

### 3. Sviluppi giurisprudenziali

#### PRINCIPALI SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI IN MATERIA DI CONCORRENZA

Nell'ultimo anno (1° aprile 2003-31 marzo 2004) si segnalano una serie di pronunce del Tar del Lazio, Sez. I, e del Consiglio di Stato, Sez. VI, rese in sede di impugnazione dei provvedimenti adottati dall'Autorità in applicazione della legge n. 287/90 e dell'articolo 82 del Trattato CE, dalle quali emergono importanti principi su profili sia sostanziali che procedurali. Degna di nota è, inoltre, la sentenza della Corte di Giustizia che ha deciso il primo caso di rinvio pregiudiziale *ex* articolo 234 del Trattato CE, in relazione a questioni affrontate dall'Autorità in sede di applicazione decentrata degli articoli 81-82 del Trattato CE.

#### PROFILI SOSTANZIALI

##### *Natura dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e competenze in materia antitrust*

Il Consiglio di Stato nella decisione 2 marzo 2004, n. 926, *Pellegrini-Consip*, ha ribadito che l'Autorità, in quanto autorità amministrativa indipendente, caratterizzata da una specifica qualificazione e composizione tecnica e dall'esercizio di poteri neutrali, al di fuori del circuito dell'indirizzo politico, ha l'esclusiva competenza “*per l'applicazione della disciplina di tutela della concorrenza ad eccezione di deroghe introdotte espressamente dal legislatore, come nel caso delle competenze antitrust sull'attività bancaria, oggetto di recente dibattito*”. In proposito, nella stessa pronuncia è stato precisato che “*in alcun modo interferisce con le competenze dell'Autorità la disciplina penale ed amministrativa relativa alle pubbliche gare, che opera su un piano diverso rispetto a quello della concorrenza*”.

##### *Ambito del sindacato giurisdizionale*

Con la citata decisione *Pellegrini-Consip*, il Consiglio di Stato, nel confermare il suo ormai consolidato orientamento sull'ambito del sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità, ha chiarito che la piena sindacabilità di tali provvedimenti sotto il profilo della legittimità ne garantisce un'attenta e completa disamina in relazione ai vizi di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere. Tale sindacato implica un accesso pieno e senza limitazioni ai fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell'Autorità. Pertanto, il Consiglio di Stato ha precisato che l'espressione sindacato “di tipo debole”, usata in precedenti sentenze, non ha

alcun significato limitativo della piena cognizione sui fatti da parte del giudice e sul processo valutativo seguito dall'Autorità, ma sta solo ad indicare il consueto limite del sindacato di legittimità, per cui il giudice non può spingersi *“fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere”* (cfr. anche Tar del Lazio, sentenze 23 marzo 2004, n. 2715, 2717, 2718, 2719, 2721, *Test diagnostici per diabete*, e sentenza 24 febbraio 2004, n. 1715, *Sagit-Contratti vendita e distribuzione del gelato*).

### ***Definizione del mercato rilevante***

Sempre nella citata decisione *Pellegrini-Consip*, il Consiglio di Stato ha confermato alcuni principi relativi alla definizione del mercato rilevante. In particolare, è stato precisato che in tema di intese, detta definizione non si atteggia a presupposto del giudizio di illiceità della condotta (come nel caso degli abusi di posizione dominante), ma è solo funzionale alla valutazione *“del suo grado di offensività”* (cfr. anche Tar del Lazio, *Test diagnostici per diabete*, cit.). Nella medesima pronuncia è stata, inoltre, confermata la legittimità di una definizione del mercato del prodotto che, pur in presenza di un prodotto identico, faccia riferimento a caratteristiche, modalità e procedure di acquisizione del prodotto (tali, nel caso di specie, da differenziare profondamente gli acquirenti del settore pubblico da quello privato). Il Consiglio di Stato, infine, ha confermato la possibilità di identificare il mercato rilevante con una singola gara della Pubblica Amministrazione.

### ***Accertamento e prova delle intese***

Occorre anzitutto rilevare come i giudici amministrativi abbiano confermato un approccio non formalista nell'identificazione delle fattispecie vietate dalle norme antitrust. In particolare, con riferimento al divieto di cui all'articolo 2 della legge n. 287/90, è stato ribadito che non appare essenziale e indispensabile la distinzione tra accordi e pratiche concordate, *“essendo ben più importante distinguere tra forme di collusione che ricadono nei divieti antitrust e semplici comportamenti paralleli privi di elementi di concertazione”* (cfr. decisione *Pellegrini-Consip*, cit.). Su questa stessa linea, il Tar del Lazio nella sentenza 29 ottobre 2003, n. 9203, *Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi*, ha confermato il principio secondo cui una serie di comportamenti di più imprese può ben essere considerata quale espressione di un'infrazione unica, riconducibile in parte al concetto di accordo e in parte a quello di pratica concordata, sicché, non essendo indispensabile tale distinzione, è legittima la scelta dell'Autorità di qualificare la fattispecie complessivamente considerata in termini di intesa. Nella stessa pronuncia, il Tar ha inoltre precisato che per poter configurare un'intesa non è necessaria una posizione paritetica delle imprese che vi partecipano, potendo sussistere *“anche in situazioni di più o meno accentuato squilibrio tra i soggetti che addivengono all'accordo”* nella misura in cui le imprese siano accomunate da *“interessi convergenti utilmente regolabili”*.

