

3. Sviluppi giurisprudenziali

PRINCIPALI SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI IN MATERIA DI CONCORRENZA

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

Profili sostanziali

Ambito e limiti del sindacato giurisdizionale

Con la sentenza n. 1671, del 20 marzo 2001, *Fornitura pezzi di ricambio caldaie a gas*, il Consiglio di Stato ha ribadito il suo orientamento sull'ambito e i limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità, rilevando che essi sono sindacabili solo per vizi di legittimità e non nel merito e precisando che, *“allorché ... viene dedotto ... il vizio di eccesso di potere, il giudice, nell'ambito del suo sindacato, circoscritto alla sola legittimità dell'atto, e non esteso al merito delle scelte amministrative, può solo 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”*. Nella sentenza n. 652, del 12 febbraio 2001, *Vendomusica*, il Consiglio di Stato ha altresì giudicato inammissibile una consulenza tecnica avente lo scopo di ricostruire le normali condizioni di mercato, nel caso di specie, il mercato discografico, *“perché diretta ad affidare in sede giurisdizionale a un perito valutazioni riservate all'Autorità”*, che la stessa aveva già svolto.

Accertamento dell'intesa e dell'abuso di posizione dominante

Con sentenza n. 1371, del 21 febbraio 2001, *Otis-Kone Italia-Schindler*, il Tar del Lazio ha affermato alcuni principi in merito all'accertamento degli elementi probatori delle intese e degli abusi di posizione dominante. Quanto alla prova dell'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, il giudice, dopo aver chiarito che, anche secondo l'orientamento del giudice comunitario, *“una serie di comportamenti di più imprese può costituire un'infrazione unica e complessa, riconducibile in parte al concetto di accordo e in parte a quello di pratica concordata”*, ha ritenuto che l'Autorità, nel caso in cui non abbia acquisito prove documentali o elementi presuntivi decisivi a conferma del fatto che la concertazione tra le imprese abbia un oggetto anticoncorrenziale rientrante nel divieto di cui all'articolo 2 della legge n. 287/90, non può sottrarsi alla concreta verifica di effetti anticoncorrenziali nel mercato, *“e ciò non al fine di accertare un elemento costitutivo della fattispecie, ma a fini probatori”*.

Con riguardo alla prova dell'esistenza di un abuso di posizione dominante, consistente, nel caso di specie, nel rifiuto di fornire pezzi di ricambio, il Tar del Lazio, sempre nella citata sentenza *Otis-Kone Italia-Schindler*, ha affermato il principio in base al quale “*se difficilmente l'Autorità in materia di abuso di posizione dominante può acquisire sicure prove documentali e deve necessariamente basarsi su elementi indiziari, quando gli elementi acquisiti presentino margini di dubbio e non siano tali, per dovizia e spessore, da opporsi alle plausibili argomentazioni di segno contrario delle imprese interessate, l'Autorità non può sottrarsi dall'attivare tutti i poteri istruttori di cui dispone (audizione delle imprese concorrenti, accertamento delle condizioni di mercato, ecc.) per poter fondare le proprie determinazioni su un complesso probatorio solido e appagante*”.

Ancora in materia di accertamento delle intese, vengono in rilievo, seppure con riferimento a differenti profili, alcune pronunce del Consiglio di Stato: la sentenza n. 652, del 12 febbraio 2001, *Vendomusica*, le sentenze nn. 1189 e 1192, del 2 marzo 2001, *Assicurazione rischi comune di Milano*, la sentenza n. 1671, del 20 marzo 2001, *Fornitura pezzi di ricambio caldaie a gas*.

Nella prima sentenza, il Consiglio di Stato si è soffermato sui principi che devono presiedere all'accertamento di una pratica concordata tra imprese. Dopo aver ribadito che “*ben difficilmente una pratica concordata può essere dimostrata in base a una prova, che da sola sia idonea a supportare tale contestazione*”, il Consiglio di Stato ha affermato che i criteri del coordinamento e della collaborazione tra imprese che permettono di definire la nozione di pratica concordata vanno intesi alla luce degli orientamenti comunitari, in base ai quali “*ogni operatore deve autonomamente determinare la condotta che egli intende seguire sul mercato comune*”. In tale contesto, a giudizio del Consiglio di Stato, in presenza di un sistematico e articolato scambio di informazioni “*l'onere probatorio di una diversa spiegazione dei comportamenti delle imprese grava sulle imprese stesse*”.

Seppure sotto un diverso profilo, anche nella sentenza *Assicurazione rischi comune di Milano* il Consiglio di Stato si è soffermato sull'analisi degli elementi di prova di un'intesa, modificando sostanzialmente un suo precedente orientamento. In primo luogo, recependo l'orientamento comunitario in materia, il Consiglio di Stato ha ritenuto che, ai fini della prova di un accordo restrittivo della concorrenza, non può negarsi “*forza probatoria agli scritti provenienti da un terzo [...] purché il contenuto degli stessi sia attendibile per quanto si riferisce al comportamento stesso*”. Posta, infatti, la nozione di accordo elaborata in ambito comunitario, diversa da quella formale civilistica, il Consiglio di Stato ha espressamente affermato che “*l'accertamento della violazione della disciplina antitrust prescinde dall'assunzione di un'obbligazione giuridicamente vincolante e si fonda sulla consapevolezza dell'anticoncorrenzialità del comportamento*”. A tal proposito, lo stesso Consiglio di Stato nella sentenza *Fornitura pezzi di ricambio caldaie a gas*, richiamando un consolidato indirizzo giurisprudenziale comunitario, ha riba-

