

## 3. Sviluppi giurisprudenziali

---

### PRINCIPALI SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI IN MATERIA DI CONCORRENZA

Nell'ultimo anno si segnalano una serie di pronunce del Tar del Lazio, Sez. I, e del Consiglio di Stato, Sez. VI, rese in sede di impugnazione dei provvedimenti adottati dall'Autorità in applicazione della legge n. 287/90 e degli articoli 81.1 e 82 del Trattato CE, da cui emergono importanti principi in relazione a profili sia sostanziali sia procedurali.

#### PROFILI SOSTANZIALI

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

Con la decisione n. 5733 dell'8 novembre 2001, *Istituti Vigilanza Sardegna*, il Consiglio di Stato ha ribadito il suo orientamento sull'ambito e i limiti del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità rilevando, con riferimento particolare al tema dell'onere della prova delle intese, che *“i provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sono sindacabili, in giudizio, per vizi di legittimità, e non di merito. Purché si rimanga nell'ambito dei vizi di legittimità, il sindacato giudiziale non incontra limiti, potendo essere esercitato, oltre che in relazione ai vizi di incompetenza e violazione di legge anche in relazione a quello di eccesso di potere in tutte le sue forme.*

*Allorché, peraltro, viene dedotto, avverso i provvedimenti dell'Autorità, il vizio di eccesso di potere, il giudice, nell'ambito del suo sindacato, circoscritto alla sola legittimità dell'atto, e non esteso al merito delle scelte amministrative, può solo verificare se il provvedimento impugnato appaia logico, congruo, ragionevole, correttamente motivato e istruito, ma non può sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità, e a questa riservate”.*

##### *Poteri dell'Autorità e legittimo affidamento delle parti*

Il Consiglio di Stato nella decisione n. 4053 del 27 luglio 2001, *Accordi per la fornitura di carburanti*, in relazione a una fattispecie di infrazione all'articolo 2 della legge n. 287/90, ha fornito alcune indicazioni circa l'esercizio dei poteri dell'Autorità. In particolare, il Collegio ha chiarito che se *“un comportamento infrattivo della libertà di concorrenza sia individuato dall'Autorità di propria iniziativa o su sollecitazione di terzi interessati, il suo autore non può dolersi della tardività con la quale sia stata intrapresa l'istruttoria, giacché il principio della tempestività ... soddisfa, in questo*

caso, solo l'interesse pubblico alla sollecita repressione e sanzione dei comportamenti illeciti e non può, pertanto, andare a vantaggio di chi tali comportamenti abbia posto in essere". Viceversa, ove "l'autore di un comportamento astrattamente valutabile ai sensi degli artt. 2 e 3 della legge n. 287/90, si attivi spontaneamente per portarlo a conoscenza dell'Autorità, ha diritto di ottenere una verifica in tempi certi o, in subordine, a conoscere tempestivamente se e quali elementi ostino a tale verifica o, comunque, l'avviso dell'Autorità stessa circa l'inidoneità degli elementi trasmessi agli effetti del decorso del termine di cui all'art. 13, in modo da poter determinare in conseguenza la propria condotta".

Il Consiglio di Stato ha quindi concluso che "in presenza della comunicazione di un'intesa" può determinarsi "una situazione di affidamento tutelato", laddove "l'Autorità ... non provveda né ad attivarsi, né ad informare gli autori della comunicazione dell'esistenza degli elementi ostativi alla possibilità di una compiuta valutazione", a meno che non siano carenti "i requisiti minimi per far insorgere l'obbligo di riscontro ovvero [la comunicazione] fosse volutamente preordinata a trarla in inganno". Il Consiglio di Stato ha altresì precisato che, con il decorso del termine previsto dall'articolo 13 della legge n. 287/90, non può ritenersi definitivamente preclusa "nei confronti delle parti che abbiano dato vita all'intesa stessa, ogni ulteriore attività inibitoria delle infrazioni dell'art. 2 della legge citata", nei casi in cui emergano "comportamenti sopravvenuti, ulteriori ed autonomi rispetto a quelli oggetto dell'intesa".

### ***La nozione di impresa nella disciplina della concorrenza***

Con sentenza n. 5486 del 21 giugno 2001, *Ordine dei Medici Chirurghi e Odontoiatri*, il Tar del Lazio ha sostanzialmente ribadito il proprio orientamento, già espresso nella sentenza n. 466 del 28 gennaio 2000, *Dottori Commercialisti*, circa la nozione di *impresa* ai fini dell'applicazione della normativa a tutela della concorrenza e, conseguentemente, circa quella di *associazione di imprese*.

Premesso che anche i medici chirurghi e odontoiatri, come altri esercenti una professione intellettuale, "vadano considerati imprese, in quanto la loro attività consiste nell'offerta sul mercato di prestazioni suscettibili di valutazione economica", il giudice ha osservato che i relativi ordini provinciali, nonché la Federazione nazionale di tali ordini, rientrano nella nozione di "associazione di imprese" in quanto enti esponenziali degli interessi economici della categoria, capaci di orientare i comportamenti dei professionisti anche eventualmente con effetti nocivi per la concorrenza. Di tali enti esponenziali, ai fini dell'applicazione della disciplina antitrust, non rileva la natura pubblicistica o privata, non essendo all'uopo significativa la definizione giuridica del loro ambito d'azione. Quanto, in particolare, alla Federazione, non vengono neanche in rilievo "le peculiarità dell'organizzazione, ed in particolare che questa si esprima a livello centrale in una struttura di secondo grado".

Pertanto, quando le determinazioni della Federazione e degli ordini siano dirette a curare, anziché l'interesse generale, quello collettivo di categoria, esse ben possono essere considerate “*deliberazioni di associazioni di imprese*” ai sensi dell'articolo 2 della legge n. 287/90.

### **Definizione del mercato rilevante**

Con decisioni n. 4118 del 26 luglio 2001, e n. 5733 dell'8 novembre 2001, *Istituti Vigilanza Sardegna*, nonché n. 150 del 14 gennaio 2002, *RAI-RTI-CGC*, il Consiglio di Stato ha ribadito il principio (inizialmente espresso proprio con riferimento alla delimitazione del mercato rilevante, in Consiglio di Stato n. 1348 del 14 marzo 2000, *Italcementi* e n. 652 del 12 febbraio 2001, *Vendomusica*) circa i limiti del sindacato di legittimità del giudice amministrativo, il quale può solo “*verificare che l'operato dell'Autorità, nell'individuare il mercato rilevante, non sia affetto da vizi logici o di ragionevolezza, da difetto di istruttoria o di motivazione*”.

Con la pronuncia n. 150 del 14 gennaio 2002, *RAI-RTI-CGC*, è stata altresì ribadita la diversità di fondo della definizione del mercato rilevante a seconda che si tratti di accertare ipotesi di abuso o di intesa: “*ciò non significa che vi sono tanti mercati quante le operazioni economiche avvenute, ma comporta solamente la diversità del criterio di individuazione del mercato, che non assume mai valore assoluto, ma relativo*”.

Quanto alla delimitazione merceologica del mercato, il Consiglio di Stato ha in diverse occasioni riaffermato l'ormai consolidato principio secondo cui “*per mercato rilevante si intende 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 fra loro in rapporto di concorrenza*” (Consiglio di Stato n. 5733 dell'8 novembre 2001, *Istituti Vigilanza Sardegna*; n. 150 del 14 gennaio 2002, *RAI-RTI-CGC*; n. 1305 del 5 marzo 2002, *RAI-RTI*; nonché Tar del Lazio n. 7451 del 13 settembre 2001, *Latte artificiale per neonati* e n. 368 del 16 gennaio 2002, *Mezzi di contrasto*).

Ciò premesso, il giudice ha ritenuto fondati gli orientamenti dell'Autorità quanto all'individuazione del menzionato requisito della “*sostituibilità dei prodotti*”. A tal proposito, e con specifico riferimento al settore radiotelevisivo, è stata confermata la ripartizione, sancita dall'Autorità, fra mercato della televisione in chiaro e mercato della *pay-tv*, nonché l'ulteriore e ancor più specifica suddivisione, all'interno della sola televisione in chiaro, fra mercati dei diversi diritti su programmi caratterizzati da diversa *audience*. In relazione alla prima ripartizione menzionata, con sentenza n. 7433 dell'11 settembre 2001, *Stream-Telepiù*, il Tar del Lazio ha sottolineato come le due tipologie di televisione (a pagamento e in chiaro), “*salvi i loro comuni effetti ultimi di intrattenimento del pubblico, non sono in alcun modo sostituibili*”, e ciò in ragione della diversità dei soggetti tecnicamente “*acquirenti*” del servizio (il telespettatore per la *pay-tv* e il committente del messaggio pubblicitario per la tv in chiaro), nonché in ragione della “*sostanziale diversità di offer-*

*ta in termini di contenuti (qui tra emittenti criptate e in chiaro)”. Rispetto, invece, all’ulteriore subdistinzione menzionata, con le decisioni n. 150 del 14 gennaio 2002, RAI-RTI-CGC, e n. 1305 del 5 marzo 2002, RAI-RTI, il Consiglio di Stato ha ritenuto logica e ragionevole la delimitazione del mercato rilevante ai “diritti televisivi in chiaro degli eventi sportivi ad elevata audience”, ritenendo non sufficiente per l’inclusione in unico mercato una sola “parziale e limitata sostituibilità della trasmissione degli eventi sportivi ad elevata audience con altri programmi, soprattutto dal lato della raccolta pubblicitaria”.*

In un altro settore merceologico, nella pronuncia n. 7451 del 13 settembre 2001, *Latte artificiale per neonati*, il Tar del Lazio ha invece espressamente ammesso che un’applicazione rigorosa del criterio di sostituibilità “*avrebbe potuto portare a suddividere il mercato dei lattini speciali in più mercati in relazione alle specifiche utilizzazioni; peraltro, l’unificazione - che evidentemente risponde ad esigenze di semplificazione - in concreto non assume profili di rilevanza che possano incidere sulla legittimità del provvedimento*”.

