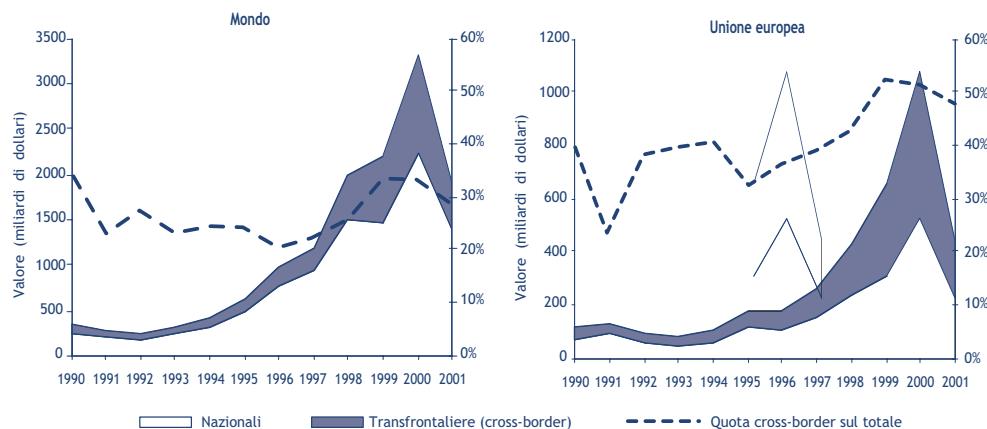


Dalla seconda metà degli anni Novanta in poi i processi di consolidamento avevano assunto una chiara connotazione internazionale che si era tratta, fino al 1999, in una crescente incidenza delle operazioni transfrontaliere. Negli ultimi due anni tali operazioni si sono invece sensibilmente contrattate, anche nell'Unione Europea, dove tuttavia rappresentano, nell'anno in esame, ancora quasi la metà del valore complessivo delle fusioni e acquisizioni (FIGURA 2.2).

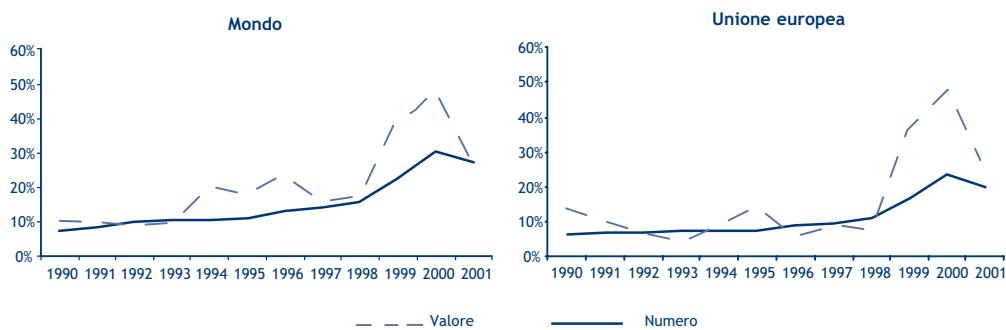
Figura 2.2 - Valore delle operazioni di fusione e acquisizione (distinte in nazionali e transfrontaliere) e quota delle operazioni transfrontaliere sul totale (1990-2001)



Fonte: Elaborazioni su dati Thomson Financial.

Analoga forte contrazione si è registrata nel settore ad alta tecnologia che avevano svolto un ruolo di primo piano nella dinamica precedente (FIGURA 2.3), spingendo molte imprese a cercare, tramite acquisizioni o costituzione di imprese comuni, canali rapidi di accesso alle nuove tecnologie, soprattutto nel campo dell'informatica e delle comunicazioni. La recente evoluzione sembra dovuta essenzialmente all'andamento della valorizzazione delle imprese oggetto di concentrazioni. Molto più contenuta è infatti la riduzione del volume delle acquisizioni di imprese ad alta tecnologia, sia a livello mondiale che europeo.

Figura 2.3 - Quota delle acquisizioni di imprese ad alta tecnologia sul totale delle fusioni e acquisizioni (1990-2001)



Fonte: Elaborazioni su dati Thomson Financial.

