

2. SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI

Principali sviluppi giurisprudenziali in materia di concorrenza

Nell'ultimo anno (1° aprile 2005-31 marzo 2006) sono state pubblicate le motivazioni di numerose pronunce del Tribunale Amministrativo Regionale (Tar) del Lazio, Sezione I, e del Consiglio di Stato, Sezione VI, rese in sede di impugnazione dei provvedimenti adottati dall'Autorità in materia di concorrenza (si vedano le tabelle di sintesi in calce), dalle quali emergono rilevanti principi su profili sia sostanziali che procedurali. Nel periodo in considerazione si segnala, inoltre, un'importante pronuncia delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione (sentenza n. 8882 del 29 aprile 2005) la quale ha rigettato i ricorsi proposti da varie compagnie assicurative avverso la sentenza del 23 aprile 2002, n. 2199, con cui il Consiglio di Stato aveva in larga misura confermato la legittimità del provvedimento dell'Autorità nel caso *RC Auto*.

PROFILI SOSTANZIALI

Rilevanza costituzionale della disciplina antitrust, natura dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e competenze in materia antitrust

Il Consiglio di Stato, nella decisione n. 1397/2006 resa sul caso *Test diagnostici per diabetici*, ha sottolineato la “centralità della disciplina concorrenziale nel sistema costituzionale”, sottolineando che la funzione dell'Autorità “è per l'appunto quella di garantire la libera concorrenza e il corretto funzionamento del mercato, considerati valori riconducibili ai principi sanciti dall'art. 41 della Costituzione”.

Il Tar Lazio, nella sentenza n. 1713/2006, caso *Merck-Principi attivi*, ha ribadito che essa “è l'istituzione nazionale cui è affidato il compito di perseguire l'interesse pubblico alla tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica, con l'incarico, espressamente attribuito dall'articolo 54 della legge n. 52/1996, di applicare, a livello nazionale, gli artt. 81 e 82 CE”, richiamando la precedente giurisprudenza del Consiglio di Stato. Peraltro, il Tar ha sottolineato che lo stesso regolamento CE n. 1/2003 ha potenziato e accresciuto il ruolo dell'Autorità quale istituzione nazionale che applica nell'interesse pubblico, in via decentrata, il diritto comunitario della concorrenza. Nella stessa decisione è stata chiarita la distinzione tra il cosiddetto *private enforcement* del diritto antitrust, ossia la tutela dei diritti soggettivi dei singoli eventual-

mente lesi dalla violazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE, la cui competenza è attribuita alla Corte d'Appello, e il cosiddetto *public enforcement* “finalizzato alla garanzia di un assetto concorrenziale del mercato, che, per costante giurisprudenza, costituisce un interesse pubblico la cui tutela ha rilevanza costituzionale”, che è attribuito all'Autorità, quale autorità amministrativa indipendente.

Con riguardo alla competenza dell'Autorità ad applicare le norme antitrust, il Consiglio di Stato nella decisione n. 1271/2006, relativa al caso *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, ha confermato che, anche successivamente all'entrata in vigore del codice delle comunicazioni elettroniche del 2003, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato mantiene una competenza generale in materia antitrust, incluso il settore delle telecomunicazioni, mentre l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni opera come autorità di regolamentazione. Essa esprime un parere, obbligatorio ma non vincolante, relativamente ai provvedimenti antitrust che riguardino imprese operanti nel settore delle comunicazioni, dalle cui risultanze l'Autorità può discostarsi con adeguata motivazione. I loro rapporti sono informati a un principio di leale collaborazione.

Ambito e limiti del sindacato giurisdizionale

Nella citata pronuncia relativa al caso *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, il Consiglio di Stato ha ribadito l'ormai consolidato orientamento secondo cui l'Autorità, nell'adottare i propri provvedimenti, pone in essere un'operazione di “contestualizzazione” delle norme, frutto di una valutazione giuridica complessa che adatta concetti giuridici indeterminati al caso specifico e che è oggetto di “un sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo, che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio”. Il giudice “deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'AGCM sia immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le norme giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate”, senza sostituirsi all'Autorità laddove residuino margini di opinabilità in relazione a concetti indeterminati.

Il Consiglio di Stato nella sentenza n. 1397/2006, resa sul caso *Test diagnostici per diabetici*, ha sottolineato l'effettività della tutela giurisdizionale relativamente ai provvedimenti dell'Autorità con il limite attinente “alla possibilità (esclusa) di esercitare un controllo di tipo sostitutivo sulle valutazioni tecniche opinabili, spinto fino a sovrapporre la valutazione tecnica opinabile del medesimo giudice a quella dell'amministrazione” (in senso conforme anche Tar Lazio, sentenza n. 1898/2006, nel caso *Cassa depositi e prestiti/Terna-GRN*).

Con riguardo alle valutazioni tecniche effettuate dall'Autorità circa la definizione del mercato rilevante, il Tar Lazio, nella sentenza n. 12835/2005, sul caso *Mercato del calcestruzzo*, ha confermato il noto indirizzo secondo il quale il potere giudiziario non dispone di un “completo potere sostitutivo” nei confronti dell'Autorità. Le valutazioni che nei singoli procedimenti con-

ducono all'individuazione del mercato rilevante “*non sono, pertanto, sindacabili nel loro merito intrinseco dal Giudice amministrativo, cui non è consentito sostituire le proprie valutazioni a quelle riservate all'Autorità (dando del 'mercato rilevante' una propria definizione), ma unicamente verificare se l'operato della medesima sia immune da vizi logici o di ragionevolezza, da difetti di istruttoria o di motivazione*”. In linea con tale orientamento, il Tar Lazio, nella sentenza sul caso *Merck-Principi attivi*, ha ribadito che il giudice amministrativo non può sostituire le proprie valutazioni sulla definizione del mercato rilevante a quelle dell'Autorità, ma può solo verificarne la correttezza, con riferimento in particolare “*all'osservanza delle norme tecniche, di quelle procedurali, dell'obbligo di motivazione, all'esattezza materiale dei fatti, all'insussistenza di errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere*”.

Nozione di impresa e associazione di imprese

Il Consiglio di Stato, con la decisione n. 3408/2005, resa nel caso *Guardia di Finanza/Federazione italiana agenti immobiliari professionali (FIAIP)*, ha ribadito il noto orientamento secondo il quale, ai fini dell'applicazione della disciplina della concorrenza, la nozione di impresa è più ampia di quella civilistica, poiché essa, alla luce del principio comunitario dell'effetto utile, comprende “*qualsiasi attività di natura economica tale da poter ridurre, anche solamente in potenza, la concorrenza nel mercato*”; di conseguenza, “*possono essere considerate imprese tutti i soggetti, comunque strutturati e organizzati, che compiano atti a contenuto economico idonei a restringere la concorrenza*”.

Con particolare riferimento a un'associazione della quale facevano parte o potevano far parte anche soggetti che non svolgevano attività di impresa, il Consiglio di Stato nella medesima pronuncia ha ritenuto decisiva la circostanza che l'attività svolta dall'associazione fosse “*statutariamente e istituzionalmente diretta ad agevolare, tutelare ed organizzare corporativamente proprio l'attività imprenditoriale svolta da gran parte dei suoi aderenti*”.

Accertamento e prova delle intese

Nozione di intesa

Con riguardo alla nozione di intesa, il Consiglio di Stato, nella decisione n. 548/2006 (ricorso *Q 8 Quaser s.r.l.*) ha confermato il consolidato indirizzo secondo cui la nozione di intesa “*è oggettiva e tipicamente comportamentale anziché formale, avente al centro l'effettività del contenuto anticoncorrenziale ovvero l'effettività di un atteggiamento comunque realizzato che tende a sostituire la competizione che la concorrenza comporta con una collaborazione pratica*”. In linea con questo orientamento, il Tar Lazio, nella sentenza n. 4395/2005, relativa al caso *Mercato del calcestruzzo preconfezionato di Olbia*, ha ribadito che il diritto della concorrenza ha recepito una nozione comportamentale e funzionale di intesa, che non richiede che il relativo accor-

do debba essere rappresentato da un vero e proprio contratto giuridicamente valido secondo i canoni civilistici, né richiede alcuna forma particolare di consenso, né l' idoneità a generare uno specifico vincolo giuridicamente rilevante tra le parti, essendo *“sufficiente, invece, che le imprese interessate abbiano manifestato in qualsiasi forma, anche tacita, una convergente volontà di operare sul mercato con determinate modalità, limitando reciprocamente le loro politiche commerciali”*.