Coerentemente, nella decisione n. 368 del 16 gennaio 2002, *Mezzi di contrasto*, il Tar del Lazio ha affermato, riprendendo la giurisprudenza comunitaria in tema di prodotti farmaceutici, che la nozione di mercato implica che “*vi possa essere concorrenza effettiva tra i prodotti che ne fanno parte, il che presuppone un sufficiente grado di intercambiabilità per lo stesso uso fra tutti i prodotti che ne fanno parte*”, senza che un rapporto di concorrenza tra due prodotti presupponga necessariamente la loro “*assoluta intercambiabilità per un uso determinato*”. Pertanto, “*la determinazione del mercato rilevante non individua prodotti assolutamente identici, ma prodotti con riferimento ai quali è possibile riscontrare un livello di sostituibilità tale per cui un aumento del prezzo riferito ad uno di essi indurrebbe almeno una parte dei consumatori a spostarsi sugli altri*”. Il fatto che prodotti pur aventi principi attivi diversi costituiscano un unico mercato non è mai posto in discussione dalla sussistenza di circostanze in cui sia preferibile o indispensabile uno solo fra tali prodotti, “*venendo in rilievo, nell’identificazione del mercato, le condizioni generali della domanda e cioè la circostanza che nella generalità dei casi i prodotti sono sostituibili e tra gli stessi vi è un rapporto di concorrenza*”.

Oltre che in relazione alla definizione merceologica del mercato rilevante, il Consiglio di Stato si è poi espresso sulla sua delimitazione geografica, posto che, alla stregua dell’articolo 2, una restrizione della concorrenza deve riguardare il territorio nazionale o una *parte rilevante* di esso. A tal proposito, nelle decisioni n. 4118 del 26 luglio 2001 e n. 5733 dell’8 novembre 2001, *Istituti Vigilanza Sardegna*, il Collegio, dopo aver premesso che “*per mercato geografico deve intendersi un territorio in cui le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere distinto dai territori vicini, a motivo delle condizioni di concorrenza notevolmente diverse*” (principio enunciato anche in Tar del Lazio n. 7451 del 13 settembre 2001, *Latte artificiale per neonati*), ha altresì affermato che “*il mercato rilevante*

può anche essere limitato ad una ristretta porzione del territorio nazionale, se in detta porzione vi sia una domanda e un'offerta, e una concorrenza suscettibile di essere alterata". Ciò posto, "muovendo dalla premessa che gli istituti di vigilanza possono operare in ambito territoriale provinciale, per effetto di autorizzazione prefettizia, ... ciascuna provincia costituisce un distinto mercato rilevante del servizio di vigilanza privata".

Analogamente, nella sentenza n. 7289 del 7 settembre 2001, *Consorzio Qualità Veneta Asfalti*, il Tar del Lazio ha dichiarato infondata l'eccezione delle ricorrenti relativamente all'eccessiva restrittività con la quale sarebbe stato delimitato sul piano spaziale il mercato rilevante, reputando immune da vizi l'individuazione di due mercati geografici distinti (sostanzialmente coincidenti con il territorio di alcune province), benché "contigui e con ambiti di sovrapposizione per le aree di confine", in quanto correttamente operata in considerazione delle caratteristiche del prodotto e del basso rapporto valore-peso di esso.

Infine, si segnala come nella decisione n. 1305 del 5 marzo 2002, *RAI-RTI*, il Consiglio di Stato abbia attribuito rilievo a precedenti decisioni della Commissione Europea ai fini della definizione del mercato.

#### **Accertamento e prova delle intese**

Con una serie di pronunce, in senso conforme al precedente indirizzo della giurisprudenza nazionale e comunitaria, sono stati ribaditi taluni principi in materia di accertamento e prova delle intese. Vengono in considerazione, in particolare, le decisioni del Consiglio di Stato n. 4118 del 27 luglio 2001, *Istituti Vigilanza Sardegna*, n. 1305 del 5 marzo 2002, *RAI-RTI*, nonché le sentenze del Tar del Lazio n. 7451/2001, *Latte artificiale per neonati*, n. 368/2002, *Mezzi di contrasto*, n. 6139/2001, *RC Auto*.

In talune delle citate pronunce, il giudice amministrativo si è soffermato sulle forme attraverso le quali può estrinsecarsi un'intesa, in particolare sugli accordi e le pratiche concordate. A tal riguardo, il Consiglio di Stato ha affermato, richiamando l'orientamento della Cassazione, che 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" (cfr. decisione del Consiglio di Stato n. 4118 del 27 luglio 2001, *Istituti Vigilanza Sardegna*). In linea con tale orientamento e in conformità con l'indirizzo della giurisprudenza comunitaria, volto ad accogliere una nozione ampia e non formalistica dell'intesa restrittiva della concorrenza, il giudice ha pertanto recepito anche il principio per cui la distinzione tra accordi e pratiche concordate "non appare essenziale, essendo ben più importante distinguere tra forme di collusione che ricadono nei divieti antitrust e semplici comportamenti paralleli privi di elementi di concertazione", nonché riaffermato che "non occorre che il comportamento in violazione della disciplina antitrust sia tenuto da un soggetto legittimato ad agire per conto della società" (cfr. decisione del Consiglio di

Stato n. 1305 del 5 marzo 2002, *RAI-RTI*). In tale contesto, si è anche precisato che l'accordo si configura “*quando le imprese hanno espresso la loro comune volontà di assumere un determinato comportamento sul mercato*”, mentre nella pratica concordata “*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*”. In particolare, il giudice ha indicato che nella pratica concordata “*vi è un comportamento costante, uniforme, parallelo di una pluralità di imprese, frutto di una tacita volontà comune, vale a dire di concertazione che, pur non formalizzata in un accordo, emerge dalla univocità dei comportamenti comuni*” (decisione Consiglio di Stato n. 4118 del 27 luglio 2001, *Istituti Vigilanza Sardegna*; cfr. in senso conforme anche sentenza Tar del Lazio n. 368 del 6 gennaio 2002, *Mezzi di contrasto*).

In due pronunce, il giudice amministrativo si è poi soffermato sull'accertamento e la prova dell'accordo. Con la decisione n. 1305 del 5 marzo 2002, *RAI-RTI*, il Consiglio di Stato ha ribadito che, in conformità agli orientamenti comunitari, per potersi configurare un accordo è sufficiente la sussistenza di una volontà convergente di due o più imprese anche se manifestata in modo informale attraverso dipendenti o anche tacitamente per atti concludenti. Ciò in quanto “*la nozione di accordo è diversa da quella civilistica e va intesa in senso ampio, tale da ricomprendere anche obbligazioni giuridicamente non vincolanti e non coercibili, quali i gentlemen's agreement di diritto anglosassone o le obbligazioni solo morali od economiche a tenere un dato comportamento sul mercato*”. In senso conforme si è espresso anche il Tar Lazio nella sentenza n. 7451 del 13 settembre 2001, *Latte artificiale per neonati*, ribadendo, tra l'altro, l'irrelevanza della qualifica del soggetto che ha materialmente posto in essere la condotta, poiché, nel diritto antitrust viene accolta una interpretazione ampia della figura della persona autorizzata ad agire, “*certamente svincolata dalle nozioni civilistiche di mandato e rappresentanza*”.

Quanto all'onere probatorio, il Consiglio di Stato, nella richiamata pronuncia n. 1305 del 5 marzo 2002, *RAI-RTI*, ha precisato che, poiché la nozione di intesa non presuppone la forma scritta, “*la sussistenza dell'accordo anticoncorrenziale non richiede la 'prova documentale', sì che la volontà convergente delle imprese volta alla restrizione della concorrenza può essere idoneamente provata con qualsiasi congruo mezzo*”. Il Consiglio di Stato, pertanto, ha annullato la precedente sentenza del Tar del Lazio, ritenendo che il giudice di prime cure aveva erroneamente assunto che fosse necessaria la prova documentale della convergenza della volontà delle imprese, omettendo di considerare l'incidenza delle prove dirette e indirette, di natura non solo documentale, circa la sussistenza dell'intesa.

Il Tar del Lazio ha contribuito a chiarire la valenza delle prove documentali nella sentenza n. 7451 del 13 settembre 2001, *Latte artificiale per neonati*. In particolare, il giudice, nel richiamare il precedente orientamento della giurisprudenza comunitaria e del Consiglio di Stato circa l'utilizzabilità

di documenti provenienti da terzi, ha coerentemente affermato che nella disciplina antitrust “*non possono assumere rilievo i limiti di prova che sono dettati in materia di negozi e contratti e anche le comunicazioni interne delle società non possono ritenersi dotate di minor efficacia probatoria rispetto agli atti diretti a soggetti esterni*”. Con riferimento a comunicazioni interne delle società, secondo la stessa pronuncia, la questione si incentra nel verificare l’attendibilità del documento e la sua idoneità a fornire la prova dell’accordo, dovendosi escludere che questa “*debba consistere necessariamente nel documento (che potrebbe anche mancare) in cui l’accordo è stato formalizzato e che potrebbe essere facilmente sottratto all’indagine dell’Autorità*”.

Il giudice amministrativo si è anche soffermato sugli elementi probatori delle pratiche concordate. In particolare, il Consiglio di Stato, tenuto conto che nella pratica concordata l’accordo manca ovvero è difficilmente rintracciabile la relativa prova, ha rilevato che l’esistenza dell’elemento soggettivo della concertazione deve “*desumersi in via indiziaria da elementi oggettivi, quali: la durata, l’uniformità ed il parallelismo dei comportamenti; l’esistenza di incontri tra le imprese, gli impegni, ancorché generici e apparentemente non univoci, di strategie comuni; i segnali e le informative reciproche; il successo pratico dei comportamenti, che non potrebbe derivare da iniziative unilaterali, ma solo da condotte concertate*” (sentenza Consiglio di Stato n. 4118 del 27 luglio 2001, *Istituti Vigilanza Sardegna*).