L'illecito antitrust, nel caso di specie una pratica concordata, “può essere accertato anche attraverso elementi indiziari, purchè univoci e concordanti”; il carattere sporadico delle condotte illecite può incidere “non sulla sussistenza dell'illecito anticoncorrenziale, bensì sulla gravità dello stesso e sulla conseguente quantificazione della sanzione” (cfr. decisione 7 ottobre 2003, n. 5928, *International Mail Express Italy/Poste Italiane*).

In relazione alla fattispecie della pratica concordata posta in essere in occasione di gare ad evidenza pubblica, cosiddetto *bid rigging*, il Consiglio di Stato nella decisione 12 novembre 2003, n. 7243, *Noleggio Autobus Scolastici*, ha chiarito che “la condotta anticoncorrenziale può essere attuata mediante pratica concordata che, pur in assenza di espresse pattuizioni è volta ad attuare una uniforme condotta di mercato, mediante anche disposizioni consortili, associative o mediante scambio di informazioni, nell'ambito di una definita area di mercato”; in tale contesto, può assumere un rilievo particolare “lo scambio sistematico di informazioni (avvenuto anche attraverso la divulgazione di un'associazione di categoria) che in un virtuoso mercato concorrenziale sarebbero altrimenti mantenute segrete (come nel caso di tariffe minime non ufficiali o metodiche di calcolo dei costi che divengono uniformi)”.

Sempre in merito ad un'intesa volta ad ottenere l'aggiudicazione coordinata dei lotti di una gara ad evidenza pubblica, il Consiglio di Stato ha confermato che, nel caso di specie, costituiva un serio indizio della collusione la circostanza che per ogni lotto le imprese avessero costituito una sola associazione temporanea d'impresa (ATI), oltre al notevole divario tra le condizioni economiche offerte dalle ATI rispetto a quelle offerte dalle imprese singolarmente negli altri lotti (decisione *Pellegrini-Consip*, cit.). Nella stessa pronuncia, i giudici hanno altresì precisato che, in presenza di elementi di riscontro di una concertazione e collaborazione illecita tra le imprese, “l'impossibilità di spiegazioni alternative (...) costituisce elemento solamente aggiuntivo”. Parimenti, nella stessa pronuncia, il Consiglio di Stato ha chiarito che non è di ostacolo alla configurazione di una pratica concordata la “carezza del requisito della ripetizione delle condotte nel tempo”, laddove il coordinamento tra le imprese abbia avuto luogo in relazione ad un episodio unico, nel caso di specie le aggiudicazioni relative ad una gara indetta dalla Consip (cfr. decisione *Pellegrini-Consip*, cit.).

Il Tar del Lazio, nelle citate sentenze *Test diagnostici per diabete*, con riferimento alla prova della pratica concordata ha sottolineato la consapevolezza circa la “rarietà dell'acquisizione di una prova piena (documentazione inequivoca dell'accordo; atteggiamento confessorio dei protagonisti) e della conseguente vanificazione pratica delle finalità perseguite dalla normativa antitrust che scaturirebbe da un atteggiamento troppo rigoroso”, considerando “sufficiente (e necessaria) la delineazione di indizi, purché gravi, precisi e concordanti, circa l'intervento di illecite forme di concertazione e coordinamento”; in proposito, è stata sottolineata la particolare rilevanza e gravità di

contatti e scambi di informazioni tra le imprese operanti in mercati oligopolistici. In presenza di riscontri di siffatte condotte, è stata confermato il consolidato indirizzo giurisprudenziale comunitario e nazionale circa l'inversione dell'onere della prova, altrimenti gravante sull'Autorità, essendo le imprese chiamate a fornire *“una giustificazione diversa dei contatti e delle informazioni e, in particolare, a spiegare la razionalità economica delle condotte parallele in una prospettiva di autonome iniziative di impresa”*.

Infine, i giudici amministrativi hanno ribadito l'ormai consolidato principio della utilizzabilità di documenti rinvenuti presso imprese terze *“purché il contenuto degli stessi sia attendibile per quanto si riferisce al comportamento stesso”* (cfr. decisione *Pellegrini-Consip*, cit.; cfr. anche Tar del Lazio, *Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi*, cit.); nella stessa pronuncia è stato altresì confermato che *“sono riferibili alle imprese anche documenti redatti da soggetti privi del potere di rappresentanza”*.

### ***Oggetto o effetto delle intese***

Nel periodo considerato, il Consiglio di Stato, nella decisione 30 maggio 2003, n. 2978, *Raffineria di Roma/Fina Italiana/Erg Petroli/Monteshell*, ha confermato il consolidato principio secondo cui in presenza di un oggetto anticoncorrenziale non è indispensabile l'individuazione degli effetti restrittivi, come si desume anche dal tenore letterale dell'articolo 2 legge n. 287/90, per il quale sono vietate le intese che hanno per “oggetto o per effetto” una restrizione della concorrenza. (cfr. anche Tar del Lazio, *Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi*, cit.). La distinzione tra oggetto ed effetto è stata affrontata dal Consiglio di Stato anche con riguardo alla permanenza dell'illecito (cfr. *infra*).

Nella citata sentenza *Sagit-Contratti vendita e distribuzione del gelato*, il Tar del Lazio ha confermato la legittimità della valutazione dell'Autorità circa gli effetti non restrittivi di reti parallele di accordi di distribuzione (con esclusione di un effetto cumulativo di blocco), basata sull'analisi del contesto economico e giuridico che, al momento della decisione, caratterizzava il mercato italiano e rendeva possibile l'entrata di un potenziale nuovo concorrente.