Nel corso dell'ultimo decennio, soprattutto nell'Unione Europea, il processo di concentrazione aveva interessato in misura crescente le imprese che operano in settori oggetto di politiche di liberalizzazione². Anche in questo caso la contrazione è risultata particolarmente intensa, tanto da dimezzarne il peso percentuale (FIGURA 2.4). Tale riduzione è stata peraltro accompagnata da una sempre minore incidenza del valore delle operazioni di privatizzazione (in senso stretto, al netto cioè delle dismissioni di quote di minoranza), fino a rappresentare nel 2001 una percentuale estremamente bassa del valore complessivo delle acquisizioni.

Figura 2.4 - Quota del valore delle operazioni realizzate da imprese operanti in mercati soggetti a processi di liberalizzazione sul valore complessivo delle fusioni e acquisizioni nell'Unione Europea (1990-2001)



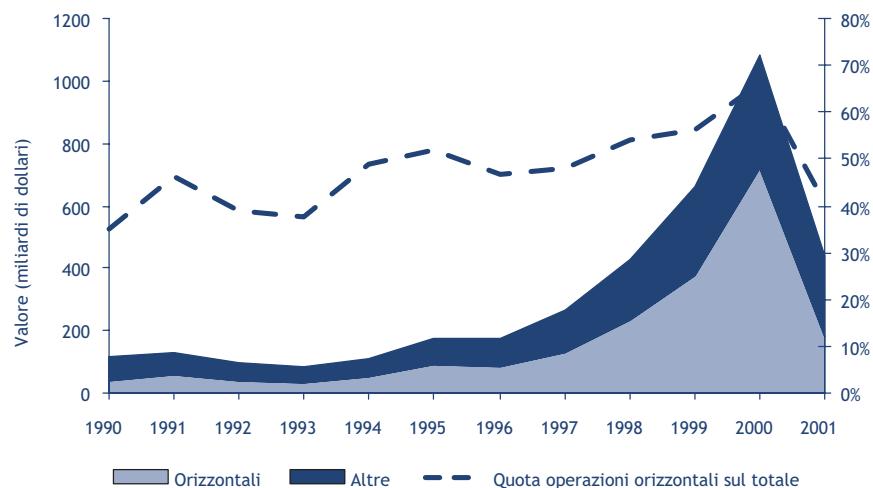
Fonte: Elaborazioni su dati Thomson Financial.

L'onda lunga delle fusioni e acquisizioni di fine anni Novanta ha contribuito a modificare la struttura dell'offerta nei mercati più interessati dalle transazioni. In questo senso hanno sicuramente operato le concentrazioni di natura orizzontale³ (FIGURA 2.5), la cui incidenza sul totale risulta in sensibile crescita fino al 2000, a livello dell'Unione Europea, per contrarsi bruscamente nel 2001. Questa tipologia di operazioni ha interessato in misura crescente i mercati dei servizi non finanziari.

2 Sono stati considerati i seguenti settori (fra parentesi il codice della classificazione SIC 1987): trasporto ferroviario (40), autotrasporto di merci (4212, 4213, 4214), trasporto aereo di linea (4512) e servizi aeroportuali (4581), telecomunicazioni (4812, 4813, 4822, 4899), servizi di elettricità e gas (4911, 492, 493, 499A).

3 Sono state definite orizzontali tutte le transazioni in cui l'impresa acquirente e l'impresa acquisita operano nello stesso settore di attività economica (*industry group* della classificazione Thomson Financial, più aggregata rispetto alla classificazione SIC). Sono state escluse le acquisizioni effettuate da gruppi di investitori o società finanziarie di investimento (codice SIC 6799).