In senso conforme si è espresso anche il Tar del Lazio nella sentenza n. 368 del 6 gennaio 2002, *Mezzi di contrasto*, ribadendo che, ai fini della prova della sussistenza di una pratica concordata, è sufficiente “*l’acquisizione di indizi gravi, precisi e concordanti, circa l’intervento di illecite forme di concertazione e coordinamento*”, tenuto conto che l’acquisizione di una prova diretta di un’intesa è particolarmente difficile. Nella sentenza, dopo aver ricostruito i criteri elaborati nella giurisprudenza ai fini della dimostrazione dell’esistenza di una pratica concordata, il Tar ha osservato 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 emergano indizi gravi, precisi e concordanti rappresentati, alternativamente o cumulativamente: a) dall’impossibilità di spiegare alternativamente la condotta parallela come frutto plausibile delle iniziative imprenditoriali; b) dalla presenza di elementi di riscontro (quali contatti e scambi di informazioni) rivelatori di una concertazione e di una collaborazione anomala*”. In termini non dissimili si era espresso il Consiglio di Stato nella decisione n. 4053 del 27 luglio 2001, *Accordi per la fornitura di carburanti*, in relazione a una fattispecie di infrazione all’articolo 2 della legge n. 287/90.

Circa l’onere probatorio in materia di pratiche concordate, il Tar del Lazio ha anche chiarito che, in assenza di elementi di riscontro circa la concertazione, la dimostrazione dell’intesa, a fronte di un parallelismo di comportamenti, si concreta “*nella prova logica, il cui onere incombe in capo all’Autorità, rappresentata dall’impossibilità di dare una diversa spiegazio-*

*ne capace di collegare la situazione di mercato alle normali scelte imprenditoriali*". Diversamente, laddove emergano elementi di riscontro di concertazione, quali contatti e scambi di informazioni, l'onere probatorio contrario circa una diversa spiegazione lecita della condotta viene spostato in capo alle imprese (cfr. in senso conforme anche decisione n. 4118 del 27 luglio 2001, *Istituti Vigilanza Sardegna*, nella quale il Consiglio di Stato ha affermato che *"in presenza di ragionevoli indizi di una pratica concordata anticoncorrenziale, grava sulle imprese indagate l'onere probatorio di una diversa spiegazione lecita delle loro condotte"*).

Infine, sempre in materia di accertamento di intese restrittive, è da segnalare che, nella sentenza n. 6139 del 5 luglio 2001, *RC Auto*, il Tar del Lazio si è occupato del problema dell'accertamento dell'esistenza di una pratica concordata con riferimento all'adesione a un sistema istituzionalizzato di scambio di informazioni sensibili attraverso una società terza. Al riguardo, il giudice, richiamando l'orientamento della giurisprudenza comunitaria, ha ribadito che i criteri del coordinamento e della collaborazione delle imprese che vengono in rilievo nella definizione della pratica concordata vanno intesi alla luce della concezione inerente alle norme del Trattato, secondo la quale *"ogni operatore deve autonomamente determinare la politica che intende seguire sul mercato"*. Tale esigenza di autonomia vieta rigorosamente *"che fra gli operatori abbiano luogo contatti diretti ed indiretti tali da influire sul comportamento tenuto sul mercato da un concorrente attuale o potenziale, ovvero da rivelare ad un concorrente il comportamento che l'interessato ha deciso, o prevede, di tenere egli stesso sul mercato, allorché tali contatti hanno per oggetto o per effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato di cui trattasi"*.

Alla luce di tali principi, il Tar ha ritenuto corretto l'iter valutativo seguito dall'Autorità osservando, tra l'altro, che *"il meccanismo mediante il quale viene realizzata la concertazione tra le imprese appare del tutto irrilevante nella normativa antitrust che ha di mira unicamente di perseguire i comportamenti anticoncorrenziali"*. Il Collegio ha rilevato che i termini della questione non mutano se le imprese, al fine di realizzare uno scambio di informazioni, *"anziché avvalersi di una struttura rappresentativa o creata ad hoc dalle stesse utilizzano un soggetto terzo"*, ritenendo decisiva, per contro, la prova che alla comune adesione ai servizi resi dalla società si correlava una consapevole partecipazione a uno scambio di informazioni tra le imprese per il tramite della stessa società.

#### ***Oggetto ed effetto delle intese***

Nella sentenza n. 7289 del 7 settembre 2001, *Consorzio Qualità Veneta Asfalti*, il Tar del Lazio ha ribadito che, *"secondo un'interpretazione giurisprudenziale del tutto pacifica, affinché l'articolo 81, comma 1 del Trattato, o l'articolo 2 della legge n. 287/1990, possano trovare applicazione, è sufficiente che un accordo abbia per oggetto quello di falsare la concorrenza, non*

*essendo necessaria la produzione di alcun effetto sul mercato: e questo al punto che un accordo avente l'oggetto indicato non può essere sottratto ai divieti in discorso neppure dalla circostanza di non essere stato attuato dalle parti contraenti*". Secondo il giudice, dunque, atteso che le norme citate sanzionano anche le intese prive di effetti anticoncorrenziali quando il loro oggetto sia di per sé lesivo della concorrenza sul mercato, *"ne discende che, perché vi sia un'intesa antiggiuridica, non è necessario che abbia prodotto effetti restrittivi della concorrenza, e, di conseguenza, non è richiesto l'accertamento di effetti anticompetitivi in concreto, sufficiente essendo che il suo oggetto sia quello di impedire, restringere o falsare la concorrenza"*.

Il principio è stato riaffermato dal Tar anche nella già richiamata sentenza n. 6139 del 5 luglio 2001, *RC Auto*, con riguardo a un'intesa avente ad oggetto uno scambio di informazioni sensibili. Il giudice, con riferimento all'orientamento della giurisprudenza comunitaria, ha osservato che avendo *"l'accordo o la pratica concordata diretta allo scambio organizzato di dati sensibili e individuali delle imprese, un oggetto restrittivo della concorrenza"*, detta tipologia di intesa si pone in contrasto con le norme sulla concorrenza anche in mancanza di effetti anticoncorrenziali sul mercato. Nel ribadire che secondo i principi comunitari *"le pratiche concordate sono vietate indipendentemente dai loro effetti qualora abbiano un oggetto anticoncorrenziale"*, atteso che vengono in rilievo anche gli effetti potenziali, il giudice ha confermato l'applicabilità dei medesimi principi nell'ordinamento nazionale. Pertanto, ha concluso che *"l'assunto dell'Autorità secondo cui lo scambio organizzato di informazioni sensibili tra imprese costituisce di per sé - cioè anche se non correlato ad altra intesa illecita e in relazione ad effetti potenziali - un illecito anticoncorrenziale appare corretto"*.

### **Posizione dominante e abuso**

Con sentenza n. 7433 dell'11 settembre 2001, *Stream/Telepiù*, il Tar del Lazio si è soffermato sull'analisi degli indici presuntivi dell'esistenza di una posizione dominante nel mercato. Prendendo le mosse dai principi consolidatisi in sede comunitaria, il giudice ha confermato l'iter valutativo seguito dall'Autorità, ribadendo che l'accertamento di elevate quote di mercato detenute dalle imprese costituisce un *"fattore estremamente significativo, la cui portata presuntiva è tanto maggiore quanto più sono elevate ... le quote detenute dall'operatore"*. In tale contesto, poi, la circostanza che il mercato in oggetto non sia un mercato maturo ma un mercato in fase di espansione *"non permette di escludere in radice la possibilità di configurarvi una posizione dominante (imponendo, semmai, un vaglio delle risultanze disponibili solo più rigoroso di quanto potrebbe occorrere in un mercato già maturo)"*, venendo in rilievo il dato della sostanziale tenuta delle quote di mercato, pur in presenza dell'ingresso di altri operatori e della marginale riduzione delle quote dell'operatore dominante. Citando l'orientamento espresso anche dai giudici comunitari, il Tar del Lazio ha infatti evidenziato che *"la riduzione di quote di mercato tuttora rilevanti non può costituire, di per sé, la prova del-*

*l'insussistenza di una posizione dominante*". Quanto all'esistenza di ulteriori indici della posizione dominante, il giudice di prime cure ha puntualizzato che, in presenza di quote di mercato particolarmente elevate, la disamina da parte dell'Autorità di tali *ulteriori elementi* (quali l'integrazione verticale dell'operatore, la sua appartenenza a un gruppo internazionale, l'indipendenza dei comportamenti tenuti) è diretta *"non solo, e non tanto, alla ricerca di ulteriori argomenti ai fini dell'integrazione di un processo deduttivo già appoggiato su solide basi, quanto piuttosto a verificare se, eventualmente, il materiale corrispondente a suddetti indici po[ssa] smentire la presunzione costruita in partenza"*. Il giudice di prime cure ha altresì puntualizzato, nell'accertamento dell'esistenza di una posizione dominante, il rilievo che assumono le perdite di esercizio eventualmente registrate dall'operatore dominante: *"in un mercato in rapida espansione, l'assenza di profitti può essere giustificata e più che compensata da un'attesa di profitti elevati nel più lungo periodo"*, laddove *"una redditività temporaneamente pari a zero e perfino delle perdite non sono incompatibili con una posizione dominante"*.

