l'ammissione alle quali è soggetta alla titolarità di un diploma di scuola media superiore,

oltre a coloro che risultano in possesso di attestazioni sottoscritte da enti qualificati circa lo svolgimento di attività di guida turistica per un congruo periodo di tempo. Al contempo, l'Autorità ha auspicato che le Regioni eliminino eventuali elenchi, albi o registri previsti dalle rispettive normative per l'esercizio di attività di guida turistica ovvero precisino che essi non costituiscono presupposto per lo svolgimento dell'attività e che quindi la relativa iscrizione non è obbligatoria.

Con riguardo alla validità territoriale dell'abilitazione, l'Autorità ha ritenuto che tale titolo dovrebbe avere valenza almeno regionale anziché meramente provinciale allo scopo di non segmentare eccessivamente il mercato. Infine, l'Autorità ha inteso ricordare che la fissazione di tariffe uniformi per la prestazione dei servizi di guida turistica, nonché l'indicazione di tariffe di riferimento costituiscono una delle limitazioni alla concorrenza più gravi e meno facilmente riconducibili al perseguimento dell'interesse generale di garanzia della qualità della prestazione; di qui la necessità di abrogare tutte le disposizioni regionali in merito, sia nei casi in cui tali tariffe siano fissate con l'intervento o sotto la vigilanza di organi pubblici, sia nei casi in cui esse siano determinate dalle associazioni di categoria.

LABORATORI "NON UFFICIALI" DI PROVE SU MATERIALI DA COSTRUZIONI

Nel giugno 2008, l'Autorità ha trasmesso al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 in merito alle distorsioni della concorrenza derivanti dalle previsioni contenute nella circolare 16 dicembre 1999 349/STC, riguardante i laboratori "non ufficiali" di prove su materiali da costruzioni, la quale detta i requisiti richiesti ai laboratori che svolgono prove geotecniche sui materiali da costruzione ai fini del rilascio del relativo titolo.

L'Autorità ha in primo luogo rilevato la portata restrittiva del requisito di un organico complessivo superiore ad un certo minimo di addetti, così come del requisito di superficie utile non inferiore a determinati metri quadri, variabili a seconda dei settori di attività in cui il laboratorio era chiamato a fornire le proprie prestazioni, nonché la circostanza per cui le domande dovevano pervenire da laboratori già attivi nel settore da almeno un paio d'anni. Ciascuna di tali previsioni, infatti, si configurava quale ingiustificata barriera amministrativa all'ingresso nel relativo mercato, in assenza di alcuna obiettiva e dimostrata esigenza di carattere generale.

Parimenti, l'Autorità ha rilevato la portata restrittiva della previsione che, tra i documenti da allegare all'istanza del laboratorio, richiedeva *"il tariffario delle prestazioni, con l'indicazione della sua validità nel tempo e delle massime agevolazioni previste"*. La predeterminazione dei prezzi minimi e degli sconti massimi per ciascuna prestazione offerta, infatti, vincolava

l'operatore economico al rispetto di quanto indicato al momento della domanda, pena la sospensione o la revoca del titolo, privandolo della necessaria autonomia nel determinare la propria condotta di mercato. L'obbligo inoltre per tutti i laboratori di comunicare il proprio tariffario al Ministero permetteva alle imprese di disporre agevolmente di un sistema di verifica dei prezzi dei concorrenti e, dunque, in ultima analisi, di uno strumento di coordinamento delle rispettive politiche di prezzo. Sulla base di ciò, l'Autorità ha auspicato che le considerazioni espresse portassero a una revisione delle disposizioni della circolare in senso conforme ai principi concorrenziali.

ORDINAMENTO DELLA PROFESSIONE ALPINA (LEGGE QUADRO 2 GENNAIO 1989, N. 6 E LEGGI REGIONALI)

Nel giugno 2008, l'Autorità ha trasmesso al Parlamento, al Governo, al Presidente della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, e alla Regione autonoma della Valle d'Aosta alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 in merito alle disposizioni della legge quadro 2 gennaio 1989, n. 6, recante "*Ordinamento della professione di guida alpina*". Tale legge stabilisce i principi fondamentali che la disciplina regionale deve rispettare in materia e prevede, in particolare, per l'esercizio della professione di guida alpina, l'iscrizione in appositi albi professionali divisi per regioni, il requisito della residenza, del domicilio o stabile recapito nella regione ai fini dell'iscrizione nell'albo di guide alpine-maestri di alpinismo, nonché, infine, che le tariffe per le prestazioni professionali delle guide alpine siano stabilite dalla competente autorità regionale, sentito il direttivo del collegio regionale delle guide, nel rispetto della tariffa minima giornaliera fissata dal collegio nazionale delle guide ed approvata dal Ministro del turismo. L'Autorità ha rilevato che tali disposizioni introducevano ingiustificate restrizioni della concorrenza nel settore.

In particolare, avendo riguardo all'obbligo di iscrizione ad un albo professionale, l'Autorità ha ricordato che esso dovrebbe rivestire carattere di eccezionalità, limitatamente alle professioni suscettibili di arrecare svantaggi di tale rilevanza per i consumatori da non consentire un regime di libero mercato, o laddove vi sia uno specifico e pregnante interesse pubblico da salvaguardare; con riferimento alla professione di guida alpina, l'Autorità ha considerato invece che fosse sufficiente il requisito del superamento di un apposito esame e della iscrizione degli idonei in un mero elenco delle guide abilitate. Allo stesso modo, il requisito della residenza o dello stabile domicilio nella regione nella quale le guide alpine intendano esercitare, è stato ritenuto suscettibile di determinare una rigida segmentazione territoriale e una restrizione dell'offerta, non giustificate da esigenze di carattere generale

quali la tutela del consumatore. Infine, il sistema di determinazione di tariffe minime obbligatorie per gli iscritti al rispettivo albo professionale è apparso privo di giustificazione, posto che impedisce un'effettiva concorrenza tra gli operatori fondata sul prezzo della prestazione e non garantisce la correttezza professionale nei confronti dei consumatori.

L'Autorità ha rilevato, inoltre, che la portata anticoncorrenziale del dettato legislativo nazionale aveva trovato pieno riscontro nelle diverse normative regionali: nelle leggi regionali e/o provinciali di Valle d'Aosta, Piemonte, Lombardia, Trentino, Alto Adige, Veneto e Friuli Venezia Giulia, risultava, infatti, previsto il requisito dell'iscrizione ad appositi albi, nonché la residenza nel territorio della regione ai fini della suddetta iscrizione, fatta eccezione per la Lombardia e il Friuli Venezia Giulia. Tutte le Regioni in questione avevano previsto, inoltre, un tariffario minimo e/o massimo per le prestazioni di guida alpina. La normativa della Valle d'Aosta, infine, oltre ai requisiti sopra elencati, prevedeva anche le cosiddette "società locali" quale unico strumento per l'organizzazione territoriale delle guide alpine e per la fornitura di servizi turistici, tra cui anche le attività di elitransporto. Tali società, oltre a costituire un'ulteriore barriera all'entrata nel mercato in esame, erano titolari anche di un ingiustificato potere regolatorio in merito alle modalità di svolgimento dell'attività di guida alpina.

In considerazione di ciò, l'Autorità ha auspicato che il Parlamento e il Governo procedessero alla revisione delle disposizioni normative esaminate, tenendo in considerazione le osservazioni svolte.

REGOLAMENTO PER LA DISCIPLINA DELLE ATTIVITÀ ARTISTICHE CHE SI SVOLGONO SU SUOLO PUBBLICO

Nel luglio 2008, l'Autorità ha formulato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, in merito alle distorsioni della concorrenza derivanti da talune previsioni del regolamento n. 66/2008 emanato dal Comune di Venezia in materia di attività artistiche svolte su suolo pubblico. Tale regolamento, in particolare, al fine del rilascio dell'autorizzazione ad esercitare tali attività per scopo di lucro, richiede all'interessato: *i)* il possesso di un titolo di studio professionale, *ii)* l'autocertificazione antimafia, *iii)* eventuali titoli di studio o merito artistico, o riconoscimenti, ecc., *iv)* l'iscrizione alla Camera di commercio. Costituisce, inoltre, titolo valido per il rilascio dell'autorizzazione l'iscrizione alla partita IVA inerente l'attività professionale di artista. Lo stesso regolamento prevede, infine, una durata decennale o semestrale dell'autorizzazione all'esercizio delle attività artistiche: la prima rilasciata dal Comune secondo i criteri dell'anzianità della domanda consecutivamente presentata, dell'anzianità di residenza nel Comune, degli eventuali titoli accademici o di merito risultanti da valide

certificazioni e della situazione familiare; l'autorizzazione semestrale, invece, rilasciata sulla base dell'ordine cronologico di presentazione, con priorità riconosciuta ai soggetti già autorizzati per lo stesso tipo di attività.

Al riguardo, l'Autorità ha sottolineato che il regolamento in questione, equiparando l'iscrizione alla partita IVA ad un titolo professionale e prevedendo un meccanismo di selezione basato sui criteri dell'anzianità della domanda consecutivamente presentata e dell'anzianità di residenza nel Comune di Venezia, e solo eventualmente sulla valutazione dei titoli e meriti accademici, aveva slegato la scelta dei candidati da qualsiasi connessione con l'attività artistica. Trasformando inoltre le autorizzazioni annuali in decennali e quelle occasionali in semestrali, lo stesso aveva ingessato il mercato, rendendo più difficoltoso l'ingresso da parte dei nuovi operatori.

Alla luce di ciò e tenuto conto della disciplina vigente in altri Comuni (come Firenze e Roma), i quali hanno introdotto meccanismi trasparenti e pro-concorrenziali di selezione degli artisti, l'Autorità ha auspicato che anche il Comune di Venezia riuscisse a dotarsi di una disciplina relativa alla selezione degli artisti, basata sulle effettive capacità pittoriche degli stessi. L'Autorità ha inoltre richiamato la necessità che il Comune rivedesse la previsione della partita IVA come requisito per il rilascio dell'autorizzazione, in quanto del tutto irrilevante ai fini della scelta dei candidati più qualificati. Infine, l'Autorità ha sottolineato l'opportunità di una revisione della durata della concessione rilasciata al pittore, da attribuirsi per un numero limitato di anni, al fine di facilitare la dinamicità e l'apertura del mercato.

AFFIDAMENTI DIRETTI PER LA FORNITURA DEI SERVIZI DI TRASPORTO IN SOCCORSO AD ENTI DI VOLONTARIATO

Nel novembre 2008, l'Autorità ha inteso formulare alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 in merito al sistema di affidamento del servizio di trasporto sanitario disciplinato dall'articolo 10- bis della legge della Regione Marche n. 36/1998, recante "*Sistema di emergenza sanitaria*", come successivamente modificata. Tale norma prevede che, ove il sistema di trasporto sanitario non possa essere assicurato dalle aziende sanitarie e dall'INRCA, che si avvalgono dei mezzi e personale propri, tale servizio è affidato "*in via prioritaria*" "*alle associazioni di volontariato, alla Croce Rossa Italiana (di seguito CRI) e agli enti pubblici accreditati, al fine di garantire l'espletamento del servizio di interesse generale in condizioni di equilibrio economico per il bilancio regionale*". I rapporti tra servizio sanitario regionale e i soggetti indicati sono regolati da convenzioni che prevedono "*l'esclusiva erogazione dei rimborsi e delle spese effettivamente sostenute*". Al contrario, le imprese private accreditate possono svolgere in via residuale attività di trasporto sanitario, ma la loro selezione deve avvenire tramite gara.

In proposito, l'Autorità ha ricordato che, come già sottolineato in una precedente segnalazione²⁷ e come statuito anche dai giudici comunitari, le associazioni di volontariato, ancorché non perseguano fini di lucro, sono imprese ai sensi del diritto *antitrust*; esse possono, infatti, esercitare un'attività economica in concorrenza con altri operatori, nonostante il vantaggio concorrenziale della cospicua riduzione della spesa concernente le risorse umane. Pertanto, tali associazioni, sebbene possano offrire servizi a prezzi più contenuti rispetto a quelli offerti da altri concorrenti, non sono esonerate dal partecipare a procedure selettive di aggiudicazione.

Alla luce di ciò, l'Autorità ha rilevato che l'articolo 10-*bis* della citata legge sollevava perplessità concorrenziali nella parte in cui affidava il servizio di trasporto sanitario in via prioritaria alle associazioni di volontariato, alla CRI e agli enti pubblici accreditati. Inoltre, dalle informazioni e dalla documentazione in possesso dell'Autorità, non risultava che la Regione Marche avesse realizzato un sistema di monitoraggio dei costi delle associazioni di volontariato, così come indicato nella delibera regionale n. 794/2002, limitandosi invece ad istituire nel 2008 un gruppo di lavoro, con compiti di mero studio. L'Autorità ha, pertanto, sottolineato l'opportunità di riflettere in merito all'efficacia di un siffatto sistema in quanto la realizzazione del processo di monitoraggio dei costi, peraltro non ancora avviato al momento della segnalazione, in ragione della sua evidente complessità, poteva comportare costi maggiori rispetto a quelli derivanti dall'espletamento di gare pubbliche.

L'Autorità ha quindi concluso che, nella prospettiva *antitrust*, è sempre preferibile, anche in presenza di organizzazioni di ispirazione solidaristica, scegliere il fornitore di servizi pubblici mediante procedure selettive. Queste garantiscono, infatti, la piena realizzazione del gioco della concorrenza, con beneficio diretto per lo sviluppo competitivo del Paese e indirettamente per tutti i cittadini.

AFFIDAMENTO DEI SERVIZI DA PARTE DEL COMMISSARIO DELEGATO ALL'EMERGENZA PER LE INFRASTRUTTURE E I SERVIZI DELLE ISOLE EOLIE

Nel dicembre 2008, l'Autorità ha svolto alcune considerazioni, ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge n. 287/90, in merito a un affidamento di servizi effettuato da parte del Commissario delegato all'emergenza per le infrastrutture e i servizi delle Isole Eolie a mezzo di una convenzione stipulata con la Società per la Gestione degli Impianti Idrici Spa. Il Commissario *pro tempore* competente aveva stipulato la citata convenzione senza l'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica, sulla base di asserite facoltà di deroga alla normativa vigente previste da una precedente

²⁷ Segnalazione AS385 Regione Lazio: Istituzione dell'Azienda regionale Ares 118 del 29 marzo 2007.

ordinanza del Ministro degli Interni delegato per il coordinamento della protezione civile.

In proposito, l'Autorità ha ritenuto che, quand'anche il conferimento di potestà di deroghe fosse stato a suo tempo legittimo, successivi atti di valenza generale avevano rigorosamente determinato portata e applicabilità di simili deroghe. In particolare, la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri "*Indirizzi in materia di protezione civile in relazione all'attività contrattuale riguardante gli appalti pubblici di lavori, di servizi e di forniture di rilievo comunitario*" del 22 ottobre 2004 richiedeva che i commissari delegati provvedessero alle aggiudicazioni necessarie al superamento delle situazioni emergenziali nel rispetto delle norme europee in materia di contratti pubblici.

Conseguentemente, con specifico riferimento all'affidamento di servizi ed alla realizzazione di opere previste nella convenzione in questione, l'Autorità ha raccomandato al Commissario competente di provvedere - quantomeno per i lavori e i servizi ancora da effettuare - nella dovuta conformità ai principi di concorrenzialità, trasparenza, buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa.

Tenuto conto, infine, dell'ampio ricorso avvenuto in Italia alle gestioni emergenziali, l'Autorità ha richiamato l'attenzione delle autorità competenti sulle opportune indicazioni contenute nella citata direttiva relativamente alla necessità che la durata degli stati di emergenza, ovvero dei cosiddetti "grandi eventi", venga sempre definita in stretta correlazione con i tempi necessari per la realizzazione dei primi indispensabili interventi, e senza che la concessione di eventuali proroghe possa essere giustificata da situazioni di inerzie o ritardi nella realizzazione degli adempimenti necessari. Nel caso delle Isole Eolie, specificamente oggetto della segnalazione, era risultato in effetti come le successive proroghe avessero di fatto istituzionalizzato una situazione emergenziale attesa a ogni stagione turistica e pertanto perfettamente prevedibile, con conseguenti limitazioni della concorrenza che non paiono trovare giustificazioni di sorta.

ATTIVITÀ IMMOBILIARI

Inottemperanze

MANUTENCOOP/MANUTENCOOP FACILITY MANAGEMENT

Nel dicembre 2008, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio nei confronti della società Manutencoop Società Cooperativa (MSC) per violazione dell'obbligo di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione. L'operazione, realizzata nell'aprile 2008, è consistita nell'acquisto da parte di MSC del controllo esclusivo di Manutencoop Facility Management Spa (MFM), di cui già deteneva circa il 75% del

capitale sociale. Fino al momento dell'operazione, MFM era controllata congiuntamente da MSC, MPS Venture SGR Spa e 21 Partners S.G.R. Spa.

L'Autorità ha considerato che l'operazione, comportando l'acquisizione del controllo esclusivo di un'impresa, costituiva una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera *b*) della legge n. 287/90 e risultava soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva, in quanto il fatturato realizzato nell'ultimo esercizio a livello nazionale dalle imprese coinvolte era risultato superiore alla soglia di cui all'articolo 16, comma 1, della stessa legge.

Tenuto conto dell'assenza di dolo, della comunicazione spontanea, benché tardiva dell'operazione, della modesta incidenza concorrenziale dell'operazione, nonché del lasso di tempo intercorso prima della comunicazione dell'operazione, l'Autorità ha irrogato alla Manucoop Società Cooperativa una sanzione amministrativa pari a 5 mila EUR.

Segnalazioni

REGOLAMENTAZIONE AFFITTI TURISTICI DI APPARTAMENTI ACQUISTATI DA PRIVATI COME SECONDA CASA IN PROVINCIA DI BOLZANO

Nel gennaio 2008, l'Autorità ha formulato alcune osservazioni in merito alle modalità di applicazione e al testo della legge della Provincia Autonoma di Bolzano 11 maggio 1995, n. 12, “*Disciplina dell'affitto di camere ed appartamenti ammobiliati per ferie*”. L'Autorità ha rilevato che vari elementi, sia di ordine testuale che sistematico, inducevano a delimitare l'ambito applicativo della legge considerata alle sole ipotesi di esercizio di attività ricettiva, caratterizzata dal fatto che la messa a disposizione dell'alloggio è accompagnata dalla prestazione di servizi aggiuntivi e complementari a favore del turista ospitato. Ciò non di meno, è emerso che alcuni comuni della Provincia autonoma di Bolzano ritenevano la legge applicabile anche alle ipotesi di semplice locazione di appartamenti ammobiliati per uso turistico, là dove il proprietario si avvalga di servizi di promozione o intermediazione per la stipula dei contratti, ovvero conceda lo stesso immobile in locazione per più di quattro volte nell'arco di un anno. Comportando l'applicazione della legge l'assoggettamento del proprietario/locatore a molteplici e specifici obblighi e adempimenti di carattere amministrativo e fiscale, l'Autorità ha concluso che era ragionevole supporre che tale opzione interpretativa si risolvesse in un disincentivo alla concessione in locazione delle cosiddette “*seconde case*”.

L'Autorità, pertanto, ritenuto che l'applicazione della legge n. 12/95 alle locazioni di appartamenti ammobiliati per uso turistico non accompagnata dalla prestazione di alcun servizio fosse in contrasto con gli ordinari canoni interpretativi e, allo stesso tempo, fosse suscettibile di produrre un impatto concorrenziale sul mercato dei servizi di ricettività alberghiera ed extra

alberghiera, ha espresso l'auspicio che il Presidente della Provincia autonoma di Bolzano voglia adottare iniziative volte a garantire un'applicazione della disciplina circoscritta alle sole attività ricettive. L'Autorità ha inoltre evidenziato il carattere restrittivo della concorrenza delle disposizioni, contenute nella legge che impongono agli esercenti la pubblicazione dei prezzi minimi, prevedendo l'applicazione di sanzioni amministrative in caso di inosservanza.

PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DEI SERVIZI DI PUBBLICAZIONE DEGLI AVVISI DI VENDITA NELL'AMBITO DELLE PROCEDURE ESECUTIVE GESTITE DAI TRIBUNALI

Nel settembre 2008, l'Autorità ha trasmesso ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 alcune osservazioni al Ministro della Giustizia in merito alle modalità con le quali i Tribunali italiani provvedono all'affidamento dei servizi di pubblicazione degli avvisi di vendita nell'ambito delle procedure esecutive. La gran parte dei Tribunali adempiono, infatti, gli obblighi di pubblicità previsti dall'articolo 490 c.p.c., stipulando delle convenzioni con le società che gestiscono i siti *internet* sui quali pubblicare gli avvisi. Dette convenzioni prevedono che la società svolga dei servizi accessori rispetto alla semplice pubblicazione degli avvisi, quali la gestione del sito *internet* del Tribunale, la fornitura di un *software* per la gestione dei documenti da pubblicare, la fornitura di corsi di formazione per l'utilizzo del *software* stesso, *report* statistici, nonché la gestione delle operazioni di pubblicità sui quotidiani obbligatorie per legge. I costi di tali servizi vengono di norma posti a carico delle procedure esecutive in quanto spese di giustizia.

L'Autorità ha osservato che la stipula delle predette convenzioni poteva pregiudicare il corretto sviluppo del mercato in assenza del ricorso a forme di evidenza pubblica. Da un lato, infatti, l'affidamento diretto attraverso lo strumento delle convenzioni pluriennali poteva risultare di ostacolo all'ingresso di nuovi operatori e condurre alla creazione e mantenimento di posizioni di mercato non basate sul reale confronto competitivo. Dall'altro, il fatto che i costi derivanti dalla stipula delle predette convenzioni gravino sulla procedura esecutiva e quindi, in ultima analisi, sul debitore escusso, doveva comportare per le Pubbliche Amministrazioni l'utilizzo di forme di selezione improntate al rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità e concorrenza al fine di ottenere la massimazione dei risultati in termini di efficienza. L'Autorità ha, pertanto, auspicato che le parti delle suddette convenzioni venissero selezionate attraverso adeguate forme di evidenza pubblica tali da garantire il massimo confronto competitivo e la tutela dei soggetti su cui gravano i costi dei predetti servizi.

Attività educative, ricreative, culturali e sportive

Intese

FEDERITALIA/FEDERAZIONE ITALIANA SPORT EQUESTRI (FISE)

Nel maggio 2008, l'Autorità ha concluso un procedimento istruttorio ai sensi degli articoli 81 e 82 del Trattato Ce nei confronti della Federazione Italiana Sport Equestri (FISE), accettando gli impegni presentati ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90 e chiudendo l'istruttoria senza accertare l'infrazione. Il procedimento era stato avviato al fine di verificare eventuali restrizioni della concorrenza poste in essere dalla FISE nel mercato dell'organizzazione degli eventi e delle manifestazioni equestri, nonché nelle altre attività di natura ludica, sociale o riabilitativa connesse all'utilizzo di cavalli.

L'Autorità aveva rilevato, infatti, che alcune disposizioni dello statuto di FISE apparivano finalizzate a chiudere il mercato equestre sia a nuovi soggetti entranti sia a quelli in esso già operanti, nella parte in cui impedivano ai propri affiliati e tesserati, pena l'applicazione di sanzioni disciplinari e l'esclusione dalla federazione stessa, di aderire ad altra associazione od ente nazionale che svolgesse attività ludica o sportiva nel campo degli sport equestri. Tale previsione, infatti, ove funzionalmente coordinata con quanto stabilito dallo stesso statuto in merito al fatto che la FISE è la sola competente a *“disciplinare l'attività equestre in Italia in tutte le sue espressioni formative, agonistiche, ludiche e addestrative, con particolare riguardo alle sottelencate discipline, che vengono riportate a livello indicativo e non esaustivo”*, escludeva di fatto dal mercato gli operatori concorrenti, incidendo anche sulla posizione dei singoli associati, i quali erano di fatto obbligati a dover necessariamente scegliere fra l'adesione alla FISE e quella ad altre associazioni del settore ippico; e ciò non solo con riferimento alle sole discipline di carattere olimpico, ma anche in occasione di tutte le attività che richiedessero la presenza di cavalli.

L'Autorità aveva altresì rilevato che la FISE, in quanto soggetto deputato a disciplinare l'attività equestre su tutto il territorio nazionale, attraverso l'esercizio di tali poteri nonché di specifiche condotte escludenti, poteva aver abusato della sua posizione dominante, non consentendo ai propri affiliati e tesserati di aderire ad altra associazione od ente nazionale che svolgesse la propria attività nel campo delle discipline equestri. L'esercizio dei poteri regolatori della FISE, infatti, incidendo indirettamente sulle attività di altri operatori nel settore equestre anche non prettamente olimpico, potevano aver

comportato un notevole ridimensionamento, se non una definitiva esclusione dal relativo mercato, delle associazioni non affiliate alla FISE.

Al fine di superare le criticità concorrenziali emerse, la FISE ha presentato nel corso dell'istruttoria degli impegni ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90, successivamente integrati. In particolare, con riferimento all'esclusiva sulla "disciplina" delle attività ludiche, la FISE si è impegnata ad modificare il proprio statuto federale affinché l'esclusiva venisse superata e in capo ad essa restasse la sola competenza esclusiva sull'attività strettamente agonistica per i propri tesserati ed affiliati; contestualmente, FISE si è impegnata a comunicare immediatamente l'applicazione delle future modifiche a tutti gli organi centrali e periferici della Federazione e al CONI nonché a darne adeguata pubblicità sul proprio sito web e sulle riviste di settore. La FISE si è impegnata inoltre a modificare l'articolo 17, comma 2, delle Norme di attuazione dello statuto, prevedendo che esso disponesse che *"E' fatto espresso divieto ai tesserati di partecipare a manifestazioni agonistiche [...] indette da altri Enti e/ associazioni senza preventiva autorizzazione da parte della FISE. E' fatta salva la possibilità per i tesserati di partecipare alle manifestazioni ludiche e ricreative indette da altri Enti e/o associazioni"*, che *"potranno svolgersi anche con modalità competitive con l'assegnazione di premi e/o trofei di natura esclusivamente simbolica, ma non potranno comportare la previsione di classifiche o l'assegnazione di titoli"* come quelle di natura federale. Infine, ferma restando l'esclusiva che caratterizza il rapporto tra la Federazione e i proprio affiliati, la FISE ha previsto la possibilità per gli affiliati FISE di concludere accordi con Enti o associazioni non affiliati tramite una "convenzione quadro" tra la FISE e tale Ente o associazione, che stabilisse i requisiti minimi sportivi e di sicurezza da rispettare al fine di poter concludere accordi per l'utilizzo degli impianti con i singoli affiliati FISE.

L'Autorità ha ritenuto che tali impegni fossero idonei a far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto del procedimento istruttorio. In particolare, l'impegno assunto dalla FISE di modificare il proprio statuto avrebbe risolto definitivamente il problema della partecipazione dei tesserati federali a manifestazioni sportive, anche competitive, indette da associazioni concorrenti della FISE, lasciando comunque impregiudicato il sistema imperniato sulla necessità di un'unica federazione nazionale dello sport equestre, rappresentativa delle classifiche e delle graduatorie a livello nazionale e internazionale. L'Autorità ha altresì ritenuto che la modifica dell'articolo 17, comma 2, delle norme di attuazione dello statuto FISE assumeva una chiara valenza positiva ai fini concorrenziali, traducendosi nella facoltà per i tesserati FISE di partecipare a manifestazioni organizzate da altri enti o associazioni di natura equestre aventi anche una finalità competitiva al di fuori del contesto federale. Infine, l'Autorità ha considerato

che in virtù delle misure volte a consentire l'uso degli impianti degli affiliati FISE ad altri enti o associazioni tramite una "convenzione quadro", i tesserati federali, anche alla luce dell'ulteriore impegno adottato dalla FISE in relazione all'articolo 17, comma 2, delle norme attuative del proprio statuto, avrebbero potuto partecipare in futuro a manifestazioni "terze" anche di tipo competitivo, utilizzando le strutture affiliate alla federazione nazionale. In ragione di ciò, l'Autorità ha reso tali impegni obbligatori ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90 nei confronti della FISE ed ha chiuso l'istruttoria senza accertare l'infrazione.

Segnalazioni

DISTORSIONI DELLA CONCORRENZA NEL SETTORE DEGLI SPETTACOLI DAL VIVO

Nel luglio 2008, l'Autorità ha trasmesso al Parlamento, al Governo, al Presidente della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni, le Province autonome di Trento e Bolzano, al Ministro per i beni e le attività culturali, al Sindaco del Comune di Roma, alcune considerazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, in merito a talune distorsioni della concorrenza riscontrate nel settore degli spettacoli dal vivo, soprattutto alla luce dell'ampliamento dell'offerta di tali spettacoli registratosi tra il 2000 e il 2005 in ragione principalmente del ruolo svolto dal finanziamento pubblico.