dito, tra l'altro, che nella *"pratica concordata manca un accordo espresso, ma vi è una forma di coordinamento fra le imprese che sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza"*. La mancanza di un accordo espresso è del resto *"agevolmente comprensibile, ove si consideri che gli operatori del mercato, ove intendano porre in essere una pratica anticoncorrenziale, ed essendo consapevoli della sua illiceità, tenteranno con ogni mezzo di celarla, evitando accordi scritti, e anche accordi verbali espressi, e ricorrendo invece a reciproci segnali volti ad addivenire a una concertazione di fatto"*. Sotto questo profilo, osserva il Collegio che, sebbene la concertazione tra le parti debba essere desunta *"in via indiziaria"* da una serie di elementi oggettivi tra cui, la durata di condotte parallele, l'esistenza di incontri tra le imprese, assume rilievo *"qualsivoglia tipo di contatto, diretto o indiretto, tra le imprese idoneo a influire sul comportamento dei concorrenti sul mercato"*. In presenza di ragionevoli indizi di una pratica concordata, *"grava alle imprese indagate l'onere probatorio di una diversa spiegazione lecita delle condotte"*.

Quanto poi alla riferibilità alle imprese dei comportamenti e degli impegni assunti dai suoi dipendenti, il Consiglio di Stato ha ritenuto opportuno rimeditare il principio espresso nella sentenza n. 1792, del 30 dicembre 1996, *Rischi di massa*, in base al quale, nelle fattispecie di accordi restrittivi della concorrenza, era stato considerato necessario che *"il comportamento illecito sia tenuto da un soggetto legittimato ad agire per conto della società, abilitato ad assumere impegni a nome della stessa"*. In merito, infatti, nella sentenza *Assicurazione rischi comune di Milano*, il Consiglio di Stato ha espressamente affermato l'irrelevanza del ruolo svolto all'interno dell'impresa dai soggetti che materialmente hanno posto in essere i comportamenti vietati, ritenendo che *"la condotta da parte del solo dipendente, accompagnata dal conseguente comportamento della società, sia sufficiente per rendere gli impegni assunti riferibili alla società"*, laddove, in particolare, anche in sede comunitaria si è data una interpretazione ampia della figura della persona autorizzata ad agire, *"certamente svincolata dalle nozioni civilistiche di mandato e di rappresentanza"*.

Sempre in materia di prova dell'intesa, sotto un profilo ancora ulteriore, il Tar del Lazio si è espresso nella sentenza n. 4504, del 30 maggio 2000, *Tim/Omnitel*. In particolare, il giudice ha affrontato il problema del valore probatorio delle evidenze documentali concernenti i contatti intercorsi tra le parti prima della data a partire dalla quale l'intesa è stata loro imputata. Il problema, nel caso di specie, riguardava l'intervenuta liberalizzazione del mercato delle telecomunicazioni e la circostanza che l'Autorità avesse affermato *"esplicitamente di aver raccolto indizi precisi sull'esistenza di un'intesa tra le ricorrenti [...] per il periodo 1995-97"*, ma aveva ritenuto la fattispecie dell'illecito integrata solo a partire dal 1998, ossia a partire dalla sopraggiunta liberalizzazione del settore. Al riguardo, il Tar del Lazio ha confermato la correttezza dell'iter valutativo seguito dall'Autorità, ritenendo che, seppure non vi fosse stato *"mutamento di condotta da parte delle imprese"*, vi era stato tut-

tavia un *“mutamento del contesto, soprattutto normativo, per cui la prosecuzione della medesima condotta ha assunto rilevanza quale comportamento anticoncorrenziale”*, suffragato dalle evidenze documentali concernenti i contatti intercorsi fra le imprese nel periodo precedente.

Tale orientamento non è stato condiviso dal Consiglio di Stato che, con sentenza n. 1699, del 22 marzo 2001, ha parzialmente annullato la sentenza del Tar, con riferimento alla pratica concordata per la fissazione delle tariffe fisso-mobile e all’impianto probatorio sotteso al suo accertamento. Nella sentenza, il Consiglio di Stato ha ricostruito i criteri utilizzabili per la dimostrazione e la valutazione di una pratica concordata in un mercato oligopolistico. Partendo dal presupposto che, per consolidato orientamento giurisprudenziale, è particolarmente difficile, sul terreno probatorio, acquisire una *“prova piena”* dell’intesa, il Consiglio di Stato ha ribadito che è *“sufficiente (e necessaria) la delineazione di indizi, purché gravi, precisi e concordanti, circa l’intervento di illecite forme di concertazione e di coordinamento”*, escludendo, in questo contesto, che *“la semplice identità delle condizioni di offerta da parte degli imprenditori possa costituire da sola indizio idoneo a suffragare l’esistenza di un accordo o di una pratica concordata, salvo il caso eccezionale nel quale l’anomalia dell’appiattimento non sia spiegabile altrimenti che come frutto di un’intesa illecita sul versante concorrenziale”*.

Il Consiglio di Stato, in particolare, ha focalizzato l’attenzione sui mercati che assumono una connotazione oligopolistica, nei quali il problema della prova della concertazione assume particolare rilievo, in quanto *“l’allineamento delle condizioni commerciali è conseguenza dei normali meccanismi competitivi”*, e ha operato una distinzione tra *“elementi di prova endogeni”* ed *“elementi indiziari esogeni”*.

