

2. SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI

Principali sviluppi giurisprudenziali in materia di concorrenza

Nell'ultimo anno (1° aprile 2006-31 marzo 2007) sono state pubblicate le motivazioni di numerose pronunce del Tribunale Amministrativo Regionale (Tar) del Lazio, Sezione I, e del Consiglio di Stato, Sezione VI, rese in sede di impugnazione dei provvedimenti adottati dall'Autorità in materia di concorrenza (si vedano le tabelle di sintesi in calce). In talune di esse sono stati affermati o, più semplicemente, ribaditi, rilevanti principi riguardanti sia profili sostanziali che profili procedurali. Nel periodo in considerazione si segnala, inoltre, una pronuncia delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione (sentenza n. 4630 del 28 febbraio 2007) la quale ha dichiarato inammissibile un ricorso per un asserito difetto di giurisdizione avverso la decisione del 10 febbraio – 10 marzo 2006, n. 1271, con cui il Consiglio di Stato aveva sostanzialmente confermato la legittimità del provvedimento dell'Autorità nel caso *Comportamenti Abusivi di Telecom Italia*.

PROFILI SOSTANZIALI

Natura dell'Autorità

Il Consiglio di Stato nella sentenza n. 550/2007, resa nel caso *Cassa Depositi e Prestiti/Trasmissione Elettricità Rete*, ha ribadito che le norme sulla concorrenza riguardano “*interessi di particolare rilievo, la cui tutela è stata attribuita dal legislatore nazionale ad una Autorità caratterizzata da particolare competenza tecnica, oltre che dall'esercizio di poteri neutrali, cui è correlata l'indipendenza della stessa Autorità*”, la quale è “*posta al di fuori del circuito dell'indirizzo politico e del relativo controllo*”.

Ambito e limiti del sindacato giurisdizionale

Il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 4017/2006, resa nel caso *Imballaggi metallici*, ha ribadito il proprio consolidato orientamento sull'ambito e sui limiti del sindacato del giudice amministrativo in relazione ai provvedimenti dell'Autorità, rilevando che tale sindacato riguarda la legittimità e non il merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio: il giudice, pertanto, “*deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'AGCM sia immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le*

norme giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate”, senza sostituirsi all’Autorità laddove residuino margini di opinabilità (in senso conforme anche Tar Lazio nei casi *Gas tecnici* (sentenza n. 204/2007) e *Rifornimenti aeroportuali* (sentenze n. 1730/07; n.1733/07; n. 1734/07; n. 1736/07; n. 1738/07; n. 1741/07; n. 1743/07; n. 1745/07; n. 1746/07; n. 1748/07; n. 1750/07).

Con riguardo all’estensione del sindacato giurisdizionale, il Tar Lazio, nella sentenza n. 10678/2006, resa nel caso *Enel Trade-Clienti Idonei*, ha specificato che il giudice amministrativo “*può sindacare con piena cognizione non solo i fatti oggetto dell’indagine, ma anche il processo valutativo mediante il quale l’Autorità applica al caso concreto la regola individuata*”, con il solo limite che “*una volta accertata la legittimità dell’operato dell’Autorità, lo scrutinio giudiziale non può spingersi oltre, fino al punto di sostituire la valutazione effettuata dall’amministrazione con una diversa autonoma scelta*”.

Il Consiglio di Stato, infine, nella sentenza n. 515/2007, resa nel caso *Consorzio Qualità Veneta Asfalti*, ha richiamato il principio di effettività della tutela giurisdizionale, ribadendo che essa “*non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall’amministrazione*”. Nella successiva decisione n. 550/2007, resa nel caso *Cassa Depositi e Prestiti/Trasmissione Elettricità Rete*, il Collegio ha chiarito che comunque la statuizione del giudice amministrativo “*non può spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte di tipo valutativo; non potendosi sostituire ad un potere già esercitato, ma dovendo soltanto stabilire se la valutazione complessa operata nell’esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sotto il profilo delle regole tecniche applicate*”. In definitiva, ha concluso il Collegio, “*ciò che rileva non è (...) la qualificazione del controllo del giudice come intrinseco o estrinseco, ovvero forte o debole, ma l’esercizio di un sindacato tendente a un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità delle controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia antitrust, ma di verificare – senza alcuna limitazione – se il potere a tal fine attribuito all’Autorità antitrust sia stato o no correttamente esercitato*”.

Nozione di impresa

Il Consiglio di Stato, nella citata decisione relativa al caso *Cassa Depositi e Prestiti/Trasmissione Elettricità Rete*, ha chiarito che la qualificazione di “*organismo di diritto pubblico*” non può determinare l’esonero dal rispetto delle regole sulla concorrenza di chi agisca in concreto come operatore economico, richiamando la giurisprudenza comunitaria che ha riconosciuto la natura di impresa a “*qualsiasi entità che esercita un’attività economica a prescindere dal suo stato giuridico e dal suo finanziamento*”. Al riguardo, il giudice ha chiarito che “*il fine del soddisfacimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, che è proprio degli organismi di diritto pubblico, non implica che il soggetto debba*

essere incaricato unicamente di soddisfare bisogni di tal tipo, potendo, invece, esercitare anche altre attività di tipo privatistico”, precisando che a tale principio si è ispirata una consolidata giurisprudenza amministrativa secondo la quale in capo allo stesso soggetto può “*ravvisarsi la qualificazione di impresa pubblica e di organismo di diritto pubblico*”.

Accertamento e prova delle intese

Nozione di intesa

Con riguardo alla nozione di intesa, sia il Tar Lazio, nella sentenza n. 9878/06 resa nel caso *Prezzi del latte per l'infanzia* e nella citata pronuncia *Gas tecnici*, che il Consiglio di Stato, nella sentenza resa nel caso *Imballaggi metallici*, hanno confermato il consolidato indirizzo secondo cui la nozione di intesa “*è oggettiva e tipicamente comportamentale anziché formale, avente al centro l'effettività del contenuto anticoncorrenziale ovvero l'effettività di un atteggiamento comunque realizzato che tende a sostituire con una collaborazione pratica la competizione che la concorrenza comporta*”. In tale ottica, il Tar Lazio, nella sentenza relativa al caso *Tariffe dei periti assicurativi*, ha sottolineato che “*l'illiceità dell'intesa consiste nella mera condotta volta a fissare, direttamente o indirettamente, il prezzo di acquisto o di vendita ed affinché la fattispecie venga in essere è sufficiente che sia voluto il fatto descritto nella norma (c.d. dolo generico) senza alcuna necessità che il soggetto abbia agito per un fine particolare, la cui realizzazione non è richiesta per l'esistenza dell'illecito, vale a dire per un fine che sta al di là e, quindi, fuori dal fatto costituente l'illecito (c.d. dolo specifico)*” (in senso conforme anche Tar Lazio, sentenze *Prezzi del latte per l'infanzia* e *Gas tecnici*).

In linea con tale orientamento, volto ad accogliere una nozione di intesa ampia e non formalistica, il Tar Lazio nelle pronunce relative al caso *Rifornimenti aeroportuali*, ha ribadito la “*tendenziale irrilevanza, ai fini dell'ascrizione di responsabilità, della precisa qualificazione del contegno anticoncorrenziale in termini di accordo o pratica concordata*”, essendo invece rilevante distinguere “*tra forme di collusione che ricadono nei divieti antitrust e semplici comportamenti paralleli privi di elementi di concertazione*”.

