

2. SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI

Introduzione

Nell'ultimo anno solare (gennaio-dicembre 2010) 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.

I giudici amministrativi hanno avuto modo di pronunciarsi su alcune rilevanti questioni, sia attinenti a profili di valutazione sostanziale delle fattispecie *antitrust*, sia relative a problematiche di natura procedurale.

Più in particolare, si segnalano le decisioni in cui i giudici si sono pronunciati sui criteri sottesi alla definizione del mercato rilevante; sulla nozione di intesa, con precipuo riferimento alla riconducibilità dello scambio di informazioni *in sé* alla fattispecie di concertazione illecita tra imprese concorrenti; sugli elementi di prova delle intese e degli abusi di posizione dominante; nonché sulla qualificazione delle condotte di un operatore *incumbent* verticalmente integrato quale fattispecie abusiva. Meritevoli di attenzione sono altresì le pronunce relative alla nozione e valutazione delle operazioni di concentrazione tra imprese; alla valutazione degli impegni *ex* articolo 14-ter della legge n. 287/90; all'esercizio da parte dell'Autorità del potere sanzionatorio. Quanto agli aspetti procedurali, si segnalano le sentenze relative alle regole applicabili al procedimento avanti l'Autorità, con precipuo riferimento alla valutazione delle operazioni di separazione societaria, ai sensi dell'articolo 8, comma 2-bis e seguenti, della legge n. 287/90, all'accesso agli atti ed alla motivazione del provvedimento.

Profili sostanziali

Mercato rilevante

Il Tar del Lazio, nella sentenza 14 luglio 2010, n. 25434, relativa al caso *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri del Mediterraneo* ha ribadito la definizione di mercato rilevante, ricordando che esso viene “*definito come quella zona geograficamente circoscritta dove, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra loro sostituibili, le imprese che forniscono quel prodotto si pongono tra loro in rapporto di concorrenza. Pertanto, l'estensione merceologico-geografica del mercato rilevante è finalizzata ad individuare la possibilità per il consumatore di rivolgersi ad altri prodotti ugualmente idonei*

o l'area all'interno della quale il consumatore stesso possa rivolgersi ad altri fornitori". In tale contesto, il giudice di prime cure ha ritenuto esente da vizi la definizione del mercato rilevante adottata dall'Autorità relativa al mercato della *"messa a disposizione dei bacini di carenaggio e delle aree adiacenti strettamente necessarie per le operazioni di riparazione in bacino, nel porto di Napoli"*; ha ritenuto altresì condivisibile l'individuazione di *"un mercato a valle dei servizi di riparazione, per operare nel quale l'accesso ai bacini è presupposto indispensabile"*, nell'ambito della c.d. *"filiera portuale"*.

Mercato merceologico

Il Consiglio di Stato, nella decisione 20 dicembre 2010, n. 9306, relativa al caso *ENI-TTPC*, ha ritenuto corretta la definizione del mercato merceologico rilevante operata dall'Autorità, coincidente con il mercato nazionale dell'approvvigionamento di gas naturale, in ragione del fatto che la condotta escludente posta in essere dall'operatore dominante *"produce[va] effetti su tale mercato"*.

Mercato geografico

Il Tar del Lazio, nella sentenza 14 luglio 2010, n. 25434, relativa al caso *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri del Mediterraneo*, dopo aver ripercorso i principi di matrice comunitaria sottesi alla definizione del mercato geografico rilevante, ha evidenziato che ai fini della valutazione della sostituibilità geografica fra due porti *"è necessario valutare le ricadute di ordine economico indotte dalla scelta di un'infrastruttura di riparazione anziché un'altra, atteso che, ove i relativi oneri venissero a differenziarsi significativamente, non potrebbe sostenersi che vi sia una generalizzata potenzialità di offerta, ma la domanda non potrebbe che concentrarsi sulle strutture presso le quali l'effettuazione dell'intervento avviene a costi più bassi"*.

Intese

Nozione di intesa

Il Consiglio di Stato, nella decisione 11 gennaio 2010, n. 10, relativa al caso *Aziende di trasporto pubblico locale/Petrolieri*, ha ribadito che *"i criteri del coordinamento e della collaborazione, che consentono di definire la nozione [di intesa], vanno intesi alla luce dei principi in materia di concorrenza, secondo cui ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che intende seguire sul mercato; la suddetta esigenza di autonomia vieta rigorosamente che fra gli operatori abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi per oggetto o per effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato"*. Il Collegio ha altresì rilevato che *"nella logica dell'art. 2, l. n. 287/1990, 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 (Cass. civ., sez. I, 1 febbraio 1999, n. 827; C. Stato, VI, 20 marzo 2001, n. 1671)”.

Anche il Tar del Lazio, nella sentenza 13 dicembre 2010, n. 36126, relativa al caso *Prezzo del GPL per riscaldamento regione Sardegna*, ha ribadito che la nozione di intesa è oggettiva e tipicamente comportamentale, anziché formale, avendo al centro l’effettività del contenuto anticoncorrenziale ovvero l’effettività di un atteggiamento comunque realizzato che tende a sostituire con una collaborazione pratica la competizione che la concorrenza comporta; a giudizio del Tar, ciò comporta il depotenziamento della sacralità formale dell’accordo e la speculare valorizzazione del concordamento sostanziale delle condotte. *“Tale criterio sostanzialistico - che consente l’assimilazione in quoad effectum dell’accordo alla pratica concordata (nella quale manca un accordo espresso, ma vi è una forma di coordinamento fra imprese che sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza) - impone di valorizzare il dato fattuale integrato dal concordamento di condotte e dalla direzione da queste ultime assunte in senso anticompetitivo”*.

Nello stesso senso, il Consiglio di Stato, nella decisione 29 dicembre 2010, n. 9565, relativa al caso *Ras-Generali/IAMA Consulting*, ha ribadito che, trattavasi di *“fattispecie di illecito a forma libera, nel senso che, ai fini della integrazione della intesa vietata, non è richiesta una particolare modalità di condotta, dato che la pratica concordata (ed il sotteso animus concertativo) può essere desunta anche dal comportamento omogeneo e convergente tenuto, uti singuli, dagli operatori economici concorrenti, il che è accaduto nel caso di specie, in cui più soggetti concorrenti si sono determinati, evidentemente coordinandosi tra loro, ad acquisire ed ad utilizzare ciascuno il medesimo e riservato strumento informatico che, per quel che si dirà, ha carattere essenziale per la circolazione continua tra loro di un flusso di informazioni rilevanti ai fini delle strategie commerciali”*.

Nozione di pratica concordata

Il Consiglio di Stato, nella decisione 11 gennaio 2010, n. 10, relativa al caso *Aziende di trasporto pubblico locale/Petrolieri*, ha ricordato che *“l’intesa restrittiva della concorrenza mediante pratica concordata richiede comportamenti di più imprese, ripetuti e non episodici, uniformi e paralleli, che appaiano frutto di concertazione e non di iniziative unilaterali. Il concetto di «pratica» 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. Il giudice d’appello, inoltre, ha evidenziato come “nella pratica concordata manc[hi], o comunque non [sia] rintracciabile da parte*

dell'investigatore, un accordo espresso, il che è agevolmente comprensibile, ove si consideri che gli operatori del mercato, ove intendano porre in essere una pratica anticoncorrenziale, ed essendo consapevoli della sua illiceità, tenteranno con ogni mezzo di celarla, evitando accordi scritti, e anche accordi verbali espressi, e ricorrendo invece a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto”.

Oggetto o effetto dell'intesa

Con la sentenza 13 dicembre 2010, n. 36126, relativa al caso *Prezzo del GPL per riscaldamento regione Sardegna*, il Tar del Lazio ha richiamato il consolidato principio giurisprudenziale secondo cui, per la sussistenza dell'illecito, è sufficiente la presenza dell'oggetto anticoncorrenziale, e non anche, necessariamente, dell'effetto: *“le pratiche concordate ben rivelandosi possibili pur in assenza di effetti anticoncorrenziali, in quanto la pratica presuppone un comportamento dipendente dalla concertazione, ma non implica necessariamente che il comportamento stesso abbia avuto ricadute effettuali nel senso di impedire o falsare la concorrenza”.*

Nello stesso senso, il Consiglio di Stato, con la decisione 29 dicembre 2010, n. 9565, relativa al caso *RAS-Generali/IAMA Consulting*, ha ritenuto, con riferimento ad un'intesa restrittiva della concorrenza consistente in uno scambio di informazioni tra imprese concorrenti, *“condivisibile in punto di fatto l'affermazione [...] in ordine al carattere meramente potenziale del pregiudizio alla libertà di concorrenza che ricorre nella particolare tipologia, sub specie di pratica concordata, di intesa di cui qui si discorre. Vale al riguardo considerare che, secondo la giurisprudenza in tema di pratica concordata avente ad oggetto uno scambio di informazioni rilevanti, non si giunge a richiedere ch'essa abbia prodotto in concreto effetti restrittivi, ma è sufficiente che abbia l'attitudine a produrne (Cons. Stato, VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in tema di prezzi dei prodotti assicurativi sulla r.c.a., sconti, incassi e costi dei sinistri)”.*

Scambio di informazioni

Il Tar del Lazio, con sentenza 13 dicembre 2010, n. 36126, relativa al caso *Prezzo del GPL per riscaldamento regione Sardegna*, ha ricordato che, quanto alla rilevanza anticoncorrenziale dello scambio di informazioni fra operatori economici, la giurisprudenza comunitaria ha affermato come *“tale condotta consenta ai partecipanti di venire a conoscenza di elementi informativi 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”.* Né può assumere carattere dirimente, al fine di confutare il carattere illecito dello scambio di informazioni, la circostanza dell'assenza di prove circa l'effettiva utilizzazione dei dati scambiati per comportamenti anticoncorrenziali. A tale riguardo - ha osservato il giudice di prime cure - rileva non già la concreta utilizzazione dei dati da parte di tutte le imprese, ma la utilizzabilità dei dati scambiati a prescindere dall'effettivo uso. Inoltre, secondo il Tar, *“irrilevante si dimostra la funzione*

concreta che l'utilizzabilità dei dati ha assolto in conseguenza dei documentati scambi intercorsi fra le parti: nell'ipotesi di acquisizione di informazioni volte a verificare il concreto andamento dei mercati, come nel caso in cui, effettivamente, si sia inteso procedere ad un monitoraggio in ordine all'efficacia ed al "funzionamento" dell'intesa, ci troviamo - sempre e comunque - di fronte a condotte affatto estranee ad una fisiologica attuazione della dinamica competitiva, atteso che la circolazione di un omogeneo quadro informativo fra operatori che avrebbero dovuto, diversamente, improntare le proprie strategie imprenditoriali in una logica concorrenziale evidentemente dimostra, con carattere (pur indiziario, ma) univoco la sostanza di un concordamento in contrasto con la disciplina antitrust".