### ***Consistenza***

Con riferimento al requisito della consistenza di cui all'articolo 2 della legge n. 287/90, il Consiglio di Stato, nella citata decisione *Pellegrini-Consip*, ha ribadito che esso è *“applicabile principalmente in presenza di intese non oggettivamente anticoncorrenziali, i c.d. divieti per se”*.

### ***Posizione dominante e abuso***

Nel periodo di riferimento si segnala in particolare la pronuncia con cui il Consiglio di Stato, con riguardo a condotte abusive poste in essere in un mercato in via di liberalizzazione, ha chiarito che *“la circostanza che un dato*

*mercato sia (parzialmente) liberalizzato e aperto alla concorrenza non esclude di per sé sola e in astratto che un soggetto si trovi in posizione dominante su tale mercato, dovendosi verificare in concreto se l'astratta apertura del mercato alla concorrenza sia stata seguita da un'effettiva presenza di una pluralità di operatori sul mercato"* (cfr. decisione *International Mail Express Italy/Poste Italiane*, cit.).

### **Controllo delle concentrazioni**

#### *Competenza*

In relazione all'interpretazione dell'articolo 16 della legge n. 287/90, recante il criterio normativo a cui è legato l'obbligo di notificare preventivamente all'Autorità una concentrazione, il Tar del Lazio ha chiarito che la formulazione testuale di tale disposizione, *"ponendo le due soglie di fatturato rilevanti come ipotesi alternative sullo stesso piano in termini di equipollenza e richiamando indistintamente tutte le operazioni di concentrazione di cui all'art. 5 della medesima legge, non offre alcun appiglio all'interpretazione prospettata dalla ricorrente, in base alla quale la soglia relativa al fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate sarebbe applicabile esclusivamente alle operazioni di concentrazione realizzate mediante fusione o mediante costituzione di impresa comune, e non anche alle concentrazioni realizzate mediante acquisizione del controllo"* (cfr. decisione 6 agosto 2003, n. 6857, *ILVA/Sigma Tecnologie di rivestimento*).

Il Tar del Lazio ha altresì affrontato il problema della definizione della competenza dell'Autorità, piuttosto che della Commissione europea, a valutare un'operazione di concentrazione, con l'ulteriore conseguenza di rendere applicabili le norme nazionali sul controllo delle concentrazioni in luogo di quelle del regolamento CEE n. 4064/89. In particolare, i giudici hanno respinto l'eccezione di incompetenza dell'Autorità sulla base di una serie di considerazioni, tra cui, si segnalano: la diversità di *ratio* e minor ampiezza dei criteri indicati nell'articolo 5, paragrafo 4 del regolamento ai fini del calcolo del fatturato, rispetto a quelli di cui all'articolo 3, paragrafo 3 dello stesso regolamento relativamente alla nozione di controllo; il fatto che il controllo di un'impresa su di un'altra che, a detta della ricorrente, avrebbe fatto scattare la competenza della Commissione, era stato sempre negato dalle imprese ed era stato oggetto di un difficile accertamento da parte dell'Autorità, reso possibile solo all'esito di una complessa istruttoria; la stessa funzione dell'articolo 5, paragrafo 4 del regolamento, che è quella di consentire di individuare agevolmente l'autorità competente a valutare una concentrazione prima che venga svolta l'istruttoria e non all'esito della stessa; la mancata rivendicazione di competenza da parte della Commissione che pure, nel caso di specie, aveva partecipato in veste di osservatore, ad alcune fasi del procedimento; infine, l'incertezza giuridica e il possibile effetto "ping-pong" di rinvio della competenza da un'autorità ad un'altra, a cui la tesi sostenuta dalle ricorrenti avrebbe dato luogo (cfr. Tar del Lazio, sentenza 20 febbraio 2004, n. 1631, *Sai-Fondiaria*).

### *Controllo di fatto*

Nella stessa pronuncia *Sai-Fondiaria*, i giudici hanno confermato la legittimità dell'accertamento di un controllo congiunto di fatto sulla base di un complesso di indizi concorrenti, nonché la possibilità di identificare detto controllo anche laddove tra le due imprese madri non vi era un'assoluta convergenza di scopi nel realizzare l'operazione; peraltro, nel caso di specie, numerosi elementi attestavano detta comunanza di interessi, tra cui, il concerto sin dalla fase di ideazione dell'operazione, il coordinamento sulla futura *governance* dell'impresa oggetto di acquisizione, la preesistenza di legami tra azionisti e di vincoli economici, finanziari e personali tra le due imprese madri. Inoltre, il Tar ha confermato la possibilità che sussista una situazione di controllo esclusivo di un'impresa pur in caso di partecipazione di minoranza al capitale sociale, sulla base dell'analisi delle presenze e del voto degli azionisti nelle assemblee ordinarie dell'impresa controllata. A tale riguardo, il Tar ha confermato la legittimità dell'accertamento del controllo da parte di una determinata impresa, sommando anche i diritti di voto in assemblea detenuti da altra società la quale, in virtù di molteplici e profondi legami (tra cui una cospicua partecipazione al proprio capitale) con la prima, doveva ritenersi *“particolarmente propensa a seguire il proprio azionista di riferimento nell'esercizio del voto”* nelle assemblee dell'impresa partecipata da entrambe. Nell'ambito di tale accertamento, il Tar ha confermato la possibilità di valutare qualsiasi fattore che, in modo convergente, *“possa concorrere con la partecipazione azionaria ad una società, integrando complessivamente una influenza significativa su di essa, onde considerare poi rilevante la conseguente particolare propensione di quest'ultima a seguire nelle scelte di voto il proprio azionista di riferimento, al fine della sommatoria delle partecipazioni di entrambi nell'entità sub iudice”*.