Su un piano generale, l'Autorità ha sottolineato come il sostegno finanziario alle iniziative culturali, ove non risulti ispirato alla selettività delle produzioni e delle strutture da finanziare, alla trasparenza dei finanziamenti e alla gestione più neutrale possibile delle strutture pubbliche che ospitano gli eventi, non può che nuocere al confronto competitivo, particolarmente importante nel settore teatrale e degli spettacoli dal vivo in genere, anche per le evidenti ricadute sul pluralismo culturale.

Con riferimento, in particolare, alle modalità di assegnazione dei finanziamenti per gli spettacoli dal vivo, l'Autorità ha rilevato che la gestione dei contributi dovrebbe essere soggetta a regole certe, predeterminate e non discriminatorie. Non dovrebbero, quindi, essere erogati - salvo casi eccezionali adeguatamente motivati - contributi in assenza di selezioni e dovrebbero essere aboliti i finanziamenti *ex post*, finalizzati a sanare bilanci in disavanzo, in quanto idonei a disincentivare l'efficienza degli operatori. L'Autorità ha, pertanto, auspicato che il finanziamento sia sempre selettivo; che le selezioni prevedano la procedura concorsuale, bandita con cadenza fissa e adeguatamente pubblicizzata; che i criteri di valutazione per l'assegnazione dei fondi risultino predeterminati e conoscibili dai potenziali interessati; che le commissioni siano composte da soggetti che non versino in situazioni di conflitto di interesse.

Con riguardo alla gestione delle strutture pubbliche, l'Autorità ha osservato come anche lo sfruttamento esclusivo delle strutture pubbliche che ospitano eventi culturali (quali concerti, balletti, rappresentazioni teatrali) da parte degli enti finanziatori (di solito enti territoriali locali) o da società da questi controllate possa, talvolta, determinare ingiustificate posizioni di vantaggio di tali operatori, con danno dei concorrenti, oltre che del pluralismo dell'offerta culturale.

Sotto il primo aspetto, l'Autorità ha evidenziato che un importante elemento distorsivo della concorrenza deriva dall'ingiustificata posizione di vantaggio detenuta dalle società a capitale pubblico, spesso municipalizzate, operanti sia nel settore dello spettacolo dal vivo che nella gestione dei servizi connessi con i beni culturali (quali servizi di caffetteria, librerie, visite guidate). Più in generale, le società a capitale pubblico operanti nel settore dello spettacolo dal vivo godono spesso, oltre che di sovvenzioni pubbliche erogate prevalentemente in assenza di selezioni, anche di facilitazioni nell'utilizzo delle strutture pubbliche, ad esse riconosciute senza lo svolgimento di procedure selettive. Tale situazione di vantaggio competitivo si traduce in una forma di discriminazione a danno dei privati esclusi a fruire delle strutture pubbliche per la distribuzione dei propri prodotti ed impedisce lo svolgimento della libera concorrenza, con conseguente disincentivo alla produzione e distribuzione efficiente dei prodotti culturali del settore dello spettacolo dal vivo. L'Autorità ha, pertanto, auspicato che sia consentito l'utilizzo delle strutture pubbliche anche da parte di altri operatori dell'industria culturale, secondo criteri di equità e non discriminazione, sulla base di selezioni trasparenti. Ciò ovviamente in presenza di capacità inutilizzata della struttura pubblica e senza in alcun modo condizionare la programmazione di quest'ultima. Infine, con riferimento al ruolo dei soggetti pubblici, l'Autorità ha sottolineato che essi dovrebbero dismettere il più possibile ogni funzione di tipo imprenditoriale, limitando le proprie attività nel settore alle sole manifestazioni di interesse generale ovvero a eventi e iniziative per cui presumibilmente, in assenza di un intervento pubblico, il mercato potrebbe non funzionare.

Alla luce di tali considerazioni, l'Autorità ha richiamato l'attenzione sulla necessità che l'intervento pubblico nel settore si conformi ai principi concorrenziali e che il legislatore proceda a razionalizzare l'intera materia, soprattutto mediante l'istituzione di un sistema di incentivi e finanziamenti pubblici, che non si sovrappongano, ma che siano in grado di incentivare uno sviluppo competitivo del settore degli spettacoli dal vivo, anche al fine di garantire il pluralismo dell'offerta culturale.

REGOLAMENTAZIONE DELLE COMPETIZIONI SPORTIVE SU STRADA

Nel luglio 2008, l'Autorità ha formulato, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, alcune osservazioni al Governo in merito alle previsioni contenute nell'articolo 9 del vigente Codice della strada e alle relative disposizioni applicative contenute nella Circolare del Ministero dei trasporti del 18 febbraio 2008, ritenendole suscettibili di determinare restrizioni della concorrenza nel settore delle competizioni sportive su strada con veicoli a motore. Tale articolo, rubricato "Competizioni sportive su strada" attribuisce agli Enti territoriali la competenza ad autorizzare tutte le competizioni sportive con veicoli o animali e quelle atletiche da svolgersi su strada; per le sole gare con veicoli a motore, è previsto che l'autorizzazione venga rilasciata "sentite le Federazioni nazionali sportive"; è inoltre prescritto il nulla osta del Ministero dei trasporti, da richiedere allegando "un preventivo parere del CONI." Tali previsioni si aggiungono a quella, anch'essa specifica per le gare motoristiche, che richiede un collaudo del percorso di gara e delle attrezzature relative, effettuato da un tecnico dell'ente proprietario della strada, assistito dai rappresentanti dei Ministri dell'interno, delle infrastrutture e dei trasporti, unitamente ai rappresentanti degli organi sportivi competenti e dei promotori.

In proposito, l'Autorità ha rilevato che la necessità di un preventivo parere delle Federazioni nazionali sportive ai fini del rilascio dell'autorizzazione risultava suscettibile di determinare una discriminazione concorrenziale fra i soggetti che organizzano gare motoristiche su strada, a seconda che operino nell'ambito delle federazioni sportive oppure al di fuori di esse.

L'Autorità ha altresì osservato che la potenzialità restrittiva dell'articolo 9 del Codice della strada era stata fino a pochi mesi prima attenuata dall'interpretazione del Ministero dell'interno contenuta in una circolare del maggio 2001 nella quale, essendo state rilevate divergenze tra alcuni dei maggiori Enti di promozione sportiva e la Federazione Sportiva Automobilistica Italiana (di seguito CSAI), si chiariva che il parere tecnico-sportivo di competenza di quest'ultima aveva natura obbligatoria, ma non vincolante. Inoltre, secondo la stessa circolare, il parere del CONI da allegare al nulla osta del Ministero dei trasporti non doveva essere rilasciato direttamente dallo stesso, bensì attraverso le Federazioni nazionali sportive competenti. Nel caso delle competizioni motoristiche su strada, il soggetto che provvedeva effettivamente al rilascio di tale parere risultava essere ACI/CSAI, nella duplice veste di Federazione nazionale e di organizzatore di gare sportive in concorrenza con gli altri soggetti attivi nel settore.

In proposito, l'Autorità ha osservato che tale riserva di competenza di ACI, da un lato, era all'origine di distorsioni della concorrenza derivanti dall'utilizzo, da parte di ACI, di tale competenza al fine di ostacolare le

gare organizzate dagli altri operatori sportivi; dall'altro, non appariva proporzionata all'obiettivo più generale di garantire la sicurezza dei piloti e degli spettatori alle gare motoristiche su strada, già assicurato dal collaudo del percorso di gara e dal rispetto di standard predisposti dalle Federazioni competenti e recepite dai diversi organizzatori.

La problematicità concorrenziale dell'articolo 9 si era poi manifestata in particolare negli ultimi mesi, a seguito di una diversa e più restrittiva interpretazione adottata dal Ministero dei trasporti con la Circolare del febbraio 2008. In essa si affermava, infatti, che l'ente competente, a prescindere dal tipo di manifestazione sportiva, doveva acquisire comunque il preventivo parere del CONI espresso dalle competenti Federazioni sportive nazionali, laddove invece la norma del Codice della strada imponeva non agli enti autorizzatori, bensì ai promotori l'obbligo di presentare al Ministero il preventivo parere del Coni, e non dell'ACI.

L'Autorità ha sottolineato l'incongruenza di tali previsioni, in considerazione del fatto che il CONI non è chiamato dall'articolo 9 del Codice della strada a rilasciare parere per nessuna delle competizioni nelle discipline olimpiche su strada, mentre è richiesto il rilascio di un suo parere esclusivamente per un'attività sportiva - quella motoristica - non rientrante tra le discipline olimpiche che costituiscono la competenza propria dello stesso CONI.

Alla luce di ciò, l'Autorità ha auspicato che si procedesse alla modifica della norma in questione attraverso l'eliminazione delle previsioni di preventivi pareri delle federazioni nazionali sportive e del CONI, sostituendole ove si fosse reputato utile, con la fissazione di regole e standard di sicurezza omogenei da parte del Ministero dei trasporti; nelle more, l'Autorità ha sollecitato il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e il Ministero dell'interno ad adeguare le proprie prassi applicative alle osservazioni formulate, allo scopo di agevolare uno sviluppo effettivo della concorrenza nel settore dello sport motoristico su strada.

NORME IN MATERIA DI DEMANIO MARITTIMO CON FINALITÀ TURISTICO-RICREATIVA.

Nell'ottobre 2008, l'Autorità ha inteso formulare alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 in ordine alle distorsioni della concorrenza derivanti dalle disposizioni di cui all'articolo 37 del Codice della navigazione, al decreto-legge n. 400/1993, recante *“Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime”*, convertito dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, come sostituito dall'articolo 10 della legge 16 marzo 2001, n. 88, nonché alla legge della Regione Friuli Venezia Giulia 13 novembre 2006, n. 22 recante *“Norme in materia di demanio marittimo con finalità turistico ricreativa e modifica alla legge regionale 16/2002 in materia di difesa del suolo e di demanio idrico”* ed,

infine, al decreto del Presidente della Regione 9 ottobre 2007, n. 320, con il quale è stato previsto il piano di utilizzo del demanio marittimo della medesima Regione.

In ambito nazionale, la concessione di beni rientranti nel demanio marittimo è disciplinata, tra l'altro, dall'articolo 37 del Codice della navigazione, il quale prevede, nel caso di più domande per la concessione di beni demaniali, il cosiddetto diritto di insistenza in capo al soggetto che sia già titolare della concessione. In tema di concessioni demaniali marittime, inoltre, l'articolo 1, comma 2 del citato decreto legge n. 400/1993 prevede il rinnovo automatico delle concessioni demaniali sessennali a semplice richiesta del concessionario, fatto salvo il diritto di revoca ex articolo 42 c.d. n..

L'Autorità ha sottolineato come tali norme fossero suscettibili di produrre effetti restrittivi della concorrenza, dal momento che né il Codice della navigazione, né il relativo regolamento di attuazione prevedevano per l'assegnazione di concessioni marittime l'utilizzo di procedure concorsuali trasparenti, competitive e debitamente pubblicizzate, né la ragionevole durata delle concessioni demaniali. L'Autorità ha, in particolare, ritenuto che procedure di rinnovo o rilascio della concessione, basate sul criterio della preferenza accordata al precedente titolare, dovessero essere sostituite dalla valutazione dell'effettiva equipollenza delle condizioni offerte dal concessionario e dagli altri aspiranti sul piano della rispondenza agli interessi pubblici, nonché dall'idonea pubblicizzazione della procedura in modo da riconoscere alle imprese interessate le stesse opportunità concorrenziali, in contrapposizione al titolare della concessione scaduta o in scadenza.

Per quanto concerne la Regione Friuli Venezia Giulia, l'Autorità ha valutato positivamente l'impianto generale della legge regionale n. 22/2006 e del decreto del Presidente della Regione n. 32/2007 con il quale è stato approvato il Piano di utilizzo del demanio marittimo; tuttavia, ha rilevato che entrambi, oltre a contemplare il ricorso a procedure competitive, prevedevano fra i criteri applicabili "ai fini della determinazione della più proficua utilizzazione della concessione" anche il cosiddetto diritto di insistenza, precisando, tra l'altro, che esso venisse valutato in misura non inferiore al 30% per le concessioni destinate ad enti o associazioni senza finalità di lucro e in misura non inferiore al 10% per le concessioni con finalità turistico ricreativa.

L'Autorità ha sottolineato come l'applicazione di tale percentuale di preferenza attribuisse un valore in termini percentuali al cosiddetto diritto di insistenza, che di fatto veniva reinserito nella fase di valutazione delle offerte, nel procedimento di scelta del contraente e ponderato insieme agli altri criteri, laddove invece sarebbe stato più opportuno prenderlo in considerazione in un momento successivo, nell'ipotesi in cui si fosse venuta a verificare una situazione di completa equivalenza tra distinte offerte.

Infine, l'Autorità ha affermato la necessità che il litorale marittimo venisse qualificato in base alla rilevanza economica dei servizi resi al pubblico attraverso lo sfruttamento economico del bene dato in concessione: in tal modo, diverrebbe ininfluenza la natura giuridica del soggetto che presta il servizio o il fatto che persegua o meno il fine di lucro, essendo rilevante piuttosto l'attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi. Sulla base di ciò, l'Autorità ha auspicato che le osservazioni svolte venissero prese in considerazione dal Parlamento e dal Governo per effettuare una revisione delle previsioni normative esaminate.

RISTORAZIONE

Segnalazione

BANDO DI GARA SULL'AGGIUDICAZIONE DEL SERVIZIO SOSTITUTIVO DI MENSA MEDIANTE BUONI PASTO

Nell'agosto 2008, l'Autorità ha trasmesso, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, alcune osservazioni alla Regione Lombardia e alla società Lombardia Informatica Spa in merito a talune distorsioni della concorrenza derivanti dalla procedura di gara aperta, indetta dalla citata società, avente ad oggetto l'aggiudicazione del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto per un importo massimo contrattuale pari a 30 milioni di EUR.

L'Autorità ha richiamato l'attenzione su una stortura nella formula matematica utilizzata per l'attribuzione del punteggio all'offerta economica (cui veniva riconosciuto un punteggio massimo di 70/100): infatti, solo una determinata combinazione tra lo sconto offerto dall'amministrazione contraente (SOFF) e la commissione massima applicata agli esercizi convenzionati e/o da convenzionare (COFF) era tale da far conseguire ai partecipanti il massimo punteggio. L'Autorità ha ritenuto che l'adozione di tale formula fosse suscettibile di azzerare il confronto concorrenziale tra le imprese, che risultavano private di qualunque possibilità di modulare la propria offerta economica, riducendosi questa a una mera riproduzione di valori già previamente individuati da Lombardia Informatica sulla base di una relazione matematica fissa tra il ribasso offerto dalla stazione appaltante e la commissione richiesta agli esercizi convenzionati.

Inoltre, l'offerta tecnica, cui veniva attribuito un punteggio massimo di 30/100, era di fatto rappresentata dalla sola dimensione della rete degli esercizi convenzionati e/o da convenzionare. In proposito, l'Autorità ha osservato che tale struttura della procedura era volta a premiare soltanto il concorrente in grado di offrire il maggior numero di esercizi convenzionati e/o da convenzionare, con ciò favorendo l'operatore più radicato nel territorio

regionale e precludendo agli altri operatori del mercato la possibilità di formulare un'offerta seriamente concorrenziale.

In considerazione di ciò, l'Autorità ha ribadito che una corretta procedura di gara dovrebbe consentire la più ampia partecipazione dei soggetti interessati, muniti dei necessari requisiti tecnici ed economico-finanziari per fornire i servizi richiesti; in tale senso, la stazione appaltante, nel predisporre i bandi di gara, dovrebbe individuare criteri di valutazione delle offerte tali da non permettere di conoscere in anticipo l'entità dell'offerta economica in grado di assicurare il massimo punteggio. Sarebbe, inoltre, opportuno che i requisiti tecnici minimi richiesti non siano tali da escludere, implicitamente o esplicitamente, la possibilità che determinate tipologie di fornitori, potenzialmente in grado di soddisfare l'esigenza di approvvigionamento delle Pubbliche Amministrazioni, partecipino alla gara. L'Autorità ha auspicato, pertanto, che la Società Lombardia Informatica tenesse conto dei principi concorrenziali nella predisposizione dei bandi con riferimento al settore in esame.

VARIE

Segnalazioni

DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA.

Nel luglio 2008, l'Autorità ha inviato al Parlamento e al Governo alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 in merito al contenuto dell'articolo 23-*bis* del disegno di legge (A.C. 1386) di conversione del decreto legge n. 112/2008, relativo alla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

A proposito delle modalità di affidamento di tali servizi, l'Autorità, pur apprezzando il tentativo del legislatore di formulare una disciplina che tenesse conto dell'esperienza operativa accumulatasi in materia, ha evidenziato, tuttavia, come il disegno di legge in questione fosse suscettibile di miglioramento, in vista di una più ampia affermazione dei valori della concorrenza nel settore. In particolare, l'Autorità ha sottolineato che, a fronte della condivisibile affermazione di principio contenuta nel comma 2 dell'articolo, secondo cui il conferimento della gestione “avviene a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite, individuate mediante procedure ad evidenza pubblica”, il successivo comma 3 introduceva alcune deroghe a tale modalità, sia riproducendo le soluzioni del cosiddetto *in house* e del partenariato pubblico-privato, sia non evitando il determinarsi di quelle situazioni di conflitto di interessi in capo agli enti pubblici controllori/azionisti dei gestori di servizi pubblici, già evidenziate dall'Autorità.

L'Autorità ha inoltre rilevato che le disposizioni del comma 4 che prevedevano la sottoposizione di una relazione motivata all'Autorità da

parte dell'ente locale affidante secondo modalità *in house*, benché mosse dall'intento di arginare il diffondersi di deroghe ingiustificate, rischiano tuttavia di non risultare sufficienti a conseguire tale risultato; tale meccanismo di controllo, rappresentava, in ogni caso, l'unico limite a interpretazioni troppo estensive in ordine alla derogabilità.

In merito al comma 5 e, in particolare, al servizio pubblico di distribuzione del gas naturale, l'Autorità ha sottolineato l'opportunità di chiarire che non veniva imposta con la nuova normativa la proprietà pubblica delle reti fino a quel momento di proprietà privata, fermo restando il principio della gestione aperta ai privati. Infine, in merito al comma 6, laddove si prevedeva la possibilità di affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali, l'Autorità ha suggerito la fissazione con legge di rigorosi criteri di considerazione e dimostrazione dell'effettivo vantaggio economico di tale scelta organizzativa, al fine di consentire l'emersione di economie di gamma e produzione congiunta dei servizi, nonché di evitare che tali gare agevolino determinate imprese già predisposte o atte all'esercizio di attività cosiddetta *multiutility*.

AFFIDAMENTO DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI AVENTI RILEVANZA ECONOMICA SECONDO MODALITÀ COSIDDETTA IN HOUSE

Nell'agosto 2008, l'Autorità ha formulato alcune osservazioni, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, in merito all'istituto dell'affidamento *in house* nel settore dei servizi pubblici locali aventi rilevanza economica, dopo essere venuta a conoscenza di talune presunte anomalie riguardanti le modalità con cui la Regione Abruzzo aveva provveduto all'affidamento diretto alla società Abruzzo Engineering Spa di servizi sul territorio relativi alla sicurezza ambientale e territoriale, alla protezione civile, nonché alla realizzazione, gestione e manutenzione di una rete telematica a banda larga nel territorio regionale.

In proposito, l'Autorità ha ribadito che l'affidamento *in house* è sottoposto a stringenti requisiti di legittimità determinati, i quali non permettono agli enti locali di far liberamente ricorso all'affidamento diretto, quale modalità ordinaria di affidamento dei servizi pubblici, relegando lo strumento della gara a poche ed eccezionali situazioni. Infatti, alla luce della disciplina dei contratti pubblici relativa a lavori, servizi e forniture, stabilita dal decreto legislativo n. 163/2006, la gara rappresenta lo strumento privilegiato di affidamento di contratti di appalto o concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi o forniture. Una deroga di carattere generale all'obbligo di esperire la gara è ammissibile solo nel caso in cui l'affidamento del contratto venga disposto a favore di un soggetto legato all'Ente pubblico di appartenenza da un rapporto di delegazione interorganica, ossia il cosiddetto affidamento *in house* o *in house providing*. Inoltre, i casi in cui è

consentito evitare il ricorso alla gara sono da interpretarsi in senso restrittivo, in ragione della situazione di conflitto d'interesse che tale modalità di affidamento determina in capo agli enti locali, i quali risultano essere al contempo affidatari del servizio, azionisti e amministratori della società di gestione di servizi, nonché componenti degli organismi chiamati a vigilare e disciplinare la medesima.

Nel caso di specie, l'Autorità ha sottolineato come la presenza di soggetti non pubblici nel capitale sociale della società affidataria Abruzzo Engineering sollevasse notevoli dubbi in ordine alla legittimità dell'affidamento alla stessa dei servizi in modalità *in house*. Abruzzo Engineering, infatti, partecipata dalla Regione Abruzzo, dalla Provincia e dalla società Selex Service Management S.p.A., controllata da Finmeccanica Spa, risultava priva del requisito imprescindibile della totale partecipazione pubblica al capitale della società affidataria, prescritto dalla giurisprudenza comunitaria. Parimenti, il requisito del "controllo analogo" era da escludersi per la presenza nella compagine azionaria di un socio privato come Finmeccanica.

Sulla base di ciò, l'Autorità ha, pertanto, rilevato che la Regione Abruzzo avrebbe dovuto procedere alla indizione di una gara per l'affidamento dei servizi assegnati alla società mista Abruzzo Engineering, la quale mancava appunto dei requisiti indispensabili per l'affidamento in modalità *in house*. Solo nel caso in cui, al momento della costituzione della società mista, si fosse ricorso alla scelta del socio privato attraverso una procedura ad evidenza pubblica, si sarebbe potuto procedere contestualmente all'affidamento diretto dell'appalto: tuttavia, tale ipotesi non riguardava il caso di specie, ove il subentro del socio privato Selex-Finmeccanica nel capitale di Abruzzo Engineering era avvenuto in assenza di una selezione competitiva pubblica.

AFFIDAMENTO SECONDO MODALITÀ COSIDDETTA IN HOUSE DEI SERVIZI DI RISCOSSIONE DI CARATTERE TRIBUTARIO

Nel novembre 2008, l'Autorità, a seguito di una richiesta di parere, ha trasmesso al Comune di Borgo a Mozzano e all'A.N.C.I. - Associazione Nazionale Comuni Italiani alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 relativamente alla sottoponibilità dell'affidamento secondo modalità cosiddetta *in house* dei servizi di riscossione di carattere tributario alla procedura di cui all'articolo 23-bis, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modifiche, nella legge 6 agosto 2008, n. 133.

L'Autorità ha in primo luogo osservato che, poiché la disposizione richiamata atteneva ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, l'eventuale applicabilità degli obblighi di pubblicità, analisi di mercato e verifica previsti dall'articolo 23-bis del citato decreto non poteva che discendere dalla riconducibilità dei servizi di volta in volta considerati

alla suddetta categoria. Nel merito, l'Autorità ha rilevato che i servizi di riscossione di carattere tributario, in quanto servizi bancari e finanziari resi a favore della pubblica amministrazione, dovevano essere propriamente ricondotti alla disciplina degli appalti pubblici di servizio. In considerazione di ciò, l'Autorità ha concluso che le disposizioni di cui all'articolo 23-bis della legge n. 133/2008 non trovavano applicazione nel caso di specie.

DISTORSIONI DELLA CONCORRENZA NELLA FORNITURA DI ACQUE TERMALI DEL GIACIMENTO DENOMINATO BAGNI SAN FILIPPO NEL COMUNE DI CASTIGLION D'ORCIA

Nel novembre 2008, l'Autorità ha trasmesso alla Conferenza Permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano, alla Regione Toscana e al Comune di Castiglion d'Orcia alcune osservazioni ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 a seguito della richiesta di parere del Comune di Castiglion d'Orcia circa le modalità di realizzazione di un assetto concorrenziale nel mercato della fornitura di acque termali sorgenti dalle fonti situate nel giacimento denominato "Bagni San Filippo".

L'Autorità ha, in primo luogo, rilevato che il regime giuridico concernente il rilascio del permesso di ricerca e della concessione per lo sfruttamento dell'acqua termale, nonché il rinnovo della stessa e i contratti di somministrazione, previsto sia nella legge regionale n. 86/94, sia nella legge regionale n. 38/2004, come modificata dalla legge n. 33/2008 (non ancora in vigore in mancanza del regolamento attuativo), potessero determinare effetti restrittivi della concorrenza nel mercato della fornitura dei servizi termali erogati nell'ambito di stazioni termali.

In proposito, l'Autorità ha richiamato il proprio consolidato orientamento in materia secondo cui *i)* la compatibilità tra principi della concorrenza e contenuto delle concessioni per la coltivazione delle acque termali, in via generale, dovrebbe essere assicurato mediante un intervento del legislatore regionale che espressamente attribuisca alle amministrazioni competenti il potere di scegliere - in relazione alle caratteristiche idrogeologiche del giacimento minerario - quale strumento utilizzare per garantire la più ampia concorrenza nel settore mediante l'accesso alle acque termali; *ii)* dovrebbe altresì essere consentito alle amministrazioni di decidere se procedere mediante l'assegnazione di concessioni plurime per la coltivazione di diverse fonti sorgive situate all'interno del medesimo giacimento termale, ovvero mediante la stipula di contratti di somministrazione delle acque; *iii)* nell'ipotesi in cui debba essere valutato un numero di domande superiore ai permessi di ricerca o alle concessioni che possono essere rilasciate, attesa la frazionabilità in concreto del bacino acquifero, dovrebbero eliminati i casi di preferenza per il conferimento o per il rinnovo di concessioni (realizzata anche tramite l'indicazione del

requisito dell'esperienza come criterio preferenziale) in quanto idonei a tradursi in un vantaggio a favore dei soggetti che già operano sul mercato.

Più specificamente, in relazione al problema dell'accesso al mercato in via principale, ossia in base alla titolarità di una concessione per la coltivazione e lo sfruttamento economico della risorsa, l'Autorità ha rilevato come la legge regionale del 1994, in quel momento vigente, e la successiva legge regionale del 2004, come modificata da quella del 2008, non garantissero la concorrenza, non prevedendo la possibilità di procedere all'assegnazione di più concessioni. Possibilità questa che, invece, avrebbe dovuto essere imposta dal legislatore tanto nelle assegnazioni di nuove concessioni quanto nel rinnovo di concessione, nonché nelle sostituzioni del concessionario (per rinuncia, revoca o decadenza). La concorrenza per il mercato non risultava inoltre assicurata neppure con riferimento alla modalità di selezione del concessionario: infatti, la mancata previsione di una procedura selettiva non consentiva ai soggetti interessati di concorrere per l'assegnazione di una risorsa pubblica, con detrimento della concorrenza e dello sviluppo economico dell'area in cui era situato lo stabilimento termale. Con riguardo alla disciplina del rinnovo, l'Autorità ha altresì censurato il fatto che la normativa rilevante prevedesse il rinnovo automatico e che la durata di tale rinnovo coincidesse con quella prevista dalla concessione originaria.

Con riferimento all'accesso al mercato in via derivata, tramite cioè la somministrazione dell'acqua termale, l'Autorità ha evidenziato la natura potenzialmente pro-concorrenziale della previsione contenuta nelle leggi vigenti secondo cui anche soggetti diversi dai concessionari potevano utilizzare l'acqua termale derivante da un bacino oggetto di concessione esclusiva mediante la conclusione di contratti di somministrazione di acque. Con riguardo, tuttavia, alla disciplina dei contratti di somministrazione, l'Autorità ha inteso ribadire che nei casi in cui la frazionabilità del giacimento di acqua termale non fosse tecnicamente ovvero economicamente realizzabile, doveva essere espressamente prevista non già la facoltà, ma l'obbligo per il concessionario di stipulare contratti di somministrazione con operatori qualificati, dotati cioè dei necessari requisiti economici e tecnici, che intendono esercitare attività di fornitura di trattamenti termali.

Infine, l'Autorità ha auspicato che venisse introdotta una disposizione che imponesse, allo scadere delle concessioni in essere, l'adeguamento delle stesse ai principi concorrenziali finalizzato a consentire lo sfruttamento delle acque termali ricomprese in un dato giacimento minerario da parte di un numero più ampio possibile di soggetti, compatibilmente alla sostenibilità dell'uso delle risorse termali.