Infine, il Consiglio di Stato, nella decisione resa nel caso *Consorzio Qualità Veneta Asfalti*, ha ribadito il proprio consolidato orientamento, secondo cui “*la tipicità di un contratto non esclude la illiceità antitrust di un'intesa, che assuma la forma di tale contratto, dovendo essere verificato in concreto il suo utilizzo a fini anticoncorrenziali*”.

Elementi di prova dell'intesa e inversione dell'onere probatorio

Nelle sentenze relative ai casi *Prezzi del latte per l'infanzia*, *Gas tecnici* e *Rifornimenti aeroportuali*, il Tar Lazio ha avuto modo di ribadire i consolidati principi in materia di prova delle intese, ricordando che “*la giurisprudenza, consapevole della rarità dell'acquisizione di una prova piena e della conseguente vanificazione pratica delle finalità perseguite dalla normativa antitrust che scaturirebbe da un atteggiamento troppo rigoroso, reputa suffi-*

*ciente, e necessaria, la delineazione di indizi, purché gravi, precisi e concordanti, circa l'intervento di illecite forme di concertazione e coordinamento". Inoltre, è stata ripresa la distinzione tra elementi di prova cosiddetti endogeni ed esogeni: nelle citate pronunce *Prezzi del latte per l'infanzia* e *Gas tecnici* il Tar ha ribadito che i primi sono "collegati alla stranezza intrinseca della condotta, ovvero alla mancanza di spiegazioni alternative"; i secondi riguardano invece i "contatti tra le imprese e, soprattutto, (...) scambi di informazioni se non addirittura (...) veri e propri concordamenti". In tale contesto, il giudice ha altresì confermato che "un parallelismo consapevole delle condotte tenute dalle imprese, anche operanti in un mercato oligopolistico, di per sé lecito, può essere considerato come frutto di un'intesa anticoncorrenziale ...ove sia impossibile spiegare alternativamente la condotta parallela come frutto plausibile delle iniziative imprenditoriali".*

Circa l'onere probatorio in materia di pratiche concordate, il Consiglio di Stato, nella pronuncia resa nel caso *Imballaggi metallici*, ha affermato 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". Tale principio è stato ribadito anche nelle pronunce relative al caso *Rifornimenti aeroportuali*.

Infine, in ordine alla valenza probatoria di scritti e documenti, il Consiglio di Stato, nella pronuncia *Imballaggi metallici*, ha affermato il principio secondo cui "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", aggiungendo che "lo scritto proveniente da un terzo è avvicicabile ad una prova testimoniale, di cui va vagliata l'attendibilità". Nella medesima sentenza, con riferimento al 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, il Consiglio di Stato ha confermato l'irrelevanza dell'esistenza in capo a essi di un potere di rappresentanza (in senso conforme, Tar Lazio, sentenza *Gas tecnici*).

Oggetto o effetto delle intese

Il Tar Lazio, nella sentenza n. 3543/2006 resa nel caso *Tariffe dei periti assicurativi*, ha confermato il consolidato principio secondo cui in presenza di un oggetto anticoncorrenziale non è indispensabile l'individuazione degli effetti restrittivi, in quanto "le norme in materia di concorrenza [...] colpiscono il dato sostanziale costituito dai comportamenti collusivi tra imprese, non previamente identificabili, che abbiano oggetto o effetto anticoncorrenziale, sicché l'anticoncorrenzialità dell'oggetto è sufficiente a qualificare l'intesa come anticoncorrenziale e, quindi, illecita".

In linea con tale orientamento sempre il Tar Lazio, nella pronuncia resa nel caso *Gas tecnici*, ha affermato che "anche le pratiche concordate sono 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 l'effetto di impedire o falsare la concorrenza". Nello stesso senso si è espresso il Consiglio di Stato nella decisione relativa al caso *Consorzio Qualità Veneta Asfalti*.

Il Tar Lazio, nella pronuncia n. 6399/2006, relativa al caso *Guardia di Finanza/Federazione Italiana Agenti Immobiliari Professionali (FIMAA)*, in relazione alle indicazioni elaborate da un'associazione di imprese in materia di tariffe, ne ha affermato l'illiceità in quanto le stesse *"rappresentano quantomeno un indirizzo di politica generale ed influenzano per ciò solo le politiche di prezzo dei singoli associati"*.

Con riguardo alla rilevanza antitrust dello scambio di informazioni, nelle pronunce rese nel caso *Rifornimenti aeroportuali* il Tar Lazio ha confermato che esso integra gli estremi di *"un'infrazione autonoma della disciplina della concorrenza, non dipendente quindi dall'accertamento del fatto che lo scambio abbia agevolato la perpetrazione di altre infrazioni"*. Il Tar ha altresì precisato la rilevanza della natura delle informazioni oggetto di scambio, tra cui la segretezza/riservatezza delle informazioni e la natura concorrenzialmente *"sensibile"* dei dati scambiati, *"determinata dall'attitudine dei medesimi a disvelare le future condotte e strategie delle imprese"*. Infine, nella sentenza n. 6396/2006, relativa al caso *Consorzio per la tutela del formaggio gorgonzola*, il Tar Lazio, con riferimento alla verifica del carattere anticoncorrenziale di uno scambio di informazioni, ha precisato che, essa *"deve essere effettuata in concreto sulla base del tipo di informazioni scambiate e dei potenziali effetti anticoncorrenziali"*.

Base normativa

Nella sentenza resa nel caso *Tariffe dei periti assicurativi*, il Tar Lazio, a fronte della censura circa l'applicazione dell'articolo 81 del Trattato Ce piuttosto che della corrispondente norma nazionale (articolo 2, legge n. 287/90), ha precisato che una diversa base giuridica non avrebbe inciso né sulla valutazione sostanziale dell'illecito, né sulle garanzie procedurali delle parti. Sotto il primo profilo, il Tar ha rilevato che *"il testo della norma nazionale [...] riproduce quasi per intero il testo della norma comunitaria mutuandone indubbiamente la ratio e la finalità"*. Quanto al secondo profilo, il giudice ha sottolineato come l'applicazione dell'articolo 81 Ce al caso di specie avesse addirittura accresciuto le garanzie procedurali delle parti, *"in quanto, agendo ai sensi dell'art. 81 Trattato CE (l'Autorità) ha dovuto comunicare alla Commissione Europea sia l'avvio del procedimento istruttorio (art. 11.3, Reg. CE 1/2003) sia, con trenta giorni di anticipo, il tipo ed il tenore del provvedimento che intendeva adottare in via definitiva (art. 11.4, reg. CE 1/2003)"*.

Posizione dominante e abuso

Posizione dominante

Nella sentenza relativa al caso *Enel Trade-Clienti Idonei*, il Tar Lazio ha richiamato il consolidato principio secondo cui *"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” . In linea con l’orientamento comunitario, il Tar ha inoltre ribadito che “l’impresa in posizione dominante ha una speciale responsabilità in ragione della quale le è vietato dar corso a qualsiasi comportamento atto a ridurre la concorrenza o ad ostacolarne lo sviluppo nei mercati, connotati, proprio per la sua presenza, da un ridotto grado di concorrenza”.