In linea con tale orientamento, volto ad accogliere una nozione di intesa ampia e non formalistica, il Tar Lazio, nella sentenza n. 12726/2005, resa nel caso *Lottomatica/Sisal*, ha confermato il principio dell' irrilevanza, ai fini della determinazione di responsabilità, *“della precisa qualificazione del contegno anticoncorrenziale in termini di accordo o di pratica concordata, essendo semmai determinante distinguere tra forme di collusione che ricadono nei divieti antitrust e semplici comportamenti paralleli privi di elementi di concertazione”* (in senso conforme si veda anche la sentenza del Tar Lazio n. 6546/2005, relativa al caso *Anfima-Impress-Cavioni-Fustitalia-Falco-Limea Fisma*).

Ancora, il Consiglio di Stato, nella pronuncia relativa al ricorso *Q 8 Quaser s.r.l.*, nel delineare la distinzione tra la fattispecie della pratica concordata e quella dell' accordo, ha ripreso un consolidato orientamento giurisprudenziale comunitario e nazionale, secondo cui *“mentre la fattispecie dell' accordo ricorre quando le imprese hanno espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo, la pratica concordata corrisponde ad una forma di coordinamento che, senza essere spinta fino all' attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza”*. Nella medesima pronuncia, il Consiglio di Stato ha chiarito che il concetto di pratica concordata, per lo più, *“si riferisce a condotte di più soggetti e che si ripetono costanti nel tempo, e implica dunque che: vi siano comportamenti di più imprese; detti comportamenti si ripetano costantemente nel tempo, e non siano meramente episodici; detti comportamenti siano, per le varie imprese, uniformi e paralleli, quanto meno nella impostazione di fondo; detti comportamenti appaiano il frutto non di iniziative unilaterali, ma di una concertazione; gli stessi siano insuscettibili di una spiegazione alternativa rispetto allo scopo anticoncorrenziale”*. Tuttavia, il Consiglio di Stato, nel ricorso *Q8 Quaser s.r.l.*, conformandosi a un orientamento precedente, ha chiarito che non è di ostacolo alla configurazione di una pratica concordata la carenza del requisito della ripetizione delle condotte nel tempo, laddove il coordinamento tra le imprese abbia avuto luogo in relazione a un episodio unico, cui i comportamenti erano finalizzati. In particolare, il Consiglio di Stato ha precisato che *“la ripetizione va valutata avuto riguardo ai comportamenti omogenei di una pluralità di imprese, e assume rilievo anche il comportamento singolo di una impresa, che tuttavia si inserisca nell' ambito di una pluralità di comportamenti omogenei di altre imprese”*. Pertanto, secondo il giudice amministrativo, ciò che rileva è che il comportamento anticoncorrenziale dell' impresa singola, ancorché unico, sia rispondente a uno schema di comportamento standard, ripetuto costantemente anche da altre imprese. Per la singola impresa deve darsi rilievo non solo all' unicità o

pluralità di azioni anticoncorrenziali, ma all'inserimento dell'azione o delle azioni in un programma complessivo concertato con altri soggetti.

Circa l'ammissibilità degli accordi di cooperazione orizzontale, il Tar Lazio, nel caso *Lottomatica/Sisal*, ha precisato che, nonostante la riconosciuta liceità di tali accordi, *“non è tuttavia consentito distorcere tali moduli per il conseguimento di finalità vietate, stante la facile verifica di strumentalizzazioni dirette ad occultare accordi, tra concorrenti attuali o potenziali, volti alla ripartizione del mercato, a conseguire l'innalzamento delle tariffe, ovvero ancora ad escludere competitori dai mercati, il tutto a danno dei consumatori”*.

Nella sentenza n. 3572/2005, *Emilcarta/Agrifood Machinery*, il Tar Lazio ha confermato l'orientamento secondo il quale *“la tipicità di un contratto non esclude in senso assoluto la sua possibile illiceità dal punto di vista della disciplina antitrust, dovendo a tal fine essere verificato, in pratica, se lo schema tipico sia eventualmente stato utilizzato, nel singolo caso, per fini anticoncorrenziali, o se comunque esso presenti un contenuto lesivo della concorrenza”*.

Elementi di prova dell'intesa e inversione dell'onere

Nella sentenza resa nel caso *Test diagnostici per diabete*, il Consiglio di Stato ha avuto modo di ribadire i consolidati principi in materia di prova delle intese, partendo dalla considerazione che *“la prova della sussistenza di un'intesa va valutata non secondo un'accezione rigorosa incompatibile con l'effetto utile del diritto europeo antitrust, ma in funzione di elementi indiziari se univoci e concordanti”* (in senso conforme si veda anche la sentenza del Tar Lazio nel caso *Lottomatica/Sisal*). Inoltre, è stata ripresa la dicotomia tra elementi di prova endogeni ed esogeni: i primi *“collegati alla stranezza intrinseca della condotta, ovvero alla mancanza di spiegazioni alternative nel senso che, in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o almeno plausibilmente diverso da quello in pratica riscontrato”*; mentre la seconda tipologia di elementi concerne i rapporti esterni circa l'intervento di un'intesa illecita e riguarda la *“prova di contatti tra le imprese e, soprattutto, di scambi di informazioni se non di veri e propri concordamenti, non altrimenti spiegabili in un contesto di sano confronto concorrenziale e, quindi, sintomatici di un'intesa illecita”*. In tale contesto, il Consiglio di Stato ha, altresì, evidenziato che *“gli scambi di informazioni, soprattutto se sistematici, assumono una particolare gravità in caso di mercato oligopolistico, in quanto risultano idonei ad eliminare l'unico fattore che può spingere le imprese soddisfatte della quota di mercato raggiunta ad un ribasso dei prezzi, ossia il timore di una manovra competitiva sui prezzi da parte dei concorrenti e la conseguente necessità di prevenirla o contrastarla efficacemente”*. Il Collegio ha, infine, confermato il consolidato orientamento secondo il quale, in presenza degli elementi esogeni di prova dell'intesa, *“il parallelismo si colora di illiceità e viene spostata in capo alle imprese, con un'inversione dell'onere della prova altrimenti gravante sull'Autorità, la necessità di fornire una giusti-*

ficazione diversa dei contatti e delle informazioni, e, in particolare, di spiegare la razionalità economica delle condotte parallele in una prospettiva di autonome iniziative di impresa” (inversione dell’onere della prova). Questi principi sono stati espressi anche dal Tar Lazio nelle sentenze relative, rispettivamente, al caso *Mercato del calcestruzzo* e al caso *Anfima*.

In linea con tale orientamento, anche con riferimento all’accertamento della sussistenza della fattispecie della pratica concordata, il Consiglio di Stato, nel ricorso *Q 8 Quaser s.r.l.*, ha precisato che *“nella pratica concordata l’esistenza dell’elemento soggettivo della concertazione deve perciò desumersi in via indiziaria da elementi oggettivi, quali la durata, l’uniformità e il parallelismo dei comportamenti; l’esistenza di incontri tra le imprese; gli impegni, ancorché generici e apparentemente non univoci, di strategie e politiche comuni; i segnali e le informative reciproche; il successo pratico dei comportamenti, che non potrebbe derivare da iniziative unilaterali, ma solo da condotte concertate”*. Circa l’onere probatorio in materia di pratiche concordate, il Consiglio di Stato ha chiarito che *“in presenza di un sistematico scambio di informazioni tra imprese, in relazione alle quali vi sono ragionevoli indizi di una pratica concordata anticoncorrenziale, grava sulle imprese indagate l’onere probatorio di una diversa spiegazione lecita delle loro condotte”*.

Nella decisione *Q8 Quaser s.r.l.*, con riguardo alla prova dell’imputazione dell’illecito antitrust, il Consiglio di Stato ha richiamato la giurisprudenza comunitaria secondo cui il requisito di reciprocità, presupposto per la nozione di pratica concordata, è soddisfatto quando *“la divulgazione, effettuata da un concorrente a un altro delle intenzioni o della condotta futura del primo sul mercato sia stata richiesta o, quanto meno, accettata dal secondo”*. Infatti, secondo l’orientamento comunitario, a cui il Consiglio di Stato si è conformato, *“per dimostrare l’esistenza di una pratica concordata non è quindi necessario provare che un operatore economico si sia formalmente impegnato, nei confronti di uno o più terzi, ad adottare una qualsiasi condotta o che i concorrenti abbiano stabilito d’accordo il loro comportamento futuro sul mercato; è sufficiente che, mediante la sua dichiarazione di intenti, l’operatore economico abbia eliminato o quanto meno sostanzialmente ridotto l’incertezza relativa al comportamento che si può ipotizzare che esso tenga sul mercato”*.

