

3

SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI

PRINCIPALI SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI IN MATERIA DI CONCORRENZA

Nel periodo preso a riferimento si segnalano alcune sentenze del Tar e del Consiglio di Stato rese in sede di controllo giurisdizionale dei provvedimenti adottati dall'Autorità in applicazione della legge n. 287/90, da cui emergono utili spunti interpretativi ai fini dell'applicazione delle norme in materia di concorrenza.

PROFILI SOSTANZIALI

Con sentenza n. 1348 del 14 marzo 2000, *Italcementi*, il Consiglio di Stato ha chiarito l'ambito entro cui il giudice amministrativo può esercitare il sindacato giurisdizionale in relazione al mercato di riferimento identificato dall'Autorità in un provvedimento di applicazione dell'articolo 3 della legge n. 287/90. Secondo il Consiglio di Stato, essendo i provvedimenti dell'Autorità sindacabili in giudizio per vizi di legittimità, e non di merito, il Tar deve verificare *“se il provvedimento impugnato appaia logico, congruo, ragionevole, correttamente motivato e istruito, ma non può anche sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità, e a questa riservate”*.

Su questi presupposti, il Consiglio di Stato ha annullato la sentenza del Tar per il fatto che questo aveva considerato erronea la definizione di mercato rilevante adottata dall'Autorità, *“sostituendo una propria definizione e valutazione a quella amministrativa, e senza invece limitarsi a verificare, nei limiti del sindacato di legittimità, se la scelta dell'amministrazione apparisse logica, congrua, correttamente motivata e istruita”*.

Nel provvedimento annullato dal Tar con la sentenza poi appellata, l'Autorità aveva accertato che Italcementi, dominante sul mercato del cemento in Sardegna, aveva posto in essere delle prati-

**Limiti del
sindacato
giurisdizionale**

che commerciali abusive volte a ostacolare l'ingresso di concorrenti su tale mercato. Con specifico riferimento al mercato rilevante, l'Autorità aveva ritenuto che l'ambito geografico in cui valutare le condotte di Italcementi dovesse essere circoscritto alla sola Sardegna, avuto riguardo a una pluralità di fattori, quali: *i)* le caratteristiche fisiche del prodotto (valore basso in rapporto al peso) e l'alta incidenza dei costi di trasporto in relazione a quelli unitari di produzione; *ii)* la struttura dell'offerta molto concentrata; *iii)* la dinamica dei prezzi nell'ambito della regione sarda, più elevati di quelli praticati nel resto d'Italia, in Grecia e nella ex-Jugoslavia; *iv)* l'inidoneità delle importazioni provenienti da aree contigue alla Sardegna a rendere il mercato più ampio, dato il loro carattere contingente e temporaneo. Per converso il Tar aveva annullato il provvedimento dell'Autorità per non aver definito un più ampio mercato rilevante, tenuto conto del consistente flusso di importazioni di cemento proveniente da zone geografiche contigue alla Sardegna, quali la Grecia e la ex Jugoslavia.

Le professioni liberali e la nozione di impresa

Nella sentenza n. 466 del 28 gennaio 2000, *Consigli nazionali dei ragionieri e periti commerciali e dei dottori commercialisti*, il Tar ha statuito che i Consigli Nazionali dei dottori commercialisti e dei ragionieri e dei periti commerciali costituiscono delle associazioni di imprese. Nell'occasione il Tar è stato chiamato a pronunciarsi per la prima volta in maniera puntuale sulla possibilità di qualificare dei liberi professionisti come imprese. Il giudice amministrativo ha pienamente recepito la nozione di impresa di matrice comunitaria funzionale all'applicazione delle norme a tutela della concorrenza, secondo cui deve qualificarsi impresa qualsiasi entità o soggetto che eserciti un'attività economica a prescindere dal suo stato giuridico.

Con specifico riferimento alla possibilità di attribuire natura d'impresa alle professioni liberali, secondo il giudice amministrativo, pur non volendo “*assimilare, a ogni effetto, alle imprese commerciali altre attività che come l'esercizio delle professioni intellettuali, siano caratterizzate da profili concettuali diversi e che per tale ragione sono soggette a discipline privatistiche e pubblicistiche loro proprie, è del tutto logico che gli esercenti delle professioni intellettuali siano considerati imprese ai fini specifici della tutela della libera concorrenza, in quanto la loro attività consiste nella offerta sul mercato di prestazioni suscettibili di valutazione economica e di acquisto delle stesse dietro corrispettivo*”.

