

## 2. SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI

### Principali sviluppi giurisprudenziali in materia di concorrenza

---

#### *Introduzione*

Nell'ultimo anno (1° aprile 2007 - 31 marzo 2008) sono state pubblicate le motivazioni di numerose pronunce del Tribunale Amministrativo Regionale (Tar) del Lazio e del Consiglio di Stato rese in sede di impugnazione dei provvedimenti adottati dall'Autorità in materia di concorrenza (si veda la tabella di sintesi in calce). In talune di esse sono stati affermati, o più semplicemente ribaditi, rilevanti principi riguardanti profili sostanziali e procedurali. Nel periodo in considerazione si segnala, inoltre, una pronuncia della Corte di Giustizia delle Comunità europee resa in occasione di un rinvio pregiudiziale *ex* articolo 234 del Trattato CE promosso in sede di giudizio di impugnazione di un provvedimento dell'Autorità adottato in applicazione delle norme nazionali sulla concorrenza. E infine, una pronuncia delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione (sentenza 17 marzo 2008, n. 7063), la quale ha dichiarato inammissibile un ricorso per motivi inerenti la giurisdizione avverso la decisione con cui il Consiglio di Stato aveva definitivamente confermato la legittimità del provvedimento dell'Autorità nel caso *Test diagnostici per diabete*.

#### **PROFILI SOSTANZIALI**

##### *Ambito e limiti del sindacato giurisdizionale*

Con riguardo all'ambito del sindacato giurisdizionale, il Tar Lazio in diverse pronunce ha confermato il consolidato orientamento secondo cui *“il giudice amministrativo può sindacare con piena cognizione i fatti oggetto dell'indagine e il processo valutativo mediante il quale l'Autorità applica al caso concreto la regola individuata, fermo restando che, ove sia accertata la legittimità dell'azione sulla base della corretta utilizzazione delle regole tecniche sottostanti, il sindacato giurisdizionale non può spingersi oltre, perché vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione. In altri termini, il giudice amministrativo (...) esercita un sindacato di legittimità, che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio (...)*” (sentenza del 29 dicembre 2007, n. 14157, *Vernici marine*; in senso analogo, le sentenze del 13 marzo 2008, n. 2312, *Pannelli Truciolari*, del 14 settembre 2007, n. 8951, *Compagnie Aeree-Fuel Surcharge* e dell'8 maggio 2007, n. 4123, *Prodotti disinfettanti*).

In ordine alle valutazioni tecniche, il Consiglio di Stato, nella sentenza del 31 ottobre 2007, n. 6469, relativa al caso *Lottomatica/Sisal*, ha ribadito che il giudice amministrativo può sindacarle senza alcun limite. Ciò in quanto, “*con riferimento alle valutazioni tecniche, anche quando riferite ai c.d. ‘concetti giuridici indeterminati’, la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall’amministrazione*”. Pertanto, il sindacato del giudice amministrativo “*si estende sino al controllo dell’analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall’Autorità, potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame*”. Considerazioni analoghe sono state svolte dal Consiglio di Stato nella decisione dell’8 febbraio 2008, n. 424, caso *Rifornimenti Aeroportuali*, nella quale ha precisato che “*in siffatto modello il giudice amministrativo, a differenza di quello penale, non decide ma controlla la correttezza della decisione, sicché non spetta a lui condividerla, ma solo verificarne la validità*”. Tuttavia, siffatto sindacato incontra il limite del “*divieto di sostituzione del giudice all’amministrazione*”, il che significa che “*al giudice non è consentito di controllare l’intrinseca validità del risultato, cioè del giudizio tecnico formulato dall’amministrazione*”.

### **Accertamento e prova dell’intesa**

#### *Nozione di intesa*

Con riguardo alla nozione di intesa, il Consiglio di Stato, nella decisione del 7 marzo 2008, n. 1009 resa nel caso *Prodotti disinfettanti*, ha chiarito che una volta dimostrato “*un incontro di volontà in senso anticoncorrenziale, ossia una comune intenzione delle parti in merito ad un dato comportamento da assumere nel mercato, poco importa (...) che quel comportamento sia stato, o no, effettivamente posto in essere sul mercato*”.

Nella sentenza resa nel caso *Prodotti disinfettanti*, il Tar Lazio ha confermato la costante giurisprudenza amministrativa secondo cui, ai fini della verifica della condotta anticoncorrenziale, non è sempre indispensabile distinguere tra accordi e pratiche concordate; ciò che è importante è che vengano individuate le effettive modalità attraverso le quali la concertazione si realizza. Infatti, la nozione di intesa non ha carattere formale, ma piuttosto oggettivo e tipicamente comportamentale, in quanto incentrata “*sull’effettività del contenuto anticoncorrenziale ovvero sull’effettività di un atteggiamento, comunque realizzato, che tende a sostituire con una collaborazione pratica la competizione che la concorrenza comporta*”.

#### *Oggetto o effetto dell’intesa*

Il Tar Lazio, nella sentenza resa nel caso *Pannelli Truciolari*, ha confermato il consolidato principio secondo cui “*nel caso di intesa avente un oggetto anticoncorrenziale non è necessario, al fine della sua qualificazione in termini di illiceità, effettuare ulteriori valutazioni sugli effetti concreti che la stes-*

sa ha avuto sul mercato, atteso che la qualificazione come illecita della condotta discende dall'oggettiva idoneità della stessa ad alterare la concorrenza, mentre l'analisi degli effetti può incidere in termini di gravità della stessa e, di conseguenza, sulla quantificazione della sanzione pecuniaria". Il medesimo giudice, nella sentenza del 20 febbraio 2008, n. 1542, resa nel caso *Mercato dello zolfo grezzo*, ha confermato che, ai fini della configurabilità di un'intesa illecita ai sensi dell'articolo 2 della legge n. 287/90, è sufficiente "la sola presenza dell'oggetto anticoncorrenziale, e non anche necessariamente dell'effetto"; il Tar ha altresì precisato che l'illiceità dell'intesa oggettivamente anticoncorrenziale consiste nella mera condotta volta a fini anticoncorrenziali; pertanto, l'Autorità non è tenuta a dimostrare che i comportamenti delle imprese siano volontariamente diretti a restringere la concorrenza, quanto che tali comportamenti siano "obiettivamente idonei ad avere quest'effetto".

Assai interessante è la posizione espressa in proposito dal Consiglio di Stato, anche con riferimento alla gravità dell'intesa. E invero, nella sentenza resa nel caso *Lottomatica/Sisal*, il Collegio da un lato ha ribadito l'illiceità di un'intesa anche solo per oggetto ("essendo pacificamente sanzionabile anche una intesa priva di effetti, l'eventuale parziale non attuazione di alcuni accordi, che restano anticoncorrenziali, non esclude la sussistenza dell'illecito"); dall'altro, richiamando gli Orientamenti della Commissione (98/C9/03) sul calcolo delle ammende, ha ritenuto che l'Autorità aveva correttamente qualificato, anche alla luce della giurisprudenza comunitaria, come molto grave un'intesa orizzontale di ripartizione dell'intero mercato.

#### *Intese di prezzo vietate*

Con particolare riferimento alla concertazione sui prezzi, il Consiglio di Stato, nella decisione del 17 gennaio 2008, n. 102, *Prezzi del latte per l'infanzia*, ha sostenuto che "la particolare importanza del prezzo come strumento di competizione (si tratta della principale arma di concorrenza tra le imprese) induce a ritenere vietata ogni forma di condotta collusiva mediante la quale le imprese ne alterino il meccanismo di formazione, gonfiandolo a proprio vantaggio e al di sopra del livello che esso avrebbe raggiunto dall'incontro della domanda e dell'offerta". Pertanto, sono vietate non solo le intese volte alla fissazione di determinati prezzi o prezzi minimi, ma anche quelle il cui obiettivo o effetto sia di "cortocircuitare la libera determinazione individuale del prezzo e, quindi, la sua naturale flessibilità".

Con sentenza del 14 settembre 2007, n. 8951, resa nel caso *Compagnie Aeree-Fuel Surcharge*, il Tar Lazio ha confermato inoltre che l'uniformazione concertata di una componente che concorre al computo della tariffa, anche se non comporta una totale uniformità dell'intera tariffa, costituisce di per sé sola una restrizione della concorrenza rilevante ai fini dell'applicazione dell'articolo 2, della legge n. 287/90.

#### *Scambi di informazioni vietati*

Il Consiglio di Stato, nella sentenza, resa nel caso *Rifornimenti aeropor-*

tuali ha fornito importanti chiarimenti in materia di scambi di informazioni tra imprese, nel caso di specie, attuato tramite delle imprese comuni. Con riguardo alla natura delle informazioni scambiate, i giudici hanno confermato la natura sensibile di “*dettagliate informazioni*” riferite ad altre società petrolifere partecipanti a imprese comuni e che non erano necessarie al funzionamento delle imprese comuni stesse. Si trattava di informazioni che attenevano “*sia a dati che svelavano alcune componenti ritenute cruciali e in grado di orientare i comportamenti futuri dei concorrenti, come la quantità disponibile di prodotto e la sua provenienza, sia dati altrettanto importanti necessari per monitorare i comportamenti passati e, quindi, l’ottemperanza alle regole di condotta concordate*”; tra questi, “*le informative sugli esiti delle gare, sugli erogati ai singoli clienti, sulle relative quote di mercato, sul rispetto delle quote nella fornitura ai clienti condivisi*”.

I dati scambiati solo in parte potevano essere acquisiti senza avvalersi delle società comuni. In proposito, i giudici hanno precisato che “*la possibilità di acquisire aliunde le informazioni scambiate non comporta di per sé la liceità dello scambio*”, in quanto “*la capacità di captazione autonoma di informazioni non priva del carattere di illiceità un sistema organizzato di scambio, tenuto conto che nel primo caso le informazioni avrebbero un carattere tardivo, limitato e privo della periodicità che caratterizza le informazioni fornite dal sistema organizzato* (Trib. CE, 27-10-94, T-34/92, *John Deere* par. 105; Cons. Stato, VI, n. 2199/02, *Rc Auto*)”. E invero, sottolinea il Consiglio di Stato, “*l’organizzazione di uno scambio di informazioni consente ai partecipanti di venire a conoscenza di tali informazioni in un modo più semplice, rapido e diretto che mediante il mercato, creando per di più un clima di mutua sicurezza relativamente alle future politiche commerciali dei concorrenti, incompatibile con i principi della concorrenza* (Trib. CE, 12-7-2001, T-202/98, *British Sugar*, par. 60)”. I giudici hanno inoltre osservato che “*Condotte quali lo scambio di informazioni sensibili finiscono infatti per sostituire all’alea della concorrenza il vantaggio della concertazione, così erodendo i benefici che in favore dei consumatori derivano dal normale uso della leva concorrenziale*”, precisando che lo scambio di informazioni può “*integrare in alcuni casi un illecito antitrust in sé*”.