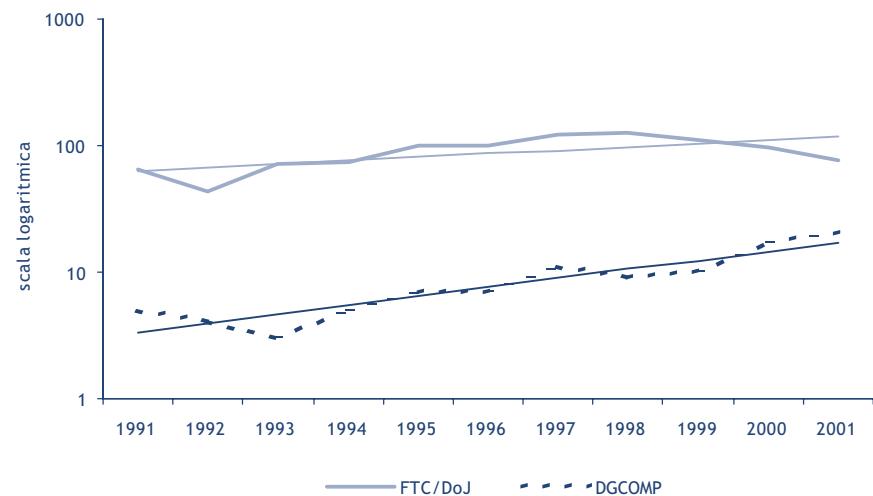
Figura 2.5 - Fusioni e acquisizioni nell'Unione Europea in relazione alla natura (orizzontale o non orizzontale) dell'operazione (1990-2001)



Fonte: Elaborazioni su dati Thomson Financial.

Coerentemente con i sottostanti fenomeni strutturali, l'attività di controllo antitrust sulle operazioni di concentrazione, che nel corso dell'ultimo decennio era progressivamente cresciuta, ha subito nel 2001 una lieve flessione negli Stati Uniti⁴ e un rallentamento nell'Unione Europea (FIGURA 2.6).

Figura 2.6 - Numero dei procedimenti antitrust in materia di controllo delle concentrazioni negli Stati Uniti e nell'Unione Europea (1991-2001)



Fonte: Elaborazioni su dati della Federal Trade Commission e della Antitrust Division del Dipartimento di Giustizia (Stati Uniti) e della Direzione Generale della Concorrenza della Commissione Europea (Unione Europea).

4 Dal febbraio 2001 il valore della transazione oltre il quale è obbligatoria la notifica preventiva all'organismo antitrust americano è stato portato da 15 a 50 milioni di dollari. Ciò ha determinato un dimezzamento delle notifiche nel 2001 rispetto all'anno precedente (2376 rispetto alle 4926 del 2000).

Nel periodo 1991-2001 il numero dei procedimenti istruttori⁵ è comunque aumentato, complessivamente, al tasso medio annuo dell'11% (16% per la Commissione Europea, 6% negli Stati Uniti), a testimonianza del forte impegno di risorse da parte degli organismi antitrust in questo settore di attività.

I processi di concentrazione in Italia

L'andamento delle operazioni di concentrazione nel nostro paese mostra alcuni tratti distintivi rispetto allo scenario internazionale. Mentre la contrazione in valore si colloca su percentuali simili a quelle europee, il numero delle operazioni si riduce in maniera assai contenuta (FIGURA 2.7) e addirittura aumenta se viene riferito alle sole operazioni notificate all'Autorità (cfr. la TAVOLA 2.2).

Figura 2.7 - Operazioni di fusione e acquisizione di imprese di nazionalità italiana (1990-2001)



Fonte: Elaborazioni su dati Thomson Financial e MSCI.

I settori delle telecomunicazioni e delle *utilities* (energia elettrica, gas e acqua) hanno cumulato, nel 2001, circa il 50% del valore complessivo delle transazioni che hanno visto coinvolte imprese di nazionalità italiana, sia nel ruolo di acquirente che di acquisita (TAVOLA 2.1). Due operazioni (Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia e Enel/Wind/Infostrada) hanno caratterizzato il settore delle telecomunicazioni, ambedue riguardanti mercati di dimensione comunitaria e quindi soggette al controllo esercitato dalla Commissione Europea⁶. Anche il settore energetico appare dominato da due rilevanti operazioni (Endesa/Enel/Elettrogen e Fiat/Italenergia/Montedison), una delle quali di natura internazionale e legata al processo di liberalizzazione del mercato dell'energia in Italia (vendita della prima delle tre società di gene-

5 Per gli Stati Uniti sono stati considerati i procedimenti nei quali la Federal Trade Commission o la Divisione Antitrust del Dipartimento di Giustizia hanno inviato alle parti una formale richiesta di ulteriori informazioni (cosiddetta *second request*). Nel caso della Commissione Europea sono stati considerati i procedimenti decisi in "fase 2".