### *Misure*

Il Tar del Lazio, nella sentenza 30 agosto 2003, n. 7186, *Edizione Holding/Autostrade*, ha chiarito che le misure che possono essere imposte dall'Autorità in relazione a concentrazioni altrimenti vietate *ex* articolo 6 della legge n. 287/90, possono avere una funzione di prevenzione e garanzia rispetto alle temute conseguenze anticoncorrenziali dell'operazione.

### *Inottemperanza alle misure prescritte*

Nella citata sentenza *Edizione Holding/Autostrade*, il Tar del Lazio ha chiarito alcuni principi in relazione alla fattispecie dell'inottemperanza *ex* articolo 19 della legge n. 287/90. In primo luogo, è stata ritenuta legittima l'attribuzione della responsabilità (anche sotto il profilo sanzionatorio) dell'inottemperanza al soggetto acquirente in quanto *“destinatario - se non esclusivo - sicuramente principale dell'eventuale divieto o dell'autorizzazione con misure correttive emessa dall'Autorità ed è quindi titolare dei relativi vincoli giuridici.”*



In secondo luogo, sul piano sanzionatorio, il Tar ha confermato l'orientamento secondo cui il precetto dell'articolo 19, comma 1 della legge n. 287/90 va inteso nel senso di riferirsi, con il suo richiamo al divieto di cui all'articolo 18, comma 1 della stessa legge (che a sua volta rinvia all'articolo 6), a tutte le fattispecie di concentrazione comunque vietate dall'articolo 6, comma 1 e quindi di riguardare *“non solo le concentrazioni vietate tout court dall'Autorità, ma anche quelle dalla medesima autorizzate con la prescrizione, però, di misure (strutturali o comportamentali) dirette ad impedire il prodursi di conseguenze distorsive della concorrenza”*, allorquando le stesse operazioni siano state poi in concreto realizzate non osservando le prescrizioni imposte e, dunque, con modalità anticompetitive.

Nella stessa pronuncia è stato altresì precisato che ai fini della sanzionabilità *ex* articolo 19 della legge n. 287/90 non rileva la sussistenza dell'estremo della gravità della violazione, di cui si deve tenere conto solo come uno dei parametri utili a quantificare la sanzione in misura congrua e proporzionata.

Infine, con riferimento alla determinazione del fatturato su cui basare la sanzione, è stato precisato che detto fatturato è quello delle *“attività che sono esercitate nei mercati rilevanti interessati”*, quindi il *“fatturato realizzato sui mercati sui quali si appuntano le dirette conseguenze della concentrazione, ancorché non tutti siano stati specificamente investiti dall'infrazione commessa”*.

### ***Rapporti tra la disciplina della concorrenza e la regolazione di settore***

In relazione alla funzione consultiva dell'ISVAP in merito ai provvedimenti adottati dall'Autorità nel settore assicurativo, il Tar del Lazio nella citata sentenza *Sai-Fondiaria*, ha confermato l'ormai consolidato orientamento secondo cui essa deve avere ad oggetto non l'interpretazione della disciplina antitrust, che rientra nelle specifiche competenze dell'Autorità, ma *“la disciplina specifica e le caratteristiche proprie del settore interessato”*; in quest'ultimo caso, il parere reso dall'ISVAP potrebbe essere disatteso solo in base ad una *“motivazione particolarmente rigorosa”*.

### ***Imputabilità dell'illecito antitrust***

#### ***Esclusione dell'autotutela dei privati come causa giustificatrice***

Nella citata decisione *Noleggio Autobus Scolastici*, il Consiglio di Stato ha chiarito che non è ammissibile alcuna forma di *“autotutela dei privati”* che scelgano di colludere per risolvere problemi legati all'incertezza del quadro giuridico, osservando che *“l'incertezza del quadro giuridico non può rendere lecita la condotta anticoncorrenziale che si realizza concordando prima di una gara il tenore delle offerte”* (cfr. anche la decisione *International Mail Express Italy/Poste Italiane*, cit.).

### *Condotte anticoncorrenziali in contesti regolamentati*

Il Consiglio di Stato, sempre nella decisione *Noleggio Autobus Scolastici*, ha confermato l'approccio restrittivo e rigoroso affermatosi in sede comunitaria sulla esclusione dell'imputabilità alle imprese di condotte anticoncorrenziali poste in essere in contesti regolamentati, indicando che *“il disposto legislativo che imponga una condotta anticoncorrenziale rileva solo come causa scriminante dell'illecito, quando l'esigenza di conformarsi al precetto non lasci al soggetto alcun margine di autonomia, neppure quanto alle modalità di adempimento”*. In questi termini si è espressa anche la Corte di Giustizia nella sentenza del 9 settembre 2003, C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi*.

Il medesimo orientamento rigoroso e restrittivo circa la possibilità di sottrarre un comportamento anticompetitivo all'applicazione delle norme sulla concorrenza è stato seguito dal Tar del Lazio nella citata sentenza *Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi*. In essa, nel confutare la tesi difensiva delle imprese volta a sostenere l'esistenza di “pressioni” da parte dei pubblici poteri che avrebbero fatto venir meno il carattere autonomo delle loro condotte, il Tar, sulla scorta della pertinente giurisprudenza comunitaria, ha chiarito che a tal fine sarebbe stato *“necessario fornire indizi obiettivi, pertinenti, e concordanti che i comportamenti in contestazione erano stati imposti unilateralmente dall'autorità nazionale mediante l'esercizio di pressioni insostenibili, come ad esempio la minaccia di adottare misure statali”* seriamente pregiudizievoli per le imprese stesse; in particolare, è stato negato che la minaccia di inasprimento della fiscalità di settore poteva integrare una pressione insostenibile per le imprese, che avrebbero potuto reagire ad un siffatto inasprimento tramite la leva dei prezzi.