Abuso di posizione dominante

In ordine ai presupposti per la configurazione di un abuso di posizione dominante, il Tar Lazio, nella sentenza resa nel caso *Enel Trade-Clienti Idonei*, ha chiarito che “ai fini della configurazione di abusi di posizione dominante non occorre che siano realizzati in concreto i risultati restrittivi (ferma restando l’influenza di questa circostanza in sede di determinazione del trattamento sanzionatorio), essendo invece sufficiente la mera attuazione delle condotte abusive”. In tale ottica, lo stesso Tar, nella pronuncia n. 7807/2006 relativa al caso *Aviapartner/Società Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna*, ha evidenziato che l’abuso al pari dell’intesa anticoncorrenziale “è un illecito di mera condotta per la cui realizzazione è sufficiente il c.d. dolo generico. Per l’integrazione della fattispecie non è necessario che l’impresa abbia avuto coscienza di violare un divieto, essendo sufficiente che essa non abbia potuto ignorare che il comportamento avesse per oggetto la restrizione della concorrenza”, e quindi “non (rileva) l’intento, e la relativa prova, di ledere il concorrente”.

Nella sentenza *Enel Trade-Clienti Idonei*, relativa a un abuso perpetrato mediante l’introduzione in un contratto standard con l’utenza di clausole volte a impedire o disincentivare l’acquisto di energia presso i concorrenti, il Tar ha sottolineato che né la negoziazione delle clausole con la controparte contrattuale, né la tipicità del contratto possono escludere l’illiceità della condotta. In proposito, è stato chiarito che “il complessivo accertamento eseguito dall’Autorità Garante ha [...] condotto alla individuazione della causa concreta delle clausole in questione (vale a dire la funzione pratica ad esse assegnata dalle parti), di talché non è certo in grado di escludere problemi di compatibilità antitrust la riconduzione di dette pattuizioni ai tipi legali previsti dal Codice civile”, né “rileva la circostanza dell’avvenuta negoziazione del beneficio, alla luce del principio che un comportamento abusivo rimane tale anche se concordato con il cliente”.

Imputabilità dell’abuso

Nella sentenza resa nel caso *Enel Trade-Clienti Idonei*, il Tar Lazio ha sancito il principio di imputabilità alla holding di un gruppo della condotta abusiva posta in essere da una sua controllata, laddove sussistano convergenti elementi (quali l’assetto di controllo, i legami societari, l’organizzazione e l’attività delle società appartenenti al gruppo, nonché le regole di governan-

ce) che denotino una “*influenza dominante della capogruppo sull’attività della controllata*”. Sulla scorta della giurisprudenza comunitaria, il Tar ha quindi chiarito che “*la circostanza che l’affiliata abbia personalità giuridica distinta da quella della società madre non basta ad escludere la possibilità d’imputare a quest’ultima il comportamento della prima, potendosi ciò verificare allorché l’affiliata pur avendo personalità giuridica distinta, non decide in modo autonomo quale debba essere il proprio comportamento sul mercato, ma applica in sostanza le direttive impartitele dalla società madre*”.

Concentrazioni

Valutazione delle concentrazioni

Nella decisione resa nel caso *Cassa Depositi e Prestiti/Trasmissione Elettricità Rete*, il Consiglio di Stato ha precisato che “*la valutazione di un’operazione di concentrazione postula un’analisi che ha ad oggetto la considerazione di un lungo lasso di tempo; sicché, la valutazione degli effetti dell’operazione non si esaurisce nella presa d’atto di fatti avvenuti e delle immediate conseguenze di essi, ma implica una valutazione in chiave prospettica di elementi potenziali, tra i quali devono essere comprese anche le sole opportunità di comportamenti anticompetitivi ed anticoncorrenziali che potranno essere posti in essere dall’impresa che si è concentrata*”.

Nozione di controllo

Con la sentenza resa nel caso *Aviapartner/Società Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna*, il Tar Lazio ha incidentalmente ribadito il consolidato principio per cui la nozione di controllo ai fini della normativa *antitrust* prevista dall’articolo 7 della legge n. 287/90 è autonoma e ben più ampia di quella dettata dall’articolo 2359 codice civile. In questi termini, “*ne consegue, da un lato, che nel diritto della concorrenza occorre tenere conto della situazione concreta in cui versano le realtà imprenditoriali in quanto la norma fa riferimento non solo alle circostanze di diritto ma anche a quelle di fatto, sicché occorre valutare l’effettiva sostanza dei rapporti quale derivante dalla concreta volontà delle parti, dall’altro, che la nozione di controllo non può intendersi ristretta all’ipotesi di influenza dominante nell’assemblea ordinaria, vale a dire al potere di imporre in autonomia decisioni strategiche, ma deve estendersi anche all’ipotesi di c.d. controllo negativo in cui la società ‘controllante’, pur non potendo imporre da sola scelte strategiche, è comunque in grado di impedire l’adozione di tali scelte*”.

Concentrazioni cinematografiche

Nelle sentenze nn. 6835 e 6837/2006, relative rispettivamente ai casi *Cecchi Gori/Cinema Marconi* e *Cecchi Gori/Cinema di Firenze*, il Tar Lazio ha precisato che la disciplina speciale delle concentrazioni cinematografiche, di cui all’articolo 26 del decreto legislativo n. 28 del 2004, da ritenersi integrativa e, in parte, derogatoria, di quella generale prevista dalla legge n. 287/90,

“*subordina l’insorgenza dell’obbligo di previa notificazione dell’operazione ai requisiti, che debbono ‘contemporaneamente’ verificarsi, della detenzione o controllo, anche in una sola delle ‘città capozona della distribuzione’, di ‘una quota di mercato superiore al 25 per cento’ sia del ‘fatturato della distribuzione cinematografica’ sia del ‘numero delle sale cinematografiche ivi in attività’*”. Con riferimento al “fatturato della distribuzione”, il Tar ha ritenuto che esso debba identificarsi nelle entrate derivanti dall’attività di sfruttamento della pellicola da parte dei distributori attraverso il noleggio di essa agli esercenti, piuttosto che nelle entrate derivanti dallo sfruttamento in sala dei film.

Contribuzione per la notifica delle concentrazioni

Nella sentenza 25 gennaio 2007 n. 551, in relazione alla contribuzione dovuta per la notifica delle operazioni di concentrazione all’Autorità, ai sensi dell’articolo 10, comma 7 bis, legge n. 287/90, il Tar ha chiarito la *ratio* dell’istituto consistente nella “*copertura dei costi relativi al controllo delle operazioni di concentrazione*”.

Ai fini della quantificazione della contribuzione, il Tar ha altresì confermato la legittimità del criterio della coincidenza tra valore della transazione e corrispettivo pattuito dalle parti per l’insieme delle attività oggetto della transazione, “*incluse quelle che generano fatturato al di fuori del territorio nazionale*”.

Condotte anticoncorrenziali in contesti regolamentati

Il Consiglio di Stato, nella decisione parziale n. 1999/2006, resa nel caso *Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi*, ha confermato un approccio rigoroso con riferimento all’esclusione dell’applicabilità delle regole di concorrenza in contesti regolamentati, statuendo che “*il diritto antitrust, nella misura in cui è imperniato su norme che presuppongono comportamenti autonomi delle imprese, non può trovare applicazione solo quante volte una condotta anticoncorrenziale sia imposta agli operatori da una normativa nazionale, o questa comunque crei un contesto giuridico suscettibile di per sé stesso di eliminare ogni possibilità di comportamento concorrenziale da parte loro*”. Dunque, “*laddove la normativa nazionale si limiti [...] a comprimere in qualche maniera la libertà di iniziativa delle imprese, ma lasci sussistere la possibilità di una concorrenza suscettibile di essere ostacolata, ristretta o falsata da loro comportamenti autonomi, non vi è dubbio che la disciplina antitrust debba ricevere applicazione*”.