6 Nel caso Enel/Wind/Infostrada, la Commissione Europea ha deciso di rinviare all'Autorità italiana l'esame dell'impatto sul mercato italiano dell'elettricità, mentre ha autorizzato l'operazione per gli effetti sui mercati delle telecomunicazioni e Internet.

razione - cosiddetta Genco - che l'articolo 8 del Decreto legislativo n. 79/99 ha imposto al fine di ottemperare ai tetti antitrust stabiliti dallo stesso decreto⁷. Nello stesso settore si segnalano numerose operazioni, a livello locale, volte ad acquisire, da parte di società di distribuzione partecipate da enti locali, attività e proprietà del gruppo Enel nel comune interessato inerenti l'attività di distribuzione e vendita ai clienti vincolati (Aosta/Aem, Acea/Enel, AemTorino/Enel). Nel settore petrolifero si segnala l'acquisizione da parte di Eni della società britannica Lasmo plc, attiva nel settore delle esplorazioni di giacimenti petroliferi e di gas. Acquisizioni di rilievo sono realizzate nei settori del credito e immobi-

TAVOLA 2.1 - Graduatoria settoriale per valore delle operazioni di fusione e acquisizione che hanno coinvolto imprese di nazionalità italiana (2001)

Settori (primi dieci per valore delle transazioni)	Valore delle operazioni realizzate nel 2001 (milioni di dollari)			Totale
	Italia su Italia	Italia su estero	estero su Italia	
Telecomunicazioni(*)	13802	55	0	13857
Servizi elettrici, gas e acqua	6119	235	3672	10026
Estrazione di petrolio e gas	0	5278	0	5278
Banche	2481	402	18	2900
Servizi immobiliari	2346	0	544	2890
Servizi per le imprese	465	1276	195	1937
Prodotti alimentari	101	1469	4	1574
Holding finanziarie (eccetto banche)	0	1065	0	1065
Prodotti in metallo	26	34	852	913
Servizi di investimento mobiliare	490	321	48	860
Totale complessivo	26974	11874	7447	46295

Fonte: elaborazioni su dati Thomson Financial.

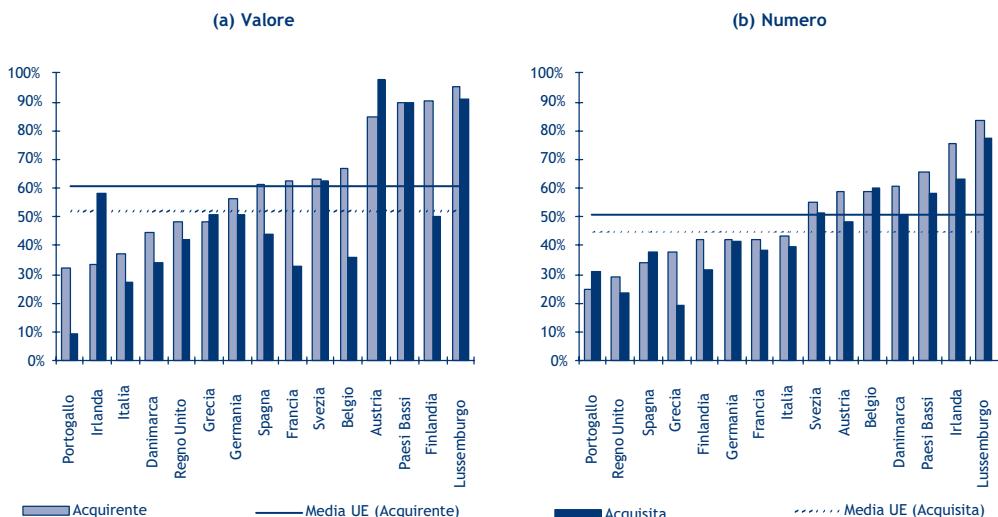
(*) Il dato comprende anche il valore dell'operazione Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia, che ha concesso a Pirelli e Edizione il controllo congiunto di Telecom Italia attraverso l'acquisto di una partecipazione minoritaria nel capitale della società Olivetti.

liare, con una forte prevalenza di operazioni circoscritte al mercato nazionale. Di natura internazionale sono invece alcune importanti operazioni nel settore alimentare (Cirio/Del Monte) e dei servizi per le imprese, soprattutto nel mercato della fornitura di servizi Internet (Tiscali/Liberty Surf).