In merito alla situazione rappresentata dal Comune di Castiglion d'Orcia, relativa alla concessione della stazione termale Bagni San Filippo in scadenza nel settembre 2009, dalla documentazione fornita risultava che: i) il perimetro

della concessione coincideva sostanzialmente con il bacino idrotermale di captazione; *ii*) nell'area di concessione erano presenti nove sorgenti per una portata complessiva pari a circa 20/21 litri al secondo; *iii*) di tali nove sorgenti ne veniva sfruttata solo una, la più capiente; il bacino Bagni San Filippo era sfruttabile da due o più soggetti interessati.

Alla luce di tali dati, l'Autorità ha ritenuto che il bacino idrogeologico Bagni San Filippo poteva essere soggetto ad uno sfruttamento non esclusivo e che il numero delle concessioni da rilasciarsi avrebbe dovuto essere determinato in ragione della capienza di ciascuna sorgente e quindi del frazionamento del bacino, sulla base delle valutazioni dell'amministrazione competente. Ove invece la frazionabilità del bacino non risultasse realizzabile in concreto, l'acqua termale della stazione in questione avrebbe potuto essere somministrata ad eventuali soggetti interessati ad un prezzo orientato ai costi. L'Autorità ha evidenziato altresì che uno sfruttamento non esclusivo della risorsa poteva contribuire in modo significativo allo sviluppo competitivo dell'area. In tale ottica, anche la concessione in essere non avrebbe dovuto essere soggetta a rinnovo automatico.

In conclusione, l'Autorità ha auspicato che tutti gli enti territoriali che avevano adottato regolazioni ingiustificatamente restrittive in materia con riferimento al profilo *i*) della frazionabilità dei bacini idrici, anche di quelli oggetto di concessioni in essere, *ii*) della possibilità di rilasciare più di una concessione il cui numero è stabilito dal numero dei frazionamenti ottenibili, *iii*) dell'obbligo di indire procedure selettive trasparenti e non discriminatorie, *iv*) dell'onere per i concessionari di concludere contratti di somministrazione di acque termali in ragione della capienza delle sorgenti, nonché *v*) dell'obbligo di adeguamento delle concessioni in essere ai principi indicati - riesaminassero le rispettive discipline alla luce delle considerazioni svolte.

2. SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI

Introduzione

Nell'ultimo anno solare completo (1° gennaio 2008 - 31 dicembre 2008) sono state pubblicate le motivazioni di numerose pronunce del Tribunale Amministrativo Regionale (Tar) del Lazio e del Consiglio di Stato rese in sede di impugnazione dei provvedimenti adottati dall'Autorità in materia di concorrenza. In talune di esse sono stati affermati, o più semplicemente ribaditi, rilevanti principi riguardanti profili sostanziali e procedurali. Nel periodo in considerazione si segnala una pronuncia delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione (sentenza 17 marzo 2008, n. 7063), la quale ha dichiarato inammissibile un ricorso per motivi inerenti la giurisdizione avverso la decisione con cui il Consiglio di Stato aveva definitivamente confermato la legittimità del provvedimento dell'Autorità nel caso *Test diagnostici per diabete*.

PROFILI SOSTANZIALI

Mercato rilevante

Definizione del mercato rilevante

Il Tar Lazio, nella sentenza 26 giugno 2008, n. 6215, *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel comune di Roma*, ha richiamato il principio consolidato secondo cui, nel caso di un'intesa restrittiva della concorrenza, l'individuazione del mercato di riferimento è funzionale alla identificazione del grado di offensività dell'intesa stessa, essendo detta operazione essenzialmente volta a individuare le caratteristiche del contesto economico e giuridico nel quale si colloca il coordinamento fra imprese concorrenti. In tal senso, la definizione del mercato è successiva all'individuazione dell'intesa.

Mercato geografico

Nella sentenza 14 aprile 2008, n. 3163, *Oni+Altri/Cantieri del Mediterraneo*, il Tar Lazio ha affermato che “*ai fini dell'individuazione del mercato rilevante sul piano geografico, può essere presa in considerazione*

anche una porzione limitata del territorio, quando sia individuabile un'area nella quale si svolga l'incontro della domanda e dell'offerta di un determinato prodotto, in condizioni di completa autonomia, rispetto ad altri ambiti anche contigui". In questo contesto, "nella costruzione del mercato rilevante in senso geografico un fattore decisivo può essere quello delle abitudini dei consumatori, delle loro preferenze per prodotti regionali o locali, delle tradizioni, o, ancora, dall'abitudine sociale allo spostamento per acquisire beni o servizi di una certa tipologia".

Al riguardo, il Tar Lazio, con la sentenza 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha precisato che *"la circostanza che il mercato rilevante sia stato individuato in un ambito territoriale limitato non determina l'insussistenza della fattispecie"*. Per il giudice di prime cure, infatti, *"è il segmento geografico in relazione al quale l'intesa è potenzialmente in grado di produrre i propri effetti che deve essere tenuto in considerazione al fine di qualificare la fattispecie come illecita, anche nel caso in cui [...] la presunta intesa si è tradotta nella mancata partecipazione a singole gare bandite da stazioni appaltanti che operano in una ben circoscritta area geografica"*.

Il mercato rilevante, come ribadito dal Tar Lazio, nella citata sentenza resa nel caso *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel comune di Roma*, può quindi coincidere anche con una singola gara bandita dalla p.a.

Accertamento e prova delle intese

Nozione di intesa

Il Tar Lazio, nella sentenza 26 giugno 2008, n. 6213, *Mercato del calcestruzzo cellulare autoclavato*, nel distinguere tra le intese e pratiche concordate, ha ribadito che l'accordo ricorre quando le imprese hanno espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo, mentre la pratica concordata corrisponde ad una forma di coordinamento che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza.

Nella citata sentenza n. 5578/2008, relativa al caso *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, il Tar Lazio ha richiamato il consolidato principio, in virtù del quale *"il divieto [di intese restrittive della concorrenza], (...) si specifica nel precetto che - pur dovendosi tenere ferma la libertà di scelta da parte delle imprese, incluso il diritto a reagire in maniera intelligente al comportamento, constatato o atteso dei concorrenti - è sempre vietato ogni contatto, diretto o indiretto, tra gli operatori che abbia per oggetto o per effetto di influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente o di informare tale concorrente sulla condotta che l'impresa stessa ha deciso di*

porre in atto”. “Tali iniziative”, ha precisato il Tar, sostituiscono “all’alea della concorrenza il vantaggio della concertazione”, erodendo i benefici che ai consumatori derivano dal normale uso della leva concorrenziale.

Oggetto o effetto dell’intesa

Il Tar Lazio, nella citata sentenza n. 5578/2008, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha confermato il consolidato orientamento in base al quale “per la sussistenza dell’illecito [...] [ivi incluse le pratiche concordate] è sufficiente la presenza dell’oggetto anticoncorrenziale e non anche necessariamente dall’effetto” (in termini analoghi, Tar Lazio, sentenze: 26 giugno 2008, n. 6213, *Mercato del calcestruzzo cellulare autoclavato* e 20 febbraio 2008, n. 1542, *Mercato dello zolfo grezzo*). Di conseguenza, come affermato dal Consiglio di Stato nella sentenza 7 marzo 2008, n. 1009, *Prodotti disinfettanti*, una volta dimostrato “un incontro di volontà in senso anticoncorrenziale (...) poco importa (...) che quel comportamento sia stato, o no, effettivamente posto in essere sul mercato”.

L’analisi degli effetti - come affermato dal Tar Lazio nella sentenza 13 marzo 2008, n. 2312, *Pannelli Truciolati* - può incidere invece in termini di gravità dell’illecito e, di conseguenza, sulla quantificazione della sanzione pecuniaria.

Prova dell’intesa

Il Tar Lazio, nella citata sentenza n. 5578/2008 relativa al caso *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha ricostruito i principi sottesi all’accertamento dell’intesa nella forma della pratica concordata. In primo luogo, il giudice ha ricordato che “l’intesa restrittiva della concorrenza mediante pratica concordata richiede comportamenti di più imprese uniformi e paralleli, che appaiano frutto di concertazione e non di iniziative unilaterali, per cui manca o è difficilmente rintracciabile un accordo espresso, il che è agevolmente comprensibile atteso che gli operatori del mercato, ove intendano porre in essere una pratica anticoncorrenziale, consapevoli della loro illiceità, è verosimile che tentino in ogni modo di celarla, evitando non solo accordi scritti ma anche accordi verbali espressi e ricorrendo, invece, a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto. Ne consegue che la prova della pratica concordata, oltre che documentale, può essere indiziaria, purché gli indizi siano seri, precisi e concordanti, e gli elementi indiziari, sebbene singolarmente considerati possano generare perplessità in ordine alla loro significatività, vanno inquadrati nel contesto complessivo del sistema per apprezzarne l’eventuale rilevanza”. In questo contesto, il Tar Lazio ha ritenuto che elementi significativi a supporto della concertazione - posta la “rarietà dell’acquisizione di una prova piena (c.d.

smoking gun)” - possono essere considerati “*la durata, l’uniformità ed il parallelismo dei comportamenti; gli incontri tra le imprese; gli impegni, ancorché generici e apparentemente non univoci, di strategie e politiche comuni; i segnali e le informative reciproche; il successo pratico dei comportamenti, che non potrebbe derivare da iniziative unilaterali, ma solo da condotte concertate*” (in senso analogo Tar Lazio, sentenze: 26 giugno 2008, n. 6213, *Mercato del calcestruzzo cellulare autoclavato*, e 13 marzo 2008, n. 2312, *Pannelli Truciolati*; nonché Consiglio di Stato, decisione del 17 gennaio 2008, n. 102, *Latti artificiali per l’infanzia*).

Di contro, il giudice ha evidenziato che “*in assenza di ulteriori elementi di riscontro, quali indizi gravi, precisi e concordanti, invece, il parallelismo può essere considerato di per sé sintomatico di una condotta illecita sul versante soggettivo solo ove non sia configurabile una spiegazione alternativa capace di inquadrare le condotte parallele come razionali ed autonome scelte imprenditoriali, fisiologicamente condizionate dalla previsione dell’altrui possibile risposta ad un’iniziativa differenziatrice*” (così anche Tar Lazio, sentenza n. 6213/2008, *Mercato del calcestruzzo cellulare autoclavato*, nonché Consiglio di Stato, decisione *Latti artificiali per l’infanzia*).

Nella citata sentenza n. 5578/2008, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, il Tar, riprendendo l’ormai consolidata distinzione tra elementi di prova c.d. endogeni ed esogeni, ha ricordato come i primi sono “*collegati alla stranezza intrinseca della condotta, ovvero alla mancanza di spiegazioni alternative nel senso che, in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o almeno plausibilmente diverso da quello in pratica riscontrato*”; mentre i secondi concernono “*i riscontri esterni circa l’intervento di un’intesa illecita ed attengono, in particolare, ai contatti tra le imprese e, soprattutto, agli scambi di informazioni se non addirittura a veri e propri concordamenti non altrimenti spiegabili in un contesto di sano confronto concorrenziale e, quindi, sintomatici di un’intesa illecita; detti scambi di informazioni assumono una particolare gravità in caso di mercato oligopolistico in quanto risultano idonei ad eliminare l’unico fattore che può spingere le imprese soddisfatte della quota di mercato raggiunta ad un ribasso dei prezzi, ossia il timore di una manovra competitiva sui prezzi da parte dei concorrenti e la conseguente necessità di prevenirla o contrastarla efficacemente*” (analogamente Tar Lazio, sentenze n. 2312/2008, *Pannelli truciolari* n. 6213/2008, *Mercato del calcestruzzo cellulare autoclavato*).

Quanto all’onere della prova dell’intesa, il Tar Lazio, nella citata sentenza n. 5578/2008, relativa al caso *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha ribadito il principio in base a cui “*un parallelismo consapevole delle condotte tenute da imprese, anche operanti in un mercato oligopolistico, di per sé lecito, può essere considerato come*

frutto di un'intesa anticoncorrenziale (...) ove sia impossibile spiegare alternativamente la condotta parallela come frutto plausibile delle iniziative imprenditoriali e, in tal caso, l'onere dell'impossibilità di spiegazioni alternative grava sull'Autorità procedente, ovvero anche per la presenza di elementi indiziari esogeni, quali contatti e scambi di informazioni, rivelatori di una concertazione e di una collaborazione anomala e, in tal caso, l'onere probatorio di spiegare la razionalità della condotta grava sulle imprese” (analogamente Tar Lazio, sentenza n. 2312/2008, Pannelli truciolari, e Consiglio di Stato, sentenza n. 102/2008, Prezzi del latte per l'infanzia).

Come osservato dal Consiglio di Stato nella sentenza dell'8 febbraio 2008, n. 423, resa nel caso *Rifornimenti aeroportuali*, in ogni caso “*singoli comportamenti delle imprese (ciascuno dei quali, considerato di per sé, potrebbe apparire privo di specifica rilevanza) possono rivelarsi elementi di una fattispecie complessa, costitutiva di un'unica infrazione da ricondurre in parte al concetto di accordo, in parte a quello di pratica concordata*”. In tale situazione, “*i dati singoli debbono essere considerati quali tasselli di un mosaico, i cui elementi non sono significativi di per sé, ma come parte di un disegno unitario*”.

Con riguardo alla prova della pratica concordata in un mercato oligopolistico, nel cui ambito può verificarsi un allineamento tendenziale delle condizioni di offerta, il Consiglio di Stato, nella decisione del 17 gennaio 2008, n. 102, relativa al caso *Prezzi del latte per l'infanzia*, ha ribadito la liceità del mero parallelismo consapevole, “*proprio perché suscettibile di essere spiegato come sommatoria di decisioni razionali e autonome dei singoli operatori, cui non può essere precluso di adattarsi intelligentemente alla condotta, attuale o prevista, dei rivali*”. A ciò si contrappone, tuttavia, il parallelismo artificiosamente indotto da intese anticoncorrenziali che può essere desunto: “*a) dalla certa diversità dei prezzi praticati in una condizione di concorrenza non legata rispetto a quelli praticati nella specie; b) dal carattere autolesionistico che una determinata politica commerciale rivestirebbe se non fosse frutto di un'intesa concorrenziale; c) dal contrasto tra l'omogeneità dei prezzi e la diversità della struttura dei concorrenti e dei relativi fattori di costo*”.

Con riferimento al rapporto tra parallelismo consapevole in un contesto oligopolistico e scambi di informazioni, il Consiglio di Stato nella medesima pronuncia ha richiamato il consolidato orientamento giurisprudenziale alla cui stregua “*la prova indiziaria dell'intesa illecita può risiedere nell'emersione di una trama di contatti e di scambi di informazioni tra le imprese concorrenti, circa le iniziative commerciali e le strategie operative economiche, tale da far presumere l'utilizzo di tali elementi al fine di ridurre, a danno dei consumatori, i rischi sottesi, per le imprese, all'uso fisiologico della leva concorrenziale*”.

In tema di prova della pratica concordata caratterizzata da scambi di informazioni particolarmente interessanti sono i principi enunciati dal Consiglio di Stato nella decisione n. 8 febbraio 2008, n. 424, *Rifornimenti aeroportuali*. A questo riguardo i giudici d'appello, richiamando la giurisprudenza nazionale e comunitaria, hanno chiarito che “*un parallelismo consapevole delle condotte tenute da imprese, di per sé lecito, può essere considerato come frutto di un'intesa anticoncorrenziale, ove emergano indizi gravi, precisi e concordanti rappresentati, alternativamente o cumulativamente: a) dall'impossibilità di spiegare alternativamente la condotta parallela come frutto plausibile delle iniziative imprenditoriali (onere a carico dell'Autorità); b) dalla presenza di elementi di riscontro (quali contatti e scambi di informazioni) rivelatori di una concertazione e di una collaborazione anomala (l'onere probatorio contrario viene spostato in capo alle imprese)*”.

Ancora, il Consiglio di Stato nella medesima sentenza ha ritenuto priva di rilievo, ai fini dell'accertamento dell'intesa, la “*circostanza che non tutti gli indizi gravino su tutte le società*”, osservando che “*rileva, da un lato, che gli elementi abbiano consistenza tale da delineare l'accordo, dall'altro che ciascuna società sia gravata da plurimi indizi in ordine alla sua partecipazione alla medesima*”.

Intese di prezzo vietate

Con particolare riferimento al parallelismo in materia di prezzi, il Consiglio di Stato, nella decisione del 17 gennaio 2008, n. 102, *Prezzi del latte per l'infanzia*, ha sostenuto che “*la particolare importanza del prezzo come strumento di competizione (si tratta della principale arma di concorrenza tra le imprese) induce a ritenere vietata ogni forma di condotta collusiva mediante la quale le imprese ne alterino il meccanismo di formazione, gonfiandolo a proprio vantaggio e al di sopra del livello che esso avrebbe raggiunto dall'incontro della domanda e dell'offerta*”. Per cui, sono vietate non solo le intese volte alla fissazione di determinati prezzi o prezzi minimi, ma anche quelle il cui obiettivo o effetto sia di “*cortocircuitare la libera determinazione individuale del prezzo e, quindi, la sua naturale flessibilità*”.

Intese ed associazioni temporanee di imprese

Con riferimento all'istituto della associazione temporanea di imprese (ATI), il Consiglio di Stato, nella decisione n. 2008 del 6 maggio 2008, *Aziende di trasporto pubblico locale - Petrolieri*, ha chiarito che “*il fatto che ATI e consorzi siano frutto di negozi giuridici tipizzati non esclude la loro qualificabilità in termini di illecito, allorché risulti che la causa concreta degli stessi, intesa come concreta funzione socio-economica dell'affare, sia*

appunto illecita in quanto volta a contrassegnare un assetto contrario a norme imperative” (sul punto si è espresso anche il Tar del Lazio, sentenza 26 giugno 2008, n. 6215 *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel comune di Roma*).

Intesa e bid rigging

Il Consiglio di Stato, nella citata decisione n. 2008/2008, *Aziende di trasporto pubblico locale - Petrolieri*, a fronte di una pratica concordata consistita nell'organizzazione di un sistema di turnazione nell'aggiudicazione di gare ad evidenza pubblica, ha rilevato che l'eventualità che la «turnazione» sia “un esito spontaneo del mercato costituisce un caso estremo, circoscritto dalla teoria economica alle ipotesi in cui le imprese presentino vincoli di capacità o si sia in presenza di diseconomie di scala”.

Consistenza

Il Tar Lazio, nella citata sentenza n. 5578/2008, relativa al caso *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha ritenuto che “è ben possibile che il mercato rilevante sia territorialmente limitato e tuttavia l'intesa possa comportare una consistente restrizione della concorrenza tale da integrare la fattispecie di cui all'art. 2 L. 287/1990”.

Il Tar Lazio, nella sentenza 26 giugno 2008, n. 6215, *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel comune di Roma*, ha ricordato che, nel caso di restrizioni gravi (*hardcore*) della concorrenza, l'accordo è automaticamente escluso dall'applicabilità del beneficio *de minimis* previsto dalla Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore (2001/C 368/07 in G.U.C.E. 22.12.2001, C368/13), anche qualora le quote di mercato espresse dall'intesa siano inferiori alle soglie minime di mercato ivi individuate.

Durata dell'intesa

Nella decisione 7 marzo 2008, n. 1009, *Prodotti disinfettanti*, il Consiglio di Stato ha ritenuto che, quando dalla durata dell'intesa dipende l'applicazione di un regime sanzionatorio più o meno favorevole, la prova della durata deve essere fornita con lo stesso rigore richiesto per la prova dell'intesa. A tal fine possono essere usate anche presunzioni semplici, purché fondate su indizi gravi, precisi e concordanti.

Ripetizione delle condotte nel tempo

Il Tar Lazio, nella sentenza 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha riaffermato il principio in base a cui,

ai fini dell'accertamento della sussistenza di un'intesa, "la reiterazione dei comportamenti nel tempo [...] costituisce un elemento indiziario dell'intesa, ma non assurge ad elemento costitutivo della stessa".

Condotte dei dipendenti ed irrilevanza di un potere di rappresentanza

Il Tar Lazio, nella sentenza 26 giugno 2008, n. 6215, *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel comune di Roma*, ha ribadito che "secondo un pacifico principio desumibile dalla giurisprudenza comunitaria, non è rilevante il ruolo svolto all'interno dell'impresa dai soggetti che materialmente hanno posto in essere i comportamenti vietati o abbiano predisposto i documenti rinvenuti durante le ispezioni, dovendo ritenersi che la condotta da parte del singolo dipendente, accompagnata dal conseguente comportamento della società, sia sufficiente per rendere gli impegni assunti o gli atti rinvenuti riferibili alla società".

Caratteristiche del mercato

Il Tar Lazio, nella citata sentenza 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha ritenuto che "le differenze sussistenti tra [i prodotti], nonché le asimmetrie e la variabilità delle quote di mercato delle società parti del procedimento sono circostanze [...] inidonee ad escludere la possibile configurazione dell'intesa antitrust".

Base normativa

Pregiudizio al commercio comunitario e applicabilità dell'art. 81

Nella decisione 17 gennaio 2008, n. 102, *Prezzi del latte per l'infanzia*, il Consiglio di Stato ha confermato l'indirizzo secondo cui, in presenza di una pratica restrittiva della concorrenza applicata all'insieme del territorio di uno Stato membro, sussiste "una forte presunzione" che tale pratica "possa contribuire alla compartimentazione dei mercati e pregiudicare gli scambi intracomunitari". In tal caso, grava sulle imprese l'onere di sovvertire tale presunzione. Né, secondo il Consiglio di Stato, vi è "alcuna contraddizione tra la definizione del mercato geografico come mercato nazionale e l'applicazione dell'art. 81 TCE".

In ogni caso, ha aggiunto il Consiglio di Stato nella decisione 17 gennaio 2008, n. 102, *Prezzi del latte per l'infanzia*, l'applicazione della disciplina comunitaria in luogo di quella nazionale, quand'anche fosse riconducibile ad un errore, non determina illegittimità del provvedimento dell'Autorità, poiché non potrebbe in alcun modo ledere il diritto di difesa delle società coinvolte, avendo, anzi, l'effetto di "comportare delle garanzie procedurali aggiuntive per tutte le società coinvolte" (in senso analogo Tar Lazio, sentenza 13 marzo 2008, n. 2312, *Pannelli truciolari*).

In ogni caso, come affermato dal Tar Lazio nella decisione 26 giugno 2008, n. 6215, *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel Comune di Roma*, anche un mercato subnazionale costituisce parte sostanziale del mercato comune quando la sua “chiusura” contribuisce ad ostacolare l’integrazione economica voluta dal Trattato”.

Applicabilità dell’esenzione di cui all’art. 81.3

Il Tar Lazio, nella sentenza 26 giugno 2008, n. 6215, *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel comune di Roma*, ha ricordato come l’onere di provare la sussistenza delle condizioni di esenzione di cui all’art. 81.3 spetti alle imprese interessate, le quali devono, in particolare, dimostrare che la cooperazione tra imprese comporta incrementi di efficienza che non possono essere conseguiti con mezzi meno restrittivi e che devono avere carattere rigorosamente oggettivo e verificabile.

Condotte anticoncorrenziali in contesti regolamentati

Il Consiglio di Stato, nelle sentenze 22 gennaio 2008, n. 695 e n. 697, *Associazione nazionale esercenti cinematografici lombarda*, ha ribadito il principio per cui la norma che impone una condotta anticoncorrenziale rileva come causa scriminante dell’illecito solo quando l’esigenza di conformarsi al precetto non lasci al soggetto alcun margine di autonomia, neppure quanto alle modalità di adempimento. Tali principi, ha osservato il giudice, sono parimenti validi anche nell’ipotesi in cui “*la condotta anticoncorrenziale sia imposta o facilitata da un’ autorità amministrativa in eventuale applicazione della normativa interna*”.

Posizione dominante e abuso

Accertamento di una posizione dominante

Il Tar Lazio, nella sentenza del 26 giugno 2008, n. 6213, resa nel caso *Mercato del calcestruzzo autoclavato*, è ritornato sulla definizione della posizione dominante, ribadendo che “*per posizione dominante si intende una posizione di potenza economica grazie alla quale l’impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva su un determinato mercato e ha la possibilità di tenere comportamenti in linea di massima indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori. L’impresa in posizione dominante, quindi, è l’impresa che, detenendo un considerevole potere di mercato, non è soggetta a vincoli concorrenziali*”. Il Tar ha altresì evidenziato che “*l’esistenza di una posizione di tal genere (determinata dalla concomitanza di più fattori che, presi isolatamente, non sarebbero necessariamente decisivi) non è esclusa*”.

dalla circostanza che, a differenza di una situazione di monopolio o di quasi monopolio, sul mercato sia in qualche modo consentita l'esplicazione, sia pure entro certi limiti, del gioco concorrenziale”.

Con sentenza 23 settembre 2008, n. 8481, *Bernabei Liquori/Italaquae*, il Tar Lazio ha confermato che, per l'accertamento di una posizione dominante, *“la quota di mercato rappresenta il principale indicatore della potenza economica di un'impresa o di un gruppo di imprese e della capacità di queste ultime di determinare la propria condotta in modo sensibilmente indipendente dai loro concorrenti e, in ultima analisi, dai consumatori finali dei loro prodotti o servizi”*. A tal fine la Corte di Giustizia ha ritenuto sufficienti *“anche quote comprese tra 40% e il 70% in presenza di ulteriori indizi quali la struttura del mercato, il numero, la dimensione e il dinamismo delle imprese concorrenti”*.

Abuso di posizione dominante

Il Tar Lazio, nella citata sentenza del 14 aprile 2008, n. 3163, *Oni+Altri/Cantieri del Mediterraneo*, ha ribadito il consolidato principio in base a cui è *“individuabile in capo all'impresa in posizione dominante una «speciale responsabilità», in ragione della quale incontrano ragioni di preclusione quei comportamenti concretamente preordinati ad ostacolare lo sviluppo della concorrenza nel mercato rilevante, all'interno del quale, proprio per la presenza dell'impresa dominante, il grado di concorrenza si presenta con ridotta configurazione”* (cfr. anche Tar Lazio, 26 giugno 2008, n. 6213, *Mercato del calcestruzzo autoclavato*). In questo contesto, dopo aver evidenziato che le condotte riconducibili all'abuso di posizione dominante elencate nell'art. 3 della legge n. 287/90 *“rivestono valenza (non tassativa ma) meramente esemplificativa”*, il Tar ha rilevato come, nel caso di specie, non potesse non essere ricondotta ad un abuso di posizione dominante *“la presenza di comportamenti, posti in essere da un'impresa in posizione dominante nel mercato della messa a disposizione dei bacini di carenaggio, sostanziatisi nella determinazione di una situazione non episodica di opacità nella gestione dei bacini stessi, avente concreta attitudine ad ostacolare l'accesso a tali infrastrutture da parte degli altri operatori in ambito di riparazioni navali”*.

Nella stessa sentenza 14 aprile 2008, n. 3163, *Oni+Altri/Cantieri del Mediterraneo*, il Tar Lazio ha anche riaffermato la natura di mero *“un illecito (di pericolo e non di danno)”* della fattispecie disciplinata dall'art. 3 della legge n. 287/90 (così anche Tar Lazio, sentenza 26 giugno 2008, n. 6213, *Mercato del calcestruzzo autoclavato*).

Abuso escludente

Il Tar Lazio, nella citata sentenza 26 giugno 2008, n. 6213, *Mercato del calcestruzzo autoclavato*, ha rilevato che “*l’abuso di posizione dominante si verifica quando su un piano obiettivo vi è una condotta illecita, non rilevando l’intento, e la relativa prova, di ledere il concorrente. Il mero intento di escludere il concorrente dal mercato è irrilevante se attuato con legittimi comportamenti e strategie economiche, mentre la condotta escludente da parte dell’impresa in posizione dominante è obiettivamente illecita e deve essere qualificata come abuso di posizione dominante*”.

Accertamento di una condotta predatoria

Il Tar Lazio, nella sentenza 26 giugno 2008, n. 6213, *Mercato del calcestruzzo autoclavato*, nel confermare le valutazioni dell’Autorità, ha rilevato che “*in linea di massima sono abusive solo le pratiche di prezzo idonee ad escludere un ipotetico concorrente altrettanto efficiente, con il benchmark che è rappresentato dai costi che l’impresa dominante sopporta*”. Il giudice ha poi ricordato che “*l’applicazione di prezzi al di sotto dei costi totali medi è indice di comportamento predatorio se fa parte di un piano per eliminare la concorrenza, a differenza dei prezzi al di sotto dei costi medi variabili che si presumono predatori salvo circostanze eccezionali. Ove siano applicati prezzi inferiori al costo totale medio, quindi, è necessario verificare la presenza di un intento predatorio per accertare la sussistenza di un abuso di posizione dominante*”. Nel caso di specie, a giudizio del Tar viene in rilievo la circostanza che i casi in cui l’operatore in posizione dominante ha applicato prezzi inferiori ai costi totali medi “*sono stati sensibilmente più frequenti per i clienti condivisi con il concorrente che per i propri clienti esclusivi*”.