Nella medesima pronuncia il Consiglio di Stato, riguardo l’ambito di applicazione dell’articolo 8 della legge n. 287/90, ha confermato che “*è principio [...] consolidato in giurisprudenza (...) che l’art. 8, comma 2, della legge n. 287/90 introduce una deroga al principio generale della piena applicazione delle norme a tutela della concorrenza alle imprese pubbliche e private, applicabile alle sole imprese che esercitino la gestione di servizi di interesse economico generale, ovvero operino in regime di monopolio, e comunque limitatamente a quanto strettamente connesso all’adempimento degli*

specifici compiti loro affidati". Conseguentemente, il giudice ha aggiunto che *"si deve allora concludere [...] che non basta il perseguimento di interessi erariali a giustificare la neutralizzazione delle norme antitrust"*.

Il Consiglio di Stato nella sentenza resa nel caso *Cassa Depositi e Prestiti/Trasmissione Elettricità Rete* ha sottolineato come l'articolo 86, n. 2, Ce, in quanto disposizione derogatoria delle norme del Trattato Ce, debba *"essere interpretato in senso restrittivo, anche con riguardo alla definizione delle imprese che possono invocarne l'applicazione"*. E' quindi onere dell'impresa che ne chieda l'applicazione dimostrare la sussistenza di tutti i requisiti previsti.

Sanzioni

Presupposti e criteri di quantificazione

Il Tar Lazio, nelle sentenze rese nei casi *Tariffe dei periti assicurativi, Gas Tecnici*, e nel caso *Eni-Trans Tunisian Pipeline* ha considerato favorevolmente il rinvio alla classificazione della gravità delle violazioni anticoncorrenziali indicata negli *Orientamenti per il calcolo delle ammende* della Commissione europea. Inoltre, nella pronuncia resa nel caso *Gas Tecnici*, il Tar Lazio ha – incidentalmente - fatto riferimento ai *nuovi Orientamenti* della Commissione europea per il calcolo delle sanzioni, sottolineando come sia in esse indicato che *"i cartelli aventi ad oggetto la fissazione dei prezzi, la ripartizione del mercato o la limitazione della produzione (c.d. 'hardcore violations'), costituenti alcune delle più gravi restrizioni della concorrenza, saranno sanzionati molto severamente"*. Con riguardo alla valutazione della gravità dell'intesa, il Tar Lazio nella pronuncia *Tariffe dei periti assicurativi* ha ritenuto che *"non sussistono (...) presunzioni assolute in punto di gravità dell'infrazione, occorrendo a tal fine un apprezzamento dell'impatto concreto dell'infrazione sul mercato"* e perciò, *"anche le infrazioni in astratto qualificabili come molto gravi sono passibili, a seconda di specifiche circostanze, di un giudizio di gravità semplice"*.

Anche il Consiglio di Stato nella pronuncia sul caso *Imballaggi metallici* ha affermato che, in base agli *Orientamenti per il calcolo delle ammende* della Commissione, la valutazione di un illecito come "molto grave" richiede la prova del pregiudizio per il funzionamento del mercato. Circa la questione della sanzionabilità di un'infrazione ormai cessata, nella sentenza n. 6833/2006 resa nel caso *Servier Italia-Istituto Farmaco Biologico Stroder* il Tar ha affermato che *"l'accertamento di un'intesa lesiva della concorrenza, quand'anche non più attuale, può determinare l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria di cui al richiamato art. 15 della legge n. 287/90"*.

Con riferimento alla prescrizione, il Tar Lazio, nella sentenza relativa al caso *Gas Tecnici*, ha chiarito la portata dell'articolo 28, comma 1, della legge n.689/1981, nel senso che *"la ratio di tale disposizione risiede nel fatto che il diritto di credito dell'amministrazione alla somma di danaro oggetto della sanzione amministrativa pecuniaria sorge direttamente dalla violazione, la quale si pone come fonte dell'obbligazione, mentre l'ordinanza di pagamento ha l'effetto di determinare la somma dovuta (...). La prescrizione, quindi,*

si riferisce non solo al diritto di riscuotere la sanzione pecuniaria, ma anche al potere dell'amministrazione di applicare la sanzione comminata dalla legge per la violazione accertata". Tuttavia, nel caso di specie il giudice ha escluso la decorrenza del termine quinquennale di prescrizione perché, trattandosi di un illecito permanente, "l'accertamento della violazione è individuabile nel momento di cessazione della permanenza ed è da tale data che la prescrizione quinquennale di cui all'art. 28 L. 689/1981 inizia a decorrere".

Infine, con riferimento alla quantificazione delle sanzioni, il Tar Lazio, nella sentenza relativa al caso *Prezzi del Latte per l'infanzia*, ha ribadito il noto principio secondo il quale "non sussiste un interesse giuridicamente rilevante a contestare l'entità della sanzione irrogata ad un'altra impresa": in particolare, "l'interesse a dolersi dell'esito del procedimento nei confronti di un altro soggetto, anche mediante la prospettazione di una disparità di trattamento, non sussiste atteso che, pure nell'eventualità che la disparità fosse dimostrata, resterebbe del tutto irrilevante ai fini del giudizio di legittimità del trattamento asseritamente deteriore patito dal ricorrente".

Rilevanza dell'elemento soggettivo

Il Tar Lazio, nella citata pronuncia sul caso *Tariffe dei periti assicurativi*, ha ritenuto che l'assenza di "dolo specifico", relativamente all'infrazione riscontrata, "se da un lato non esclude la qualificazione come illecita della condotta ove la stessa sia oggettivamente idonea ad alterare la concorrenza, tratteggia comunque un elemento da tenere in considerazione al fine della gradazione della sanzione, rappresentando sostanzialmente una circostanza attenuante in quanto indicativa di una più lieve intensità della volontà colpevole".

Fatturato

Il Tar Lazio, sia nella sentenza resa nel caso *Aviapartner/Società Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna*, che in quella relativa al caso *Tariffe periti assicurativi*, ha affermato che, ai fini sanzionatori, la capacità economica del soggetto sanzionato si misura con riferimento alla totalità delle entrate di cui il soggetto destinatario della sanzione può disporre.

Nella sentenza resa nel caso *Tariffe dei periti assicurativi*, il Tar Lazio ha ribadito il suo precedente orientamento, e cioè che "il concetto di fatturato contenuto nell'art. 15 della L. 287/1990 deve essere necessariamente inteso in senso lato, ossia in modo tale che la relativa previsione sanzionatoria possa trovare applicazione nei riguardi di tutte le tipologie di destinatari dei precetti a presidio dei quali essa vige". Ove debba essere sanzionato - come nel caso di specie - un ente di tipo associativo, "a base di computo della sanzione occorre assumere le entrate contributive ad esso proprie, per quanto non inerenti ad un fatturato in senso stretto".

