

4. SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI IN MATERIA DI CONCORRENZA

Introduzione

Nell'ultimo anno solare (gennaio - dicembre 2011) sono state pubblicate le motivazioni di numerose pronunce del Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) del Lazio e del Consiglio di Stato rese in sede di impugnazione dei provvedimenti adottati dall'Autorità in materia di concorrenza.

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

Più in particolare, si segnalano le decisioni in cui i giudici si sono pronunciati sulla nozione di impresa ai sensi della normativa antitrust e sull'esenzione applicabile alle imprese che esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale o operano in regime di monopolio legale; sui profili probatori delle intese restrittive della concorrenza; sulla generale applicabilità della procedura di cui all'art. 14 della legge n. 287/90; sulla finalità dei programmi di clemenza e l'efficacia probatoria delle dichiarazioni rese dai *leniency applicant*; sull'istituto degli impegni e sulla legittimazione ad impugnare i provvedimenti dell'Autorità, ivi comprese le decisioni di rigetto degli impegni.

232

Profili sostanziali

Primato del diritto comunitario sul diritto nazionale

Nella sentenza n. 1757 del 25 febbraio 2011, *Consiglio nazionale dei geologi - Restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi*, il TAR Lazio ha richiamato il principio del primato del diritto comunitario sul diritto nazionale “*accolto a partire dalla sentenza n. 170 del 1984 della Corte Costituzionale*”, secondo il quale “*i due ordinamenti, comunitario e statale, sono “distinti e al tempo stesso coordinati” e le norme del primo vengono, in forza dell’art. 11 della Costituzione, a ricevere diretta applicazione nel secondo, pur rimanendo estranee al sistema delle fonti statali. L’effetto di tale diretta applicazione -ha puntualizzato la Corte- non è quindi la caducazione della norma interna incompatibile, bensì la mancata applicazione di quest’ultima da parte del giudice nazionale al caso di specie oggetto della sua cognizione, che, pertanto sotto tale aspetto è attratto nel plesso normativo comunitario*”.

Mercato rilevante

Definizione di mercato rilevante

Il giudice amministrativo ha avuto modo di ribadire la nozione di mercato rilevante, con ciò intendendosi “*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” (sentenze del Consiglio di Stato n. 2925 del 13 maggio 2011, *Costa Container Lines/Sintermar - Terminal Darsena Toscana* e n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*; sentenza del TAR Lazio n. 10180 del 24 dicembre 2011, *Mercato del cartongesso*).

Il Consiglio di Stato ha anche nuovamente chiarito che *“nelle ipotesi di intese restrittive, la definizione del mercato rilevante è successiva all’individuazione dell’intesa, in quanto sono l’ampiezza e l’oggetto dell’intesa a circoscrivere il mercato su cui l’abuso è commesso: vale a dire che la definizione dell’ambito merceologico e territoriale nel quale si manifesta un coordinamento fra imprese concorrenti e si realizzano gli effetti derivanti dall’illecito concorrenziale è funzionale alla decifrazione del grado di offensività dell’illecito”* (sentenze n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 5171 e n. 5172 del 16 settembre 2011, *Listino Prezzi della Pasta*; n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*, n. 2925 del 13 maggio 2011, *Costa Container Lines/Sintermar - Terminal Darsena Toscana*; nello stesso senso, TAR Lazio, sentenza n. 3252 del 14 aprile 2011, *Bain Capital Investors/Centrale dei Bilanci*, sentenze non definitive nn. 8945, 8947, 8949, 8950, 8952, 8953, 8954 e 8955 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici* e sentenza n. 10180 del 24 dicembre 2011, *Mercato del cartongesso*).

Mercato merceologico

Il Consiglio di Stato, nella decisione n. 3013 del 20 maggio 2011, relativa al caso *Riciclaggio delle batterie esauste*, ha condiviso la definizione del mercato merceologico rilevante adottata dall’Autorità (mercati della raccolta di batterie al piombo esauste e del riciclaggio di batterie al piombo esauste) ritenendo che, se in astratto, e secondo una nozione merceologica, le batterie al piombo esauste non sono un “prodotto” ma un “rifiuto pericoloso”, è anche vero che in concreto, anche a causa dell’aumento del costo del piombo, tale “rifiuto” è divenuto un *“bene contendibile sul mercato, oggetto di scambio”*, mediante la raccolta e la successiva vendita agli *smelters*.

Mercato geografico

Nella sentenza n. 2925 del 13 maggio 2011, relativa al caso *Costa Container Lines/Sintermar - Terminal Darsena Toscana*, il Consiglio di Stato ha ricordato che, per individuare l’estensione del mercato geografico rilevante, occorre tenere conto delle *“indicazioni di massima relative alla distribuzione delle quote di mercato delle parti e dei loro concorrenti nonché alla stregua di una prima analisi della politica dei prezzi e delle differenze di prezzo a livello nazionale o della Comunità; quindi, occorre verificare quanto emerso sulla scorta degli elementi indicati scandagliando le caratteristiche della domanda (tra cui, in specie, l’importanza delle preferenze nazionali o locali, le abitudini d’acquisto correnti dei consumatori, differenziazione e marche dei prodotti, altri fattori), al fine di verificare se le imprese operanti in aree diverse costituiscano realmente una fonte alternativa di approvvigionamento per i consumatori”*.

Il Consiglio di Stato ha inoltre rilevato che il mercato geografico rilevante, se, di regola “non può coincidere con una qualsiasi operazione economica”, può d’altro canto essere costituito anche da “una porzione ristretta del territorio nazionale ... ove in essa abbia luogo l’incontro di domanda e offerta in condizioni di autonomia rispetto ad altri ambiti anche contigui, e quindi esista una concorrenza suscettibile di essere alterata”. Il Giudice ha quindi ritenuto corretta la definizione del mercato geografico rilevante operata dall’Autorità, coincidente con il porto di Livorno.

Intese

Nozione di intesa

Con riguardo alla nozione di intesa, nella sentenza n. 2925 del 13 maggio 2011, *Costa Container Lines/Sintermar - Terminal Darsena Toscana*, il Consiglio di Stato ha ribadito che “i criteri del coordinamento e della collaborazione, che consentono di definire tale nozione, vanno intesi alla luce dei principi in materia di concorrenza, secondo cui ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che intende seguire sul mercato; la suddetta esigenza di autonomia vieta rigorosamente che fra gli operatori abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi per oggetto o per effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato”. Il Collegio ha altresì rilevato che “nella logica dell’art. 2, l. n. 287/1990, la nozione di <<intesa>> è oggettiva e tipicamente comportamentale anziché formale, avente al centro l’effettività del contenuto anticoncorrenziale ovvero l’effettività di un atteggiamento comunque realizzato che tende a sostituire la competizione che la concorrenza comporta con una collaborazione pratica (Cass., sez. I, 1 febbraio 1999 n. 827; Cons. St., VI, 20 marzo 2001 n. 1671)”.

Nozione di pratica concordata

Nella citata sentenza n. 2925 del 13 maggio 2011, *Costa Container Lines/Sintermar - Terminal Darsena Toscana*, il Consiglio di Stato ha dapprima ricordato che “mentre la fattispecie dell’accordo ricorre quando le imprese hanno espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo, la pratica concordata corrisponde ad una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all’attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza”.

Con particolare riferimento alla pratica concordata, il Consiglio ha poi ribadito che il concetto di “pratica” si riferisce a condotte di più soggetti e implica che “- vi siano comportamenti di più imprese; - tali comportamenti siano, per le varie imprese, uniformi e paralleli, quanto meno nella impostazione di fondo; - i medesimi comportamenti appaiano il frutto non di iniziative unilaterali, ma di una concertazione; - gli stessi siano insuscettibili di una spiegazione alternativa rispetto allo scopo anticoncorrenziale; - gli stessi siano, normalmente anche se non necessariamente, reiterati nel tempo”. Il giudice ha poi rimarcato che nella pratica concordata manca o non è

evidentemente rintracciabile un accordo espresso, posto che “*gli operatori del mercato, ove intendano porre in essere una pratica anticoncorrenziale, ed essendo consapevoli della sua illiceità, tenderanno con ogni mezzo di celarla, evitando accordi scritti, e anche accordi verbali espressi, e ricorrendo invece a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto*”.

Oggetto ed effetti dell'intesa

Il giudice di appello ha richiamato il consolidato principio giurisprudenziale secondo cui, per la sussistenza dell'illecito, è sufficiente la presenza dell'oggetto anticoncorrenziale, e non anche, necessariamente, dell'effetto; infatti “*a fronte della prova dell'esistenza di un accordo teso alla comune definizione delle strategie di prezzo, l'ulteriore dimostrazione del parallelismo di comportamenti risulta superfluo, atteso che l'illiceità della condotta già discende dalla oggettiva idoneità della stessa ad alterare la concorrenza*” (sentenze del Consiglio di Stato n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 5171 e n. 5172 del 16 settembre 2011, *Listino Prezzi della Pasta*).

Elemento soggettivo dell'intesa

Con riguardo all'elemento soggettivo dell'intesa oggettivamente anticoncorrenziale, nella sentenza n. 1757 del 25 febbraio 2011, *Consiglio nazionale dei geologi - Restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi*, il TAR Lazio ha evidenziato che “*affinché la fattispecie venga in essere è sufficiente che sia voluto il fatto descritto nella norma senza alcuna necessità che i soggetti abbiano agito per un fine particolare, vale a dire per un fine che sta al di là e, quindi, fuori dal fatto costituente l'illecito, la cui realizzazione non è richiesta per l'esistenza dell'illecito, essendo, in definitiva, l'intesa anticoncorrenziale, un illecito di mera condotta*”.