Quanto alle condotte delle imprese in posizione dominante suscettibili di integrare gli estremi di un abuso ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 287/90, il Tar del Lazio si è in due occasioni soffermato sulla individuazione della *speciale responsabilità* che grava sull'operatore dominante nella determinazione delle proprie strategie commerciali. In particolare, riprendendo un orientamento già consolidatosi in sede comunitaria, il giudice di prime cure ha ribadito il principio in base al quale *"sebbene l'esistenza di una posizione dominante non privi un'impresa che si trovi in questa posizione di tutelare i propri interessi commerciali, né la privi della facoltà, entro limiti ragionevoli, di compiere gli atti che essa ritenga opportuni per la protezione di tali interessi, non è però ammissibile un comportamento che abbia lo scopo di rafforzare la posizione dominante e di farne abuso"*. Sulla base di tale principio, quindi, il divieto di cui all'articolo 3 della legge n. 287/90 *"non impedisce all'impresa in posizione dominante di competere nel mercato con i normali (e leciti) mezzi rientranti nella concorrenza fondata sui meriti, ma le impone di non compromettere, con il suo comportamento, lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata sul mercato"* (Tar del Lazio, Sez. I, 13 dicembre 2001, *ADSL*). Nella concreta valutazione dei comportamenti tenuti dalle imprese in posizione dominante, inoltre, il Tar del Lazio ha indicato che *"il criterio da utilizzare ... non può essere quello della mera funzionalità delle stesse condotte rispetto agli scopi imprenditoriali (dimenticando la speciale responsabilità in cui tale operatore, per la sua particolare posizione, versa), ma va rinvenuto nel principio di proporzionalità, il quale esige che la fisiologica tensione dell'impresa verso il conseguimento dell'utile si esprima attraverso l'impiego dei soli mezzi necessari al perseguimento dei suoi legittimi obiettivi"* (Tar del Lazio, Sez. I, 11 settembre 2001, *Stream/Telepiù*).

Tali principi sono stati contestualizzati, specificamente, da un lato, con riferimento all'esistenza di una infrastruttura essenziale ai fini dell'esercizio,

da parte dei concorrenti, in un mercato a valle; dall'altro, con riguardo all'acquisizione in esclusiva di diritti di sfruttamento di beni immateriali.

Con riferimento alla disponibilità di una *essential facility*, il giudice amministrativo, riprendendo i principi enunciati in sede comunitaria in merito all'accesso alle infrastrutture (nel caso di specie, di telecomunicazioni), ha ribadito l'esistenza di un principio di non discriminazione che deve governare la condotta delle imprese in posizione dominante che detengono il controllo di una *facility*. In applicazione dei principi antitrust, l'impresa dominante ha quindi l'obbligo di formulare *“un'offerta all'ingrosso ai concorrenti, ossia un'offerta che riproduca sostanzialmente le stesse condizioni anche economiche a cui il servizio è reso (o sono rese disponibili le infrastrutture necessarie) alle divisioni dell'impresa dominante che direttamente erogano i servizi ai clienti finali”*, in modo da garantire pari opportunità tra i vari operatori economici e da impedire all'impresa dominante di avvantaggiarsi sui mercati a valle (Tar del Lazio, Sez. I, 13 dicembre 2001, *ADSL*).

Quanto all'applicazione della disciplina della concorrenza in relazione allo sfruttamento in esclusiva di diritti di proprietà intellettuale, il Tar del Lazio si è pronunciato, specificamente, sulla configurabilità di un abuso di posizione dominante consistente in una politica commerciale di acquisizione di diritti immateriali in esclusiva, di durata significativamente prolungata nel tempo. Al riguardo, il giudice di prime cure ha ribadito il principio in base al quale tale condotta *“di per se stessa non illecita, può tuttavia integrare un abuso di posizione dominante laddove, per i suoi effetti sulla struttura concorrenziale del mercato interessato, produca l'effetto di rinforzare la posizione, già molto forte, dell'impresa considerata, e di impedire, o quantomeno ritardare considerevolmente, l'entrata di un nuovo concorrente su detto mercato”*, con particolare riguardo, ai fini della sua valutazione, a una *“durata eccessiva dell'esclusiva rispetto alle esigenze del mercato”* (Tar del Lazio, Sez. I, 11 settembre 2001, *Stream/Telepiù*).

### **Concentrazioni: creazione e rafforzamento di una posizione dominante**

Nella sentenza n. 9354 del 14 novembre 2001, *Enel-France Telecom/New Wind*, il Tar del Lazio, scrutinando un provvedimento dell'Autorità con cui veniva autorizzata con la prescrizione di misure, ai sensi dell'articolo 6, comma 2 della legge n. 287/90, un'operazione di concentrazione, ha affrontato il problema dell'accertamento dell'esistenza della posizione dominante. Dopo aver richiamato la giurisprudenza comunitaria sugli indizi rivelatori della posizione dominante, il giudice ha affermato che il possesso di una notevole quota di mercato costituisce un indice significativo nella misura in cui sia detenuto per periodi relativamente lunghi: *“una notevole quota di mercato in possesso dell'impresa non è quindi rilevante per se stessa, ma in quanto il suo mantenimento per un periodo significativo dimostra l'assenza di concorrenza effettiva o potenziale, per la natura del bene, per l'esistenza di barriere economiche o amministrative, ecc.”*.

### ***Rapporti tra disciplina della concorrenza e contratti tipici***

Il rapporto tra la disciplina antitrust e tipologie contrattuali previste dal codice civile è stato esaminato da una serie di pronunce del giudice amministrativo nel periodo di riferimento.

Con riguardo al contratto di consorzio, il Tar del Lazio nella sentenza n. 7289 del 7 settembre 2001, *Consorzio Qualità Veneta Asfalti*, ha precisato che “la disciplina civilistica dei consorzi può essere considerata ancora salva ed attuale solo nella misura in cui dal singolo consorzio, o per suo tramite, non vengano violate le nuove previsioni legislative dettate a tutela e promozione della concorrenza”. Il giudice di prima istanza, riprendendo un precedente del Consiglio di Stato, ha riaffermato il principio secondo cui “in via generale, la tipicità di un contratto non esclude affatto la sua illiceità dal punto di vista della disciplina antitrust, dovendo a tal fine essere verificato, in pratica, se lo schema tipico sia stato eventualmente utilizzato nel singolo caso concreto per fini anticoncorrenziali, o se comunque esso presenti un contenuto lesivo della concorrenza”. Questo stesso principio è stato ribadito anche dal Consiglio di Stato, sulla scorta di sue precedenti pronunce, nella sentenza n. 150 del 14 gennaio 2002, *RAI-RTI-CGC*, con la quale i giudici amministrativi hanno confermato la legittimità di una decisione dell’Autorità che non aveva ritenuto ostativa all’accertamento di una intesa anticoncorrenziale la sua veste di contratto di transazione. Ai fini di tale valutazione, il Collegio ha posto in rilievo la verifica in concreto della *causa* del negozio giuridico, intesa come ragione dell’affare, e non anche come astratta funzione economico-sociale, senza fermarsi alla mera corrispondenza del negozio con un determinato *tipo* contrattuale. Il Consiglio di Stato ha infatti osservato che “il riconoscimento di una sorta di immunità agli accordi transattivi determinerebbe il rischio di provocare un contenzioso fittizio al solo fine di aggirare il divieto di cui all’art. 2 della legge n. 287/90”.

Infine, con la sentenza n. 1305 del 5 marzo 2002, *RAI-RTI*, il Consiglio di Stato ha ulteriormente chiarito la distinzione tra la nozione civilistica di “contratto” e la nozione di “accordo” secondo la legge n. 287/90, confermando che l’intesa non presuppone necessariamente la forma scritta, né che per la riferibilità soggettiva del comportamento illecito occorra che esso sia tenuto da un soggetto formalmente legittimato ad agire per conto dell’impresa. In termini analoghi si era espresso anche il Tar del Lazio nella sentenza n. 7451 del 13 settembre 2001, *Latte artificiale per neonati*.

### ***Rapporti tra disciplina della concorrenza e regolazione di settore***

Il Tar del Lazio, nella sentenza n. 11321 del 13 dicembre 2001, *Infostrada-Telecom Italia-Tecnologia ADSL*, ha chiarito i rapporti tra i principi della concorrenza fissati dalla legge n. 287/90 e le varie legislazioni di settore.

Il giudice amministrativo ha statuito in linea generale l’applicabilità della legge n. 287/90 e dei relativi principi anche nei settori regolamentati e sotto-

posti alla vigilanza di un'autorità, ritenendo che *“la circostanza che il legislatore comunitario e il legislatore nazionale non abbiano ritenuto sufficiente la mera applicazione dei principi antitrust per governare la liberalizzazione del settore, ma abbiano adottato una copiosa regolamentazione volta a definire ex ante e in modo puntuale le regole del gioco concorrenziale, non costituisce una ragione per ritenere che in tali mercati non trovino applicazione i principi antitrust - su cui in gran parte - la normativa di settore è modellata”*.

Questa conclusione viene desunta con specifico riferimento all'ordinamento nazionale da indici positivi quali l'articolo 2, comma 33 della legge 14 novembre 1995, n. 481, che attribuisce espressamente alle autorità di settore il potere-dovere di segnalare all'Autorità i comportamenti delle imprese operanti nei settori sottoposti al loro controllo che possono comportare la violazione delle disposizioni della legge n. 287/90 e l'articolo 20, comma 7 di quest'ultima, che stabilisce che quando l'intesa, l'abuso di posizione dominante o la concentrazione riguardano imprese operanti in settori sottoposti alla vigilanza di più autorità, ciascuna di esse può adottare i provvedimenti di propria competenza. Nel caso di specie poi veniva in rilievo l'articolo 1, comma 6, lettera c), punto 11) della legge 31 luglio 1997, n. 249, che prevede il parere dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni sui provvedimenti riguardanti operatori del settore delle comunicazioni, predisposti dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in applicazione degli articoli 2, 3, 4 e 6 della legge n. 287/90, cioè in materia di intese, abuso di posizione dominante e concentrazioni. Dunque, sia l'assenza di una normativa di settore, che eventualmente può essere adottata dalla competente autorità di regolazione in attuazione dei principi della concorrenza, sia l'effettiva emanazione di una simile disciplina non inibiscono affatto la piena vigenza anche in quel settore della legge n. 287/90 e dei poteri dell'Autorità ivi previsti.