Ne bis in idem

Nella sentenza relativa al caso *Eni-Trans Tunisian Pipeline*, il Tar del Lazio ha chiarito che, conformemente ai principi espressi dalla giurisprudenza

comunitaria, sussiste un “*divieto di sanzionare lo stesso soggetto più di una volta per un medesimo comportamento illecito, al fine di tutelare lo stesso bene giuridico*”. Tuttavia, l’applicazione del principio del *ne bis in idem* “*è soggetta ad una triplice condizione di identità dei fatti, di unità del contravventore e di unità dell’interesse giuridico tutelato, con la conseguenza che la regola si intende rispettata anche se una sola di tali condizioni non si verificano*”. Sulla base di tale principio, il Tar ha constatato l’inesistenza di un *bis in idem* nel caso di specie, posto che “*il nucleo dei fatti accertati*” con i due provvedimenti non era pienamente coincidente, in quanto un precedente provvedimento aveva riguardato una “*condotta (meramente omissiva) di inottemperanza alla diffida*”, mentre un successivo provvedimento aveva a oggetto un “*contegno (commissivo ed omissivo) di natura escludente di Eni, diretto a ostacolare l’ingresso di concorrenti nell’approvvigionamento del gas in Italia attraverso l’interruzione del progettato potenziamento del gasdotto Ttpc*”.

Potere di diffida dell’Autorità e ottemperanza

Diffida

Il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 6522/2006 resa nel caso *Blugas-Snam*, ha affermato che “*funzione della diffida di cui all’art. 15 della legge n. 287 del 1990 (atto il quale va interpretato alla luce del principio del c.d. effetto utile: v. C.d.S., VI, n. 5368 del 28/2004) è quella di ottenere che nello specifico mercato inciso da un illecito antitrust siano ripristinate condizioni simili a quelle che vi si sarebbero potute riscontrare in assenza di infrazione*”. Nella sentenza relativa al caso *Servier Italia-Istituto Farmaco Biologico Stroder*, il Tar ha chiarito che “*pure in assenza di una specifica diffida alla eliminazione dell’infrazione eventualmente ritenuta non più sussistente, l’accertamento dell’illiceità dell’intesa ha un valore [di] monito, nel senso di rendere edotte le imprese interessate che il loro comportamento ha violato la normativa sulla concorrenza e che un ulteriore analogo modo di agire potrebbe essere in tal modo accertato e sanzionato dall’Autorità*”.

Sotto un diverso profilo, il Tar Lazio, nelle sentenze rese in relazione al caso *Rifornimenti aeroportuali*, ha confermato il potere dell’Autorità di disporre misure strutturali o comportamentali in sede di diffida connessa all’accertamento di illeciti antitrust, nel caso di specie, un’intesa. L’esercizio di tale potere dovrà avvenire nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità.

Ottemperanza

Nella citata sentenza relativa al caso *Blugas-Snam*, il Consiglio di Stato ha confermato le valutazioni del Tar Lazio circa l’inidoneità, ai fini dell’ottemperanza a una diffida, di impegni e misure prospettati dall’impresa, ma non realizzabili con certezza. A tale proposito il Collegio ha richiamato il principio comunitario dell’effetto utile, “*a tenore del quale, ai fini del rispetto delle prescrizioni volte a rimuovere situazioni anticompetitive, occorre valutare non solo la formale conformità delle misure alle prescrizioni ma la loro sostanziale idoneità a rimuovere i profili stigmatizzati dall’Autorità*”.

Nel caso di specie, con riferimento ad una diffida volta a imporre la presentazione da parte dell'impresa, entro un termine definito, di misure idonee a eliminare l'infrazione accertata, è stata affermata l'irrilevanza e la natura "sostanzialmente elusiva" dell'annuncio, da parte dell'impresa, di misure non concretamente realizzabili, in quanto sospensivamente condizionate al verificarsi di eventi futuri e incerti.

PROFILI PROCEDURALI

Poteri istruttori dell'Autorità e diritti di difesa

Termini dell'istruttoria

Il Tar Lazio, nella sentenza relativa al caso *Servier Italia-Istituto Farmaco Biologico Stroder*, ha ricordato che "nella legge n. 287/1990, come nel regolamento di cui al D.P.R. 217/1998 e, d'altra parte, nel precedente regolamento di cui al D.P.R. 461/1991, manca un termine normativamente individuato e di carattere generale per la conclusione dell'attività istruttoria in materia di intese restrittive della concorrenza". Pertanto, "il termine di conclusione fissato nell'atto di avvio del procedimento [...], alla stregua del principio generale di cui all'art. 2 della L. 241/1990, assolve alla funzione di assegnare tempi tendenzialmente determinati al singolo procedimento (...) escluso ogni automatismo decadenziale".

Termine in caso di richiesta di autorizzazione in deroga

Il Tar del Lazio nella citata sentenza *Gas Tecnici* ha ribadito che "il termine di centoventi giorni per provvedere, previsto dall'art. 4, co. 3, L. 287/1990 [in caso di richiesta di autorizzazione in deroga, n.d.r.] è meramente sollecitatorio e non può essere considerato perentorio", non essendo applicabile l'istituto del silenzio assenso.

Difesa delle parti e obbligo di motivazione dell'Autorità

Con riferimento all'eventuale lesione dei diritti di difesa derivante dalla difformità tra provvedimento finale e contestazioni formulate in sede di comunicazione delle risultanze istruttorie, il Consiglio di Stato, nella decisione parziale emessa sul caso *Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi*, ha sottolineato che "il principio di corrispondenza tra imputazione e sanzione, anche alla luce delle coordinate elaborate dalla giurisprudenza penale, non osta [...] alla possibilità che l'Autorità, all'esito di un procedimento che non ha decampato dalla cornice fattuale degli addebiti mossi alle imprese sottopostevi, pervenga ad una definizione giuridica dei fatti contestati diversa da quella iniziale".

Il giudice ha quindi escluso che il provvedimento avesse realizzato una modifica sostanziale di quanto originariamente contestato, ritenendo che in esso se ne fosse solo effettuata una diversa ricostruzione, riconducendo l'alterazione concorrenziale "ad un'intesa soggettivamente più ristretta e quindi evidentemente ricompresa, in base al principio di continenza, nella più larga

intesa originariamente considerata". Il Consiglio di Stato ha inoltre confermato la compatibilità di un'ispezione svolta senza previa autorizzazione giudiziaria con il diritto al rispetto del domicilio assicurato dall'articolo 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. I giudici hanno negato che tale norma, nell'interpretazione datane dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, enunci in termini astratti alcun principio di illegittimità degli atti di ispezione compiuti per finalità *antitrust* senza previa autorizzazione giudiziale.

Nella stessa pronuncia il Consiglio di Stato, a fronte della censura concernente la presunta omessa considerazione, da parte dell'Autorità, degli elementi esposti in sede di difesa procedimentale, ha confermato il consolidato principio secondo il quale *"l'obbligo di esame delle memorie e dei documenti difensivi ex art. 10 della legge n. 241/1990 non impone un'analitica confutazione in merito ad ogni argomento utilizzato dalle parti stesse, sufficiente essendo un iter motivazionale che renda nella sostanza percepibile la ragione del non adeguamento alla traiettorie difensive e ne attesti la relativa consapevolezza"*.