Ancor più diffusamente, il Consiglio di Stato, nella decisione 29 dicembre 2010, n. 9565, relativa al caso *Ras-Generali/IAMA Consulting*, si è pronunciato in ordine alla riconducibilità, per sé, di uno scambio di informazioni fra imprese concorrenti nella fattispecie di intesa restrittiva della concorrenza. Il Consiglio di Stato ha ritenuto legittimo il provvedimento sanzionatorio dell'Autorità, sulla base del presupposto che lo scambio sistematico di informazioni rilevanti tra imprese concorrenti *"integra[sse] in sé una vera e propria intesa vietata in quanto già di pregiudizio per la concorrenza. Attraverso questa pratica, infatti, le stesse imprese si sono assicurate la fruizione costante (rectius, a scansioni temporali predeterminate) di flussi di informazioni riguardanti le tariffe e le condizioni generali dei contratti stipulati dalle imprese concorrenti aderenti all'intesa, di cui non pare ragionevole ipotizzare l'irrilevanza ai fini del condizionamento delle rispettive strategie commerciali"*. In questo contesto, il giudice d'appello ha ritenuto che il coordinamento tra le imprese fosse rinvenibile nell'accordo finalizzato a fornire ad una società terza i dati di *input* rilevanti su elementi salienti dei contratti stipulati con la clientela per ciascuna categoria di prodotto. Inoltre - a giudizio del Consiglio di Stato - il fatto che fosse stata coinvolta una società terza nella fornitura dei dati immessi attesterebbe che a tale società era stata evidentemente affidata anche un'attività di controllo e monitoraggio sui dati scambiati, ai fini della verifica della loro costante corrispondenza alle condizioni effettivamente praticate sul mercato dai concorrenti: *"dal che si desume il non trascurabile valore aggiunto e riservato del servizio fornito da Iama Consulting s.r.l., ritraibile da ciascuna impresa interessata dal data-base, capace di garantire un pressoché continuo flusso informativo su dati certi, controllati e sicuramente sensibili dei concorrenti (tariffe di polizza e condizioni di contratto) circa la variegata ed eterogenea categoria dei prodotti assicurativi del ramo vita e previdenza. E tanto con l'effetto di essere concretamente ed autonomamente atto a ridurre (se non completamente eliminare) ogni margine di incertezza sui contenuti dei singoli prodotti offerti alla clientela da parte di ciascun concorrente e dunque di essere di suo concretamente idoneo a condizionare, in senso sfavorevole al consumatore, le scelte di strategia commerciale dei singoli offerenti"*. Il Consiglio di Stato, in merito, ha aggiunto che *"un tale circuito informativo esclusivo [...] già agisce in funzione anticoncorrenziale, perché elimina le incertezze sul comportamento dei concorrenti e perciò disincentiva ogni diversa*

strategia commerciale dell'impresa singola. L'eliminazione di tanta incertezza sul regime contrattuale praticato dai concorrenti consente invero a ogni singolo operatore coinvolto di calibrare la propria offerta in una logica stretta ed esclusiva di massimizzazione del profitto d'impresa e lo distoglie, nell'azione commerciale, dall'adattamento competitivo alle esigenze e agli orientamenti del consumatore". In tale contesto, il Consiglio di Stato ha altresì rigettato le censure tese ad affermare la liceità dello scambio di informazioni, in quanto relativo *"alle sole condizioni praticate nel passato (ancorché prossimo)".* Il giudice d'appello, in merito, ha evidenziato che *"l'acquisizione costante dei dati sulle condizioni praticate nel recente passato dai concorrenti è la base conoscitiva per un orientamento prezioso circa la condotta commerciale, come per rettificare di volta in volta le condizioni contrattuali praticate ai consumatori, allineandole a quelle altrui (il settore d'altra parte non è connotato da significativa volatilità dei prezzi e delle condizioni contrattuali)".* Quanto alle caratteristiche del mercato in cui si realizza lo scambio di informazioni tra concorrenti, il Consiglio di Stato ha ricordato che *"è corollario acquisito nella giurisprudenza nazionale che la concentrazione oligopolistica del mercato rilevante non è necessaria per ravvisare il carattere pregiudizievole dello scambio di informazioni tra competitori [...], dato che la concentrazione più o meno accentuata del mercato di riferimento ha una diretta interferenza sul fronte della efficacia anticoncorrenziale dello scambio informativo di dati sensibili. In un mercato oligopolistico, lo scambio di informazioni su dati sensibili tra i pochi offerenti è considerato un illecito in sé, a differenza di ciò che accade in un mercato meno concentrato".* Il giudice d'appello, infine, ha evidenziato che *"l'acquisibilità 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; e che, inoltre, l'organizzazione di uno scambio di informazioni consente ai partecipanti di venire a conoscenza di tali informazioni in 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 il principio di libera concorrenza".*

Prova dell'intesa

Con sentenza 13 dicembre 2010, n. 36126, relativa al caso *Prezzo del GPL per riscaldamento regione Sardegna*, il Tar del Lazio ha ribadito il consolidato principio in materia di prova dell'intesa, secondo il quale *"l'intesa restrittiva della concorrenza mediante pratica concordata richiede comportamenti di più imprese, ripetuti e non episodici, uniformi e paralleli, che appaiano frutto di concertazione e non di iniziative unilaterali, per cui manca o è difficilmente rintracciabile un accordo espresso, il che è agevolmente comprensibile atteso che gli operatori del mercato, ove intendano porre in essere una pratica anticoncorrenziale, consapevoli della loro illiceità, è verosimile che tentino in ogni modo di celarla, evitando non solo accordi scritti ma anche accordi verbali*

espressi e ricorrendo, invece, a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto. Ne consegue che la prova della pratica concordata, oltre che documentale, può essere anche solo indiziaria, purché gli indizi siano seri, precisi e concordanti: gli elementi indiziari, quantunque isolatamente considerati possano generare perplessità in ordine alla loro significatività, dovendo conseguentemente essere inquadrati in un complessivo contesto sistemico, onde consentire di apprezzarne l'eventuale rilevanza ai fini in discorso". In questo contesto, il Tar ha ritenuto che elementi oggettivi da cui desumere la concertazione - attesa la rarità dell'acquisizione di una prova piena (c.d. *smoking gun*) - possano essere considerati la durata, uniformità e parallelismo dei comportamenti, gli 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. Di contro, il giudice di prime cure ha ribadito che *"in assenza di ulteriori elementi di riscontro, quali indizi gravi, precisi e concordanti, il parallelismo può essere considerato di per sé sintomatico di una condotta illecita sul versante soggettivo soltanto ove non sia configurabile una spiegazione alternativa capace di inquadrare le condotte parallele come razionali ed autonome scelte imprenditoriali, fisiologicamente condizionate dalla previsione dell'altrui possibile risposta ad un'iniziativa differenziatrice"*. Il Tar del Lazio, riprendendo la consolidata distinzione tra elementi di prova c.d. endogeni ed esogeni, ha ricordato come i primi siano collegati alla stranezza intrinseca della condotta, ovvero alla mancanza di spiegazioni alternative, mentre i secondi concernano invece i riscontri esterni circa l'intervento di un'intesa illecita (in particolare, contatti tra le imprese, scambi di informazioni, nonché veri e propri *"concordamenti"* non altrimenti spiegabili in un contesto di fisiologico confronto concorrenziale: e, quindi, sintomatici di un'intesa illecita).

Ancora in materia di prova della concertazione, il Consiglio di Stato, con decisione 13 aprile 2010, n. 2041, relativa al caso *Mercato del calcestruzzo preconfezionato di Olbia*, ha puntualizzato che *"i contatti, anche volti al raggiungimento di un'intesa anticoncorrenziale, non possono essere sanzionati, se l'intesa non è stata quanto meno raggiunta, anche se non concretamente attuata"*; rilevando inoltre che *"mentre la dimostrazione della concreta attuazione dell'intesa restrittiva dimostra anche il suo raggiungimento, qualora l'attuazione non sia certa, la prova del raggiungimento dell'intesa deve essere particolarmente rigorosa"*. A parere del giudice, *"diversamente opinando, verrebbe sanzionata la semplice intenzione, magari unilaterale, di incidere negativamente sul mercato"*.

Prova della pratica concordata

Il Consiglio di Stato, nella decisione 11 gennaio 2010, n. 10, relativa al caso *Aziende di trasporto pubblico locale/Petrolieri*, ha ribadito il principio in base a cui *"la prova della pratica concordata, oltre che documentale, può essere indiziaria, purché gli indizi siano seri, precisi e concordati. Nella pratica*

concordata l'esistenza dell'elemento soggettivo della concertazione deve perciò desumersi in via indiziaria da elementi oggettivi, quali: - la durata, uniformità e 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". In questo contesto, il Collegio ha ricordato che "sotto il profilo dell'onere probatorio, va rilevato 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".

Prova dell'intesa e documentazione fornita dai leniency applicant

Il Tar del Lazio, nelle sentenze 22 aprile 2010, nn. 8015 e 8016, relative al caso *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, ha escluso che "tutti i documenti forniti dai leniency applicant siano, per definizione, decisivi per l'accertamento dell'infrazione, e quindi per la difesa della società". In merito, il giudice ha aggiunto che "non tutte le informazioni trasmesse nell'ambito della domanda di clemenza e dei relativi allegati possono essere ritenute dall'Autorità decisive per l'accertamento dell'infrazione per la quale è stato determinato l'avvio dell'accertamento, potendo i leniency applicant fornire, in vista del meccanismo premiale, elementi ultronei, rispetto ai quali l'Autorità dispone di un certo margine discrezionale per valutare se la cooperazione di un'impresa sia stata determinante per la constatazione dell'esistenza di un'infrazione" (sentenza confermata, sul punto, dal Consiglio di Stato, decisione 6 settembre 2010, n. 6481).

Affidabilità/attendibilità delle dichiarazioni confessorie

Il Tar del Lazio, nella sentenza 13 dicembre 2010, n. 36126, relativa al caso *Prezzo del GPL per riscaldamento Regione Sardegna*, ha affermato che "la veridicità/attendibilità delle dichiarazioni [del leniency applicant] non transita attraverso l'imposizione dell'obbligo, in capo al collaborante, di corroborarne il contenuto con corrispondenti rilievi probatori. Laddove ciò non si verifichi, incombe alla procedente Autorità l'obbligo di dimostrare concludentemente l'esistenza di una collusione, quand'anche a mezzo di elementi indiziari". Sulla base di un'ampia disamina della giurisprudenza comunitaria, il Collegio ha ritenuto pertanto che "la sola dichiarazione del leniency applicant, ove non supportata da concludenti e concordanti elementi di prova - la ricerca dei quali fa, evidentemente, carico alla procedente Autorità - non sia sufficiente a dimostrare l'esistenza di una collusione anticompetitiva". Ciò - a giudizio del Tar - in ragione di una duplice considerazione: da un lato, per l'esigenza di scongiurare possibili applicazioni distorsive dello strumento della clemenza in ipotesi veicolate da un intento strumentale dell'applicant di pregiudicare i concorrenti; dall'altro, per la necessità di salvaguardare le prerogative rimesse all'Autorità, evitando sia lo svuotamento della sua attività

di indagine e ricerca di materiale probatorio, sia l'alterazione della fisiologica attuazione del principio del contraddittorio endoprocedimentale, che verrebbe infatti snaturato laddove venisse attribuita una “autosufficienza” all'apporto collaborativo del *leniency applicant*, con conseguente paradossale inversione a carico delle parti indagate dell'onere di confutazione dello stesso.