#### *Elementi di prova dell’intesa e inversione dell’onere probatorio*

Nella pronuncia del 17 gennaio 2008, n. 102, resa nel caso *Prezzi del latte per l’infanzia*, il Consiglio di Stato ha ribadito i consolidati principi in materia di prova delle intese, ricordando che “*la giurisprudenza, consapevole della rarità dell’acquisizione di una prova piena (il cd. smoking gun: il testo dell’intesa; documentazione in equivoca della stessa; atteggiamento confessorio dei protagonisti) e della conseguente vanificazione pratica delle finalità perseguite dalla normativa antitrust che scaturirebbe da un atteggiamento troppo rigoroso, reputa sufficiente (e necessaria) la delineazione di indizi, purché gravi precisi e concordanti, circa l’intervento di illecite forme di concertazione e coordinamento*”. La semplice identità delle condizioni di offerta da parte degli imprenditori può essere considerata sintomatica della sussistenza di una

pratica concordata *“solo ove non sia configurabile una spiegazione alternativa capace di inquadrare le condotte identiche alla stregua di frutto di razionali ed autonome scelte imprenditoriali, fisiologicamente condizionate dalla previsione dell'altrui possibile risposta ad un'iniziativa differenziatrice”*.

Circa l'onere probatorio in materia di intese, il Consiglio di Stato, nella decisione relativa al caso *Rifornimenti Aeroportuali*, ha confermato che la prova di un'intesa illecita è quasi mai diretta *“perché i suoi simboli difficilmente esistono (documenti) o possono essere acquisiti (testimoni, i quali normalmente sono gli stessi autori dell'illecito), né è dato il ricorso a strumenti di captazione esterna dell'episodio di vita che sanziona l'accordo (intercettazioni). Ma la circostanza che la prova sia indiretta (o, come si dice, indiziaria) non deve indurre nell'equivoco che la stessa sia meno forte”*. Il medesimo giudice, nella sentenza dell'8 febbraio 2008, n. 423, resa nel caso *Rifornimenti aeroportuali*, ha ribadito che *“singoli comportamenti delle imprese (ciascuno dei quali, considerato di per sé, potrebbe apparire privo di specifica rilevanza) possono rivelarsi elementi di una fattispecie complessa, costitutiva di un'unica infrazione da ricondurre in parte al concetto di accordo, in parte a quello di pratica concordata”*. In tale situazione, *“i dati singoli debbono essere considerati quali tasselli di un mosaico, i cui elementi non sono significativi di per sé, ma come parte di un disegno unitario”*.

Inoltre, è stata ripresa la distinzione tra elementi di prova cosiddetti esogeni ed endogeni: i primi sono *“collegati alla stranezza intrinseca della condotta, ovvero alla mancanza di spiegazioni alternative”*; i secondi attengono invece ai *“contatti tra le imprese e, soprattutto, agli scambi di informazioni”* (sentenza del Tar Lazio n. 2312/08, resa nel caso *Pannelli Truciolari*).

Con riguardo alla prova della pratica concordata in un mercato oligopolistico, nel cui ambito può verificarsi un allineamento tendenziale delle condizioni di offerta, il Consiglio di Stato, nella decisione relativa al caso *Prezzi del latte per l'infanzia*, ha ribadito la liceità del mero parallelismo consapevole, *“proprio perché suscettibile di essere spiegato come sommatoria di decisioni razionali e autonome dei singoli operatori, cui non può essere precluso di adattarsi intelligentemente alla condotta, attuale o prevista, dei rivali”*. A ciò si contrappone, tuttavia, il parallelismo artificiosamente indotto da intese anticoncorrenziali che può essere desunto: *“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 concorrenziale; c) dal contrasto tra l'omogeneità dei prezzi e la diversità della struttura dei concorrenti e dei relativi fattori di costo”*.

Proprio con riferimento al rapporto tra parallelismo consapevole in un contesto oligopolistico e scambi di informazioni, il Consiglio di Stato nella medesima pronuncia ha richiamato il consolidato orientamento giurisprudenziale, alla cui stregua *“la prova indiziaria dell'intesa illecita può risiedere nell'emersione di una trama di contatti e di scambi di informazioni tra le imprese concorrenti, circa le iniziative commerciali e le strategie operative economiche, tale da far presumere l'utilizzo di tali elementi al fine di ridurre, a danno dei consumatori,*



*i rischi sottesi, per le imprese, all'uso fisiologico della leva concorrenziale”.*

Quanto al fenomeno dell'adeguamento delle condizioni di prezzo a quelle praticate dall'operatore in posizione di preminenza (cosiddetto meccanismo di *price leadership*), Il Tar del Lazio, nella pronuncia *Compagnie Aeree-Fuel Surcharge*, ha confermato che esso si può verificare anche in assenza di concertazione tra imprese. Tuttavia, la prova dello scambio di informazioni sensibili tra concorrenti è idonea a escludere che l'allineamento delle condotte sia frutto di scelte autonome. Nella medesima pronuncia, il Tar ha statuito che gli annunci preventivi di prezzo rivolti ai consumatori, in linea di principio, non costituiscono di per sé una violazione della disciplina della concorrenza. Qualora, però, *“gli annunci di prezzo destinati ai consumatori appaiano intesi a permettere alle imprese di osservare le reciproche reazioni e di adattarvisi, verificando l'adesione anche solo per fatti concludenti, degli altri operatori, essi possono essere considerati alla stregua di indizi di concertazione”.*

Particolarmente interessanti sono i principi enunciati dal Consiglio di Stato (decisione n. 424/08 resa nel caso *Rifornimenti aeroportuali*) in tema di prova della pratica concordata caratterizzata da scambi di informazioni. E invero, richiamando la giurisprudenza nazionale e comunitaria, i giudici d'appello hanno chiarito che *“un parallelismo consapevole delle condotte tenute da imprese, di per sé lecito, può essere considerato come frutto di un'intesa anticoncorrenziale, ove emergano indizi gravi, precisi e concordanti rappresentati, alternativamente o cumulativamente: a) dall'impossibilità di spiegare alternativamente la condotta parallela come frutto plausibile delle iniziative imprenditoriali (onere a carico dell'Autorità); b) dalla presenza di elementi di riscontro (quali contatti e scambi di informazioni) rivelatori di una concertazione e di una collaborazione anomala (l'onere probatorio contrario viene spostato in capo alle imprese)”.*

Ancora, nella sentenza resa sul caso *Rifornimenti aeroportuali*, il Consiglio di Stato ha ritenuto priva di rilievo, ai fini dell'accertamento dell'intesa, la *“circostanza che non tutti gli indizi gravino su tutte le società”*, osservando che *“rileva, da un lato, che gli elementi abbiano consistenza tale da delineare l'accordo, dall'altro che ciascuna società sia gravata da plurimi indizi in ordine alla sua partecipazione alla medesima”.*

Nella medesima pronuncia, il Consiglio di Stato ha valorizzato, ai fini dell'accertamento dell'intesa, *“i vincoli di stretta interdipendenza presenti fra i comportamenti assunti dagli operatori sul mercato del jet fuel e quelli degli stessi soggetti sugli altri mercati dei carburanti (multi-market contacts)”*, nonché la stabilità delle quote di mercato delle imprese coinvolte nell'intesa.

Infine, il Consiglio di Stato, in materia di condotte escludenti, ha indicato che il mancato possesso da parte di una determinata impresa di eventuali autorizzazioni necessarie per poter operare in un determinato mercato *“non costituisce esimente”* per le imprese coinvolte in condotte escludenti, a danno di quella impresa. Quest'ultima, infatti, ove le fosse stato consentito l'accesso *“avrebbe potuto richiedere le necessarie autorizzazioni e comunque l'accesso si sarebbe potuto concedere condizionandolo al conseguimento delle autorizzazioni stesse”.*

### *Attendibilità dei documenti trovati presso terzi*

Il Consiglio di Stato, nella sentenza resa nel caso *Lottomatica/Sisal*, dopo aver riaffermato il principio dell'idoneità di un documento rinvenuto presso una sola impresa a costituire prova della condotta anticoncorrenziale anche nei confronti di altra impresa, ha tuttavia rilevato come occorra distinguere tra “*utilizzabilità del documento come prova*” e “*attendibilità e significato del contenuto del documento*”. A tale riguardo, il giudice ha affermato che, in mancanza di indicazioni circa l'esatta provenienza del documento, la sua attendibilità e valenza probatoria devono essere valutate attentamente, specie in presenza di circostanze di fatto contrastanti con il suo contenuto.

### *Durata dell'intesa*

Nella decisione resa nel caso *Prodotti disinfettanti*, il Consiglio di Stato ha ritenuto che, quando dalla durata dell'intesa dipende l'applicazione di un regime sanzionatorio più o meno favorevole, la prova della durata deve essere fornita con lo stesso rigore richiesto per la prova dell'intesa. A tal fine possono essere usate anche presunzioni semplici, purché fondate su indizi gravi, precisi e concordanti.

### *Base normativa*

#### *Pregiudizio al commercio comunitario e applicabilità dell'articolo 81*

Nella decisione relativa al caso *Prezzi del latte per l'infanzia*, il Consiglio di Stato ha confermato l'indirizzo secondo cui in presenza di una pratica restrittiva della concorrenza attuata nell'insieme del territorio di uno Stato membro sussiste “*una forte presunzione*” che tale pratica “*possa contribuire alla compartimentazione dei mercati e pregiudicare gli scambi intracomunitari*”. In tal caso, grava sulle imprese l'onere di sovvertire tale presunzione. Né, secondo il Consiglio di Stato, vi è “*alcuna contraddizione tra la definizione del mercato geografico come mercato nazionale e l'applicazione dell'art. 81 TCE*”. In ogni caso, l'applicazione della disciplina comunitaria in luogo di quella nazionale, quand'anche fosse riconducibile a un errore, non determina l'illegittimità del provvedimento dell'Autorità, poiché non potrebbe in alcun modo ledere il diritto di difesa delle società coinvolte, avendo, anzi, l'effetto di “*comportare delle garanzie procedurali aggiuntive*”.

Il Tar Lazio, nella pronuncia *Pannelli Truciolari*, ha affermato che il riferimento alla violazione dell'articolo 81 del Trattato CE, laddove non siano forniti elementi decisivi sulla sussistenza di un pregiudizio al commercio tra Stati membri, “*non modifica la sostanza dell'accertamento compiuto circa la sussistenza dell'illecita intesa anticoncorrenziale, sicché si presenta alla stregua di un errore materiale del tutto inidoneo ad inficiare la legittimità dell'atto*”.