Quanto ai primi, riprendendo l’orientamento giurisprudenziale comunitario, il Consiglio di Stato ha osservato che elementi a sostegno dell’esistenza di un parallelismo artificiosamente indotto da intese anticoncorrenziali possono essere costituiti *“a) dalla certa diversità dei prezzi praticati in una condizione di concorrenza non legata rispetto a quelli praticati nella specie; b) dal carattere autolesionistico che una determinata politica commerciale rivestirebbe se non fosse frutto di un’intesa anticoncorrenziale; c) dal contrasto tra l’omogeneità dei prezzi e la diversità della struttura dei concorrenti e dei relativi fattori di costo”*.

Quanto, invece, all’esistenza di *“elementi indiziari esogeni”*, il Consiglio di Stato ha fatto riferimento a contatti tra le imprese, e in particolare a *“scambi di informazioni circa iniziative, strategie, politiche dei prezzi e altri aspetti dell’attività commerciale, non altrimenti spiegabili in un contesto di sano confronto concorrenziale e, quindi, sintomatici di un’intesa illecita”*; al ricorrere di tali elementi, l’onere probatorio relativo all’assenza di coordinamento e alla liceità complessive delle condotte viene spostato in capo alle imprese.

Sulla base di tali presupposti, il Consiglio di Stato ha ritenuto che, nel caso di specie, il parallelismo di prezzi fra i due operatori di telefonia riscontrato dall'Autorità potesse essere *“alternativamente spiegabile quale frutto di un'autonoma scelta imprenditoriale di entrambe le parti lecitamente e consapevolmente volta, secondo lo schema del conscious parallelism, alla massimizzazione dei profitti”*, e che, quanto all'esistenza di elementi di prova cosiddetti esogeni, gli indizi raccolti dall'Autorità non potessero essere ritenuti *“probatoriamente significativi”*.

Si osserva infine che il Consiglio di Stato nella sentenza *Fornitura pezzi di ricambio caldaie a gas*, ha chiarito che lo scambio di informazioni può assumere *“una tipica valenza anticoncorrenziale”*, in particolare quando detti scambi riguardino informazioni *“che non siano anonime, ma siano invece specificamente relative alla politica commerciale di imprese individuate, soprattutto con riferimento all'andamento dei prezzi, o che consentano comunque di individuare i singoli operatori economici e le loro politiche di prezzo”*.

Oggetto ed effetto delle intese

Nelle già citate sentenze *Vendomusica*, *Assicurazione rischi comune di Milano*, *Tim/Omnitel* e *Fornitura pezzi di ricambio caldaie a gas*, il Consiglio di Stato si è inoltre pronunciato sulla rilevanza di una pratica concordata avente oggetto restrittivo della concorrenza, anche a prescindere dai suoi effetti concreti sul mercato. Richiamandosi agli orientamenti della giurisprudenza comunitaria, il Consiglio di Stato ha espressamente accolto il principio in base al quale *“ove sia dimostrata l'esistenza di una pratica concordata in funzione anticoncorrenziale, non rileva che la stessa non abbia raggiunto, o non abbia raggiunto in maniera significativa, l'effetto programmato (...) Vale a dire che affinché una pratica concordata avente un oggetto ovvero uno scopo anticoncorrenziale sia giudicata illecita, non è necessario che il comportamento sul mercato, successivo alla concertazione e dalla stessa dipendente, produca l'effetto concreto di restringere, impedire o falsare il gioco della concorrenza”* (sentenza n. 1671, del 22 marzo 2001, caso *Fornitura pezzi di ricambio caldaie a gas*; cfr. anche Tar del Lazio, sentenza n. 297, del 18 gennaio 2001, caso *Accordi per la fornitura di carburanti*).

Rapporti tra disciplina della concorrenza e contratti tipici

Con la citata sentenza *Assicurazioni rischi comune di Milano*, il Consiglio di Stato si è altresì pronunciato in merito alla rilevanza antitrust di contratti tipici, civilisticamente disciplinati, con precipuo riferimento, nel caso di specie, ai contratti di coassicurazione, in relazione ai quali il Consiglio di Stato ha affermato che *“la tipicità di un contratto non esclude la illiceità antitrust di un'intesa, che assuma la forma di tale contratto, dovendo essere verificato in concreto il suo utilizzo a fini anticoncorrenziali”*. Quanto alle concrete finalità anticoncorrenziali dei contratti, il Consiglio di Stato, avallando la sentenza del giudice di primo grado, ha ritenuto che non possono essere uti-

lizzati quali riscontri del fine anticoncorrenziale dell'accordo i contatti o lo scambio di informazioni, antecedenti la formalizzazione dell'accordo, in quanto, *“a differenza delle altre ipotesi di intese anticoncorrenziali, nelle quali lo scambio di informazioni può essere indice di un concordato parallelismo di comportamenti, in caso di utilizzo dello strumento di un contratto tipico e neutro ai fini antitrust, quale quello di coassicurazione, gli indici rivelatori della illiceità dell'accordo devono essere ricercati all'esterno di questo, e non già nella sua fase di formazione, finendo altrimenti per ritenere l'accordo in sé non consentito”*.