### *Continuità economica*

La portata e i limiti del criterio della continuità economica ai fini dell'imputabilità di una determinata condotta illecita ad una società diversa da quella che l'aveva posta in essere, è stato affrontato dal Tar del Lazio nella citata sentenza *Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi*; in essa, i giudici amministrativi hanno indicato la vigenza anche nel diritto antitrust del *“principio generale di personalità ed intrasmissibilità dell'illecito consacrato negli artt. 1 e 7 della l. n. 689 del 1981”*, con la conseguenza che *“le sanzioni in materia di concorrenza devono essere applicate al soggetto giuridico autore dell'illecito, e non possono essere inflitte in sua vece a terzi”*, fintanto che tale soggetto giuridico continui a sopravvivere nell'ordinamento. Il criterio della continuità economica ha quindi una *“funzione solo complementare e residuale (...) servendo essenzialmente ad assicurare l'effetto utile di norme che altrimenti verrebbero ad essere infrante senza conseguenze”*. Tale principio non appare tuttavia conforme con la giurisprudenza comunitaria.



### **Attività di interesse economico generale e concorrenza**

Il Tar del Lazio, nella citata sentenza *Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi*, ha confermato il consolidato indirizzo restrittivo in merito alla portata dell'esenzione dall'applicazione della disciplina antitrust di cui all'articolo 8, comma 2 della legge n. 287/90.

### **Sanzioni**

#### *Gravità*

Nella citata sentenza *Pellegrini-Consip* il Consiglio di Stato ha ribadito l'intrinseca gravità della pratica del *bid rigging*, precisando altresì che il livello di gravità e la durata della condotta rilevano unicamente in sede di graduazione della sanzione. Analoghe considerazioni sono state svolte dal Tar del Lazio con riguardo ad un'intesa sui prezzi nella sentenza *Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi*.

#### *Criteri di quantificazione*

Nella citata pronuncia *International Mail Express Italy/Poste Italiane*, il Consiglio di Stato ha statuito che mentre la misura massima della sanzione per illecito antitrust è del 10% del fatturato, “non è fissato un minimo, che è perciò rimesso alla valutazione dell'Autorità irrogante”. Inoltre, è stato precisato che nel quantificare la sanzione, si deve tener conto della gravità dell'illecito e “dell'eventuale ravvedimento dell'autore dell'illecito”. In altra pronuncia, il Consiglio di Stato ha incidentalmente osservato che con la novella dell'articolo 15 della legge n. 287/90 da parte della legge n. 57/2001 “è stato ampliato il margine di discrezionalità dell'Autorità attraverso l'eliminazione di una percentuale minima della sanzione, rapportata ora all'intero fatturato dell'impresa” (cfr. decisione *Pellegrini-Consip*, cit.; cfr. anche Tar del Lazio, *Test diagnostici per diabete*, cit.).

Nella citata sentenza *Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi*, il Tar del Lazio ha chiarito alcuni aspetti di particolare interesse relativamente al calcolo della sanzione in applicazione del nuovo testo dell'articolo 15 della legge n. 287/1990 (cfr. anche Tar del Lazio, *Test diagnostici per diabete*, cit.). E' stato così chiarito che, diversamente dal testo originario, l'attuale articolo 15 non impone all'Autorità di quantificare necessariamente le sanzioni in base ad una specifica percentuale di fatturato, rendendo possibile una determinazione della sanzione in termini di importo assoluto. Né tale computo comporta l'obbligo di quantificare l'ammontare della sanzione facendo applicazione di una precisa formula matematica. Il Tar ha inoltre chiarito che, dopo la novella introdotta dalla legge n. 57/2001, l'elemento del fatturato ha rilievo unicamente ai fini della precisazione del limite massimo della potestà sanzionatoria, ma non costituisce più il naturale punto di partenza della quantificazione della sanzione, sicché la sua mancata evidenziazione non integra, di per se stessa, una lacuna nella motivazione.

Nella medesima sentenza è stato, inoltre, chiarito che la nuova versione della predetta norma, non contenendo più il riferimento “(...) ai prodotti oggetto dell'intesa”, rinvia al fatturato dell'impresa senza limiti di sorta, quindi non solo al fatturato realizzato sul mercato nazionale. Peraltro, il Tar ha anche precisato che “posto che il ruolo del fatturato, secondo l'impostazione vigente, è quello di dare corpo ad un limite estremo di severità del trattamento sanzionatorio, è pienamente logico che il fatturato venga identificato con quello complessivo dell'operatore, potendo fungere in questo modo da indicatore della sua capacità economica rispetto alla sanzione”.

Infine, nelle sentenze *Test diagnostici per diabete*, il Tar del Lazio, ha precisato che, ai fini della quantificazione della sanzione, è legittimo “tenere conto tanto della dimensione assoluta di ciascun soggetto economico, anche al di fuori del mercato interessato, quanto del gruppo societario [multinazionale] di appartenenza”; ciò “al fine di rappresentare adeguatamente la dimensione economica complessiva dell'impresa stessa” e, quindi, di “garantire un'adeguata efficacia deterrente” alla sanzione.