Quanto poi alla possibilità di qualificare i Consigli come associazioni di imprese, in sostanza, il Tar ha rigettato la tesi delle ricorrenti in base alla quale la natura pubblicistica dei Consigli e delle funzioni a essi affidate varrebbe a escludere l'applicazione

delle norme di concorrenza. Accogliendo la prospettazione dell'Autorità, il Tar ha difatti riconosciuto che i Consigli sono enti associativi *“espressione degli esercenti una determinata professione, nei cui confronti l'ente svolge poteri autoritativi sia di vigilanza che di tutela delle ragioni economiche, cosicché non può escludersi che attraverso le deliberazioni dei Consigli possano realizzarsi forme di coordinamento delle condotte dei singoli professionisti suscettibili di assumere valenza anticoncorrenziale nel mercato considerato”*. Secondo la prospettazione del giudice amministrativo, non è quindi necessario che l'unico scopo dei Consigli sia la tutela degli interessi economici dalla categoria, essendo determinante che *“l'ente, in ragione della posizione che riveste nei confronti degli iscritti, sia nella condizione di orientarne i comportamenti per quanto attiene agli aspetti economici dell'attività professionale, anche eventualmente con effetti nocivi per la libera concorrenza”*.

Nella già citata sentenza *Consigli nazionali dei ragionieri e periti commerciali e dei dottori commercialisti*, il Tar si è pronunciato sull'imputabilità ai Consigli Nazionali della determinazione di tariffe professionali caratterizzate da un complesso *iter* pubblico di formazione e approvazione, culminante con l'adozione di un decreto del Capo dello Stato, nell'ambito del quale i Consigli Nazionali avevano un mero compito consultivo.

**Misure normative
e condotte di
impresa**

Accogliendo le censure delle ricorrenti avverso il provvedimento, il Tar ha statuito che l'Autorità, nell'imputare ai Consigli intese restrittive della concorrenza, avrebbe trascurato *“che i suddetti comportamenti ritenuti lesivi della concorrenza [...] hanno concorso all'adozione di provvedimenti amministrativi formali e tipici di natura regolamentare, imputabili esclusivamente all'autorità di governo [...]”*.

Avuto pertanto riguardo al complesso *iter* pubblico di approvazione delle tariffe delle due categorie professionali interessate, secondo il Tar, i singoli contributi e interventi nella *“sequenza procedimentale”* normativamente prevista per l'approvazione delle tariffe *“perdono autonoma rilevanza per fondersi nella determinazione finale che rappresenta il temperamento coordinato delle diverse istanze chiamate dalla legge a esprimersi in vista dell'interesse pubblico da soddisfare”*.

In tema di prova dell'esistenza di una pratica concordata, nella sentenza n. 873 del 16 aprile 1999, *Associazione Vendomusica/Case discografiche multinazionali-Federazione industria musicale italiana*, il Tar ha ribadito il principio, ormai consolidato, secondo cui, ai fini della corretta individuazione di una pratica con-

**Accertamento
dell'intesa-
evidenza indiretta**

cordata, è sufficiente l'esistenza di una serie di indizi gravi, precisi e concordanti, non necessitando l'esistenza di una prova diretta dell'intesa. In particolare, *“la prova della pratica concordata può ritenersi correttamente acquisita anche quando non emergano riscontri diretti della sussistenza di concreti elementi intenzionali proiettati a falsare il mercato”*, laddove tale prova, di contro, è richiesta nelle ipotesi di intese che consistano in accordi o in deliberazioni di consorzi, di associazioni di imprese e di altri organismi similari.

Quanto agli effetti della pratica concordata nel mercato, il Tar ha evidenziato che, nelle ipotesi di intese restrittive della concorrenza, in linea generale, deve considerarsi *“sufficiente, a fini probatori, anche soltanto la capacità potenziale dell'accordo o della pratica concordata di restringere la concorrenza nel mercato, in quanto riscontri concreti delle effettive conseguenze prodottesi sono necessari soltanto nella diversa e distinta ipotesi dell'abuso di posizione dominante”*.

Il medesimo principio è stato riaffermato nella sentenza n. 1541 dell'8 marzo 2000, *Fornitura pezzi di ricambio caldaie a gas*, nella quale il Tar ha ritenuto che un *“coordinamento di iniziative in funzione anticoncorrenziale”*, il cui accertamento si rivela sostenuto da una serie di elementi probatori seri precisi e concordanti, assume autonoma valenza anticoncorrenziale, in un contesto in cui *“le circostanze che le iniziative non siano andate in porto [...] risulta irrilevante ai fini del diritto della concorrenza”*.

Sempre in tema di prova dell'intesa, nella sentenza n. 1520 del 6 luglio 1999, *Assicurazioni di Milano*, il Tar ha ritenuto che per potersi configurare una fattispecie di accordo restrittivo della concorrenza, *“è sufficiente la sussistenza di una volontà convergente di due o più imprese, anche se manifestata in modo informale attraverso dipendenti o anche tacitamente per atti concludenti, diretta a coordinare i comportamenti delle imprese sul mercato”*. Ai fini probatori, poi, il Tar osserva che è necessario acquisire evidenza di una volontà comune, ossia del fatto che alla volontà di un'impresa di coordinarsi con il proprio concorrente, corrisponda, simmetricamente, la volontà dell'altra a comportarsi nel medesimo senso. Tale indirizzo è stato confermato anche nella sentenza n. 1457 del 6 marzo 2000, *RTI-RAI*.