Rapporti tra disciplina della concorrenza e altre discipline

Il tema dei rapporti tra la disciplina della concorrenza, la legge n. 249/97, istitutiva dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e la legge n. 78/99, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo equilibrato dell'emittenza televisiva e per evitare la costituzione o il mantenimento di posizioni dominanti per il settore radiotelevisivo, è stato chiarito dal Tar del Lazio con la sentenza n. 7100, del 14 settembre 2000, *Stream-Telepiù*. Il giudice ha in merito rilevato che la disciplina di cui all'articolo 2 della legge n. 78/99, che fissa il divieto di acquisire più del 60% dei diritti di trasmissione in esclusiva, in forma codificata, di eventi sportivi del campionato di calcio di serie A, *“non è destinata a operare in modo isolato, ma è uno strumento che si aggiunge a quelli previsti allo stesso fine e a tutela del pluralismo nel sistema delle comunicazioni radio televisive dagli articoli 2 e 3 della legge 31 luglio 1997, n. 249, recanti limiti relativi alla titolarità delle reti e nella raccolta delle risorse finanziarie, anche con riguardo alle emittenti di trasmissione codificate”*. Con specifico riferimento alla disciplina antitrust, inoltre, il Tar del Lazio ha avuto modo di precisare che lo strumento previsto dalla legge n. 78/99 si aggiunge altresì alla normativa generale in materia di tutela della concorrenza, *“cosicché l'osservanza del limite stabilito dall'articolo 2 della legge n. 78 del 1999 non determina a priori anche l'osservanza delle disposizioni contenute nella legge n. 287 del 1990 e quindi anche l'acquisizione entro la soglia può imbattersi, in relazione ai contenuti e agli effetti degli accordi e degli atti negoziali che la riguardano e per la situazione particolare del mercato, nei divieti previsti dalla legge generale sulla concorrenza”*.

Il Tar del Lazio ha anche contribuito a chiarire i rapporti tra la legge n. 287/90 e la legge n. 249/97, nella sentenza n. 8339, del 18 ottobre 2000, *Rai, Radiotelevisione italiana/Vari impianti radiofonici*. In particolare, il giudice amministrativo ha rigettato la pretesa incompetenza dell'Autorità a vedersi notificare un'operazione di concentrazione tra emittenti radiofoniche chiarendo che *“il comma 1 dell'articolo 20 della legge n. 287 del 1990, che assegnava all'Autorità garante prevista per i settori della radiodiffusione e dell'editoria l'applicazione, nei confronti delle imprese operanti nei settori della radiodiffusione e dell'editoria, degli articoli 2, 3, 4 e 6 della legge n. 287/90, è stato abrogato dall'articolo 1 della legge 31 luglio*

1997 n. 249, con la conseguenza che anche le imprese di tale settore sono soggette alle norme contenute nella legge n. 287/90. Le imprese del settore sono -cioè- soggette sia alle norme contenute nella legge n. 249 del 1997 che a tutela del pluralismo nel sistema delle comunicazioni radio televisive dispongono limiti alla titolarità delle reti e alla raccolta delle risorse finanziarie (articoli 2 e 3) e alla cui osservanza è preposta l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, sia alla normativa generale in materia di tutela della concorrenza contenute nella legge n. 287 del 1990 applicata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato”.

L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in questo contesto, deve essere obbligatoriamente consultata sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza che coinvolgono operatori del settore delle comunicazioni. Quindi, in base alle disposizioni vigenti, il Tar del Lazio, per un verso, ha escluso che la competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sia limitata “alle ipotesi in cui siano coinvolti accanto alle imprese del settore delle comunicazioni imprese a esso estranee”, per altro verso, ha rilevato che le disposizioni della legge n. 249/97 (articolo 2, commi 3 e 7), “confermano invece la distinzione delle competenze delle due Autorità in relazione rispettivamente alle norme a tutela del pluralismo e alle norme a tutela della concorrenza”.

Enti pubblici e applicabilità della legge n. 287/90

Con le sentenze n. 6606, del 5 agosto 2000, *Consorzio del prosciutto di San Daniele*, e n. 6614, del 7 agosto 2000, *Consorzio del prosciutto di Parma*, il Tar del Lazio si è pronunciato in merito all'applicabilità della disciplina antitrust a un consorzio di imprese, qualificabile quale ente pubblico, le cui deliberazioni (e in particolare l'adozione del piano di programmazione della produzione) siano qualificabili quali atti amministrativi e soggette ad approvazione ministeriale. Il giudice amministrativo, al riguardo, ha ribadito il principio, di derivazione comunitaria, in base al quale deve escludersi che “*possa avere rilievo la natura pubblica o privata non solo delle imprese, ma anche dell'organismo in grado di influire sul comportamento delle stesse*”. In particolare, il Tar del Lazio ha affermato che “*circostanza rilevante che non consente di escludere il Consorzio [che raggruppa le imprese di produzione] dall'area affidata al controllo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato è la natura di ente associativo delle imprese in grado di influenzare il comportamento delle imprese associate e quindi il mercato*”.