### *Condotte anticoncorrenziali in contesti regolamentati*

Il Consiglio di Stato, nelle sentenze del 22 gennaio 2008, n. 695 e n. 697, rese nel caso *Associazione nazionale esercenti cinematografici lombarda*, ha

ribadito il principio per cui il disposto legislativo che imponga una condotta anticoncorrenziale rileva come causa scriminante dell'illecito solo quando l'esigenza di conformarsi al precetto non lasci al soggetto alcun margine di autonomia, neppure quanto alle modalità di adempimento. A tal fine, il giudice ha richiamato, oltre alla propria giurisprudenza (Consiglio di Stato, VI, n. 7243/2003), anche quella della Corte di Giustizia (sentenza 11 novembre 1997, C-359/95, *Ladbroke Racing Ltd*). Il Consiglio di Stato ha inoltre ricordato che questi principi sono parimenti validi anche nell'ipotesi in cui “*la condotta anticoncorrenziale sia imposta o facilitata da un'autorità amministrativa in eventuale applicazione della normativa interna*” (sul punto, si veda anche Tar Lazio, sentenza del 10 maggio 2007, n. 4252, *Consorzio Nazionale Servizi/Copma*).

In termini analoghi si è espresso il Consiglio di Stato anche nella sentenza, resa nel caso *Lottomatica/Sisal*, nella quale è stato anche richiamato l'obbligo che incombe sulle autorità di concorrenza di disapplicare quelle norme nazionali che impongano, favoriscano o rafforzino gli effetti comportamenti d'impresa contrastanti con gli articoli 81-82 del Trattato CE (Corte di Giustizia, 9 settembre 2003, C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi*).

### **Posizione dominante e abuso**

#### *Abuso di posizione dominante*

Il Tar del Lazio, nella sentenza del 4 giugno 2007, n. 5115, resa nel caso *Compagnia Portuale Brindisi*, ha ribadito il principio in base al quale “*l'abuso di posizione dominante si verifica quando su un piano obiettivo vi è una condotta illecita, non rilevando l'intento, e la relativa prova, di ledere il concorrente*”. Il giudice di prime cure ha altresì puntualizzato che “*l'unico presupposto perché una condotta possa essere qualificata abuso di posizione dominante e, quindi, debba essere vietata, è costituito dall'avere per oggetto di impedire o restringere la libera dinamica della concorrenza all'interno del mercato, sicché si caratterizza per la sua potenziale lesività e non per la concreta realizzazione dell'eliminazione o riduzione del grado di concorrenza*”.

#### *Prezzi predatori*

Con riguardo all'accertamento della natura predatoria dei prezzi praticati da un'impresa, il Consiglio di Stato, nella sentenza del 2 ottobre 2007, n. 5068, resa nel caso *Diano-Tourist-Caronte-NGI*, ha confermato la teoria economica secondo cui “*se il prezzo è inferiore al costo incrementale medio di breve periodo, deve essere considerato di natura predatoria; se il prezzo è superiore al costo incrementale medio di lungo periodo, non può essere considerato di per sé predatorio; se il prezzo è compreso tra i due costi, la valutazione dell'eventuale comportamento predatorio necessita di ulteriori elementi e dell'esame del contesto competitivo in cui esso si inserisce*”.

#### *Accertamento di una condotta predatoria*

Il Consiglio di Stato, nella sentenza *Diano-Tourist-Caronte-NGI*, ha chiarito che “*nel momento in cui una determinata impresa o gruppo di impre-*



*se viene a trovarsi in posizione dominante in un unico mercato rilevante, ove la stessa intenda, mediante una propria controllata, ampliare la propria attività nell'ambito di quello stesso mercato, utilizzandone potenzialità fino a quel momento del tutto trascurate, deve tenersi conto, ai fini dell'individuazione di una politica predatoria da parte di detta controllata, di tutti gli oneri ascrivibili all'effettuazione di detto servizio, anche se astrattamente imputabili al gruppo controllante e non direttamente alla controllata medesima”.*

#### *Prezzi predatori: rilevanza dell'elemento soggettivo (intento escludente)*

Nella citata sentenza *Diano-Tourist-Caronte-NGI*, il Consiglio di Stato ha precisato che, nell'ipotesi di abuso di posizione dominante attuato attraverso l'applicazione di prezzi predatori, “*gli elementi di natura soggettiva – come l'intento escludente – assumono rilievo in presenza di politiche di fissazione dei prezzi inferiori alla media dei costi totali, ma superiori alla media dei costi variabili*”. Al contrario, la verifica circa la sussistenza dell'intento escludente non è necessaria nel caso in cui i prezzi siano inferiori alla media dei costi variabili. In questo caso, infatti, è lecito presumere “*che l'unico fine di tale comportamento sia quello di pregiudicare il concorrente, marginalizzandolo o escludendolo dal mercato*”.

#### *Concentrazioni*

##### *Valutazione delle concentrazioni*

Nella sentenza 10 luglio 2007, n. 6230, resa nel caso *Assicurazioni Generali/Toro Assicurazioni*, il Tar Lazio ha riconosciuto la rilevanza, nell'ambito dell'analisi sul controllo delle concentrazioni, di partecipazioni e incroci azionari tra concorrenti, in quanto suscettibili di “*alterare i meccanismi e gli equilibri competitivi sul mercato*”. Nella medesima pronuncia il Tar Lazio, in relazione alla valutazione circa la sussistenza di una posizione dominante collettiva, ha passato in rassegna i criteri affermatasi nella giurisprudenza comunitaria, in particolare nel caso *Airtours-First Choice* (Tribunale di primo grado, sentenza 6 giugno 2002, causa T-342/99), concludendo nel senso che l'accertamento di siffatta dominanza implica un onere probatorio di “*peculiare rilevanza*”, da parte delle autorità di concorrenza.

##### *Nozione di controllo*

Nella sentenza resa nel caso *Assicurazioni Generali/Toro Assicurazioni*, il Tar Lazio ha ribadito che “*la nozione di controllo accolta dall'art. 7 l. n. 287/90, di derivazione comunitaria, è più estesa di quella derivante dalla normativa civilistica, contemplando la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle attività di un'impresa*”. In proposito, il giudice di primo grado – sulla scorta anche delle indicazioni contenute nelle linee guida della Commissione europea sulle concentrazioni (*Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings*) – ha confermato che “*la maggioranza assoluta dei voti in assemblea non sia l'unico elemento da considerare*

*ai fini del riscontro della sussistenza del controllo de facto, potendosi guardare anche al ruolo degli altri azionisti presenti in assemblea e alla loro capacità di rafforzare la posizione dell'azionista di maggioranza relativa ovvero, al contrario, di destabilizzarla", precisando che, a tal fine, possono essere rilevanti elementi quali "il grado di dispersione dell'azionariato, l'esistenza di legami strutturali, economici o familiari tra taluni azionisti e quello di maggioranza relativa, nonché la natura della partecipazione, strategica o meramente finanziaria, degli altri azionisti nell'impresa target".*

### **Misure cautelari**

Il Tar Lazio, nella sentenza del 14 settembre 2007, n. 8952, relativa al caso *Distribuzione di farmaci senza obbligo di ricetta alle parafarmacie*, ha riconosciuto il generale potere dell'Autorità di adottare misure cautelari, nelle more del procedimento, nei casi in cui l'efficace tutela dell'interesse pubblico richiede un intervento indifferibile e urgente.

Con riferimento ai profili procedurali, il Tar Lazio ha ritenuto che *"la determinazione di avviare un procedimento per l'adozione di un provvedimento cautelare in materia antitrust deve essere preceduta dalla relativa comunicazione [all'impresa interessata] onde consentire, sia pure in un tempo compatibile con le esigenze cautelari, la possibilità per i soggetti interessati di partecipare al procedimento stesso esprimendo le proprie osservazioni sui relativi addebiti".* Nondimeno, *"ove sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, ove cioè il rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza possa prodursi ad horas per cui sarebbe pregiudizievole attendere anche il limitato tempo necessario per l'audizione delle parti, occorre ritenere che il provvedimento cautelare possa essere adottato inaudita altera parte, salvo poi procedere alla conferma o alla revoca dello stesso a seguito dell'audizione delle parti sugli addebiti".* In tal caso, il provvedimento cautelare deve essere motivato, dando conto esaurientemente delle ragioni di estrema gravità e urgenza che ne giustificano l'eccezionale adozione a prescindere dall'audizione delle parti.

### **Decisioni con impegni**

#### **Valutazione degli impegni: potere discrezionale e limiti dell'ordinamento comunitario**

In materia di valutazione degli impegni presentati dalle imprese ex articolo 14-ter, della legge n. 287/90, il Tar Lazio, nella sentenza parziale n. 12457/07 e nella sentenza n. 12460/07, rese nel caso *Pannelli Truciolari*, ha anzitutto indicato che *"la norma ha attribuito all'Autorità un potere discrezionale, da esercitare nei limiti dell'ordinamento comunitario".* Al fine di pervenire a una corretta esegesi della norma, il Collegio ha ritenuto necessario il rispetto dell'articolo 9 del regolamento CE n. 1/2003, cui è sostanzialmente ispirata, e del 13° considerando, secondo il quale *"le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende comminare un'ammenda".* Procedendo a una valutazione sistematica di tali norme, il giudice ha con-

cluso che la previsione comunitaria “sconsiglia l'accettazione di impegni quando si intenda irrogare una sanzione pecuniaria, vale a dire nei casi di intese che, al momento dell'adozione della decisione sugli impegni, appaiono di rilevante gravità (cc.dd. violazioni hardcore)”; rispetto a siffatte violazioni, “l'accettazione degli impegni priverebbe la sanzione della propria efficacia deterrente” e “potrebbe ostacolare l'efficacia dei programmi di clemenza” (in senso analogo, la sentenza del Tar Lazio relativa al caso *Vernici marine*).

Inoltre, il Consiglio di Stato nella decisione relativa al caso *Rifornimenti aeroportuali*, ha rilevato che il “Reg. n. 1/03 (considerando 13), all'evidente fine di evitare che l'accettazione degli impegni diventi solo un modo per evitare la sanzione, diminuendone così l'efficacia deterrente, precisa che le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione (in questo caso, l'Autorità) intende comminare un'ammenda, inducendo a ritenere applicabile l'istituto soprattutto nei casi meno gravi. Ciò esclude in radice l'ammissibilità dell'applicazione della decisione dell'accettazione di impegni nel caso in esame, in cui l'illecito è stato... qualificato come molto grave”.