Infine, il Consiglio di Stato, sempre nella decisione relativa al ricorso *Q 8 Quaser s.r.l.*, ha ribadito l’ormai consolidato principio dell’utilizzabilità di documenti provenienti da terzi *“purché il contenuto degli stessi sia attendibile per quanto si riferisce al comportamento stesso”*; nella stessa sentenza è stato altresì ribadito che *“sono riferibili alle imprese anche documenti redatti da soggetti privi del potere di rappresentanza”*. Anche nel caso *Mercato del calcestruzzo*, il Tar Lazio si è espresso nel senso dell’utilizzabilità, a carico di un’impresa, di documenti rinvenuti presso terzi, rispetto ai quali la stessa non sia autrice né destinataria. Peraltro, nella stessa decisione il Tar ha anche affermato l’irrelevanza del ruolo svolto all’interno dell’impresa dai soggetti che hanno materialmente posto in essere i comportamenti vietati, *“essendo la condotta del singolo dipendente, accompagnata dal comportamento della società, sufficiente a rendere riferibili gli impegni assunti o gli atti rinvenuti*

alla società stessa". Il Tar Lazio, nella sentenza *Mercato del calcestruzzo preconfezionato di Olbia*, ha ribadito che "gli elementi raccolti possono spiegare una rilevanza probatoria anche nei confronti di società diverse da quelle presso le quali sono stati materialmente reperiti, o alle quali sono formalmente attribuibili" ed essi "possono e debbono essere valutati come complesso unitario di risultanze ascrivibili indistintamente a tutte le imprese implicate, collettivamente considerate".

Il Tar Lazio, nel caso *Lottomatica/Sisal*, inoltre, ha affermato che "non potendosi pretendere che l'accertamento si fondi su accordi espressi e formali ovvero su un atteggiamento confessorio dei protagonisti, pena la vanificazione pratica delle finalità perseguite dalla normativa antitrust, va prestata attenzione ad elementi definiti sintomatici, all'apparenza di minor rilievo, quali appunto incontri, dichiarazioni, ammissioni, manifestazioni di intenti, scambi periodici di informazioni". Il Tar Lazio ha, pertanto, chiarito che "tali indizi possono certamente consistere anche in documenti formati e detenuti da terzi soggetti, estranei all'illecito, e in comunicazioni e note interne dell'impresa". Inoltre, il Tar Lazio, conformandosi all'orientamento giurisprudenziale precedente, ha affermato che "salvo che non sussistano espressi e specifici divieti, qualsiasi elemento documentale può essere acquisito agli atti del giudizio, costituire oggetto di libera valutazione ai fini della piena ricostruzione dei fatti e dell'accertamento della verità, e concretarsi, pertanto, in materiale indiziario o probatorio ordinariamente e fisiologicamente utilizzabile (sempreché acquisito legalmente)". La valutazione dell'eventuale sussistenza dell'intesa deve essere condotta attraverso "un apprezzamento organico della valenza propria del complesso indiziario raccolto".

Peraltro, con riguardo alla valutazione degli elementi di prova e in particolare alla documentazione anonima, il Tar Lazio, nel caso *Mercato del calcestruzzo*, ha evidenziato che nell'ambito del diritto della concorrenza vale la regola dell'ampia libertà di forma dei mezzi probatori e che, pertanto, l'unico criterio pertinente per la valutazione delle prove prodotte risiede nella loro credibilità "con la conseguenza che, se l'affidabilità di un documento è necessariamente ridotta dal fatto che le circostanze della sua formazione siano in larga parte sconosciute, ciò non toglie che ove le informazioni specifiche in esso contenute corrispondano a quelle contenute in altri documenti l'uno e gli altri si possono rafforzare reciprocamente".

Oggetto o effetto delle intese

Nel periodo considerato, il Tar Lazio, nella sentenza resa nel caso *Mercato del calcestruzzo*, 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 della legge n. 287/90, per il quale sono vietate le intese che hanno per "oggetto o per effetto" una restrizione della concorrenza. In particolare, il Tar Lazio ha precisato che "tale divieto [...] si specifica nel precetto che, pur dovendosi tenere ferma la libertà di scelta da parte delle imprese, incluso il

diritto a reagire in maniera intelligente al comportamento, constatato o atteso, dei concorrenti, è sempre vietato ogni contatto, diretto o indiretto, tra gli operatori che abbia per oggetto o per effetto di influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente o di informare tale concorrente sulla condotta che l'impresa stessa ha deciso di porre in atto" (negli stessi termini, Tar Lazio, sentenza *Anfima*). In particolare, in quest'ultima sentenza il giudice amministrativo ha condiviso le conclusioni che hanno permesso all'Autorità di prescindere dall'accertamento degli effetti anticoncorrenziali dell'intesa, in adesione al pacifico orientamento secondo cui nei casi di intese su prezzi obiettivo *"non occorre dimostrare che tali prezzi siano stati effettivamente applicati, in quanto l'attuazione degli accordi può semplicemente sostanzarsi nel compimento di ogni sforzo possibile per raggiungere l'obiettivo"*.

Il Tar Lazio, con la sentenza n. 6088/2005, resa nel caso *IAMA*, in parziale difformità dalla precedente giurisprudenza, ha ritenuto che lo scambio di dati pubblici tra imprese concorrenti non integra, di per sé, gli estremi di un'intesa restrittiva della concorrenza; secondo il Tar, infatti, dal carattere pubblico dei dati oggetto di scambio discende *"l'esclusione della natura latu sensu 'sensibile' dei relativi dati e quindi l'impossibilità di reputare illecito l'oggetto della relativa intesa"*, non essendo ravvisabile per tale tipo di informazioni *"alcuna particolare incertezza, opacità o zona d'ombra che possa favorire la concorrenza e che per tale ragione debba essere salvaguardata"*.

Con riguardo all'individuazione della fattispecie della delibera associativa, il Consiglio di Stato, nella citata decisione resa nel caso *FIAIP*, ha affermato che *"ai fini dell'integrazione dell'intesa, è sufficiente che questa abbia potenzialità distorsiva, con la conseguenza che anche la plausibilità di una interpretazione distorsiva integra la fattispecie vietata in omaggio al principio comunitario di effetto utile e di tutela rafforzata del mercato"*. Sulla base di tale ragionamento, il Consiglio di Stato ha ritenuto che non avesse valenza scriminante l'intervento di una apposita circolare tesa a chiarire l'interpretazione anticoncorrenziale di una norma inserita in un codice deontologico, e non rimossa, atteso che la circolare non aveva la stessa veste formale e la medesima conoscibilità dell'atto interpretato, determinando quindi *"il permanere del rischio di un'applicazione del codice idonea a produrre effetti lesivi dei principi salvaguardati dalle norme antitrust"*.

Posizione dominante e abuso

Posizione dominante e speciale responsabilità

Il Consiglio di Stato, nella decisione relativa al caso *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, ha affermato che la nozione di posizione dominante, elaborata nell'ambito della disciplina antitrust, è utilizzabile anche per l'individuazione delle imprese con un significativo potere di mercato nel settore delle telecomunicazioni: *"secondo le linee direttive della Commissione europea (2002/C 165/03), la nozione di impresa con rilevante potere di mercato nel settore delle comunicazioni coincide con la nozione di impresa in posizio-*

ne dominante, e si individua con gli stessi parametri, attraverso una pluralità di elementi, che dette linee indicano a titolo esemplificativo". Nella medesima pronuncia, il Consiglio di Stato ha ribadito il noto orientamento comunitario secondo il quale *"sull'impresa in posizione dominante grava, indipendentemente dalle cause che hanno determinato tale posizione, la responsabilità particolare di non compromettere, con il proprio comportamento, lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune"*.

Abuso escludente

Nella citata pronuncia relativa al caso *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, il Consiglio di Stato ha statuito che costituisce un'illecita pratica di *price-squeeze*, contraria al diritto della concorrenza, la condotta dell'impresa in posizione dominante consistente nel praticare, nell'offerta dei servizi finali, condizioni di prezzo che siano sotto-costo (quindi non profittevoli per lo stesso *incumbent*) ovvero non replicabili dagli operatori alternativi, offrendo alle proprie divisioni commerciali prezzi di accesso ai servizi intermedi inferiori rispetto a quelli posti a base dell'Offerta di interconnessione di riferimento. L'impresa in posizione dominante è sempre tenuta, e non solo in via eventuale ed *ex post*, a formulare offerte che non siano sotto-costo regolatorio.

Nella medesima decisione il Consiglio di Stato ha ribadito che l'applicazione, nei contratti con la clientela, di: *i*) scontistica fidelizzante; *ii*) penalità e recesso unilaterale nei casi di non corrispondenza fra consuntivato e programmato; *iii*) clausole inglesi, integri gli estremi di un abuso escludente. Con riferimento agli sconti, è stato affermato che la concessione degli stessi da parte di un'impresa in posizione dominante rappresenti un abuso: *i*) sia ove condizionati a un obbligo di acquisto esclusivo; *ii*) sia dove incrementali, e cioè condizionati all'aumento progressivo dei consumi annui sviluppati dal cliente; *iii*) sia se legati a determinati quantitativi di acquisto ove questi non siano prefissati in maniera oggettiva ma in base alle stime della capacità di acquisto del cliente. Quanto alle penalità imposte in caso di non corrispondenza fra consumi programmati ed effettivi e alle clausole di recesso nell'eventualità di una riduzione dei volumi del cliente, esse parimenti sono abusive in quanto equivalgono negli effetti a una sanzione per il cambio di fornitore. Riguardo alle clausole di adeguamento alla migliore offerta (cosiddetta clausola inglese), il Consiglio di Stato ha richiamato la giurisprudenza comunitaria secondo cui *"il fatto che un'impresa in posizione dominante esiga od ottenga per contratto dai suoi clienti l'impegno a renderle note le offerte della concorrenza, mentre gli stessi clienti possono avere un evidente interesse commerciale a non comunicarle, è atto ad aggravare il carattere abusivo dello sfruttamento della posizione dominante; infine con il sistema della clausola inglese spetta [al fornitore] decidere se, allineando o no i propri prezzi, dare adito al gioco della concorrenza; esso può così diversificare, grazie agli elementi di informazione forniti [...] dai clienti la propria politica di mercato nei loro confronti e nei confronti dei concorrenti"*.