Posizione dominante collettiva

Nelle sentenze 22 ottobre 2008, nn. 12535 e 12536, *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio, dopo aver ricordato che i c.d. “*criteri Airtours*” utilizzati nell’accertamento di una posizione dominante collettiva sono stati elaborati ai fini del controllo di operazioni di concentrazione, dunque per una valutazione *ex ante*, ha sottolineato che “*per farne applicazione ex post, il margine di valutazione discrezionale della Commissione (e delle ANC) appare più ridotto, essendo necessario il riscontro di elementi di natura storica ed oggettiva (quali, ad esempio, la presenza di stretti legami strutturali tra le imprese)*”.

Onere probatorio relativo alla posizione dominante collettiva

Nelle sentenze 22 ottobre 2008, nn. 12535 e 12536, *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio - dopo aver richiamato i tre requisiti cumulativi richiesti dalla giurisprudenza comunitaria per l'accertamento di una posizione dominante collettiva - vale a dire, i) la perfetta trasparenza del mercato; ii) la stabilità dell'equilibrio collusivo; iii) la neutralità della reazione prevedibile dei concorrenti, attuali e potenziali, in relazione ai risultati attesi - ha fatto proprio l'orientamento comunitario secondo cui incombe sull'Autorità l'onere di *“fornire elementi di prova particolarmente solidi”* sugli elementi decisivi ai fini della valutazione, e in particolare *“dimostrare che il ‘parallelismo consapevole’ delle condotte degli operatori, tipico di un mercato oligopolistico, non costituisca il frutto di autonome scelte imprenditoriali quanto l'espressione di un vero e proprio equilibrio collusivo”*.

Dominanza

Nella sentenza 7 aprile 2008, n. 2900, *Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio ha ricordato che la giurisprudenza comunitaria non esclude affatto, in caso di mercati integrati o comunque collegati, l'illiceità di un comportamento tenuto da un'impresa dominante nel mercato “a monte” per il solo fatto della mancanza di una posizione dominante in quello “a valle”, potendo il potere di leva essere sfruttato per “estendere” sul secondo mercato la posizione detenuta nel primo mercato.

Abuso di posizione dominante ed autotutela

Nella sentenza 7 aprile 2008, n. 2900, *Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio ha affermato che *“non può costituire idonea causa di giustificazione di una condotta anticompetitiva posta in essere da un'impresa dominante la realizzazione di un illecito antitrust da parte di un concorrente: la reazione consistente in una condotta analoga, con effetti escludenti rispetto ai terzi, non è infatti un comportamento proporzionato né necessario, essendovi sempre la possibilità per l'operatore di denunciare l'abuso alla competente Autorità antitrust, ed eventualmente di ottenere il risarcimento del danno in sede civile”*.

Valutazione degli impegni

Potere discrezionale dell'Autorità e rigetto degli impegni

In materia di impegni presentati dalle imprese *ex art. 14-ter*, legge n. 287/90, il Tar Lazio, nella sentenza 19 novembre 2008, n. 10428, *Federazione italiana sport equestri (FISE)*, e nella sentenza 6 giugno 2008,

n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha ricordato che “la norma ha attribuito all’Autorità un potere discrezionale, da esercitare nei limiti dell’ordinamento comunitario”.

Il Tar Lazio, nella decisione 19 novembre 2008, n. 10428, *Federazione italiana sport equestri (FISE)*, ha ricordato che il procedimento di cui all’art. 14-ter, legge n. 287/90 è, al pari di quello previsto dall’art. 9 del Regolamento CE n. 1/2003, cui la norma nazionale è sostanzialmente ispirata, un procedimento ad istanza di parte in cui l’Autorità valuta l’idoneità degli impegni presentati a far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto d’istruttoria. In caso di valutazione positiva essa può quindi arrestare il procedimento senza accertare l’infrazione, rendendo gli impegni obbligatori per il proponente.

Nella sentenza 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, il Tar ha poi chiarito che, per una corretta esegesi dell’art. 14-ter, legge n. 287/90, la disposizione va coordinata sia con l’art. 9 del Regolamento CE n. 1/2003, che con il relativo 13° considerando, che con l’art. 15, comma 2 bis, della legge n. 287/90 sui c.d. programmi di clemenza.

Il Tar Lazio, nella sentenza 7 aprile 2008, n. 2902, *Tim-Vodafone-Wind*, ha chiarito, inoltre, che la scelta dell’Autorità di preferire la procedura negoziata di impegni a quella ordinaria di infrazione ha carattere discrezionale (così anche Consiglio di Stato, VI, sentenza 8 febbraio 2008, n. 424, *Rifornimenti aeroportuali*). Rispetto ad essa il giudice non può interferire, salva l’esistenza di decisioni chiaramente arbitrarie nelle valutazioni di ammissione alla procedura negoziata.

Nelle sentenze 7 aprile 2008, n. 2900 e n. 2902, *Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio ha precisato che l’Autorità, nell’esercizio del potere di accettazione degli impegni deve solo tenere presente che, alla luce del diritto comunitario, le decisioni concernenti impegni non sono “opportune” nei casi in cui si intenda comminare un’ammenda (così il Tar Lazio anche nella sentenza 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*), né a fronte di cartelli segreti di particolare gravità, c.d. “hardcore”: il riferimento alle c.d. violazioni *hard core* costituisce, infatti, “già di per sé” una motivazione sufficiente per giungere, in linea con l’orientamento comunitario, al rigetto degli impegni.

In caso di reiezione degli impegni, la prognosi sulla sussistenza e sulla gravità dell’intesa non può comunque costituire vizio dell’atto di diniego che, al momento della sua adozione, è stato logicamente adottato e congruamente motivato (sentenza 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*).

Con riguardo al rigetto di impegni proposti *ex art. 14 ter*, legge n. 287/90, il Tar Lazio, nella pronuncia 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare*

per la fornitura di dispositivi per stomia, ha statuito inoltre che, posto il carattere fisiologicamente complesso delle fattispecie antitrust, “l’eventuale provvedimento di accettazione degli impegni intervenuta in una determinata ipotesi non è idonea di per sé sola a tradursi, come tertium comparationis, in un vizio di legittimità della valutazione negativa intervenuta in una diversa ipotesi”.

Accettazione degli impegni e contenuto degli impegni

Nella sentenza 19 novembre 2008, n. 10428, *Federazione italiana sport equestri (FISE)*, il Tar del Lazio ha affermato che gli impegni resi vincolanti dall’Autorità devono essere esattamente quelli che l’impresa ha proposto, “non potendo l’Autorità aggiungere ulteriori obblighi a quelli che l’impresa si è dichiarata pronta ad accettare”: “l’eventuale contraddizione intrinseca degli impegni [...] non abilita [infatti] l’Autorità ad interpretare in un certo modo anziché in un altro la proposta, potendo invece l’amministrazione chiedere ulteriori chiarimenti al soggetto interessato e, ove del caso, respingere gli impegni perché la loro formulazione non garantisce il pieno superamento della preoccupazioni anticoncorrenziali”.

Impegni e regolazione

Con riferimento al rapporto tra impegni ai sensi dell’art. 14-ter della legge n. 287/90 e regolazione di settore, il Tar Lazio, nelle sentenze 22 ottobre 2008, nn. 12535 e 12536, *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*, ha ribadito che l’accettazione di impegni assunti da un’impresa non incide affatto sui perduranti obblighi regolamentari imposti alla stessa dall’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

Impegni e illeciti plurisoggettivi

Nelle sentenze 7 aprile 2008, nn. 2900 e n. 2902, *Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio ha affermato che va esclusa l’estensione dell’immunità derivante dalla valutazione di idoneità degli impegni presentati unilateralmente da una delle parti di un illecito plurisoggettivo anche alle altre parti dell’illecito. Ciò in quanto: i) essa non è prevista da alcuna disposizione del Reg. CE n. 1/2003, né dalla giurisprudenza comunitaria; ii) è necessaria una loro “valutazione individualizzata”; iii) anche ove si ritenesse che l’impegno di uno determini la cessazione dell’infrazione per tutti, l’Autorità conserverebbe il potere di accertamento storico, di sanzione e di inibitoria; iv) l’accertamento dell’illecito nei confronti degli altri non espone di per sé colui che ha presentato l’impegno alle azioni civili di danno.

Pertinenza e proporzionalità degli impegni

Secondo il Tar Lazio, sentenze 7 aprile 2008, nn. 2900 e 2902, *Tim-Vodafone-Wind*, le misure correttive proposte dalle imprese debbono essere: i) “*pertinenti*” rispetto all’oggetto del procedimento e quindi funzionali alla soluzione del problema concorrenziale evidenziato; ii) analoghe a quelle che potrebbero essere imposte ove si adottasse una decisione di infrazione; iii) proporzionate alla violazione contestata, non essendo necessario alcun *quid pluris* rispetto a quanto sufficiente a rimuovere gli effetti dell’illecito. L’onere di effettuare il controllo di proporzionalità grava comunque sull’Autorità.

Impegni e diffida

Nelle pronunce 7 aprile 2008, nn. 2900 e 2902, *Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio ha affermato che, nascendo dal medesimo problema concorrenziale, il rapporto tra procedimento istruttorio ordinario e decisione con impegni non è di totale e assoluta autonomia: pertanto, “*la decisione con impegni può costituire un utile modello di raffronto in ordine al contenuto delle misure comportamentali che le imprese sanzionate possono adottare per ottemperare alla decisione di infrazione*”, rilevando quale espressione di uno dei possibili modelli di comportamento che l’Autorità ritiene idonei a rimuovere gli effetti anticoncorrenziali delle fattispecie oggetto di istruttoria.

Al riguardo il Consiglio di Stato, peraltro, nella pronuncia 8 febbraio 2008, n. 424, *Rifornimenti aeroportuali*, ha precisato che “*contenuto della diffida e impegni si pongono su due piani diversi: la diffida deve restare entro i limiti di cui all’art. 15 della legge n. 287/90 e all’art. 5 del Reg. CE n. 1/03 e non deve costituire uno strumento per imporre misure estranee al contenuto dell’illecito accertato; mentre gli impegni non sono strettamente vincolati e possono anche riguardare misure, estranee al contenuto della diffida*”.

Termine per la presentazione di impegni

Nella sentenza 7 aprile 2008, n. 2902, *Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio ha affermato che il termine trimestrale per la presentazione degli impegni non è perentorio, ma meramente sollecitatorio.

Impegni presi dalle parti e decisione con impegni

Nella sentenza 20 febbraio 2008, n. 1542/08, *Mercato dello zolfo grezzo*, il Tar Lazio ha chiarito che la risalente prassi di accogliere in una fase terminale del procedimento impegni presentati dalle parti non va confusa né con l’istituto della “*decisione con impegni*”, né con i programmi di clemenza introdotti dal Regolamento CE n. 1/2003. I primi, ha osservato il Tar, costituiscono “*una sorta di ravvedimento operoso, grazie al quale, ove*

le misure proposte dalle imprese siano idonee a rimuovere l'infrazione e a ristabilire le condizioni di concorrenza sul mercato rilevante, l'Autorità può dichiarare cessate le infrazioni, non procedere all'intimazione di una diffida ed eventualmente non irrogare sanzioni amministrative pecuniarie". In quel caso non viene comunque meno il potere/dovere dell'Autorità di valutare l'anticoncorrenzialità della fattispecie.

Imputabilità dell'illecito

Il Consiglio di Stato con decisione del 7 marzo 2008, n. 1009, *Prodotti disinfettanti*, ha affermato il principio secondo cui l'agente, quando sostiene specifici rischi economici e finanziari, deve essere considerato impresa autonoma rispetto al proponente e, dunque, soggetto direttamente ed unicamente responsabile per le proprie scelte imprenditoriali. Tale regola vale soprattutto quando sull'agente gravi il rischio di impresa.

Sanzioni

Natura ed efficacia deterrente

Il Consiglio di Stato, nel periodo di riferimento, ha inoltre ribadito sia la natura tipicamente punitiva della sanzione (v. sentenze 27 febbraio 2008 n. 695/08 e n. 697/08, *Associazione nazionale esercenti cinematografici lombarda*), sia la sua necessaria efficacia deterrente (pronunce 7 marzo 2008, n. 1006, *Gas Tecnici*; 8 febbraio 2008, n.424, *Rifornimenti aeroportuali*).

Presupposti e criteri di quantificazione

La giurisprudenza ha chiarito che l'Autorità è dotata di "ampi poteri discrezionali" in sede di irrogazione delle sanzioni (Consiglio di stato, decisione 27 febbraio 2008, n. 720, *Rifornimenti aeroportuali*).

Gravità

In merito alla gravità, il Tar Lazio nella sentenza 13 marzo 2008, n. 2312, *Produttori di pannelli truciolari*, ha osservato che l'intesa restrittiva della concorrenza accertata nel caso di specie era "oggettivamente grave", in quanto consistente "nel contingentamento della produzione, nella ripartizione della clientela e nella fissazione dei prezzi e delle altre condizioni commerciali". Nel caso di specie, ha osservato il Tar, l'intesa accertata poteva senz'altro essere qualificata molto grave, essendo stati adeguatamente provati gli effetti prodotti sul mercato sotto forma di un irrigidimento delle quote di mercato e di un allineamento verso l'alto dei prezzi.

Con riguardo alla fattispecie dell'abuso, il Tar Lazio, nella sentenza 26 giugno 2008, n. 6213, *Mercato del calcestruzzo autoclavato*, ha rilevato

che “*l’abuso di posizione dominante costituisce ontologicamente un illecito grave e che ai sensi dell’art. 15 della legge n. 287/90, nel caso di infrazioni gravi e tenuto conto della loro gravità e durata, l’Autorità dispone l’applicazione di una sanzione pecuniaria fino al 10% del fatturato realizzato nell’ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida*”. Il Tar ha quindi ritenuto non sproporzionata una sanzione inferiore all’1% del fatturato consolidato del gruppo.

Criteria di quantificazione

Il Consiglio di Stato, nella pronuncia 7 marzo 2008, n. 1006, resa sul caso *Gas Tecnici*, ha svolto alcune considerazioni in merito alla prassi ricorrente dell’Autorità di dividere in fasce (o categorie) le società coinvolte nell’intesa sulla base del fatturato, rilevando che “*se da un lato, la prassi di dividere le imprese in categorie sulla base del fatturato realizzato appare ragionevole, perché consente di tener conto della diversa capacità economica dei soggetti coinvolti e, quindi, di determinare una sanzione che abbia una adeguata efficacia deterrente, dall’altro, tuttavia, non esime l’Autorità di indicare puntualmente, con riferimento a ciascuna impresa collocata all’interno della fascia, le ragioni che conducono alla concreta quantificazione della sanzione, valutando in maniera specifica la gravità dell’infrazione compiuta da ciascuna con riferimento all’entità del suo eventuale apporto all’intesa stessa*”.

Con riguardo al profilo della quantificazione della sanzione il Consiglio di Stato, nelle sentenze 27 febbraio 2008 n. 695/08 e n. 697/08, *Associazione nazionale esercenti cinematografici lombarda*, nel richiamare la giurisprudenza comunitaria, ha ricordato che l’obbligo di motivazione non comporta la redazione da parte dell’Autorità di un elenco vincolante o esauriente dei criteri tenuti in considerazione: nel fissare l’importo di ciascuna ammenda, né di una formula matematica precisa.

E’ comunque auspicabile, si è affermato nelle medesime sentenze, che le imprese interessate e, ove necessario, il Tribunale siano messi in condizioni di controllare che il metodo di calcolo utilizzato e i passaggi seguiti dalla Commissione siano privi di errori e compatibili con le disposizioni e i principi applicabili in materia di ammende, dovendosi comunque consentire alla Commissione di poter spiegare, in corso di giudizio, i criteri utilizzati. L’assenza di idonea motivazione circa la quantificazione della sanzione non comporta comunque l’annullamento della sanzione, ma la verifica della congruità della stessa da parte del giudice amministrativo (sul punto anche Tar Lazio, sentenza del 13 marzo 2008, n. 2312, *Pannelli Truciolari*).

Fatturato

Nella sentenza 13 marzo 2008, n. 2312, relativa al caso *Produttori di pannelli truciolati in legno*, il Tar Lazio ha ritenuto che nella determinazione della percentuale del valore delle vendite per la determinazione dell'importo base della sanzione è corretto applicare una percentuale più elevata in presenza di un fatturato d'impresa particolarmente elevato realizzato anche per vendite di beni diversi da quelli ai quali l'infrazione si riferisce, così come una percentuale inferiore nel caso di imprese il cui fatturato è costituito quasi per intero dalle vendite dei beni oggetto dell'infrazione.

Rilevanza dell'elemento soggettivo

Nella sentenza 7 aprile 2008, n. 2900, *Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio ha ribadito il consolidato orientamento secondo cui, perché un'infrazione alle norme sulla concorrenza possa considerarsi intenzionale, non è necessario che l'impresa sia stata conscia di trasgredire tali norme, ma è sufficiente che essa non potesse ignorare che il suo comportamento aveva come scopo la restrizione della concorrenza. Tale principio vale soprattutto per le imprese di grandi dimensioni (sul punto v. in particolare Consiglio di Stato, sentenza 8 febbraio 2008, n. 424, *Rifornimenti aeroportuali*; Tar Lazio, sentenza del 19 marzo 2008, n. 2478, *Lidl*). In quest'ultima decisione, il Tar Lazio ha inoltre precisato che “*l'errore sulla illiceità del fatto, per essere incolpevole, deve trovare causa in elementi tali da ingenerare una certa convinzione sul significato della norma, la quale certamente non può essere identificata nella mera asserita incertezza del dettato normativo (...)*”.

Sanzione e diffida in relazione ad illecito cessato

Il Tar Lazio, nella sentenza 7 aprile 2008, n. 2900, *Tim-Vodafone-Wind*, ha ricordato che “*l'Autorità può irrogare una sanzione pecuniaria nonostante la cessazione dei comportamenti anticoncorrenziali e l'impegno a non reiterarli in futuro, ove ritenga, con valutazione assistita da congrua motivazione, che le infrazioni commesse siano gravi*”. (in questo senso anche Tar Lazio, decisione 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*).

Circostanze aggravanti e attenuanti

Il Consiglio di Stato, nella pronuncia 17 gennaio 2008, n. 102, resa sul caso *Prezzi del latte per l'infanzia*, ha chiarito che la recidiva, come circostanza aggravante, va intesa come reiterazione di “*un'infrazione del medesimo tipo*”; essa è quindi applicabile anche in relazione “*a condotte che, seppure non identiche, si iscrivevano, nella stessa tipologia di illecito antitrust*” (analogamente Tar Lazio, sentenza 13 marzo 2008, n. 2312, *Produttori di pannelli truciolari*).

Il Tar Lazio, nella sentenza 26 giugno 2008, n. 6213, relativa al caso *Mercato del calcestruzzo autoclavato*, ha precisato che, in ogni caso, “l’applicazione o meno delle circostanze attenuanti, come emerge dal punto 29 degli Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell’art. 23, par. 2, lett. a), del Regolamento (CE) n. 1/2003, costituisce una facoltà discrezionale dell’amministrazione procedente”.

Nella pronuncia 13 marzo 2008, n. 2312, relativa al caso *Produttori di pannelli truciolari*, il Tar Lazio ha ritenuto, in sede di quantificazione della sanzione, per un verso legittimo l’aver tenuto conto, come attenuante, della collaborazione prestata dalle parti nel corso dell’istruttoria, per altro verso corretto non prendere in considerazione nella determinazione della sanzione la generica situazione di crisi dell’industria dei produttori di pannelli in Italia. Come precisato dal Tar Lazio nella sentenza 26 giugno 2008, n. 6215, *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel Comune di Roma*, “ammettere un obbligo del genere si risolverebbe nel procurare un ingiustificato vantaggio concorrenziale alle imprese meno adattate alle condizioni del mercato”. A tal fine è quindi necessaria la presentazione “di prove oggettive dalla quali risulti che l’imposizione di un’ammenda [...] pregiudicherebbe irrimediabilmente la redditività economica dell’impresa e priverebbe i suoi attivi di qualsiasi valore”. Peraltro, si osserva nella medesima decisione n. 6215/08, “il fatto che un provvedimento assunto da un’ autorità comunitaria cagioni il fallimento ovvero la liquidazione di una determinata impresa non è vietato, in quanto tale, dal diritto comunitario”. L’onere della prova del collegamento tra l’importo della sanzione e la probabile liquidazione o fallimento grava comunque sull’impresa.

Il Consiglio di Stato, nella decisione 17 gennaio 2008, n. 102, relativa al caso *Prezzi del latte per l’infanzia*, ha sottolineato altresì la necessità di tenere in considerazione come circostanza attenuante il fatto che l’Autorità avesse “suscitato in capo alle Parti un legittimo affidamento (o quanto meno un ragionevole dubbio) in ordine alla liceità o, comunque, alla neutralità, sotto il profilo concorrenziale, della condotta poi successivamente contestata”, ed in particolare “il mancato esercizio da parte dell’AGCM del potere sanzionatorio in ordine a condotte dalla stessa certamente conosciute nell’ambito di un diverso procedimento a carico delle medesime imprese”.

Circostanze attenuanti e rigetto degli impegni

Nel caso *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia* (sentenza 6 giugno 2008, n. 5578), il Tar Lazio ha affermato che la manifesta inidoneità degli impegni proposti da un’impresa ad escludere preoccupazioni di carattere concorrenziale in ragione della loro genericità ed indeterminatezza fa sì che, “conseguenzialmente, la loro presentazione non può integrare una circostanza attenuante”.

La presentazione di impegni, ancorché rigettati dall’Autorità, come precisato dal Consiglio di Stato nella pronuncia 8 febbraio 2008, n. 424, *Rifornimenti aeroportuali*, può essere infatti apprezzata come manifestazione di collaborazione a fini sanzionatori, nella misura in cui essi si configurano come un ravvedimento operoso e “*riguardano non comportamenti futuri, ma concrete determinazioni*”.

Nelle pronunce 27 febbraio 2008 n. 695/08 e n. 697/08, *Associazione nazionale esercenti cinematografici lombarda*, il Consiglio di Stato ha ritenuto che, nel quantificare le sanzioni, l’Autorità avrebbe dovuto considerare la circostanza che il settore in cui era stata accertata la violazione antitrust era per la prima volta interessato dall’intervento repressivo antitrust, benché fosse nota all’Autorità l’esistenza di accordi tra gestori come emerso da un’indagine conoscitiva nel 1994.

Disparità di trattamento sanzionatorio

Con la sentenza 17 gennaio 2008, n. 102, resa sul caso *Prezzi del latte per l’infanzia*, il Consiglio di Stato ha negato la sussistenza di una disparità di trattamento sanzionatorio nell’ipotesi in cui l’entità della sanzione non rifletta le quote di mercato degli operatori, posto che il criterio incentrato sull’ampiezza delle quote di mercato era soltanto uno dei parametri adoperati dall’Autorità per la concreta determinazione della sanzione. Così anche con riguardo al parametro del fatturato delle società coinvolte.

Disparità di trattamento - clemenza

Nella sentenza 13 marzo 2008, n. 2312, *Pannelli Truciolari*, il Tar Lazio ha escluso che le imprese partecipanti ad un cartello possano avere alcun interesse giuridicamente rilevante a contestare l’ammissione di altra parte dell’intesa al programma di clemenza, “*in quanto non sono percepibili le conseguenze che ... deriverebbero da tale ammissione, essendo da escludere sia l’ipotesi discriminatoria, in quanto è la norma di legge che, con la novella del 2006, ha previsto la possibilità della misura premiale, sia l’ipotesi dell’aggravamento del trattamento sanzionatorio, non sussistendo alcun nesso eziologico tra l’ammissione (di un’impresa) alla misura premiale e la quantificazione della sanzione pecuniaria irrogata alle imprese responsabili dell’illecito*”.

Potere di diffida dell’Autorità e ottemperanza

Diffida

Nella sentenza 20 febbraio 2008, n. 1542/08, *Mercato dello zolfo grezzo*, il Tar Lazio ha precisato che la diffida deve essere correlata al tipo di illecito contestato e può comportare tanto un obbligo di fare (come nel caso delle

pratiche escludenti), quanto di astenersi da determinati comportamenti (è questo tipicamente il caso degli accordi e delle pratiche concordate restrittive della concorrenza). Nella medesima pronuncia il Tar ha altresì ribadito che la finalità della diffida, *“non è solo quella di eliminare i comportamenti oggetto dell’intesa ma anche quella di rimuovere, ove possibile, le conseguenze anticoncorrenziali di essa e di intimare alle imprese di astenersi dal porre in essere analoghi comportamenti per il futuro”*; a tale proposito, il giudice di prime cure ha statuito che *“l’art. 15 della l. n. 287/90 non attribuisce espressamente all’Autorità il potere di imporre rimedi alle imprese (ad es. misure di natura strutturale), ancorché detto potere sia stato considerato dalla giurisprudenza connesso al ruolo dell’Autorità”*. Pertanto, per poter ingiungere specifici comportamenti diversi dalla mera cessazione di quelli tramite cui è stato realizzato l’illecito, essa *“deve comunque fornire un’adeguata motivazione e valutare l’idoneità delle misure imposte sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità, considerato che ciò che è atto dovuto è la diffida ma non anche l’inclusione nella diffida di tali specifiche misure”* (analogamente Consiglio di Stato, sentenza 8 febbraio 2008, n. 423, *Rifornimenti aeroportuali*).

Il Consiglio di Stato, nella pronuncia 8 febbraio 2008, n. 423, *Rifornimenti aeroportuali*, ha ritenuto che l’inibitoria di intese anticoncorrenziali e di fattispecie di abuso di posizione dominante *“non possa prescindere dalla puntuale individuazione e dall’inibitoria delle condotte ritenute lesive, quali parametri cui rapportare la necessaria verifica di ottemperanza alla diffida, non essendo - in caso contrario - in alcun modo verificabile (se non a distanza di molto tempo e in base all’andamento generale del mercato) il superamento dei patti occulti, indirizzati al sovvertimento della libera concorrenza”*.

Sanzioni per inottemperanza alle misure cui è subordinata l’autorizzazione della concentrazione

Il Consiglio di Stato, nella pronuncia del 22 aprile 2008, n. 1828, *Henkel/Loctite*, ha confermato la sanzionabilità dell’inottemperanza alle misure cui era stata subordinata l’autorizzazione di un’operazione di concentrazione, sulla base del combinato disposto degli artt. 6, 18 e 19 della legge n. 287/1990. Al riguardo il Consiglio di Stato ha considerato rilevante ai fini sanzionatori anche la singola misura non ottemperata *“in quanto [...] il comportamento è stato condotto in violazione di un obbligo liberamente assunto, la cui rilevanza era stata inizialmente definita da entrambe le parti del rapporto”*.

Inottemperanza all’obbligo di comunicazione di una concentrazione

Secondo il Tar, nella sentenza 19 marzo 2008, n. 2478, *Lidl*, l’uso della voce verbale “può” nell’art. 19, comma 2, della legge n. 287/1990,

“non è indicativa della spettanza all’Autorità di una discrezionalità estesa all’an del trattamento sanzionatorio, ma si spiega semplicemente con l’intento legislativo di sottolineare - oltre che il potere di graduarne il quantum - la cumulabilità della sanzione per l’inottemperanza agli obblighi di comunicazione preventiva con l’ulteriore sanzione applicabile, in forza del 1° comma dello stesso art. 19, in dipendenza degli eventuali effetti anticoncorrenziali della concentrazione”.

PROFILI PROCEDURALI

Rapporto tra comunicazione delle risultanze istruttorie e provvedimento finale

Nelle sentenze 22 ottobre 2008, nn. 12535 e 12536, *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio ha statuito che il provvedimento finale può disattendere la ricostruzione della fattispecie prospettata nella Comunicazione delle Risultanze istruttorie (CRI) e pervenire dunque ad una valutazione diversa, in quanto la CRI *“si limita a rappresentare l’ipotesi ‘accusatoria’ formulata dagli uffici in rapporto agli elementi probatori sino allora acquisiti ... dei quali, in un primo momento, l’Autorità si limita a verificare la non manifesta infondatezza ai fini dell’invio alle imprese”* (sentenza n. 12536/08).