Abuso di posizione dominante e sistemi di sconti

In materia di abuso di posizione dominante, con la sentenza n. 11485, del 24 ottobre 2000, *Coca Cola*, il Tar del Lazio si è pronunciato in merito alla natura abusiva di un sistema di sconti posto in essere dall'operatore in posizione dominante sul mercato. Al riguardo, il Tar del Lazio ha rigettato i ricorsi delle parti, ritenendo che l'Autorità avesse correttamente qualificato come

abusiva la scontistica posta in essere dall'operatore in posizione dominante (Coca Cola), sia con riferimento a un sistema di sconti praticati anche in assenza di prestazioni specificamente convenute, *“in un quadro non chiaro e uniforme e quindi con finalità di fidelizzazione”*; sia in relazione agli sconti applicati sull'intero quantitativo dei prodotti venduti, in assenza di obiettive giustificazioni economiche e con un obiettivo temporale di lungo periodo; sia, infine, con riguardo al sistema della scontistica cosiddetto *extra*, concessa cioè *“in assenza di criteri obiettivi, trasparenti e conoscibili”*.

Quanto all'intento escludente delle politiche commerciali poste in essere da Coca Cola, il Tar del Lazio ha avuto modo di affermare il principio, di matrice comunitaria, in base al quale *“la prova inequivocabile di un intento escludente costituisce un parametro rilevante nella valutazione dei [comportamenti commerciali delle imprese] come abusivi”*.

Monopolio legale, autoproduzione e abuso di posizione dominante

Nella sentenza n. 8339 del 18 ottobre 2000, *Rai-Radiotelevisione Italiana/Vari impianti radiofonici*, in relazione all'applicazione al caso di specie dell'articolo 8 della legge n. 287/90, invocata dalla ricorrente, il Tar del Lazio, dopo aver richiamato la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia sull'articolo 86 (ex articolo 90) del Trattato, ha ritenuto che la concessione per legge o sulla base di una legge di diritti esclusivi a un'impresa *“non esenta quest'ultima per ciò solo dall'osservanza delle disposizioni in materia di concorrenza che non siano oggettivamente incompatibili con il raggiungimento delle finalità della concessione, sicché debbano ritenersi sottratti al rispetto delle norme a tutela della concorrenza solamente quei comportamenti che siano indispensabili per il raggiungimento delle finalità della concessione”*.

Con la sentenza n. 6167, del 20 luglio 2000, il Tar del Lazio, facendo esplicito riferimento a un ormai consolidato orientamento comunitario, ha esplicitato alcuni principi in materia di applicazione degli articoli 8 e 9 della legge n. 287/90. Con riguardo ai servizi di *handling* aeroportuale, il Tar ha ribadito che *“la concessione per legge a un'impresa di diritti esclusivi in ordine alla produzione o alla erogazione di un servizio non esenta quest'ultima per ciò solo dall'osservanza delle disposizioni in materia di concorrenza che non siano oggettivamente incompatibili con il raggiungimento delle finalità della concessione, sicché debbono ritenersi sottratti al rispetto delle norme a tutela della concorrenza solamente quei comportamenti imposti dall'amministrazione, nel qual caso l'abuso di posizione dominante non è addebitabile all'impresa e si risolve nella illegittimità dei provvedimenti amministrativi impositivi, da far valere nelle competenti sedi giurisdizionali”*. In questo contesto, inoltre, il Tar del Lazio ha ritenuto che fosse onere del concessionario-monopolista dimostrare che i comportamenti contestati fossero gli unici che gli potessero consentire di espletare gli specifici compiti che gli erano affidati.

Sempre in materia di gestione aeroportuale, il Tar del Lazio, nella sentenza n. 5348, del 30 giugno 2000, si è pronunciato in merito a un abuso di posizione dominante posto in essere dalla società Aeroporti di Roma, gestore dell'aeroporto e concessionaria dei beni del sedime aeroportuale. Dopo aver ribadito che i servizi in relazione ai quali si era realizzato l'abuso “*costituivano un mercato concorrenziale in cui operavano tutte le società autorizzate*”, nel quale quindi trovavano piena applicazione le disposizioni antitrust, il Tar del Lazio si è soffermato sui comportamenti del concessionario, contestualizzando nel caso di specie il principio in base al quale, nel concedere a terzi l'uso di una infrastruttura essenziale (le attrezzature aeroportuali), il corrispettivo richiesto, per essere “equo” e legittimo, deve basarsi su parametri fondati sull'uso effettivo dell'infrastruttura e deve comunque essere non discriminatorio.

Nozione di operazione di concentrazione parziale

Nella citata sentenza *Rai-Radiotelevisione italiana/Vari impianti radiofonici*, il Tar del Lazio ha chiarito la nozione di concentrazione parziale ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera b), della legge n. 287/1990 in relazione a una fattispecie di acquisto, da parte di Rai, di impianti radiofonici e delle relative frequenze da una pluralità di emittenti radiofoniche. In particolare, il Tar, tenuto anche conto della Comunicazione della Commissione sulla nozione di concentrazione¹, ha concluso che “*ciò che caratterizza, ai fini della concorrenza, la concentrazione parziale da parte di un'impresa è l'acquisizione del controllo dell'insieme dei fattori produttivi di un'altra impresa dello stesso settore che generano un prodotto e un fatturato, con conseguente modificazione delle quote di mercato del prodotto facenti capo alle imprese interessate*”.

A giudizio del Tar, si tratta di concetti relativi che necessitano di una verifica fattuale sui contenuti dell'accordo, i beni ceduti e gli effetti sul mercato, in quanto “*se generalmente vi è alterazione delle quote di mercato e quindi concentrazione in relazione al passaggio da un'impresa a un'altra dello stesso settore di un intero complesso produttivo, si può determinare una concentrazione anche con l'acquisizione da altra impresa dello stesso settore di un semplice macchinario quando questo sia insostituibile e sottintenda l'uscita dal mercato del prodotto da parte della cedente o la riduzione della sua quota di mercato a favore dell'acquirente*”.