#### *Idoneità degli impegni rispetto a condotte cessate*

Il Tar Lazio, nella sentenza resa nel caso *Vernici marine*, ha chiarito che l’“area naturale di applicazione” degli impegni va individuata in comportamenti che destano preoccupazione per gli eventuali riflessi che essi possono avere sul mercato, benché la loro contrarietà alla legge non sia ancora accertata, e non anche in profili anticoncorrenziali già venuti meno al momento dello svolgimento dell'istruttoria. Tuttavia, ove la violazione sia già venuta meno al momento dell'istruttoria, “l'accettazione degli impegni dovrebbe postulare la verifica della loro idoneità alla riparazione con effetti retroattivi delle condotte poste in essere. Diversamente, verrebbe disattesa la ratio della norma in quanto gli impegni devono essere ‘tali da far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria’, finalità che, nel caso di intesa non più attuale ma già cessata, può esser realizzata soltanto, per quanto possibile, attraverso la riparazione con effetto ex tunc dei comportamenti anticoncorrenziali”.

#### *Disparità di trattamento*

Con riferimento a censure mosse avverso il rigetto di impegni proposti ex articolo 14-ter della legge n. 287/90, il Tar Lazio, nella pronuncia *Vernici marine*, ha statuito che “il vizio di disparità di trattamento ... postula che situazioni identiche siano trattate dall'amministrazione in modo diverso e le fattispecie in materia antitrust, fisiologicamente complesse, sebbene possano presentare elementi di analogia, non sono mai tra loro identiche e, comunque, l'eventuale provvedimento di accettazione degli impegni intervenuta in una determinata ipotesi non è idonea di per sé sola a tradursi, come tertium comparationis, in un vizio di legittimità della valutazione negativa intervenuta in una diversa ipotesi”.

### *Impegni e diffida*

Il Consiglio di Stato, nella pronuncia n. 424/08 sul caso *Rifornimenti aeroportuali* ha precisato che “*contenuto della diffida e impegni si pongono su due piani diversi: la diffida deve restare entro i limiti di cui all’art. 15 della legge n. 287/90 e all’art. 5 del Reg. CE n. 1/03 e non deve costituire uno strumento per imporre misure estranee al contenuto dell’illecito accertato; mentre gli impegni non sono strettamente vincolati e possono anche riguardare misure, estranee al contenuto della diffida*”.

### *Impegni presi dalle parti e decisione con impegni*

Nella sentenza *Mercato dello zolfo grezzo*, il Tar Lazio ha chiarito che la prassi di accogliere in una fase terminale del procedimento impegni presentati dalle parti non va confusa né con l’istituto della “*decisione con impegni*”, né con i programmi di clemenza, introdotti dal regolamento n. 1/2003. I primi, ha osservato il Tar, costituiscono “*una sorta di ravvedimento operoso, grazie al quale, ove le misure proposte dalle imprese siano idonee a rimuovere l’infrazione e a ristabilire le condizioni di concorrenza sul mercato rilevante, l’Autorità può dichiarare cessate le infrazioni, non procedere all’intimazione di una diffida ed eventualmente non irrogare sanzioni amministrative pecuniarie*”.

Pertanto, ha precisato il Tar, la presentazione di siffatti impegni (diversamente dall’istituto della “*decisione con impegni*” di cui all’articolo 9 del regolamento n. 1/2003) non fa venir meno il potere/dovere dell’Autorità di procedere ad una valutazione circa l’anticoncorrenzialità della fattispecie. La “*decisione di infrazione*”, in questi casi, contribuirebbe infatti “*a contestualizzare il contenuto dei divieti antitrust e a fornire indicazioni utili agli operatori economici per valutare ex ante la liceità dei comportamenti tenuti nel mercato*”.

### *Imputabilità dell’illecito*

Il Consiglio di Stato, nella sentenza *Prodotti disinfettanti*, ha affermato il principio secondo cui l’agente, quando sostiene specifici rischi economici e finanziari, deve essere considerato impresa autonoma rispetto al proponente e, dunque, soggetto direttamente e unicamente responsabile per le proprie scelte imprenditoriali. In tale senso, secondo il Consiglio di Stato, depone anche la previsione della clausola del “*buon fine*”, la quale, proprio per il fatto di subordinare il diritto alla provvigione non alla mera conclusione dell’affare, ma all’ulteriore circostanza che esso vada appunto a buon fine, mal si concilia con un rapporto di immedesimazione organica tra l’agente e il proponente.

### *Sanzioni*

#### *Natura ed efficacia deterrente*

Nel periodo in considerazione i giudici amministrativi hanno ribadito sia la natura punitiva della sanzione, sia la sua necessaria efficacia deterrente.

In alcune sue decisioni (n. 6469/07, caso *Sisal/Lottomatica*, n. 695/08 e n. 697/08, caso *Associazione nazionale esercenti cinematografici lombarda*) il Consiglio di Stato ha sottolineato che la sanzione *antitrust* è “tipicamente punitiva”; inoltre, lo stesso Consiglio di Stato, nella pronuncia del 23 gennaio 2008, n. 21, resa nel caso *Gas Tecnici*, ha confermato l’esigenza che la sanzione “abbia una adeguata efficacia deterrente”. Alla deterrenza della sanzione hanno fatto esplicito riferimento anche le sentenze del Consiglio di Stato, n. 424/08, *Rifornimenti aeroportuali* e del Tar del Lazio n. 12457/07, *Pannelli Truciolari*, nonché le sentenze del 10 maggio 2007, n. 4264 e n. 4263, rese nel caso *Pellegrini/Consip*.

### *Presupposti e criteri di quantificazione*

La giurisprudenza ha chiarito che l’Autorità è dotata di “ampi poteri discrezionali” in sede di comminazione delle sanzioni (Consiglio di Stato, decisione *Rifornimenti aeroportuali*); ha inoltre ritenuto corretto il riferimento, da parte dell’Autorità, ai *Nuovi Orientamenti della Commissione europea per il calcolo delle ammende*, 2006/C 210/02, in sede di quantificazione delle sanzioni irrogate all’esito di procedimenti per i quali la comunicazione delle risultanze istruttorie era stata notificata dopo la data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale degli stessi (e cioè dopo il 1° settembre 2006) (Tar Lazio, sentenza *Vernici marine*; in termini analoghi, la sentenza *Pannelli Truciolari*).

In merito alla gravità, il Tar Lazio nella sentenza *Pannelli truciolari* ha osservato che l’intesa restrittiva della concorrenza accertata era “oggettivamente grave”, in quanto consistente “nel contingentamento della produzione, nella ripartizione della clientela e nella fissazione dei prezzi e delle altre condizioni commerciali” e poteva senz’altro essere qualificata molto grave essendo stati adeguatamente provati gli effetti prodotti sul mercato sotto forma di un irrigidimento delle quote di mercato e di un allineamento verso l’alto dei prezzi. Nella pronuncia *Vernici marine*, il Tar Lazio ha considerato rilevante al fine della quantificazione della sanzione l’attuazione o meno di una pratica illecita, osservando che degli effetti concretamente prodotti occorre fornire una prova sufficiente.

Il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 6469/07, resa nel caso *Lottomatica/Sisal*, ha indicato che è “sanzionabile anche una intesa priva di effetti” dal momento che le norme sulle intese sono chiare “nel richiedere la sola presenza dell’oggetto anticoncorrenziale, e non anche necessariamente dell’effetto”. Inoltre, il Consiglio di Stato ha chiarito che le intese possono essere “molto gravi, innanzitutto per la loro natura” (sentenza resa nel caso *Prezzi del latte per l’infanzia*).

Il Consiglio di Stato, nella pronuncia n. 1006/08, resa nel caso *Gas Tecnici*, ha svolto alcune considerazioni in merito alla prassi ricorrente dell’Autorità di dividere in fasce (o categorie) le società coinvolte nell’intesa sulla base del fatturato, rilevando che “se da un lato, la prassi di dividere le imprese in categorie sulla base del fatturato realizzato appare ragionevole, perché consente di tener conto della diversa capacità econo-

*mica dei soggetti coinvolti e, quindi, di determinare una sanzione che abbia una adeguata efficacia deterrente, dall'altro, tuttavia, non esime l'Autorità di indicare puntualmente, con riferimento a ciascuna impresa collocata all'interno della fascia, le ragioni che conducono alla concreta quantificazione della sanzione, valutando in maniera specifica la gravità dell'infrazione compiuta da ciascuna con riferimento all'entità del suo eventuale apporto all'intesa stessa".*

Nel caso *Associazione nazionale esercenti cinematografici lombarda*, il Consiglio di Stato ha richiamato la giurisprudenza comunitaria secondo cui in una decisione di irrogazione di ammende a molteplici imprese per violazione delle norme comunitarie in materia di concorrenza, l'obbligo di motivazione *"non comporta la redazione di un elenco vincolante o esauriente dei criteri tenuti in considerazione"*, precisando altresì che, *"nel fissare l'importo di ciascuna ammenda, la Commissione disponga di un margine di discrezionalità e non sia tenuta ad applicare, a tale scopo, una formula matematica precisa"*. Nelle medesime sentenze, tuttavia, il Consiglio di Stato ha anche rilevato che, secondo la stessa giurisprudenza comunitaria, è auspicabile che le imprese interessate e, ove necessario, il Tribunale, siano messi in condizioni di controllare che il metodo di calcolo utilizzato e i passaggi seguiti dall'Autorità siano privi di errori e compatibili con le disposizioni e i principi applicabili in materia di ammende, in particolare con il divieto di discriminazioni, dovendosi comunque consentire all'Autorità di poter spiegare, in corso di giudizio, i criteri utilizzati. Il Consiglio di Stato ha ricordato che, in ogni caso, l'assenza di idonea motivazione circa la quantificazione della sanzione non comporta l'annullamento della sanzione, ma la verifica della sua congruità da parte del giudice amministrativo.

### *Fatturato*

Nella sentenza resa nel caso *Pannelli Truciolari*, il Tar Lazio ha precisato che, riguardo all'indicazione delle percentuali del *"valore delle vendite"* applicate per la determinazione delle sanzioni irrogate, poiché *"il giudice amministrativo ha giurisdizione di merito sul profilo sanzionatorio, un'eventuale carenza di motivazione in parte qua dell'atto non potrebbe comunque determinare l'illegittimità del provvedimento ed il suo annullamento, ben potendo il giudice adito, ove del caso acquisendo ulteriori elementi in via istruttoria, apprezzare la congruità del quantum delle sanzioni pecuniarie irrogate e sostituirsi all'amministrazione nella nuova determinazione delle misure ove queste si rivelino irragionevoli, inique o sproporzionate"*.

Nella medesima sentenza, il Tar Lazio ha ritenuto che nella determinazione della percentuale del valore delle vendite per la determinazione dell'importo base della sanzione è corretto applicare una percentuale più elevata in presenza di un fatturato d'impresa particolarmente elevato realizzato anche per vendite di beni diversi da quelli ai quali l'infrazione si riferisce, così come una percentuale inferiore nel caso di imprese il cui fatturato è costituito quasi per intero dalle vendite dei beni oggetto dell'infrazione.