Prova dell'intesa

Nella sentenza n. 2925 del 13 maggio 2011, *Costa Container Lines/ Sintermar - Terminal Darsena Toscana*, il Consiglio di Stato ha ricordato il proprio consolidato orientamento in materia di prova dell'intesa restrittiva, secondo il quale “*la giurisprudenza, consapevole della rarità dell'acquisizione di una prova piena (c.d. smoking gun o bleeding hand) ritiene che la prova della pratica concordata, oltre che documentale, possa anche essere indiziaria, purché gli indizi siano seri, precisi e concordanti. Nella pratica concordata l'esistenza dell'elemento soggettivo della concertazione deve perciò desumersi in via indiziaria da elementi oggettivi, quali: - la durata, uniformità e parallelismo dei comportamenti; - l'esistenza di incontri tra le imprese; - gli impegni, ancorché generici e apparentemente non univoci, di strategie e politiche comuni; - i segnali e le informative reciproche; - il successo pratico dei comportamenti, che non potrebbe derivare da iniziative unilaterali, ma solo da condotte concertate*”.

Il giudice di appello, nella citata pronuncia, ha poi ricordato che la giurisprudenza comunitaria e nazionale “*distingue tra parallelismo naturale e*

parallelismo artificiosamente indotto da intese anticoncorrenziali, sulla base di elementi di prova endogeni, ossia collegati alla stranezza intrinseca delle condotte accertate e alla mancanza di spiegazioni alternative, nel senso che, in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o almeno plausibilmente diverso da quello riscontrato, o sulla base di elementi di prova esogeni, ossia di riscontri esterni circa l'intervento di un'intesa illecita al di là della fisiologica stranezza della condotta in quanto tale (Cons. St., sez. VI, 17 gennaio 2008 n. 102, Prezzo del latte per l'infanzia)." Quanto all'onere della prova dell'intesa, il Consesso ha rilevato che nel primo caso (elementi di prova endogeni) la prova dell'irrazionalità delle condotte grava sull'Autorità, nel secondo caso (elementi di prova esogeni) l'onere probatorio contrario viene spostato in capo all'impresa.

Infine, con specifico riguardo all'intesa composta da una molteplicità di condotte, nelle sentenze n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 2921 del 13 maggio 2011 e n. 5171 del 16 settembre 2011 rese nel caso *Listino Prezzi della Pasta*, il Consiglio di Stato ha ritenuto, in linea con i propri precedenti, che *"in presenza di un'intesa unitaria e complessa, le condotte delle singole imprese devono essere inquadrare e collocate nel contesto complessivo della concertazione, dovendo essere considerate come "tasselli di un mosaico, i cui elementi non sono significativi di per sé, ma come parte di un disegno unitario, qualificabile quale intesa restrittiva della concorrenza". Ciò soprattutto se, come nel caso di specie, nessuna delle imprese ricorrenti non solo non si è mai dissociata dall'oggetto delle riunioni, ma ha tenuto condotte conformi a quanto in esse emerso"*.

Prova dell'intesa e unicità della condotta

Con riguardo alla possibilità che anche un singolo episodio possa costituire un'intesa restrittiva, nella citata sentenza n. 2925 del 13 maggio 2011, *Costa Container Lines/Sintermar - Terminal Darsena Toscana*, il giudice di appello ha chiarito che *"se, di regola, nella pratica concordata i comportamenti si ripetono costantemente nel tempo, e non sono meramente episodici, tuttavia anche un singolo episodio non reiterato nel tempo può integrare un'intesa restrittiva, in quanto la mancata reiterazione dei comportamenti contestati non può di per sé sola precludere la configurazione in astratto della ipotizzata intesa anticoncorrenziale, atteso che la reiterazione dei comportamenti nel tempo costituisce un elemento indiziaro dell'intesa, ma non assurge ad elemento costitutivo della stessa"*.

Prova dell'intesa e scambio di informazioni

Nella sentenza n. 2925 del 13 maggio 2011, *Costa Container Lines/Sintermar - Terminal Darsena Toscana*, il Consiglio di Stato ha evidenziato 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"*.

Inoltre, nelle pronunce n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 2921 del 13 maggio 2011, n. 5171 e n. 5172 del 16 settembre 2011, rese nel caso *Listino Prezzi della Pasta*, il giudice di appello ha ritenuto che le riunioni delle imprese produttrici della pasta secca di semola, coinvolte nel procedimento dell’Autorità, non risultavano “*finalizzate esclusivamente al confronto sulle modalità con cui affrontare la crisi del settore*” ma avevano avuto “*un chiaro oggetto anticoncorrenziale. Le imprese si riunivano per discutere di prezzi e, in particolare, per concordare le strategie da seguire nella loro fissazione, confrontandosi sull’entità degli aumenti da attuare, fissando, oltre alla misura percentuale, anche la data a partire dalla quale tali aumenti avrebbero dovuto essere comunicati alla GDO*”. Obiettivo di tali riunioni era, continua il Giudice, “*eliminare ogni ragionevole incertezza in merito alla politica di prezzo di tutti i partecipanti alle stesse, coniugando la politica di aumenti dei prezzi con la ragionevole tranquillità che l’applicazione di tali aumenti non avrebbe comportato l’esclusione dal mercato delle imprese o la perdita di significative quote di mercato, data l’esistenza di generale consenso*”. Rileva inoltre il Giudice che le informazioni che le imprese si scambiavano, e di cui discutevano durante i diversi incontri, non riguardavano dati storici (ossia aumenti di prezzi già applicati), ma per lo più aumenti ancora da determinare, oppure già annunciati ma non ancora in vigore.

Prova dell’intesa e documentazione acquisita presso terzi

Il Consiglio di Stato ha ribadito il principio ormai pacifico in base al quale “*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*”, posto che è difficile che “*un’impresa possa avere assolutamente inventato il contenuto di uno scritto relativo ad un comportamento che possa esporla a sanzioni*” (sentenze n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 5171 e n. 5172 del 16 settembre 2011, *Listino Prezzi della Pasta*).

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

Il Consiglio di Stato, nelle decisioni n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 5171 e n. 5172 del 16 settembre 2011, rese nel caso *Listino Prezzi della Pasta*, ha riaffermato il principio consolidato ai sensi del quale sono riferibili alle imprese anche documenti redatti da soggetti privi del potere di rappresentanza, in quanto “*deve ritenersi che la condotta da parte del singolo dipendente, accompagnata dal conseguente comportamento della società, sia sufficiente per rendere gli impegni assunti o gli atti rinvenuti riferibili alla società*”.

Partecipazione alle riunioni

Con riguardo alle partecipazioni alle riunioni aventi un oggetto anticoncorrenziale, il giudice di appello ha ritenuto che “*ove risulti provato che un’impresa abbia partecipato a riunioni durante le quali sono stati*

*conclusi accordi di natura anticoncorrenziale, senza esservi manifestamente opposta, spetta a tale impresa dedurre indizi atti a dimostrare che la sua partecipazione alle dette riunioni era priva di qualunque spirito anticoncorrenziale, dimostrando che essa aveva dichiarato alle sue concorrenti di partecipare alle riunioni in un'ottica diversa dalla loro. Diversamente, il fatto stesso di approvare tacitamente una iniziativa illecita, senza distanziarsi pubblicamente dal suo contenuto o denunciarla agli organi amministrativi rappresenta una modalità di partecipazione all'intesa, idonea a far sorgere la responsabilità dell'impresa nell'ambito di un unico accordo, anche qualora l'impresa non abbia dato seguito ai risultati di una riunione avente un oggetto anticoncorrenziale” (sentenze n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 2921 del 13 maggio 2011, n. 5171 e n. 5172 del 16 settembre 2011, *Listino Prezzi della Pasta*; nello stesso senso anche sentenza n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*).*

Tuttavia, nella citata sentenza n. 2921 del 13 maggio 2011, *Listino Prezzi della Pasta*, il Collegio ha altresì rilevato che la partecipazione passiva ad un'unica riunione deve essere valorizzata dall'Autorità al fine di differenziare la posizione della società da quella delle altre imprese partecipanti.

Durata delle intese

Nella sentenza n. 896 del 9 febbraio 2011, *Listino Prezzi della Pasta*, il Consiglio di Stato ha chiarito che la durata dell'intesa “non deve essere valutata in funzione del periodo durante cui un accordo è in vigore, ma in funzione di quello durante il quale le imprese incolpate hanno adottato un comportamento vietato dall'articolo 81 CE” (*Tribunale di primo grado, sent. 12 dicembre 2007, T-101/05 e T-11/05- Basf, punto 187*). Pertanto, la durata “va apprezzata avendo riguardo a tutte le condotte delle imprese che risultino connotate da anticoncorrenzialità”.

Intese restrittive e disparità di trattamento

Nella sentenza n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*, il Consiglio di Stato ha sottolineato che “il vizio di disparità di trattamento è configurabile solo a fronte di situazioni del tutto identiche”.