Prova dell'intesa e documentazione acquisita presso terzi

Il Consiglio di Stato, nella decisione 11 gennaio 2010, n. 10, relativa al caso *Aziende di Trasporto Pubblico Locale-Petrolieri*, ha ribadito il principio ormai pacifico in base a cui “la circostanza che i documenti non siano stati rinvenuti presso l'appellante ma presso terzi va nel caso di specie adeguatamente valutata. Se è vero che un terzo in un proprio scritto potrebbe affermare qualunque cosa, tuttavia questo non comporta l'assoluta inutilizzabilità del documento proveniente dal terzo, bensì la necessità di una valutazione dello stesso che sia particolarmente rigorosa e critica. Invero, lo scritto proveniente da un terzo è avvicinabile ad una prova testimoniale, di cui va vagliata l'attendibilità. La giurisprudenza di questo Consesso e la giurisprudenza comunitaria hanno del resto già più volte affermato che i documenti di cui è accertata l'attendibilità esplicano la loro rilevanza probatoria anche nei confronti di società diverse da quelle presso le quali sono stati materialmente reperiti, o alle quali sono attribuibili (C. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1191). L'utilizzo come prova a carico di documenti provenienti da terzi è stato ammesso dalla Corte di giustizia Ce (cfr. Corte giust. 16 dicembre 1975, cause riunite 4, 48, 50, 54-56, 111, 113 e 114/73, *Suiker Unie*, par. 159 ss.), che ha ritenuto che sia difficile ammettere che un'impresa possa avere assolutamente inventato il contenuto di uno scritto relativo ad un comportamento che possa esporla a sanzioni”. Alla luce di tali considerazioni, il giudice d'appello ha concluso che “nulla vieta, quindi, di ammettere, come prova del comportamento di un'impresa, documenti provenienti da terzi, purché il contenuto degli stessi sia attendibile per quanto si riferisce al comportamento stesso”.

Prova dell'intesa e rappresentanza dei soggetti cui è attribuibile la documentazione a sostegno dell'intesa

Il Consiglio di Stato, nella decisione 11 gennaio 2010, n. 10, relativa al caso *Aziende di Trasporto Pubblico Locale-Petrolieri*, ha riaffermato il principio pacifico in base al quale “non è rilevante il ruolo svolto all'interno dell'impresa dai soggetti che materialmente hanno posto in essere i comportamenti vietati o hanno predisposto i documenti rinvenuti durante le ispezioni, ma anzi deve ritenersi che la condotta da parte del singolo dipendente, accompagnata dal conseguente comportamento della società, sia sufficiente per rendere gli impegni assunti o gli atti rinvenuti riferibili alla società (cfr. Corte giust. 21 febbraio 1984, causa 86/82, *Hasselblad*). Pertanto, sono riferibili alle imprese anche documenti redatti da soggetti privi del potere di rappresentanza (C. Stato, sez. VI, n. 1191/2001, cit., che ha mediamente superato l'opposto orientamento espresso da C. Stato, sez. VI, 30 dicembre 1996, n. 1792)”.

Abuso di posizione dominante

Posizione dominante

Con sentenza 14 luglio 2010, n. 25434, relativa al caso *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri del Mediterraneo*, il Tar del Lazio ha ricostruito i principi di matrice comunitaria relativi alla definizione di una posizione dominante, ricordando che “*per posizione dominante si intende una posizione di potenza economica grazie alla quale l’impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva su un determinato mercato e ha la possibilità di tenere comportamenti in linea di massima indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi dei consumatori*”. Il giudice ha poi ricordato come tale situazione non sia esclusa “*dalla circostanza che, a differenza di una situazione di monopolio o di quasi monopolio, sul mercato sia in qualche modo consentita l’esplicazione, sia pure entro certi limiti, del gioco concorrenziale, atteso che l’impresa che la detiene è pur sempre in grado di decidere o, almeno, di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza, e comunque di comportarsi senza doverne tenere conto e senza che per questo, simile condotta le arrechi pregiudizio*”.

Nella decisione 20 dicembre 2010, n. 9306, relativa al caso *Eni-TTPC*, il Consiglio di Stato ha ribadito il principio in base a cui “*dalla posizione dominante discende una speciale responsabilità, per cui l’impresa che la detiene non può ridurre o eliminare il grado di concorrenza ancora esistente sul mercato, con comportamenti escludenti; [e] sono consentiti gli atti di tutela degli interessi commerciali dell’impresa, ma non anche un comportamento che abbia lo scopo di rafforzare la posizione dominante e di farne abuso*”.

Abuso

Il Tar del Lazio, nella sentenza 14 luglio 2010, n. 25434, relativa al caso *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri del Mediterraneo*, ha ricordato che, per “*consolidato orientamento comunitario, 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 un concorrente*”. Il giudice ha poi evidenziato che “*il mero intento di escludere un concorrente dal mercato è di per sé irrilevante se attuato con legittimi comportamenti e strategie economiche, mentre la condotta escludente da parte dell’impresa in posizione dominante è obiettivamente illecita e deve essere qualificata come abuso di posizione dominante*”. In questo contesto, inoltre, il Tar ha fatto riferimento alla “*speciale responsabilità*” dell’impresa in posizione dominante che “*non può ridurre o eliminare il grado di concorrenza nel mercato con comportamenti escludenti*”.

Sulla base dei medesimi principi, ma al fine di escludere l’esistenza di una condotta abusiva, il Tar del Lazio, nella sentenza 20 settembre 2010, n. 32364, relativa al caso *Colgate Palmolive-Forniture dirette*, ha rilevato che, esclusa la posizione dominante dell’impresa, “*la sua scelta politica commerciale, di limitare le vendite dirette ai soli clienti che raggiungano una soglia minima di fatturato, ancorché possa introdurre condizioni più favorevoli per taluni clienti (come i grossisti “mono-marca”), non risulta suscettibile di*

censura dinanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato; e anzi, può revocarsi in dubbio che tale disparità contrattuale possa trovare sanzione anche in altra sede giurisdizionale, poiché se il contraente non è in posizione dominante "tale disparità è frutto del lecito esercizio dell'autonomia negoziale delle parti e trova nella controparte un soggetto altrettanto libero di determinare le proprie scelte contrattuali", potendo "reperire sul mercato adeguate alternative" (Cass. civile, Sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3638)".

Abuso di posizione dominante e integrazione verticale

Il Consiglio di Stato, nella decisione 20 dicembre 2010, n. 9306, *relativa al caso Eni-TTPC*, ha evidenziato che *"la condotta escludente è stata resa possibile dall'integrazione verticale di ENI, che ha potuto determinare le scelte imprenditoriali della propria controllata al 100% TMPC"*. Con particolare riferimento al controllo di Eni su TTPC, il Collegio ha affermato che ciò che rileva *"non è il mero esercizio dell'influenza della controllante sulla controllata, di per sé neutro dal punto di vista antitrust, bensì la circostanza che la condotta è andata a buon fine in ragione del controllo esercitato da ENI su TTPC, orientandone le scelte e inducendola ad un ripensamento rispetto ad una scelta imprenditoriale già fatta e ad impegni contrattuali già volontariamente assunti"*.

Abuso di posizione dominante e "condotte difensive"

Con la decisione 20 dicembre 2010, n. 9306, *relativa al caso Eni-TTPC*, il Consiglio di Stato ha affermato che, nel caso di specie non potesse *"essere utilmente invocata la giurisprudenza comunitaria laddove afferma che il principio di speciale responsabilità che grava sull'incumbent, se gli vieta di ostacolare la concorrenza al fine di incrementare la propria posizione di mercato o di mantenerla invariata, non si spinge fino all'impedimento di condotte difensive quando gli interessi economici dell'impresa sono minacciati. Infatti si può giustificare, da parte dell'incumbent, una condotta difensiva dei propri interessi economici, quando vi sia una situazione concreta e attuale che metta in pericolo detti interessi"*. A giudizio del Collegio, nel caso di specie, *"manca l'attualità e concretezza del pericolo, in quanto all'epoca in cui ENI ha impedito il potenziamento del gasdotto tunisino la situazione di oversupply non era attuale come non era attuale il pericolo del pagamento delle penali. Né vi era alcuna certezza di un pericolo futuro, e inoltre ove il pericolo si fosse concretizzato, esistevano strumenti giuridici difensivi utilizzabili, apprestati dall'ordinamento (artt. 24 e 26, d.lgs. n. 164/2000)"*. In definitiva, quindi, il Consiglio di Stato ha ritenuto che *"la tesi di ENI, di aver agito in difesa dei propri interessi economici, non può essere condivisa perché non c'era un pericolo attuale, né certezza o ragionevole probabilità di un pericolo futuro"*.

Abuso di posizione dominante e clausole contrattuali lecite

Il Consiglio di Stato, con decisione 20 dicembre 2010, n. 9306, *relativa al caso Eni-TTPC*, ha respinto la tesi prospettata dalle ricorrenti in base a cui *"essendo le clausole contrattuali valide, non si poteva configurare l'illecito"*.

anticoncorrenziale". In merito, il Collegio ha affermato il principio in base a cui "l'illecito anticoncorrenziale è un "comportamento", che può manifestarsi sia mediante atti giuridici (contratti, atti unilaterali, dichiarazioni), sia mediante comportamenti materiali commissivi o omissivi. Pertanto, non può escludersi che un contratto formalmente valido sia accompagnato e contornato da condotte illecite, alla stessa stregua in cui un provvedimento amministrativo formalmente legittimo può essere ciò nonostante frutto di condotte penalmente illecite. Il piano dell'illiceità anticoncorrenziale, come quello dell'illiceità penale, afferisce a comportamenti, e dunque differisce dal piano della validità e legittimità civile e amministrativa, sicché ai fini della valutazione di illiceità anticoncorrenziale la validità o invalidità del contratto rimane neutrale".

Abuso di posizione dominante ed essential facilities

Il Consiglio di Stato, con la decisione 20 dicembre 2010, n. 9306, relativa al caso *Eni-TTPC*, ha ribadito il principio in base a cui una condotta escludente posta in essere dall'operatore in posizione dominante può essere qualificata quale fattispecie abusiva, a prescindere dall'esistenza di una *essential facility*. Il Collegio, in particolare, con riferimento alla condotta escludente posta in essere da Eni, consistente nell'aver interrotto la procedura di potenziamento del gasdotto utilizzato per l'importazione in Italia di gas algerino al fine di mantenere e rafforzare la propria posizione dominante nel mercato dell'approvvigionamento del gas, ha ritenuto che si dovesse "prescindere da tutte le questioni in tema di infrastruttura essenziale, atteso che l'Autorità non ha mai attribuito tale qualificazione al gasdotto tunisino e pertanto non ha contestato l'abuso sotto il profilo del rifiuto di accesso ad una *essential facility*". Il Collegio, in merito, ha osservato che "ciò che l'Autorità imputa a ENI non è la violazione dei doveri derivanti dal possesso di un'infrastruttura essenziale, ma l'elusione di impegni di accesso ad un'infrastruttura non essenziale volontariamente e contrattualmente assunti, elusione avvenuta mediante una complessa condotta che è stata resa possibile dalla posizione dominante".