### *Rilevanza dell'elemento soggettivo*

Il Consiglio di Stato, nella decisione n. 424/08 sul caso *Rifornimenti aeroportuali*, ha chiarito che, in base alla giurisprudenza comunitaria, *“perché un’infrazione alle norme del Trattato sulla concorrenza si possa considerare intenzionale, non è necessario che l’impresa sia stata conscia di trasgredire tali norme, ma è sufficiente che essa non potesse ignorare che il suo comportamento aveva come scopo la restrizione della concorrenza”*. I giudici hanno, inoltre, precisato che, nel caso di specie, le imprese coinvolte erano *“di dimensioni tali da disporre certamente delle conoscenze giuridiche e economiche necessarie per conoscere il carattere illecito della loro condotta e le conseguenze che ne derivano dal punto di vista del diritto della concorrenza”*.

Quanto ai presupposti per l’irrogazione della sanzione, il Tar Lazio, nella sentenza relativa al caso *Compagnia Portuale Brindisi*, ha ribadito che, ai fini della sussistenza dei presupposti per l’irrogazione della sanzione, *“l’abuso di posizione dominante, al pari dell’intesa anticoncorrenziale, in definitiva, è un illecito di mera condotta per la cui realizzazione è sufficiente il c.d. dolo generico”*. E pertanto *“per l’integrazione della fattispecie non è necessario che l’impresa abbia avuto coscienza di violare un divieto, essendo sufficiente che essa non abbia potuto ignorare che il comportamento avesse per oggetto la restrizione della concorrenza, indipendentemente dal fatto che il comportamento, potenzialmente restrittivo della concorrenza abbia o meno avuto effetti pratici”*.

Inoltre, il Tar Lazio, nella sentenza del 19 marzo 2008, n. 2478, relativa al caso *Lidl*, ha richiamato l’orientamento giurisprudenziale secondo cui *“l’errore sulla illiceità del fatto, per essere incolpevole, deve trovare causa in elementi tali da ingenerare una certa convinzione sul significato della norma, la quale certamente non può essere identificata nella mera asserita incertezza del dettato normativo, specie se causata da una errata soggettiva percezione dello stesso, trattandosi di condizione sempre superabile, anche mediante una richiesta di informazioni alla p.a.. Ciò vale tanto più ove l’ignoranza interessi un operatore professionale, cioè un soggetto nei cui confronti il dovere di conoscenza e di informazione in ordine ai limiti e condizioni del proprio operare è particolarmente intenso, con l’effetto che la sua condotta, sotto il profilo considerato, dovrebbe semmai essere valutata con maggior rigore”*.

### *Proporzionalità*

Il Consiglio di Stato, nella sentenza del 17 aprile 2007, n. 1736, resa nel caso *Bracco-Byk Gulden Italia-Farmades-Nycomed Amersham Sorin-Schering*, ha sottolineato la rilevanza del principio di proporzionalità nella quantificazione delle sanzioni irrogate dall’Autorità. In particolare, il giudice ha rilevato che *“il principio di proporzionalità, che investe lo stesso fondamento dei provvedimenti limitativi delle sfere giuridiche del cittadino (in specie quelle di ordine fondamentale) e non solo la graduazione della sanzione, assume nell’ordinamento interno lo stesso significato che ha nell’ordinamen-*

to comunitario. [...] *Equivalenza particolarmente pregnante nel sistema anti-trust, articolato su un livello a due piani, nazionale e comunitario, il cui rapporto è retto dal principio di sussidiarietà*".

#### *Circostanze aggravanti e attenuanti*

Il Consiglio di Stato, nella pronuncia resa nel caso *Prezzi del latte per l'infanzia*, ha chiarito che la recidiva, come circostanza aggravante, va intesa come reiterazione di *"un'infrazione del medesimo tipo"*; essa è quindi applicabile anche in relazione *"a condotte che, seppure non identiche, si iscrivono, nella stessa tipologia di illecito antitrust"*. Il Tar Lazio, nella sentenza resa nel caso *Pannelli truciolari*, ha chiarito essere priva di rilievo, come circostanza attenuante, l'assenza di precedenti violazioni antitrust da parte di una determinata impresa, laddove – anche alla luce dei *Nuovi Orientamenti* della Commissione per il calcolo delle ammende – la recidiva costituisce piuttosto una circostanza aggravante. Nella stessa pronuncia, il giudice ha ritenuto legittimo l'aver tenuto conto, come attenuante, della collaborazione prestata dalle parti nel corso dell'istruttoria con riferimento alla prova dell'infrazione e, più in generale, alla spiegazione dei fatti e documenti contestati. Inoltre, il giudice ha ritenuto corretto non prendere in considerazione nella determinazione della sanzione la generica situazione di crisi dell'industria dei pannelli truciolari.

Il Consiglio di Stato, nella decisione relativa al caso *Prezzi del latte per l'infanzia*, ha sottolineato inoltre la necessità di tenere in considerazione come circostanza attenuante, ai fini della quantificazione della sanzione, il fatto che l'Autorità avesse *"suscitato in capo alle Parti un legittimo affidamento (o quanto meno un ragionevole dubbio) in ordine alla liceità o, comunque, alla neutralità, sotto il profilo concorrenziale, della condotta poi successivamente contestata"*. Nel caso di specie, il Collegio ha ritenuto circostanza idonea a far sorgere un ragionevole dubbio circa il carattere illecito dell'infrazione poi sanzionata *"il mancato esercizio da parte dell'AGCM del potere sanzionatorio in ordine a condotte dalla stessa certamente conosciute nell'ambito di un diverso procedimento a carico delle medesime imprese"*.

Nella sentenza resa nel caso *Prodotti disinfettanti*, il Tar Lazio ha ritenuto che la collaborazione nell'accertamento dell'illecito concorrenziale rilevante ai fini dell'attenuazione delle ammende, come richiesto dai *Nuovi Orientamenti* della Commissione europea sul calcolo delle ammende e dal comma 2-bis dell'articolo 15 della legge n. 287/90, deve rivestire carattere *"qualificato"* e cioè dal fatto che l'impresa si adoperi *"oltre quanto richiesto dagli obblighi di collaborazione richiesti dalla legge"*. In proposito, il Tar Lazio, nella sentenza *Vernici marine*, ha indicato che non può considerarsi autonoma circostanza attenuante la presentazione di impegni che siano stati rigettati dall'Autorità.

#### *Disparità di trattamento sanzionatorio*

Con la sentenza resa nel caso *Prezzi del latte per l'infanzia*, il Consiglio di Stato ha negato la sussistenza di una disparità di trattamento sanzionatorio nell'ipotesi in cui l'entità della sanzione non rifletta le quote di mercato degli ope-

tori, osservando che non vi sia, in tal caso, alcun profilo di irragionevolezza, poiché il criterio incentrato sull'ampiezza delle quote di mercato era soltanto uno dei parametri adoperati dall'Autorità per la concreta determinazione della sanzione. Alla medesima conclusione il Collegio è pervenuto con riguardo al parametro delle condizioni economiche del soggetto danneggiato. Atteso che il fatturato non costituisce l'unico criterio utilizzato dall'Autorità al fine di determinare la sanzione, non può essere ritenuto illogico *“che sanzioni non rispecchino perfettamente le proporzioni esistenti tra i fatturati delle società coinvolte”*.

Il Tar Lazio, con la sentenza del 10 maggio 2007, n. 4262 resa nel caso *Pellegrini/Consip*, ha rilevato la carenza di interesse alla censura con cui si lamenta l'applicazione di percentuali sanzionatorie diseguali alla pluralità delle imprese coinvolte in un medesimo cartello: non può infatti vantarsi alcun interesse all'aumento della sanzione irrogata ad altri partecipanti all'intesa, bensì solo alla riduzione della propria sanzione, ciò in quanto essa è stata determinata prescindendo dalle circostanze che hanno indotto l'Autorità a fissare sanzioni diverse a carico degli altri operatori coinvolti.

#### *Disparità di trattamento - Clemenza*

Il Tar Lazio, nella sentenza *Pannelli Truciolari*, ha escluso che le imprese partecipanti a un cartello possano avere alcun interesse giuridicamente rilevante a contestare l'ammissione di altra parte dell'intesa al programma di clemenza *“non sussistendo alcun nesso eziologico tra l'ammissione (di un'impresa) alla misura premiale e la quantificazione della sanzione pecuniaria irrogata alle imprese responsabili dell'illecito”*.

#### *Criteri di quantificazione (condizioni economiche)*

Il Tar Lazio, con la sentenza del 10 maggio 2007, n. 4263, resa nel caso *Pellegrini/Consip*, ha indicato che le condizioni economiche dell'impresa rilevanti per la determinazione della sanzione sono quelle esistenti al momento dell'irrogazione della sanzione e non quelle del momento in cui è stato commesso l'illecito.

#### *Termini del procedimento di rideterminazione della sanzione*

Il Tar Lazio, nella sentenza n. 4262/07 resa nel caso *Pellegrini/Consip*, ha affermato che i tempi del procedimento per la rideterminazione della sanzione, condotto dall'Autorità in ottemperanza al giudicato amministrativo, sono rimessi alla discrezionalità dell'Autorità stessa: pertanto il *dies a quo* del nuovo termine di conclusione del procedimento non coincide con il deposito della sentenza del Consiglio di Stato che impone il riesercizio della potestà di determinazione della sanzione, e il *dies ad quem* non coincide con il termine originariamente fissato dal provvedimento accertativo dell'infrazione. Piuttosto, è l'Autorità che stabilisce, ai sensi dell'articolo 6, comma 3, del decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217, il termine di conclusione del procedimento, il quale non è perentorio, ma può essere motivatamente prorogato.

### *Rideterminazione della sanzione da parte del giudice*

Il Consiglio di Stato, nella sentenza resa nel caso *Bracco-Byk Gulden Italia-Farmades-Nycomed Amersham Sorin-Schering*, ha osservato che, con riferimento alle motivazioni addotte dal giudice in sede di riduzione della sanzione da parte del giudice di primo grado, è “*passibile di critica [...] l’operazione [...] di sintetica rideterminazione verso il basso dell’importo*” senza un’esatta indicazione del rilievo di ciascuna delle circostanze considerate. In quel caso, a sostegno della riduzione dell’ammenda, il Tar Lazio aveva fatto riferimento al difetto di proporzionalità della sanzione e all’esclusione di alcuni fatti sanzionati dalla concertazione, senza tuttavia una “*preventiva individuazione della rispettiva influenza che i due elementi – corrispondenti ai vizi del provvedimento impugnato – giocavano nella riduzione della sanzione*”.