Intese sui prezzi

Con riguardo alla gravità delle intese sui prezzi, il Consiglio di Stato ha avuto modo di evidenziare “la particolare importanza del prezzo come strumento di competizione (si tratta della principale arma di concorrenza tra le imprese)”. Sono di conseguenza vietate, rileva il Giudice, “non solo le intese tramite le quali le imprese fissano i prezzi a livelli esattamente determinati o stabiliscono esattamente prezzi minimi al di sotto dei quali esse si impegnano a non vendere, ma, più in generale, tutte le intese che mirino o abbiano ad effetto di limitare la libera determinazione individuale del prezzo e, quindi, la sua naturale flessibilità” (sentenze n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 5171 e n. 5172 del 16 settembre 2011, *Listino Prezzi della Pasta*).

Inoltre, secondo il giudice di appello, anche in presenza di un aumento dei costi della materia prima *“sebbene risponda ad una ordinaria regola di condotta delle imprese aumentare i prezzi in conseguenza degli aumenti dei costi della materia prima, traslandoli sui consumatori, tuttavia in un mercato concorrenziale non è lecito che “siffatto aumento dei prezzi sia frutto di una decisione concertata tra le imprese concorrenti, anziché di una scelta individuale, che potrebbe anche essere diversa dalla rigida traslazione dell’aumento dei costi” (decisione del 23 giugno 2006, n. 4017, Imballaggi metallici)*. Infine, l’eventuale modifica al ribasso, anziché al rialzo, dei prezzi di vendita a valle non è una circostanza rilevante, in quanto *“in ogni cartello esiste un incentivo per le imprese che vi partecipano a fingere di aderire all’intesa per poi sfruttare le politiche di prezzi elevati dei concorrenti per conquistare quote di mercato. In ogni caso, anche l’impresa “deviante” ha un interesse a che l’intesa si realizzi e agisca efficacemente, perché solo così sarà in grado di accrescere le proprie vendite, oppure, come nel caso di Nestlé, di tentare di contenerne il declino”*.

Difesa dell’ “herding behaviour”

Il Consiglio di Stato ha chiarito che la teoria del c.d. *“herding behaviour”*, o *“comportamento del gregge”* - invocata dall’appellante per giustificare comportamenti emulativi a base irrazionale - si riferisce *“alla condotta di massa di singoli individui, o piccoli investitori, id est soggetti di cultura e diligenza medio - bassa”* e non può applicarsi per spiegare il processo di *decision making* di un imprenditore professionale, *“ossia un soggetto che ha o dovrebbe avere diligenza, accortezza e senso critico in misura superiore alla media”* (sentenza n. 2925 del 13 maggio 2011, *Costa Container Lines/Sintermar - Terminal Darsena Toscana*).

Applicabilità dell’ esenzione di cui all’ art. 81.3 Trattato CE e dell’ art. 4 legge 287/90

Nelle sentenze n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 5171 e n. 5172 del 16 settembre 2011, *Listino Prezzi della Pasta*, il Consiglio di Stato ha ritenuto che l’esistenza della crisi nel settore della pasta non potesse rappresentare una condizione legittimante l’intesa restrittiva *“atteso che la presenza della crisi non può certo comportare l’applicazione automatica dell’ esenzione, in mancanza delle condizioni previste cumulativamente dall’ art. 81.3 del Trattato”*.

Inoltre, nella pronuncia n. 6917 del 2 agosto 2011, *Consorzio Parmigiano Reggiano*, il TAR Lazio ha ricordato che la valutazione in merito alla eventuale esenzione di un’intesa restrittiva ai sensi dell’ art. 4 della legge n. 287/90 è rimessa alla discrezionalità dell’ Autorità, e che, in ogni caso, l’esenzione *“non appare suscettibile di espansione anche con riferimento alle intese i cui effetti si siano esauriti”*.

Pregiudizio al commercio tra Stati Membri

Nelle sentenze n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 5171 e n. 5172 del 16 settembre 2011, *Listino Prezzi della Pasta*, il Consiglio di Stato ha richiamato la giurisprudenza nazionale e comunitaria secondo cui *“i) l’ idoneità di*

un'intesa ad incidere sul commercio tra Stati membri, ossia il suo effetto potenziale, è sufficiente perché essa rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 81 del Trattato CE (ora art. 101 TFUE), non occorrendo dimostrare l'esistenza di un pregiudizio effettivo; ii) un'intesa che si estenda a tutto il territorio di uno Stato membro può, per sua natura, consolidare la compartimentazione dei mercati a livello nazionale, ostacolando così l'integrazione economica voluta dal Trattato; iii) non vi è alcuna contraddizione tra la definizione del mercato geografico come mercato nazionale e l'applicazione dell'art. 81 del Trattato CE (Cons. Stato, sez. VI 17 gennaio 2008, n. 102)".

Anche il TAR Lazio, nella sentenza non definitiva n. 8951 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, ha ritenuto che il pregiudizio al commercio tra Stati Membri è soddisfatto *“quando l'intesa appare comunque idonea ad influire, anche solo potenzialmente, sulle correnti di scambio tra Stati membri e la limitazione del confronto concorrenziale nel richiamato settore merceologico all'interno di un singolo Stato membro sembra in grado di poter arrecare tale pregiudizio, anche tenuto conto delle dimensioni sopranazionali dei gruppi di cui fanno parte alcune delle imprese interessate”*.

Abuso di posizione dominante

Posizione dominante

Con specifico riguardo alla nozione di posizione dominante nel mercato dei servizi di terminazione sulle reti mobili, il Consiglio di Stato ha confermato le valutazioni espresse dall'Autorità, in linea con gli orientamenti comunitari, in base a cui *“se è vero che sussistono tanti mercati dei servizi di terminazione quante sono le reti mobili, è inevitabile che ciascun MNO [Mobile Network Operator] debba essere considerato dominante con riferimento alla propria rete”*. Inoltre, continua il giudice di appello *“in caso di mercati integrati, o comunque collegati, l'illiceità di un comportamento tenuto nel mercato “a monte” non può essere esclusa per il solo fatto della mancanza di una posizione dominante in quello “a valle””* (sentenza n. 2438 del 20 aprile 2011, *Tele2/TIM-Vodafone-Wind*). Anche in tali ipotesi, infatti, il potere di leva può essere sfruttato per “estendere” sul mercato a valle la posizione detenuta nel mercato a monte.

Abuso di posizione dominante e “condotte difensive”

Nella citata sentenza n. 2438 del 20 aprile 2011, *Tele2/TIM-Vodafone-Wind*, il Consiglio di Stato, in relazione alla teoria della *meeting competition defence*, ha ritenuto che *“perché (...) l'azione contestata all'impresa in posizione dominante possa essere considerata in termini di allineamento difensivo è necessario che la stessa sia rivolta contro gli autori dell'aggressione, non già, come pacificamente si è verificato nel caso di specie, in danno di operatori terzi”*.

Abuso di posizione dominante e potere contrattuale dei clienti

Il Consiglio di Stato ha infine ritenuto che, nel caso *Tele2/TIM-Vodafone-Wind* al suo esame, anche laddove fosse stata ipotizzabile l'esistenza di un potere contrattuale esercitato dalla clientela dell'operatore dominante *“non*

risulta[va]no certo esclusi né ridimensionati gli effetti dell'abuso contestato alle società appellanti in danno degli operatori concorrenti, discriminati 'a monte' per effetto dello sfruttamento posto in essere dai c.d. MNO del vantaggio competitivo correlato alla proprietà dell'infrastruttura di rete mobile" (sentenza n. 2438 del 20 aprile 2011).

Disciplina antitrust e normative settoriali

Con riferimento ai rapporti tra normativa a tutela della concorrenza e la disciplina relativa alle professioni intellettuali e professionali, il TAR Lazio ha ritenuto che *"la questione inerente l'applicabilità della normativa antitrust (...) deve essere riguardata e decisa in coerente coordinamento con il quadro normativo generale, il quale (...) non conduce a ritenere la prevalenza della disciplina dettata con riferimento alle professioni intellettuali e professionali, anche a livello codicistico, rispetto alla disciplina antitrust, la quale, nel recepire la disciplina comunitaria, trova applicazione trasversale a tutti i settori di relativa rilevanza"* (sentenza n. 1757 del 25 febbraio 2011, relativa al caso *Consiglio nazionale dei geologi - Restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi*).

Riparto di competenze tra Autorità antitrust e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni

Il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 2438 del 20 aprile 2011, *Tele2/TIM-Vodafone-Wind*, ha ribadito il principio secondo il quale *"i compiti attribuiti all'Autorità nazionale di regolamentazione (AGCom) in tema di definizione dei mercati rilevanti e delle posizioni dominanti nel settore delle telecomunicazioni, non hanno fatto venire meno la generale competenza antitrust spettante all'AGCM: quest'ultima deve acquisire il parere della prima, che è obbligatorio e non vincolante, ma dalle cui risultanze l'AGCM può discostarsi con adeguata motivazione"*. Con specifico riguardo a tale ultimo obbligo di motivazione, il Collegio ha osservato che *"le valutazioni dell'Autorità di settore assumono una valenza diversa a seconda che si riferiscano alla disciplina e 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 (Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199 e Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1187)"*.