Quanto all'accertamento dell'abuso di una posizione dominante in presenza di una *essential facility*, il Consiglio di Stato, con decisione 24 giugno 2010, n. 4013, relativa al caso *Aeroporti di Roma-Tariffe Aeroportuali*, considerato che nella fattispecie abusiva accertata dall'Autorità l'accesso all'infrastruttura configurava un *input* essenziale per competere nel mercato a valle dei servizi di *handling*, ha ritenuto che correttamente, anche considerati gli Orientamenti della Commissione in materia di abusi di posizione dominante, l'Autorità avesse escluso di effettuare il *test di replicabilità* solo sui costi dell'operatore in posizione dominante proprietario dell'infrastruttura (ADR), in quanto esso possedeva l'infrastruttura centrale in virtù del finanziamento statale, con un vantaggio competitivo che non poteva essere replicato attraverso un rimborso che non tenesse conto della differente situazione di partenza sullo stesso mercato.

Prova dell'abuso di posizione dominante

Il Tar del Lazio, nella sentenza 14 luglio 2010, n. 25434, relativa al caso *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri del Mediterraneo*, ha fatto riferimento, con riguardo agli elementi di prova che devono sostenere l'accertamento di un abuso di posizione dominante, al “*percorso argomentativo*” sviluppato dalla giurisprudenza in materia di intese restrittive della concorrenza, ritenendo che esso “*possa estendersi agli abusi di posizione dominante*”. In particolare, il Tar ha evidenziato che deve ritenersi “*sufficiente e necessaria, essendo consapevole della rarità dell'acquisizione di una prova piena (c.d. smoking gun: testo; documentazione inequivoca; confessione dei protagonisti) e della conseguente vanificazione pratica delle finalità perseguite dalla normativa antitrust che scaturirebbe da un atteggiamento troppo rigoroso, la delineazione di indizi, purché gravi, precisi e concordanti, circa l'intervento di illecite forme di concertazione e coordinamento o l'adozione di condotte abusive, da parte del soggetto in posizione dominante, in quanto escludenti dal mercato*”.

Imposizione di prezzi non equi

Il Consiglio di Stato, con la decisione 24 giugno 2010, n. 4013, relativa al caso *Aeroporti di Roma-Tariffe aeroportuali*, ha ritenuto che, nella valutazione circa la sussistenza di prezzi non equi, legittimamente l'Autorità avesse utilizzato i dati elaborati dal soggetto preposto alla regolazione, in quanto aventi una valenza indiziaria dell'esistenza di prezzi sproporzionati rispetto ai costi.

Abuso di posizione dominante ed abuso di dipendenza economica

Il Tar del Lazio, nella sentenza 20 settembre 2010, n. 32364, relativa al caso *Colgate Palmolive-Forniture dirette*, ha operato un netto distinguo tra l'abuso di posizione dominante e l'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge n. 192/98, riguardando, quest'ultimo, specificamente il “*rapporto tra una impresa (o un gruppo d'impresе) e una impresa “cliente o fornitrice”, e che si caratterizza per la situazione di “eccessivo squilibrio di diritti e obblighi” in danno della seconda e a favore della prima, valutata anche in considerazione della possibilità dell'impresa che subisca l'abuso di “reperire sul mercato alternative soddisfacenti”, e può sostanzarsi “nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto*”. Il Tar ha precisato, peraltro, che “*l'abuso di dipendenza economica non esclude la configurabilità di un abuso di posizione dominante, ove ne ricorrano i presupposti, posto che il comma 3 bis dell'art. 9 della legge n. 192 del 1998 (come aggiunto dall'art. 11, comma 2, della legge 5 marzo 2001, n. 57), tenendo espressamente “ferma l'eventuale applicazione dell'articolo 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287”, demanda all'Autorità garante della concorrenza e del mercato,*

qualora l'abuso di dipendenza economica "abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato", anche su segnalazione di terzi e con attivazione dei propri poteri d'indagine, previo esperimento della relativa istruttoria, di procedere "alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso". Ne consegue che, a giudizio del Tar, "nel caso in cui l'abuso di dipendenza economica assuma più ampia incidenza ed effetti anticoncorrenziali, e anche quando non si traduca in abuso di posizione dominante, all'Autorità sono attribuiti gli stessi poteri repressivi e sanzionatori previsti per le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante". Il giudice di prime cure, infine, ha sostenuto che "l'abuso di dipendenza economica è fattispecie espressamente riferita ad una precisa tipologia di rapporti commerciali, come definiti dall'art. 1 della legge n. 192 del 1998, ossia ai contratti di subfornitura", non trattandosi di "figura generale concernente ogni rapporto di natura commerciale".

Condotte anticoncorrenziali, copertura normativa e "disapplicazione"

Il Tar del Lazio, con le sentenze 9 marzo 2010, nn. 3572-3578, relative al caso *Riciclaggio batterie esauste*, ha ritenuto che in un mercato caratterizzato da vincoli normativi, nazionali e comunitari, finalizzati a garantire obiettivi di tutela ambientale, "anche l'eventuale presenza e/o rilevanza di condotte astrattamente suscettibili di essere qualificate come anticompetitive eclissi - in presenza di un quadro normativo univocamente orientato ad esprimere il carattere di obbligatorietà delle condotte stesse, laddove preordinate con carattere di univocità al perseguimento di particolari, quanto specificati interessi - l'applicazione dell'apparato sanzionatorio ordinariamente posto a presidio di comportamenti anticoncorrenziali". Il Tar del Lazio ha rilevato che in tali ipotesi debbano trovare applicazione i principi espressi dalla Corte di Giustizia nel caso *CIF* (sentenza del 9 settembre 2003, causa C198/01), dovendo l'Autorità "procedere alla disapplicazione" della legge nazionale, "la cui operatività po[ssa] essere ritenuta configgente con la disciplina antitrust" ed alla valutazione della "presenza di circostanze attenuanti indotte dall'obbligatoria attuazione del dettato legislativo". In tale contesto, infine, il Tar ha posto l'accento sui poteri di segnalazione previsti dall'articolo 21 della legge n. 287/90, ritenendo che l'Autorità debba, prima di intervenire "in chiave repressiva", attivare i propri poteri di segnalazione.

Riparto di competenze tra Autorità antitrust e Autorità di settore

Il Consiglio di Stato, nelle due decisioni 24 giugno 2010, n. 4013, relativa al caso *Aeroporti di Roma-Tariffe aeroportuali*, e n. 4016, relativa al caso *SEA-Tariffe aeroportuali*, ha affrontato la questione del riparto di competenze tra Autorità e regolatore settoriale. Il Collegio, in particolare, ha ritenuto che nel caso di specie l'Autorità non si fosse indebitamente sostituita al secondo, avendo compiuto una autonoma valutazione dell'illecito anticoncorrenziale, facendo

applicazione delle norme *antitrust* e non di quelle regolamentari. Il giudice dell'appello ha, in tal senso, rilevato che in presenza, come nel caso di specie, di un *“mercato regolamentato che esiste sulla carta, ma in concreto non è attuato [...] a fronte del non intervento dell'Autorità di regolamentazione, se anche l'Autorità antitrust restasse latitante, si avrebbe un “conflitto negativo di competenza” in cui a rimetterci sarebbe la corretta concorrenza”*.

Concentrazioni

Fase I della valutazione delle operazioni di concentrazione

Il Tar del Lazio, con la sentenza 24 agosto 2010, n. 31287, relativa alla concentrazione *Groupe Adeo/Castorama* ha evidenziato che, nella valutazione delle operazioni di concentrazione, la fase preistruttoria, *“lungi dal rappresentare una deliberazione meramente sommaria sui possibili profili antitrust dell'operazione di concentrazione sottoposta all'esame dell'Autorità [...] deve essere sufficientemente analitica al fine di esporre adeguatamente, nel caso di non avvio dell'istruttoria, le ragioni per le quali le preoccupazioni anticoncorrenziali possono essere escluse”*. In tale contesto, il giudice ha chiarito che *“la valutazione sulla esigenza o meno di avviare l'istruttoria si presenta complessa e richiede un intervallo di tempo che può diventare consistente atteso che il potere di indagine precedente l'istruttoria può essere protratto sino a quando non emergano elementi tali da rendere ragionevole l'avvio dell'istruttoria che, altrimenti, si rivelerebbe inutile ed antieconomica ovvero sino a quando non si acquisisca una ragionevole certezza dell'insussistenza di tali elementi”*. Sulla base di tali considerazioni, quindi, il giudice ha concluso che *“lo svolgimento rigoroso della fase preistruttoria non costituisce un vizio dell'attività amministrativa, ma, al contrario, evidenzia un pregio della stessa”*.

Nella medesima sentenza, inoltre, il Tar del Lazio si è soffermato sulla doglianza sollevata dalla ricorrente, in base alla quale l'Autorità avrebbe sostanzialmente adottato un provvedimento di autorizzazione condizionata sotto la forma di delibera di non avvio istruttoria; e ciò in ragione del fatto che, durante la fase preistruttoria, la parte notificante si era impegnata a cedere alcuni punti vendita *“al fine di fugare [...] ogni dubbio in merito alla compatibilità della concentrazione con la normativa antitrust”*. In merito, il giudice, avallando l'iter procedurale seguito dall'Autorità, ha evidenziato come *“rientri nella libertà di iniziativa economica di ogni impresa includere in una operazione di acquisizione di altre imprese la dismissione di punti vendita condizionando sospensivamente la cessione al buon esito dell'operazione di concentrazione e la circostanza che la volontà di cedere alcuni punti vendita sia maturata al fine precipuo di fugare già nella fase preistruttoria ogni dubbio sulla compatibilità della concentrazione con la normativa antitrust non rende certo illecita l'operazione, ma è anzi indice di una corretta volontà della parte di evitare quanto più possibile di porsi in una situazione di criticità rispetto alla normativa dettata a tutela della concorrenza e del mercato”*.

Il Consiglio di Stato, nella decisione 29 dicembre 2010, n. 9554, relativa al caso *Emilcarta/Agrifood Machinery* si è diffusamente soffermato sulla nozione di controllo di fatto e sugli elementi necessari ai fini della sua qualificazione. Il Collegio ha preliminarmente affermato che se “è vero che l'esame [del provvedimento] va condotto avendo a riferimento tutti gli argomenti di supporto, secondo l'Autorità, gravi, precisi e concordanti, posti a sostegno del provvedimento medesimo, da vagliare congiuntamente e non, invece, scindendo l'esame delle singole valutazioni; non di meno, allorché un insieme coordinato di argomentazioni, costituente autonomo sviluppo logico-giustificativo, non offra idonei elementi di convincimento, il giudicante può prendere in considerazione gli apprezzamenti al riguardo espressi dall'Autorità onde verificare se la scarsa consistenza di essi non sia in grado, in effetti, di indebolire in termini decisivi la trama argomentativa completa, destinata a sorreggere il provvedimento stesso nella sua globalità”. In questo contesto, al fine di delineare i confini del controllo di fatto, il Consiglio di Stato ha richiamato la “comunicazione della Commissione sulla nozione di concentrazione a norma del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio relativa al controllo delle operazioni di concentrazioni tra imprese [la quale] precisa, tra l'altro, al punto 9, che in circostanze eccezionali, una situazione di dipendenza economica può implicare un controllo di fatto, ad esempio quando accordi di fornitura a lungo termine di fondamentale importanza collegati con legami strutturali, conferiscono a questi ultimi un'influenza determinate”. Il Consiglio di Stato, in merito, ha evidenziato che “si tratta, è vero, di indicazioni di carattere esemplificativo (peraltro, rilevanti quanto meno sotto il profilo dell'affidamento), che non inibiscono il potere della competente Autorità antitrust di individuare anche altrove eventuali forme di possibile controllo societario; non di meno, l'indicazione, per l'autorevolezza della fonte da cui promana, non può non essere calata nell'esame delle vicende legate alla individuazione di situazioni di controllo societario, costituendo, a tal fine, valido supporto interpretativo e di indirizzo”. A fronte di tali considerazioni, il Consiglio di Stato ha evidenziato che “la stessa Commissione ha posto, anzitutto, l'accento sul carattere “eccezionale” che, ai fini dell'individuazione di una situazione di controllo societario comportante una sorta di concentrazione di fatto, possono assumere semplici rapporti di fornitura; quindi, ha evidenziato come l'influenza determinante possa essere ricondotta all'esistenza di siffatti rapporti allorché a questi si ricolleghino anche “legami strutturali”, in tal caso l'esistenza dei primi potendo conferire a questi ultimi la predetta influenza determinante”.