Disparità di trattamento

Nella sentenza n. 1671, del 20 marzo 2001, nel caso *Fornitura pezzi di ricambio caldaie a gas*, il Consiglio di Stato ha rigettato la censura relativa a una presunta disparità di trattamento per non aver l'Autorità ritenuto respon-

¹ Comunicazione della Commissione sulla nozione di concentrazione a norma del Regolamento CE n. 4064/89 del Consiglio relativo al controllo delle operazioni di concentrazione, in GUCE C 66/5 del 2 marzo 1998.

sabili della pratica concordata altre imprese. In particolare, il collegio ha statuito che le imprese ritenute responsabili dell'illecito e per questo sanzionate *“non hanno alcun interesse a dolersi della mancata condanna anche di altre imprese, perché dalla condanna di altri esse non conseguirebbero nessuna utilità, né di ordine morale, né di ordine economico e pratico”*. Inoltre, il Collegio ha chiarito che, essendo l'applicazione della sanzione a condotte anticoncorrenziali gravi un atto dovuto, non è deducibile alcuna disparità di trattamento e *“l'eventuale illegittimità posta in essere dall'amministrazione a vantaggio di altri soggetti, non può essere dedotta come vizio di disparità di trattamento in relazione a un provvedimento che incide legittimamente in maniera negativa nella sfera dei ricorrenti”*.

Quantificazione della sanzione

In ordine alla graduazione della sanzione, il Consiglio di Stato, nella citata sentenza *Fornitura pezzi di ricambio caldaie a gas*, ha chiarito taluni aspetti di rilievo. Tra essi, è stato precisato che le sanzioni per illeciti antitrust si applicano individualmente e per intero a ciascuna impresa responsabile, in relazione alle condizioni soggettive e oggettive di ognuna di esse, statuendo che un maggior numero di imprese coinvolte, lungi da essere elemento utile a ridurre l'importo delle sanzioni, *“potrebbe essere indice di maggiore gravità dell'illecito, dunque parametro per l'applicazione di una pena pecuniaria più elevata”*.

Il Collegio ha inoltre statuito che l'Autorità ha un potere discrezionale nella graduazione della sanzione tra il minimo e il massimo edittale, soggetto al sindacato del giudice amministrativo, che ha anche il potere di modificare la sanzione (ex articolo 23, legge n. 689/1981), per violazione di legge, illogicità, travisamento dei fatti e iniquità. Il Consiglio di Stato ha altresì circoscritto il rilievo della comparazione delle sanzioni comminate in altri procedimenti aventi a oggetto illeciti anticoncorrenziali diversi, in settori merceologici differenti.

Il Consiglio di Stato, nelle già citate sentenze *Vendomusica* e *Fornitura pezzi di ricambio caldaie a gas*, e il Tar del Lazio nella citata sentenza *Coca Cola*, si sono pronunciati anche in merito ai criteri da utilizzare per la quantificazione della sanzione, con particolare riguardo alla valutazione dell'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze dell'infrazione (ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 689/81). Al riguardo, il Consiglio di Stato ha avallato il rilievo dato dall'Autorità al *“ravvedimento operoso”* attuato in concreto dalle imprese nel corso del procedimento, in particolare prima della contestazione delle risultanze istruttorie, come elemento di cui tener conto in sede di quantificazione della sanzione.

Simmetricamente, il Tar del Lazio ha affermato il principio in base al quale, al fine della valutazione della gravità dell'infrazione e quindi della graduazione della sanzione, *“altro è rimuovere la condotta contestata a seguito della comunicazione della sua illiceità, acquisita mediante l'atto di apertura dell'istruttoria, altro è manifestare la disponibilità a rivedere una pratica commerciale ille-*

cita". In questo senso, la mera manifestazione di disponibilità a cessare le condotte ritenute illecite dall'Autorità, senza porre in atto, concretamente, "*alcun comportamento di tal segno*", si configura, a giudizio del Tar del Lazio, come "*una manifestazione di buone intenzioni priva di effetti pratici e giuridici*".

Nella sentenza n. 297, del 18 gennaio 2001, *Accordi per la fornitura di carburanti*, il Tar del Lazio, in relazione alla sussistenza dell'elemento psicologico a fini sanzionatori, ha accolto il consolidato orientamento comunitario secondo cui è sufficiente che l'impresa "*non potesse ignorare che il comportamento incriminato aveva a oggetto o per effetto la restrizione della concorrenza*".

Nella stessa sentenza, il Tar del Lazio ha ritenuto rilevanti ai fini della valutazione della gravità delle infrazioni i criteri adottati dalla Commissione nel documento recante "Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2, del Regolamento n. 17 e dell'articolo 65, paragrafo 5, del Trattato CECA"².

Con riguardo al fatturato da prendere a base del calcolo delle sanzioni, il Consiglio di Stato nella citata sentenza resa nel caso *Fornitura pezzi di ricambio caldaie a gas* ha confermato che l'articolo 15 della legge n. 287/90, laddove indica il fatturato realizzato nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, fa riferimento a "*l'ultimo anno finanziario, a prescindere dalla intervenuta approvazione o meno del bilancio, in quanto scopo della norma è di commisurare la sanzione alla situazione economica attuale dell'impresa*" (cfr. anche la citata sentenza del Consiglio di Stato nel caso *Vendomusica*). Il Collegio ha altresì ritenuto legittimo il calcolo della sanzione sull'intero fatturato relativo alla vendita delle caldaie (e non delle sole caldaie di sostituzione) dal momento che lo scopo dell'intesa era quello di colludere in quel mercato.