Concentrazioni

Fase I della valutazione delle operazioni di concentrazione

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 4283 del 14 luglio 2011, relativa alla concentrazione *Groupe Adeo/Castorama*, ha evidenziato che, nella valutazione delle operazioni di concentrazione, la fase pre-istruttoria ha la funzione di accertare se la presunzione di infrazione al divieto di concentrazione

lesiva abbia fondamento. In questo quadro, “*considerato che non vi è ragione per escludere l’attivazione della preistruttoria anche per la verifica delle operazioni di concentrazione, non vi è altresì motivo per ritenere che tale fase debba avere in questo caso contenuto diverso da quello per essa previsto in linea generale e perciò svolgersi necessariamente in modo sommario*”, dovendosi chiudere con espresse “*conclusioni nel merito*” e svolgersi attraverso una “*completa valutazione dell’operazione di concentrazione*”, sulla base di comunicazioni preventive recanti “*tutte le informazioni*” e gli “*allegati ed elementi essenziali*” per la suddetta valutazione.

Nella medesima sentenza, inoltre, il Collegio ha escluso che, nello svolgimento della pre-istruttoria, debba considerarsi vietata l’assunzione, da parte del soggetto dell’operazione, di impegni come quello di cedere punti vendita, quale “*parte integrante dell’operazione*”, poiché “*da un lato, in nessuna parte della normativa risulta espresso tale divieto, e, dall’altro, non si motiva perché l’assunzione di siffatte misure debba essere riservata all’atto formale della eventuale autorizzazione*”.

Anche il TAR Lazio, nella sentenza n. 3252 del 14 aprile 2011, *Bain Capital Investors/Centrale dei Bilanci*, ha ricordato che la fase pre-istruttoria, “*proprio in quanto può concludersi con l’accertamento dell’assenza di profili di anticoncorrenzialità, non deve essere sommaria, ma deve essere sufficientemente analitica al fine di esporre adeguatamente, nel caso di non avvio dell’istruttoria, le ragioni per le quali le preoccupazioni anticoncorrenziali possono essere escluse*”.

Operazione di concentrazione e dominanza

Nella citata sentenza n. 3252 del 14 aprile 2011, *Bain Capital Investors/Centrale dei Bilanci*, il TAR Lazio, richiamando gli “*Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali*”, elaborati in sede comunitaria, ha evidenziato che “*occorre presumere l’esistenza di una quota di mercato dominante quando la stessa sia pari o superiore al 50% e l’inesistenza di una concentrazione in grado di ostacolare una concorrenza effettiva quando la quota di mercato delle imprese interessate non supera il 25%, sicché qualora la quota di mercato dell’entità postmerger sia compresa tra il 25% e il 50% bisogna far riferimento anche ad altri fattori di valutazione*”.

Restrizioni accessorie alle operazioni di concentrazione

Ancora nella sentenza n. 3252 del 14 aprile 2011, *Bain Capital Investors/Centrale dei Bilanci*, il TAR Lazio ha richiamato gli orientamenti comunitari in materia di restrizioni “*direttamente connesse e necessarie*” alla realizzazione di operazioni di concentrazione, contenuti nella Comunicazione della Commissione 2005/C 56/03, nei quali è previsto che “*la Commissione si pronunci espressamente nei soli casi che presentano quesiti nuovi o non risolti, che danno adito a reale incertezza*” mentre in tutti gli altri casi spetta alle stesse imprese interessate valutare se e fino a che punto gli accordi da esse conclusi possano essere considerati accessori alla concentrazione” (e pertanto

automaticamente autorizzati dalla decisione che dichiara la concentrazione compatibile con il mercato comune). Il giudice ha quindi ritenuto che, gli accordi accessori all'operazione di concentrazione al suo esame, contenenti obblighi di acquisto e fornitura, non dovessero essere previamente notificati all'Autorità e non presentassero alcun profilo critico sul piano antitrust.

L'articolo 8 della legge n. 287/1990

Nozione di impresa ai sensi dell'articolo 8, comma 1, della legge n. 287/1990

Con riguardo alla nozione di impresa cui è applicabile la normativa antitrust ai sensi dell'art. 8, comma 1, della legge n. 287/90, nella sentenza n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*, il Consiglio di Stato ha evidenziato che la “*la tesi, basata sul puro dato letterale, secondo cui l'organismo di diritto pubblico non rientrerebbe nel campo di applicazione della disciplina antitrust è smentita dalla costante giurisprudenza nazionale e comunitaria*”, posto che la nozione di impresa “*abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica consistente nell'offerta di beni o servizi sul mercato, indipendentemente dallo statuto giuridico e dalle modalità di finanziamento, o dalla sussistenza o meno del fine di lucro*”. Pertanto, secondo il giudice, non risultava rilevante, nel caso al suo esame, l'astratta configurabilità del COBAT (Consorzio nazionale batterie al piombo esauste e rifiuti piombosi) come organismo di diritto pubblico, dovendosi verificare in concreto il modo in cui esso aveva operato.

Anche il TAR Lazio, nella pronuncia n. 6917 del 2 agosto 2011, *Consorzio Parmigiano Reggiano*, richiamando la rilevante giurisprudenza comunitaria, ha ricordato che “*nell'interpretazione dell'art. 8, comma 1, della legge 287/1990, va ... adottata l'ampia accezione di impresa ormai consolidata nella giurisprudenza formatasi sugli artt. 81 e 82 (ex artt. 85 e 86) del Trattato*”, che ricomprende “*qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, indipendentemente dal suo statuto giuridico e dalle sue modalità di finanziamento*”.

Infine, nella sentenza n. 1757 del 25 febbraio 2011, *Consiglio nazionale dei geologi - Restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi*, il giudice di primo grado, confermando il provvedimento dell'Autorità, ha ritenuto che anche gli esercenti le professioni intellettuali devono essere considerati imprese ai fini della normativa a tutela della concorrenza “*dal momento che la loro attività consiste nell'offerta sul mercato dietro corrispettivo di prestazioni suscettibili di valutazione economica, mentre i relativi ordini professionali devono essere ritenuti associazioni di imprese, direttamente contemplate dall'art. 2, comma 1, della legge n. 287 del 1990 tra i soggetti destinatari dei divieti, da tale legge previsti, di accordi o pratiche restrittive della concorrenza*”. Il giudice ha inoltre escluso, sulla base dei principi dell'ordinamento comunitario, che le finalità pubblicistiche perseguite dagli ordini professionali valgano a sottrarli alla disciplina antitrust, non rilevando “*la diversità di natura, pubblicistica o privata, non solo delle imprese (come statuito dall'art. 8 della legge), ma anche di ogni altro organismo in grado di influire sul comportamento delle medesime... Ne discende che, in*

ragione del dato sostanziale dell'attitudine delle determinazioni dell'ente esponenziale ad orientare il comportamento degli appartenenti alla categoria, anche il comportamento del Consiglio nazionale di un ordine professionale può assumere rilievo ai fini dell'applicazione della legge n. 287, allorché lo stesso ponga in essere comportamenti che risultino idonei a orientare il comportamento economico dei professionisti di riferimento”.

Esenzione per le imprese che esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale o operano in regime di monopolio legale

Nella citata sentenza n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*, il Consiglio di Stato ha altresì confermato 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 legale, ma comunque limitatamente a quanto “strettamente necessario per la missione affidata”, senza che siffatta condizione possa diventare un alibi per condotte anticoncorrenziali che vadano oltre la “stretta necessità”*”. Il Collegio pertanto, ribaltando la decisione del giudice di primo grado, ha condiviso la ricostruzione condotta dall'Autorità, da cui si evinceva che COBAT avesse posto in essere condotte anticoncorrenziali sanzionabili ai sensi della normativa antitrust.

Il TAR Lazio, nella pronuncia n. 6917 del 2 agosto 2011, *Consorzio Parmigiano Reggiano*, richiamando la giurisprudenza comunitaria, ha dapprima evidenziato che occorre distinguere tra l'ipotesi in cui lo Stato agisca esercitando il potere d'imperio e quella in cui svolga attività economiche di natura industriale o commerciale. In proposito “*non ha rilevanza il fatto che lo Stato agisca direttamente tramite un organo che fa parte della Pubblica Amministrazione, ovvero tramite un ente cui abbia conferito diritti speciali o esclusivi: piuttosto occorrendo esaminare l'indole delle attività svolte dalla pubblica impresa o dall'ente al quale lo Stato ha conferito diritti speciali o esclusivi. Né la circostanza che ad un soggetto siano attribuiti taluni compiti di interesse generale può impedire che le attività di cui trattasi siano considerate attività economiche*”. Il Giudice ha quindi sottolineato che l'esenzione di cui all'art. 8, comma 2, della legge n. 287/90 opera soltanto nella misura in cui il comportamento in esame “*nella sua specifica manifestazione e in rapporto alla concreta fattispecie ... risulti l'unico e comprovato mezzo per conseguire le finalità istituzionali dell'ente*”. In virtù di tali principi il Giudice di primo grado ha condiviso le valutazioni dell'Autorità, secondo le quali le delibere di contingentamento adottate dal Consorzio Grano Padano avevano per oggetto ed effetto la limitazione della concorrenza tra i consorziati, identificabili con la quasi totalità dei produttori.