Quanto all'esercizio di una influenza determinate, il Consiglio di Stato, nella medesima decisione, ha rilevato che “vero che il regolamento comunitario definisce [...] il controllo in termini di “possibilità di esercitare un'influenza determinante” e non di esercizio effettivo di una simile influenza; e che il potere di determinare la struttura della dirigenza conferisce a chi ne è titolare un'influenza determinante sull'indirizzo dell'attività di un'impresa; tuttavia, a giudizio del Collegio “la possibilità di esercitare un'influenza determinante deve costituire una possibilità qualificata ed effettiva, caratterizzata dall'esistenza di

significativi legami strutturali, finanziari o familiari la cui semplice presenza sia, per la loro forza, potenzialmente in grado di condizionare l'operato del soggetto "debole" nella scelta dei propri amministratori, senza possibilità, per il medesimo, di sottrarsi, se non con grave pregiudizio aziendale, alle scelte impostegli; la stessa, invece, non può ritenersi basata sul semplice sospetto per cui un amministratore o funzionario di una società, solo per avere avuto precedenti contatti professionali con altra società dello stesso settore, possa essere ritenuto indotto a perseguire esclusivamente gli interessi dell'una rispetto a quelli dell'altra, condizionandone le scelte produttive". Alla luce di tali considerazioni, il Collegio ha concluso che, "allorché [...] non sono stati individuati, né validamente ipotizzati, interventi certi, univoci e verificabili di una società sull'altra, né ad essi viene fatto riferimento alcuno, almeno in termini puntuali, da parte dei diretti interessati, né sia possibile rinvenire rapporti strutturali tra imprese, non può ritenersi avvalorata l'ipotesi di controllo e, quindi, di concentrazione tra imprese".

Effetti dell'operazione di concentrazione

Il Tar del Lazio, nella sentenza 24 agosto 2010, n. 31287, relativa alla concentrazione *Groupe Adeo/Castorama*, con riferimento all'idoneità dell'operazione di concentrazione a comportare la creazione di una posizione dominante sul mercato, ha ricordato che, secondo una giurisprudenza comunitaria ormai consolidata, *"quote di mercato molto grandi - 50% o superiori - possono costituire di per sé la prova dell'esistenza di una posizione di mercato dominante. [...] Una concentrazione che interessa un'impresa la cui quota di mercato dopo la concentrazione rimarrà inferiore al 50% può comunque dare adito a preoccupazioni sotto il profilo della concorrenza a causa di altri fattori quali la forza e il numero dei concorrenti, la presenza di limiti di capacità o nel caso in cui i prodotti delle parti siano stretti sostituti"*. Infine, ha evidenziato il giudice, *"quando la quota di mercato delle imprese interessate non supera il 25% né nel mercato né in una sua parte sostanziale"* è presumibile che la concentrazione non sia in grado di ostacolare l'esplicitarsi di una concorrenza effettiva nel mercato. Sulla base di tale griglia, il Tar del Lazio ha rilevato la correttezza della valutazione effettuata dall'Autorità nel caso di specie, in quanto, in taluni dei mercati geografici interessati, le quote di mercato detenute dall'impresa *post merger* si attestavano al di sotto della soglia del 25%; e nei mercati in cui tale quota si attestava su valori tra il 25 ed il 35%, l'Autorità aveva preso in considerazione *"altri fattori per escludere ragionevolmente la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante"*.

Impegni

Discrezionalità nella valutazione degli impegni

Il Tar del Lazio, con la sentenza 16 novembre 2010, n. 33474, relativa al caso *Carte di credito*, ha ricordato come in sede comunitaria costituisca principio consolidato quello secondo cui *"la Commissione gode di un'ampia discrezionalità nel valutare se accettare le misure proposte dalle imprese"*;

e che, tuttavia, alla luce della sentenza *Alrosa* (causa T- 170/06), “l’esistenza di tale margine di valutazione discrezionale [...] non esonera la Commissione dall’obbligo di rispettare il principio di proporzionalità quando decide di rendere obbligatori impegni offerti”. Quanto all’applicazione della disciplina nazionale in materia di impegni, il giudice ha altresì precisato che anche l’Autorità “esercita un potere discrezionale nella valutazione degli impegni proposti”, ma che tuttavia, se decide di rendere obbligatori gli impegni proposti, non può “aggiungere ulteriori obblighi a quelli che l’impresa si è dichiarata pronta ad accettare”.

Limiti alla discrezionalità dell’Autorità

Dopo aver premesso che l’Autorità, in ragione del potere discrezionale di cui dispone, “correttamente può respingere gli impegni, senza che sia tenuta ad esplicitare un apparato motivazionale particolarmente diffuso”, il Tar del Lazio, nella sentenza 16 novembre 2010, n. 33474, relativa al caso *Carte di credito*, ha individuato i limiti di tale potere discrezionale. In primo luogo, a giudizio del Tar, nei casi di intese *hard core*, “viene a delinearsi un (primo) punto di arresto” della discrezionalità rimessa all’Autorità in quanto in questi casi “gli impegni non possono formare oggetto di accoglimento”; in tali ipotesi, peraltro, “la motivazione relativa al rigetto può concretamente connotarsi in maniera congruamente sintetica, atteso che l’inaccogliibilità degli impegni viene a dimostrarsi in re ipsa”. In secondo luogo, l’Autorità è tenuta a compiere un’appropriata valutazione dell’ “idoneità (dei comportamenti conseguenti all’assunzione) degli impegni a rimuovere i profili anticoncorrenziali già oggetto di constatazione”. Infine, richiamando quanto stabilito dal Tribunale di primo grado nella sentenza *Alrosa*, il Tar del Lazio ha affermato che l’Autorità è tenuta a considerare la “‘proporzionalità’ degli impegni medesimi rispetto al complesso delle condotte suscettibili di indurre, sul mercato preso in considerazione, effetti contrastanti con una fisiologica dialettica della competitività”.

Impegni ed intese hard core

Nella sentenza 16 novembre 2010, n. 33474, relativa al caso *Carte di credito*, il Tar del Lazio ha ricordato che le decisioni con impegni “non producono quell’effetto di chiarimento della regola giuridica che deriva, invece, dalle decisioni di infrazione” e che, pertanto, secondo il considerando n. 13 del Regolamento n. 1/2003, “le decisioni concernenti gli impegni non sono “opportune” nei casi in cui la Commissione intenda comminare un’ammenda, il che induce a ritenere applicabile l’istituto soprattutto nei casi meno gravi”. Alla luce di ciò, quindi, il Tar del Lazio ha ricordato che “l’unico limite di opportunità all’adozione di una decisione con impegni è, secondo la Commissione, quello dei procedimenti riguardanti i cartelli segreti c.d. ‘hardcore’”. In merito, il Tar del Lazio ha ulteriormente evidenziato che - avendo le decisioni di accettazione degli impegni “una ratio diversa da (ed inassimilabile, quindi, a) quella dei programmi di clemenza [...] l’estensione dell’accettazione degli impegni anche alle intese hard core

potrebbe ostacolare l'efficacia dei programmi di clemenza essendo preferibile per l'impresa interessata che il procedimento si concluda senza l'accertamento dell'infrazione".

Proporzionalità e pertinenza degli impegni

Il Tar del Lazio, nella sentenza 16 novembre 2010, n. 33474, relativa al caso *Carte di credito*, ha affermato il principio in base a cui, anche alla luce della giurisprudenza comunitaria, *"le misure correttive proposte debbono essere "pertinenti" rispetto all'oggetto del procedimento e, quindi, funzionali alla soluzione del problema evidenziato dalla Commissione"*. Sotto un ulteriore profilo, nella medesima sentenza, il giudice di prime cure ha affermato che *"l'idoneità delle misure correttive proposte dalle imprese debba essere rapportata all'oggetto dell'istruttoria, con riguardo non solo ai profili concorrenziali in atto, ma anche agli effetti eventualmente già prodottisi"*. In questa prospettiva, sono da ritenersi *"non appropriati" gli impegni relativi a condotte che hanno già pienamente realizzato i loro effetti restrittivi e che non siano in grado di rimuovere questi ultimi con efficacia retroattiva"*, specificando altresì che *"gli impegni presentati debbano comunque essere suscettibili di un'attuazione piena, tempestiva e facilmente verificabile"*.

Impegni aventi carattere temporaneo e natura condizionata

Il giudice di prime cure, con la sentenza 16 novembre 2010, n. 33474, relativa al caso *Carte di credito*, ha affermato che la *"temporaneità"* degli impegni non può essere considerata dall'Autorità *ex se* inidonea a porre rimedio alle criticità concorrenziali riscontrate in sede di avvio del procedimento. Diversamente, il Tar del Lazio ha ritenuto che la previsione di un potere di recesso della parte che li propone sia in insanabile contrasto con la natura giuridica dell'istituto degli impegni che si caratterizzano per la *"sottrazione alla disponibilità di entrambe le parti del contenuto degli impegni successivamente alla loro presentazione"*. Al riguardo, il Tar ha osservato che *"l'insuscettibilità degli impegni a subire una sorta di 'manipolazione additiva' da parte dell'Autorità non può non trovare elementi di specularità (quanto necessaria) corrispondenza nella inconfigurabilità di una (successiva) manifestazione di volontà ad opera della parte proponente, che si sostanzia nell'esercizio di una potestà ad libitum di ritiro degli impegni stessi"*.

Questioni procedurali in materia di impegni

Il Tar del Lazio, nelle sentenze 10 maggio 2010, nn. 10571 e 10572, relative al caso *Procedure selettive Lega Nazionale Professionisti Campionati 2010/11 e 2011/12*, ha ritenuto che, con l'adozione della delibera del 12 ottobre 2006 n. 16015, l'Autorità si è autovincolata al rispetto della ivi descritta procedura di applicazione dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90, onde l'eventuale inosservanza di tali disposizioni determina un vizio procedimentale idoneo a riverberarsi in un vizio di legittimità del provvedimento finale.