Come ribadito dal Consiglio di Stato nella decisione del 17 gennaio 2008, n. 102, *Prezzi del latte per l’infanzia*, *“le eventuali differenze rispetto alla comunicazione delle risultanze istruttorie rilevano solo se comportano un mutamento della natura intrinseca della violazione accertata rispetto a quella contestata, con modifica dell’imputazione, perché solo in tal caso sarebbe violato il diritto di difesa, mentre nulla impedisce che l’Autorità (...) ad esito del procedimento mantenendosi all’interno della cornice fattuale degli addebiti mossi alle imprese (...) pervenga ad una definizione giuridica dei fatti contestati diversa da quella iniziale, ovvero ad una diversa ricostruzione giuridico-formale della fattispecie”.*

Inoltre, come precisato dal Tar nella sentenza 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, *“la circostanza che le valutazioni contenute nel provvedimento finale siano corrispondenti a quelle contenute nella comunicazione delle risultanze istruttorie non è di per sé sintomatica della omessa valutazione di memorie e documenti”.* L’Autorità, si osserva nella suddetta sentenza, non è infatti tenuta a ribattere analiticamente a tutte le argomentazioni delle imprese interessate, essendo sufficiente che, sotto il profilo sostanziale, sia adeguatamente motivata la tesi accolta in contrapposizione a quanto dedotto dalle parti.

Profili processuali

Termine per il deposito del ricorso

Nella sentenza 17 aprile 2008, n. 3301, *Bernabei Liquori/Coca*

Cola, il Tar ha precisato che la data della consegna del ricorso all'ufficiale giudiziario rileva per il rispetto del termine di impugnazione mentre, per la determinazione del perfezionamento della notifica a mezzo posta e per la decorrenza del termine per il deposito del ricorso, rileva invece la data della consegna al destinatario.

Legittimazione ad impugnare i provvedimenti dell'Autorità

Il Tar Lazio, nella sentenza 17 aprile 2008, n. 3301, *Bernabei Liquori/Coca Cola*, ha confermato l'orientamento giurisprudenziale che estende la legittimazione a ricorrere avverso i provvedimenti in materia *antitrust* anche alle imprese concorrenti.

Interesse a ricorrere

Nella sentenza 20 febbraio 2008, n. 1542, *Mercato dello zolfo grezzo*, il Tar Lazio ha osservato che il considerevole lasso di tempo intercorso tra l'adozione del provvedimento di accertamento dell'infrazione e la proposizione del relativo ricorso non è di per sé causa di improcedibilità di quest'ultimo per sopravvenuta carenza di interesse. L'improcedibilità, ha precisato il giudice, “*consegue al verificarsi di una situazione tale da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza, anche sotto il profilo strumentale e morale*”, dovendo considerare anche le possibili ulteriori iniziative attivate o attivabili dal ricorrente per soddisfare la pretesa vantata (ad esempio di natura risarcitoria) ovvero ogni possibile effetto pregiudizievole, anche indiretto, tuttora derivante dal provvedimento impugnato”.

Inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione (ex articolo 111 Cost.)

La Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite Civili, con sentenza n. 7063 del 17 marzo 2008, ha dichiarato l'inammissibilità di un ricorso per motivi inerenti la giurisdizione (ex art. 360 cpc e art. 111 Cost.), promosso avverso una sentenza con cui il Consiglio di Stato aveva respinto gli appelli contro una sentenza del Tar Lazio che, a sua volta, aveva confermato la legittimità del provvedimento dell'Autorità nel caso *Test diagnostici per diabete*.

Tra le statuizioni maggiormente significative della pronuncia, si segnala quella inerente l'ambito del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo in materia di concorrenza.

In particolare, le Sezioni Unite indicano che “*con riguardo alle sanzioni pecuniarie applicate dall'Autorità Garante della Concorrenza, sussista l'esigenza d'una tutela giurisdizionale piena, dovendosi interpretare il rinvio operato dalla l. n. 287 del 1990, art. 31, alle disposizioni della l. n. 689 del 1981 - in ottemperanza al principio di legalità posto dall'art. 23 Cost., dal quale si tutela il diritto del privato a non subire imposizioni*

patrimoniali al di fuori dei casi previsti dalla legge - come esteso anche al tipo di cognizione prevista dall'art. 23 della richiamata L. n. 689 del 1981, ond'è che devesi ritenere consentita anche al giudice amministrativo, al pari di quanto già da tempo e ripetutamente riconosciuto al giudice ordinario nei giudizi d'opposizione introdotti ai sensi dell'art. 23 cit., la verifica dei fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell'Autorità antitrust sotto il profilo della verità degli stessi, eppertanto la valutazione degli elementi di prova raccolti dall'Autorità e delle prove a difesa offerte dalle imprese, senza che l'accesso al fatto del giudice possa subire alcuna limitazione, al fine di annullare in tutto o in parte il provvedimento o di modificarlo anche solo limitatamente all'entità della sanzione dovuta". Le Sezioni Unite precisano tuttavia che: *"Ciò che non è consentito al Consiglio di Stato è un controllo c.d. di tipo "forte" sulle valutazioni tecniche opinabili, id est l'esercizio, da parte del giudice, di un potere sostitutivo, spinto fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'Amministrazione, fermo restando anche sulle valutazioni tecniche il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza. Ma, come hanno evidenziato queste SS.UU. con la citata sentenza 8882/05, questa è questione concernente non già l'essenza della funzione giurisdizionale demandata al giudice amministrativo, bensì le sue modalità di esercizio nonché l'individuazione del suo ambito operativo, e tale aspetto esula dal sindacato affidato a queste Sezioni unite dall'art. 111 Cost., comma 8, sindacato che comunque non potrebbe essere esteso ad (eventuali) errori di giudizio.*

Termini dell'istruttoria

Durata della fase pre-istruttoria e termini per l'avvio del procedimento

Nel respingere la censura di ingiustificata protrazione della fase pre-istruttoria il Tar Lazio, nella sentenza 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha statuito che la protrazione nel tempo della fase pre-istruttoria - tenuto conto della mancata previsione all'art. 14 della legge n. 287/90 di un termine di inizio del procedimento e della inapplicabilità al caso di specie dell'art. 14 della legge n. 689/81- non può ritenersi di per sé lesiva del diritto di difesa dei soggetti coinvolti nel procedimento. Il Tar ha altresì chiarito che la valutazione sulla esigenza o meno di avviare l'istruttoria è *"complessa e richiede un intervallo di tempo che può divenire rilevante, in quanto il potere di indagine precedente l'istruttoria può essere protratto sino a quando non emergano elementi tali da rendere ragionevole l'avvio dell'istruttoria che, altrimenti, si rivelerebbe inutile ed antieconomica"*. In senso analogo anche Tar Lazio, sentenza 13 marzo 2008, n. 2312, *Pannelli Truciolari*.

Legittimo affidamento

Nella decisione 8 febbraio 2008, n. 423, resa sul caso *Rifornimenti aeroportuali*, il Consiglio di Stato ha chiarito che nessun legittimo affidamento può essere invocato dalle imprese che abbiano comunicato un'intesa all'Autorità per il fatto che essa abbia ommesso di avviare un'istruttoria nei termini di cui all'art. 13 della legge n. 287/1990. Ciò, “*sia perché il precluso avvio di un'istruttoria non tempestiva non si estende al caso di “comunicazioni incomplete o non veritiere”, sia perché anche un'intesa originariamente legittima può dare luogo ad interventi sanzionatori, in caso di deviazioni poste in essere in un secondo tempo*”.

Poteri istruttori dell'Autorità e diritti di difesa

Garanzie procedurali in fase pre-istruttoria

Nella sentenza 17 aprile 2008, n. 3301, *Bernabei Liquori/Coca Cola*, il Tar Lazio ha ribadito che la fase pre-istruttoria è «*caratterizzata da formalità meno penetranti di quelle successive all'avvio di un'istruttoria e dall'esistenza di ampi poteri officiosi*».

Obbligo di motivazione nei provvedimenti di archiviazione

Nella sentenza 17 aprile 2008, n. 3301, *Bernabei Liquori/Coca Cola*, il Tar Lazio ha precisato che la motivazione “*deve evidenziare in modo chiaro ed inequivocabile il ragionamento dell'istituzione in maniera tale da fornire da un lato, agli interessati sufficienti indicazioni per rendersi conto se detta decisione sia fondata o se eventualmente sia inficiata da un vizio che consenta di contestarne la validità e dall'altro consentire al giudice comunitario di esercitare il suo sindacato di legittimità*”.

Aspetti procedurali relativi al subprocedimento di valutazione degli impegni

Annullamento parziale delle decisione di accettazione degli impegni

Nella sentenza 19 novembre 2008, n. 10428, *Federazione italiana sport equestri (FISE)*, il Tar Lazio ha affermato che, a seguito dell'annullamento parziale di un provvedimento di accettazione degli impegni, l'Autorità dovrà “*nuovamente valutare se gli impegni proposti siano soddisfattivi al fine di eliminare i profili anticoncorrenziali [...], nel qual caso la delibera come emendata delle parti illegittime resterà vincolante per la ricorrente ed il procedimento rimarrà chiuso senza l'accertamento di alcuna infrazione; o, viceversa, non siano soddisfattivi ai fini in questione, nel qual caso, essendosi modificata la situazione di fatto rispetto ad un elemento su cui si è fondata la decisione, l'Autorità potrà riaprire d'ufficio il procedimento ai sensi dell'art. 14 ter, co. 3, l. 287/90*”.

In materia di impegni il Tar Lazio, nella sentenza 19 novembre 2008, n. 10428, *Federazione italiana sport equestri (FISE)*, ha affermato che l'annullamento *in parte qua* del provvedimento di accettazione degli impegni presentati dall'impresa nei confronti della quale è stata avviata l'istruttoria non esclude la possibilità che l'Autorità, *“ritenendo gli impegni non più idonei ad eliminare i profili anticoncorrenziali oggetto di istruttoria, riapra il procedimento in precedenza arrestato al fine di accertare la commissione dell'illecito anticoncorrenziale ai sensi della l. n. 287/90”*.

Consultazione della Commissione ex art. 11.4 Reg. n. 1/2003 CE

Nella sentenza 7 aprile 2008, n. 2900, *Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio ha affermato che l'omissione di una compiuta informativa alla Commissione europea in ordine alla decisione prevista dall'Autorità e l'invio, ex art. 11.4 del Reg. CE n. 1/2003, anziché di una bozza del provvedimento finale, della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, non ridonda in un vizio di legittimità della medesima decisione: *“la consultazione della Commissione non appare infatti finalizzata all'emissione di un parere, o comunque all'adozione di un provvedimento idoneo ad inserirsi, quale atto preparatorio, nella serie procedimentale interna, bensì soltanto alla formulazione di eventuali “osservazioni” sul caso, idonee ad assicurare un'applicazione uniforme del diritto comunitario”*.

Potere di avocazione della Commissione ex art. 11.6 Reg. n. 1/2003 CE

Nella sentenza 7 aprile 2008, n. 2900, *Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio ha affermato che l'unico atto in grado di privare le autorità nazionali di concorrenza della competenza ad applicare gli artt. 81 e 82 del Trattato è rappresentato dall'esercizio del potere di avocazione da parte della Commissione europea. Quest'ultima può tuttavia avviare il procedimento ai sensi dell'art. 11, par. 6, del Reg. CE n. 1/2003 solo nel corso del c.d. “periodo iniziale di attribuzione”, cioè immediatamente dopo la comunicazione dell'avvio di un'indagine ai sensi dell'art. 11, par. 3, mentre, successivamente, l'intervento “autoritativo” della Commissione appare piuttosto come uno strumento di “risoluzione dei conflitti”, determinati dal fatto che i membri della rete ECN prevedano *“di adottare decisioni contrastanti sul medesimo caso”* ovvero *“una decisione palesemente in conflitto con la giurisprudenza consolidata”*.

Pareri dell'Autorità di settore

Relativamente alle attribuzioni dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) in tema di definizione dei mercati rilevanti e delle posizioni dominanti, il Tar Lazio, nella sentenza 7 aprile 2008, n. 2902, *Tim-*

Vodafone-Wind, ha ribadito come tali attribuzioni non abbiano fatto venir meno la generale competenza spettante all’Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di concorrenza. Le valutazioni dell’Autorità di settore assumono una valenza diversa a seconda che si riferiscano alla disciplina del settore regolato ovvero siano attinenti l’applicazione delle norme in materia di tutela della concorrenza: solo nella prima ipotesi l’Autorità dovrà indicare in modo particolarmente esauriente le ragioni per le quali si è discostata dal parere del regolatore.

Rettifica della sanzione

Il Consiglio di Stato, nella sentenza 27 febbraio 2008, n. 720, *Rifornimenti Aeroportuali*, ha chiarito che in caso di rettifica della sanzione da parte dell’Autorità, laddove ciò porti all’aggravamento della sanzione a carico di un’impresa, è necessaria la previa comunicazione dell’avvio del procedimento all’impresa interessata.

Autorizzazione in deroga ex art. 4 legge n. 287/1990

Il Consiglio di Stato, nella sentenza 7 marzo 2008, n. 1006, *Gas Tecnici*, ha posto in evidenza che i principi di proporzionalità e ragionevolezza dell’azione amministrativa impongono all’Autorità garante della concorrenza e del mercato - prima di negare l’autorizzazione in deroga ex art. 4 della legge n. 287/1990 ed ordinare la misura delle dismissione delle imprese comuni - di segnalare “*alle imprese madri la necessità di rimuovere eventuali restrizioni ritenute eccessive rispetto alla finalità dell’intesa, al fine di giungere all’autorizzazione di un’intesa che poteva essere ritenuta, in assenza dei predetti elementi di criticità, vantaggiosa per il mercato*”.

Rapporti tra giudicato penale e determinazioni dell’Autorità

Il Consiglio di Stato, nella decisione *Prodotti disinfettanti* del 7 marzo 2008, n. 1009, sul rapporto tra giudicato penale e determinazioni dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, ha chiarito che il giudicato penale si impone alle altre giurisdizioni principalmente sotto il profilo relativo all’accertamento dei fatti. Essendo volto alla tutela di interessi diversi rispetto al procedimento antitrust, il giudizio penale di irrilevanza dei fatti “*non vincola l’autorità amministrativa nel formulare il giudizio di rilevanza dei medesimi fatti in relazione agli interessi al cui presidio è preposta l’Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, e nemmeno il giudice amministrativo*”.

Accesso e riservatezza

Il Consiglio di Stato, nella decisione del 17 gennaio 2008, n. 102, *Prezzi del latte per l’infanzia*, ha nuovamente affrontato il tema dei rapporti

tra diritto d'accesso e riservatezza nei procedimenti antitrust, e la necessità di un bilanciamento tra i due interessi. In tal senso, il Consiglio di Stato ha indicato che il diniego di accesso agli atti per ragioni di riservatezza *“può assumere rilievo come violazione del diritto di difesa solo quando si ritenga che, in mancanza del diniego il procedimento si sarebbe potuto concludere in modo diverso”*. La valutazione della rilevanza dei documenti non resi accessibili deve essere quindi fatta alla luce degli addebiti mossi all'impresa e della difesa da quest'ultima svolta. Quando il diniego d'accesso riguardi *“dati che hanno un rilievo assai limitato rispetto all'impianto accusatorio creato dall'Autorità”*, esso deve quindi ritenersi legittimo. In ogni caso, ha osservato il Consiglio di Stato, *“L'accesso ai documenti che contengono segreti commerciali (...) rappresenta un'eccezione, e può avvenire solo limitatamente a quegli elementi essenziali (cioè assolutamente necessari) per l'esercizio del diritto di difesa delle imprese”*.

Il Tar Lazio, nella sentenza 13 marzo 2008, n. 2312, caso *Pannelli Truciolari*, ha affermato che l'amministrazione *“deve esibire gli atti laddove questi siano funzionali al concreto esercizio del diritto di difesa, racchiudendo elementi che l'autorità procedente sta valutando o ha valutato nello svolgimento della sua azione”*. Ricade comunque su chi lamenta la lesione del diritto di difesa l'onere indicare la sussistenza di fatti o circostanze posti a base del provvedimento adottato e indebitamente sottratti all'accesso.

Ambito e limiti del sindacato giurisdizionale

Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo, per principio giurisprudenziale consolidato, è volto a valutare che la ricostruzione dei fatti operata dall'Autorità sia immune da travisamenti, vizi logici e vizi di violazione di legge, e accertare che le norme giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate, senza potersi comunque sostituire all'Autorità. (così il Tar Lazio nelle sentenze: 7 aprile 2008, n. 2900, *Tim-Vodafone-Wind*; 20 febbraio 2008, n. 1542, *Mercato dello zolfo grezzo*; 26 giugno 2008, n. 6215, *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel Comune di Roma*; 13 marzo 2008, n. 2312, *Pannelli Truciolari*). In relazione all'ambito del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo in materia antitrust v. anche Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, sentenza 17 marzo 2008, n. 7063, cit.

Il Tar Lazio, nella sentenza del 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha precisato ulteriormente che *“su un piano generale [...] il giudice amministrativo può sindacare con piena cognizione i fatti oggetto dell'indagine e il processo valutativo mediante il quale l'Autorità applica al caso concreto la regola individuata, fermo restando che, ove sia accertata la legittimità dell'azione sulla base della corretta utilizzazione delle regole tecniche sottostanti, il sindacato*

giurisdizionale non può spingersi oltre, perché vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione, la quale soltanto è titolare del potere esercitato".

Laddove residuino margini di opinabilità in relazione a concetti indeterminati, quale l'individuazione del mercato rilevante, il giudice, come affermato dal Tar nella decisione 26 giugno 2008, n. 6215, *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel Comune di Roma*, non può comunque sostituirsi all'Autorità.

Nella sentenza del 14 aprile 2008, n. 3163, *Oni+Altri/Cantieri del Mediterraneo*, il Tar del Lazio ha osservato infatti come “*costituisca principio ormai consolidato, sia in dottrina sia in giurisprudenza, che il sindacato del giudice amministrativo sulla definizione del mercato rilevante non possa spingersi fino a sostituire le valutazioni dell'Autorità; mentre al medesimo è demandata la verifica in ordine alla correttezza del sotteso processo logico-induttivo, con riferimento all'osservanza delle norme tecniche e procedurali, all'obbligo di motivazione, all'esatta percezione materiale dei fatti, all'insussistenza di errori manifesti di valutazione ovvero di sviamento di potere*” (analogamente Tar Lazio, sentenza 26 giugno 2008, n. 6238, *Acea-Sueza Environment/Publiacqua*). Più specificamente, il giudice di prime cure ha puntualizzato che “*la definizione del mercato rilevante implica un accertamento di fatto cui segue l'applicazione ai fatti accertati delle norme giuridiche in tema di mercato rilevante, come interpretate dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale. Tale applicazione delle norme ai fatti implica un'operazione di «contestualizzazione» delle norme frutto di una valutazione giuridica complessa che adatta concetti giuridici indeterminati, quali il mercato rilevante o la posizione dominante, al caso specifico. Non di rado, tale operazione di contestualizzazione implica margini di opinabilità, atteso il carattere di concetto giuridico indeterminato di dette nozioni*”.

Sindacato giurisdizionale in materia di sanzioni

Nella sentenza 16 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, il Tar Lazio ha ribadito l'applicabilità ai giudizi in materia antitrust dell'art. 23, comma 11, della legge n. 689/1981, da cui consegue il sindacato giurisdizionale “pieno” e “di merito” in materia di sanzioni pecuniarie irrogate dall'Autorità, con possibilità quindi per il giudice amministrativo di modificarle in sede giurisdizionale (analogamente Tar Lazio, sentenze 26 giugno 2008, n. 6213, relativa al caso *Mercato del calcestruzzo autoclavato*; 13 marzo 2008, n. 2312, *Pannelli Truciolari*; 26 giugno 2008, n. 6215, *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel Comune di Roma*).

3. RAPPORTI INTERNAZIONALI

Commissione europea

Le decisioni della Commissione

Nel corso del 2008, la Commissione europea ha portato a termine nove procedimenti relativi a presunte infrazioni degli articoli 81 e 82 del Trattato CE, accertando otto casi di violazione del divieto di intese restrittive di cui all'art. 81. Sette casi sono stati soggetti a sanzioni ed uno si è concluso con la sola richiesta alle imprese di porre fine alla violazione. I rimanenti due procedimenti, in cui è stata accertata una violazione dell'art. 82 in combinato disposto con l'art. 86, hanno avuto come destinatari due Stati membri e si sono conclusi con la richiesta a tali Stati di modificare la normativa in vigore che prevedeva misure contrarie alle regole della concorrenza.

Decisioni relative agli articoli 81 e 82 del Trattato CE

Numero	Nome caso	Data decisione	Norme applicate	Estremi di pubblicazione
COMP/38.638	Butadiene Rubber (Gomma butadiene)	23 gennaio 2008	Art.81 (divieto con sanzioni)	Non pubblicata
COMP/38.700	Greek lignite and electricity markets (Mercato della lignite)	8 marzo 2008	Artt. 82-86	Non pubblicata
COMP/38.543	International Removal Services (Settore dei traslochi)	11 marzo 2008	Art.81 (divieto con sanzioni)	Non pubblicata
COMP/38.695	Sodium Chlorate (Prodotti chimici inorganici)	11 giugno 2008	Art.81 (divieto con sanzioni)	Non pubblicata
COMP/39.180	Aluminium Fluoride (Prodotto chimico)	25 giugno 2008	Art.81 (divieto con sanzioni)	Non pubblicata
COMP/38.698	Cisa Agreement (Concessione in licenza dei diritti d'autore)	16 luglio 2008	Art.81 (divieto)	Non pubblicata
COMP/39.181	Candle Waxes (Prodotti chimici e petroliferi)	1° ottobre 2008	Art.81 (divieto con sanzioni)	Non pubblicata
COMP/39.562	Slovakian postal Law (Servizi di posta ibrida)	7 ottobre 2008	Artt. 82-86	Non pubblicata
COMP/39.188	Bananas (importazione di banane)	15 ottobre 2008	Art. 81 (divieto con sanzioni)	Non pubblicata

In merito all'attività di controllo preventivo delle operazioni di concentrazione, nel 2008 la Commissione ha adottato 340 decisioni in applicazione del regolamento n. 139/2004. Su richiesta delle imprese interessate, la Commissione, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 4, del

regolamento ha disposto in nove casi il rinvio pre-notifica all'autorità competente di uno Stato membro dell'esame di concentrazioni aventi dimensione comunitaria. In nessun caso la richiesta di rinvio è stata rifiutata.

Parallelamente, su richiesta avanzata dalle parti ai sensi dell'art. 4, paragrafo 5, del regolamento, ventidue operazioni di concentrazione, prive di dimensione comunitaria, sono state direttamente notificate alla Commissione e da quest'ultima scrutinate. Anche in questo caso nessuna richiesta di rinvio è stata rigettata. In quattro casi la Commissione ha disposto, ai sensi dell'art. 9 del regolamento, il rinvio dell'operazione di concentrazione alle autorità competenti degli Stati membri; in due di questi casi si è trattato di un rinvio soltanto parziale. In tre casi la Commissione ha esaminato, su richiesta degli Stati membri, concentrazioni prive di dimensione comunitaria, ai sensi dell'art. 22 del Regolamento.

La maggior parte delle concentrazioni notificate non presentava profili problematici dal punto di vista concorrenziale ed è stata autorizzata senza avviare una formale procedura istruttoria. In diciannove di questi casi, tuttavia, l'autorizzazione è stata concessa subordinatamente al rispetto di impegni specificatamente assunti dalle parti al fine di rendere compatibile l'operazione con il mercato comune.

Nel medesimo periodo, la Commissione ha portato a termine quattordici istruttorie iniziate ai sensi dell'art. 6.1(c) relative ad altrettante operazioni di concentrazione. In tutti i casi l'istruttoria si è conclusa con una decisione di autorizzazione. In cinque casi l'autorizzazione è stata condizionata al rispetto degli impegni assunti dalle parti nel corso del procedimento al fine di eliminare i profili anticoncorrenziali della concentrazione

Attività di controllo preventivo delle operazioni di concentrazione

Numero totale decisioni in applicazione del Reg. n. 139/2004	340
Rinvio pre-notifica (art. 4.4)	9
Richiesta delle parti di esame da parte della Commissione di concentrazioni prive di dimensione comunitaria (art. 4.5)	22
Rinvio della Commissione alle autorità competenti (art. 9)	4
Rinvio parziale (art. 9)	2
Casi esaminati dalla Commissione di concentrazioni prive di dimensione su richiesta degli Stati (art. 22)	3
DECISIONI IN FASE I	
Numero Totale	326
Concentrazioni autorizzate (art. 6.1(b))	307
Concentrazioni autorizzate subordinatamente al rispetto di impegni (art. 6.2)	19
DECISIONI IN FASE II	
Numero Totale 1	4
Concentrazioni autorizzate (art. 8.1)	9
Concentrazioni autorizzate subordinatamente al rispetto di impegni (art. 8.2)	5

Revisione art. 82

Nel dicembre 2008 la Commissione ha adottato una Comunicazione sugli orientamenti che essa intende seguire nell'identificazione delle priorità nell'applicazione dell'art. 82 del Trattato CE ai comportamenti escludenti posti in essere da imprese in posizione dominante. Il documento è il risultato finale di un'intensa attività di studio che la Commissione ha condotto successivamente alla pubblicazione nel dicembre 2005, di un primo documento della Direzione generale della concorrenza e che è stato arricchito dai contributi delle Autorità nazionali della concorrenza e di tutti i soggetti interessati.

La Comunicazione in materia di applicazione dell'articolo 82 non ha la funzione di fornire linee guida sull'applicazione della norma, bensì quella di stabilire le priorità che indirizzeranno la sua applicazione da parte della Commissione. Gli orientamenti sulle priorità mirano, in tal senso, a fornire maggiore chiarezza e prevedibilità in ordine alle possibili scelte interpretative e di intervento cui la DG Concorrenza farà ricorso nell'identificazione delle condotte abusive.

L'attenzione della Commissione si focalizza sugli abusi cosiddetti escludenti, rinunciando ad esaminare altri comportamenti suscettibili di violare l'art. 82, consistenti, in particolare, nello sfruttamento abusivo del potere di mercato a danno dei consumatori, ad esempio "nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque" o nell'adozione di strategie discriminatorie consistenti "nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza".

La Comunicazione è suddivisa in due parti: la prima, di carattere generale, esprime i presupposti di fondo che giustificano l'intervento della Commissione, mentre la seconda si sofferma sulle tipologie di condotte abusive più frequenti, in particolare: accordi di esclusiva, sconti, pratiche leganti, comportamenti predatori, rifiuti di effettuare forniture e compressione dei margini.

Grande rilievo assume, nella parte generale della Comunicazione, l'accertamento della dominanza che costituisce il presupposto indispensabile per la contestazione delle condotte abusive. Gli orientamenti della Commissione, nel confermare il principio secondo il quale la dominanza rappresenta una situazione di indipendenza economica nei confronti dei concorrenti, fornitori e consumatori dell'impresa che ne è titolare, sottolineano che il concetto di indipendenza economica deriva da un considerevole e duraturo potere di mercato. L'accertamento della dominanza si basa, oltre che sul calcolo delle quote delle imprese presenti nel mercato rilevante, anche sull'insieme di tutti gli elementi che caratterizzano la struttura

concorrenziale del mercato (probabilità di espansione dei concorrenti già presenti, minaccia di ingresso di concorrenti potenziali, forza negoziale dei clienti). La dominanza a cui la Commissione fa riferimento è, quella di tipo individuale, essendo la dominanza collettiva esplicitamente esclusa dall'ambito della comunicazione.

Quanto all'accertamento dell'abuso, gli orientamenti della Commissione sottolineano la necessità che gli interventi si concentrino sui tipi di comportamento in grado di esplicare un evidente impatto sul benessere dei consumatori, ossia idonei a incidere negativamente sulle condizioni di prezzo, sulla qualità dei prodotti o sulla possibilità di scelta di beni e servizi. In questa prospettiva, la Commissione considera prioritari gli interventi relativi a condotte idonee ad escludere concorrenti con il medesimo livello di efficienza dell'impresa dominante. Solo tali imprese, infatti, con la loro presenza nel mercato, sarebbero effettivamente in grado di accrescere il benessere dei consumatori. La Commissione, in altri termini, non si pone l'obiettivo di tutelare i concorrenti in quanto tali, ma solo quelli capaci di migliorare le condizioni della concorrenza in un mercato caratterizzato dalla presenza di un'impresa dominante. La Comunicazione contempla, infine, la possibilità di valutare situazioni in cui l'adozione di condotte escludenti risulti necessaria o indispensabile per produrre efficienze capaci di compensare la perdita di benessere connessa all'effetto escludente. A tal fine, tuttavia, devono essere le stesse imprese a dimostrare che il loro comportamento sia obiettivamente necessario e sia idoneo a produrre le suddette efficienze, mentre la Commissione valuterà, a sua volta, se il comportamento restrittivo sia obiettivamente indispensabile e proporzionato allo scopo assertivamente perseguito dall'impresa dominante.