Abuso e countervailing power

Il Consiglio di Stato, nella citata pronuncia sul caso *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, ha statuito che “*la circostanza di fatto delle dimensioni della GCA [grande clientela affari] e del potere negoziale della stessa non attenua la responsabilità dell’incumbent, ma, semmai, la aggrava: maggiori sono le dimensioni dei clienti sottratti alla concorrenza, maggiore è il danno per la concorrenza medesima*”. E se pure certe clausole negoziali introdotte dall’impresa dominante nei rapporti con la clientela sono in astratto vantaggiose per quest’ultima e da questa, in ipotesi, volute (o addirittura imposte), ciò è influente al fine della sussistenza dell’abuso, al più si può affermare un concorso della clientela nell’abuso di impedimento dell’*incumbent*, “*sicché, il potere negoziale della clientela opera come ‘fattore concausale rafforzativo’ dell’abuso escludente, e non come ‘causa eliminativa’ dell’abuso medesimo*”.

Abuso e proprietà intellettuale

Con riguardo alla possibilità di riscontrare un abuso di posizione dominante nella condotta di un’impresa titolare di un diritto di proprietà intellettuale, il Tar Lazio, nel caso *Merck-Principi attivi*, ha precisato che “*la giurisprudenza comunitaria non ha mai affermato che l’esercizio dei diritti di privativa escluda la possibilità di configurare un abuso di posizione dominante, esonerando le imprese titolari dal rispetto delle regole della concorrenza*”. Inoltre, il Tar Lazio, ai fini dell’individuazione dell’abuso di posizione dominante in tale contesto, ha richiamato i principi enunciati dalla Corte di Giustizia (sentenza del 26 novembre 1998, C-7/97, *Oscar Bronner*) che stabiliscono il quadro generale di riferimento per il “*bilanciamento tra la protezione degli investimenti operati da un’impresa in posizione dominante e l’esigenza di non impedire lo sviluppo della concorrenza, attuale o potenziale, da parte di altri operatori*”. In particolare, il Tar ha indicato che “*il c.d. test Bronner può ritenersi superato: a) se il rifiuto [di licenza] è ingiustificato; b) se esso riguarda una risorsa non duplicabile per un’impresa efficiente; c) se la risorsa è essenziale per competere e, dunque, il rifiuto, è idoneo ad eliminare la concorrenza*”. Il Tar ha precisato che, al di fuori del mercato in cui opera la protezione della privativa, “*l’Autorità deve poter valutare l’esercizio di un potere, non più giuridico, ma di fatto, da parte del titolare del diritto di proprietà intellettuale che può, attraverso la negazione della risorsa, impedire lo sviluppo della concorrenza e danneggiare i consumatori*”.

Controllo delle concentrazioni

Nozione di controllo nelle concentrazioni

Con la sentenza n. 3572/2005, resa nel caso *Emilcarta/Agrifood Machinery*, il Tar Lazio si è soffermato ancora una volta sulla nozione di controllo. Il Tar, in particolare, ha ribadito il consolidato principio in base a cui la nozione di controllo che presiede agli specifici fini della disciplina antitrust è auto-

ma e ben più ampia rispetto all'omologa nozione fornita dal codice civile. Il Tar ha evidenziato che l'esistenza di una relazione contrattuale adeguatamente connotata è sufficiente a fondare l'esistenza di un rapporto di controllo, anche in assenza di legami strutturali fra le imprese. Quanto alla tipologia di contratto, la cui esistenza può valere a configurare una situazione di controllo, il giudice ha evidenziato che la *“normale attitudine del tipo contrattuale [contratto di sub-fornitura] a soddisfare le fisiologiche esigenze imprenditoriali non poteva impedire all'Autorità di prendere atto che nel caso concreto il relativo rapporto, valutato alla luce dei suoi contenuti, delle relazioni correnti inter partes e della situazione di mercato, era idoneo a denunciare la presenza di un corrispondente legame di controllo”*. In tale contesto, il Tar ha ribadito che *“uno degli indicatori più eloquenti dell'idoneità di un vincolo contrattuale a produrre in concreto effetti equivalenti all'influenza dominante permessa dal controllo azionario è costituito dalla riserva all'una società del potere di designare gli amministratori dell'altra”*.

Valutazione delle concentrazioni

Nella sentenza resa nel caso *Cassa depositi e prestiti/Terna-GRTN*, il Tar Lazio ha precisato che la valutazione di un'operazione di concentrazione *“postula un'analisi prospettica che deve avere ad oggetto la considerazione di un lungo lasso di tempo nel futuro, sicché la qualità degli elementi di prova adottati a sostegno dell'incompatibilità dell'operazione con il diritto della concorrenza assume particolare rilevanza”*. In particolare, questa valutazione *“non si esaurisce nella presa d'atto dei fatti avvenuti e delle immediate conseguenze di essi, ma implica una valutazione in chiave prospettica di elementi potenziali, tra i quali devono essere ricomprese anche le opportunità per comportamenti anti-competitivi ed anticoncorrenziali, che potranno essere posti in essere dall'impresa che si è concentrata, opportunità rese economicamente razionali dalle modifiche strutturali intervenute sul mercato per effetto dell'operazione”*.

Misure correttive

Nella citata sentenza *Cassa depositi e prestiti/Terna-GRTN*, il Tar Lazio ha confermato la legittimità della prescrizione di misure sia comportamentali (transitorie), sia strutturali (definitive), sottolineando che il principio di proporzionalità a cui deve attenersi l'Autorità *“richiede che i provvedimenti che incidano sulle situazioni soggettive degli interessati siano proporzionati ed adeguati alla situazione cui intendono porre rimedio, in modo da non imporre misure eccedenti e che, tra le varie possibili alternative, sia sempre imposta la misura meno restrittiva e meno invasiva”*. Ciò implica *“non soltanto la dimostrazione dell'idoneità della misura a raggiungere lo scopo perseguito, ma anche la dimostrazione della sua adeguatezza, nel duplice senso della corrispondenza alla situazione presa in considerazione e della non eccedenza rispetto ad essa, in modo che la stessa risulti corrispondente a quanto è strettamente necessario per raggiungere lo scopo”*.

Inottemperanza al divieto di concentrazione

Accertamento dell'inottemperanza

Nella citata sentenza sul caso *Emilcarta/Agrifood Machinery*, il Tar Lazio ha evidenziato che, al fine dell'accertamento di un'inottemperanza al divieto di realizzare una concentrazione, non è necessario che l'Autorità constati anche l'esistenza di una realtà anticoncorrenziale in atto. Infatti, il Tar ha evidenziato che, trattandosi della *“inottemperanza ad una misura proibitiva prescritta all'esito di una istruttoria già compiuta dall'Autorità proprio al fine di scongiurare l'instaurazione di una condizione anticompetitiva [...] una volta accertata la contrarietà al divieto dei successivi sviluppi della situazione, l'Autorità ha con ciò esaurito il suo nuovo compito, senza che occorresse ulteriori istruttorie”*.

Imputabilità dell'inottemperanza

Sempre nella sentenza sul caso *Emilcarta/Agrifood Machinery*, il Tar Lazio ha ritenuto che, a fronte del divieto di realizzare un'operazione di concentrazione rivolto formalmente a una società parte di un gruppo, ma sostanzialmente finalizzato a impedire la creazione o il rafforzamento della posizione dominante del gruppo stesso, è del tutto naturale e coerente che *“anche la responsabilità discendente dalla relativa infrazione venga ascritta secondo criteri di unitarietà”* e che, pertanto, risulti sanzionabile *“lo stesso gruppo, in capo al soggetto giuridico che unitariamente lo impersona nei mercati rilevanti”*.