### *Potere di diffida dell’Autorità e ottemperanza*

#### *Diffida*

Nella sentenza relativa al caso *Mercato dello zolfo grezzo*, il Tar Lazio ha precisato che la diffida deve essere correlata al tipo di illecito contestato e può comportare tanto un obbligo di fare (come nel caso delle pratiche escludenti), quanto di astenersi da determinati comportamenti (è questo tipicamente il caso degli accordi e delle pratiche concordate restrittive della concorrenza). Nella medesima pronuncia il Tar Lazio ha altresì ribadito che la finalità della diffida, “*non è solo quella di eliminare i comportamenti oggetto dell’intesa ma anche quella di rimuovere, ove possibile, le conseguenze anticoncorrenziali di essa e di intimare alle imprese di astenersi dal porre in essere analoghi comportamenti per il futuro*”; a tal proposito, il giudice ha statuito che “*l’art. 15 della l. n. 287/90 non attribuisce espressamente all’Autorità il potere di imporre rimedi alle imprese (ad es. misure di natura strutturale), ancorché detto potere sia stato considerato dalla giurisprudenza connotato al ruolo dell’Autorità*”. Pertanto, per poter ingiungere specifici comportamenti diversi dalla mera cessazione di quelli tramite cui è stato realizzato l’illecito, essa “*deve comunque fornire un’adeguata motivazione e valutare l’idoneità delle misure imposte sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità ‘considerato che ciò che è atto dovuto è la diffida ma non anche l’inclusione nella diffida di tali specifiche misure’ (Consiglio di Stato, decisione n. 926/2004)*”.

Il Consiglio di Stato, nella pronuncia n. 423/08 sul caso *Rifornimenti aeroportuali*, ha ritenuto che l’inibitoria di intese anticoncorrenziali e di fatti-specie di abuso di posizione dominante “*non possa prescindere dalla puntuale individuazione e dall’inibitoria delle condotte ritenute lesive, quali parametri cui rapportare la necessaria verifica di ottemperanza alla diffida, non essendo – in caso contrario – in alcun modo verificabile (se non a distanza di molto tempo e in base all’andamento generale del mercato) il superamento dei patti occulti, indirizzati al sovvertimento della libera concorrenza*”. Sempre con riguardo al potere di diffida, nella medesima pronuncia il Collegio ha posto in evidenza che l’articolo 15 della legge n. 287/90 e l’articolo 5 del regolamento

n. 1/2003 “appaiono testualmente finalizzati alla eliminazione delle infrazioni ed alla cessazione delle medesime” e pertanto non consentono di aggiungere all’ordine di rimozione della condotta anti-giuridica una modifica strutturale del sistema, “ove non strettamente funzionale alle finalità anzidette”.

### *Ottemperanza*

Il Tar Lazio, con la sentenza del 19 aprile 2007, n. 3457, resa nel caso *Operatori nel settore degli esplosivi da mina*, ha ritenuto idonea, ai fini dell’ottemperanza a una diffida, un’iniziativa che “sebbene propedeutica, può ritenersi finalizzata ad ottemperare all’ordine impartito” dall’Autorità. Il Tar Lazio ha poi circostanziato tale affermazione, puntualizzando che il fatto che “tale iniziativa avesse, nella sostanza, carattere interlocutorio – e, comunque, non sia stata ritenuta esaustiva –, non altera la sua rilevanza [...laddove] l’Autorità ha imputato alle imprese non già la mancata ottemperanza, bensì l’assenza di iniziative volte ad ottemperare”. Ciò, in particolare, laddove “l’Autorità non ha fornito riscontro all’istanza, mentre [...] sarebbe stata obbligata a pronunciarsi su di essa” in ragione di un’ordinanza del Consiglio di Stato, che aveva specificato la sussistenza dell’obbligo, in capo all’Autorità, di esprimersi sull’istanza con cui le imprese le avevano sottoposto le misure che intendevano adottare per ottemperare.

### *Inottemperanza all’obbligo di comunicazione di una concentrazione*

Il Tar Lazio, nella sentenza resa nel caso *Lidl*, ha affermato che l’uso della voce verbale “può” nell’articolo 19, comma 2, della legge n. 287/90, “non è indicativa della spettanza all’Autorità di una discrezionalità estesa all’an del trattamento sanzionatorio, ma si spiega semplicemente con l’intento legislativo di sottolineare – oltre che il potere di graduarne il quantum – la cumulabilità della sanzione per l’inottemperanza agli obblighi di comunicazione preventiva con l’ulteriore sanzione applicabile, in forza del 1° comma dello stesso art. 19, in dipendenza degli eventuali effetti anticoncorrenziali della concentrazione”.

## **PROFILI PROCEDURALI**

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

#### *Rapporto tra comunicazione delle risultanze istruttorie e provvedimento finale*

Nella decisione *Prezzi del latte per l’infanzia*, il Consiglio di Stato ha ribadito che “le eventuali differenze rispetto alla comunicazione delle risultanze istruttorie rilevano solo se comportano un mutamento della natura intrinseca della violazione accertata rispetto a quella contestata, con modifica dell’imputazione, perché solo in tal caso sarebbe violato il diritto di difesa, mentre nulla impedisce che l’Autorità (..) ad esito del procedimento mantenendosi all’interno della cornice fattuale degli addebiti mossi alle imprese (..) pervenga ad una definizione giuridica dei fatti contestati diversa da quella iniziale, ovvero ad una diversa ricostruzione giuridico-formale della fattispecie”.

Nella sentenza relativa al caso *Lottomatica/Sisal*, il Consiglio di Stato ha

rilevato che *“in procedimenti particolarmente complessi,... ed aventi ad oggetto una pluralità di condotte contestate, non è certo necessario che l’Autorità già nel corso dell’istruttoria o alla fine di questa (CRI) segua lo stesso ordine logico del provvedimento finale e tragga tutte le conclusioni”*; ciò che importa è che *“le parti siano messe in grado di comprendere la natura delle contestazioni mosse, anche con riferimento agli accertamenti istruttori, e possano così difendersi”*.

### *Estensione oggettiva del procedimento*

Il Consiglio di Stato, nella sentenza del 2 ottobre 2007, n. 5085, resa nel caso *Ania/Periti assicurativi*, riformando la sentenza di primo grado ha affermato che *“la contestazione iniziale in base alla quale sia stata portata a termine una corrispondente istruttoria, non consente di pervenire, all’interno dello stesso procedimento, e dopo la conclusione dell’istruttoria stessa, alla legittima contestazione di ulteriori fatti ipotizzati come autonomi illeciti, assumendoli come rilevanti nell’unico procedimento già instaurato ed inserendoli in tale procedimento nello stato in cui esso si trova in relazione alla prima contestazione. Un tale modus operandi priva evidentemente la parte destinataria della seconda contestazione della sua essenziale possibilità di difesa, sulla quale non influisce la mera circostanza di una proroga del termine, inizialmente fissato, per la conclusione dell’istruttoria, non idonea a ripristinare la posizione difensiva della parte relativamente all’interezza delle sue prerogative difensive”*.

Il medesimo giudice ha inoltre osservato che, in un sistema procedimentale puntualmente scandito da apposite norme procedurali, quale quello davanti all’Autorità, non può utilmente invocarsi l’articolo 21 *octies* della legge n. 241/90, *“perché la conclusione dell’istruttoria simultanea alla contestazione di fatti nuovi ed autonomi da quelli originariamente contestati, pone il procedimento in uno stato tale da rendere estremamente difficile, se non praticamente impossibile, all’Amministrazione di provare in giudizio che il contenuto del provvedimento finale non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*. *“La norma è di dubbia applicazione ad un caso in cui non è mancata la mera comunicazione dell’avvio di procedimento, ma un’intera sequenza di momenti di contraddittorio, la cui assenza, in una materia caratterizzata da complessi accertamenti e valutazioni tecnico-economiche, nonché da relevantissimi profili sanzionatori, non può ridursi ad un mero vizio formale del provvedimento finale, costituendo il corretto contraddittorio procedimentale un modo di essere intrinseco all’esercizio del potere, cioè un momento ‘sostanziale’ dell’esercizio dei poteri accertativo-sanzionatori dell’Autorità”*.

### *Termini dell’istruttoria*

Nella sentenza relativa al caso *Pannelli Truciolari*, il Tar Lazio ha escluso che la decorrenza di un rilevante intervallo di tempo tra la ricezione di una segnalazione e l’avvio dell’istruttoria si traduca in un vizio procedurale: l’articolo 14 della legge n. 287/90 non contempla, infatti, alcun termine di inizio del



procedimento, e l'Autorità deve disporre di tutto il tempo necessario alla valutazione sulla esigenza o meno di avviare l'istruttoria. Il medesimo giudice, nella sentenza resa nel caso *Prodotti disinfettanti*, muovendo dalla distinzione tra istruttoria avviata d'ufficio dall'Autorità (articolo 12) e istruttoria avviata a seguito di comunicazione degli accordi da parte delle imprese (articolo 13) ha ritenuto che “*quando l'attività istruttoria è posta in essere d'ufficio o su impulso di terzi, i tempi del procedimento sono sostanzialmente rimessi alla discrezionalità dell'amministrazione procedente*”. Infatti, solo nell'ipotesi in cui sia stato lo stesso autore del comportamento anticoncorrenziale a portarlo a conoscenza dell'Autorità, a quest'ultimo deve riconoscersi “*il diritto di ottenere una verifica in tempi certi*”; laddove, invece, quando “*un comportamento lesivo della libertà di concorrenza sia stato individuato dall'Autorità di propria iniziativa o su sollecitazione di terzi, il suo autore non può dolersi allo stesso modo della tardività dell'intervento dell'amministrazione*”.

#### *Legittimo affidamento*

Nella decisione n. 423/08, resa nel caso *Rifornimenti aeroportuali*, il Consiglio di Stato ha chiarito che alcun legittimo affidamento può essere invocato dalle imprese che abbiano comunicato un'intesa all'Autorità per il fatto che essa abbia ommesso di avviare un'istruttoria nei termini di cui all'articolo 13 della legge n. 287/90. Ciò, “*sia perché il precluso avvio di un'istruttoria non tempestiva non si estende al caso di 'comunicazioni incomplete o non veritiere', sia perché anche un'intesa originariamente legittima può dare luogo ad interventi sanzionatori, in caso di deviazioni poste in essere in un secondo tempo*”.