Nella sentenza n. 7286 del 7 settembre 2001, *Seat Pagine Gialle/Cecchi Gori Communications*, il Tar del Lazio ha affrontato la specifica questione del rapporto tra il potere dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni di autorizzare i trasferimenti di proprietà delle società che esercitano l'attività radiotelevisiva, ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera c), n. 13 della legge n. 249/97 e il potere dell'Autorità di controllare le operazioni di concentrazione ai sensi dell'articolo 16 della legge n. 287/90. Nel caso di specie, si sosteneva l'illegittimità dell'apertura dell'istruttoria su una concentrazione comunicata, nonostante non fosse stata previamente autorizzata dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e, conseguentemente, l'illegittimità del provvedimento con cui l'Autorità aveva autorizzato l'operazione imponendo alcune prescrizioni, malgrado l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni avesse vietato detta concentrazione e per tale ragione avesse omesso di esprimere all'Autorità il parere di propria competenza. Respingendo tali censure, il giudice ha statuito che *“non vi è alcuna disposizione esplicita o ricavabile dal sistema secondo cui l'AGCM avrebbe il potere di intervenire sulle concentrazioni di sua competenza che concernono i settori delle comunicazioni*

*sonore e televisive unicamente se tali concentrazioni siano state previamente autorizzate da AGCom. La disposizione contenuta nell'art. 2, comma 3, della legge n. 249/97, secondo cui i soggetti che operano nei settori di cui al comma 1 sono obbligati a comunicare all'Autorità (AGCom) e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato le intese e le operazioni di concentrazione di cui sono parti al fine dell'esercizio delle rispettive competenze, rende evidente che secondo il legislatore quando l'operazione coinvolge la competenza di ambedue le Autorità, le parti interessate sono tenute nello stesso tempo a darne ad ambedue comunicazione - con conseguente decorrenza dei termini previsti dalle norme per l'esercizio dei relativi poteri, e non invece a darne comunicazione previamente ad AGCom e successivamente ad AGCM solo dopo che la prima si sia pronunciata in merito".*

In sostanza, precisa il Tar, nel sistema della legge "l'autorizzazione di AGCom non costituisce un presupposto per l'esercizio dei poteri di AGCM", di tal ché il provvedimento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni che negava l'autorizzazione al trasferimento (in fatto poi annullato dal giudice amministrativo) non costituiva un impedimento giuridico tale da precludere l'esercizio dei poteri affidati dalla legge all'Autorità. Né tale impedimento risultava integrato dalla circostanza che l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni si fosse rifiutata di esprimere il parere di sua competenza, ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera c), punto 11 della legge n. 249/97, sul presupposto erroneo che l'esercizio di tale potere le fosse precluso, avendo la medesima Autorità per le garanzie nelle comunicazioni negato l'autorizzazione al trasferimento. Proprio quest'ultima disposizione abilita infatti l'Autorità garante della concorrenza e del mercato a procedere comunque quando, trascorsi trenta giorni, il parere per qualsivoglia ragione non sia stato reso.

Infine, il Tar del Lazio con la sentenza n. 7433 dell'11 settembre 2001, *Telepiù/Stream*, è tornato a decidere circa i rapporti tra la disciplina sulla concorrenza e la legge n. 78/99, che fissa il divieto di acquisire più del 60% dei diritti di trasmissione in esclusiva, in forma codificata, di eventi sportivi del campionato di calcio di serie A e ha anche chiarito i rapporti tra i procedimenti svolti dall'Autorità nell'esercizio della competenza, prevista dalla medesima legge n. 78/99, di derogare a detto limite e le tipiche competenze in materia antitrust. Riguardo al primo aspetto, a giudizio del Tar è priva di pregio la tesi secondo cui il semplice cumulo di diritti calcistici in esclusiva, ove sia legittimo ai sensi della legge n. 78/99, e tale perciò da non determinare una posizione dominante sotto quel profilo, non possa essere qualificato come abusivo di posizione dominante neppure alla stregua della disciplina generale della concorrenza.

La motivazione si fonda sulla considerazione che il caso di specie rientrava nell'ambito di applicazione del diritto comunitario della concorrenza e sulla conseguente impossibilità che le discipline nazionali inerenti all'esercizio delle attività economiche pregiudichino l'effetto utile e l'applicazione uniforme delle norme comunitarie in tema di concorrenza, introducendo deroghe o limitazioni alla loro portata precettiva. Per questa ragione la presunta impossibilità di con-

siderare abusivo, ai sensi della disciplina generale della concorrenza, il mero cumulo di diritti calcistici in esclusiva, ove legittimo secondo la legge n. 78/99, si appalesa inconciliabile con il principio della prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno. Se da un lato, la mera acquisizione dei diritti calcistici in quantità non superiore al 60% del totale è compatibile con l'articolo 2 della legge n. 78/99, dall'altro, "ciò lascia impregiudicato il punto se la stessa acquisizione (per le modalità ed i tempi in cui sia stata effettuata, la qualità dei diritti acquistati e la durata dell'esclusiva) possa essere reputata lecita anche alla luce della disciplina generale della concorrenza". Una corretta ricostruzione del rapporto tra le due fonti deve allora risolversi nell'affermazione della loro concorrente applicazione: "la legge n. 78/1999, infatti, pur essendo prevalentemente una legge antitrust non è sovrapponibile alla disciplina generale che tutela la concorrenza ispirandosi a criteri del tutto diversi da essa, operando in una prospettiva imperniata sulla valorizzazione, in pratica della sola percentuale dei diritti di trasmissione posseduti, ed agendo entro questo contesto in modo automatico. La legge n. 78/1999, quindi, essendo incentrata su una logica rigidamente automatica di tutela anticipata, non toglie la possibilità che le condotte che la rispettino vengano sottoposte alle ben più approfondite valutazioni discrezionali delineate dagli artt. 81 e 82 del Trattato con i quali la stessa legge concorre formando una sorta di doppio livello di difesa della concorrenza nel settore".

Con riguardo alla questione dell'oggetto del procedimento svolto ai sensi della legge n. 78/99 e dei suoi riflessi sugli ordinari poteri dell'Autorità in materia antitrust, il giudice ha stabilito che nel procedimento attivato dall'interessato per ottenere una deroga al limite legale, l'Autorità non era intervenuta a stabilire se lo stesso "versasse - o meno - in una posizione dominante sul mercato (e ne avesse eventualmente abusato), ma assai più semplicemente, era stata chiamata ad esaminare un'istanza proposta dalla stessa [società] ... per essere autorizzata al superamento della soglia di acquisizione dei diritti calcistici fissata dalla legge n. 78/1999 nella misura del 60%. Le sue valutazioni di allora, quindi, sono state condotte soltanto in relazione a questo secondo ambito oggettivo, senza che si ponesse minimamente il problema di verificare se la politica d'impresa di Telepiù potesse per avventura integrare, pur nel rispetto della detta soglia del 60%, un illecito concorrenziale sotto altro profilo". In tal modo, le valutazioni fatte dall'Autorità in quella speciale sede procedimentale disciplinata dalla legge n. 78/99 non attengono all'accertamento della posizione dominante dell'impresa interessata, che può quindi essere sempre svolto, secondo le ordinarie procedure di cui alla legge n. 287/90.

### **Condotte delle imprese e copertura normativa**

Con sentenza n. 7451 del 13 settembre 2001, *Latte artificiale per neonati*, il Tar del Lazio - pur dando atto che nel caso di specie esisteva una normativa specifica in materia di latti artificiali in ordine alla loro produzione, importazione, commercializzazione, etichettatura, confezionamento, imballaggio e pubblicità - ha confermato l'imputabilità dell'intesa alle imprese

coinvolte, mancando previsioni normative dirette a disciplinare la distribuzione del latte per neonati, tali da escludere alcuni canali distributivi e, in particolare, la grande distribuzione. In proposito, il Tar ha osservato che non essendo previsti canali distributivi specializzati *“la scelta del canale distributivo ... è, quindi, una scelta propria di ciascuna impresa che, in quanto tale - per non incorrere nella violazione della normativa antitrust - deve essere presa da ciascuna di esse in modo autonomo e non coordinandosi con le imprese concorrenti”*.

Con la sentenza n. 5486 del 21 giugno 2001, *Ordine dei Medici Chirurghi e Odontoiatri*, il Tar del Lazio ha ribadito il principio in base al quale *“il sindacato repressivo dell’Autorità si arresta solo di fronte a comportamenti ritenuti anti-concorrenziali che siano conseguenza di norme di legge o di regolamento o di provvedimenti amministrativi generali, dovendosi in tal caso l’Autorità limitarsi alla segnalazione di tali situazioni distorsive alle Autorità o alle Amministrazioni che hanno adottato dette norme o detti provvedimenti generali”*.

A sua volta il Consiglio di Stato nella decisione n. 4053 del 27 luglio 2001, *Accordi per la fornitura di carburanti*, ha ritenuto che l’Autorità non avesse correttamente accertato l’esistenza di una pratica concordata in quanto i comportamenti degli operatori presi in esame apparivano strettamente correlati ma si iscrivevano in un sistema normativo che *“pur non fornendo una copertura totale alle condotte oggettivamente anticoncorrenziali”* offriva *“gli strumenti per l’adozione di condotte parallele, aventi di mira il profitto di tutti gli operatori”*.

Sotto un diverso e ulteriore profilo, il Tar del Lazio nella sentenza n. 5486 del 21 giugno 2001, *Ordine dei Medici Chirurghi e Odontoiatri*, ha statuito che un regolamento interno non muti la sua natura di atto della Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri per il fatto di essere sottoposto al controllo di legittimità del Ministero della Sanità.