Fatturato rilevante ai fini della sanzione per inottemperanza

Ancora, nella sentenza *Emilcarta/Agrifood Machinery*, il Tar Lazio si è soffermato sulla nozione di *“fatturato delle attività di impresa oggetto di concentrazione”*, prevista dall'articolo 19, comma 1 della legge n. 287/90 quale base di calcolo ai fini della quantificazione della sanzione per inottemperanza al divieto di concentrazione. In particolare, il Tar ha precisato che *“la nozione di mercato rilevante rispetto ad una concentrazione consente di individuare compiutamente le attività di impresa che di questa costituiscono oggetto; ed è la stessa nozione che, in forza di tanto, permette di commisurare il trattamento sanzionatorio della singola infrazione allo spessore della relativa fattispecie”*.

Condotte anticoncorrenziali in contesti regolamentati

Nella sentenza relativa al caso *Test diagnostici per diabete*, il Consiglio di Stato ha confermato un approccio rigoroso e restrittivo con riferimento all'esclusione dell'applicabilità delle regole di concorrenza in contesti regolamentati, statuendo che *“il diritto antitrust, nella misura in cui è imperniato su norme che presuppongono comportamenti autonomi delle imprese, non può trovare applicazione solo quante volte una condotta anticoncorrenziale sia*

imposta agli operatori da una normativa nazionale, o questa comunque crei un contesto giuridico suscettibile di per sé stesso di eliminare ogni possibilità di comportamento concorrenziale da parte loro (cfr. Corte Giustizia, 9 settembre 2003, C.I.F., C-198/01)”, mentre “laddove la normativa nazionale si limiti, dunque, a comprimere in qualche maniera la libertà di iniziativa delle imprese, ma lasci sussistere la possibilità di una concorrenza suscettibile di essere ostacolata, ristretta o falsata da loro comportamenti autonomi, non vi è dubbio che la disciplina antitrust debba ricevere applicazione”.

Sulla stessa linea, nel caso *Lottomatica/Sisal*, il Tar Lazio ha statuito che l’incisiva regolamentazione caratterizzante il settore dei giochi e delle scommesse non era tuttavia idonea “*ad escludere l’esistenza di spazi per l’esplorazione di dinamiche concorrenziali*”. In particolare, il Tar ha precisato che l’Autorità ha dimostrato l’esistenza per gli operatori di sufficienti margini entro i quali porre in essere condotte competitive, nonostante la presenza di una dettagliata regolamentazione settoriale e che, di contro, le ricorrenti non hanno fornito “*bastevoli elementi atti a convincere che l’assetto del comparto fosse tale da precludere alle stesse l’esercizio della propria sfera di autonomia*”.

Nella citata pronuncia sul caso *Cassa depositi e prestiti/Terna-GRTN*, il Tar Lazio ha confermato un approccio restrittivo riguardo alle deroghe all’applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 86, comma 2 del Trattato CE e 8, comma 2 della legge n. 287/90, statuendo che “*ove non sussista una specifica incompatibilità tra il perseguimento delle finalità di interesse generale affidate al monopolista ex lege e il mercato, non vi è ragione per non applicare la disciplina a tutela della concorrenza*”.

Rapporti tra la disciplina della concorrenza e la regolazione di settore

Il Consiglio di Stato, nella decisione relativa al caso *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, ha chiarito che, anche successivamente all’entrata in vigore del Codice delle comunicazioni elettroniche (decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259), l’Autorità garante della concorrenza e del mercato e l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCom) hanno competenze distinte e parallele in materia di telecomunicazioni, precisando che la competenza dell’Autorità ad accertare l’abuso di posizione dominante *ex* articolo 3 della legge n. 287/90, non è incisa dalla competenza dell’AGCom *ex* articolo 98, comma 11 del decreto legislativo n. 259/2003 a sanzionare le violazioni, da parte delle imprese, degli obblighi di regolamentazione da essa imposti con i propri provvedimenti.

Nella medesima pronuncia è stato altresì chiarito che la definizione di determinati mercati, a fini regolamentari, non pregiudica l’individuazione di altri mercati in casi specifici di applicazione delle regole di concorrenza.

Sotto un ulteriore profilo, nella medesima pronuncia, dopo aver premesso che l’intervenuta autorizzazione, da parte dell’Autorità di regolamentazione, di clausole negoziali applicate dall’operatore dominante nei rapporti con la clientela non impedisce di per sé una valutazione di abusività delle stesse sotto il profilo antitrust, e ciò perché se l’Autorità “*può disapplicare addirittura*

tura provvedimenti di rango legislativo, a maggior ragione può disattendere provvedimenti amministrativi, ove essi abbiano autorizzato condotte che perseguono finalità anticoncorrenziali", il Consiglio di Stato ha, tuttavia, indicato che l'Autorità deve in tali casi considerare l'incidenza dell'autorizzazione in ordine all'elemento soggettivo dell'abuso e alla gravità di esso, perché l'intervenuta autorizzazione esclude il carattere doloso della condotta e la gravità di essa, onde è possibile disporre solo la diffida, non anche la sanzione pecuniaria.

Sanzioni

Presupposti e altri criteri di quantificazione

Il Consiglio di Stato, nel caso *FIAIP*, ha confermato che non vi è alcun rapporto di necessaria pregiudizialità della diffida rispetto alla sanzione di cui all'articolo 15 della legge n. 287/90 anche per le infrazioni gravi, considerato che la norma consente, senza ulteriori passaggi, l'immediata applicabilità della sanzione pecuniaria; il dato letterale, inoltre, *"è suffragato, sul piano logico, dalla funzione contestualmente anche deterrente della sanzione, la quale assolve al duplice scopo di reprimere il comportamento e di ordinarne la cessazione in guisa da rendere non necessario uno specifico ed ulteriore atto sollecitatorio"*.

Il Consiglio di Stato, nella decisione n. 1397/2006 resa sul caso *Test diagnostici per diabetici*, con riguardo alla valutazione della gravità dell'intesa, ha statuito che *"può essere considerata particolarmente grave anche un'intesa con oggetto (e non effetto concreto) anticoncorrenziale, in presenza di indici significativi degli effetti potenzialmente anticompetitivi"* della stessa, come è il caso delle intese orizzontali di prezzo. Nella medesima sentenza, ai fini della valutazione di gravità, i giudici hanno considerato rilevanti ulteriori elementi, quali la circostanza che l'intesa avesse interessato l'intero mercato rilevante, essendo stata posta in essere da tutti gli oligopolisti; la condizione economica delle singole imprese, considerata *"sia come indice della capacità di pregiudicare in modo significativo la concorrenza, sia come parametro di riferimento per la fissazione di un importo che abbia un'adequata efficacia deterrente"*. Nella sentenza relativa al caso *Lottomatica/Sisal*, il Tar Lazio ha ribadito l'intrinseca gravità della *"pratica orizzontale di ripartizione dell'intero mercato che, in quanto tale, configura una restrizione molto grave della concorrenza"*.

Nella decisione relativa al caso *FIAIP*, il Consiglio di Stato ha riconosciuto carattere di gravità a un'infrazione posta in essere da un'associazione di imprese *"sia per la tipologia dello strumento utilizzato (codici deontologici), sia per la natura dei soggetti agenti"*, trattandosi delle associazioni più rappresentative a livello nazionale; al riguardo, è stato ritenuto non decisivo il numero degli associati *"a fronte di un'associazione operante sul piano nazionale e rappresentata nelle commissioni di ruolo degli agenti di affari di mediazione immobiliare di tutte le camere di commercio italiane"*.

Il Consiglio di Stato, nella decisione resa sul caso *Test diagnostici per diabetici*, ha ribadito che gli Orientamenti della Commissione europea sul calcolo delle ammende hanno “*valore orientativo anche per il dosaggio delle sanzioni in ambito nazionale*”. Dello stesso tenore è anche la decisione relativa al caso *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, nella quale il Consiglio di Stato ha statuito che, in conformità agli Orientamenti della Commissione sul calcolo delle ammende, “*sono considerati infrazioni molto gravi, tra l’altro, gli abusi incontestabili di posizione dominante da parte di imprese in situazione di quasi-monopolio*”. Nel caso di specie, i giudici amministrativi hanno ritenuto che l’elevata misura delle sanzioni comminate rispondesse anche alla “*funzione deterrente che le stesse devono svolgere, avuto riguardo anche alla recidiva e dunque alla opportunità di una pena sufficientemente elevata da scoraggiare abusi futuri*”.

Con riferimento alla quantificazione della sanzione nei confronti di un’associazione di imprese, il Consiglio di Stato, nel caso *FIAIP*, ha ritenuto legittimo il diverso trattamento sanzionatorio applicato a tre associazioni, la cui posizione era stata equiparata in sede di determinazione della sanzione-base vicina al massimo edittale (dieci per cento del fatturato realizzato nell’anno precedente) in considerazione della diversità del rispettivo fatturato, “*calcolato, a sua volta, sulla totalità delle entrate associative, unico indicatore effettivo ed oggettivo della capacità economica dell’associazione*”. Il Tar Lazio, nel caso *Lottomatica/Sisal*, ha affermato che, ai fini della quantificazione della sanzione, non rileva la diversa natura giuridica delle imprese.