Nella sentenza n. 1757 del 25 febbraio 2011, *Consiglio nazionale dei geologi - Restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi*, il TAR Lazio si è poi pronunciato in merito alle deliberazioni del Consiglio dell'ordine dei geologi, richiamando la Comunicazione della Commissione del 9 febbraio

2004 sui servizi professionali e affermando che “... le restrizioni alla concorrenza, specificatamente quelle relative al settore dei servizi professionali, devono trovare diretta giustificazione nel perseguimento dell’interesse pubblico cui la restrizione è finalizzata nei limiti discendenti dal principio di proporzionalità... ai sensi del quale... le regole devono risultare oggettivamente necessarie per raggiungere un obiettivo di interesse generale e devono costituire la misura meno restrittiva della concorrenza idonea a raggiungere tale interesse”. Il Giudice ha quindi condiviso le valutazioni dell’Autorità, secondo cui la finalità della uniformità dei compensi professionali costituisce un significativo ostacolo concorrenziale per coloro che entrano nel mondo del lavoro “i quali, costretti a tenere comportamenti economici uniformi, sono tenuti a richiedere compensi identici a quelli dei professionisti già presenti sul mercato e, quindi, presumibilmente più affermati, con la conseguenza che la protezione del prezzo identico non favorisce una migliore qualità della prestazione, ma disincentiva il professionista dal cercare di erogare prestazioni di più elevata qualità”.

Disciplina applicabile al procedimento ex articolo 8, commi 2-bis e 2-ter

Nella sentenza n. 5843 del 4 luglio 2011, *Ferrovia Adriatico Sangritana/Rami d’azienda di S.T.A.F.*, il TAR Lazio ha confermato il proprio orientamento, secondo il quale “la procedura di cui all’art. 14 [della legge n. 287/90] assume carattere tendenzialmente tipico e ad applicazione generale” e pertanto deve essere estesa anche ai procedimenti volti all’accertamento delle violazioni contemplate dai commi 2-bis, 2-ter dell’art. 8 della legge n. 287/90, i quali presuppongono un’attività di accertamento che “non differisce, nella sostanza logica e di merito tecnico, al di là della concreta complessità fattuale, da quella svolta nei casi di intese restrittive, abuso di posizione dominante e concentrazione restrittiva della concorrenza”.

Secondo il giudice, infatti, “solo esigenze puntuali (...) legate a fattispecie che, nell’ambito del settore degli illeciti concorrenziali, hanno una peculiarità autonomamente disciplinata dalla legge, possono giustificare una disciplina procedimentale diversa”, quale quella contenuta nella legge n. 689 del 1981 (richiamando, in proposito, le fattispecie di cui all’art. 15, comma 2, e all’art. 19, comma 2, della legge n. 287/90), posto che, nella procedura di cui all’art. 14 della legge n. 287/90 “le prerogative di difesa e di intervento della parte [sono] più consistenti e maggiormente aperte al contraddittorio di quanto non preveda il procedimento disciplinato dalla legge n. 689 del 1981”.

Impegni

Discrezionalità nella valutazione degli impegni

Nella sentenza n. 2438 del 20 aprile 2011, *Tele2/TIM-Vodafone-Wind*, il Consiglio di Stato ha ricordato che, ai sensi del tredicesimo considerando del Regolamento CE 1/2003, le decisioni concernenti gli impegni non sono “opportune” nei casi in cui la Commissione intenda irrogare un’ammenda, restando comunque in capo alla Commissione un notevole margine di discrezionalità in tale valutazione. In proposito, “la valutazione preliminare di

“gravità” dell’abuso costituisce unicamente un limite di opportunità da apprezzare nel valutare se adottare la decisione con impegni, non già, viceversa, un vincolo imposto ex lege, la Commissione e le ANC disponendo di ampia discrezionalità nell’individuazione delle proprie priorità di intervento”.

Valutazione degli impegni rebus sic stantibus

Il giudice di prime cure, nella pronuncia n. 1757 del 25 febbraio 2011, *Consiglio nazionale dei geologi - Restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi*, ha evidenziato che la decisione in ordine all’accettazione o meno degli impegni *“è adottata rebus sic stantibus sulla base di un giudizio prognostico e non definitivo circa la persistenza di profili di sussistenza e di gravità dell’intesa”.*

Decisioni di accettazione di impegni e azioni risarcitorie

Il Consiglio di Stato ha avuto modo di sottolineare che *“la decisione con impegni non comporta ... alcuna immunità sul piano civilistico ma rende solo più difficile il proficuo esperimento delle azioni risarcitorie”* (sentenza n. 2438 del 20 aprile 2011, *Tele2/TIM-Vodafone-Wind*).

Termine per la presentazione degli impegni

Il TAR Lazio, nella sentenza n. 3964 del 9 maggio 2011, *Conto TV/Sky Italia*, ha confermato il proprio orientamento secondo il quale il termine per la presentazione degli impegni ha carattere *“meramente sollecitatorio”*, in quanto *“la funzione dell’istituto richiede, da un lato, che i professionisti siano posti in grado di proporre misure correttive idonee, dall’altro, che l’Autorità disponga di elementi sufficienti per valutare la rispondenza degli impegni alla tutela dei consumatori e degli altri professionisti (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, I, 25 febbraio 2010, n. 3077)”.*

Obbligo del market test

Con riguardo all’obbligo di effettuare il c.d. *market test*, nella sentenza n. 3230 del 30 maggio 2011, *Procedure Selettive Lega Nazionale Professionisti Campionati 2010/11 e 2011/12*, il Consiglio di Stato, confermando le pronunce di primo grado, ha sottolineato che *“l’accettazione degli impegni deve essere preceduta da una fase di pubblicità e contraddittorio procedimentale, nell’ambito della quale gli interessati possono presentare le loro osservazioni. La violazione di tale forma di pubblicità dà luogo, quindi, ad un vizio procedimentale in grado ex se di inficiare la validità del provvedimento di accettazione degli impegni”.*

Programmi di clemenza

Il TAR Lazio ha espresso alcuni importanti principi in materia di programmi di clemenza, nelle sentenze non definitive nn. 8945, 8946, 8947, 8949, 8950, 8951, 8952, 8953 e 8954 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*.

Finalità dei programmi di clemenza

In primo luogo, il giudice ha rilevato che, in via generale, i c.d. *leniency program* costituiscono un “*efficace mezzo di destabilizzazione dei “cartelli” tra imprenditori*”. Secondo il Giudice “*le imprese che partecipano ad un cartello (...) in un clima di incertezza in ordine ai comportamenti altrui, si trovano di fronte ad una scelta strategica, vale a dire mantenere gli impegni che nel lungo periodo massimizzano l’utile di tutti i membri, confidando che anche gli altri lo facciano, ovvero tradire gli impegni preferendo una logica di massimizzazione del profitto individuale nel breve periodo, sicché la stabilità di un cartello dipende dal grado di coesione e di fiducia reciproca che si crea tra i suoi partecipanti*” (sentenze non definitive del TAR Lazio nn. 8945, 8946, 8947, 8948, 8950, 8951, 8952, 8953 e 8954 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*).

Natura delle dichiarazioni dei leniency applicant

Il TAR Lazio ha altresì rilevato che le dichiarazioni fornite dalle imprese collaboranti hanno natura non solo “*eteroaccusatoria*”, ma anche “*confessoria*”, e un possibile tentativo di indurre in errore l’amministrazione procedente potrebbe far dubitare della sincera e completa cooperazione del richiedente, mettendo in pericolo la possibile applicazione del beneficio. Conseguentemente “*se nella trattazione delle domande di clemenza è comunque opportuno agire in modo cauto, è sicuramente erroneo presumere la loro scarsa genuinità in quanto l’impresa collaborante ha un interesse diretto a rispettare le regole al fine di ottenere concretamente il beneficio per il quale si è indotta a fornire elementi che, si ribadisce, non sono solo eteroaccusatori, ma sono anche confessori della partecipazione ad un’intesa illecita*” (sentenze non definitive nn. 8945, 8946, 8947, 8948, 8949, 8950, 8951, 8952, 8953 e 8954 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*).

Efficacia probatoria delle dichiarazioni dei leniency applicant

Con riguardo all’efficacia probatoria delle dichiarazioni dei *leniency applicant* e dei relativi riscontri da questi forniti, il TAR Lazio ha sottolineato che “*è ben difficile che i partecipanti ad un accordo illecito lascino “prove scritte” da cui dedurre in modo certo e obiettivo l’esistenza e il funzionamento dell’accordo stesso, per cui non è possibile pretendere che il collaborante il quale confessi l’intesa debba fornire un riscontro probatorio vasto e del tutto corroborante le proprie affermazioni, che verosimilmente non esiste, perché in tal modo si porrebbero nel nulla le possibilità applicative della norma e si vanificherebbe la loro ratio, mentre deve ritenersi sufficiente che alle dichiarazioni si accompagni un qualche elemento documentale idoneo a fungere da indizio preciso e concordante con le dichiarazioni rese e soprattutto, anche in assenza di questi ultimi, deve ritenersi comunque necessario che sia l’Autorità, sulla base della propria articolata istruttoria, a vagliare l’attendibilità delle dichiarazioni*” (richiama, in proposito, la propria precedente sentenza n. 36126 del 13 dicembre 2010). Pertanto “*la sola*

dichiarazione del leniency applicant, ove non supportata da concludenti e concordanti elementi di prova, non è sufficiente alla dimostrazione dell'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, fermo restando che detti elementi di prova non devono essere necessariamente forniti dagli stessi collaboranti, atteso che la loro ricerca fa carico all'Autorità procedente e, anzi, costituisce il proprium dell'attività di indagine rimessa alla stessa". (sentenze non definitive nn. 8945, 8946, 8947, 8948, 8949, 8950, 8951, 8952, 8953 e 8954 del 17 novembre 2011, Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici).