#### *Rilevanza dell'elemento soggettivo*

Con riferimento ai presupposti per l'irrogazione della sanzione, il Consiglio di Stato ha ribadito il consolidato indirizzo secondo cui per la sussistenza dell'elemento soggettivo è sufficiente che l'impresa “non potesse ignorare che il suo comportamento aveva come scopo la restrizione della concorrenza”, rilevando a tal fine le dimensioni (medie) dell'impresa e la natura dell'illecito; i giudici hanno altresì chiarito che “non occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa”, atteso che l'articolo 3 della legge n. 689/81 “pone una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, riservando poi a questi l'onere di provare di aver agito senza colpa” (cfr. decisione *Pellegrini-Consip*, cit.).

#### *Permanenza e cessazione dell'illecito*

Il regime sanzionatorio delle infrazioni aventi carattere permanente è stato chiarito dalla citata decisione del Consiglio di Stato *Pellegrini-Consip*, nella quale è stato indicato che la norma sanzionatoria applicabile in caso di successione di leggi nel tempo è quella sopravvenuta e in vigore quando la consumazione dell'illecito si esaurisce. I giudici hanno distinto gli “illeciti di carattere permanente, in cui persiste la condotta illecita del soggetto agente ed illeciti consumati con effetti permanenti, in cui dopo la conclusione della condotta illecita perdurano le conseguenze dannose”; è stato così ritenuto che, in caso di *bid rigging*, la condotta illecita si esaurisca nella fase precedente alla presentazione delle offerte e non continui oltre all'aggiudicazione dei contratti, fase nella quale pure si producono gli effetti dell'illecita concertazione, con la conseguenza che è configurabile un'intesa anticoncorrenziale (pur senza effetti) anche laddove, a seguito della concertazione, non sia stata conseguita l'aggiudicazione della gara. Viceversa, è stato precisato che ha

certamente carattere permanente una pratica concordata, ad esempio, volta alla fissazione dei prezzi, in quanto il perdurante coordinamento rappresenta l'oggetto stesso dell'infrazione.

Nella pronuncia *International Mail Express Italy/Poste Italiane*, il Consiglio di Stato ha inoltre chiarito che la cessazione dei comportamenti illeciti e anche l'impegno a non reiterarli in futuro non impedisce l'irrogazione di sanzioni pecuniarie in relazione ad un abuso di posizione dominante ex articolo 82 del Trattato CE, accertato e sanzionato dall'Autorità in quanto ritenuto grave.

#### *Fatturato rilevante*

Sulla determinazione del fatturato rilevante ai fini della quantificazione della sanzione, il Consiglio di Stato ha ribadito, con alcune precisazioni, l'orientamento secondo cui l'inciso “*relativamente ai prodotti oggetto dell'intesa*”, di cui all'articolo 15 della legge n. 287/90 (nel testo precedente alla novella introdotta dalla legge n. 57/01) “*non comporta la necessità di separare dal fatturato ogni voce specifica non perfettamente coincidente con il prodotto tipo oggetto della pratica; tuttavia il concetto di fatturato di riferimento non può essere scisso del tutto dal mercato rilevante*”; d'altro canto, il legislatore non ha neppure voluto “*limitare il parametro di riferimento su cui calcolare la sanzione al solo fatturato ottenuto grazie all'intesa illecita, ma ha voluto semplicemente individuare tutto il fatturato realizzato dall'impresa in relazione a quei determinati beni*” che costituiscono il mercato rilevante del prodotto, anche se realizzato in un ambito geografico diverso (cfr. decisione *Pellegrini-Consip*, cit.).

#### *Restituzione delle sanzioni*

Nel periodo di riferimento, il Consiglio di Stato ha definitivamente chiarito che l'Autorità non è competente a disporre la restituzione delle sanzioni da essa irrogate e successivamente annullate, in tutto o in parte, dal giudice amministrativo. Tale competenza spetta al Ministero dell'economia e delle finanze, con la conseguenza che è inammissibile un ricorso per l'ottemperanza proposto nei confronti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (cfr. decisioni 19 novembre 2003, n. 7469 e 21 novembre 2003, n. 7602 *RC Auto*).

#### *Sindacato giurisdizionale*

In materia sanzionatoria, il Consiglio di Stato ha precisato che il giudice amministrativo “*esercita un sindacato forte sulla misura della sanzione, avendo un potere correttivo che gli consente di incidere nel merito della sua quantificazione, modificandola*” (cfr. decisione *International Mail Express Italy/Poste Italiane*, cit.).

### **Potere di diffida dell'Autorità**

Il potere di diffida dell'Autorità ex articolo 15 della legge n. 287/90 è stato analizzato in alcune importanti pronunce del Consiglio di Stato. In particolare, nella citata decisione *Pellegrini-Consip* il Consiglio di Stato ha chiarito che *“la diffida per l'eliminazione dell'infrazione costituisce atto dovuto da parte dell'Autorità, in quanto la finalità della diffida non è solo quella di eliminare i comportamenti oggetto dell'intesa, che come fatti storici non potrebbero essere cancellati, ma anche quella di rimuovere, ove possibile, le conseguenze anticoncorrenziali dell'intesa e di intimare alle imprese di astenersi dal porre in essere analoghi comportamenti in futuro”*. I giudici amministrativi hanno inoltre precisato che è *“ammissibile che attraverso la diffida l'Autorità possa ingiungere misure di rimozione degli effetti dell'intesa illecita, aventi ad oggetto il comportamento delle imprese”*, senza che ciò possa essere *“in assoluto impedito dall'esistenza di rapporti negoziali”*, pur dovendo l'Autorità valutare le conseguenze indirette che l'imposizione di misure specifiche potrebbe avere sulle posizioni dei terzi, nonché graduare dette misure in considerazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

Inoltre, nella citata decisione *International Mail Express Italy/Poste Italiane*, il Consiglio di Stato ha sottolineato come la diffida a cessare la condotta anticoncorrenziale accertata rappresenti il primo rimedio che l'Autorità è tenuta ad adottare.