Con riferimento alla quantificazione della sanzione comminata a imprese partecipanti di un cartello anticoncorrenziale, il Consiglio di Stato nel caso *Test diagnostici per diabetici* ha confermato la legittimità della scelta di suddividere le imprese stesse in gruppi o categorie, determinando per ciascuno di essi il *quantum* della sanzione, in dichiarata applicazione dei citati Orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende. In linea con questo orientamento si è pronunciato anche il Tar Lazio, nel caso *Mercato del calcestruzzo*, laddove ha chiarito che “*del relativo modus procedendi (che ha trovato significativo suffragio nella più recente giurisprudenza comunitaria) va in questa sede ulteriormente ribadita la compatibilità con i principi che presiedono all’esercizio della potestà punitiva, dal momento che esso consente di pervenire ad una adeguata modulazione delle pene in relazione alle dimensioni delle singole imprese, esonerando nel contempo l’Autorità antitrust dall’onere di dare conto di ogni differenza tra le imprese stesse in ordine al loro fatturato complessivo*”.

Nella citata pronuncia sul caso *Test diagnostici per diabetici*, il Consiglio di Stato, in relazione alla quantificazione della sanzione, ha sottolineato la “*necessità di assicurare una seria efficacia deterrente per sanzioni destinate ad imprese facenti parte di gruppi multinazionali di notevole potenza economica*”. Con riferimento alla quantificazione della sanzione, i giudici amministrativi hanno precisato che, nel vigore del nuovo articolo 15 della legge n. 287/90, “*l’elemento del fatturato non costituisce ... più il naturale punto di partenza del computo teso alla quantificazione della sanzione, ma, salvo il rispetto del massimo edittale (nella specie, pacificamente osservato), rappresenta uno dei*

molteplici parametri di valutazione che orientano la determinazione finale". Sotto un ulteriore profilo, il collegio ha confermato il noto indirizzo secondo il quale *"l'obbligo di motivazione non può poi essere formalisticamente spinto fino all'applicazione di una precisa formula matematica ove soccorra, come nella specie, l'adequata enunciazione dei criteri utilizzati"*.

Infine, nella decisione *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, il Consiglio di Stato ha indicato come irrilevante il *"confronto in cifra assoluta"* con sanzioni applicate dall'Autorità in altri casi. Nel caso di specie, infatti, la sanzione, ancorché oggettivamente elevata, rappresentava una percentuale assai contenuta (0,50%) rispetto al fatturato dell'impresa sanzionata.

Nella sentenza del Tar Lazio, *Mercato del calcestruzzo preconfezionato di Olbia*, è stato osservato che l'integrazione verticale di un'impresa costituisce *"un potenziale moltiplicatore non solo degli interessi che una condotta anticompetitiva potrebbe perseguire, ma anche delle alterazioni che questa potrebbe determinare"*, comportando una maggiore libertà d'azione grazie alla sicurezza delle proprie fonti di approvvigionamento: *"di qui la maggiore pericolosità e gravità sul terreno antitrust delle condotte"* e la legittimità di un inasprimento sanzionatorio.

Rilevanza dell'elemento soggettivo

Il Consiglio di Stato, nella decisione resa sul caso *Test diagnostici per diabetici*, ha confermato il noto indirizzo secondo il quale, ai fini della sanzionabilità di un illecito antitrust, sotto il profilo dell'elemento soggettivo *"non è necessaria la consapevolezza di trasgredire un puntuale divieto normativo"*, essendo sufficiente *"la consapevolezza dell'esito anticoncorrenziale delle condotte, in re ipsa insito nel programmato e sistematico boicottaggio delle gare"*. In termini analoghi, il Tar Lazio, nella sentenza resa nel caso *Mercato del calcestruzzo*, ha confermato che non è necessario che un'impresa sia conscia di trasgredire le norme antitrust, *"essendo sufficiente che la stessa non potesse ignorare che il suo comportamento aveva quale scopo la restrizione della concorrenza. A tale indicazione si coordina, poi, il disposto dell'art. 3 della legge n. 689/1981 (richiamato dall'art. 31 della legge n. 287/1990), che secondo l'interpretazione giurisprudenziale nazionale non richiede la concreta dimostrazione del dolo o della colpa, ma riversa in pratica sull'autore del fatto l'onere di provare di avere agito senza colpa"*.

Il Tar Lazio, nella sentenza *Lottomatica/Sisal*, ha peraltro sostenuto che *"l'elevato grado di consapevolezza delle parti sulla possibile portata restrittiva dei comportamenti tenuti"* costituisce un ulteriore aspetto, insieme alla intrinseca gravità della natura dell'illecito, per affermare la *"considerevole offensività dei comportamenti censurati"*.

Valutazione degli impegni proposti dalle parti

Il Consiglio di Stato, nella decisione relativa al caso *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, ha chiarito che gli impegni presentati dalla parte nel

corso del procedimento non possono essere considerati circostanze attenuanti, qualora siano: i) “*per il futuro*”, e come tali “*inidonei a essere apprezzati quale circostanza attenuante dell’abuso già consumato*”; ii) afferenti alla regolamentazione e non preventivamente sottoposti all’approvazione dell’Autorità di settore. Ciò vale tanto più in presenza di una circostanza aggravante quale la recidiva della condotta abusiva.

Fatturato

Il Consiglio di Stato, nella decisione resa sul caso *Test diagnostici per diabetici*, ha chiarito che, ai fini della quantificazione della sanzione, la nuova versione dell’articolo 15 della legge n. 287/90 “*considera il parametro del fatturato totale dell’impresa e non di quello specifico del mercato rilevante*”, precisando quale sia la *ratio* di tale disposizione, vale a dire quella di mirare “*ad un’armonizzazione della legislazione nazionale con i superiori principi comunitari al fine di assicurare un’effettiva ‘deterrenza’ nei confronti di comportamenti anticoncorrenziali, a sua volta strumentale all’esplicazione libera dell’iniziativa economica vista non in una logica individuale ma con riguardo al mercato nel suo complesso*” (in senso conforme, anche Tar Lazio nel caso *Mercato del calcestruzzo*).

Continuità economica

Con riferimento all’imputabilità della condotta illecita e alla comminazione della conseguente sanzione, il Consiglio di Stato, nella decisione resa sul caso *Test diagnostici per diabetici*, ha confermato il pacifico indirizzo comunitario secondo il quale “*laddove la società titolare dell’impresa interessata sia stata in un secondo momento sciolta, ma il suo successore giuridico ne abbia proseguito le attività economiche, questa nuova società è sanzionabile per le condotte della precedente*”. Invero, “*il cambiamento della forma giuridica e del nome di un’impresa non ha l’effetto di creare un’impresa del tutto nuova esente dalla responsabilità per i comportamenti tenuti dalla precedente qualora vi sia identità tra le due sotto l’aspetto economico*”. In tal modo, si evita che la scomparsa dell’impresa autrice della condotta illecita “*o di un suo iniziale segmento*” lasci impunita la violazione.

Potere di diffida dell’Autorità

Il Tar Lazio, nella sentenza relativa al caso *Lottomatica/Sisal*, con riferimento al contenuto della diffida, ha chiarito che “*il nucleo della diffida inibitoria risiede in un desistat, legittimo anche nella parte in cui è volto a prefigurare futuri comportamenti*”. I giudici hanno altresì sottolineato l’ampiezza dei poteri attribuiti all’Autorità nell’emanazione del provvedimento inibitorio, stabilendo che “*esigere dalle imprese responsabili di violazioni anticoncorrenziali un contegno giudicato idoneo a ricondurre l’assetto di mercato nei solchi della più stretta legittimità non significa certo esercitare ingiustificati poteri ablatori, ma vuol dire esplicitare, nel superiore interesse del mercato,*

una doverosa attribuzione volta al ripristino della legalità violata. Il che spiega, a tacer d'altro, il conferimento all'Autorità antitrust di penetranti poteri conformativi atti ad incidere anche sulla sfera di autonomia garantita a soggetti imprenditoriali".