Nonostante la realizzazione, da parte di imprese italiane, di importanti operazioni internazionali, anche nel 2001 si conferma la posizione relativamente arretrata del nostro paese in termini di incidenza del valore delle operazioni transfrontaliere sul valore complessivo delle transazioni rispetto agli altri paesi comunitari (FIGURA 2.8A). Si riscontra, tuttavia, una maggiore frequenza relativa per le operazioni di minore dimensione, testimoniata dalla numerosità (FIGURA 2.8B) delle operazioni *cross-border* che hanno interessato imprese di nazionalità italiana.

⁷ Entro il 2002 dovrà essere completata la cessione di ulteriore capacità di generazione. In particolare, nel marzo 2002 è stata venduta la seconda Genco al consorzio Edipower e la terza sarà dismessa entro la fine dello stesso anno.

Figura 2.8 - Quota del valore (a) e del numero (b) delle operazioni transfrontaliere sul totale delle operazioni di fusione e acquisizione nei paesi dell'Unione Europea (2001)



LE CONCENTRAZIONI ESAMINATE DALL'AUTORITÀ NEL 2001

L'attività di controllo delle concentrazioni svolta dall'Autorità nel 2001 ha fatto registrare un ulteriore incremento rispetto all'anno precedente (570 operazioni a fronte delle 492 decise nel 2000 – TAVOLA 2.2). L'incremento è stato determinato in larga misura dall'aumento considerevole delle acquisizioni associate al processo di ristrutturazione della distribuzione commerciale e della distribuzione di carburante per autotrazione, operazioni generalmente di poco rilievo e come tali assenti dall'indice generale delle concentrazioni analizzato nei paragrafi precedenti. Le concentrazioni realizzatesi attraverso fusioni e costituzioni di imprese comuni sono diminuite, sebbene il numero dei progetti di *joint venture* (17) si attestati nel 2001 su livelli storicamente elevati; sette di essi hanno riguardato la fornitura di servizi tramite Internet (iniziativa di *e-commerce* e di *e-learning*), confermando una tendenza già rilevata lo scorso anno.

TAVOLA 2.2 - Concentrazioni fra imprese indipendenti (numero di casi)

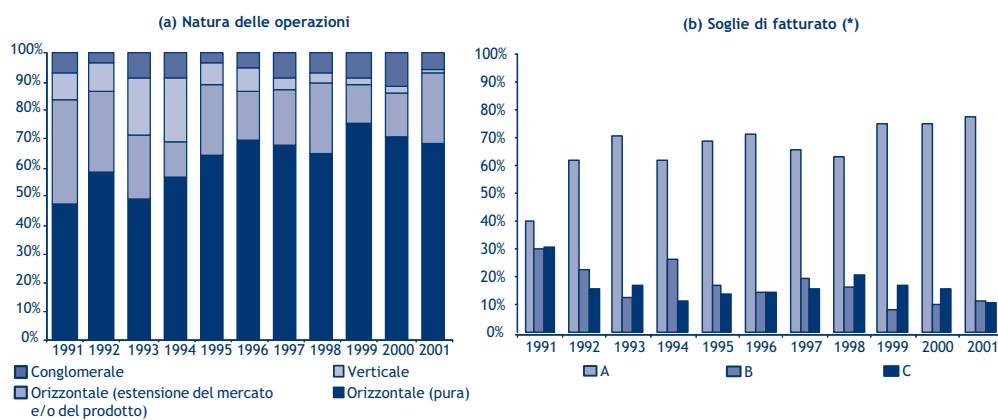
Modalità di concentrazione ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. a, b e c	90-92	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Acquisizione del controllo	299	227	237	237	304	253	305	380	460	550
Fusione	4	3	6	2	1	7	7	6	9	3
Impresa comune	5	-	4	2	3	5	4	9	23	17
Totale	308	230	247	241	308	265	316	395	492	570
Ritiro della comunicazione(*)	-	1	-	-	-	-	-	2	1	2