Nel caso specifico, il giudice ha evidenziato che il provvedimento impugnato dava conto di come le società collaboranti avessero fornito elementi documentali a supporto delle proprie dichiarazioni. Ha aggiunto inoltre che “a prescindere dalle fisiologiche differenze che possono sussistere nel dettaglio della ricostruzione dei fatti tra l'uno e l'altro dichiarante, le dichiarazioni, nel loro “nucleo forte”, sono tendenzialmente coincidenti, per cui anche eventuali incongruenze non possono incidere sul fatto che tutte e tre le imprese hanno evidenziato la sussistenza di un'intesa riguardante il territorio nazionale tra i principali produttori attivi nel settore dei cosmetici venduti attraverso il canale retail”).

Ammissibilità delle censure relative all'applicazione dei programmi di clemenza

Con riguardo alle censure relative all'applicazione dei programmi di clemenza, il giudice di prime cure ha ritenuto che le stesse “sono senz'altro ammissibili laddove tendano a dimostrare che la loro illegittimità si è tradotta in un nocumeto per l'impresa ricorrente. In altri termini, le doglianze afferenti alla concreta applicazione dei programmi di clemenza sono ammissibili solo ove, attraverso di esse, l'impresa ricorrente miri a dimostrare un rapporto di causalità diretta tra l'illegittimità dell'azione amministrativa e la lesione della sua posizione giuridica derivante dal provvedimento affittivo, mentre non sono ammissibili per carenza di interesse laddove, ferma restando la responsabilità della ricorrente accertata nel provvedimento, mirino unicamente a dimostrare l'illegittima applicazione delle misure premiali alle denunciati” (sentenze non definitive nn. 8946 e 8948 del 17 novembre 2011, Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici).

Istanza di ammissione al programma di clemenza e accesso agli atti

Quanto alla possibilità di presentare domanda di clemenza anche successivamente all'accesso agli atti del fascicolo istruttorio, il giudice di primo grado ha specificato che “l'eventuale domanda di clemenza effettuata dall'impresa che abbia già effettuato l'accesso al fascicolo istruttorio non può ritenersi di per sé non accoglibile” (sentenza non definitiva n. 8947 del 17 novembre 2011, Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici).

Dichiarazioni dei rappresentanti delle imprese

Con riguardo all'assenza di una testimonianza resa all'Autorità direttamente dai responsabili commerciali che hanno partecipato ai giri di tavolo dell'intesa restrittiva, il TAR Lazio ha ritenuto che tale circostanza “non può costituire vizio di legittimità del provvedimento in quanto la possibilità che le

dichiarazioni confessorie possano essere rese dai “rappresentanti” dell’impresa è espressamente prevista dal par. 10 della comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell’art. 15 l. 287/1990 (...) Né può rinvenirsi la sussistenza di un obbligo per l’amministrazione procedente di convocare in audizione i testimoni diretti dei fatti, atteso che di tale obbligo non vi è traccia nelle fonti normative di settore” (sentenze non definitive nn. 8948, 8952 e 8954 del 17 novembre 2011, Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici).

Diffida

Diffida generica

Nella sentenza n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la diffida generica è “sufficiente e pienamente legittima”, considerato che, ai sensi del proprio precedente n. 926/2004: “a) la diffida “per l’eliminazione dell’infrazione” costituisce atto dovuto da parte dell’Autorità, in quanto la finalità della diffida non è solo quella di eliminare i comportamenti oggetto dell’intesa, che come fatti storici non potrebbero essere cancellati, ma anche quella di rimuovere, ove possibile, le conseguenze anticoncorrenziali dell’intesa e di intimare alle imprese di astenersi dal porre in essere analoghi comportamenti per il futuro; b) la diffida ha quindi anche lo scopo di intimare alle imprese di astenersi dagli accertati comportamenti anticoncorrenziali per il futuro; c) se l’Autorità si limita ad impartire una diffida del tutto generica senza indicare alle parti alcuno specifico comportamento da tenere con riguardo ai rapporti in essere con un soggetto terzo rispetto all’illecito, non può che prevalere una interpretazione letterale della diffida nel senso di intimazione ad astenersi, anche per il futuro, dai comportamenti anticoncorrenziali accertati, senza che dalla diffida possa essere interpretata nel senso di comprendere comportamenti che le imprese devono tenere nei confronti di un soggetto terzo”.

Sanzioni

Gravità

Il Consiglio di Stato, ricordando che la valutazione di gravità deve essere fondata “sulla natura dell’infrazione, sull’importanza degli operatori coinvolti, sul contesto nel quale i comportamenti sono stati attuati nonché sugli effetti restrittivi determinati dalla concertazione”, ha sottolineato che le intese orizzontali di prezzo sono considerate tra le restrizioni più gravi della concorrenza “poiché ne ostacolano la capacità di garantire l’efficienza allocativa e di mantenere il livello dei prezzi il più basso possibile” (sentenza n. 896 del 9 febbraio 2011, *Listino Prezzi della Pasta*).

Inoltre, nella sentenza n. 710 del 31 gennaio 2011, *Aviapartner/Società Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna*, il giudice di appello ha ritenuto che la gravità del comportamento al suo esame fosse “ulteriormente sottolineata dal fatto che esso è stato posto in essere dalla concessionaria dell’Amministrazione, quindi da un soggetto che nonostante la sua configurazione privatistica partecipa dei poteri autoritativi di quest’ultima e che, come quest’ultima, è assoggettata all’obbligo di imparzialità”.

Consapevolezza e intenzionalità dell'infrazione

Il Consiglio di Stato ha ribadito l'orientamento nazionale e comunitario sulla valutazione dell'elemento soggettivo dell'illecito *antitrust*, sostenendo che “*a fondare il giudizio di “intenzionalità” di un’infrazione alle norme del Trattato sulla concorrenza è sufficiente la constatazione che la società non potesse ignorare che il suo comportamento aveva come scopo la restrizione della concorrenza, senza che sia anche richiesta la sicura consapevolezza di trasgredire le norme indicate (Cons. St., n. 926/2004 e le decisioni ivi richiamate, Corte Giust. CE, 8 novembre 1983, cause riunite da 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, IAZ, punto 45; Trib. Ce, 6 aprile 1995, causa T-141/89, Trefileurope, punto 176, e 14 maggio 1998, causa T-310/94, Gruber + Weber, punto 259; 12-7-2001, British Sugar cit. punto 127)*” (sentenza del Consiglio di Stato n. 2438 del 20 aprile 2011, *Tele2/TIM-Vodafone-Wind*).

Similmente, nella pronuncia n. 6917 del 2 agosto 2011, *Consorzio Parmigiano Reggiano*, il TAR Lazio ha ritenuto che, per le violazioni colpite da sanzione amministrativa, è richiesta la coscienza e volontà della condotta attiva o omissiva “*senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa, atteso che la norma [art. 3 della legge 689/1981] pone una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, riservando poi a questi l’onere di provare di aver agito senza colpa*”.

Infine, con la sentenza n. 1757 del 25 febbraio 2011, *Consiglio nazionale dei geologi - Restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi*, il Giudice di prime cure ha sostenuto che la gravità dell'intesa valutata fosse rafforzata dal fatto che era stata posta in essere in un contesto normativo “*che ha determinato l’ampia liberalizzazione del settore dei servizi professionali, del quale l’Ordine era ampiamente consapevole*”.

Sanzioni amministrative pecuniarie per inottemperanza al divieto di concentrazione o all’obbligo di notifica

Con riguardo alle sanzioni amministrative irrogate per inottemperanza al divieto di concentrazione o all’obbligo di notifica, *ex art. 19 della legge n. 287/1990*, il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 2742 del 9 maggio 2011, *Parmalat/Eurolat* ha evidenziato che “*la disposizione normativa di cui al citato art. 19, individuando delle fattispecie tipizzate incentrate sulla mera condotta secondo un criterio di agire o di omettere doveroso, àncori il giudizio di colpevolezza a parametri normativi estranei al dato puramente psicologico, con la conseguenza che, una volta integrata e provata dall’Autorità la fattispecie tipica dell’illecito, graverà sul trasgressore, in virtù della presunzione di colpa che permea il sistema della responsabilità da illecito amministrativo (arg. ex art. 3 l. 24 novembre 1981, n. 689), l’onere di provare di aver agito in assenza di colpevolezza*”. Nel caso di ritardo nell’adempimento alle prescrizioni dell’Autorità, l’impresa imputata, secondo il Giudice, “*dovrà, in particolare, provare - in modo pieno e rigoroso - di aver adottato tutte le misure esigibili secondo la miglior scienza ed esperienza da un operatore di mercato del settore, idonee ad ottemperare, nel termine prefissato, alla*

prescrizione dell’Autorità, e della non prevenibilità, secondo lo stesso metro di giudizio, del ritardo nell’adempimento, imputabile a fattori imprevedibili e inevitabili estranei alla sua sfera di responsabilità (ad es., imprevedibili sviluppi del mercato, comportamenti di terzi, ecc.)”.

Criteri di quantificazione della sanzione

In relazione ai criteri adottati dall’Autorità nella quantificazione della sanzione, il Consiglio di Stato ha espresso “*l’auspicio che in futuro l’Autorità, nei paragrafi relativi alla quantificazione della sanzione, indichi esplicitamente, oltre all’importo finale della sanzione, anche gli elementi per la sua quantificazione, vale a dire l’ammontare del fatturato, la percentuale della sanzione base, la percentuale di sanzione irrogata per circostanze aggravanti o per converso le riduzioni per attenuanti, eventuali altri criteri di quantificazione utilizzati (secondo le indicazioni già date all’Autorità da Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2007 n. 6469, Lottomatica), in modo da consentire al Collegio una migliore e più celere comprensione dei fatti di causa*” (sentenza n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*).