#### ***Attività di interesse economico generale e concorrenza***

Con decisione n. 33 del 4 gennaio 2002, *Ibar/Aeroporti di Roma*, il Consiglio di Stato si è espresso in merito alla portata dell’esenzione dall’applicazione della disciplina antitrust di cui all’articolo 8, comma 2 della legge n. 287/90, e in particolare sui *“delicati rapporti tra Pubblica Amministrazione, concessionario di servizi in posizione di monopolio legale ed altre imprese subconcessionarie, nell’ipotesi di esercizio della facoltà di autoproduzione da parte di queste ultime, sotto l’aspetto della verifica di un eventuale abuso di posizione dominante da parte del concessionario”*. In particolare, il Consiglio di Stato, facendo espresso riferimento alla giurisprudenza comunitaria, ha ribadito il principio in base al quale *“la concessione per legge o sulla base di una legge di diritti esclusivi ad un’impresa non esenti quest’ultima, per ciò solo dall’osservanza delle disposizioni in materia di concorrenza che non siano oggettivamente incompatibili con il raggiungimento delle finalità della concessione, sicché devono ritenersi sottratti al*

*rispetto delle norme a tutela della concorrenza solamente quei comportamenti che siano indispensabili al raggiungimento delle finalità della concessione*". Alla luce di tale principio, quindi, solo nell'ipotesi di comportamenti "imposti dall'amministrazione", l'abuso di posizione dominante deve essere considerato non addebitabile all'impresa e si risolve nell'illegittimità dei provvedimenti amministrativi impositivi, da fare valere nelle competenti sedi giurisdizionali. In questo contesto, infine, il Collegio ha ritenuto che il "principio di economicità" dell'attività del concessionario, seppure imposto dalle clausole degli atti negoziali di disciplina della concessione o dalla stessa legge che regola il rapporto concessorio, "non può ovviamente prevalere sulle disposizioni di legge a tutela della libera concorrenza, oltretutto contenute nelle superiori fonti comunitarie".

### **Applicazione decentrata degli articoli 81.1 e 82 del Trattato**

Nella sentenza n. 7433 dell'11 settembre 2001, *Stream/Telepiù*, il Tar del Lazio ha confermato la legittimità dell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE alla condotta di Telepiù, sotto il profilo della sussistenza del requisito del pregiudizio al commercio intra-comunitario, benché tale condotta avesse avuto luogo esclusivamente sul territorio nazionale. Nel caso di specie, il comportamento di Telepiù avrebbe determinato l'innalzamento di barriere all'ingresso del mercato nazionale della televisione a pagamento nei confronti di imprese estere già attive nel settore e munite di adeguate risorse finanziarie e tecniche. A tale riguardo, il Tar ha escluso, conformemente alla giurisprudenza comunitaria, che "ai fini dell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato, occorra la dimostrazione dell'effettivo pregiudizio arrecato dal comportamento abusivo agli scambi tra Stati membri, reputando sufficiente che tale comportamento sia idoneo - va da sé, con un sufficiente grado di probabilità - a produrre direttamente o indirettamente, effettivamente o potenzialmente, siffatta conseguenza". Il giudice ha quindi ribadito l'applicazione della normativa comunitaria al caso di specie, essendo stata accertata l'idoneità della condotta di Telepiù a ripercuotersi sugli scambi tra gli Stati membri precludendo l'accesso di imprese straniere al mercato nazionale della *pay-tv*.

In relazione all'applicabilità alla fattispecie in esame dell'articolo 81 del Trattato CE, il Tar ha statuito che "data la presenza di una posizione dominante sul mercato di riferimento, e stante il (possibile) carattere abusivo della strategia commerciale dell'operatore leader, l'Autorità non era libera di scegliere tra l'applicazione dell'articolo 81 e quella dell'articolo 82 del Trattato, ma non poteva che fare riferimento a quest'ultimo parametro (riferendosi il primo al comportamento delle imprese agenti in condizioni di mercato di normale concorrenza)".

Con riguardo alla competenza dell'Autorità a dare applicazione alle norme comunitarie di concorrenza in luogo della Commissione, nel caso di specie il Tar ha chiarito che "la competenza dell'Autorità ad applicare nella presente vicenda gli articoli 81 e 82 del Trattato riposava direttamente sul-

*l'articolo 9 par. 3 del Regolamento n. 17 del 6 febbraio 1962, che abilita le autorità degli Stati membri a procedere, in materia, per il solo fatto che non risulti ancora aperta dalla Commissione una procedura formale". Sotto un diverso profilo, la trattazione del caso da parte dell'Autorità trovava conferma nella carenza di interesse della Commissione a intervenire, la quale sebbene informata dell'apertura dell'istruttoria in sede nazionale, non ha ritenuto di avocare a sé il caso.*

### **Sanzioni**

Nel corso del 2001, i giudici amministrativi si sono pronunciati su una serie di profili riguardanti l'irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie da parte dell'Autorità. Si è trattato di aspetti concernenti la valutazione dei presupposti per l'irrogazione della sanzione (sia con riferimento alle intese restrittive della concorrenza e agli abusi di posizione dominante, sia con riguardo alle sanzioni per inottemperanza all'obbligo di notifica preventiva delle operazioni di concentrazione) e la sua quantificazione, la determinazione del fatturato di riferimento, la definizione delle condizioni per la concessione della rateizzazione delle ammende.

In primo luogo, occorre segnalare la sentenza con cui il Consiglio di Stato si è pronunciato sulle regole che governano il procedimento sanzionatorio. Con la decisione n. 4181 del 26 luglio 2001, *Istituti Vigilanza Sardegna*, il Consiglio di Stato ha rigettato le censure delle società appellanti relative a una asserita violazione, da parte dell'Autorità, dell'articolo 14 della legge 24 novembre 1981, n. 689, ai sensi del quale la contestazione dell'illecito deve avvenire entro novanta giorni dal suo accertamento. In merito, il Collegio ha osservato che la legge n. 287/90 e il regolamento dell'Autorità (Dpr n. 217/98) disciplinano autonomamente il procedimento sanzionatorio, rispetto a quanto previsto dalla legge n. 689/81, e che per tale ragione il richiamo alla legge n. 689/81 contenuto all'articolo 31 della legge n. 287/90 vale *"solo per quel che riguarda le sanzioni pecuniarie ... ma non anche in relazione al relativo procedimento"*. Nello stesso senso, inoltre, anche il Tar del Lazio, con la sentenza n. 7451 del 13 settembre 2001, *Heinz-Milupa antitrust*, ha evidenziato il principio secondo il quale il procedimento sanzionatorio antitrust è *"disciplinato in modo compiuto dalla legge n. 287/90"*.

Nel merito, poi, delle valutazioni effettuate dall'Autorità a fini sanzionatori, il Tar del Lazio, con sentenza n. 6139 del 5 luglio 2001, *RC Auto*, si è diffusamente pronunciato in ordine ai presupposti per l'irrogazione della sanzione. In primo luogo, è venuta in rilievo la questione della sanzionabilità di una pratica concordata con oggetto anticoncorrenziale. Al riguardo, il giudice ha ritenuto che, *"avendo l'Autorità ravvisato nello scambio di informazioni una pratica concordata con oggetto anticoncorrenziale, nella valutazione della stessa coerentemente non [avesse] fatto riferimento agli effetti concreti, ma ciò non le precludeva il giudizio di gravità dell'infrazione ai fini dell'applicazione della sanzione, venendo in rilievo nelle intese ad oggetto anticon-*

*correnziale anche gli effetti potenziali che assumono un particolare rilievo in un mercato connotato da notevoli anomalie”.*

Con riguardo alla valutazione della gravità delle pratiche concordate, il giudice ha altresì osservato che essa debba essere “*valutata in relazione al suo complesso*”, non rilevando la dimensione delle singole imprese parti della concertazione, né la limitata incidenza delle condotte a esse ascrivibili.

Quanto all’elemento soggettivo rilevante ai fini dell’irrogazione della sanzione, nella medesima sentenza *RC Auto* il Tar del Lazio ha ribadito il principio, mutuato dagli orientamenti emersi in sede comunitaria, in base al quale affinché un’infrazione alle regole della concorrenza possa considerarsi commessa intenzionalmente, non è necessario che l’impresa si sia resa conto di contravvenire al divieto, ma è sufficiente che essa non potesse ignorare che il comportamento posto in essere aveva a oggetto o per effetto la restrizione della concorrenza nel mercato. Specularmente, nella sentenza n. 5486 del 21 giugno 2001, *Ordine dei Medici Chirurghi e Odontoiatri*, il Tar del Lazio ha ritenuto non sussistere il presupposto soggettivo per l’irrogazione della sanzione: “*la circostanza che anche l’ente esponenziale di una categoria professionale possa essere destinatario - per una parte della sua attività - della normativa sulla concorrenza e che abbia degli obblighi nei confronti degli operatori del mercato, è un dato di recente acquisizione - sia a livello comunitario che a livello nazionale - e ciò sicuramente non ha consentito alla Federazione di rendersi pienamente conto che ... stava ponendo in essere comportamenti che avevano per oggetto di restringere la concorrenza*”.

Con riguardo a un diverso aspetto relativo ai presupposti per l’irrogazione delle sanzioni, con la sentenza n. 5725 del 27 giugno 2001, *Italgas Sud/Meridionali Acque*, il Tar del Lazio ha chiarito alcuni principi in merito alla discrezionalità dell’Autorità nell’irrogazione della sanzione pecuniaria per inottemperanza all’obbligo della notifica preventiva di un’operazione di concentrazione, ex articolo 19, comma 2 della legge n. 287/90. Con riferimento al dato letterale dell’articolo 19, comma 1, il quale prevede che l’Autorità “*può*” infliggere alle imprese sanzioni amministrative pecuniarie per la mancata notifica di un’operazione di concentrazione, il Tar del Lazio ha osservato che “*la voce verbale ‘può’ che compare nel capoverso dell’art. 19 non è indicativa della spettanza all’Autorità di una discrezionalità (in senso tecnico) estesa all’an del trattamento sanzionatorio, ma si spiega semplicemente con l’intento legislativo di sottolineare - oltre che il potere di graduare il quantum - la cumulabilità della sanzione per l’inottemperanza agli obblighi di comunicazione preventiva con l’ulteriore sanzione applicabile, in forza del 1° comma dello stesso art. 19, in dipendenza degli eventuali effetti anticoncorrenziali della concentrazione*”. A sostegno di tali affermazioni, inoltre, il giudice amministrativo ha rilevato come, “*quando la legge n. 287/90 ha inteso subordinare la irrogabilità di una sanzione pecuniaria all’esistenza di particolari presupposti, suscettibili di accertamento discrezionale (quale la “gravità” dell’infrazione), lo ha esplicitato in modo inequivoco (si*

veda l'art. 15, comma 1°)". Sulla scorta di tali presupposti, quindi, il Tar del Lazio ha chiarito che all'applicazione della sanzione ai sensi dell'articolo 19 della legge n. 287/90 l'Autorità "possa pervenire in base alla semplice constatazione dell'inadempimento all'obbligo di comunicazione della concentrazione di cui all'art. 16, senza che occorra alcuna motivazione al riguardo", neanche per quanto concerne la scusabilità dell'errore del responsabile. Al contrario, a giudizio del Tar, una apposita motivazione è richiesta nelle ipotesi di "concessione del riconoscimento dell'esimente, data la sua valenza derogatoria rispetto alla regola che contempla l'illecito".