Prescrizione della sanzione

Nella citata sentenza *Accordi per la fornitura di carburanti*, il Tar del Lazio ha chiarito che in relazione a illeciti di natura permanente, nel caso di specie, una complessa intesa anticoncorrenziale, protrattasi dal febbraio 1994 sino all'apertura dell'istruttoria, non può essere invocato il termine di quinquennale di prescrizione di cui all'articolo 28, legge n. 689/81.

Profili procedurali

Applicabilità degli articoli 81 e 82 del Trattato CE

Nella citata sentenza *Accordi per la fornitura di carburanti*, il Tar del Lazio ha dichiarato l'inammissibilità della censura fondata sull'asserita appli-

² Comunicazione della Commissione sugli orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2 del Regolamento n. 17 e dell'articolo 65, paragrafo 5 del Trattato CECA, in GUCE C 9/3 del 14 gennaio 1998.

cabilità al caso di specie dell'articolo 81 del Trattato CE in luogo dell'articolo 2, legge n. 287/90, oltre che per la sua genericità, non avendo le ricorrenti indicato quali sarebbero state le *“conseguenze concrete che l'applicazione della normativa CE avrebbe avuto sulla determinazione impugnata”*, anche *“per difetto di interesse proprio in relazione all'invocato potere di disapplicazione degli atti normativi interni”*, osservando il Tar del Lazio che l'invocata *“applicazione diretta dell'articolo 81 CE avrebbe autorizzato l'Autorità a ignorare proprio quelle norme interne su cui le ricorrenti fondano una parte consistente delle loro doglianze, con evidente pregiudizio delle loro ragioni”*.

Decadenza dai poteri dell'Autorità di accertamento delle intese

Nella citata sentenza *Accordi per la fornitura di carburanti*, il Tar del Lazio, riprendendo una sua precedente pronuncia, ha chiarito che l'articolo 13 della legge n. 287/90 configura un procedimento, a istanza di parte, *“destinato a offrire alle imprese, mediante decadenza posta a carico dell'Autorità che non avvia l'istruttoria nel termine prescritto, il dato obiettivo e certo della liceità dell'intesa comunicata sotto il profilo delle regole di libera concorrenza”*. Pertanto, sia all'Autorità sia alle imprese incombono specifici oneri di diligenza. In particolare, con riguardo alle imprese, a esse incombe *“l'onere di rendere esplicito l'intento di avvalersi della facoltà di cui all'articolo 13 in questione avviando il relativo procedimento, che si traduce nella necessità di una comunicazione spontanea dell'intesa, diretta in modo non equivoco a provocarne la valutazione di conformità alle norme di libera concorrenza”*.

Diritto di accesso ai documenti

Una serie di pronunce del Tar del Lazio e del Consiglio di Stato hanno contribuito a definire l'oggetto del diritto di accesso, i parametri di valutazione delle istanze e i limiti all'esercizio del diritto.

Il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 191, del 22 gennaio 2001, *Agnesi*, ha in particolare evidenziato che oggetto del diritto di accesso sono i *“documenti amministrativi”*, ossia gli atti formati dalla pubblica amministrazione, nonché gli atti provenienti da soggetti privati, equiparati ai documenti amministrativi *“solo se e in quanto utilizzati ai fini dell'attività amministrativa, ovvero sia allorché, indipendentemente dalla caratterizzazione soggettiva, abbiano avuto un'incidenza nelle determinazioni amministrative”*.

Quanto ai parametri di valutazione delle istanze di accesso, come chiarito dal Tar del Lazio nella sentenza n. 7089, del 12-13 luglio 2000, *Medusa S.p.A.*, questi vanno ricercati, secondo quanto previsto dall'articolo 23 della legge n. 241/90 modificato dalla legge n. 265/99, *“non nella normativa generale, ma nelle disposizioni che regolano la materia nell'ambito dei procedimenti di competenza dell'Autorità”*. La principale conseguenza di tale innovazione normativa consiste nella funzionalizzazione dell'accesso all'esercizio del diritto di difesa. Ne deriva che possono essere oggetto di accesso,

come statuito dal Tar del Lazio, nella sentenza n. 2281, del 9 febbraio 2000, *Fondazione Vincenzo Agnesi S.p.A.*, solo i documenti che “*effettivamente siano rilevanti ai fini della decisione dell’Autorità e che per tale ragione sono necessari per assicurare la difesa dell’impresa o - comunque - per sindacare e valutare la decisione dell’Autorità*”.

In applicazione di tale principio, nella misura in cui risultino funzionali all’esercizio del diritto di difesa, possono essere oggetto di accesso anche i documenti raccolti nell’ambito di indagini conoscitive (in linea di principio a questo sottratti, secondo quanto previsto dall’articolo 17, comma 5, ult. p., decreto del Presidente della Repubblica n. 217/98). Deve peraltro trattarsi, come specificato dal Tar del Lazio nella sentenza n. 7089, del 12-13 luglio 2000, *Medusa S.p.A.*, di “*specifici documenti appartenenti all’indagine conoscitiva ma indicati nella delibera di apertura dell’istruttoria quale suo presupposto o nei documenti a sua volta richiamati dai primi*”, ovvero documenti che, seppure non confluiti nell’istruttoria, siano tali da chiarire la posizione delle parti nell’istruttoria stessa “*secondo le motivate indicazioni dell’istante*”.