Base di calcolo del fatturato

Nella pronuncia n. 6525 del 13 dicembre 2011, *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri del Mediterraneo*, il Consiglio di Stato ha ricordato che l’art. 23, paragrafo 2, lett. a) del Regolamento CE n. 1/2003, “*consente (...) che nella determinazione dell’importo di base dell’ammenda sia utilizzato il valore dei beni o servizi anche indirettamente riferibili all’infrazione*”.

Fatturato degli enti di tipo associativo

Con riguardo alla base di fatturato degli enti associativi, il TAR Lazio ha rilevato che “*come già affermato dalla Sezione (sentenza 11 marzo 2005 n. 1809), deve ritenersi corretta la determinazione della sanzione da irrogarsi, ai sensi dell’art. 15 della legge n. 287 del 1990, a carico di un ente di tipo associativo assumendo quale base di computo le entrate contributive ad esso proprie, per quanto queste non ineriscano ad un fatturato in senso stretto*” (sentenza n. 1757 del 25 febbraio 2011, *Consiglio nazionale dei geologi - Restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi*).

Circostanze aggravanti

Circa il ruolo organizzativo e di promozione avuto da alcune imprese in un’intesa restrittiva, il Consiglio di Stato ha ritenuto che “*il grado di partecipazione all’intesa non va misurato e valutato in ragione della quota di mercato detenuta da ciascuna impresa, ma in ragione del ruolo da essa concretamente svolto*” (sentenza n. 896 del 9 febbraio 2011, *Listino Prezzi della Pasta*).

Quanto alla configurabilità dell’aggravante della recidiva, nella pronuncia n. 2438 del 20 aprile 2011, *Tele2/TIM-Vodafone-Wind*, il giudice di appello ha osservato che “*non è necessario che emerga l’assoluta identità di specie degli illeciti commessi, quanto piuttosto la relativa riconducibilità alla stessa tipologia di illecito antitrust*”.

Circostanze attenuanti

Nella sentenza n. 896 del 9 febbraio 2011, *Listino Prezzi della Pasta*, il Consiglio di Stato ha condiviso l'applicazione delle attenuanti concesse dall'Autorità nel provvedimento impugnato, consistenti, in particolare: in “*iniziative assunte (...) in corso di istruttoria (...) idonee ad attenuare le conseguenze dell'infrazione commessa*”, nel “*comportamento tenuto in sede di audizione finale, nel corso della quale [la società] ha dimostrato di voler attenuare ulteriormente le conseguenze dell'infrazione commessa, attraverso l'attuazione di nuove politiche commerciali*” e in “*una situazione deficitaria risultante dall'aver registrato perdite ingenti per almeno tre esercizi*”, mentre ha escluso che potessero costituire circostanze attenuanti “*quanto fatto dalle imprese in attuazione di obblighi legislativamente previsti*” e “*la quota marginale .. detenut(a) nel mercato rilevante*”.

Non è stata, inoltre, considerata circostanza idonea ad attenuare la sanzione “*la novità del caso e il contesto normativo in fase evolutiva, che pur potendo ingenerare incertezze sulle corrette condotte da tenere, avrebbero imposto una condotta prudentemente orientata in senso pro concorrenziale, e non giustificavano, invece, una condotta di chiara chiusura alla concorrenza*”, specialmente per un monopolista legale che “*è tenuto a limitare le condotte non concorrenziali a ciò che è strettamente necessario per il fine istituzionale perseguito*” (Consiglio di Stato, sentenza n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*). Nella stessa pronuncia, il giudice di appello ha altresì ritenuto che la collaborazione dell'impresa con l'Autorità durante il procedimento non potesse rappresentare di per sé circostanza attenuante, “*specie se gli effetti dell'intesa perdurano durante il procedimento*”.

Con riguardo, infine, all'attuazione di impegni rigettati dall'Autorità, nella sentenza n. 451 del 18 gennaio 2011, *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri del Mediterraneo*, il TAR Lazio ha chiarito che “*l'attuazione di parte degli impegni proposti ex art. 14-ter l. 287/1990 (segnatamente, la rinuncia al ricorso proposto al TAR Campania n. 2960/2008), respinti dall'amministrazione procedente, [non può] essere considerata una condotta volta ad eliminare o attenuare le conseguenze della violazione*”.

Profili procedurali

Disciplina applicabile al procedimento antitrust

Nella sentenza n. 4283 del 14 luglio 2011, *Groupe Adeo/Castorama Italia*, il Consiglio di Stato ha confermato il principio, già espresso dalla stessa Sezione, in base al quale la procedura di cui all'art. 14 della legge n. 287/90 “*assume carattere tendenzialmente tipico e ad applicazione generale, nel senso che, ordinariamente e prevalentemente, l'Autorità agisce ed esercita i suoi poteri nelle forme derivanti dalle previsioni dell'art. 14 stesso*” (Cons. Stato,

Sez. VI, 8 marzo 2010, n. 1307). Pertanto, la procedura prevista dalla norma sarà applicabile tanto ai casi di intese restrittive e abusi di posizione dominante, quanto alle concentrazioni di cui all'art. 5, laddove l'Autorità ritenga che l'operazione sia suscettibile di essere vietata ai sensi dell'art. 6.

Poteri istruttori

Quanto all'utilizzo di elementi istruttori nei confronti di imprese non destinatarie dell'avvio del procedimento, il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 5171 del 16 settembre 2011, *Listino Prezzi della Pasta*, ha precisato che l'art. 8 del d.P.R. n. 217/1998 (poteri istruttori dell'Autorità), se pure impedisce all'Autorità di esercitare poteri istruttori nei confronti di imprese che non hanno ancora ricevuto la notifica dell'avvio del procedimento *“certo non preclude all'Autorità di utilizzare elementi istruttori legittimamente acquisiti presso soggetti già destinatari della notificazione nei confronti di imprese terze, in quel momento ancora estranee al procedimento, per l'assenza nei loro confronti di significativi indizi”*. In sintesi, *“se nel corso di un accertamento ispettivo presso un'impresa già destinataria della notificazione, si rinvenivano documenti da cui emerge la responsabilità di altre imprese, tali documenti possono essere utilizzati anche nei confronti di dette imprese, fino a quel momento estranee al procedimento”*.

Contenuti della comunicazione di avvio del procedimento

Con riferimento alla definizione del mercato rilevante delineata nella delibera di avvio del procedimento istruttorio, il TAR Lazio ha evidenziato che *“non può ritenersi immodificabile l'ipotesi delimitativa prospettata nella comunicazione d'avvio del procedimento, che vale soltanto a identificare le coordinate generali, merceologiche e geografiche, del mercato, doverosamente suscettibili di precisazione e specificazione in funzione delle acquisizioni istruttorie successive”* (sentenza n. 10180 del 24 dicembre 2011, *Mercato del cartongesso*). Ciò vale soprattutto se si considera che *“nemmeno la definizione del mercato geografico rilevante contenuta nella comunicazione delle risultanze istruttorie (C.R.I.) ha valenza vincolante”* (richiama in proposito, la sentenza del Consiglio di Stato n. 5864 del 29 settembre 2009).

Anche nelle sentenze non definitive, nn. 8945, 8952, 8954 e 8955 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, il Giudice di prime cure ha sottolineato che la comunicazione di avvio del procedimento deve riportare gli elementi essenziali della contestazione: *“l'analiticità delle argomentazioni riguarda la fase conclusiva del procedimento, che costituisce l'esito della fase istruttorio, mentre non sempre può caratterizzare la fase di avvio, nella quale, invece, devono essere con precisione identificati i soli profili delle condotte delle imprese oggetto dell'indagine, al fine di mettere in grado le stesse di poter proficuamente partecipare all'istruttoria”*. Il TAR ha quindi ritenuto che una nuova comunicazione di avvio del procedimento non è necessaria per una più specifica indicazione dell'arco temporale in cui la violazione ha avuto luogo.

Accesso agli atti del fascicolo istruttorio

Nella sentenza del TAR Lazio, n. 8944 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, il giudice ha dapprima sottolineato che la mancata ostensione dei documenti nel corso del procedimento istruttorio, lamentata dalla ricorrente, “*avrebbe dovuto essere fatta valere con l’apposita azione per l’accesso ai documenti amministrativi prevista dall’art. 116 c.p.a., mentre, in assenza di specifica richiesta durante il procedimento o di omessa proposizione della specifica azione avverso l’eventuale diniego, la circostanza non può essere utilmente evidenziata per invocare una lesione al principio del contraddittorio e al diritto di difesa*”. Inoltre, secondo il Giudice, “*la parte che deduce l’esistenza di un vizio procedimentale riguardante la segretezza di documenti non può limitarsi ad una doglianza generica e astratta, ma deve indicare i fatti o le circostanze posti a base del provvedimento, da essa non conosciuti, e le conseguenze effettivamente subite*”. In altri termini “*al fine di dimostrare la consistenza delle censure, gli interessati hanno l’onere di provare che la lesione del diritto di difesa sia effettivamente avvenuta*”.