Con riferimento, poi, alla quantificazione della sanzione, il Tar del Lazio, nella sentenza n. 7289 del 7 settembre 2001, *Consorzio Qualità Veneta Asfalti*, ha ritenuto che se le condizioni economiche delle imprese sono state prese in considerazione e le sanzioni sono state determinate nel rispetto delle percentuali di fatturato previste dall'articolo 15 della legge n. 287/90, "nessun significato particolare può rivestire la circostanza che per alcuni degli operatori investiti dal provvedimento [la sanzione] abbia assorbito il loro utile annuale di impresa, trattandosi di un'evenienza che rientra nel novero delle possibili conseguenze di una fisiologica applicazione della potestà sanzionatoria riconosciuta in questa materia".

In diverse occasioni, il Tar del Lazio si è pronunciato in ordine alla determinazione del fatturato di riferimento ai fini del computo della sanzione. In linea generale, con la sentenza n. 7289 del 7 settembre 2001, *Consorzio Qualità Veneta Asfalti*, il giudice di prime cure ha puntualizzato il principio in base al quale, nella individuazione dei "prodotti oggetto dell'intesa", le parti non possono eccepire la correttezza di dati (volumi di fatturato) che le stesse abbiano fornito all'Autorità "in risposta a richieste di informazioni di univoco tenore, in relazione alle quali non risultano essere state sollevate perplessità di alcun tipo all'epoca del procedimento", a meno di non fornire al giudice amministrativo "compiuta prova di essere incorse a suo tempo in errore". Nello stesso senso, il Consiglio di Stato, nella decisione n. 1305 del 5 marzo 2002, *RAI-RTI*, ha ritenuto che dovessero considerarsi prive di fondamento le censure circa i criteri di determinazione dei fatturati "dal momento che l'Autorità, nel calcolare la misura della sanzione ha utilizzato gli importi dei fatturati comunicati dalle stesse società".

Ancora con riferimento alla determinazione del fatturato relativo ai prodotti oggetto dell'intesa, il Tar del Lazio si è pronunciato con riferimento a una specifica ipotesi relativa alla irrogazione di una sanzione a una associazione di imprese, costituita nel caso di specie da un'organizzazione di professionisti intellettuali (sentenza n. 5486 del 26 giugno 2001, *Ordine dei Medici Chirurghi e Odontoiatri*). Al riguardo, il giudice ha ritenuto che, "anche a voler prescindere dalla natura tributaria delle tasse e dei contributi versati dai professionisti per le spese di funzionamento degli Ordine e della Federazione, che non rende assimilabili le entrate complessive di quest'ultima al fatturato di un'impresa", neppure sotto il profilo quantitativo potesse

ritenersi corretta una correlazione tra i contributi versati dai professionisti alla loro associazione e “*prodotto dell'intesa*”, in ragione della circostanza che non tutti i professionisti contribuenti risultavano interessati al mercato oggetto del provvedimento.

Altro aspetto rilevante, ancora in tema di sanzioni, su cui si è soffermato il Tar del Lazio, riguarda l'ammissione delle imprese al beneficio del pagamento rateale delle sanzioni. Con la sentenza n. 1233 del 21 febbraio 2002, *Consorzio Qualità Veneta Asfalti*, il giudice si è pronunciato sulla specifica questione dell'accertamento dei presupposti per la concessione del pagamento rateale delle sanzioni, ai sensi dell'articolo 26 della legge n. 689/81. In particolare, il giudice si è soffermato sull'interpretazione delle “*condizioni economiche disagiate*” dell'impresa, che costituiscono il presupposto per l'ammissione alla rateizzazione della sanzione pecuniaria, ritenendo che tale presupposto ricorra qualora l'impresa versi in “*una situazione tale per cui l'adempimento in un'unica soluzione del debito in questione verrebbe a determinare uno squilibrio considerevole nei conti dell'impresa, non agevolmente superabile con il ricorso agli ordinari strumenti finanziari di cui l'impresa dispone, creando - così - gravi difficoltà alla prosecuzione delle attività produttive*”. Quanto ai criteri concretamente utilizzabili ai fini della verifica dell'andamento economico dell'impresa, il Tar del Lazio ha ritenuto corretto l'iter valutativo seguito dall'Autorità, in base al quale “*bilanci costantemente positivi nel triennio di riferimento portano - in linea di principio - ad escludere la sussistenza delle difficoltà economiche, che sono il presupposto per l'esercizio del potere discrezionale della concessione della rateizzazione*”. Il parametro preso a riferimento, quindi, è di natura strettamente economica e reddituale, non rilevando né le momentanee esigenze di liquidità di un'impresa, né la circostanza che l'ammontare della sanzione possa essere superiore all'attivo dell'ultimo bilancio di esercizio, né l'esistenza di un *trend* decrescente degli utili realizzati dall'impresa nel tempo, né, infine, l'esistenza di saldi negativi nell'esposizione debitoria delle imprese nei confronti delle banche.

Vanno da ultimo segnalate le tre sentenze (rispettivamente n. 7451 del 13 settembre 2001, *Latte artificiale per neonati*, n. 11321 del 13 dicembre 2001, *ADSL*, e n. 368 del 16 gennaio 2002, *Mezzi di contrasto*) con cui il Tar del Lazio si è pronunciato in merito ai poteri del giudice amministrativo in ordine alla modifica e alla rideterminazione delle sanzioni irrogate dall'Autorità. In termini generali, il giudice ha rilevato come “*ai sensi degli artt. 15 e 31 della legge n. 287/90 e 11 della legge n. 689/21, la graduazione della sanzione tra il minimo e il massimo edittali ... costituisce un apprezzamento di fatto che spetta all'Autorità e in relazione al quale il potere di modifica da parte del giudice presuppone pur sempre che sia riscontrabile una illegittimità o una inopportunità dell'operato dell'autorità amministrativa, operato che, pertanto, è sindacabile da parte del giudice amministrativo in caso di violazione di legge, illogicità, travisamento dei fatti, iniquità*” (sentenza n. 7451/01, *Latte artificiale per neonati*). Nella concreta applicazione del

potere di rideterminazione delle sanzioni pecuniarie ai sensi dell'articolo 23 della legge n. 689/81, il Tar del Lazio ha poi proceduto alla riduzione delle sanzioni irrogate dall'Autorità facendo riferimento - più genericamente e indipendentemente dall'accertamento di un vizio nell'operato dell'Autorità - alla determinazione di un ammontare complessivo delle sanzioni "*in contrasto con i principi di proporzionalità e di adeguatezza ai comportamenti tenuti sul mercato*" (sentenza n. 11321/01, *ADSL*; nello stesso senso sentenza n. 368/02, *Mezzi di contrasto*).

## PROFILI PROCEDURALI

### *Provvedimenti di autotutela con funzioni di sanatoria*

Il giudice amministrativo, con una pronuncia resa in materia di pubblicità ingannevole ma contenente statuizioni suscettibili di generalizzazione, ha modificato il suo tradizionale orientamento e ha riconosciuto all'Autorità, una volta riscontrata "*una ipotesi di illegittimità (e benché sia pendente al riguardo un giudizio), il potere-dovere di intervenire per porvi rimedio*" (Tar del Lazio, sentenza n. 398 del 16 gennaio 2002, *Esso*).

La modifica dei parametri tradizionali viene ricondotta in primo luogo alla "*caduta della preclusione di principio alla risarcibilità dell'interesse legittimo (Cass. Civ. SS.UU., n. 500 del 1999)*", da cui deriva "*la possibilità che dall'esercizio delle attività provvedimentali della P.A. possano scaturire illeciti ai sensi dell'art. 2043 del cod. civ.*"; diversamente ragionando, in pendenza di ricorso l'Autorità non potrebbe agire a difesa dei propri interessi anche patrimoniali. In secondo luogo, a giudizio del Tar, tale nuova impostazione risulta coerente con la riforma del processo amministrativo (legge 21 luglio 2000, n. 205) che ha confermato l'introduzione ("*già richiesta dal superamento del dogma dell'irrisarcibilità*") di un modello processuale informato a un "*giudizio sul c.d. rapporto*". La stessa legge n. 205/00 (articolo 21) inoltre nel prevedere che "*tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso stesso, sono impugnati mediante proposizione di motivi aggiunti*" comporta che l'adozione di un provvedimento di emendamento di un atto oggetto di gravame non pone fine al giudizio (compromettendo il diritto di azione e difesa in giudizio), "*ma abilita semplicemente l'interessato ad integrare la sua originaria impugnativa mediante motivi aggiunti*".

Con la stessa pronuncia, il Tar ha evidenziato che, quando un procedimento sia stato concluso nel rispetto del termine perentorio previsto per legge (come nel caso della pubblicità ingannevole), l'Autorità ha il potere di rimuovere il vizio che nel suo atto sia stato individuato in sede giurisdizionale con pronuncia di annullamento o di sospensiva del provvedimento impugnato. E', quindi, irrilevante la circostanza che il provvedimento sopravvenuto dell'Autorità sia stato adottato dopo lo spirare del termine perentorio.

