

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 di 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 Dilani Spa, Esoform Spa e International 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, B. 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 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

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 CEE del 14 gennaio 1958*, in GUCE n. C009.

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 S.p.A 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.

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 disposta 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 e 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, ha avviato il procedimento istruttorio al fine di dare esecuzione alla sentenza del Consiglio di Stato.

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

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 – rispetto alle quali Energia, in qualità di esercente la salvaguardia entrante, dipendeva totalmente da tali società – 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 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 E\$TRA 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