Il Consiglio di Stato, inoltre, nella sentenza n. 652, del 12 febbraio 2001, *Vendomusica*, ha affermato che la riconduzione dell’esercizio del diritto di accesso nell’ambito dell’ordinamento della concorrenza comporta, inoltre, la “*necessità di bilanciare due interessi contrapposti: l’interesse alla tutela delle informazioni riservate, acquisite in funzione dell’interesse pubblico volto alla cessazione dei comportamenti anticoncorrenziali e i diritti di difesa delle parti*”. Tale potere di valutazione, come statuito nella sentenza del Tar del Lazio, n. 12144, del 15 dicembre 2000, *Sotei S.p.A.*, è demandato (in base agli articoli 12, 13, 17 del decreto del Presidente della Repubblica n. 217/98) all’Autorità garante della concorrenza e del mercato e soggetto alla verifica giudiziale di ragionevolezza e logicità.

In linea con gli orientamenti comunitari, il diritto di accesso nei procedimenti di concorrenza viene, dunque, ricostruito dal Consiglio di Stato, nella citata sentenza *Vendomusica*, “*come esplicazione del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio*” (cfr. anche la sentenza del Consiglio di Stato n. 1671, del 20 marzo 2001, nel caso *Fornitura pezzi di ricambio caldaie a gas*). In quest’ottica, è necessario mettere a disposizione delle parti le informazioni su cui si fonda la contestazione di infrazione consentendo “*l’accesso al fascicolo tramite un elenco di tutti i documenti che lo compongono, nel quale comunque potranno essere indicati anche i documenti inaccessibili, in tutto o in parte, perché contenenti segreti industriali o commerciali, note interne, o informazioni riservate o confidenziali*”. L’individuazione delle parti da segretare deve essere strettamente limitata alle “*parti sensibili del documento*” e costituisce l’esito di “*un giudizio comparativo di bilanciamento di confliggenti interessi, all’esito del quale deve comunque essere assicurata alle imprese (...) l’effettiva conoscenza degli elementi di prova dell’infrazione o degli elementi essenziali per la difesa*”. Il Consiglio di Stato ha, inoltre, chiarito che, conformemente alla giurisprudenza comunitaria, l’eventuale utilizzo di docu-

menti “a carico” non comunicati a “un’impresa indagata”, “lungi dall’avere per effetto l’annullamento di tutta la decisione, avrebbe importanza soltanto qualora il relativo addebito (...) potesse essere provato unicamente con riferimento a tali documenti”.

Sul soggetto che richiede l’accesso, come ribadito dal Tar del Lazio nella citata sentenza *Sotei S.p.A.*, grava l’onere di motivare la necessità di accedere a un determinato documento o all’intero fascicolo ai fini dell’esercizio del diritto di difesa, motivazione da svolgere sulla base di “argomentazioni specifiche”. Questo aspetto è stato ulteriormente chiarito dalla sentenza n. 1671, del 20 marzo 2001, nel caso *Fornitura pezzi di ricambio caldaie a gas*, nella quale il Consiglio di Stato ha statuito che, a fronte dell’obbligo di motivazione delle richieste di accesso previsto dall’articolo 25, legge n. 241/1990, è “legittimo il diniego di accesso opposto dall’Autorità a fronte di istanze non motivate” in maniera specifica.

Sotto un altro specifico profilo, dalla sentenza del Tar del Lazio n. 11485, del 24 ottobre 2000, *Coca Cola*, emerge inoltre che non si potrebbe ritenere violato il diritto di difesa per diniego di accesso ai nominativi di eventuali denunciati, dal momento che la garanzia della riservatezza dell’identità personale dei soggetti che forniscono informazioni all’Autorità è da ritenersi pacifica e prevalente. E, invero, la normativa in materia di concorrenza “tutela il diritto alla riservatezza delle persone che forniscono all’Autorità informazioni nel corso dell’istruttoria (articolo 13, comma 6, decreto del Presidente della Repubblica n. 217/98)”.

Il giudice amministrativo, nella citata sentenza *Sotei S.p.A.* ha infine chiarito che “il termine di trenta giorni stabilito (...) [dall’articolo 25, comma 4, della legge n. 241/90] attiene alla legittimazione processuale consentendo all’interessato di adire il giudice per la declaratoria dell’illegittimità del silenzio-rifiuto, senza precludere all’amministrazione di provvedere in modo espresso sull’istanza”.

Limiti all’applicabilità della legge n. 689/81

Nella citata sentenza *Accordi per la fornitura di carburanti*, il Consiglio di Stato ha ribadito il principio secondo il quale il procedimento di accertamento delle infrazioni disciplinato dalla legge n. 287/90 “costituisce normativa speciale, e perciò derogatoria rispetto alla normativa generale [di cui alla legge n. 689/81], richiamata in quanto applicabile (articolo 31)”, con la conseguente inapplicabilità del termine di 90 giorni per la contestazione dell’infrazione di cui all’articolo 14 della legge n. 689/81³.

³ Cfr. Relazione annuale sull’attività svolta al 31 marzo 2000, pag. 254.