Il Tar del Lazio, nella sentenza 9 febbraio 2010, n. 1765, relativa al caso *Varie Case di Cura/DPR n. 633/72*, ha ricordato che il complesso dei poteri dell'Autorità ex artt. 21 e 22 della legge n. 287/90 “*individua un'ampia sfera di valutazioni espressive di una funzione di collaborazione dell'autorità amministrativa indipendente, rivolte ad individuare aspetti anticoncorrenziali che possono essere corretti in sede legislativa e regolamentare o amministrativa e, attraverso l'eventuale formulazione di pareri, anche a individuare le soluzioni più appropriate*”. In questo contesto, il Tar ha evidenziato come “*questa peculiare attribuzione [valga] a definire in modo originale - almeno per il nostro sistema - il ruolo di 'garante della concorrenza' assegnato dalla legge all'Autorità antitrust, consentendole di intervenire (in posizione di ovvia neutralità) finanche nella fase della formazione delle norme giuridiche, affinché al titolare della relativa attribuzione (legislatore o autorità governativa che sia) vengano adeguatamente rappresentate le dinamiche pro-competitive del settore sul quale si intende intervenire (e senza che ciò costituisca un vulnus alla natura tecnica dell'Autorità, alla luce del fondamento comunitario del suo compito precipuo di tutelare e promuovere la concorrenza)*”.

Sanzioni

Sanzionabilità delle condotte

Il Consiglio di Stato, nella decisione 20 dicembre 2010, n. 9306, relativa al caso *Eni-TTPC*, ai fini della non sanzionabilità di una condotta oggettivamente abusiva, ha chiarito che “*per potersi configurare il legittimo esercizio di un diritto dell'incumbent (la difesa dei propri interessi economici), occorre che vi sia una situazione di danno o di pericolo per tali interessi, che sia certa e attuale; e che, in questo contesto non viene in rilievo “la ragionevole convinzione di aver agito nell'esercizio di un proprio diritto, in quanto se è vero che in tema di illeciti amministrativi (al pari che in tema di illeciti penali), la responsabilità dell'autore dell'illecito può essere esclusa anche in caso di erronea supposizione della sussistenza degli elementi concretizzanti una causa di esclusione della responsabilità [...]; tuttavia, al fine dell'operatività di un'esimente putativa, non basta un mero criterio soggettivo, riferito al solo stato d'animo dell'agente, occorrendo invece dati di fatto concreti, i quali siano tali da giustificare l'erroneo convincimento in capo all'agente di trovarsi in tale stato (Cass. pen., sez. VI, 5 giugno 2003), e occorre che l'errore non sia colpevole*”. Il Consiglio di Stato ha quindi riconosciuto, nel caso di specie, “*che il convincimento erroneo di ENI di agire a tutela dei propri interessi economici è stato colposo: ENI, dati il suo ruolo sul mercato e la sua conoscenza del mercato del gas naturale e della relativa regolamentazione, non poteva ignorare, secondo parametri di diligenza professionale, che la propria condotta avrebbe avuto come effetto l'esclusione di concorrenti dal mercato, e che tanto non era giustificabile con la difesa dei propri interessi economici, in mancanza di*

danno o pericolo attuali, e data l'esistenza di strumenti legali di tutela di tali interessi ove il danno o pericolo per tali interessi fosse divenuto attuale. L'averlo ignorato e aver conseguentemente agito nella convinzione di tutelare i propri interessi economici, equivale a errore colpevole”.

Discrezionalità dell'Autorità

Il Consiglio di Stato, nella decisione 29 dicembre 2010, n. 9565, relativa al caso *Ras-Generali/IAMA Consulting*, ha ribadito l'ampia *discrezionalità* dell'Autorità nella determinazione dei criteri sanzionatori e nella sussunzione del caso specifico nei criteri così prefissati, che trova limite nel solo rispetto dei generali principi della *ragionevolezza* e della *proporzionalità*, nonché nel vincolo di coerenza comunitario.

Rilevanza degli orientamenti comunitari

Il Consiglio di Stato, con la decisione 20 dicembre 2010, n. 9306, relativa al caso *Eni-TTPC* ha affermato che, in materia di quantificazione della sanzione “*gli orientamenti forniti dalla Commissione europea per il calcolo delle sanzioni negli illeciti antitrust hanno un valore orientativo e non vincolante, e comunque non impediscono, anzi auspicano, una valutazione complessiva dell'illecito*”.

Proporzionalità delle sanzioni

Il Consiglio di Stato, nella decisione 29 dicembre 2010, n. 9575, relativa al caso *Rifornimenti aeroportuali*, ha confermato la correttezza del metodo di determinazione delle sanzioni che procede in base ad un *accorpamento* dei soggetti partecipanti all'intesa in categoria, fasce o gruppi omogenei, fondati sulle quote di mercato detenute. In tal caso - ha rilevato il giudice d'appello - la valutazione in ordine alla *proporzionalità* dell'attività sanzionatoria non deve riferirsi solo all'importo “*strumentale*” delle sanzioni di base individuate per gruppo omogeneo, ma all'importo “*finale*” della sanzione irrogata alla singola impresa. Una volta optato per il criterio di suddivisione delle imprese in gruppi omogenei a ciascuno dei quali è abbinato un certo importo base, è legittimo - secondo il Collegio - determinare tali importi base non già secondo un criterio matematico “*lineare*”, bensì secondo una logica di “*progressività*” (laddove, al crescere percentuale della quota di mercato, l'incremento dell'importo base sia più che proporzionale, rispondendo a una logica di rigore sanzionatorio via via crescente) o di “*degressività*” (laddove, al crescere percentuale della quota, l'incremento dell'importo base sia meno che proporzionale). E' altresì legittimo, una volta adottato un approccio concettuale di *progressività* sanzionatoria, impostare tale logica progressiva secondo una modulazione “*dal basso*” (o “*bottom -up*”, ossia muovendo dal gruppo di imprese con quote di mercato più esigue), che assicura un grado via via crescente di dissuasività e deterrenza, atteso anche che gli Orientamenti CE sul calcolo delle ammende del 1998 non hanno precluso un tale sistema “*dal basso*”, non indicando infatti come paradigmatico un sistema di progressività “*dall'alto*” o “*top-down*”.

Il Tar del Lazio, nella sentenza 13 dicembre 2010, n. 36126, relativa al caso *Prezzo del GPL per riscaldamento regione Sardegna* ha ricordato come, “posto che il concetto di gravità non risulta ulteriormente specificato dal legislatore, la giurisprudenza nazionale si è posta in linea con il principio di “comunitarizzazione” delle sanzioni, avendo sostenuto che è da considerare con favore, stanti gli esiti di tipizzazione degli illeciti e di correlativa riduzione della sfera di discrezionalità afferente all’esercizio della potestà punitiva, il rinvio alla suddivisione contenuta nella Comunicazione CE relativa agli *Orientamenti per il calcolo delle ammende*”, secondo cui le intese aventi ad oggetto la fissazione dei prezzi, la ripartizione del mercato o la limitazione della produzione (cd. *hardcore violations*) costituiscono alcune delle più gravi restrizioni della concorrenza.

I giudici amministrativi si sono pronunciati anche in ordine ad alcune circostanze *esogene* che possono ritenersi suscettibili di attenuare la gravità delle condotte anticoncorrenziali delle imprese a fini sanzionatori. In particolare, il Consiglio di Stato, nelle decisioni 24 giugno 2010, n. 4013, relativa al caso *Aeroporti di Roma-Tariffe aeroportuali* e n. 4016, relativa al caso *SEA-Tariffe aeroportuali*, ha sostenuto che - posto che non è possibile escludere la gravità di una condotta consistente in un abuso di posizione dominante quale quello accertato dall’Autorità - la sanzione andasse ridotta essendo le condotte giustificate dalla confusione applicativa del quadro normativo di riferimento, tale da attenuare il grado di colpa delle imprese.

Ancora con riferimento ad elementi *esogeni* idonei ad attenuare la valutazione di gravità di una condotta anticompetitiva, il Consiglio di Stato, nella decisione 20 dicembre 2010, n. 9306, relativa al caso *Eni-TTPC*, ha ritenuto che, pur in presenza di un abuso di posizione dominante “oggettivamente escludente”, si dovesse tener conto della circostanza che l’impresa “era soggettivamente convinta di agire a tutela dei propri interessi economici, sulla base di una non corretta valutazione e previsione dei futuri scenari del mercato del gas, sicché non perseguiva intenzionalmente l’esclusione dei concorrenti”. Il giudice d’appello, inoltre, ha fatto riferimento, nel caso di specie, ad un “difficile passaggio da una situazione monopolistica a un mercato regolamentato, passaggio da considerarsi oggettivamente difficile anche per l’ex monopolista, che nel settore del gas naturale, a differenza che in altri settori in cui si è passati dal monopolio alla concorrenza (v. telefonia), era comunque vincolato da precedenti rapporti contrattuali siglati in Stati esteri, e da pregressi ingenti investimenti infrastrutturali all’estero”. Sulla base di tali considerazioni, il Consiglio di Stato ha ricordato che, nei suoi orientamenti, la qualifica di “molto grave” dell’abuso di posizione dominante “si giustifichi avuto riguardo alla «responsabilità particolare che grava sull’operatore dominante, alla sistematicità e reiterazione delle condotte abusive, alla consapevole sottrazione al controllo dell’Autorità di regolamentazione, al comprovato intento anticoncorrenziale perseguito nei confronti dei concorrenti, al

raggiungimento dello scopo, alla recidiva e alla cessazione delle condotte solo a seguito di una pluralità di procedimenti sanzionatori» (Cons. St., sez. VI, 10 marzo 2006 n. 1271, Telecom Italia)».

Circostanze aggravanti e attenuanti

Il Consiglio di Stato, con decisione 24 giugno 2010, n. 4013, relativa al caso *Aeroporti di Roma-Tariffe aeroportuali*, ha ritenuto che costituisce circostanza attenuante ai fini della quantificazione della sanzione il fatto che il comportamento anticoncorrenziale accertato dall'Autorità fosse “*autorizzato o incoraggiato dalle pubbliche autorità*”.

Con decisione 24 giugno 2010, n. 4016, relativa al provvedimento *SEA-Tariffe aeroportuali*, il giudice d'appello ha altresì ritenuto che la cessazione spontanea dell'abuso da parte dell'impresa in posizione dominante debba essere apprezzata, ai fini della quantificazione della sanzione, come circostanza attenuante.

Ancora in tema di riconoscimento di circostanze attenuanti in sede di quantificazione dell'ammenda, il Consiglio di Stato, nella decisione 20 dicembre 2010, n. 9306, relativa al caso *Eni-TTPC* - dopo aver preliminarmente ricordato che “*la disciplina legislativa non impone una necessaria proporzionalità tra percentuale del ravvedimento operoso [...], e percentuale di riduzione della sanzione base*”, in quanto “*nel settore dell'illecito amministrativo, la l. n. 689/1981, si limita a stabilire che il ravvedimento operoso viene preso in considerazione nella quantificazione della pena tra minimo e massimo, senza fissare rigide percentuali di abbattimento (art. 11, l. n. 689/1981)*” - ha evidenziato che “*al fine della riduzione della sanzione*” devono valorizzarsi la *tempestività* e l'*efficacia* del ravvedimento, anche laddove non abbia “*del tutto eliso le conseguenze dell'illecito*”; nonché il fatto che l'impresa “*per attuare il ravvedimento operoso [abbia] sopportato un costo ingente [...], senza certezza di recupero integrale dell'investimento*”.