Fonte: Autorità garante della concorrenza e del mercato

(*) nel corso della fase istruttoria

Più del 90% dei progetti di concentrazione esaminati dall'Autorità ha riguardato operazioni di natura orizzontale (FIGURA 2.9A), volte a rafforzare la posizione di mercato dell'impresa acquirente o a estenderne la presenza su mercati contigui dal punto di vista merceologico o geografico. Si tratta, anche in questo caso, della quota di operazioni di natura orizzontale più elevata dall'avvio dell'attività di controllo delle concentrazioni. Continua ad aumentare anche l'incidenza delle concentrazioni realizzate fra imprese di dimensioni rilevanti (FIGURA 2.9B), in cui il valore del fatturato delle imprese complessivamente interessate supera la soglia stabilita dalla legge per l'obbligo di notifica preventiva all'Autorità.

Figura 2.9 - Operazioni di concentrazione per natura dell'operazione (a) e per soglie di fatturato nazionale delle imprese interessate (b)^(*) (1991-2001)



Fonte: Autorità garante della concorrenza e del mercato.

(*) Le soglie di fatturato sono quelle relative a ciascun anno del periodo considerato. Per il 2001:

A = fatturato delle imprese interessate > 377,014 milioni di euro, fatturato dell'impresa acquisita < 37,701 milioni di euro

B = fatturato delle imprese interessate > 377,014 milioni di euro, fatturato dell'impresa acquisita > 37,701 milioni di euro

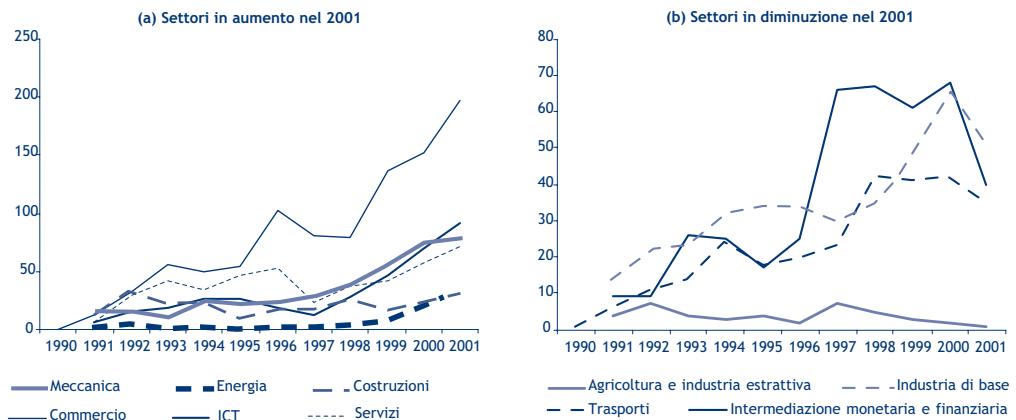
C = fatturato delle imprese interessate < 377,014 milioni di euro, fatturato dell'impresa acquisita > 37,701 milioni di euro.

La soglia A include anche le notifiche effettuate ai sensi dell'articolo 13 della legge 1° marzo 1994, n. 153, che ha introdotto ulteriori obblighi di comunicazione per le concentrazioni nel settore cinematografico.

Oltre ai comparti del commercio e della distribuzione di carburante per autotrazione, altri due settori sono interessati da una sensibile crescita del volume delle operazioni: il settore dell'informazione⁸, dal 1997, e, negli ultimi due anni, quello dell'energia (FIGURA 2.10A). Come illustrato nella prima parte del capitolo, lo sviluppo delle nuove tecnologie dell'informazione e l'avvio del processo di liberalizzazione nel settore energetico hanno creato nuove opportunità di investimento e di crescita per le imprese che operano in questi mercati o che intendono accedervi. Si riduce sensibilmente, invece, il numero delle concentrazioni nel settore dell'intermediazione finanziaria (FIGURA 2.10B), dopo una forte crescita e stabilizzazione su livelli elevati fra il 1997 e il 2000.