Nella sentenza n. 1459, del 15 dicembre 1999, *RTI-Cecchi Gori-Rai*, il Tar ha ribadito il principio secondo cui il ricorso a forme tipiche di contratti di diritto privato - nella specie si trattava di un accordo transattivo di un contenzioso pendente - *“non esclude, ex se, la valutabilità dei contenuti del contratto stesso, alla luce della norma dell'articolo 2 della legge n. 287/90, operando detta*

disposizione su un piano diverso e distinto da quello proprio, nella specie, dell'istituto della transazione".

Lo stesso principio era stato già esplicitato nella sentenza n. 1520 del 6 luglio 1999, *Assicurazioni di Milano*, dove, pronunciandosi sulla rilevanza ai sensi della disciplina della concorrenza dell'istituto della coassicurazione, il Tar aveva sottolineato che la tipizzazione nell'ordinamento di una fattispecie di natura associazionistica non appare determinare la liceità in *re ipsa* della stessa, così precludendo l'applicabilità della normativa a tutela della concorrenza.

PROFILI PROCEDIMENTALI

In materia di garanzie di un procedimento dell'Autorità teso all'accertamento di una presunta violazione dell'articolo 2 della legge n. 287/90, con sentenza n. 103 del 14 gennaio 2000, *Produttori di vetro cavo*, il Tar, rilevando l'esistenza di un vizio formale del procedimento consistente nella mancata verbalizzazione di alcune dichiarazioni orali rese in sede istruttoria, vizio idoneo a incidere sulla corretta formazione della volontà del Collegio tale da rendere invalido il procedimento, ha annullato la decisione dell'Autorità. Tuttavia, nell'intento di fornire utili elementi di indirizzo ai fini dell'eventuale rinnovazione del procedimento, il Tar si è espresso anche su alcuni profili di merito, censurando in particolare la definizione del mercato rilevante del prodotto adottata dall'Autorità. Sul punto, l'interesse della pronuncia risiede nel fatto che il giudice amministrativo ha prospettato esplicitamente l'eventualità della rinnovazione del procedimento da parte dell'Autorità.

Rinnovazione del procedimento

Trattandosi nella specie dell'annullamento da parte del Tar di un provvedimento di accertamento di un'intesa restrittiva della concorrenza, il Tar ha quindi ritenuto che nulla ostasse al riavvio da parte dell'Autorità di un nuovo procedimento, non sussistendo per le intese un problema di decadenza dai poteri istruttori; ciò in quanto la legge n. 287/90 non prevede nella materia un termine perentorio per l'esercizio degli stessi. A diversa conclusione dovrebbe invece giungersi in materia di concentrazioni, dove l'esistenza di termini perentori entro cui esercitare i poteri di investigazione, sia nella fase pre-procedimentale che in quella istruttoria, farebbe presumibilmente decadere l'Autorità dai poteri di rivedere una concentrazione nell'ipotesi di una sentenza definitiva di annullamento di un provvedimento in materia (cfr. sentenze n. 497 del 25 marzo 1993, *Fininvest*, e sentenza n. 1598 del 25 ottobre 1994, *Sio/Pergine*).

**Accertamento
delle violazioni ai
sensi della legge
n. 287/90 e della
legge n. 689/81**

Nella sentenza n. 793 dell'8 febbraio 2000, *Istituto Vigilanza Cannas*, il Tar ha escluso la possibilità di estendere ai procedimenti volti all'accertamento di un'intesa o di un abuso di posizione dominante la regola, fissata dalla legge n. 689/91, per la quale l'amministrazione deve contestare una violazione soggetta a sanzione amministrativa pecuniaria entro il termine di 90 giorni dal giorno in cui l'infrazione è stata commessa.

Rispetto alla disciplina generale dei procedimenti volti alla comminazione di una sanzione amministrativa, le previsioni contenute nella legge n. 287/90 costituiscono, infatti, un sistema speciale volto alla disciplina dei “*fenomeni di illecita compressione della libera concorrenza*”, che si caratterizza anche nel momento procedurale per il peculiare ampliamento del momento partecipativo dei soggetti interessati, destinato a esplicarsi già in sede di accertamento dei fatti. Tale peculiarità è destinata a tradursi in un naturale allungamento dei tempi procedurali, proprio a fini di garanzia del più ampio contraddittorio dei soggetti interessati, in una prospettiva rispetto alla quale risulta quindi incompatibile il termine di 90 giorni fissato dalla legge n. 689/91, per la contestazione della violazione.