### ***Legittimazione ad adire il giudice amministrativo***

Con le sentenze n. 3056 del 9 aprile 2001, *Publikompass*, n. 7286 del 7 settembre 2000, *Seat Pagine Gialle/Cecchi Gori Communications*, n. 7797 del 26 settembre 2001, *Telecom/Seat Pagine Gialle*, e n. 9354 del 14 novembre 2001, *Enel-France Telecom/New Wind*, il Tar del Lazio ha ribadito l'orientamento giurisprudenziale secondo cui difettano della legittimazione a impugnare i provvedimenti dell'Autorità, adottati ai sensi della legge n. 287/90, tutti coloro che non ne siano i diretti destinatari. Il ragionamento, comune alle tre decisioni, è il seguente: “*la giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 1972 del 30 dicembre 1996; Tar Lazio, sez. I, nn. 2216 del 23 dicembre 1997, n. 2746 del 29 settembre 1998 e n. 2952 del 15 ottobre 1998) è concorde nel ritenere che i poteri di cui alla legge n. 287 del 1990 siano preordinati esclusivamente alla tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica nell'ambito del libero mercato, e non alla garanzia di posizioni individuali o associate, di soggetti fruitori del mercato, con la conseguenza che, a fronte dell'esplicazione dei detti poteri, tutti i soggetti diversi da quelli direttamente incisi sono titolari di un mero interesse indifferenziato rispetto alla pretesa della generalità dei cittadini a che le autorità preposte alla repressione dei comportamenti illeciti esercitino correttamente e tempestivamente i poteri loro conferiti a tale specifico fine.*”

Tale avviso, che trae fondamento dal più generale principio secondo cui, in tutti i procedimenti repressivi, neppure il soggetto denunciante assume legittimazione ad essere parte necessaria del giudizio amministrativo (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 1792/1996 cit. e giurisprudenza ivi richiamata), conduce all'accoglimento dell'eccezione d'inammissibilità” (sentenza n. 3056/01). In particolare, è stato dichiarato il difetto di legittimazione del denunciante di un presunto abuso di posizione dominante a impugnare la delibera con cui l'Autorità ha disposto l'archiviazione della denuncia (sentenza n. 3056/01); di imprese che operano nei mercati interessati dall'operazione di concentrazione e di un'associazione di consumatori a impugnare il provvedimento con cui l'Autorità ha autorizzato l'operazione, prescrivendo alcune condizioni (sentenze nn. 7286/00 e 7797/01).

Infine, nella sentenza n. 9354 del 14 novembre 2001, *Enel-France Telecom/New Wind*, il Tar del Lazio ha valutato negativamente la sussistenza di una legittimazione attiva da parte delle associazioni dei consumatori in base alla legge 30 luglio 1998, n. 281.

### ***Attivazione dei poteri istruttori***

Nella sentenza n. 7451 del 13 settembre 2001, *Heinz-Milupa*, il Tar del Lazio ha sottolineato che l'Autorità (così come la Commissione ai sensi del Regolamento n. 17/62), dopo aver ricevuto una segnalazione di infrazioni alla normativa antitrust, può effettuare “*un'iniziale e minimale attività anche istruttoria diretta ad acquisire precisazioni relative alle segnalazioni pervenute*”, onde successivamente decidere se sussista il *fumus* per avviare il pro-

cedimento. Ciò risulta, in particolare, dalla previsione dell'articolo 12 della legge n. 287/90, in base alla quale l'Autorità valuta gli *“elementi in suo possesso e quelli portati a sua conoscenza da pubbliche amministrazioni o da chiunque vi abbia interesse. ...Una diversa interpretazione condurrebbe all'irragionevole conseguenza di dover comunicare il formale avvio dell'istruttoria per ogni denuncia presentata (anche in termini generici), con il rischio della strumentalizzazione di tali esposti”*. L'articolazione del procedimento non può, dunque, ritenersi alterata qualora vengano acquisiti, nel corso della preistruttoria, elementi necessari a una preliminare verifica della fondatezza delle segnalazioni ricevute e afferenti ad atti ai quali viene consentita la visione dopo l'avvio formale dell'istruttoria.

### ***Modalità e limiti all'esercizio del diritto di accesso***

Con pronuncia n. 368 del 16 gennaio 2002, *Byk Gulden*, il Tar del Lazio ha riaffermato la funzionalizzazione dell'accesso all'esercizio del diritto di difesa, evidenziando che la disciplina antitrust definisce il *“punto di equilibrio tra il diritto di difesa delle parti nel procedimento antitrust e l'interesse alla tutela delle informazioni riservate acquisite in funzione dell'interesse pubblico volto alla cessazione dei comportamenti anticoncorrenziali”*. Cosicché, qualora determinati documenti oggetto di istanza di accesso *“contengano informazioni riservate di carattere personale, commerciale o industriale e finanziario, relativi a persone o imprese coinvolte nei procedimenti ... [ovvero] segreti commerciali”*, l'accesso può essere differito motivatamente *“sino a quando non sia accertata la loro rilevanza ai fini della prova delle infrazioni e comunque non oltre la comunicazione delle risultanze istruttorie, cioè sino al momento in cui diventa chiara la rilevanza dei documenti ai fini della prova dell'infrazione, e quindi è possibile provvedere in concreto al bilanciamento tra contrapposte esigenze della riservatezza e del diritto di difesa”*.

Il giudice amministrativo ha, poi, chiarito che la segretezza costituisce un vero e proprio *“potere-dovere”*, che emerge dalla legge n. 287/90 e dal regolamento di attuazione, per gli interventi antitrust, e dalla legge n. 241/90, quanto alla pubblicità ingannevole (Tar del Lazio, sentenza n. 7285 del 7 settembre 2001, *Inaz Paghe*). A fronte dell'esercizio di tale potere-dovere, l'onere di contestare la segretezza di atti procedurali incombe sull'impresa che *“sia stata posta - come è doveroso - in condizione di indicare con precisione i documenti utili ai fini della tutela dei suoi interessi nel procedimento”*. La contestazione deve farsi valere nel corso del procedimento *“con la specifica indicazione dei documenti rilevanti ai suoi scopi, dovendo scaturire la finale individuazione dei brani da - eventualmente - segretare dal contraddittorio tra le parti, nell'ambito di un giudizio comparativo di bilanciamento dei confliggenti interessi”*.

Il giudice amministrativo ha, peraltro, decisamente escluso che *“la violazione del diritto di accesso costituisca di per se stessa un vizio di legittimità del provvedimento finale”*. In linea con gli orientamenti comunitari,

infatti, la legittimità dell'atto conclusivo potrebbe essere inficiata solo dalla “radicale ed inescusabile oblitterazione dei principi del contraddittorio e del giusto procedimento”. L'eventuale violazione del diritto di accesso deve, dunque, “essere fatta valere mediante l'apposita azione disciplinata dall'art. 25 della [legge n. 241/90], ... non potendo costituire ex se oggetto di doglianza in sede di impugnazione del provvedimento finale”. Tale impostazione trova indiretto riscontro, da ultimo, nella legge n. 205/00 che “ha previsto che il diritto di accesso in sede giurisdizionale possa avere luogo, in pendenza dell'impugnativa avverso il provvedimento finale, sotto forma di una semplice istanza istruttoria tesa all'acquisizione degli elementi documentali desiderati”. Neppure potrebbe ritenersi viziata la motivazione del provvedimento finale che non espliciti il contenuto dei documenti segreti. Infatti, la “funzione della motivazione di un provvedimento amministrativo è semplicemente quella di permettere di ripercorrere l'iter logico che ha condotto il decidente alla sua determinazione, non avendo essa anche l'ulteriore e ben più gravoso compito di rendere pubblici tutti gli elementi occorrenti a dimostrare e far constatare *ictu oculi* la sua legittimità sotto ogni profilo” (Inaz Paghe).

Il Consiglio di Stato (decisione n. 4812 del 13 settembre 2001, *GDF Estate Romana 2002/Bernabei*) ha evidenziato che non si potrebbe ritenere violato il diritto di difesa per diniego di accesso ai nominativi dei denunciati. Infatti, tale istanza, seppure “susceptibile di tutela nelle sede competenti”, non è “meritevole di tutela prevalente rispetto all'interesse alla riservatezza” che l'Autorità abbia ritenuto rilevante nel caso di specie. Tale orientamento è da ritenere ulteriormente avvalorato “a seguito dell'entrata in vigore della legge 31 dicembre 1996, n. 675 [relativa al trattamento dei dati personali], nel caso di richiesta di accesso ai documenti amministrativi contenenti dati personali relativi a terzi posseduti da una P.A., il diritto alla difesa prevale su quello alla riservatezza solo se una disposizione di legge espressamente consenta al soggetto pubblico di comunicare a privati i dati oggetto della richiesta”.

### **Diritto di difesa e autoincriminazione**

Nella citata sentenza *RC Auto*, il Tar del Lazio ha precisato che il contenuto del diritto di difesa riconosciuto dall'ordinamento comunitario “non concerne l'inesigibilità delle informazioni sui fatti o i documenti ma solo il diritto di non essere obbligato ad ammettere la violazione alla norma antitrust”. In particolare, il diritto della concorrenza comunitario e nazionale non riconoscono “all'impresa nei cui confronti venga svolta un'indagine alcun diritto di sottrarsi per il motivo che potrebbe risultarne la prova di un'infrazione da essa compiuta alle norme sulla concorrenza. Le incombe, anzi, un obbligo di attiva collaborazione”. Non potrebbe, invece, essere imposto all'impresa “l'obbligo di fornire risposte attraverso le quali questa sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza della trasgressione, che deve invece essere provata dalla Commissione”.

#### **RINVIO ALLA CORTE DI GIUSTIZIA**

Si segnala che con ordinanza n. 2919, pubblicata il 4 aprile 2001, il Tar del Lazio, nell'ambito del giudizio promosso dal Consorzio Industrie Fiammiferi per l'annullamento del provvedimento reso dall'Autorità nel caso I318, ha formulato le questioni oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (*ex* articolo 234 del Trattato). Contestualmente, il giudice amministrativo ha disposto la sospensione del giudizio fino alla pronuncia della Corte. Si tratta del primo rinvio disposto in sede di impugnazione di un provvedimento dell'Autorità.