Nella citata sentenza resa nel caso *Tariffe dei periti assicurativi*, il Tar Lazio ha indicato che un addebito, una volta contestato nell'atto di avvio di un procedimento, *"deve ritenersi cristallizzato in quanto una sua modificazione potrebbe compromettere l'effettivo esercizio del diritto di difesa, ... sicché, ove nel corso dell'istruttoria dovessero emergere circostanze nuove, rilevanti sotto il profilo antitrust, l'organo competente dovrebbe procedere ad attivare un diverso procedimento con una nuova, tempestiva, contestazione degli addebiti"*. Tuttavia, ha precisato il Tar, *"se la ratio della specificità e della immodificabilità della contestazione degli addebiti è quella di consentire il pieno esplicitarsi del contraddittorio sui fatti contestati..., occorre escludere che l'ampliamento 'in corso d'opera' delle infrazioni contestate possa riflettersi nell'illegittimità del provvedimento finale quando in modi e tempi adeguati, sia stato pienamente consentito l'esercizio del diritto di difesa anche in relazione ai fatti nuovi"*, come accaduto nel caso di specie, tramite la comunicazione delle risultanze istruttorie. Ciò - prosegue il Tar - è conforme al principio di strumentalità delle forme, secondo cui *"prevalendo la sostanza sulla forma, la violazione di una norma procedimentale può tradursi in un vizio di legittimità dell'azione amministrativa solo quando abbia realmente compromesso le esigenze che la norma violata mirava a salvaguardare"*.

Nella sentenza relativa al caso *Gas Tecnici*, il Tar Lazio ha altresì sostenuto che *"l'eventuale mancata pubblicazione nell'apposito Bollettino dell'avvio dell'istruttoria, pubblicazione prevista dall'art. 6, co. 7, D.P.R. 217/1998, costituisce un'irregolarità non inidonea di per sé sola a tradursi in un vizio di legittimità del provvedimento finale"*.

In ordine all'accertamento dell'illecito, il Tar Lazio, nella citata pronuncia sul caso *Eni-Trans Tunisian Pipeline*, richiamando un consolidato indirizzo giurisprudenziale, ha confermato l'inadeguatezza della *tecnica difensiva* volta a sezionare ciascuno degli snodi argomentativi del provvedimento piuttosto che affrontare una valutazione complessiva degli elementi raccolti dall'Autorità: *"l'obiezione della denunziata non significatività di singoli pas-*

saggi è destinata infatti a dissolversi ove di ciascun argomento ed elemento documentale valorizzato dall'Autorità, da solo mai decisivo ma nemmeno mai privo di significato, si faccia una valutazione che tenga nel debito conto il contesto complessivo di risultanze in cui esso si colloca. Il soppesamento parcellizzato del valore probatorio dei singoli indizi decontestualizzati non può difatti che cedere il passo all'apprezzamento organico della valenza propria del complesso indiziario raccolto”.

Nella sentenza n.10200/2006, resa nel caso *Infostrada/Telecom-Circuiti di Accesso*, il Tar Lazio, richiamando un orientamento della Corte di Giustizia, ha riconosciuto ai soggetti denunciati il diritto di essere informati in ordine ai motivi del rigetto della denuncia.

Pareri di Autorità di settore

Con riferimento al parere dell'Isvap, di cui all'articolo 20, comma 4, legge n. 287/1990, il Tar Lazio, nella sentenza relativa al caso *Tariffe dei periti assicurativi*, ha confermato il principio secondo il quale *“il parere dell'Isvap si colloca nella fase decisoria e non nella fase istruttoria del procedimento innanzi all'Autorità antitrust, per cui è da escludere che su di esso debba essere aperta una nuova istruttoria”*. Nella stessa pronuncia, il giudice ha parimenti confermato il principio secondo il quale *“le valutazioni dell'Autorità di settore assumono una diversa valenza a seconda che si riferiscano alla disciplina ed alle caratteristiche del settore regolato rispetto a quelle attinenti l'applicazione delle norme in materia di tutela della concorrenza; in entrambi i casi, l'Autorità antitrust dovrà motivare il discostamento dal parere dell'Autorità di settore, ma nella prima ipotesi la motivazione dovrà essere particolarmente esauriente a differenza della seconda, in cui le valutazioni attengono direttamente alle competenze attribuite al garante della concorrenza”*.

Sotto un ulteriore profilo, nella citata decisione resa nel caso *Cassa Depositi e Prestiti/Trasmissione Elettricità Rete*, il Consiglio di Stato ha confermato la legittimità dell'operato dell'Autorità, osservando che *“il fatto ... che l'Autorità abbia interpellato, oltre all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, altri soggetti del settore elettrico non era censurabile dal momento che ... a tali soggetti privati l'Autorità non delegava alcun potere decisivo limitandosi a sollecitarne le valutazioni al fine di acquisire il più ampio spettro di informazioni utili alla decisione sull'operazione”*.

Obbligo di verbalizzazione

In relazione alla verbalizzazione delle audizioni, il Tar Lazio, nella citata sentenza relativa al caso *Gas Tecnici*, ha chiarito che *“l'eventuale omessa o non corretta sottoscrizione di un verbale non costituisce di per sé sola circostanza idonea a determinare l'illegittimità del provvedimento conclusivo del procedimento, dovendo piuttosto l'interessato, al fine di comprovare il vizio dell'atto, dimostrare che la manifestazione volitiva dell'amministrazione, tradottasi nel provvedimento finale, si sia formata sulla base di presupp-*

sti di fatto erronei”. Il Tar ha quindi concluso nel senso che *“il contenuto di un verbale possa comunque essere considerato dall’amministrazione nello svolgimento del procedimento sino a che non venga evidenziata una ragione, diversa rispetto alla omessa o alla non rituale sottoscrizione, che metta concretamente in dubbio i fatti che nel documento sono rappresentati”*.

Atto plurimo

Il Tar Lazio, nella pronuncia *Tariffe dei periti assicurativi*, ha esplicitamente riconosciuto che il provvedimento adottato dall’Autorità nel caso di specie, avente a oggetto due distinte intese poste in essere da soggetti in parte diversi, aveva natura di *“atto plurimo”*, intendendosi per tale il provvedimento *“caratterizzato dall’unitarietà solo formale ma non anche sostanziale in quanto scindibile in una pluralità di atti di identico o di diverso contenuto”*. Pertanto, *“ciascuno dei singoli atti contenuti nel provvedimento plurimo è indipendente e non segue necessariamente la sorte che, eventualmente, investa uno di essi”*.

Nella sentenza relativa al caso *Gas Tecnici*, il Tar Lazio ha indicato, con riferimento ai procedimenti rispettivamente volti all’accertamento di un’intesa restrittiva della concorrenza (*ex* articolo 2, della legge n. 287/90) e all’autorizzazione in deroga al divieto di intese restrittive (*ex* articolo 4 della legge n. 287/90) che, ferma restando la diversità tra i due procedimenti, *“rientra nella facoltà discrezionale dell’amministrazione compendiare in un unico provvedimento plurimo i due distinti provvedimenti conclusivi dei due distinti procedimenti”*.