Regolamento (CE) n. 622/2008 della Commissione che modifica il regolamento (CE) n. 773/2004 per quanto riguarda la transazione nei procedimenti relativi ai cartelli e Comunicazione

Nel giugno 2008, la Commissione ha adottato una Comunicazione concernente la transazione nei procedimenti per l'adozione di decisioni a norma dell'art. 7 e dell'art. 23 del regolamento (CE) n. 1/2003, nonché un regolamento contenente le relative regole di procedura (regolamento (CE) n. 622/2008 che modifica il regolamento (CE) n. 773/2004 per quanto riguarda la transazione nei procedimenti relativi ai cartelli).

Lo scopo del pacchetto di misure adottato dalla Commissione è quello di ricompensare con una modesta riduzione della sanzione le imprese che ammettono le loro responsabilità nei procedimenti avviati ai fini dell'applicazione dell'art. 81 del trattato CE nei casi di cartelli. La possibilità di raggiungere una transazione con le parti potrebbe condurre a una più rapida conclusione dei procedimenti e permettere alla Commissione di

trattare un maggiore numero di casi. Naturalmente la ricompensa non deve essere tale da condurre a una riduzione delle sanzioni tale da indebolirne l'effetto dissuasivo.

La scelta di ricorrere ai *direct settlements* si fonda sull'assunto che se le parti del procedimento sono disposte a riconoscere la propria partecipazione a un cartello in violazione dell'articolo 81 del Trattato, possono anche contribuire ad accelerare il procedimento che conduce all'adozione della corrispondente decisione ai sensi dell'articolo 7 e dell'articolo 23 del regolamento (CE) n. 1/2003.

Muovendo da tale considerazione, la procedura di transazione offre alle imprese disposte a riconoscere di avere violato l'art. 81 del Trattato CE attraverso la partecipazione ad un cartello, la possibilità di uno sconto di pena (fino ad un massimo del 10% della sanzione complessiva) in cambio di un impegno che ha per oggetto: *i*) l'accettazione integrale degli addebiti mossi dalla Commissione; *ii*) la rinuncia all'esercizio di alcuni diritti di difesa, ossia l'audizione finale e l'accesso al fascicolo dopo la ricezione degli addebiti.

Attraverso le procedure transattive, la Commissione si propone di giungere un'intesa con le parti del procedimento, per quanto riguarda l'ambito dei potenziali addebiti e la stima della forcella delle probabili ammende inflitte dalla Commissione. Nella scelta dei casi adatti per una conclusione transattiva la Commissione gode di un ampio margine di discrezionalità. Per esempio, la Commissione potrà prendere in considerazione la possibilità di concludere entro un termine ragionevole un accordo con le parti interessate, sulla base di fattori quali il numero di parti in causa, le prevedibili posizioni contrastanti in merito all'attribuzione di responsabilità ed il livello di contestazione dei fatti.

La Comunicazione si sofferma sulla necessità di permettere alle parti di decidere con cognizione di causa se accedere o meno alla transazione. A tale fine è previsto l'invio di una "comunicazione preliminare" alle parti da parte della Commissione, attraverso cui esse sono informate "in merito agli elementi essenziali presi in considerazione fino a quel momento, quali i fatti contestati, la loro classificazione, la gravità e la durata del cartello, l'imputazione della responsabilità, una stima della forcella delle ammende applicabili, nonché gli elementi probatori utilizzati a sostegno degli eventuali addebiti". Nel caso in cui le discussioni procedano e la Commissione fissi un termine per la presentazione di una proposta definitiva di transazione, la comunicazione preliminare deve essere inviata alle parti prima della fissazione di detto termine.

Quanto alla proposta di transazione che le parti devono presentare per accedere alla procedura, essa deve contenere un riconoscimento della responsabilità per l'infrazione, un'indicazione dell'importo massimo dell'ammenda che le parti sono disposte ad accettare, la conferma di essere

state sufficientemente informate degli addebiti che la Commissione intende muovere, la rinuncia all'accesso al fascicolo e all'audizione orale e il consenso a ricevere la comunicazione degli addebiti e la decisione definitiva in una lingua concordata della Comunità europea. Tale proposta, che può essere presentata anche oralmente, avviene in un momento anteriore alla comunicazione degli addebiti, al fine di consentire alla Commissione di tenere conto del punto di vista delle parti già al momento della redazione di tale comunicazione.

Quando la comunicazione degli addebiti notificata alle parti rispecchia il contenuto delle loro proposte di transazione, le parti interessate rispondono a detta comunicazione confermando che i due documenti corrispondono e mantenendo l'impegno a seguire la procedura. In assenza di siffatta risposta, la Commissione prenderà atto della violazione della parte dell'impegno e potrà non prendere in considerazione la richiesta della parte stessa di seguire la procedura di transazione.

Ad ogni modo, la Commissione ha il diritto di adottare una comunicazione degli addebiti che non rispecchi la proposta di transazione delle parti, in questo caso le ammissioni formulate dalle parti si intendono ritirate e non possono essere utilizzate come prove nel procedimento; viene inoltre fissato un nuovo termine in modo che le parti possano, su richiesta, presentare elementi a propria difesa, inclusa la possibilità di accedere al fascicolo e di chiedere un'audizione orale.

Nell'ipotesi in cui la comunicazione degli addebiti rispecchi il contenuto delle proposte delle parti e queste abbiano confermato nella loro risposta l'impegno di giungere a una transazione, la Commissione può procedere all'adozione di una decisione definitiva, previa consultazione del comitato consultivo, avendo le parti rinunciato all'audizione orale e all'accesso al fascicolo. La Commissione può ricompensare una parte con cui ha raggiunto una transazione, riducendo del 10% l'ammontare della sanzione prevista; nel caso in cui siano coinvolte imprese che hanno chiesto di beneficiare del trattamento favorevole, detta riduzione sarà aggiunta alla ricompensa concessa alle imprese a titolo di trattamento favorevole.

Le modifiche apportate al Regolamento (CE) n. 773/2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE si sono rese necessarie al fine di introdurre la procedura di transazione nel quadro normativo vigente. Tra le più importanti modifiche apportate vi è la previsione di una maggiore flessibilità procedurale, in particolare grazie alla possibilità di avviare il procedimento prima dell'emissione della comunicazione degli addebiti, ossia nel momento in cui la Commissione ha richiesto alle parti di manifestare il proprio interesse ad avviare discussioni in vista della transazione, e l'introduzione dell'art. 10 bis, in cui è regolata la procedura di transazione nei casi di cartelli.

Comunicazione della Commissione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del regolamento (CE) n. 139/04 del Consiglio e del Regolamento (CE) n. 802/04 della Commissione.

Nell'ottobre 2008 è stata adottata una nuova Comunicazione sugli impegni in materia di concentrazioni, che ha sostituito la precedente comunicazione n. 68 del 2 marzo 2001, e che contiene le linee guida relative alla presentazione e valutazione di impegni finalizzati a rimuovere i problemi concorrenziali sollevati da operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria.

La Comunicazione tiene conto, oltre che dell'esperienza applicativa maturata dalla Commissione, delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza comunitaria e degli esiti di uno studio specifico, promosso dalla stessa Commissione e dedicato all'analisi della applicazione degli impegni e dei loro effetti sui mercati interessati.

In particolare la Comunicazione: a) integra e chiarisce, rispetto al passato, i presupposti e le condizioni di accettabilità degli impegni, offrendo indicazioni apposite in relazione alle diverse tipologie di strumenti/misure concretamente adottabili; b) definisce più chiare procedure di presentazione degli impegni, curando di precisare, in particolare, il set informativo da fornire alla Commissione; c) illustra, con maggiore dettaglio che in precedenza, i meccanismi di esecuzione degli impegni, prendendo, seppure brevemente, in considerazione, non solo i casi di dismissione, ma anche altri tipi di impegno. Dal punto di vista procedurale viene introdotto un apposito formulario per la presentazione degli impegni e viene codificata la prassi della Commissione di affidare ad un fiduciario remunerato dalle imprese interessate la verifica della corretta esecuzione di alcune tipologie di impegni.

Con riguardo alle condizioni di accettabilità degli impegni, la Comunicazione chiarisce che gli impegni devono essere tali da fornire una risposta a tutte le preoccupazioni concorrenziali sollevate dalla Commissione. Fin dal principio, inoltre, la proposta di impegni deve essere formulata in modo da consentire chiaramente di valutarne la effettiva attuabilità e il monitoraggio della loro corretta esecuzione. Con riguardo alle possibili differenti tipologie di impegni, la Comunicazione esplicita una chiara e ragionevole preferenza per i rimedi c.d. strutturali consistenti nella cessione a terzi di complessi produttivi di proprietà delle imprese soggette a concentrazione o nella rimozione di legami esistenti con imprese concorrenti.

Altri impegni come la messa a disposizione di risorse cruciali o la cessazione di rapporti contrattuali di lunga durata possono ritenersi suscettibili di accettazione solo in circostanze specifiche, che evidenzino come la loro esecuzione sia effettivamente equivalente, in termini di impatto competitivo agli esiti di un cessione.

Infine, impegni concernenti unicamente i comportamenti che le

imprese interessate dalla concentrazione dovrebbero tenere nel mercato (e concernenti, ad esempio, i livelli dei prezzi da applicare o la rinuncia a certi marchi) possono ritenersi accettabili solo in circostanze eccezionali.

La possibilità di modifica in corso d'esecuzione degli impegni, è considerata eccezionale negli impegni di dismissione, e in quelli relativi all'accesso a risorse cruciali.

Nella nuova Comunicazione, la Commissione presta grande attenzione a un problema sostanzialmente trascurato nella Comunicazione precedente, ossia il reperimento di tutte le informazioni necessarie a valutare adeguatamente gli impegni proposti e il loro potenziale impatto sul mercato.

Muovendo dalla premessa che le imprese interessate siano i soggetti maggiormente in grado di fornire queste informazioni, la Comunicazione accresce considerevolmente gli oneri informativi richiesti, e dispone che la proposta di impegni debba essere redatta conformandosi ad un apposito formulario che la Commissione introduce, modificando il regolamento di procedura.

Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie

Nell'aprile 2008 la Commissione europea ha pubblicato il Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, che conclude l'ampio processo di consultazione avviato dalla Commissione nel dicembre 2005 con la pubblicazione di un Libro verde in materia¹.

L'obiettivo principale perseguito dalla Commissione consiste nella rimozione degli ostacoli che finora impediscono alle vittime degli illeciti concorrenziali di accedere al pieno ristoro delle situazioni giuridiche pregiudicate dall'infrazione. Il risarcimento integrale dei danni subiti in conseguenza di una violazione delle norme comunitarie antitrust rappresenta, dunque, il presupposto del futuro intervento della Commissione. Per conseguenza, le proposte formulate nel Libro bianco trovano applicazione indipendentemente dalla natura dei soggetti danneggiati (imprese o consumatori finali, acquirenti diretti o indiretti), della tipologia dell'infrazione accertata o dell'esistenza di un pregresso accertamento dell'infrazione da parte di una autorità di concorrenza.

Nel Libro bianco la Commissione suggerisce l'introduzione di azioni risarcitorie collettive, individuando a tale proposito due soluzioni complementari (che andrebbero, dunque, adottate cumulativamente da parte degli Stati): da un lato le azioni rappresentative, intentate da soggetti qualificati, quali le associazioni di consumatori o di imprese, o organismi

¹ COM(2005) 672 def.

statali; dall'altro delle vere e proprie azioni collettive, con le quali i soggetti danneggiati decidono espressamente di consolidare le proprie pretese risarcitorie individuali in un'unica azione. Tale proposta appare problematica in relazione all'ordinamento giuridico italiano sotto due profili, segnatamente: l'ambito di applicazione e la portata delle azioni collettive; le condizioni di adesione alle azioni rappresentative e i soggetti legittimati a proporre le azioni di classe.

In primo luogo, il legislatore nazionale non ha ritenuto opportuno introdurre una distinzione tra le pretese risarcitorie derivanti da illeciti antitrust e le iniziative giudiziali radicate nella violazione di altri precetti intesi alla protezione degli interessi dei consumatori, quali le disposizioni del d. lgs. n. 146 del 2 agosto 2007 in materia di pratiche commerciali scorrette. La scelta di non predisporre uno strumento processuale *ad hoc* il cui ambito di applicazione fosse limitato al diritto antitrust appare del tutto condivisibile, alla luce delle finalità perseguite dal legislatore ed è d'altronde conforme agli auspici formulati dall'Autorità già in sede di commento al libro verde del 2005.

Il rischio insito in una considerazione settoriale dell'illecito antitrust è che si creino nel tempo dei sotto-sistemi normativi per cui, a fronte della lesione dei medesimi interessi, i consumatori dispongano di meccanismi procedurali di reazione almeno in parte non coincidenti. Tale situazione, risultando in una accresciuta incertezza, potrebbe scoraggiare il ricorso dei consumatori alle azioni collettive, specie in quelle ipotesi in cui la medesima condotta possa rilevare sia quale illecito concorrenziale che come violazione della disciplina settoriale a tutela dei consumatori (ad esempio, in materia di pratiche commerciali scorrette o di clausole vessatorie). Pertanto, in sede di recepimento a livello nazionale di eventuali decisioni della Commissione in materia, sarebbe opportuno completare gli approfondimenti già in corso in materia di ristoro collettivo degli interessi dei consumatori e predisporre meccanismi procedurali unitari in materia di illeciti di massa, piuttosto che specifici per la sola materia antitrust.

In secondo luogo, quanto all'adesione dei soggetti danneggiati all'azione rappresentativa, nell'esperienza giuridica è possibile individuare due modelli alternativi. Il primo modello (c.d. *opt in*) prevede che per l'adesione all'azione sia necessaria una positiva manifestazione di volontà del consumatore. Nel secondo modello (c.d. *opt out*), ogni consumatore che abbia subito un danno derivante dalla condotta asseritamente illecita oggetto dell'accertamento partecipa automaticamente all'azione, a meno che non manifesti esplicitamente la volontà di dissociarsene.

La nuova disciplina nazionale preferisce il sistema di *opt in*, prevedendo che *“i consumatori o utenti che intendano avvalersi [dell'azione collettiva risarcitoria] devono comunicare per iscritto al proponente la propria*

adesione all'azione collettiva". Questa scelta appare condivisibile. Infatti, la legittimazione della formazione associativa ad agire per la tutela di una serie di interessi individuali dei quali essa non è titolare discende dall'esistenza di un interesse pubblico alla definizione contestuale delle pretese risarcitorie associate alla lesione di tali interessi.

Questa considerazione milita decisamente in favore dell'adozione di un sistema di *opt in*; evidentemente, infatti, qualora si escludessero dall'azione i soli consumatori che abbiano espresso positivamente la propria volontà di dissociarsene, l'inerzia di una parte considerevole degli aderenti potrebbe derivare da un deficit informativo o culturale o da una semplice mancanza di interesse: il che revocherebbe in dubbio la stessa legittimazione "esponenziale" del soggetto abilitato e la sussistenza di un interesse pubblico al ricorso all'azione collettiva risarcitoria.

Il Libro bianco individua nella difficoltà di accesso alle prove rilevanti da parte dei potenziali attori uno dei principali ostacoli ad una maggiore diffusione delle azioni risarcitorie conseguenti alle violazioni della normativa antitrust. In effetti, in relazione all'accertamento degli illeciti concorrenziali, gli elementi di prova decisivi risultano spesso nell'esclusiva disponibilità del convenuto - e comunque non sono agevolmente conoscibili da parte dei soggetti danneggiati. La Commissione propone pertanto, al fine di agevolare l'accesso alla prova, che ai giudici nazionali sia conferito il potere di ordinare alle parti in causa o a terzi l'esibizione di determinate classi di prove rilevanti.

Al riguardo, pur condividendo la diagnosi della Commissione relativamente alle difficoltà di accesso alle prove, l'Autorità auspica che il rafforzamento dei poteri del giudice, nel senso prospettato dal libro bianco non interferisca con l'applicazione dei poteri inquisitori dell'Autorità. In particolare, la possibilità di ottenere l'ordine di esibizione di categorie di documenti potrebbe vanificare l'attività istruttoria dell'Autorità, specie con riferimento alle ispezioni, eliminando l'effetto sorpresa che risulta essenziale per acquisire quegli elementi di prova "occasionalmente", facilmente eliminabili da parte dell'impresa quanto decisivi per la prova dell'illecito. In tal senso, l'approfondimento dei poteri istruttori del giudice richiederebbe un raccordo con l'azione dell'Autorità che - pur senza prefigurare una vera e propria pregiudiziale amministrativa - consenta la salvaguardia delle indagini eventualmente già svolte e dell'esito degli accertamenti ispettivi programmati.

Il Libro bianco propone di dotare di efficacia vincolante le decisioni delle autorità di concorrenza definitive o confermate dal giudice competente. In particolare, a fronte di un provvedimento che accerta una violazione della normativa antitrust comunitaria, il giudice nazionale non potrebbe disattenderla, ma dovrebbe accettarla quale prova inconfutabile dell'infrazione nell'ambito delle successive cause civili per il risarcimento

dei danni. L'eventuale nesso causale tra illecito e danni, il loro accertamento e quantificazione rimarrebbero nella disponibilità dei giudici nazionali.

Tale efficacia vincolante non sarebbe limitata alle decisioni assunte dall'autorità nazionale, ma si estenderebbe a tutte le decisioni assunte dalle autorità facenti parte della rete europea della concorrenza (ECN). Il divieto per i giudici nazionali di assumere decisioni in contrasto con i provvedimenti definitivi o confermati delle autorità di concorrenza lascerebbe tuttavia impregiudicato il diritto o l'obbligo di richiedere chiarimenti alla Corte di Giustizia ex art. 234 CE.

La proposta della Commissione non sembra adeguata alla situazione italiana. In primo luogo, essa non migliora la posizione processuale dei soggetti danneggiati da un illecito antitrust. In secondo luogo, rischia di avere delle impreviste conseguenze pregiudizievoli sul contenzioso inerente ai provvedimenti adottati dall'Autorità. Allo stato, i giudici nazionali investiti di azioni risarcitorie fondate su un precedente accertamento dell'illecito concorrenziale da parte dell'Autorità hanno di fatto ritenuto tale provvedimento sufficiente a provare l'esistenza dell'infrazione. In verità, il giudice civile che intendesse discostarsi da una decisione dell'Autorità già favorevolmente delibata nell'ambito del giudizio amministrativo dovrebbe assolvere ad un onere motivazionale particolarmente elevato. In pratica, le corti hanno già attribuito un rilievo decisivo ai provvedimenti dell'Autorità (confermati dal giudice amministrativo) nell'ambito dei giudizi di risarcimento danni, fino a configurare una "quasi vincolatività" delle decisioni dell'organo amministrativo, divenute definitive, all'esito di un sindacato giurisdizionale amministrativo penetrante ed improntato su standard comunitari.

In questa situazione, la previsione di un effetto vincolante *ex lege* appare privo di utilità pratica che giustifichi il potenziale *vulnus* del principio costituzionale per cui il giudice è sottoposto esclusivamente alla legge. La regola proposta dalla Commissione, peraltro, mal si concilia con un ordinamento giuridico, qual è il nostro, che non prevede una pregiudiziale amministrativa, né il principio di *stare decisis* neppure rispetto a precedenti giurisprudenziali.

Peraltro la posizione già espressa dal Governo italiano in relazione al Libro Verde del 2005 appare al riguardo più equilibrata, prevedendo una inversione dell'onere della prova circa l'esistenza dell'illecito antitrust a favore del danneggiato, in presenza di una decisione di accertamento dell'Autorità, confermata dai giudici amministrativi.

Un capitolo del Libro bianco è dedicato alla questione del trasferimento a valle da parte dell'acquirente diretto dell'eventuale sovrapprezzo derivante da una pratica anticoncorrenziale (c.d. *passing-on*). Il Libro bianco suggerisce che al convenuto sia riconosciuto il diritto di invocare

a propria difesa l'avvenuto trasferimento a valle del sovrapprezzo da parte dell'attore, stabilendo - in conformità ai principi generali - che l'onere della prova incomba al convenuto che eccepisca il trasferimento. Inoltre, al fine di agevolare la proposizione delle azioni risarcitorie da parte degli acquirenti indiretti, il libro bianco prevede che essi possano contare su una presunzione semplice che il sovrapprezzo derivante dalla pratica concorrenziale sia stato loro trasferito integralmente.

La scelta di consentire al convenuto di eccepire il *passing on* appare in linea con il principio della natura compensativa del risarcimento. L'inammissibilità dell'eccezione di trasferimento avrebbe infatti comportato un arricchimento senza causa dell'attore che avesse in effetti traslato il sovrapprezzo; inoltre, l'esigenza di evitare un'indebita compensazione multipla a carico del convenuto avrebbe determinato l'esclusione dell'azionabilità della pretesa risarcitoria da parte degli acquirenti indiretti cui il sovrapprezzo fosse stato trasferito, in contrasto con la giurisprudenza comunitaria, che riconosce il diritto al risarcimento a chiunque abbia subito un danno ingiusto e possa dimostrare un sufficiente nesso causale con l'infrazione.

La collegata proposta formulata dalla Commissione, intesa ad alleviare l'onere della prova gravante sull'acquirente indiretto, presenta invece marcati profili di problematicità. L'assunto di partenza del libro bianco è che gli acquirenti che si trovano a valle nella catena di distribuzione (e in particolare quindi i consumatori finali) sopportano spesso il più rilevante pregiudizio economico in conseguenza delle violazioni della normativa antitrust. La Commissione propone pertanto di stabilire la presunzione che il sovrapprezzo sia stato integralmente trasferito agli acquirenti indiretti. Incomberà, dunque, al convenuto fornire la prova che il sovrapprezzo sia stato totalmente o parzialmente assorbito a stadi anteriori della catena distributiva.

Questa presunzione semplice, in realtà, appare assai difficile da giustificare, sia sul piano della disponibilità degli elementi di prova rilevanti che dal punto di vista economico, sulla base dell'*id quod plerumque accidit*. In primo luogo, occorre rilevare che il convenuto - al pari dell'attore acquirente indiretto - non ha agevole accesso agli elementi di prova rilevanti per dimostrare che il sovrapprezzo derivante dall'illecito concorrenziale sia stato in tutto o in parte assorbito ad un livello anteriore della catena distributiva e non sia stato quindi integralmente trasferito a valle. Tali elementi di prova, infatti, saranno normalmente nella disponibilità dei soggetti operanti ai livelli intermedi della catena distributiva. Pertanto, l'inversione dell'onere della prova realizzato mediante la presunzione semplice prospettata dalla Commissione finirebbe per gravare il convenuto della prova negativa di un evento (il mancato trasferimento a valle del supplemento), che egli non è in grado di controllare né determinare - una vera e propria *probatio diabolica* che il convenuto non sarà in grado di fornire se non in ipotesi eccezionali,

con conseguente rischio di arricchimento indebito degli acquirenti indiretti cui il sovrapprezzo non sia stato integralmente trasferito.

Inoltre, la presunzione semplice non sembra giustificabile dal punto di vista economico. Infatti, è ben vero che il sovrapprezzo discendente dall'illecito antitrust rappresenta una voce di costo per gli acquirenti diretti, che normalmente tenderanno a trasferire tale onere aggiuntivo sui propri aventi causa. Tuttavia, la capacità degli acquirenti diretti di procedere con successo al trasferimento del sovrapprezzo dipende dalle condizioni del mercato rilevante nel quale operano gli acquirenti diretti. Le condizioni del mercato possono ostacolare il trasferimento del sovrapprezzo (ad esempio, in un mercato concorrenziale in cui solo alcuni operatori risentano dei maggiori oneri derivanti da un concerto tra i loro fornitori, essi potrebbero - almeno nel breve periodo - internalizzare completamente il sovrapprezzo, sopportando una limatura dei profitti o perfino delle perdite). In ogni caso, non appare ragionevole presumere che il sovrapprezzo potrà senz'altro essere trasferito a valle nella sua interezza.

In questa situazione, qualora si intenda - come risulta effettivamente opportuno - agevolare l'azione risarcitoria proposta dagli acquirenti indiretti, sembra preferibile affidare al giudice il compito di modulare l'onere probatorio gravante sull'attore in relazione al trasferimento a valle del sovrapprezzo, sulla base di una analisi accurata delle dinamiche dei mercati interessati. Così, se in talune ipotesi sarà ragionevole assumere il trasferimento del sovrapprezzo in presenza di allegazioni minime da parte dell'attore, in altre circostanze il giudice potrà richiedere all'acquirente indiretto uno sforzo motivazionale maggiore o bilanciare le posizioni delle parti, presumendo ad esempio che solo una parte del supplemento sia stata effettivamente trasferita a valle.

La regola proposta nel Libro bianco, invece, introduce elementi di rigidità non necessari, che pregiudicano indebitamente la posizione del convenuto. L'Autorità ritiene pertanto preferibile un approccio che si fondi su una valutazione caso per caso.

Infine, la promozione delle azioni risarcitorie promosse da imprese e consumatori in materia antitrust non deve pregiudicare l'efficacia dell'azione delle autorità pubbliche mirante alla scoperta ed alla repressione degli illeciti concorrenziali. In particolare, il Libro bianco sottolinea l'esigenza che lo sviluppo del *private enforcement* non attenui gli incentivi delle imprese ad aderire ai programmi di clemenza, che rappresentano uno strumento essenziale nella lotta contro i cartelli segreti. L'impresa che chiede un trattamento sanzionatorio favorevole ai sensi del programma di clemenza, interrompendo la propria partecipazione al cartello e informandone l'autorità di concorrenza, sarebbe posta in una situazione di relativo svantaggio rispetto ai coautori dell'infrazione qualora nella sede risarcitoria fosse consentito

l'accesso e la divulgazione delle dichiarazioni confessorie rese in vista dell'accesso al beneficio clemenziale.

La Commissione propone, pertanto, di garantire una tutela ad ogni dichiarazione rilasciata dai soggetti che aderiscono al programma di clemenza, anche a fronte di un ordine di esibizione emanato dal giudice nel conteso di azioni risarcitorie proposte sia nel corso del procedimento di fronte all'autorità di concorrenza che a seguito dell'adozione di una decisione che accerti l'illecito. L'Autorità condivide le preoccupazioni di tutela dei *corporate statements* alla base della proposta della Commissione.

Libro verde sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori

Nel novembre 2008, la Commissione ha pubblicato un Libro verde sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori. Il documento esamina gli strumenti di tutela attualmente offerti in ambito europeo per consentire il ristoro dei c.d. danni "di massa", derivanti da comportamenti di operatori commerciali rivolti alla generalità dei propri clienti, al fine di verificare l'opportunità di intensificare la possibilità di tutela anche mediante l'introduzione di sistemi di ricorso collettivo. Sono escluse dal Libro verde le azioni collettive di risarcimento del danno per la violazione delle norme antitrust.

L'iniziativa della Commissione muove dalla considerazione che la disponibilità di meccanismi di tutela efficaci ed omogenei rappresenta una pre-condizione indispensabile in vista del perseguimento dell'obiettivo comunitario di integrazione dei mercati e che, tuttavia, soprattutto con riferimento a certe forme di illecito (e, in particolare, ai comportamenti di un operatore economico destinati a colpire la generalità dei clienti), la risposta attuale dei sistemi giuridici europei rischia di risultare insufficiente.

Gli strumenti tradizionali della tutela risarcitoria ed, essenzialmente, la promozione di una azione giudiziaria di tipo individuale, potrebbero, infatti, non offrire una risposta adeguata nel caso in cui, a fronte di una consistente perdita sociale complessiva, il danno subito dai singoli sia invece sovente di modesta entità. L'azione giudiziaria, infatti, risulta lunga e costosa e, spesso, i costi di promozione del processo rischiano di superare l'ammontare del danno subito dal singolo.

L'introduzione di procedure giudiziarie più snelle ed economiche per le controversie aventi ad oggetto la richiesta di risarcimento di danni di modesta entità e il rafforzamento e la promozione di mezzi di risoluzione stragiudiziale delle controversie rappresentano, a questo riguardo, una prima, sebbene non esaustiva, risposta al problema.