Infine, nella citata decisione *Raffineria di Roma/Fina Italiana/Erg Petroli/Monteshell*, il Consiglio di Stato ha altresì confermato l'orientamento secondo cui l'Autorità non è tenuta a fornire una specifica motivazione sulla mancata assegnazione di un termine nella diffida, *“essendo palese che le ragioni di tale omissione risiedono nel convincimento della Autorità che si potesse subito dare corso alla rimozione delle infrazioni riscontrate, ripristinando con l'effetto immediato le condizioni della concorrenza”*.

### **PROFILI PROCEDURALI**

#### **Poteri istruttori dell'Autorità e diritti di difesa**

Nell'ultimo anno, il Consiglio di Stato ha ribadito il suo orientamento in materia di accertamenti pre-istruttori, chiarendo che il termine “valutare”, contenuto nell'articolo 12 della legge n. 287/90, comporta una iniziale attività anche istruttoria *“diretta ad acquisire precisazioni relative alle segnalazioni pervenute al fine di verificare la sussistenza quanto meno di un fumus in ordine alle violazioni contestate”* (cfr. decisione *Pellegrini-Consip*, cit.). In proposito, il Consiglio di Stato ha altresì precisato che l'informalità della fase pre-istruttoria, nonché la sua strumentalità rispetto alla fase, eventuale, dell'istruttoria (nella quale la disciplina speciale, il Dpr n. 217/98, garantisce pienamente il contraddittorio) portano ad escludere l'applicabilità durante la pre-istruttoria anche delle norme della legge n. 241/90 (cfr. decisione del 12 novembre 2003, n. 7265, *URRA*).

Sotto un diverso profilo, il Consiglio di Stato ha confermato la legittimità di un provvedimento di divieto di un'intesa intervenuto alcuni anni dopo un precedente provvedimento di non avvio d'istruttoria, stante la sostanziale diversità tra le due fattispecie (cfr. decisione *Raffineria di Roma/Fina Italiana/Erg Petroli/Monteshell*, cit.).

Il Tar del Lazio, nelle citate sentenze *Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi* e *Sai-Fondiaria*, ha ribadito il principio secondo cui l'obbligo della Pubblica Amministrazione di valutare le memorie presentate dalle parti del procedimento “*non comporta un obbligo di analitica motivazione e confutazione nel merito ad ogni argomento utilizzato dalle parti stesse*” che non sia essenziale ai fini della decisione. In altra pronuncia, il Tar del Lazio ha ribadito il principio secondo cui l'eventuale violazione dei diritti di difesa va esaminata nei suoi effetti “*in relazione alla rilevanza concreta posseduta dal vizio procedimentale dedotto*” (cfr. sentenza *Edizione Holding/Autostrade*, cit.).

Sotto altro profilo, il Tar del Lazio ha chiarito che la mancata attivazione d'ufficio dei poteri di indagine riconosciuti dall'articolo 12 della legge n. 287/90 non crea in capo alle imprese alcun affidamento sulla liceità dei comportamenti a cui la mancata istruttoria avrebbe potuto riferirsi (cfr. sentenza *Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi*, cit.).

Quanto all'eventuale lesione dei diritti di difesa derivante dalla non piena corrispondenza tra la decisione finale e le conclusioni contenute nella comunicazione delle risultanze istruttorie, nella medesima pronuncia il Tar ha precisato che non ogni difformità esige una riapertura del contraddittorio “*essendo questa necessaria, semmai, nell'ipotesi in cui il mutamento comporta una proposta aggiuntiva di sanzione*”, il che può escludersi quando gli elementi di fatto e i profili giuridici per i quali le imprese sono state sanzionate “*sono riconducibili, almeno per continenza, alle condotte integranti materia di contestazione ed individuate come sanzionabili dalla CRP*” (cfr. sentenza *Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi*, cit.). Analogo principio si applica, con i dovuti adattamenti, nel procedimento sanzionatorio ex articolo 19 della legge n. 287/90 (cfr. sentenza *Edizione Holding/Autostrade*, cit.).

### ***Legittimazione a impugnare i provvedimenti dell'Autorità***

Nel periodo di riferimento, il Tar del Lazio ha ribadito il noto orientamento secondo il quale gli atti endo-procedimentali non sono autonomamente impugnabili, con riferimento specifico alla decisione di avvio di un'istruttoria su una concentrazione notificata ex articolo 16, comma 4 della legge n. 287/90 (cfr. sentenza *Sai-Fondiaria*, cit.).

Si segnalano, inoltre, due sentenze del Tar del Lazio che sembrano rimettere parzialmente in discussione il consolidato principio giurisprudenziale della carenza di legittimazione del terzo ad impugnare i provvedimenti

dell'Autorità, senza tuttavia ampliare a qualsiasi terzo detta legittimazione, ma senza neppure fornire specifici criteri di individuazione dei soggetti legittimati (cfr. sentenza 5 maggio 2003, n. 3861, *S.e.c.i.-Co.pro.b.-Finbieticola/Eridania* e sentenza *Sagit-Contratti vendita e distribuzione del gelato*, cit.).