Modalità e limiti del diritto di accesso

Il Tar Lazio, nella sentenza relativa al caso *Gas Tecnici*, nell’analizzare i rapporti tra diritto di accesso, riservatezza dei terzi e segreto d’ufficio, ha indicato che *“Il rapporto tra accesso, riservatezza dei terzi e segreto d’ufficio ... è di regola stabilito in sede amministrativa in quanto l’amministrazione può correttamente rigettare, in tutto o in parte, l’istanza ostensiva laddove ritenga gli atti non utili all’esercizio del diritto di difesa, mentre deve accogliere l’istanza ed esibire gli atti laddove questi siano effettivamente funzionali al concreto esercizio del diritto di difesa racchiudendo elementi che l’autorità procedente sta considerando nello svolgimento della sua azione”*. Il Tar ha però precisato che, una volta rigettata la richiesta di accesso, *“la valutazione compiuta dall’amministrazione in ordine all’irrelevanza dei documenti ai fini dell’esercizio del diritto di difesa determina una sorta di autovincolo nell’azione amministrativa, nel senso che, se le indicazioni ritraibili dai documenti non ostesi in quanto irrilevanti sono invece prese in considerazione nel corso del procedimento ed influiscono nella formazione della volontà provvedimentale, viene in rilievo una violazione procedimentale, essendo stata indebitamente limitata la facoltà partecipativa dell’interessato, idonea a tradursi in un vizio di legittimità del provvedimento finale”*.

Profili processuali

Legittimazione a impugnare i provvedimenti dell'Autorità

Con sentenza n. 6615/2006, resa nel caso *Ordine dei Chimici/Regione Umbria*, il Tar Lazio ha escluso la legittimazione dell'Ordine professionale ove questo faccia valere in giudizio questioni attinenti alle situazioni dei singoli iscritti, come tali non riconducibili all'ente esponenziale di riferimento. In particolare, il Tar, ribadendo il pacifico orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa, ha osservato che *“la legittimazione processuale degli ordini professionali e delle associazioni di categoria va esclusa allorché i provvedimenti che si va ad impugnare sono suscettibili di incidere, al più, su una pluralità di associati, ma non anche sull'intera categoria, potendosi configurare, pertanto, un conflitto di interessi all'interno di quest'ultima”*.

Nella sentenza resa nel caso *Tariffe dei periti assicurativi*, il Tar Lazio, chiarendo che *“il diritto al ricorso nel processo amministrativo sorge in conseguenza della lesione attuale di un interesse sostanziale e tende ad un provvedimento del giudice idoneo, se favorevole, a rimuovere quella lesione”*, ha precisato le condizioni soggettive dell'azione, legittimazione ad agire e interesse a ricorrere. A riguardo, il Tar ha precisato che *“la legittimazione ad agire spetta a chi affermi la titolarità della situazione giuridica sostanziale che assume essere stata ingiustamente lesa dal provvedimento amministrativo, mentre l'interesse al ricorso consiste in un vantaggio pratico e concreto, anche soltanto eventuale o morale, che può derivare al ricorrente dall'accoglimento dell'impugnativa”*.

Con riferimento alla legittimazione ad agire, il Tar ha poi specificato che un soggetto è legittimato a ricorrere solo laddove sia titolare di un interesse legittimo, e cioè di una posizione personale che sia *differenziata* da quella della collettività e *qualificata* giuridicamente.

Nella specie – ha aggiunto il Tar – la differenziazione dell'interesse *“può discendere dal provvedimento amministrativo quando esso incide immediatamente nella sfera giuridica del soggetto ovvero può rinvenirsi nel collegamento tra la sfera giuridica individuale ed il bene della vita oggetto della potestà pubblica quando l'atto esplica effetti diretti nella sfera giuridica altrui e, in ragione di tali effetti, è destinato a ledere la posizione sostanziale del ricorrente”*. Parallelamente, la qualificazione dell'interesse deriva dal fatto di essere *“considerato dalla norma attributiva del potere nel senso che tale norma, o l'ordinamento nel suo complesso, deve prendere in considerazione oltre all'interesse pubblico che è precipuamente preordinata a soddisfare anche l'interesse individuale privato su cui va ad incidere l'azione amministrativa. Un interesse individuale differenziato ma non qualificato, infatti, rimane un interesse di mero fatto e, in quanto tale, non è idoneo a legittimare la proposizione del ricorso”*.

Con riferimento ai provvedimenti di archiviazione dell'Autorità, il Tar Lazio, nella sentenza resa nel caso *Infostrada/Telecom-Circuiti di Accesso*, ha ribadito l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale le imprese concorrenti vantano un interesse personale e individuale al rispetto della normativa

antitrust, in quanto dalle determinazioni dell'Autorità, dirette ad altre imprese, possono derivare svantaggi o vantaggi riferibili alla loro sfera individuale.

Sempre con riferimento a provvedimenti a carattere "assolutorio", in materia di concentrazioni, il Tar Lazio, nella sentenza n. 10757/2006, resa nel caso *Snai/Rami di Azienda*, ha ribadito che *"la più recente giurisprudenza amministrativa, in linea con l'indirizzo delle Corti comunitarie, ha ormai riconosciuto alle 'imprese concorrenti' la possibilità di contestare le determinazioni antitrust, riguardanti altri soggetti, che siano potenzialmente lesive della loro sfera patrimoniale"*.

Il Tar Lazio nella sentenza n. 2307/2007 resa nel caso *Cirio/Centrale del latte di Roma* ha dichiarato inammissibile per difetto di legittimazione ad agire il ricorso presentato da una associazione di consumatori e da un sindacato di lavoratori avverso un provvedimento dell'Autorità che aveva autorizzato con condizioni un'operazione di concentrazione. In tale occasione il Tar ha richiamato la più recente giurisprudenza in materia, sia propria che del Consiglio di Stato, la quale, se da un lato ha ampliato la sfera dei soggetti legittimati a impugnare i provvedimenti dell'Autorità, dall'altro ha escluso l'ammissibilità di un'azione popolare. Alla luce di ciò, il Tar ha ribadito specifici limiti all'ammissibilità dei ricorsi delle associazioni dei consumatori e degli utenti: anzitutto tali associazioni, per essere legittimate ad agire "a tutela degli interessi collettivi", ex articolo 3 della legge n. 281/98 e oggi articolo 139 del Codice del Consumo (decreto legislativo n. 206/2005), devono essere inserite nell'elenco di cui all'articolo 5 della citata legge n. 281/98 (oggi articolo 137 del decreto legislativo n. 206/2005); inoltre, *"devono essere in possesso di un minimum di rappresentatività, corrispondente o comunque paragonabile al modello recepito dal legislatore"*; e infine devono dimostrare di *"essere portatrici di un interesse particolare e differenziato, che assumono essere stato lesa in via diretta e immediata dal provvedimento impugnato"*.

Legittimazione passiva dell'Autorità

Nella citata pronuncia relativa al caso *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, il Tar Lazio ha ritenuto che, in relazione alla pretesa fatta valere con la notificazione della cartella esattoriale impugnata, legittimata a resistere sia l'autorità e non – insieme o in luogo di essa – altra Amministrazione (nella specie il Ministero dell'Economia e delle Finanze). La suddetta pretesa, infatti, *"va ricongiunta alle competenze istituzionali dell'Autorità, posto che si controverte su un aspetto del complessivo trattamento sanzionatorio che l'ordinamento pone, proprio attraverso l'Autorità, a carico del responsabile di una violazione alla legge 287/1990"*. In altri termini, ha sottolineato il Tar, *"ancorché la presente controversia concerna, in ultima analisi, un'entrata pecuniaria dello Stato, va [...] osservato come tale circostanza sia comune a qualsiasi giudizio nel quale si disputi intorno ad una sanzione pecuniaria irrogata da un'amministrazione statale (ivi incluse le impugnative avverso le ordinarie sanzioni applicabili dall'A.G.C.M.), senza che mai sia stato ritenuto necessario estendere il contraddittorio al Ministero cui sono formalmente intestati gli interessi dell'Erario"*.