Una maggiore efficacia degli strumenti indicati - e soprattutto delle Procedure alternative di risoluzione delle controversie - appare peraltro connessa all'esistenza di una gamma completa di strumenti di tutela, che ricomprenda anche la possibilità di promuovere azioni collettive. Al momento,

sistemi di ricorso collettivo sono presenti negli ordinamenti di alcuni Stati membri, ma mancano in molti altri. Gli strumenti processuali con i quali sono assecondate le istanze di promozione di “azioni collettive” differiscono, peraltro, da uno Stato membro all’altro, in relazione a profili cruciali. Proprio in quanto di matrice nazionale, i sistemi di tutela indicati rischiano, inoltre, di non offrire una risposta adeguata a fronte di operazioni transfrontaliere. In un contesto di integrazione dei mercati, il Libro verde sottolinea quindi l’opportunità di gestire in modo coordinato l’introduzione di più adeguati strumenti di tutela, attraverso l’adozione di iniziative comunitarie.

In sede di verifica delle possibili opzioni di intervento da adottare, il Libro verde sottopone al dibattito quattro diverse soluzioni che vanno, sulla base di un livello crescente di partecipazione dell’UE, da nessun intervento comunitario all’introduzione di una procedura giudiziaria comune di ricorso collettivo. Le opzioni sono a loro volta composte da diversi elementi che la Commissione non impedisce di associare tra loro.

La prima alternativa propone di attendere l’adozione di qualunque nuova misura per verificare, nei prossimi anni, l’impatto applicativo che potrebbero avere nei sistemi giuridici dei diversi Paesi membri alcuni recenti strumenti di tutela introdotti su iniziativa dell’Unione europea, precisamente il regolamento sulle controversie di modesta entità e la direttiva sulla mediazione.

La seconda opzione propone di rafforzare la tutela dei consumatori attraverso il ricorso alle azioni collettive di diritto nazionale. In questa prospettiva gli Stati membri che possiedono un sistema di ricorso collettivo dovrebbero consentirne l’accesso ai consumatori di altri Stati membri, e gli Stati che ancora non hanno previsto tale meccanismo dovrebbero crearne uno.

La terza alternativa prevede un pacchetto di misure diverse dall’iniziativa giudiziaria, ciascuna delle quali dovrebbe contribuire a migliorare le attuali possibilità di tutela dei consumatori. Tra queste, oltre alla maggiore diffusione di procedure stragiudiziali di risoluzione collettiva delle liti, la Commissione propone la possibilità di un coinvolgimento diretto delle autorità nazionali che, come l’Autorità, già applicano il Regolamento CE n. 2006/2004 sulla cooperazione nazionale in materia di tutela dei consumatori, attribuendo loro la “facoltà (...) dopo aver constatato un’infrazione intracomunitaria” di “esigere che l’operatore indennizzi i consumatori che hanno subito un danno”.

La quarta alternativa, infine, consiste nell’introdurre una procedura di ricorso giudiziario collettivo a livello europeo, attraverso una misura che disciplini in maniera uniforme le caratteristiche principali del tipo di azione, quali, in particolare, la scelta dei soggetti legittimati ad agire e l’ambito di applicazione delle decisioni, insieme ad ulteriori elementi come il finanziamento della procedura e le modalità per impedire richieste non fondate.

I principi ECA in materia di sanzioni per violazioni del diritto antitrust

La riunione plenaria dell'ECA (European Competition Authorities) tenutasi a Budapest nel maggio 2008 ha approvato dei principi per la convergenza dei meccanismi di determinazione delle sanzioni irrogate per violazioni della normativa antitrust nelle giurisdizioni europee, sulla scorta di un documento elaborato da un apposito gruppo di lavoro, costituito nel 2006 e co-presieduto dall'Autorità e dal Conseil de la Concurrence francese.

Il gruppo di lavoro, alle cui attività hanno partecipato rappresentanti di 27 giurisdizioni, ha circoscritto l'ambito della propria indagine alle sanzioni pecuniarie irrogate alle imprese in conseguenza della violazione di norme sostanziali antitrust. Infatti, l'imposizione di sanzioni pecuniarie alle imprese costituisce, allo stato, il principale strumento a disposizione delle autorità di concorrenza per assicurare l'ottemperanza al precetto normativo, comune peraltro a tutti i sistemi giuridici considerati. Il gruppo di lavoro, pur prendendo atto delle differenze esistenti, ha elaborato dei principi relativi alla determinazione delle sanzioni antitrust, sottoposti al vaglio della riunione plenaria ECA di Budapest. La formulazione assai generale di questi principi rispetta l'ambito di discrezionalità rivendicato da tutte le autorità partecipanti nel processo di calcolo delle ammende.

Il documento si articola in tre sezioni, dedicate, rispettivamente, ai principi generali, alla determinazione del massimo edittale e al processo di quantificazione della sanzione. La prima sezione individua nella deterrenza dell'illecito concorrenziale lo scopo perseguito attraverso l'imposizione delle sanzioni pecuniarie antitrust. In particolare, l'irrogazione delle ammende è volta a scoraggiare la ripetizione dell'illecito da parte del soggetto che se ne sia reso responsabile, nonché del complesso dei potenziali autori di analoghe infrazioni. Pertanto, la sanzione inflitta all'impresa che violi la normativa sostanziale antitrust deve essere determinata a un livello che consenta di conseguire tale obiettivo.

Dal punto di vista economico, qualora si tralasci il contributo in termini di effetto deterrente apportato dalle sanzioni accessorie gravanti sugli individui (presenti in alcune giurisdizioni) o dalle azioni risarcitorie conseguenti all'illecito concorrenziale (più o meno diffuse nell'ambito dell'Unione europea), la deterrenza effettiva della condotta può essere conseguita in via autonoma solo comminando all'impresa responsabile una sanzione che, moltiplicata per la probabilità che l'illecito sia scoperto da un'Autorità di concorrenza, sia pari almeno all'ammontare dei guadagni attesi dall'infrazione. Tuttavia, nessuna delle giurisdizioni analizzate impiega

la nozione di sanzione antitrust ottimale nel processo di computo delle ammende: in assenza di dati affidabili in relazione alla effettiva probabilità di instaurazione del procedimento repressivo, la determinazione della sanzione risulterebbe complessa e aleatoria e l'importo finale rischierebbe di configgere inaccettabilmente con il principio di proporzionalità.

Per questa ragione, i principi ECA si limitano a constatare la necessità che la sanzione ecceda in linea di principio i profitti ipoteticamente attesi dall'infrazione (senza cioè considerare la probabilità di essere scoperti). Questa regola, se da un lato suggerisce di ancorare il processo di quantificazione ad una misura che sia indice di tali profitti (quale il fatturato realizzato dall'impresa sul mercato interessato dall'infrazione), non comporta tuttavia per l'autorità procedente l'onere, peraltro difficilmente assolvibile, di accertare o quantificare i profitti dalla particolare condotta oggetto dell'accertamento istruttorio nel caso di specie, essendo quelli effettivamente generati non necessariamente rappresentativi di quelli ipotizzati al momento in cui la decisione è stata presa e non avendo mai (o quasi mai) le autorità di concorrenza informazioni specifiche sui profitti effettivamente (e soggettivamente) attesi.

Corollario della funzione deterrente attribuita alla sanzione antitrust è il principio secondo il quale l'importo dell'ammenda non deve eccedere il livello necessario per assicurare il conseguimento degli obiettivi perseguiti: tale regola risulta in un'applicazione specifica del generale principio di proporzionalità, comune agli ordinamenti europei.

Da ultimo, i principi ECA sottolineano come, purché la sanzione sia fissata a un livello adeguato, l'effetto deterrente ad essa associato risulti amplificato dalla sua conoscibilità da parte delle imprese. Per questa ragione, i principi ECA suggeriscono che le autorità di concorrenza rendano nota la propria politica sanzionatoria attraverso la pubblicazione di linee guida o altri analoghi strumenti informativi.

La trasparenza della politica sanzionatoria non deve tuttavia comportare la possibilità per le imprese di calcolare precisamente *ex ante* l'importo della sanzione applicabile a un determinato illecito concorrenziale. Un margine di residua incertezza in ordine alla quantificazione effettiva della sanzione è infatti necessario al fine di evitare che l'ammenda, scontata in ragione della probabilità di essere scoperti, sia computata dall'impresa quale costo della condotta illecita, rendendo così convenienti le infrazioni da cui derivino profitti superiori ai rischi attesi.

Questo pericolo appare comunque del tutto teorico: nel quadro dei principi ECA, infatti, la sanzione non risulta dall'applicazione di un mero modello aritmetico, ma deriva dalla valutazione delle circostanze del caso di specie ed è tale da escludere che gli autori delle infrazioni antitrust siano in grado di stimare con precisione l'ammontare della sanzione che sarà applicata in un caso particolare.

Le raccomandazioni relative alla fissazione del massimo edittale non sono rivolte alle autorità di concorrenza, in quanto richiedono l'intervento su norme di rango legislativo. Esse appaiono comunque importanti per segnalare l'esistenza di un generale consenso tra le autorità in ordine ad alcuni requisiti del quadro normativo in materia di sanzioni, necessari ad assicurarne l'efficacia. Queste raccomandazioni potranno inoltre essere utilizzate dalle autorità operanti in giurisdizioni che ancora non si conformano ai principi ECA per indirizzare il legislatore in occasione di un eventuale intervento normativo.

Di particolare rilievo appare il suggerimento che il massimo edittale della sanzione sia individuato come una percentuale del fatturato consolidato a livello mondiale dell'impresa responsabile dell'infrazione antitrust. Questo criterio, infatti, consente di valorizzare la dimensione assoluta dell'impresa incisa dalla sanzione, garantendo che il massimo edittale sia proporzionale alla sua capacità economica. Questo risultato, evidentemente, non può ottenersi individuando la sanzione massima in cifra fissa, ma neppure quando il massimo edittale sia calcolato in funzione del fatturato realizzato su base nazionale.

I principi ECA non prendono posizione sulla percentuale del fatturato consolidato a livello mondiale da assumersi di preferenza quale massimo edittale della sanzione, che dipende dal bilanciamento di considerazioni di varia natura (efficacia deterrente, proporzionalità, necessità di evitare che la sanzione comporti il deterioramento delle condizioni concorrenziali sul mercato interessato).

La terza sezione dei principi ECA in materia di sanzioni riguarda il calcolo dell'ammenda applicabile ed è divisa a sua volta in tre parti: la valutazione della gravità e della durata dell'infrazione; le circostanze aggravanti e attenuanti; gli altri fattori suscettibili di influire sul computo della sanzione.

Al fine di assicurare che la sanzione effettivamente irrogata rifletta in certa misura i profitti illeciti attesi dall'infrazione, i principi ECA suggeriscono che essa sia calcolata a partire da una percentuale del fatturato realizzato dall'impresa responsabile sul mercato interessato dalla violazione. Tale percentuale deve essere determinata in funzione della gravità dell'infrazione. A tale proposito, le autorità di concorrenza devono considerare, da un lato, la natura della violazione accertata, vale a dire la pericolosità della tipologia di illecito concorrenziale contestato; dall'altro, la rilevanza economica dell'infrazione nel contesto specifico in cui essa è stata realizzata, vale a dire il suo impatto potenziale o attuale alla luce delle particolari circostanze del caso di specie. Al fine di apprezzare la significatività economica della violazione potrà aversi riguardo, tra l'altro, alla quota di mercato aggregata detenuta dalle imprese responsabili dell'infrazione nonché del grado di effettiva attuazione del disegno anticoncorrenziale perseguito.

In ogni caso, i principi ECA escludono che al fine di determinare la percentuale appropriata del fatturato da impiegare quale base per il computo

della sanzione le autorità di concorrenza siano obbligate a quantificare gli effetti derivanti dall'infrazione accertata.

La metodologia di calcolo proposta dai principi ECA non richiede alcun aggiustamento per tener conto della durata dell'infrazione, in quanto la percentuale determinata alla luce delle descritte indicazioni viene applicata sul valore totale delle vendite realizzate dall'impresa responsabile sul mercato interessato dall'infrazione, per l'intero periodo in cui essa ha spiegato i propri effetti. Tuttavia, i principi ECA, per riflettere la prassi finora prevalente in Europa, danno conto della possibilità di pervenire ad una stima approssimativa del valore totale delle vendite interessate dall'infrazione moltiplicando il fatturato realizzato dall'impresa responsabile sul mercato rilevante in un anno ritenuto rappresentativo per un valore pari alla durata della violazione, indicata in anni.

Da ultimo, al fine di scoraggiare le violazioni più gravi del diritto antitrust, anche qualora siano poste in essere per periodi particolarmente brevi o non siano state attuate, i principi ECA prevedono che le autorità di concorrenza possano applicare sanzioni più elevate di quelle determinate alla luce della metodologia appena descritta.

I principi ECA individuano alcune circostanze suscettibili di aggravare o di mitigare la responsabilità dell'autore dell'infrazione antitrust. Tanto le prime che le seconde attengono al ruolo svolto dall'impresa nell'infrazione ed al suo comportamento nel corso della procedura istruttoria condotta dalle autorità di concorrenza.

Così, con riguardo al ruolo dell'impresa, i principi ECA riconoscono la necessità di applicare sanzioni più elevate ai soggetti che si siano fatti promotori dell'infrazione, mentre un atteggiamento di mera passività rispetto alle decisioni assunte da altri può giustificare, in talune circostanze, una riduzione dell'ammenda. A questo proposito, i principi ECA chiariscono che l'attenuazione delle conseguenze sanzionatorie della violazione dovrebbe essere garantita soltanto a quelle imprese che si siano sostanzialmente e pubblicamente discostate dalle condotte anticoncorrenziali programmate e non abbiano comunque contribuito in misura determinante alla organizzazione dell'illecito.

In relazione al comportamento tenuto dall'impresa nel corso dell'accertamento istruttorio, si precisa che la valorizzazione dell'atteggiamento cooperativo dell'autore dell'infrazione non dovrebbe in alcun caso pregiudicare l'efficacia e l'appetibilità dei programmi di clemenza. Per questa ragione, qualora l'infrazione accertata ricada nell'ambito di applicazione del programma di clemenza, la cooperazione delle imprese sarà di regola valutata esclusivamente ai sensi del programma. Negli altri casi, le autorità procedenti potranno ridurre la sanzione da irrogarsi nei confronti delle imprese che abbiano collaborato all'accertamento, al di là degli obblighi imposti dalla legge.

Per converso, qualora le imprese ostacolino attivamente l'attività investigativa, questo atteggiamento ostruzionistico potrà essere valutato negativamente in sede di determinazione della sanzione, sempre che non comporti una violazione di precisi obblighi normativi, cui siano associate delle sanzioni procedurali indipendenti.

Nell'ambito delle circostanze che giustificano un aggravamento del trattamento sanzionatorio, particolare rilievo assume la recidiva. I principi ECA ribadiscono che, qualora le imprese manifestino una propensione alla violazione della normativa antitrust, è necessario comminare delle sanzioni dotate di particolare capacità dissuasiva. Tuttavia, i principi ECA non definiscono le condizioni in presenza delle quali si deve ritenere sussistente la recidiva, né chiariscono con precisione quali siano le conseguenze del suo accertamento sul piano sanzionatorio. Questa reticenza discende dalle sensibili divergenze che si registrano tra gli ordinamenti europei in relazione alla nozione di recidiva: se in alcuni contesti è necessaria la reiterazione da parte del medesimo soggetto di una violazione simile per tipologia che intervenga in un lasso di tempo determinato rispetto alla precedente infrazione, in altri sistemi giuridici la recidiva è considerata sussistente in presenza di qualsiasi nuova violazione del diritto antitrust da parte di un soggetto giuridico parte del medesimo gruppo dell'impresa rispetto alla quale la precedente violazione era stata accertata, indipendentemente dal tempo intercorso tra le due infrazioni. Inoltre, laddove alcune autorità danno rilievo, ai fini della contestazione della recidiva, ad infrazioni accertate anche da altre autorità di concorrenza, e in particolare dalla Commissione europea, nella maggioranza dei casi questo non sembra possibile.

Da ultimo, i principi ECA consentono alle autorità di concorrenza di applicare sanzioni ridotte alle imprese che nel corso del procedimento offrano alle vittime dell'illecito una compensazione volontaria e tempestiva dei danni da esse subiti. Tuttavia, l'attenuazione della sanzione in queste circostanze non può in alcun caso essere tale da pregiudicare l'effetto deterrente.

L'ultima parte della terza sezione dei principi ECA elenca altri fattori che, benché non siano qualificabili come circostanze aggravanti o attenuanti, possono essere considerati dalle autorità di concorrenza nel processo di determinazione delle sanzioni

Innanzitutto, si prevede la possibilità di comminare una sanzione più elevata di quella che sarebbe stata altrimenti applicabile, qualora l'autorità procedente abbia ragione di ritenere che quest'ultima manchi di una adeguata capacità deterrente. Ciò può accadere, in particolare, nel caso di grandi imprese che operano in più mercati geografici e/o merceologici distinti e l'infrazione accertata riguardi un mercato sul quale l'impresa in questione realizzi una percentuale trascurabile del proprio fatturato globale. In queste ipotesi, è possibile che l'impresa sottostimi l'impatto della sanzione (ridotta

in termini assoluti, anche se proporzionata al fatturato realizzato sul mercato rilevante) e non sia dunque adeguatamente dissuasa dal porre in essere la condotta illecita. Inoltre, i principi ECA - in conformità sul punto a tutti gli ordinamenti giuridici europei - dispongono che la sanzione che ecceda il massimo edittale debba essere ricondotta a tale limite.

Infine, allo scopo di evitare che all'intervento sanzionatorio si associ una distorsione della concorrenza, si suggerisce di ridurre l'importo delle sanzioni il cui pagamento finirebbe per pregiudicare la sopravvivenza stessa dell'impresa e la sua capacità di operare sul mercato interessato. I principi ECA chiariscono che tale circostanza potrà essere invocata soltanto in casi eccezionali, e che l'onere della prova relativa grava comunque sull'impresa. Peraltro, qualora l'impresa responsabile dell'infrazione sia parte di un più ampio gruppo di imprese, la sua capacità economica andrà valutata in relazione a tale complesso economico, indipendentemente dalla attribuzione della responsabilità per la violazione nell'ambito del gruppo.

I principi elaborati in ambito ECA non sono legalmente vincolanti. Essi tuttavia appaiono del tutto conformi alla prassi applicativa dell'Autorità e sostanzialmente in linea con la prevalente interpretazione giurisprudenziale.

La rete internazionale della concorrenza (ICN)

Costituita nel 2001 per iniziativa delle autorità di concorrenza di 14 giurisdizioni, la Rete internazionale della concorrenza (*International Competition Network*) rappresenta ormai una realtà consolidata, che riunisce quasi tutti i soggetti cui gli ordinamenti giuridici nazionali e sopranazionali attribuiscono competenze in materia di applicazione della normativa antitrust. Essa si prefigge l'obiettivo di promuovere una progressiva convergenza tra le diverse giurisdizioni in materia di politica della concorrenza. A tale scopo, benché ai suoi organi non sia attribuita una potestà normativa, la Rete elabora delle raccomandazioni e delle linee guida che vengono sottoposte alle autorità di concorrenza che ne fanno parte e che vengono adottate quando si formi un consenso. La settima riunione plenaria della Rete internazionale della concorrenza, organizzata dalla Fair Trade Commission del Giappone, si è tenuta a Kyoto nell'aprile 2008.

Con riguardo ai rapporti predisposti in vista di tale riunione, il gruppo di lavoro "Condotta Unilaterale" ha presentato tre documenti principali: le linee guida in materia di valutazione della dominanza e due rapporti relativi rispettivamente alle esclusive contrattuali ed ai prezzi predatori.

Le linee guida sulla nozione di dominanza hanno fornito lo spunto

per una vivace discussione in ordine al rilievo da attribuirsi alla quota di mercato detenuta dall'impresa oggetto dell'accertamento ai fini della valutazione del suo potere di mercato. Sul punto, infatti, il quadro giuridico di riferimento per le autorità di concorrenza rappresentate nella Rete non è uniforme. In alcuni ordinamenti, le quote di mercato rappresentano un importante elemento da tenere in considerazione, ma dal quale non possono farsi discendere di per sé conclusioni certe in ordine alla sussistenza della posizione dominante; in altri, il legislatore associa ad una certa quota di mercato una presunzione insuperabile di dominanza. Nell'ordinamento comunitario, certa giurisprudenza - peraltro ormai risalente - ritiene di poter presumere l'esistenza della dominanza in presenza di quote di mercato particolarmente significative, salva tuttavia la possibilità che altri elementi depongano in senso contrario.

Nel corso della discussione si è osservato come un'analisi economica meno rigorosa della dominanza, fondata su presunzioni associate al conseguimento di una certa posizione sul mercato, non comporti di per sé il rischio che l'autorità intervenga per reprimere condotte potenzialmente pro-competitive. A ben vedere, infatti, la considerazione del potere di mercato dell'impresa può recuperarsi attraverso un esame più accurato della condotta asseritamente abusiva, accertandone l'effettiva idoneità escludente e la capacità di incidere negativamente sul benessere dei consumatori, che certamente non possono determinarsi in assenza di dominanza.

I rapporti sui prezzi predatori e sulle esclusive contrattuali si inseriscono in un progetto pluriennale, inteso ad approfondire le singole tipologie di condotte escludenti che possono essere poste in essere dalle imprese dotate di un significativo potere di mercato. In relazione alle strategie predatorie, il rapporto del gruppo di lavoro ha evidenziato una sostanziale convergenza in relazione alle misure di costo impiegate dalle autorità per valutare la legittimità concorrenziale delle politiche di prezzo delle imprese dominanti. Per altro verso, tuttavia, sono emersi approcci non coincidenti in ordine tanto alla rilevanza dell'intento escludente quanto alla possibilità che l'impresa dominante recuperi il sacrificio sostenuto per conseguire l'esclusione del concorrente, in esito al successo della condotta predatoria.

Per quanto attiene alla scoperta e alla repressione dei cartelli, il gruppo "Cartelli" ha completato il proprio lavoro sulle procedure di transazione nei casi di cartelli tra imprese (c.d. *settlements*) ed ha sottoposto il relativo rapporto all'approvazione della plenaria. Dal rapporto emerge che, allo stato, le procedure di transazione sono disponibili soltanto in una minoranza (sia pur sempre meno esigua) di giurisdizioni rappresentate nella Rete internazionale della concorrenza.

Il gruppo di lavoro ha sottolineato quali rilevanti benefici in termini di efficienza dell'azione amministrativa possano discendere da un ricorso accorto

alle procedure di transazione. In particolare, esse consentono una definizione più celere dell'accertamento istruttorio, conseguente alla semplificazione degli adempimenti formali inerenti alla garanzia del diritto di difesa, tale da compensare ampiamente la riduzione della sanzione applicabile. Inoltre, l'accettazione da parte delle imprese dell'esito dell'accertamento a fronte di un trattamento sanzionatorio più favorevole comporta di solito una apprezzabile deflazione del contenzioso giurisdizionale che - almeno in alcune giurisdizioni - assorbe una parte significativa delle risorse delle autorità di concorrenza.

Mentre in alcune giurisdizioni le procedure di definizione transattiva dell'accertamento possono costituire anche un valido ausilio istruttorio per l'autorità, in altri ordinamenti giuridici - e segnatamente in quello comunitario - la transazione può intervenire soltanto in esito all'accertamento: per tale ragione, in questi contesti risulta importante distinguere tra la fase istruttorie, nel corso della quale il contributo delle imprese all'accertamento potrà essere valorizzato nelle forme e con le modalità previste dal programma di clemenza, dalla vera e propria procedura transattiva, nella quale l'impresa soggetta all'accertamento si limita a non contestarne l'esito (cui essa non ha attivamente contribuito) a fronte di una riduzione della sanzione.

Proprio la possibile interferenza tra i programmi di clemenza e le procedure di transazione in materia di cartelli segreti induce a commisurare l'attenuazione del trattamento sanzionatorio in questo ultimo caso, in modo da non pregiudicare gli incentivi economici delle imprese a prestare la propria cooperazione all'accertamento, consentendo in primo luogo la scoperta della violazione della normativa antitrust.

In occasione della riunione plenaria di Kyoto, il gruppo di lavoro "Cartelli" ha presentato un ulteriore rapporto, relativo alla determinazione delle sanzioni pecuniarie in materia di cartelli segreti. Il rapporto, la cui redazione è stata coordinata dalla Commissione europea, illustra le principali questioni inerenti alla quantificazione delle sanzioni irrogabili alle persone fisiche ed alle imprese, in conseguenza dell'accertamento di un cartello, sulla base delle risposte ad un articolato questionario, inviato alle autorità di concorrenza di 22 giurisdizioni, tra cui l'Italia. L'Autorità ha partecipato direttamente alla redazione del rapporto.

Tale documento individua l'obiettivo principale perseguito attraverso la politica sanzionatoria nella necessità di dissuadere l'autore dell'infrazione dalla sua reiterazione (c.d. deterrenza specifica), scoraggiando nel contempo potenziali violazioni da parte di altri soggetti (c.d. deterrenza generale).

L'efficacia deterrente della sanzione pecuniaria postula un certo grado di trasparenza del processo di quantificazione e di prevedibilità dell'ammontare della sanzione associato ad una determinata infrazione. Tuttavia, una residua incertezza in ordine al trattamento sanzionatorio serve ad evitare che le imprese siano in grado di stimare con precisione il costo

atteso della condotta illecita. La necessità di assicurare la trasparenza del processo di quantificazione, consentendo in tal modo un più agevole controllo giurisdizionale, ha indotto molte autorità a dotarsi di linee guida, portate a conoscenza delle imprese, che illustrano con un grado variabile di dettaglio l'iter logico seguito nella scelta del livello della sanzione.

Quanto ai meccanismi di determinazione, il rapporto del gruppo rivela una tendenziale convergenza tra le giurisdizioni interessate, nel senso di assumere quale parametro di base per il computo della sanzione in materia di cartelli il valore delle vendite realizzate dagli autori dell'infrazione nel periodo di riferimento: ciò in quanto, come è stato rilevato, il vantaggio atteso dall'infrazione può esprimersi quale percentuale del valore totale delle vendite dei prodotti oggetto del cartello nel periodo in cui esso è stato posto in essere.

Da ultimo, il gruppo di lavoro "Cartelli" ha sottoposto all'approvazione della riunione plenaria un ulteriore capitolo del manuale sulle tecniche investigative, specificamente dedicato alle audizioni istruttorie.

Nel corso del 2008, il gruppo di lavoro "Concentrazioni" ha elaborato delle linee guida per l'analisi sostanziale delle operazioni di concentrazione, recanti principi generali di cui la Rete internazionale di concorrenza raccomanda l'applicazione da parte di tutte le autorità partecipanti.

Le linee guida procedono dall'assunto che la disciplina del controllo delle concentrazioni sia funzionale alla identificazione degli eventuali problemi concorrenziali posti dall'operazione e che l'intervento delle autorità sia inteso a rimediare tali problemi, escludendo dunque esplicitamente che attraverso la normativa in questione possano perseguirsi altri interessi pubblici. La valutazione delle concentrazioni dovrebbe essere fondata su una solida analisi economica e dovrebbe combinare una certa flessibilità di approccio, che ne consenta l'adattamento alle circostanze dei singoli casi e all'evoluzione della dottrina economica, con un livello di trasparenza tale da garantire la prevedibilità tendenziale dell'esito del processo valutativo.

Con particolare riguardo al rilievo delle quote di mercato nell'analisi concorrenziale, simmetricamente alle conclusioni raggiunte dal gruppo di lavoro "Condotta unilaterale" nell'ambito della valutazione di dominanza, le linee guida sulle concentrazioni escludono che dalla considerazione isolata delle quote possano senz'altro trarsi delle conclusioni certe in relazione all'impatto concorrenziale dell'operazione, raccomandando invece in ogni caso una analisi accurata del contesto di riferimento. In particolare, questa analisi dovrebbe riguardare l'esistenza di eventuali barriere all'ingresso di nuovi operatori sui mercati interessati, e/o all'espansione delle imprese già operanti, in tempo utile e in proporzioni sufficienti a limitare apprezzabilmente il potere di mercato dell'impresa che risulterebbe dall'operazione notificata.

Il gruppo di lavoro "Concentrazioni" ha presentato alla riunione

plenaria di Kyoto anche un documento, redatto dal sottogruppo “Notifiche e Procedure”, relativo alla individuazione delle soglie appropriate per la notifica delle operazioni di concentrazione. Il lavoro in questione nasce dall’esigenza di verificare *ex post* l’impiego delle linee guida già elaborate dalla Rete internazionale della concorrenza in materia di notifiche delle operazioni di concentrazione da parte delle giurisdizioni che, negli ultimi anni, abbiano proceduto ad una riforma del sistema delle soglie.