Comunicazione delle risultanze istruttorie

Con la sentenza n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*, il Consiglio di Stato ha sottolineato che la comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI) costituisce “*la finale contestazione degli addebiti con la delimitazione dell’imputazione: ove emergessero ulteriori elementi nella fase procedimentale successiva, sarebbe necessario, per modificare l’imputazione, procedere a nuova contestazione, in quanto la decisione finale deve riferirsi alle imputazioni contestate, in analogia a quanto si verifica nel processo penale*”. Le parti, dopo la CRI, “*hanno ampio margine per esercitare il diritto di difesa, contestando l’imputazione e fornendo prove a discarico*”.

Motivazione del provvedimento

Il TAR Lazio, nella sentenza n. 3252 del 14 aprile 2011, *Bain Capital Investors/Centrale dei Bilanci*, ha ricordato il principio più volte affermato secondo il quale “*l’obbligo di esame delle memorie e dei documenti difensivi non impone un’analitica confutazione in merito ad ogni argomento utilizzato dalle parti stesse, essendo sufficiente un iter motivazionale che renda nella sostanza percepibile la ragione del non adeguamento alle traiettorie difensive e ne attesti la relativa consapevolezza*” (cfr. altresì sentenza del TAR Lazio n. 8944 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*).

Cooperazione tra Autorità nazionale e Commissione europea

Con riguardo ai rapporti di cooperazione tra l’Autorità e la Commissione europea, il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 6525 del 13 dicembre 2011, *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri del Mediterraneo*, ha rilevato che “*il Regolamento CE n. 1/2003 detta regole di raccordo tra Autorità nazionali e Commissione europea, introducendo e modulando oneri e facoltà di*

informazione e consultazione, ma non priva la prima della funzione che le è propria, salvo nell'ipotesi prevista dall'art. 11.6".

Profili processuali

Legittimazione ad impugnare i provvedimenti dell'Autorità

Nella sentenza n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*, il Consiglio di Stato ha richiamato il proprio consolidato orientamento in materia di legittimazione ad impugnare i provvedimenti dell'Autorità, secondo il quale *“il soggetto denunciante che partecipa al procedimento antitrust e ha un interesse qualificato avendo subito una lesione dei propri interessi, lesione imputabile alla condotta anticoncorrenziale, è un controinteressato in senso tecnico, che in quanto tale ha la legittimazione e l'interesse ad impugnare in giudizio i provvedimenti “assolutori” dell'Autorità (di archiviazione della denuncia)”*.

Particolarmente rilevante è poi la sentenza del Consiglio di Stato n. 4393 del 20 luglio 2011, *Carte di credito*, che, riformando la pronuncia di primo grado, ha escluso che le decisioni di rigetto degli impegni possano essere autonomamente impugnate.

In primo luogo, il giudice ha affermato che *“nell'ambito del tratto endoprocedimentale caratterizzato dalla presentazione e dell'esame sulla proposta di impegni, l'Autorità (pur non dismettendo la titolarità e l'esercizio di prerogative di stampo pubblicistico) coopera con i soggetti privati secondo modalità ispirate al dialogo, alla leale collaborazione e alla partecipazione procedimentale, con la conseguenza che appare sistematicamente incongruo (lo si ripete, anche a fronte di opzioni interpretative di carattere alternativo in astratto parimenti plausibili) anticipare in via sistematica le occasioni di esito contenzioso (sempre che -scil. - ciò non venga reso necessario da arresti procedurali ovvero da preclusioni al prosieguo dell'istruttoria, che comunque non sono individuabili nel caso del rigetto degli impegni)”*. Il Giudice ha infatti sostenuto che la possibilità di ottenere una tutela piena ed effettiva in sede giudiziaria sia riconosciuta in sede di impugnazione del provvedimento finale, ritenendo che *“le eventuali illegittimità inerenti la fase dell'esame degli impegni siano idonee a riverberarsi con effetto viziante su quest'ultimo (con esclusione delle violazioni di carattere meramente procedimentale, inidonee in quanto tali a determinare un diverso esito del procedimento e, in via mediata, un contenuto provvedimento di carattere diverso)”*.

In secondo luogo, il Collegio ha evidenziato un motivo di carattere “formale” che porta ad escludere l'autonoma impugnabilità della delibera di rigetto degli impegni. In particolare, rileva il giudice, *“l'esame della pertinente normativa (...) depone nel senso del carattere non immediatamente lesivo dell'atto con cui l'A.G.C.M. respinge la proposta di impegni presentata dai*

soggetti sottoposti ad indagine per violazione degli articoli 2 e 3 della legge e, in via mediata, nel senso della sua non diretta impugnabilità nella sede giurisdizionale, stante l'assenza di un interesse concreto e attuale alla sua rimozione". Inoltre, "l'attività valutativa sottesa alla pronuncia in tema di impegni solo in parte coincide con quella sottesa all'adozione del provvedimento finale, non potendosi ritenere che fra l'esito della prima fase (la decisione sulla proposta di impegni) e quello del procedimento complessivo sussista un nesso di presupposizione necessaria".

In virtù di quanto sopra "l'atto di rigetto degli impegni (in sè, sprovvisto di un autonomo carattere di lesività) non risulta idoneo ad incidere in modo diretto e immediato sulla posizione giuridica del soggetto sottoposto ad istruttoria (se non in base a un mero dato probabilistico, ex se inidoneo a giustificare il carattere di diretta impugnabilità)".

Peraltro, nelle sentenze del giudice di prime cure nn. 6165, 6169, 6171, 6172, 6173, 6174, 6175, 6176 e 6177 dell'11 luglio 2011, nel medesimo caso Carte di credito, il TAR Lazio ha ribadito il proprio orientamento circa l'immediata impugnabilità della decisione di rigetto degli impegni, "pur nell'attesa di conoscere le (evidentemente non omogenee) conclusioni alle quali è diversamente pervenuto il Giudice d'appello". Inoltre, il giudice, annullando il provvedimento finale dell'Autorità, ha ritenuto che "fra determinazione di rigetto degli impegni e provvedimento conclusivo del procedimento "principale" volto ad accertare la presenza di un'infrazione antitrust [vi sia] un rapporto di consequenzialità ad effetto (meramente) viziante".

Limiti del sindacato del giudice amministrativo

Il TAR Lazio e il Consiglio di Stato hanno in più occasioni affermato che "il giudice amministrativo in relazione ai provvedimenti dell'AGCM esercita un sindacato di legittimità, che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio: 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 disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate. Laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'AGCM nella definizione del mercato rilevante, se questa sia, attendibile secondo la scienza economica, immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici, da vizi di violazione di legge" (sentenze del Consiglio di Stato n. 896 del 9 febbraio 2011 e n. 5171 n. 5172, Listino Prezzi della Pasta; n. 3013 del 20 maggio 2011, Riciclaggio delle batterie esauste; n. 2925 del 13 maggio 2011, Costa Container Lines/Sintermar - Terminal Darsena Toscana; n. 4385 del 20 luglio 2011, Rifornimenti aeroportuali; sentenze del TAR Lazio n. 3252 del 14 aprile 2011, Bain Capital Investors/Centrale dei Bilanci; n. 10180 del 24 dicembre 2011, Mercato del cartongesso).

Inoltre, con specifico riguardo alla discrezionalità tecnica dell'Autorità, nella sentenza n. 4283 del 14 luglio 2011, Groupe Adeo/Castorama Italia, il Giudice di appello ha evidenziato che "il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica si svolge non soltanto riguardo ai vizi dell'eccesso di

potere (logicità e ragionevolezza delle decisioni amministrative) ma anche con la verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche compiute dalla P.A. quanto a correttezza dei criteri utilizzati e applicati", precisando che "resta comunque fermo il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, potendo quindi il giudice amministrativo censurare la sola valutazione che si pone al di fuori dell'ambito di opinabilità, cosicché il suo sindacato non resti estrinseco ma non divenga sostitutivo con l'introduzione di una valutazione parimenti opinabile (ex multis: sez. V, 5 marzo 2010, n. 1274; Sez. VI, 6 febbraio 2009, n. 694; 4 settembre 2007, n. 4635; Sez. IV, 13 ottobre 2003, n. 6201)".

Anche il TAR Lazio, nelle sentenze non definitive n. 8945, 8947, 8949, 8950, 8952, 8953, 8954 e 8955 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, ha evidenziato che *"la giurisprudenza ha altresì chiarito che al giudice amministrativo è consentito sindacare senza alcun limite tutte le valutazioni tecniche compiute dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per l'individuazione del mercato rilevante, potendo valutare sia la correttezza delle scelte tecniche dalla stessa compiute, sia l'esattezza dell'interpretazione e applicazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta"*.

Infine, relativamente alle determinazioni dell'Autorità in materia di sanzioni amministrative, il giudice di prime cure ha ricordato che *"il giudice amministrativo esercita giurisdizione estesa al merito, prima ai sensi dell'art. 23 l. 689/1981, applicabile in virtù del richiamo contenuto nell'art. 31 l. 287/1990, ora, ai sensi dell'art. 134, co. 1, lett. c), d.lgs. 104/2010"* e pertanto *"il provvedimento non può essere annullato per difetto di motivazione, dovendo il giudice compiere direttamente, sulla base degli elementi disponibili, tutti gli apprezzamenti del caso, pervenendo egli stesso, se ritiene fondate le relative censure, alla riforma o alla sostituzione in parte qua dell'atto"* (sentenza n. 451 del 18 gennaio 2011, *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri Del Mediterraneo*).