#### *Istruttoria in materia di concentrazioni*

##### *Sospensione del termine per acquisizione del parere dell'ISVAP*

Il Tar Lazio, nella sentenza del luglio 2007, n. 6230, resa nel caso *Assicurazioni Generali/Toro Assicurazioni*, ha ribadito che il termine perentorio di 45 giorni previsto dall'articolo 20 della legge n. 287/90 per l'adozione dell'atto conclusivo dell'istruttoria in materia di concentrazioni viene automaticamente sospeso per consentire l'acquisizione del parere dell'Isvap. In proposito, il giudice ha precisato che il predetto effetto sospensivo del termine finale del procedimento “*è logicamente - e necessariamente - collegato allo scopo avuto di mira dalle previsioni che impongono l'acquisizione di un parere: l'arricchimento dell'istruttoria, garantito in queste ipotesi attraverso l'esercizio della funzione consultiva da parte di un soggetto diverso da quello responsabile del procedimento principale, non può cioè andare a detrimento dell'ampiezza delle valutazioni rimesse al titolare dell'attribuzione di amministrazione attiva*”. Peraltro, il Tar ha ribadito che “*Il parere dell'Isvap si inserisce infatti nella fase decisoria, non già in quella istruttoria, del procedimento antitrust*”, il che comporta “*l'irragionevolezza della tesi della ricorrente, a voler seguire la quale sortirebbe che all'Autorità sarebbero concessi solo quindici giorni (quarantacinque complessivi meno i trenta per l'acquisizione del parere) per l'espletamento delle attività istruttorie*”.

*Inapplicabilità dell'articolo 10-bis, legge n. 241/90 in materia di concentrazioni*

Il Tar Lazio, nella sentenza resa nel caso *Assicurazioni Generali/Toro Assicurazioni*, ha chiarito che l'articolo 10-bis della legge n. 241/90 non è applicabile in caso di “non autorizzazione” o “autorizzazione condizionata” delle concentrazioni comunicate all'Autorità. Ciò anche in considerazione del fatto che i procedimenti antitrust sono “*compiutamente disciplinati dalla l. n. 287 del 1990 e dal relativo regolamento di procedura (approvato con d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217), fonti che in linea di massima prevalgono sulla disciplina generale del procedimento in ragione - oltre che, appunto, della loro specialità - della circostanza che le esigenze partecipative da questa perseguite sono (più che adeguatamente) considerate nella normativa di settore*”.

*Termine per la contestazione dell'inottemperanza*

Il Tar Lazio, nella pronuncia sul caso *Compagnia Portuale Brindisi*, ha ribadito il principio in base al quale, con riferimento alla contestazione dell'inottemperanza a una diffida impartita dall'Autorità, “*il dies a quo del termine per la contestazione degli estremi della violazione, essendo ancorato al momento dell'accertamento della violazione stessa, deve essere inteso come comprensivo del tempo necessario alla valutazione dei dati acquisiti ed afferenti agli elementi oggettivi e soggettivi dell'infrazione*”.

*Aspetti procedurali relativi al subprocedimento di valutazione degli impegni**Termine per la presentazione di impegni*

Con sentenza parziale n. 12457 e sentenza n. 12460, rese entrambe in data 4 dicembre 2007, *Pannelli Truciolari*, il Tar Lazio ha avallato la scelta dell'Autorità di ritenere applicabile l'articolo 14-ter della legge n. 287/90 anche ai procedimenti pendenti al momento dell'entrata in vigore della norma (e cioè il 12 agosto 2006), ritenendola un “*apprezzabile atto di mera collaborazione*” dell'amministrazione. In virtù di tale atto, le parti di procedimenti *in itinere* potevano presentare impegni nel termine di tre mesi stabilito dalla norma, che “*eccezionalmente è stato considerato decorrente non già dalla notifica dell'istruttoria ma dalla data di entrata in vigore della norma*”.

*Obbligo di preavviso del rigetto*

Il Tar Lazio, nelle citate sentenze parziali rese nel caso *Pannelli Truciolari*, ha escluso che al sub-procedimento *ex* articolo 14 *ter* della legge n. 287/90 si applichi l'articolo 10-bis della legge n. 241/90, secondo cui, nei procedimenti a istanza di parte, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, devono essere comunicati tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. A tal proposito, il giudice ha ribadito il consolidato orientamento secondo cui i procedimenti antitrust sono compiutamente disciplinati dalla legge n. 287/90 e dal relativo regolamento di procedura (decreto del Presidente della Repubblica n. 217/98), e “*tali fonti prevalgono sulla disciplina generale del procedimento sia per la*

*loro specialità sia per la circostanza che le esigenze partecipative ad esso sottese sono adeguatamente considerate nella normativa di settore”.*

#### *Valutazione preliminare*

Sempre nelle sentenze parziali rese nel caso *Pannelli Truciolari*, il Tar Lazio ha escluso che prima dell'eventuale presentazione degli impegni l'Autorità sia tenuta a rendere noto alle parti del procedimento le valutazioni preliminari effettuate in esito a una prima parte dell'attività istruttoria, e ciò perché: i) l'articolo 14-ter scandisce un *iter* subprocedimentale attribuendo l'iniziativa alle parti e “*senza prevedere ulteriori segmenti partecipativi*”; ii) ritenere che sia necessaria una valutazione preliminare dei risultati dell'istruttoria si porrebbe in contrasto con la *ratio* dell'istituto che mira a una rapida definizione della questione senza che sia necessario pervenire a un accertamento della sussistenza o meno dell'illecito anticoncorrenziale; iii) il procedimento nazionale ha una struttura almeno in parte diversa da quella del procedimento comunitario, e nell'ordinamento nazionale l'atto di avvio dell'istruttoria funge sostanzialmente da valutazione preliminare sulla sussistenza di preoccupazioni anticoncorrenziali.

#### *Difesa delle parti e obbligo di motivazione dell'Autorità*

##### *Motivazione dei provvedimenti in relazione alle difese delle parti*

Il Tar Lazio, nella sentenza relativa al caso *Compagnie Aree/Fuel Surcharge*, in conformità al consolidato orientamento giurisprudenziale, ha affermato “*che l'obbligo di prendere in considerazione le memorie e le osservazioni prodotte dal destinatario del procedimento amministrativo non comporta la necessità di una specifica confutazione delle argomentazioni svolte, dovendosi valutare la sufficienza della motivazione in relazione all'ampiezza dei poteri affidati all'amministrazione, tenendo conto che ciò che rileva ai fini della legittimità è la congruità della decisione e della motivazione in rapporto alle risultanze istruttorie complessivamente acquisite*”.

Con riguardo all'onere di motivazione dei provvedimenti dell'Autorità, il Tar Lazio, nella sentenza relativa al caso *Assicurazioni Generali/Toro Assicurazioni* ha ribadito la propria critica alla “*tecnica difensiva [delle imprese] consistente nel soppesamento parcellizzato del valore probatorio dei singoli indizi decontestualizzati, che deve cedere il passo all'apprezzamento organico della valenza propria del complesso indiziario raccolto*” (in senso analogo, si è espresso il Consiglio di Stato nella sentenza resa nel caso *Lottomatica/Sisal*).

#### *Rettificazione della sanzione*

Il Consiglio di Stato, nella sentenza relativa al caso *Rifornimenti Aeroportuali*, ha chiarito che in caso di rettifica della sanzione da parte dell'Autorità, laddove ciò porti all'aggravamento della sanzione a carico di un'impresa, è necessaria la previa comunicazione dell'avvio del procedimento all'impresa interessata.

### ***Autorizzazione in deroga ex articolo 4 legge n. 287/90***

Il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 1006/08 relativa al caso *Gas Tecnici*, ha posto in evidenza che i principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa impongono all'Autorità – prima di negare l'autorizzazione in deroga ex articolo 4 della legge n. 287/90 e ordinare la misura delle dismissioni delle imprese comuni – di segnalare “*alle imprese madri la necessità di rimuovere eventuali restrizioni ritenute eccessive rispetto alla finalità dell'intesa, al fine di giungere all'autorizzazione di un'intesa che poteva essere ritenuta, in assenza dei predetti elementi di criticità, vantaggiosa per il mercato*”.

### ***Rapporti tra giudicato penale e determinazioni dell'Autorità***

Il Consiglio di Stato nella decisione relativa al caso *Prodotti Disinfettanti* ha affrontato il tema dei rapporti tra giudicato penale e determinazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, indicando che il giudicato penale si impone alle altre giurisdizioni solo sotto il profilo relativo all'accertamento dei fatti e non anche in ordine alla “qualificazione” dei fatti stessi. In particolare, il giudicato penale di assoluzione “*non vincola in ordine alla qualificazione dei fatti ivi presi in considerazione in relazione alla tutela di interessi diversi da quelli che sono stati sottoposti al giudice penale*”. Di conseguenza, la conclusione del giudice penale di irrilevanza dei fatti “*non vincola l'autorità amministrativa nel formulare il giudizio di rilevanza dei medesimi fatti in relazione agli interessi al cui presidio è preposta l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, e nemmeno il giudice amministrativo, chiamato a decidere sull'impugnazione degli atti di irrogazione della sanzione amministrativa*”.

### ***Accesso ai documenti***

#### ***Accesso e riservatezza***

Il Consiglio di Stato, nella decisione relativa al caso *Prezzi del latte per l'infanzia*, ha nuovamente affrontato il tema dei rapporti tra diritto d'accesso e riservatezza nei procedimenti antitrust, che implica la necessità di bilanciare l'interesse alla tutela delle informazioni riservate con quello alla tutela del diritto di difesa delle parti. Dopo aver ribadito che il diritto di accesso nei procedimenti antitrust si presenta come esplicazione del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio, il Consiglio di Stato ha indicato che il diniego di accesso agli atti per ragioni di riservatezza “*può assumere rilievo come violazione del diritto di difesa solo quando si ritenga che, in mancanza del diniego il procedimento si sarebbe potuto concludere in modo diverso*”. Pertanto, la valutazione della rilevanza dei documenti non resi accessibili deve essere fatta alla luce degli addebiti mossi all'impresa e della difesa da quest'ultima svolta. Pertanto, quando il diniego d'accesso riguardi “*dati che hanno un rilievo assai limitato rispetto all'impianto accusatorio creato dall'Autorità*” non si può ritenere che sia stato arrecato alcun pregiudizio al diritto di difesa

delle parti. In questo caso, il comportamento dell'Autorità risulterà, dunque, non solo pienamente legittimo ma conforme a quanto previsto, a tutela della riservatezza, nell'articolo 13 del D.P.R. n. 217/1998. In proposito, il Consiglio di Stato ha ricordato che *“l'accesso ai documenti che contengono segreti commerciali (...) rappresenta un'eccezione, e può avvenire solo limitatamente a quegli elementi essenziali (cioè assolutamente necessari) per l'esercizio del diritto di difesa delle imprese”*.