Il rapporto si concentra in particolare sull’illustrazione delle metodologie di riforma del sistema delle soglie che - sulla scorta della auto-valutazione delle giurisdizioni interessate - appaiono aver dato i risultati migliori. A tale riguardo, il documento raccomanda di stabilire con attenzione gli scopi che si intendano perseguire attraverso una riforma delle soglie, calibrando la tipologia delle soglie stesse in funzione dei risultati attesi. Particolarmente utile è risultata, inoltre, la comparazione con esperienze simili quanto a dimensioni dell’economia e grado di sviluppo. Infine, il rapporto suggerisce di garantire una certa flessibilità del meccanismo di determinazione delle soglie, prevedendo aggiustamenti automatici legati all’andamento del tasso di inflazione e/o consentendone la revisione attraverso processi non legislativi.

Il gruppo di lavoro “Promozione della concorrenza”, che aveva completato i propri lavori nel 2003, è stato nuovamente costituito nel maggio del 2008 al fine di sviluppare linee guida e strumenti che amplifichino l’efficacia delle attività di promozione della concorrenza delle autorità partecipanti alla Rete. Il gruppo di lavoro si è, in particolare, occupato della revisione e dell’aggiornamento di tutto il materiale già prodotto in passato, sulla base di un questionario predisposto dall’autorità di concorrenza della Federazione Russa. Allo stesso tempo, l’Office of Fair Trading inglese coordina un progetto volto ad esaminare nel dettaglio l’esperienza delle autorità partecipanti in materia di studi ed indagini di mercato, allo scopo di individuare prassi, procedure e criteri di valutazione ideali per la conduzione di questo genere di approfondimenti.

Da ultimo, in occasione della riunione plenaria di Kyoto sono stati presentati i risultati di un progetto coordinato dall’autorità di concorrenza giapponese, relativo alle fattispecie di abuso del potere di mercato da parte delle imprese. Il progetto si proponeva di mettere a confronto i meccanismi che gli ordinamenti giuridici dei Paesi rappresentati nella Rete europea della concorrenza approntano per reagire a situazioni in cui le imprese si avvalgono della propria posizione di preminenza in una relazione contrattuale per imporre alla propria controparte condizioni particolarmente onerose, ovvero risolvano unilateralmente e senza giustificato motivo relazioni contrattuali di lunga durata.

A questo proposito, è emerso che solo una minoranza di Paesi (tra i quali l’Italia) prevede regole *ad hoc* per contrastare l’abuso di dipendenza

economica e che soltanto alcune di esse attribuiscono in materia responsabilità attuative all'autorità nazionale di concorrenza: sotto questo profilo, la situazione italiana presenta caratteri di assoluta peculiarità, in quanto la competenza dell'Autorità in materia di abuso di dipendenza economica è limitata dalla legge alle sole fattispecie in cui dalla condotta asseritamente abusiva possa discendere un pregiudizio per l'assetto concorrenziale del mercato.

Nella maggioranza delle giurisdizioni, queste fattispecie possono essere trattate quali ipotesi di abuso di posizione dominante, qualora tuttavia ricorrano i presupposti per l'applicazione della normativa antitrust. Infine, in molti Paesi la parte debole del rapporto contrattuale può avere accesso ai rimedi generali apprestati dalle regole del diritto civile.

Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo economico (OCSE)

Nel 2007, il Comitato Concorrenza dell'OCSE ha proseguito, attraverso la predisposizione di studi e l'organizzazione di tavole rotonde, la propria attività di approfondimento delle tematiche relative al diritto e alla politica della concorrenza al fine di promuovere la convergenza e la cooperazione tra i Paesi membri.

In particolare, nella tavola rotonda sulle “*Indagini conoscitive*” sono state affrontate le principali questioni relative a modalità di analisi e obiettivi raggiunti con tale strumento. L'obiettivo principale perseguito con le indagini è generalmente l'individuazione delle restrizioni comportamentali, strutturali e regolamentari che impediscono ai mercati di operare a beneficio dei consumatori. Dalla discussione è emerso che non tutte le autorità di concorrenza hanno il potere di effettuare indagini conoscitive. Ad alcune, per esempio alla Commissione europea, questo potere è stato attribuito solo recentemente, per cui l'esperienza accumulata è ancora limitata. Un tema comune delle diverse esperienze presentate è che le indagini conoscitive possono essere rivolte ad approfondire questioni di politica della concorrenza e di politica del consumatore e soprattutto possono migliorare la comprensione dei collegamenti esistenti tra le due tipologie di tutela. Dalla discussione è emerso che le diverse giurisdizioni si distinguono in relazione all'impostazione seguita nelle indagini conoscitive. In alcuni casi, le indagini rappresentano delle sintesi informali e rapide delle condizioni e delle pratiche vigenti in un certo settore, mentre in altri casi si tratta di uno

sforzo di analisi e di approfondimento complesso, intenso e relativamente prolungato, con oneri in capo alle imprese in termini di dati e documenti da fornire e di testimonianze da prestare. Il quadro giuridico nell'ambito del quale vengono condotte le indagini conoscitive non è perfettamente corrispondente nelle diverse giurisdizioni, come differenti sono i poteri a disposizione delle autorità di concorrenza. Inoltre, l'ampiezza delle indagini e il grado di coinvolgimento degli operatori economici nella loro stesura sono altrettanto differenziati.

La tavola rotonda sulle “*Problematiche concorrenziali del settore delle costruzioni*” è stata volta ad individuare eventuali caratteristiche dell'industria delle costruzioni che possano spiegare la frequenza delle violazioni antitrust in essa riscontrate. La discussione ha evidenziato che, sebbene il settore sia generalmente caratterizzato da gradi di concentrazione relativamente bassi e barriere all'ingresso generalmente modeste, alcune caratteristiche specifiche sembrano facilitare comportamenti anticoncorrenziali da parte delle imprese di costruzione. Innanzitutto, sebbene le imprese potenzialmente entranti nei diversi mercati siano numerose, di fatto, essendo il materiale e la mano d'opera locali, spesso l'unica concorrenza possibile è di origine nazionale. Inoltre, essendo l'amministrazione pubblica uno dei principali acquirenti, con procedure di appalto frequenti e di ammontare relativamente modesto, l'incentivo alla collusione è particolarmente forte e le imprese trovano conveniente ripartirsi i mercati, seguendo una logica di tipo solidaristico. I principali problemi affrontati dalle autorità nel settore riguardano, infatti, proprio comportamenti collusivi nell'ambito delle gare d'appalto. La discussione ha fornito, infine, spunti di riflessione relativi alla concorrenza distruttiva, spesso invocata a giustificazione di una restrizione della concorrenza nel settore delle costruzioni. Una eccessiva concorrenza, è stato affermato, può condurre a una significativa riduzione della qualità e della sicurezza. Tuttavia, si è sostenuto, il problema può essere affrontato tramite l'adozione di misure regolamentari che impongano alle imprese il rispetto di standard di sicurezza, anziché attraverso ingiustificate restrizioni della concorrenza dai benefici assai incerti in termini di sicurezza e qualità.

Nella tavola rotonda sulla “*Fissazione dei prezzi di rivendita*” la discussione ha evidenziato come la valutazione concorrenziale degli accordi tra produttori e distributori con cui si fissano i prezzi di rivendita sia molto controversa. Se da un lato, infatti, la fissazione del prezzo di rivendita può limitare la concorrenza tra prodotti della stessa marca e determinare prezzi più elevati di quelli che si avrebbero in sua assenza, vi possono però essere ragioni di efficienza che giustificano il ricorso a tali accordi, soprattutto in termini di incentivi all'offerta di migliori servizi di vendita. Nel corso della discussione è stato evidenziato come gli economisti abbiano messo in luce gli effetti positivi della fissazione dei prezzi di rivendita, soprattutto nella

forma di prezzi minimi, nell'assicurare ai produttori adeguati servizi da parte dei rivenditori. Nel dibattito sono emerse posizioni diverse, riconducibili ai due diversi approcci - analisi caso per caso o restrittività di per sé - adottati dalle varie giurisdizioni nel valutare gli accordi di fissazione dei prezzi di rivendita. Al primo approccio è riconducibile l'intervento degli Stati Uniti, che hanno sostenuto che in assenza di potere di mercato non vi è evidenza empirica della restrittività degli accordi di fissazione dei prezzi di rivendita. La Commissione europea ha sostenuto la scelta, adottata con il Regolamento di esenzione in blocco per gli accordi verticali, di continuare a escludere la fissazione dei prezzi di rivendita dall'ambito del Regolamento, precisando che gli accordi contenenti tali clausole ben difficilmente possono beneficiare di una esenzione, indipendentemente dalla quota di mercato detenuta dal produttore.

Nella tavola rotonda sul "*Potere di mercato dal lato della domanda*" si è rilevato come non sia possibile trasferire a tale situazione l'analisi del potere di mercato dal lato dell'offerta in quanto, almeno in alcuni casi, il potere di mercato dal lato della domanda può risolversi in condizioni più vantaggiose per il consumatore finale. Nel corso della discussione è stato sottolineato come il potere di mercato dal lato della domanda possa esercitarsi in due modi: attraverso un potere di monopsonio o attraverso la negoziazione di sconti individuali. Quanto alle conseguenze dell'esercizio di tale potere di mercato in termini di benefici per i consumatori è stato evidenziato come questo dipenda dalle condizioni concorrenziali del mercato a valle e come pertanto nel caso del monopsonio il trasferimento dei benefici ai consumatori appaia meno probabile. Gli interventi di alcuni paesi hanno evidenziato come, in qualche caso, gli strumenti antitrust non siano i più adatti ad intervenire in questo tipo di situazione. Nel Regno Unito, ad esempio, i casi relativi al potere di mercato dal lato della domanda vengono sottoposti ad un'analisi volta a verificare se il comportamento crei un danno ai consumatori e l'autorità antitrust interviene solo in caso di risposta affermativa.

Il Comitato ha discusso, inoltre, il rapporto predisposto dal Segretariato dell'OCSE sulla riforma della regolazione in Italia e, in particolare, l'attuazione delle raccomandazioni formulate dall'OCSE nel proprio precedente rapporto in materia adottato nel 2001, nonché i principali sviluppi legislativi intervenuti nel frattempo. Il Segretariato ha osservato che l'Italia ha compiuto significativi progressi nell'attuazione della raccomandazione del 2001 di eliminare ogni restrizione della concorrenza non necessaria di fonte regolamentare in materia di prezzi, accesso e qualità, valorizzando sotto molteplici profili il ruolo svolto dall'Autorità nella promozione di riforme pro-concorrenziali. Il rapporto riconosce esplicitamente che le segnalazioni dell'Autorità hanno fornito la base per giustificare e spiegare il processo di riforma e liberalizzazione che ha interessato diversi settori

dell'economia. Inoltre, il documento riscontra la positiva evoluzione dell'attività di applicazione della normativa antitrust, segnalando, in particolare, l'accresciuta incisività dei poteri sanzionatori attribuiti all'Autorità e l'adozione del programma di clemenza. Anche le proposte di miglioramento contenute nel rapporto sono sostanzialmente marginali e riflettono le preoccupazioni e i rilievi espressi in numerose occasioni dalla stessa Autorità. In particolare, nelle sue conclusioni, il Segretariato ha suggerito l'introduzione di previsioni che includano in maniera sistematica l'aspetto dell'impatto concorrenziale nell'esame della legislazione esistente e futura. Viene suggerito, inoltre, che alcune delle previsioni relative alle sanzioni potrebbero essere migliorate, in particolare per quanto riguarda la quantificazione delle sanzioni da comminare alle associazioni. Vengono, infine ribadite, le due raccomandazioni in merito ad una revisione dei tempi previsti per l'esame delle operazioni di concentrazione, in modo da renderli maggiormente conformi a quelli vigenti nel resto d'Europa, e alla dotazione di risorse che andrebbero incrementate.

Il gruppo di lavoro "Concorrenza e Regolazione" del Comitato ha continuato l'attività di analisi degli aspetti inerenti la riforma in senso pro-concorrenziale della regolazione, approfondendo, in particolare, le problematiche relative alle restrizioni nella pianificazione del territorio e ai rapporti verticali nella distribuzione del carburante.

In particolare, la tavola rotonda sulle "*Restrizioni nella pianificazione del territorio*" ha trattato il tema degli effetti sulla concorrenza delle restrizioni nella pianificazione del territorio. Dalla discussione è emerso che le restrizioni contenute nella pianificazione territoriale possono ridurre la concorrenza, alcune volte anche in maniera sostanziale, determinando restrizioni nell'offerta, aumentando i costi di terreni e abitazioni, limitando l'entrata in numerosi mercati con conseguenti aumenti di prezzo per i consumatori. La discussione si è soprattutto concentrata sul settore della distribuzione commerciale evidenziando che proprio in questo settore si riscontrano la maggior parte delle restrizioni all'utilizzo dei terreni con effetti anticoncorrenziali. Alcune restrizioni perseguono un chiaro obiettivo di sviluppo urbanistico, ad esempio assicurando che i residenti delle aree centrali abbiano un numero sufficiente di negozi presso i quali effettuare acquisti. Tuttavia, in alcuni paesi la pianificazione commerciale continua a perseguire l'obiettivo di tutelare la sopravvivenza dei negozi di piccole dimensioni. Dalla discussione è emerso che, in effetti, se le restrizioni perseguono obiettivi protezionistici tali norme non dovrebbero essere classificate come pianificazione territoriale, dato che strutturalmente regolano i mercati e non il territorio.

La tavola rotonda su "*Impatto concorrenziale dei rapporti verticali nella distribuzione di carburante*" ha dedicato particolare attenzione al

livello della distribuzione al dettaglio. La scelta dell'argomento ha tenuto conto degli aumenti dei prezzi del carburante che si sono verificati nel periodo 2007-2008 e che hanno spinto molte autorità di concorrenza ad interrogarsi sul ruolo delle relazioni verticali della catena distributiva nell'aumento dei prezzi. La discussione, nella prima parte, si è concentrata su alcuni aspetti generali del funzionamento dell'industria della distribuzione dei carburanti. Alcuni dei risultati empirici presentati nel corso della discussione hanno mostrato come le stazioni di servizio verticalmente integrate presentino prezzi del 2-8% più bassi di quelli delle stazioni di servizio che operano in rapporti contrattuali con i produttori. Sono, tuttavia, le stazioni di servizio indipendenti quelle che presentano, in assoluto, i prezzi più bassi. In molti interventi è stato sottolineato l'importante ruolo concorrenziale rappresentato dalla grande distribuzione organizzata. In merito alla separazione verticale gli Stati Uniti hanno espresso riserve in merito alle c.d. "divorcement laws" che hanno portato, in alcuni stati, alla separazione per legge dei produttori dalla distribuzione al dettaglio, evidenziando che tale politica di separazione verticale potrebbe avere effetti negativi in termini di efficienza.

Il gruppo di lavoro ha, inoltre, esaminato l'evoluzione normativa del settore delle professioni in Italia dal 2000, anno in cui l'OCSE ha analizzato per la prima volta lo stato della regolazione italiana. L'esame ha riguardato sei professioni: avvocati, notai, ingegneri, commercialisti e ragionieri, architetti e farmacisti. Il rapporto, predisposto dal Segretariato, si è soffermato sulla riforma del 2006, analizzandone i punti principali e gli effetti conseguiti in termini di liberalizzazione e maggiore concorrenza. Il rapporto ha evidenziato che i principali punti della riforma hanno riguardato l'abolizione di tariffe obbligatorie minime o fisse, l'autorizzazione della pubblicità informativa, la possibilità di legare il compenso dei professionisti ai risultati conseguiti e la cooperazione interprofessionale. Il Segretariato ha riconosciuto che l'eliminazione di gran parte delle restrizioni vigenti in passato potrà avere significativi effetti sulla concorrenza nel settore delle professioni, sebbene tali effetti non siano ancora misurabili. Per quanto riguarda il settore delle farmacie, il Segretariato ha dato conto degli effetti positivi già riscontrati in seguito all'apertura della distribuzione dei farmaci da banco a canali diversi dalle farmacie. In particolare, il rapporto del Segretariato ha sottolineato il positivo effetto sui prezzi dei farmaci che tale riforma ha già determinato. In generale, il Segretariato si è espresso in termini molto positivi sui progressi conseguiti nella regolazione delle professioni in Italia a seguito delle recenti riforme. I suggerimenti di miglioramento contenuti nel rapporto riguardano principalmente il consolidamento della liberalizzazione della distribuzione dei prodotti farmaceutici e la rimozione dei limiti amministrativi al numero e alla localizzazione delle farmacie.

Il gruppo di lavoro ha, infine, esaminato, sempre con riferimento

all'Italia, la riforma della regolazione del settore della distribuzione commerciale. Il rapporto del Segretariato ha evidenziato come alcune riforme importanti siano state realizzate tra il 1998 e il 2001 sottolineando, tuttavia, come alcune delle riforme realizzate a livello nazionale abbiano poi subito una battuta d'arresto in seguito alla reintroduzione, a livello locale, delle restrizioni eliminate. A tale riguardo nel documento del Segretariato sono stati formulati alcuni suggerimenti, volti, in particolare, a far sì che anche l'azione delle regioni si muova in senso pro-concorrenziale: l'introduzione di linee guida, l'applicazione dell'analisi dell'impatto della regolazione e la previsione di incentivi per le regioni più "virtuose".

Nell'ambito del gruppo di lavoro su "Cooperazione internazionale e concorrenza" sono stati esaminati i problemi concorrenziali posti dalle partecipazioni di minoranza, le modalità di presentazione di questioni economiche complesse di fronte al giudice, gli sconti da parte di imprese dominanti e le procedure di transazione e i profili giurisdizionali nei casi di cartelli.

In particolare, nella tavola rotonda su "*Partecipazioni di minoranza e concorrenza*" sono state esaminate le condizioni necessarie affinché una partecipazione di minoranza nel capitale di un concorrente sia restrittiva della concorrenza. Dalla discussione sono emerse situazioni diverse relativamente agli obblighi che gravano sulle imprese in relazione alla detenzione di partecipazioni di minoranza. In alcune giurisdizioni esistono previsioni normative o prassi applicative specifiche in materia che prevedono l'obbligo di notificazione di una concentrazione al raggiungimento di una certa quota nel capitale di un'impresa, indipendentemente dal raggiungimento o meno del controllo. In altre giurisdizioni l'obbligo di notifica scatta solo quando la partecipazione di minoranza conduce all'acquisizione del controllo di fatto di un'impresa. Molti paesi hanno evidenziato come, nell'ambito della valutazione di operazioni di concentrazione, possa essere imposto come rimedio la dismissione di partecipazioni di minoranza.

Nella tavola rotonda sulle "*Modalità di presentazione di questioni economiche complesse di fronte al giudice*" sono state evidenziate le difficoltà nel presentare analisi economiche ai giudici, soprattutto per quanto riguarda corti non specializzate. Negli Stati Uniti, dove esiste una sostanziale unanimità di vedute sull'importanza dell'analisi economica e dell'evidenza empirica nei casi antitrust, si sono riscontrate tuttavia delle differenze a seconda che le analisi siano presentate a tribunali specializzati o di tipo generalista. È stato sottolineato come soprattutto in quest'ultimo caso occorra semplicità nell'espone le analisi, altrimenti si rischia che i contributi di natura economica siano ignorati. Nella discussione è stata comunque sottolineata l'importanza di promuovere programmi di formazione per i giudici.

Nella tavola rotonda su "*Sconti e abuso di posizione dominante*" è

stato affrontato uno dei temi più controversi nel confronto tra Stati Uniti ed Europa. Mentre infatti negli Stati Uniti gli sconti sono, in pratica, sempre leciti e il caso *Le Page*, l'unico in cui sia stata accertata una violazione, è considerato un'eccezione irripetibile, la Commissione europea ha un approccio più severo, sebbene abbia recentemente assunto un'impostazione meno formale di quella adottata in passato. Nel corso della discussione sono state sottolineate le grandi difficoltà analitiche nel valutare la portata escludente degli sconti di un'impresa in posizione dominante. Tali difficoltà analitiche spingono le corti americane a non considerare gli sconti come abusivi, a meno che sia provato che producono effetti escludenti, nel senso che ci sia una qualche evidenza che i concorrenti vengano effettivamente esclusi. Alla conclusione della discussione, tutti hanno concordato sull'opportunità di individuare con rigore quando gli sconti non sono abusivi, così da fornire certezza giuridica alle imprese.

Nella tavola rotonda sulle “*Procedure di transazione nei casi di cartelli*” la discussione ha evidenziato una radicale differenza tra le giurisdizioni rappresentate nel gruppo di lavoro quanto alla funzione delle procedure transattive in materia di cartelli. Infatti, se in alcune giurisdizioni e segnatamente negli Stati Uniti ed in Canada - le procedure di transazione rappresentano un essenziale strumento istruttorio, concorrendo in misura decisiva all'accertamento delle condotte illecite, il modello comunitario prevede il ricorso a questo istituto solo in esito al completamento della fase istruttorie, quando cioè la Commissione europea sia ormai in condizione di redigere una comunicazione degli addebiti. La discussione ha evidenziato che le procedure transattive possono comportare dei vantaggi significativi sia per le autorità di concorrenza che per le parti soggette all'accertamento. Le imprese, infatti, possono ottenere una riduzione delle sanzioni che sarebbero state altrimenti irrogate e non sono esposte alla perdurante incertezza in ordine all'esito dell'istruttoria e dell'eventuale ricorso giurisdizionale. Per contro, l'Amministrazione può definire più celermente la procedura, con un significativo risparmio di risorse. Nel corso della discussione, diverse delegazioni hanno evidenziato la necessità di evitare che la riduzione delle sanzioni collegata all'adesione ad una procedura transattiva diluisca gli incentivi economici delle imprese a prestare la propria cooperazione alle autorità di concorrenza nella fase della scoperta del cartello, attraverso la richiesta del beneficio clemenziale. In conclusione, si è osservato che in ambito OCSE sono ancora relativamente poco numerose le giurisdizioni che abbiano maturato una esperienza significativa e una prassi applicativa consolidata in materia di procedure transattive nei casi di cartelli, benché ci si attenda una progressiva diffusione dell'istituto.

La tavola rotonda sui “*Profili giurisdizionali in materia di cartelli*” ha affrontato alcuni aspetti controversi che possono venire in rilievo in

fattispecie di cartelli transfrontalieri. Dalla discussione è emerso che nella maggioranza dei Paesi OCSE la circostanza che degli effetti si producano all'interno del territorio nazionale è sufficiente a radicare la giurisdizione normativa dello Stato. Peraltro, non è chiaro se tale conclusione sia valida anche a livello comunitario, in quanto la Corte di Giustizia ha finora preferito non adottare esplicitamente la dottrina degli effetti, ancorando la propria giurisdizione all'attuazione almeno parziale della condotta illecita all'interno del territorio dell'Unione. Da più parti si è sottolineata l'opportunità di uno sforzo più intenso per assicurare il coordinamento delle iniziative investigative intraprese dalle autorità di concorrenza nel caso di cartelli internazionali. Mentre i rappresentanti delle autorità hanno insistito per lo più sull'allineamento della scansione procedurale degli accertamenti fin dal loro esordio, i rappresentanti delle imprese hanno espresso la preoccupazione che un deficit di coordinamento tra le autorità competenti risulti in una duplicazione delle procedure sanzionatorie.

Nel febbraio 2008 si è svolto l'ottavo Forum globale sulla concorrenza, iniziativa del Segretariato OCSE volta a promuovere un maggior coinvolgimento e una più attiva partecipazione dei Paesi in via di sviluppo al dibattito internazionale sui temi del diritto e della politica della concorrenza. La discussione ha riguardato il rapporto tra politica dei consumatori e politica della concorrenza, mettendo in luce che tutela della concorrenza e del consumatore sono complementari e condividono l'obiettivo di aumentare il benessere dei consumatori. Ci sono, tuttavia, differenze. La politica della concorrenza opera dal lato dell'offerta, ampliando le scelte per i consumatori. La politica dei consumatori opera dal lato della domanda, cercando di assicurare scelte più efficienti e informate. Se coordinate le due politiche possono rinforzarsi l'un l'altra. La discussione ha messo in luce come i recenti contributi dell'economia comportamentale possano rinforzare entrambe le politiche, attraverso una migliore comprensione dei meccanismi di scelta dei consumatori.

Conferenza delle Nazioni Unite per il Commercio e lo Sviluppo (UNCTAD)

La nona sessione del Gruppo Intergovernativo di Esperti di Diritto e Politica della Concorrenza si è tenuta a Ginevra nel luglio 2008. Nel corso della sessione, si è discusso il tema dell'attribuzione e del riparto di competenze in materia di applicazione della normativa antitrust tra autorità di concorrenza nazionali e sovranazionali.

La crescente integrazione economica a livello macro-regionale ha generato una varietà di modelli giuridici di cooperazione, molti dei quali prevedono anche una disciplina della concorrenza. Benché l'Unione europea rappresenti ancora, allo stato, l'unico esempio al mondo di sistema macro-regionale che si sia dotato di una autorità sovranazionale di concorrenza pienamente funzionante (la Commissione europea), esperienze in certa misura analoghe sono in gestazione - a diversi livelli - in altre aree geografiche. In particolare, in Africa e nei Paesi caraibici si sta realizzando la creazione di nuove istituzioni con compiti di tutela della concorrenza, quali la Comunità Economica e Monetaria dell'Africa Centrale, il Mercato Comune dell'Africa Orientale e Meridionale, la Comunità dell'Africa Orientale, l'Unione Economica e Monetaria dell'Africa Occidentale, la Commissione per la Concorrenza della Comunità Caraibica. In America Latina, per contro, l'attuazione delle regole di concorrenza contenute negli accordi regionali (il MERCOSUR e la Comunità Andina) ha proceduto finora piuttosto a rilento. Infine, nei sistemi regionali dell'Asia Orientale e Sud-orientale alle regole di concorrenza viene attribuito un ruolo ancora piuttosto limitato.

La partecipazione alla tavola rotonda organizzata nell'ambito del Gruppo Intergovernativo di Esperti di Diritto e Politica della Concorrenza di Paesi e istituzioni con una esperienza applicativa delle regole antitrust ancora tutto sommato assai contenuta ha rivelato il consolidarsi della tendenza globale verso forme sempre più intense di cooperazione transnazionale nella materia in questione; tuttavia, la discussione ha altresì evidenziato i limiti con i quali il funzionamento dei sistemi macro-regionali extra-europei in materia di concorrenza ancora deve confrontarsi.

Nella maggioranza dei Paesi in via di sviluppo, la carenza di adeguate risorse umane e finanziarie e la perdurante incompletezza del quadro giuridico ed istituzionale impedisce il decollo di sistemi macro-regionali di applicazione del diritto antitrust pienamente funzionanti. Inoltre, in particolare in Africa e nei Paesi caraibici, la partecipazione dei medesimi Paesi a più organizzazioni regolate da assetti normativi reciprocamente incoerenti e la sovrapposizione di competenze a livello macro-regionale, sub-regionale e nazionale rende l'intero sistema più farraginoso, costoso ed incerto. Infine, nelle ipotesi - pur interessanti, ad esempio l'Unione Economica e Monetaria dell'Africa Occidentale - in cui all'autorità sovranazionale di concorrenza venga attribuita una competenza esclusiva nella materia antitrust anche in relazione a pratiche anti-concorrenziali di respiro squisitamente nazionale, questo assetto istituzionale finisce per ostacolare l'attività delle autorità nazionali di concorrenza nei Paesi che già se ne siano dotati.

La nona sessione del Gruppo Intergovernativo di Esperti di Diritto e Politica della Concorrenza ha quindi discusso il tema dell'indipendenza e della responsabilità delle autorità di concorrenza. Dalla discussione,

stimolata da un rapporto realizzato dal Segretariato della Conferenza delle Nazioni Unite per il Commercio e lo Sviluppo, è emersa l'intima relazione tra indipendenza e controllo, sottolineandosi come l'esclusione delle autorità di concorrenza dal circuito della responsabilità politica presupponga l'esercizio di forme alternative di controllo, particolarmente nella forma del sindacato giurisdizionale - tanto più penetranti quanto maggiore è la discrezionalità concessa all'autorità di concorrenza. In conclusione, è risultata sostanzialmente condivisa la considerazione secondo cui nell'applicazione delle regole di concorrenza non può prescindersi dall'esame del più ampio contesto (economico, regolamentare, congiunturale) in cui operano le autorità preposte: l'indipendenza operativa delle autorità di concorrenza non è dunque incompatibile con la trasparente enunciazione da parte del legislatore di interessi pubblici non correlati ad obiettivi di efficienza economica, il cui apprezzamento e bilanciamento vengono quindi affidati alle stesse autorità o ad altri soggetti.