### ***Modalità e limiti dell'esercizio del diritto di accesso***

Nella citata sentenza *Edizione Holding/Autostrade*, il Tar del Lazio ha confermato il principio secondo cui *“nessun elemento autorizza a ritenere che la legge n. 287/90 abbia inteso riconoscere alle imprese sottoposte a procedimento un diritto di accesso illimitato, negando così ogni protezione alle correlate esigenze di riservatezza dei soggetti controinteressati”*. Al contrario, la legge n. 287/90 ha recepito il principio, anche comunitario, del contemperamento tra i due ordini di valori sancito dalla legge n. 241/90, e a tale principio si attiene l'articolo 13, comma 2 del Dpr n. 217/98, individuando un punto di equilibrio tra i suddetti valori contrapposti (da un lato, il diritto di difesa e al contraddittorio, dall'altro, l'esigenza del denunciante di tutelare segreti commerciali e, in taluni casi, di evitare possibili ritorsioni “commerciali”).

Il Tar ha altresì indicato che il diritto di accesso non prevale in ogni caso sulle esigenze di riservatezza, ma deve essere consentito alle imprese *“di avere contezza del contenuto dell'intero fascicolo, con indicazione degli atti segretati e del relativo contenuto, e che in relazione ai documenti costituenti elementi di prova a carico o comunque richiesti dalle imprese per l'utilizzo difensivo a discarico la segretezza debba essere strettamente limitata alle c.d. parti sensibili”*, la cui individuazione *“deve avvenire nell'ambito di un giudizio comparativo di bilanciamento di confliggenti interessi, all'esito del quale deve comunque essere assicurata alle imprese, oltre alla conoscenza dell'intero fascicolo, l'effettiva conoscenza degli elementi di prova dell'infrazione o degli elementi essenziali per la difesa (l'eventuale visione parziale non deve, quindi, ostacolare l'esercizio dei diritti difensivi)”*. L'impresa ha però l'onere di richiedere l'accesso con la puntuale indicazione dei documenti rilevanti alla tutela dei propri interessi (nella specie, l'Autorità aveva predisposto un elenco analitico dei documenti del fascicolo).

### ***Ambito di applicabilità della legge n. 689/81***

Nella citata decisione *Pellegrini-Consip*, il Consiglio di Stato ha confermato il costante orientamento secondo cui il richiamo effettuato dall'articolo 31 della legge n. 287/90 alla legge n. 689/81 vale nei limiti in cui le norme della prima sono compatibili con la normativa sulla tutela della concorrenza, negando, nel caso di specie, l'applicabilità dell'articolo 24 della legge n. 689/81.



Con riferimento al procedimento di inottemperanza *ex* articolo 19 della legge n. 287/90, il Tar del Lazio ne ha confermato la natura sanzionatoria e, quindi, l'applicabilità ad esso del modello procedimentale indicato dalla legge n. 689/81 (cfr. sentenza *Edizione Holding/Autostrade*, cit.).

#### SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA IN SEDE DI RINVIO PREGIUDIZIALE

##### ***Disapplicazione del diritto nazionale contrastante con le regole di concorrenza del Trattato in sede di indagini antitrust e applicazione della normativa antitrust in contesti regolamentati***

La Corte di Giustizia, con sentenza 9 settembre 2003, C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, ha risolto i quesiti posti dal Tar del Lazio nell'ordinanza del 4 aprile 2001, n. 2919, di rinvio pregiudiziale d'interpretazione *ex* articolo 234 del Trattato CE. In proposito, la Corte ha statuito quanto segue:

*“1) In presenza di comportamenti d'impresa in contrasto con l'art. 81, n. 1, CE, che sono imposti o favoriti da una normativa nazionale che ne legittima o rafforza gli effetti, con specifico riguardo alla determinazione dei prezzi e alla ripartizione del mercato, un'autorità nazionale preposta alla tutela della concorrenza cui sia stato affidato il compito, in particolare, di vigilare sul rispetto dell'art. 81 CE:*

- ha l'obbligo di disapplicare tale normativa nazionale;*
- non può infliggere sanzioni alle imprese interessate per comportamenti pregressi qualora questi siano stati loro imposti dalla detta normativa nazionale;*
- può infliggere sanzioni alle imprese interessate per i loro comportamenti successivi alla decisione di disapplicare tale normativa nazionale, una volta che quella decisione sia diventata definitiva nei loro confronti;*
- può infliggere sanzioni alle imprese interessate per comportamenti pregressi qualora questi siano stati semplicemente facilitati o incoraggiati da quella normativa nazionale, pur tenendo in debito conto le specificità del contesto normativo nel quale le imprese hanno agito.*

*2) Spetta al giudice del rinvio valutare se una normativa nazionale come quella di cui alla causa principale, che rimette alla competenza ministeriale la determinazione del prezzo di vendita al dettaglio di un prodotto e affida, inoltre, ad un consorzio obbligatorio tra i produttori il potere di ripartire la produzione fra le imprese, possa essere considerata, per quanto rileva ai fini dell'applicazione dell'art. 81, n. 1, CE, come una disciplina che lascia sussistere la possibilità di una concorrenza suscettibile di venire ostacolata, ristretta o falsata da comportamenti autonomi di quelle imprese”.*