#### *Modalità e limiti del diritto di accesso*

Richiamando i precedenti comunitari e nazionali, nella decisione n.6469/2007 resa in relazione al caso *Lottomatica/Sisal*, il Consiglio di Stato ha ribadito che *“il principio di parità delle armi non comporta che in ogni caso il diritto di accesso prevalga sulle esigenze di riservatezza, ma implica che venga consentito alle imprese di conoscere il contenuto dell'intero fascicolo, con indicazione degli atti secretati e del relativo contenuto e che, in relazioni ai documenti costituenti elementi di prova a carico o comunque richiesti dalle imprese per l'utilizzo difensivo a discarico, la secretazione sia strettamente limitata alla c.d. parti sensibili del documento”*. Nella medesima pronuncia i giudici hanno altresì precisato che *“l'eventuale decretazione dei singoli documenti non costituisce vizio idoneo ad invalidare il provvedimento finale dell'Autorità, ma al più consente che tali documenti siano resi accessibili in giudizio”*.

#### *Trattamento delle denunce*

Il Consiglio di Stato, nella decisione del 17 aprile 2007, n. 1738, resa sul caso *SILB/SIAE*, ha riconosciuto la discrezionalità dell'Autorità nel discernere gli aspetti delle denunce su cui avviare un'istruttoria dagli aspetti invece archiviabili, affermando che *“nel procedimento di accertamento delle violazioni antitrust l'Autorità garante – nell'esercizio della sua discrezionalità tecnica, particolarmente penetrante in sede di indagine – non è tenuta ad approfondire specificamente ogni punto della segnalazione di illecito, essendo sufficiente che esamini complessivamente il tema posto alla sua attenzione, cogliendone le linee portanti e dandone conto”*.

#### *Profili processuali*

##### *Interesse a ricorrere*

Nella sentenza relativa al caso *Mercato dello zolfo grezzo*, il Tar Lazio ha osservato che il considerevole lasso di tempo intercorso tra l'adozione del provvedimento con cui l'Autorità ha accertato un'infrazione senza comminare una sanzione pecuniaria e la proposizione del relativo ricorso, non è di per sé causa di improcedibilità di quest'ultimo per sopravvenuta carenza di interesse. L'improcedibilità discende infatti da un prudente apprezzamento e rigoroso accertamento del giudice e *“consegue al verificarsi di una situazione tale da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza, anche sotto il profilo*

*strumentale e morale*". In questi casi *"la persistenza dell'interesse [a ricorrere] va valutata considerando anche le possibili ulteriori iniziative attivate o attivabili dal ricorrente per soddisfare la pretesa vantata (ad esempio di natura risarcitoria) ovvero ogni possibile effetto pregiudizievole, anche indiretto, tuttora derivante dal provvedimento impugnato"*.

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

Il Consiglio di Stato, nella sentenza relativa al caso *SILB/SIAE*, pur sostanzialmente confermando il più recente orientamento in tema di legittimazione a impugnare i provvedimenti antitrust, ha negato la legittimazione di un ente associativo a impugnare il provvedimento accertativo dell'infrazione dallo stesso denunciata in quanto lo ha ritenuto soggetto privo della rappresentanza dei singoli associati direttamente colpiti dal provvedimento. In particolare, il giudice d'appello ha affermato che nella controversia in oggetto non è risultato sussistente *"il requisito che caratterizza l'esercizio dei poteri rappresentativi nel diritto privato, cioè la spendita del nome del rappresentato (da non confondere, ovviamente, con la dichiarazione di rappresentatività della categoria a tutela dell'interesse collettivo)"*.

#### *Interesse a intervenire nel giudizio*

Nella sentenza relativa al caso *Lottomatica/Sisal*, il Consiglio di Stato ha chiarito che la circostanza di non avere titolo a operare nel mercato interessato dalla condotta censurata dall'Autorità (nella specie, il mancato ottenimento del titolo concessorio per la gestione delle scommesse in Italia) non priva un'impresa dell'interesse a intervenire in un giudizio avente a oggetto una intesa intervenuta tra i due principali operatori del mercato italiano. Ciò nella misura in cui tale impresa (uno dei principali operatori europei nel mercato delle scommesse) ha interesse all'ingresso nel mercato italiano e, di conseguenza, ha interesse anche all'accertamento dell'esistenza di pratiche escludenti limitative dell'accesso al mercato italiano e al mantenimento della difida finalizzata alla cessazione delle condotte anticoncorrenziali.

#### *Costituzione in giudizio - tardività*

Il Tar Lazio, nella sentenza resa nel caso *Compagnia Portuale Brindisi*, ha affermato che *"nel processo amministrativo, il termine di cui all'art. 22, co. 1, L. 1034/1971, di venti giorni liberi per la costituzione in giudizio delle parti intimiate ha natura ordinatoria, per cui la costituzione tardiva non incorre in alcuna decadenza, con l'unica conseguenza che detta costituzione avviene allo stato in cui il processo si trova in quel momento"*.

#### *Appello incidentale autonomo*

Il Consiglio di Stato, nella sentenza resa nel caso *Bracco-Byk Gulden Italia-Farmades-Nycomed Amersham Sorin-Schering*, ha ribadito che *"all'appello incidentale improprio – rivolto avverso capi della sentenza autonomi da quelli impugnati con l'appello principale ovvero volto a far valere*



*un autonomo interesse – si applica il termine previsto per l'appello principale*", in quanto esso *"è nella sostanza un appello autonomo, che ha la medesima natura di quello principale e deve seguirne il regime"*. In tale contesto, il Consiglio di Stato ha altresì affermato l'inapplicabilità dell'articolo 334 c.p.c. all'appello incidentale autonomo tardivo, evidenziando che, diversamente dal processo civile, *"in un giudizio amministrativo che verte sull'atto [...] e non sul rapporto, e nel quale ogni censura del provvedimento che sia autosufficiente (vuoi perché colpisca un segmento della decisione amministrativa ex se lesivo, vuoi perché sia potenzialmente idonea a demolire l'intero provvedimento) dà luogo ad un autonomo capo di cognizione, cui corrisponde un capo di sentenza, a sua volta foriero per la parte di un'utilità – o della sua negazione – assolutamente indipendente dalle altre"*. Il Collegio ha altresì puntualizzato che anche con riferimento alla proposizione dell'appello incidentale autonomo trova applicazione l'articolo 23-bis, comma 7, della legge n. 1034/71 (aggiunto dalla legge n. 205/2000), e che pertanto *"l'appello incidentale autonomo nei giudizi soggetti alla speciale disciplina di cui all'art. 4, legge 205/00 deve essere proposto, a pena di decadenza, nel termine lungo di centoventi giorni dalla pubblicazione della sentenza"*.

#### ***Inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione (ex articolo 111 Cost.)***

La Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite Civili, con sentenza n. 7063 del 17 marzo 2008, ha dichiarato l'inammissibilità di un ricorso per motivi inerenti la giurisdizione (*ex* articolo 360 cpc e articolo 111 Cost.), promosso avverso una sentenza con cui il Consiglio di Stato aveva respinto gli appelli avverso una sentenza del Tar Lazio che, a sua volta, aveva confermato la legittimità del provvedimento dell'Autorità nel caso *Test diagnostici per diabete*.

Tra le statuizioni maggiormente significative della pronuncia, si segnala quella inerente all'ambito del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo in materia di concorrenza. In particolare, le Sezioni Unite indicano che *"con riguardo alle sanzioni pecuniarie applicate dall'Autorità Garante della Concorrenza, sussista l'esigenza d'una tutela giurisdizionale piena, dovendosi interpretare il rinvio operato dalla L. n. 287 del 1990, art. 31, alle disposizioni della L. n. 689 del 1981 - in ottemperanza al principio di legalità posto dall'art. 23 Cost., dal quale si tutela il diritto del privato a non subire imposizioni patrimoniali al di fuori dei casi previsti dalla legge - come esteso anche al tipo di cognizione prevista dall'art. 23 della richiamata L. n. 689 del 1981, ond'è che devesi ritenere consentita anche al giudice amministrativo, al pari di quanto già da tempo e ripetutamente riconosciuto al giudice ordinario nei giudizi d'opposizione introdotti ai sensi dell'art. 23 cit., la verifica dei fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell'Autorità antitrust sotto il profilo della verità degli stessi, eppertanto la valutazione degli elementi di prova raccolti dall'Autorità e delle prove a difesa offerte dalle imprese, senza che l'accesso al fatto del giudice possa subire alcuna limitazione, al fine di annullare in tutto o in parte il provvedimento o di modificarlo anche solo limitatamente all'entità della sanzione dovuta"*. Le Sezioni Unite preci-

sano tuttavia che: “Ciò che non è consentito al Consiglio di Stato è un controllo c.d. di tipo ‘forte’ sulle valutazioni tecniche opinabili, id est l’esercizio, da parte del giudice, di un potere sostitutivo, spinto fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell’Amministrazione, fermo restando anche sulle valutazioni tecniche il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza. Ma, come hanno evidenziato queste SS.UU. con la citata sentenza 8882/05, questa è questione concernente non già l’essenza della funzione giurisdizionale demandata al giudice amministrativo, bensì le sue modalità di esercizio nonché l’individuazione del suo ambito operativo, e tale aspetto esula dal sindacato affidato a queste Sezioni unite dall’art. 111 Cost., comma 8, sindacato che comunque non potrebbe essere esteso ad (eventuali) errori di giudizio.”

### **Criterio della continuità economica e sanzioni antitrust**

La Corte di Giustizia, Grande Sezione, con sentenza 11 dicembre 2007, C-280/06, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Ente tabacchi italiani SpA, Philip Morris Products SA e a.* ha risolto i quesiti posti dal Consiglio di Stato con ordinanza dell’8 novembre 2005, di rinvio pregiudiziale d’interpretazione ex articolo 234 del Trattato CE. In proposito, la Corte ha confermato la legittimità dell’interpretazione a suo tempo seguita dall’Autorità, statuendo quanto segue: “Gli artt. 81 CE e seguenti devono essere interpretati nel senso che, nel caso di enti dipendenti dalla stessa autorità pubblica, qualora una condotta costitutiva di una stessa infrazione alle regole della concorrenza sia stata commessa da un ente e successivamente proseguita fino alla sua fine da un altro ente succeduto al primo, il quale non ha cessato di esistere, tale secondo ente può essere sanzionato per l’infrazione nella sua interezza, se è provato che tali due enti sono stati sotto la tutela della citata autorità”.

---

**Esiti ricorsi al TAR e al CdS in materia di concorrenza con sentenze depositate nel periodo 1° aprile 2007 - 31 marzo 2008**

<i>Ricorsi discussi</i>	<i>Ricorsi respinti<sup>1</sup></i>	<i>Ricorsi accolti</i>	<i>Ricorsi accolti parzialmente</i>
108	53	23	22

---

<sup>1</sup> Vanno aggiunti 10 ricorsi dichiarati inammissibili, improcedibili o “estinti”.