Cumulo delle sanzioni - art. 8, legge n. 689/81

Il Consiglio di Stato, con decisione 20 dicembre 2010, n. 9306, relativa al caso *Eni-TTPC* ha ritenuto “*in astratto corretta ma in concreto irrilevante*” la richiesta di cumulo delle sanzioni avanzata dalla ricorrente, ai sensi dell'art. 8 della legge n. 689/81. In merito, il Collegio ha affermato che “*è senz'altro corretto che nell'applicare il cumulo giuridico di sanzioni in caso di concorso formale di illeciti, occorre partire dall'illecito più grave, da individuarsi secondo il criterio della pena edittale, e che illecito più grave è, in astratto, nel caso di specie, l'inottemperanza. [...] Invero in base al tenore letterale dell'art. 8, l. n. 689/1981, nell'applicare il cumulo giuridico si parte non dalla sanzione in concreto irrogata per l'illecito più grave, ma dalla sanzione edittale per esso prevista. Infatti l'art. 8 citato fa riferimento alla “sanzione prevista”, vale a dire la pena edittale, e non alla “sanzione irrogata” (Cass. civ., sez. lav., 8 marzo 2005 n. 4970)*”. Sulla base di tali considerazioni, quindi, il Consiglio di Stato ha

concluso che se “*si ha riguardo alla sanzione edittale per l’inottemperanza ai sensi dell’art. 15, l. n. 287/1990, con l’aumento fino al triplo, si evince che nell’irrogare la sanzione l’Autorità non ha violato i criteri del cumulo giuridico*”.

Profili procedurali

Disciplina applicabile al procedimento antitrust

Il Consiglio di Stato, nella decisione 8 marzo 2010, n. 1307, relativa al caso *Italgas*, ha affermato che “*sul piano sistematico, nell’ambito dell’esercizio delle sue funzioni essenziali di accertamento degli illeciti “concorrenziali”, e quindi nelle ipotesi tipizzate che costituiscono la ragione centrale giustificativa dell’istituzione e della funzionalità della stessa Autorità, la procedura di cui all’art. 14 assume carattere tendenzialmente tipico e ad applicazione generale, nel senso che, ordinariamente e prevalentemente, l’Autorità agisce ed esercita i suoi poteri nelle forme derivanti dalle previsioni dell’art. 14 stesso*”. Sulla base di tale osservazione, quindi, a giudizio del Collegio, “*il procedimento ex art. 14 ha una tendenziale applicazione generale alla “materia” antitrust, definita da ipotesi legali omogenee di accertamenti tecnico-economici, laddove solo esigenze puntuali [...], legate a fattispecie che, nell’ambito del settore degli illeciti concorrenziali, hanno una peculiarità autonomamente disciplinata dalla legge, possono giustificare una disciplina procedimentale diversa*”, ossia quella di cui alla legge n. 689/81. In questo contesto, a giudizio del Consiglio di Stato, la disciplina procedurale di cui alla legge n. 689/81 può trovare applicazione con riferimento a specifiche ipotesi, quali quelle di cui all’art. 15, comma 2, della legge n. 287/90 (inottemperanza alla diffida intesa ad eliminare, dopo l’espletamento dell’istruttoria ex art. 14, le infrazioni rilevate ai sensi degli artt. 2 e 3) e all’art. 19, comma 2, della legge n. 287/90 (mancata ottemperanza agli obblighi di comunicazione preventiva di cui all’art. 16, appunto in materia di concentrazioni); ossia a fattispecie nelle quali “*si tratta di applicare “direttamente” sanzioni predeterminate a violazioni che vedono già acquisito, come precedente storico-giuridico, l’avvenuto accertamento di un illecito nelle forme istruttorie di cui all’art. 14, ovvero che non lo presuppongono in quanto ogni elemento valutativo dei fatti è già contenuto nella legge e la violazione del precetto risulta immediatamente dal mero riscontro di un effetto (negativo) direttamente contemplato dalla legge stessa*”.

Il Consiglio di Stato ha ulteriormente precisato, nella medesima decisione, che, “*in via di previsione generale, il procedimento di cui alla legge n. 689/81, a sua volta, svolge una funzione decisionale che presuppone, come antecedente logico-giuridico, un accertamento compiuto, senza particolari esigenze di contraddittorio, da un autorità amministrativa diversa da quella normalmente investita della fase decisionale, con l’emanazione della “ordinanza” in cui culmina*”. Si tratterebbe, quindi, di “*uno schema di applicazione della sanzione*

ben diverso da quello che si svolge dinnanzi all'Autorità, in cui la fase dell'accertamento è inderogabilmente demandata a funzionari che sono espressione organica di tale Autorità, la quale deve verificare essa stessa, per la prima volta, la ricorrenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito ipotizzato. Il che spiega la delimitata richiamabilità della procedura "ex lege" n. 689 dinnanzi all'Autorità, giustificabile, come s'è visto, a fronte della presupposta mancanza di una fase accertativa in senso tecnico-procedimentale" (nello stesso senso, Tar del Lazio, sentenza 9 agosto 2010, n. 30460, relativa al caso Aeroporti di Roma/Attività Cargo Fiumicino).

Disciplina applicabile al procedimento in materia di separazione societaria

Il Consiglio di Stato, nella decisione 8 marzo 2010, n. 1307, relativa al caso *Italgas*, ha valutato l'ipotesi in cui *"la mancata comunicazione della costituzione di società e dell'acquisizione di posizioni di controllo in società operanti in mercati diversi di cui al comma 2 bis dell'art. 8 della legge n. 287/90 [viene] affermata previo accertamento dello svolgimento di attività in tali mercati "diversi", (nonché della loro identificazione come tali ai sensi del comma 2-bis), da parte del soggetto monopolista o comunque affidatario di servizio di interesse economico generale"*. A giudizio del Collegio, in tale ipotesi, ci sarebbe la *"ricorrenza di un'attività istruttoria, di identificazione del "mercato di appartenenza" del gestore di servizi di interesse economico generale nonché della "diversità" del mercato di estensione della sua attività di impresa, che non differisce, nella sostanza logica e di merito tecnico, al di là della concreta complessità fattuale, da quella svolta nei casi di intese restrittive, abuso di posizione dominante, concentrazione restrittiva della concorrenza"*; con conseguente applicazione della disciplina procedurale di cui all'art. 14 della legge n. 287/90. Di contro - a fronte di una distinzione operata fra le ipotesi di cui all'art. 8, co. 2bis e quelle di cui all'art. 8, co. 2ter, in termini di regole procedurali applicabili - il Consiglio di Stato ha ritenuto che, con riferimento al *"caso di un'attività che già, con originaria certezza, risultasse esercitata mediante società separata e fosse stata omessa meramente la comunicazione di ciò"*, l'applicazione delle regole procedurali di cui alla legge n. 689/81 sarebbe sostenibile, *"trovandosi di fronte ad un'evenienza del tutto analoga a quella prevista dal citato art. 19, comma 2, e sul piano normativo sarebbe proponibile il riferimento all'art. 8, comma 2-sexies ("In caso di violazione degli obblighi di comunicazione di cui al comma 2-ter l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria...")"* (nello stesso senso, Tar del Lazio, sentenza 9 agosto 2010, n. 30460, relativa al caso Aeroporti di Roma/Attività Cargo Fiumicino).

"Ritardo" nell'avvio del procedimento rispetto alla denuncia

Il Tar del Lazio, con la sentenza 19 marzo 2010, n. 4318, relativa al caso *Servizi di consulenza geologica/Università di Firenze*, ha riaffermato il principio in base a cui, ai sensi dell'art. 12 della legge n. 287/90, l'Autorità procede ad istruttoria *"valutati gli elementi in suo possesso e quelli portati a sua conoscenza da pubbliche amministrazioni o da chiunque vi abbia*

interesse"; in questo contesto il termine "valutare", oltre ad implicare una prima delibazione sulla sussistenza delle presunte violazioni, non può che comportare un'iniziale e minimale attività, anche istruttoria, diretta ad acquisire precisazioni relative alle segnalazioni pervenute al fine di verificare la sussistenza quanto meno di un *fumus* in ordine alle valutazioni da contestare. Una diversa interpretazione - ha osservato infatti il giudice amministrativo - "condurrebbe all'irragionevole conseguenza di dover comunicare il formale avvio dell'istruttoria per ogni denuncia presentata, con il rischio della strumentalizzazione di tali esposti".

Motivazione del provvedimento

Il Consiglio di Stato, nella decisione 24 giugno 2010, n. 4013, relativa al caso *Aeroporti di Roma-Tariffe aeroportuali*, ha osservato che "una motivazione particolarmente ampia e rigorosa si impone quando si tratta di ritenere sussistente un illecito e di determinare la relativa sanzione, non anche quando si tratta di ritenere non raggiunto un quadro probatorio sufficiente".

Sotto altri profili, attinenti alla motivazione del provvedimento, il Consiglio di Stato, con decisione 29 dicembre 2010, n. 9565, relativa al caso *Ras-Generali/IAMA Consulting*, ha ribadito il principio in base a cui "non può ragionevolmente profilarsi - trattandosi di accertamento e qualificazione di una condotta illecita - un obbligo di specifica e puntuale risposta ad ogni singolo rilievo sollevato, dato che altrimenti sarebbe frustrata la stessa proficuità dell'azione amministrativa antitrust, con pregiudizio per il principio costituzionale del buon andamento".

Diritto di accesso

Il Tar del Lazio, con le sentenze 22 aprile 2010, nn. 8015 e 8016, relative al caso *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, ha avuto modo di ribadire una serie di principi in materia di diritto di accesso agli atti del procedimento. In primo luogo, il giudice ha ricordato l'importanza, nel procedimento *antitrust*, "di bilanciare l'esigenza della riservatezza di informazioni di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario, relative a persone ed imprese coinvolte nei procedimenti, con quella di assicurare il contraddittorio"; rievocando, in questo contesto, il principio di matrice comunitaria della "parità delle armi" tra accusa e difesa, "che postula che l'impresa interessata abbia una conoscenza del fascicolo relativo al procedimento pari a quella di cui dispone il procedente", pur nella salvaguardia del "diritto delle imprese alla tutela dei loro segreti commerciali". Alla luce di tali principi, il Tar ha evidenziato 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 l'indicazione degli atti secretati 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 secretazione sia strettamente limitata alle c.d. parti sensibili del documento".

Il giudice di prime cure, inoltre, nella medesima sentenza, ricordando il principio in base a cui “*l’eventuale illegittima segretazione di singoli documenti non si riverbera di per sé in un vizio idoneo ad invalidare il provvedimento finale dell’Autorità*”, ha ritenuto di doversi soffermare sull’accertamento della “*corretta applicazione nel merito [da parte dell’Autorità] delle previsioni di cui all’art. 13 [del DPR n. 217/98] in tema di segretazione di dati commerciali sensibili*”. Laddove tale accertamento risulti *positivo*, a giudizio del Tar non potrebbe riscontrarsi una illegittimità del diniego di accesso opposto dall’Autorità, in quanto deve escludersi che “*il diritto di difesa attribuisca in capo all’interessato un indiscriminato potere di conoscenza e/o di riproduzione del fascicolo detenuto dall’Autorità*” (i medesimi principi sono stati espressi dal Consiglio di Stato, decisione 6 settembre 2010, n. 6481, con cui ha confermato la valutazione del giudice di prime cure sul caso *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*; nello stesso senso, Consiglio di Stato, decisione 13 aprile 2010, n. 2041, relativa al caso *Mercato del calcestruzzo preconfezionato di Olbia*).