Nella sentenza n. 6639/2005, resa nel caso *Blugas/Snam*, il Tar Lazio ha ulteriormente chiarito che *"funzione della diffida di cui all'art. 15 della legge n. 287 del 1990 (atto il quale va interpretato alla luce del principio del c.d. effetto utile: v. C.d.S., VI, n. 5368 del 2/8/2004) è quella di ottenere che nello specifico mercato inciso da un illecito antitrust siano ripristinate condizioni simili a quelle che vi si sarebbero potute riscontrare in assenza di infrazione".* Quanto alla rilevanza, in sede di ottemperanza, di eventuali sviluppi normativi o di altri fattori sopravvenuti, il Tar ha evidenziato che *"gli effetti proconcorrenziali di simili sopravvenienze non possano essere invocati da un contravventore per sottrarsi all'attuazione della diffida intimatagli, se non nell'eccezionale caso in cui la portata del fattore sopravvenuto sia tanto spiccatamente innovativa, rispetto al precedente modo di essere del mercato, da far addirittura escludere financo la possibilità astratta che dall'attuazione della diffida abbiano a sortire benefici concorrenziali ulteriori (nel qual caso soltanto la persistenza della relativa pretesa si tradurrebbe in un'afflizione gratuita e fine a se stessa)".*

Con riferimento alla verifica dell'ottemperanza alla diffida dell'Autorità, il Tar Lazio, nella medesima pronuncia *Blugas/Snam*, ha evidenziato che la valutazione dell'idoneità delle misure presentate dall'operatore deve essere effettuata *"con riferimento sia alla loro efficacia, sia alla loro concreta realizzabilità, dal momento che la prospettazione di impegni e misure che non fossero con certezza realizzabili non può essere seriamente presa in considerazione ai fini dell'ottemperanza".* In questo contesto, i giudici si sono soffermati sulla rilevanza dell'eventuale apporto fornito dall'Autorità nella definizione, in contraddittorio con la società, delle misure idonee, ritenendo che tale *"contributo si colloca nell'alveo dei compiti istituzionali dell'Autorità stessa intesi a favorire il ripristino di più adeguate condizioni concorrenziali. Ma questo apporto, finalizzato appunto all'instaurazione anche nel settore in esame di condizioni di fisiologia competitiva, non potrebbe evidentemente escludere né il perfezionamento dell'illecito, già alla scadenza del termine previsto dalla diffida, né l'ingiustificato ritardo fatto segnare dalla società nel dare a questa attuazione".* Tuttavia, il Tar ha precisato che una *"società attinta da una diffida [...], una volta che abbia presentato serie misure connotate da un'idoneità di massima allo scopo da raggiungere - ed ancorché in astratto migliorabili -, non può vedersi far carico a titolo di mora dell'esito eventualmente solo interlocutorio della valutazione discrezionale espressa dall'Autorità (ma imprevedibile ex ante) circa la completa idoneità - e quindi la concreta sufficienza - delle misure sottoposte. Anche laddove, perciò, l'Autorità abbia ritenuto necessario nel singolo caso migliorare una misura, al fine di farle raggiungere una piena idoneità allo scopo, ciò non toglie che la presentazione della misura stessa - sempre che sia seria e, di massima, adeguata - valga già a riscattare la*

presentatrice da una condizione di mora (almeno medio tempore, e salvi i successivi sviluppi del procedimento)”.

Sotto il profilo procedurale, il Tar Lazio, nella sentenza *Lottomatica/Sisal*, ha chiarito che la diffida inibitoria rinnovata dall’Autorità in ottemperanza a un’ordinanza del giudice amministrativo in sede cautelare, in cui manchi l’indicazione del termine della diffida stessa, non configura una violazione dell’articolo 15 della legge n. 287/90, in quanto *“la rinnovata diffida inibitoria trova in realtà la sua genesi nell’atto originariamente impugnato, sicché essa va a sostituirsi alla relativa determinazione con conseguente rimessione in termini a partire dalla notifica del nuovo provvedimento”.*

Poteri cautelari

Il Tar Lazio, nel caso *Merck-Principi Attivi*, ha statuito che *“il potere di adottare misure cautelari è strettamente connesso al dovere ed alla responsabilità dell’autorità di assicurare - a tutela dell’interesse pubblico - un’applicazione efficace delle norme del Trattato in materia di intese ed abusi (artt. 81-82 CE)”.* Il Tar ha altresì precisato che *“il potere di disporre misure cautelari conferito alle ANC [autorità nazionali di concorrenza] dall’art. 5, rappresenta un istituto consolidato a livello comunitario, che nei suoi presupposti generali (fumus boni iuris e periculum in mora) e nelle sue modalità attuative, peraltro, caratterizzate da atipicità, è noto anche nell’ordinamento nazionale, e, quindi, immediatamente attuabile da parte dell’Autorità, a seguito della previsione specifica della normativa comunitaria”.*

PROFILI PROCEDURALI

Poteri istruttori dell’Autorità e diritti di difesa

Termini dell’istruttoria

Il Tar Lazio, nel caso *Mercato del calcestruzzo*, ha chiarito la non perentorietà dei termini per la conclusione dell’istruttoria attivata d’ufficio in materia di intese, con la conseguenza che *“escluso ogni automatismo decadenziale, il rilievo dell’inosservanza di tale termine può essere valutato soltanto con l’elastico approccio proprio dei parametri del vizio di eccesso di potere”.* In particolare, il Tar, richiamando l’orientamento della giurisprudenza precedente in materia, ha affermato che *“quando l’autore di un comportamento astrattamente valutabile attraverso lo spettro degli articoli 2 e 3 della legge 287/90 si sia attivato spontaneamente per portarlo a conoscenza dell’Autorità, va riconosciuto a tale soggetto il diritto di ottenerne una verifica in tempi certi; per converso, laddove un comportamento infrattivo della libertà di concorrenza sia stato individuato dall’Autorità di propria iniziativa (o su sollecitazione di terzi), il suo autore non può in tal caso dolersi alla stessa stregua della tardività dell’intervento della Pubblica Amministrazione. Nelle situazioni ricadenti nell’ambito dell’art. 12 della legge n. 287/1990, i tempi del procedimento sono quindi sostanzialmente rimessi alla discrezionalità del-*

l'Autorità procedente" (in proposito, il Tar ha richiamato Consiglio di Stato n. 4053/2001). Peraltro, il Tar nella medesima sentenza ha affermato che *"deve ritenersi conforme a diritto anche la sola adozione del provvedimento entro il termine finale predeterminato dall'Autorità per la conclusione dell'istruttoria di fronte ad un'intesa vietata, stante la mancanza di una norma specifica che le imponga di provvedere nello stesso termine anche alla sua comunicazione al destinatario"*.

Difesa delle parti e obbligo di motivazione dell'Autorità

Con riguardo ai diritti di difesa delle parti, il Consiglio di Stato, nella decisione n. 1397/2006 resa sul caso *Test diagnostici per diabetici*, ha confermato il consolidato principio secondo il quale l'obbligo dell'Autorità di esaminare le memorie e i documenti difensivi, ex articolo 10 della legge 7 agosto 1990, n. 241, *"non impone un'analitica confutazione in merito ad ogni argomento utilizzato dalle parti stesse, sufficiente essendo un iter motivazionale che renda nella sostanza percepibile la ragione del non adeguamento alle traiettorie difensive e ne attesti la relativa consapevolezza"*; analogo principio è stato espresso dal Consiglio di Stato anche in un'altra pronuncia (*Q 8 Quaser s.r.l.*) nella quale ha precisato che *"non è esigibile che l'Autorità confuti punto per punto le deduzioni di parte, essendo sufficiente una motivazione complessiva, ancorché sintetica"*. Analogamente, nella pronuncia relativa al caso *Lottomatica/Sisal*, il Tar Lazio ha statuito che *"le prerogative difensive delle parti assoggettate a procedimenti antitrust non si estendono al punto da imporre all'Autorità di replicare punto per punto a tutte le obiezioni prospettate, essendo sufficiente che sotto il profilo sostanziale venga adeguatamente motivata la tesi accolta in contrapposizione alle posizioni delle parti"* (in senso conforme, anche la sentenza del Tar Lazio nel caso *Mercato del calcestruzzo*).

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, il Tar Lazio ha precisato che non ogni difformità esige una riapertura del contraddittorio *"essendo questa necessaria, semmai nell'ipotesi in cui il mutamento comporti una proposta aggiuntiva di sanzione"*. Inoltre, il Tar Lazio, nel caso *Mercato del calcestruzzo*, ha chiarito la portata del principio della coerenza tra la contestazione delle risultanze istruttorie e il provvedimento finale, affermando che *"la decisione non deve necessariamente essere una copia della comunicazione degli addebiti, ma può (e, anzi, deve) tenere conto degli elementi che emergano dalla procedura amministrativa, senza che ciò sia in contrasto con il diritto alla difesa (che è rispettato allorché la decisione non ponga a carico degli interessati infrazioni diverse da quelle precedentemente contestate, e prenda in considerazione soltanto fatti sui quali gli interessati hanno avuto modo di manifestare il proprio punto di vista)"*.