Deposito del ricorso – tardività

Nella sentenza resa nel caso *Guardia di Finanza/Federazione Italiana Agenti Immobiliari Professionali (FIMAA)*, il Tar Lazio, con riferimento all'articolo 23 *bis*, comma 2, della legge n. 1034/1971 (così come novellato dalla legge n. 205/2000), che dimezza tutti i termini processuali, salvo quelli per la proposizione del ricorso, anche quando è impugnato un atto proveniente da un'autorità amministrativa indipendente (comma 1, lettera *d*) dello stesso articolo), ha ribadito l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui *“l'espressione ‘proposizione del ricorso’ deve intendersi riferita soltanto alla notificazione dell'atto introdotto e non anche al successivo deposito della copia del ricorso ritualmente notificato, sicché il termine ordinariamente previsto per quest'ultimo adempimento (trenta giorni) subisce il dimezzamento previsto dal richiamato secondo comma”*.

Appello incidentale autonomo

Nella sentenza relativa al caso *Imballaggi metallici*, il Consiglio di Stato ha dichiarato irricevibili per tardività gli appelli incidentali autonomi. In tale pronuncia il giudice ha stabilito che *“nel caso in cui contro la stessa sentenza vengano proposti nello stesso processo un appello principale e uno incidentale non di controimpugnazione, ma contenente doglianze autonome e del tutto indipendenti rispetto al primo, l'appello incidentale è soggetto ai termini ordinari per l'impugnazione previsti dall'art. 28, l. TAR (...)”*.

Ricorso collettivo

Nella sentenza resa nel caso *Prezzi del Latte per l'infanzia* il Tar Lazio ha ritenuto inammissibile una doglianza formulata nell'ambito di un ricorso collettivo, in quanto il suo eventuale accoglimento sarebbe stato utile per uno dei ricorrenti ma dannoso per l'altro. Al riguardo, il giudice ha ribadito il principio per cui *“il ricorso collettivo è ammissibile a condizione che non sussista un conflitto di interessi, attuale o potenziale, tra i ricorrenti, nel senso che l'interesse sostanziale fatto valere non deve presentare punti di contrasto e che l'eventuale accoglimento del gravame avanti al giudice amministrativo deve poter tornare a vantaggio di tutti”*.

Consulenza tecnica

Nella sentenza resa nel caso *Consorzio Qualità Veneta Asfalti*, il Consiglio di Stato ha respinto la richiesta di consulenza tecnica delle appellanti per il calcolo dell'esatto ammontare della sanzione, affermando che *“la consulenza tecnica, pur disposta d'ufficio, non è certo destinata ad esonerare la parte dalla prova dei fatti dalla stessa dedotti e posti a base delle proprie richieste, ma ha la funzione di fornire all'attività valutativa del giudice l'apporto di cognizioni tecniche non possedute”*.

Revocazione

Il Consiglio di Stato nella sentenza n. 4281/2006, resa nel caso *Assicurazione Rischi Comune di Milano*, ha chiarito che “*per la pacifica giurisprudenza, l’errore di fatto consiste nel c.d. abbaglio dei sensi*” consistente “*nel travisamento delle risultanze processuali dovuto a mera svista, che conduca a ritenere come inesistenti circostanze pacificamente esistenti o viceversa*”. Esso, dunque, “*non è in linea di principio ravvisabile quando si lamenta una presunta erronea valutazione delle risultanze processuali o una anomalia del procedimento logico di interpretazione del materiale probatorio, in quanto ciò si risolve in un errore di giudizio, ovvero quando una questione controversa sia stata risolta sulla base di specifici canoni ermeneutici o sulla base di un esame critico della documentazione acquisita*”.

Inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione (ex articolo III Cost.)

La Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite Civili, con sentenza n. 4630 del 28 febbraio 2007, ha dichiarato l’inammissibilità di un ricorso per asserita carenza di giurisdizione, promosso avverso una sentenza con cui il Consiglio di Stato, in parziale riforma di una sentenza del Tar Lazio, aveva sostanzialmente confermato la legittimità del provvedimento dell’Autorità nel caso *Comportamenti Abusivi di Telecom Italia*.

Tra le statuizioni maggiormente significative della pronuncia, si segnala quella per la quale “*l’eventuale errore ermeneutico in punto di accertamento del vizio di legittimità del provvedimento amministrativo impugnato sub specie del difetto di competenza dell’Autorità emanante si traduce in error in iudicando, attinente alla esplicazione interna del potere giurisdizionale attribuito dalla legge al giudice amministrativo ed è perciò inidoneo a integrare una questione di giurisdizione*”. Le Sezioni Unite hanno quindi espresso il principio di diritto in base al quale “*Solo quando l’applicazione degli artt. 2, 3, 4 e 6 della legge 10 ottobre 1990 n. 287 sia riservata in via esclusiva ad autorità diversa da quella garante della concorrenza e del mercato (ad es. art. 20, commi 2 e 3 della L. n. 287 del 1990), può desumersi dal quadro normativo di riferimento una assoluta carenza di potere di quest’ultima nel comminare sanzioni per abuso di posizione dominante, dovendosi altrimenti applicare il comma 7 dello stesso art. 20 della indicata legge, per il quale, quando i comportamenti richiamati sono tenuti da imprese operanti in settori sottoposti alla vigilanza di più autorità, ciascuna può adottare i provvedimenti di propria competenza. Questi ultimi, quindi, potranno essere affetti, se emessi da una piuttosto che dall’altra Autorità, solo dal vizio di incompetenza amministrativa e non da quello di carenza assoluta di potere, non configurabile in assenza di un divieto, espresso o tacito, di esercizio dei poteri di queste nel settore specifico da parte dell’Autorità che ha competenze generali nella materia. Conseguenza alla negazione della carenza assoluta di potere nella fattispecie la esclusione della nullità del provvedimento emesso da una delle Autorità concorrenti, che può essere viziato solo per incompetenza e non è configurabile a fondamento di una questione attinente alla giurisdizione, da*

dichiarare pertanto inammissibile nella richiamata fattispecie”.

Le Sezioni Unite hanno quindi concluso nel senso che “*deve dichiararsi inammissibile il ricorso, che deduce come questione attinente alla giurisdizione, la denuncia di violazioni di legge del giudice amministrativo, che secondo la ricorrente, avrebbe erroneamente negato la nullità/inesistenza del provvedimento sanzionatorio dell’Autorità e dichiarato la competenza amministrativa concorrente di tale soggetto con quella dell’autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in ordine a comportamenti violativi di regole della legge sulla concorrenza da parte di un’impresa con posizione dominante nel settore delle telecomunicazioni*”.

Esiti ricorsi al TAR e al Consiglio di Stato in materia di concorrenza con sentenze depositate nel periodo 1° aprile 2006 - 31 marzo 2007

<i>Ricorsi discussi</i>	<i>Ricorsi respinti¹</i>	<i>Ricorsi accolti</i>	<i>Ricorsi accolti parzialmente</i>
81	29	7	23

¹ Vanno aggiunti 22 ricorsi dichiarati inammissibili o improcedibili.