Diritto di accesso e leniency

Il Tar del Lazio, nelle sentenze 22 aprile 2010, nn. 8015 e 8016, relative al caso *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, ha ricordato che l’accertamento delle infrazioni *antitrust* a seguito di una *leniency* comporta in sede di accesso agli atti l’adozione di alcuni “*accorgimenti tecnici [...] al fine di preservare gli incentivi delle imprese ad accedere ai programmi di clemenza*”, quali il differimento dell’accesso alle dichiarazioni confessorie orali e la possibilità di visionare le dichiarazioni dei *leniency applicant* senza estrazione di copia (sentenza confermata, sul punto, dal Consiglio di Stato, decisione 6 settembre 2010, n. 6481).

Ne bis in idem

Il Consiglio di Stato, con la decisione 20 dicembre 2010, n. 9306, relativa al caso *Eni-TTPC*, ha ricordato che “*il divieto di bis in idem è un principio generale, riconosciuto, in ambito penale, non solo a livello nazionale (art. 649 c.p.p.), ma anche a livello comunitario*” e che “*tale principio è pacificamente ritenuto estensibile agli illeciti amministrativi, segnatamente quelli contemplati dal diritto della concorrenza*”. Il Collegio ha poi chiarito che “*il divieto di bis in idem non si applica quando con la stessa condotta vengono commessi più illeciti, ossia nel caso di concorso formale di illeciti*”; in tal caso, “*a fronte di un’unica condotta e di un unico soggetto agente, si hanno più lesioni, di diversi beni giuridici tutelati, e dunque, mancando l’identità di bene giuridico tutelato, non vi è bis in idem*”.

Disciplina applicabile al procedimento per la rideterminazione della sanzione

Il Consiglio di Stato, con la decisione 3 maggio 2010, n. 2502, relativa al caso *International Mail Express-Poste Italiane*, ha affermato che “*l’avviso di avvio del procedimento è doveroso quando si tratta di rinnovare un procedimento ex novo, mentre non è dovuto quando si tratta di rinnovare solo*

una parte di un procedimento già ritualmente avviato e si tratta di farlo in esecuzione di un giudicato. Infatti, nell'esecuzione del giudicato che impone il rinnovo solo di alcuni atti di un procedimento già avviato, ci si colloca in una fase proceduralmente successiva all'inizio del procedimento. Inoltre la partecipazione procedimentale non è necessaria in quanto i criteri sono fissati dal giudicato". Il Collegio ha infine aggiunto che in questo contesto "resta ferma la facoltà dell'interessato di chiedere di partecipare al procedimento presentando osservazioni e documenti".

Indicazione del termine per proporre ricorso

Il Tar del Lazio, nella sentenza 27 gennaio 2010, n. 1027, relativa al caso *ANACI/Acquedotto Pugliese*, ha affermato che *"l'omessa indicazione del termine e autorità per ricorrere non configura, secondo stratificata giurisprudenza, alcun vizio d'invalidità del provvedimento amministrativo, abilitando semmai alla sola rimessione in termini nel caso di errore scusabile"*.

PROFILI PROCESSUALI

Legittimazione ad impugnare i provvedimenti dell'Autorità

Il Tar del Lazio, con la sentenza del 14 luglio 2010, n. 25434, relativa al caso *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri del Mediterraneo*, ha ritenuto che una società concorrente fosse, con riferimento alla determinazione della durata di un'infrazione a fini sanzionatori, *"priva sia di legittimazione ad agire, atteso che la sua posizione se è qualificata in relazione all'accertamento dell'infrazione ed alla conseguente inibizione della condotta escludente non può dirsi egualmente qualificata in relazione alla determinazione della sanzione nei confronti della propria concorrente, sia di interesse al ricorso, in quanto dall'eventuale accoglimento del gravame e dal conseguente inasprimento della sanzione [...] la ricorrente non trarrebbe alcuna utilità"*.

In materia di impegni, il Tar del Lazio, con le sentenze 10 maggio 2010, nn. 10571 e 10572, relative al caso *Procedure selettive Lega Nazionale Professionisti Campionati 2010/11 e 2011/12*, ha statuito che l'interesse del terzo ad impugnare il provvedimento di accoglimento degli impegni altrui sussiste a prescindere da ogni considerazione, non rientrando nella giurisdizione amministrativa, in ordine agli effetti che un eventuale successivo provvedimento di accertamento dell'infrazione potrebbe determinare sui rapporti contrattuali nel frattempo venuti in essere: il compimento di atti non più reversibili in attuazione della condotta ipotizzata come lesiva della concorrenza non comporta infatti la consumazione del potere dell'Autorità, e pertanto residua l'interesse del terzo all'accertamento dell'infrazione da parte della stessa nonché un interesse di tipo risarcitorio.

Ancora in materia di impegni, ma sotto un diverso profilo, il Tar del Lazio, con la sentenza 16 novembre 2010, n. 33474, relativa al caso *Carte di credito*, ha ritenuto ammissibile il ricorso di *Mastercard* avverso la decisione di rigetto degli impegni, argomentando che siffatta decisione *"viene a costituire in capo*

al soggetto che propone gli impegni una posizione giuridica evidentemente tutelabile". Ciò in quanto una tale decisione si presta ad "arrecare un pregiudizio patrimoniale (in ragione della irrogabilità delle previste sanzioni amministrative pecuniarie), ma anche (eventualmente) ad indurre una valenza di "conformazione" delle condotte imprenditoriali a peculiari modalità di svolgimento (divieto di reiterazione di comportamenti, individuazione del corretto alveo di svolgimento delle dinamiche pro-concorrenziali, ecc.)". Il giudice ha anche riscontrato come "speculare" la posizione del soggetto terzo cui è riconosciuto il diritto di impugnare delle determinazioni di accoglimento degli impegni con quella del soggetto leso da una determinazione di rigetto degli impegni. Per tali motivi, il Tar ha concluso che le decisioni di rigetto degli impegni hanno "rispetto al provvedimento conclusivo del procedimento, autonoma portata effettuale ed altrettanto autonoma idoneità a costituire una posizione legittimante ai fini dell'attivazione del controllo giurisdizionale".

Inammissibilità del ricorso avverso segnalazioni e pareri ex artt. 21 e 22, legge n. 287/90

Il Tar del Lazio, nella sentenza 9 febbraio 2010, n. 1765, relativa al caso *Varie Case di Cura/D.P.R. n. 633/72*, ha riaffermato il principio in base a cui *"proprio in funzione della particolare natura del potere di segnalazione, dei suoi contenuti e dei suoi destinatari, le valutazioni relative al suo esercizio, anche quando abbiano segno negativo (perché l'Autorità escluda che sussistano profili restrittivi della concorrenza in una specifica disposizione normativa o regolamentare o in un provvedimento amministrativo generale), non assumono carattere autoritativo né rivestono efficacia provvedimentoale, onde né è preclusa l'impugnativa non potendo dispiegare alcun effetto lesivo della sfera giuridico-patrimoniale di destinatari, non individuabili nemmeno nelle parti che eventualmente abbiano sollecitato l'esercizio del potere di segnalazione, e ancorché a essi sia stata data comunicazione delle valutazioni espresse, in relazione a uno specifico atto di impulso".*

Limiti del sindacato del giudice amministrativo

Il Tar del Lazio, con la sentenza 14 luglio 2010, n. 25434, relativa al caso *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri del Mediterraneo*, ha ribadito che *"il potere esercitato in materia antitrust, quando si tratta di attribuire un contenuto a concetti giuridici indeterminati come il mercato rilevante, è connotato dalla c.d. discrezionalità tecnica in quanto l'opinabilità delle scienze di riferimento, in prevalenza di carattere economico, mette l'Autorità nella condizione di valutare fatti e circostanze suscettibili di vario apprezzamento".* In questo contesto, ricordando l'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali in materia di limiti al sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità, il giudice di prime cure ha rilevato che *"è consentito al giudice di conoscere i fatti in modo pieno, al fine di verificare la logicità, la congruità, la ragionevolezza, la proporzionalità e l'adequatezza del provvedimento e della sua motivazione. [...] 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, ma, ove ne sia accertata la legittimità sulla base della corretta utilizzazione delle regole tecniche sottostanti, il sindacato giurisdizionale non può spingersi oltre, perché vi sarebbe un'indebita sostituzione all'Autorità, la quale soltanto è titolare del potere esercitato". Il Tar del Lazio, in merito, ha osservato che con tale approccio, in sostanza, "la giurisprudenza amministrativa ha costantemente cercato di individuare un punto di equilibrio tra l'esigenza di garantire la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale, che altrimenti costituirebbe un guscio vuoto, e quella di evitare che il giudice possa esercitare egli stesso il potere che compete all'Autorità" (nello stesso senso, Tar del Lazio, sentenza 24 agosto 2010, n. 31287, relativa al caso *Groupe Adeo/Castorama*).*

Il giudice di prime cure, nella sentenza 13 dicembre 2010, n. 36126, relativa al caso *Prezzo del GPL per riscaldamento regione Sardegna*, declinando ulteriormente tali principi, ha affermato che "il criterio guida per prestare il consenso all'ipotesi ricostruttiva formulata dall'Autorità debba individuarsi nella c.d. congruenza narrativa, in virtù della quale l'ipotesi sorretta da plurimi indizi concordanti può essere fatta propria nella decisione giudiziale quando sia l'unica a dare un senso accettabile alla "storia" che si propone per la ricostruzione dell'intesa illecita. Il tasso di equivocità del risultato (dipendente dal meccanismo a ritroso con cui si procede all'accertamento del fatto e dal carattere relativo della regola impiegata) è suscettibile di essere colmato attraverso una duplice operazione, interna ed esterna: i) la *corroboration*, che consiste nell'acquisire informazioni coerenti con quella utilizzata nell'inferenza; e ii) la *cumulative redundancy*, che consiste nella verifica di ipotesi alternative. Se la prima operazione fornisce un riscontro alla conclusione, la seconda ne aumenta la probabilità logica grazie al superamento di interpretazioni divergenti degli elementi acquisiti".

Sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti in materia di impegni

Il Tar del Lazio, con le sentenze 10 maggio 2010, nn. 10571 e 10572, relative al caso *Procedure selettive Lega Nazionale Professionisti Campionati 2010/11 e 2011/12*, ha affermato che le determinazioni dell'Autorità ex articolo 14 *ter* della legge n. 287/90 costituiscono esercizio di un potere discrezionale e, se la scelta dell'Autorità costituisce una valutazione di opportunità alla quale il giudice amministrativo non può sovrapporre una propria autonoma valutazione, l'azione amministrativa discrezionale è sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità, oltre che per violazione di legge, anche per illogicità, irragionevolezza o travisamento dei fatti, nonché per carenza di motivazione o di istruttoria.