⁸ Il settore delle tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni (ICT) comprende i servizi di telecomunicazioni, i servizi informatici, il comparto delle attività ricreative e culturali (cinema, radio, televisione, ecc.), il settore della stampa e dell'editoria.

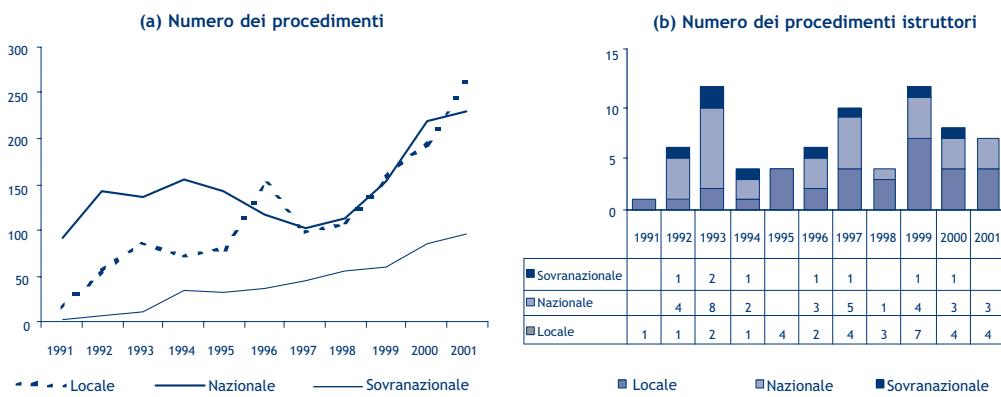
Figura 2.10 - Numero delle operazioni di concentrazione per i settori in aumento (a) e per i settori in diminuzione (b) nel 2001



Fonte: Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Più in generale, si può rilevare una crescita costante, negli ultimi tre anni, dei casi che hanno riguardato operazioni con una dimensione locale del mercato rilevante (FIGURA 11A). A ciò ha corrisposto la forte incidenza sul complesso dell'attività istruttoria di questa tipologia di operazioni: più della metà dei procedimenti istruttori conclusi negli anni recenti ha riguardato mercati geografici locali (FIGURA 11B). In grande prevalenza si tratta di mercati connessi a concentrazioni nel settore del credito, in quello alimentare (latte fresco, birra, distribuzione di bevande) e nella grande distribuzione organizzata.

Figura 2.11 - Numero dei procedimenti (a) e numero dei procedimenti istruttori (b) per dimensione geografica dei mercati rilevanti (1991-2001)



Fonte: Autorità garante della concorrenza e del mercato. Il grafico (a) non comprende il settore del credito.

Rallenta, nel 2001, la crescita delle operazioni caratterizzate da una dimensione geografica ampia (nazionale o sovranazionale) dei mercati rilevanti. In particolare, le operazioni che hanno comportato l'esame di mercati

sovranazionali si caratterizzano sotto il profilo settoriale, confermando una tendenza già rilevata nelle precedenti Relazioni. Si tratta, in generale, di molte produzioni manifatturiere, soprattutto nei comparti della meccanica, mezzi di trasporto, chimica, metallurgia, da lungo tempo aperti alla competizione sui mercati internazionali: oltre il 50% delle operazioni esaminate in ciascuno di questi settori ha riguardato, nel 2001, mercati che si estendono ben oltre i confini nazionali. Le concentrazioni che interessano questa categoria di mercati rientrano frequentemente nella competenza della Commissione Europea, nonché di una pluralità di giurisdizioni nazionali⁹, mentre risulta relativamente meno frequente la competenza esclusiva dell'Autorità nazionale.

⁹ Nel 2001 il 12% dei casi ha riguardato operazioni di concentrazione soggette al controllo anche di altri organismi antitrust di paesi membri dell'Unione Europea. Nel 2000 questo tipo di operazioni incideva per il 13% sul totale delle concentrazioni notificate all'Autorità.

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 affatto 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 subdistingue 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 latti 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 essere 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 ricoprendere 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'irrilevanza 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-*