Il Tar Lazio, nella sentenza *Blugas/Snam*, con riguardo a un procedimento ai sensi dell'articolo 15, comma 2 della legge n. 287/90, ha affermato che *"i procedimenti amministrativi sanzionatori debbano attenersi, anche in*

materia antitrust, al principio della necessaria correlazione tra contestazione e condanna". Alla luce di tale principio, il Tar ha evidenziato che la qualificazione di un comportamento come ritardo ingiustificato nell'ottemperare, e non più come inottemperanza assoluta, *"lungi dall'integrare un addebito nuovo improvvisamente comparso in occasione del provvedimento finale, è dovuta esclusivamente all'adempimento intervenuto nelle more del procedimento, fatto nuovo del quale l'Autorità non poteva evidentemente non tenere conto"*. In questo contesto, le misure solo tardivamente proposte non fanno venire meno la violazione e neppure determinano una modifica dell'originario addebito: le nuove misure comportano semplicemente la *"derubricazione"* dell'illecito, da inadempimento integrale (quale contestato in sede di avvio del procedimento) ad adempimento tardivo (come sanzionato dal provvedimento conclusivo), *"l'uno e l'altro logicamente riconducibili, comunque, alla comune matrice fattuale costituita dalla mancata individuazione entro il prescritto termine di 90 giorni di misure idonee a rimuovere l'infrazione"*.

Partecipazione dei terzi alle istruttorie

Nella decisione relativa al caso *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, il Consiglio di Stato ha chiarito che né i singoli consumatori, né le loro associazioni sono parti necessarie nei procedimenti dell'Autorità. Per quanto riguarda i clienti dell'impresa che ha posto in essere un abuso di posizione dominante, la stessa pronuncia ha precisato che essi non hanno un interesse diretto ma solo riflesso e derivato, e che, conseguentemente, non è obbligatorio nei loro confronti l'avviso dell'avvio del procedimento, fatto salvo il loro spontaneo intervento nel procedimento.

Modalità e limiti dell'esercizio del diritto di accesso

Con la sentenza n. 12985/2005, resa nel caso *Latti per l'infanzia*, il Tar Lazio ha ribadito il consolidato orientamento secondo cui *"il diritto di accesso ai documenti amministrativi riconosciuto dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 prevale sull'esigenza di riservatezza del terzo ogniqualvolta l'accesso venga in rilievo per la cura o la difesa di interessi giuridici del richiedente"* e *"per l'azionabilità del diritto di accesso, i canoni di cui alla l. n. 241 del 1990 si intendono soddisfatti allorché il soggetto richiedente abbia un diritto soggettivo o un interesse legittimo o vanti comunque un interesse differenziato e qualificato all'ostensione, finalizzato alla tutela di situazioni giuridiche soggettive anche soltanto future"*. Conseguenza di tale orientamento è, secondo il Collegio, che ciò che non è ostensibile non può neanche essere utilizzato, in sede di motivazione, a scopo accusatorio (e/o probatorio) e, pertanto, il provvedimento con cui l'Amministrazione oppone il diniego a una richiesta di accesso ad atti relativi a un procedimento sanzionatorio equivale a un impegno a non utilizzarli a scopo accusatorio (e/o probatorio) contro il soggetto al quale l'accesso è stato negato. Sicché, delle due l'una: *"o l'Amministrazione non utilizza ciò che ostende, ed allora manca qualsiasi interesse all'accesso;*

ovvero, se l'Amministrazione utilizza a scopo accusatorio ciò che non ha osteso, allora il provvedimento finale sarà facilmente sindacabile siccome viziato da motivazione incongrua (in quanto basato su elementi di fatto non risultanti da alcun atto istruttorio)". Poiché, nella fattispecie, la sentenza veniva emessa a procedimento istruttorio ancora in corso, il giudice rinviava la verifica in ordine al rispetto dell'impegno implicitamente assunto dall'Autorità in merito alla non utilizzazione del documento in questione, al momento dell'adozione del provvedimento finale.

Con riferimento al bilanciamento tra diritto di accesso e diritto alla riservatezza, nella sentenza *Mercato del calcestruzzo preconfezionato di Olbia*, il Tar Lazio ha ribadito che, conformemente a quanto affermato in sede comunitaria (il rinvio è al Tribunale di Primo Grado del 29 giugno 1995, T-30/91, *Solvay*, e T-36/91, *ICI*), deve essere adottata una procedura consistente nella predisposizione di un apposito elenco dei documenti e dei relativi contenuti, sulla base del quale l'impresa richiedente l'accesso è chiamata a indicare specificamente quali documenti intenda visionare, e la Commissione (o l'Autorità) a individuare i brani sensibili da segretare, previo contraddittorio con l'impresa che abbia chiesto la tutela della riservatezza. *"Il principio di parità delle armi non comporta che il diritto di accesso debba in ogni caso prevalere sulle esigenze di riservatezza"*, ma piuttosto *"che debba essere consentito alle imprese di prendere cognizione complessiva dell'intero fascicolo, con indicazione degli atti segreti 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 dei rispettivi testi"*. A fronte di una richiesta di accesso, dunque, l'Autorità è onerata *"della preparazione di versioni non riservate dei documenti specificamente richiesti e/o della consultazione delle controinteressate per pervenire all'espunzione dei dati sensibili dai relativi atti"*.

Profili processuali

Legittimazione a impugnare i provvedimenti dell'Autorità

Con sentenza n. 1371/2006, *Codacons/Sms*, il Tar Lazio ha escluso la legittimazione dei consumatori e delle relative associazioni a ricorrere avverso i provvedimenti antitrust. In particolare, il Tar ha ribadito l'orientamento secondo cui la questione della legittimazione ad agire avverso i provvedimenti assolutori dell'Autorità va ricondotta *"nell'ambito dei principi in tema di condizioni dell'azione e di requisiti necessari per individuare una situazione di interesse legittimo"* (così già Consiglio di Stato, sentenza n. 3865/2004, *Motorola*, e *idem*, sentenza n. 1113/2005, *Sfir*), onde il soggetto terzo che non sia direttamente destinatario di un provvedimento è legittimato a ricorrere solo laddove: i) il suo interesse sia *differentiato* da quello della collettività generale; ii) sia *qualificato* giuridicamente, cioè oggetto di una valutazione positiva da parte dell'ordinamento; iii) subisca una lesione personale, attuale e

concreta per effetto dell'omesso o inadeguato esercizio del potere. Alla luce di questi principi, i giudici amministrativi hanno ritenuto che i consumatori e le relative associazioni “*pur vantando facoltà partecipative previste a vario titolo dall'ordinamento*”, “*non si trovano in diretto collegamento con le scelte del regolatore*”, onde l'eventuale lesione loro derivante dall'illecito concorrenziale ha “*natura indiretta*”. Questa carenza di legittimazione lascia naturalmente integra “*la possibilità di utilizzare la strada della tutela procedimentale con atti di impulso o di intervento ovvero esperire, ove ne ricorrano i presupposti, l'azione risarcitoria o di nullità innanzi al giudice civile ai sensi dell'art. 33 l. n. 287/90*”.

Sentenze del Tar Lazio, I Sezione, e del Consiglio di Stato, VI Sezione, in materia di concorrenza, depositate nel periodo 1° aprile 2005 - 31 marzo 2006 - dati di sintesi¹

Sentenze	Ricorsi respinti	Ricorsi accolti (anche parzialmente)
19	11 ¹	7

Ordinanze cautelari del Tar Lazio, I Sezione, e del Consiglio di Stato, VI Sezione, in materia di concorrenza, depositate nel periodo 1° aprile 2005 - 31 marzo 2006 - dati di sintesi

Ordinanze	Istanze cautelari respinte	Istanze cautelari accolte (anche parzialmente)
8	6	2 ²

¹ Nel periodo di riferimento è stata resa una pronuncia di inammissibilità.

² Di cui una relativa alla sola sanzione.

Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza n. 8882 del 29 aprile 2005

Le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione hanno rigettato i ricorsi proposti da varie compagnie assicurative avverso la sentenza del Consiglio di Stato, VI, n. 2199/2002 che aveva in larga misura confermato la legittimità del provvedimento dell'Autorità reso nel caso *RC Auto*. Tra i vari motivi di interesse, la pronuncia si segnala per un'analisi (anche alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004) del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità. Nella sentenza si rileva che, pur potendo verificare direttamente i fatti posti a fondamento dei provvedimenti ed esercitare un sindacato di legittimità sull'individuazione del parametro normativo e sul raffronto con i fatti accertati, il giudice non può, tuttavia, esercitare un potere sostitutivo, che si spinga fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica a quella dell'Autorità, la cui valutazione è sindacabile solo sotto il profilo della ragionevolezza, logicità e coerenza. Questo tipo di controllo, impropriamente definito “*debole*”, è stato ritenuto dalle Sezioni Unite conforme agli *standard* del giudizio di legittimità e analogo al sindacato esercitato dalla Corte di Giustizia sulle decisioni della Commissione europea, senza che si possa configurare, pertanto, un problema di “*denegata giurisdizione*”. Le Sezioni Unite hanno altresì chiarito che la diversità di tutela garantita dal giudice am-

ministrativo non si traduce in una tutela meno effettiva; e inoltre, che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sui provvedimenti antitrust è conforme all'articolo 103 della Costituzione alla luce dei criteri indicati dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 204/2004, stante il carattere particolare della materia caratterizzata, tra l'altro, da un inestricabile intreccio tra diritti soggettivi e interessi legittimi.