

XIV LEGISLATURA – DISEGNI DI LEGGE E RELAZIONI - DOCUMENTI

TAVOLA 2.3 - Distribuzione settoriale delle operazioni di concentrazione decise dall'Autorità, dalla Banca d'Italia e dalla Commissione europea nel 2002

Settori	Autorità garante della concorrenza e del mercato					Banca d'Italia	Commissione europea	
	mercato locale	mercato nazionale	mercato sovranazionale	totale	di cui: multi- giurisdizionali		totale	di cui: con imprese italiane
Agricoltura, caccia e silvicoltura	1	3		4				
Pesca, piscicoltura e servizi connessi							1	
Estrazione di minerali							1	
Estrazione di minerali energetici			1	1			6	1
Estrazione di minerali non energetici	2			2			3	
Alimentari, bevande e tabacco		17		17	1		15	2
Tessili e abbigliamento			4	4	4		3	1
Carta e prodotti di carta		5	3	8	2		4	1
Stampa ed editoria		7		7			3	
Coke, raffinerie di petrolio e combustibili nucleari		1		1				2
Prodotti chimici, fibre sintetiche e artificiali		12	14	26	15		12	1
Articoli in gomma e materie plastiche		1	2	3	2		3	1
Lavorazione di minerali non metalliferi	8		1	9	1		9	
Metallo e prodotti in metallo		3	7	10	6		8	2
Macchine e apparecchi meccanici	5	7	11	23	7		12	
Macchine e apparecchiature elettriche e ottiche	1	18	19	38	22		23	1
Mezzi di trasporto		2	8	10	4		16	3
Altre industrie manifatturiere		3	1	4	1		5	
Energia elettrica, acqua e gas	15	31		46			28	4
Costruzioni		9		9	1		5	
Commercio all'ingrosso e al dettaglio	228	26	1	255	5		33	3
Alberghi e ristoranti	14	3		17			5	1
Trasporti e magazzinaggio	7	15	1	23			24	2
Comunicazioni	2	8	1	11	1		16	2
Intermediazione monetaria e finanziaria	5	22	2	29	7	20	28	1
Servizi vari	13	32	1	46	3		11	2
Servizi informatici		19	4	23	4		3	
Pubblica amministrazione, difesa e assicurazione sociale obbligatoria							1	1
Istruzione		2		2				
Sanità e altri servizi sociali	1			1				
Altri servizi pubblici, sociali e personali	1	2		3				
Servizi di informazione	5	7		12			8	1
Totale	308	255	81	644	86	20	288	30

Fonte: Autorità garante della concorrenza e del mercato e Direzione Generale della Concorrenza della Commissione europea. I dati riportati nella tabella differiscono dalle statistiche sul numero dei casi esaminati in quanto alcune operazioni di concentrazione possono aver riguardato più settori e/o diverse dimensioni geografiche dei mercati.

Nel 60% dei casi, queste operazioni sono state notificate in almeno un altro paese membro dell'Unione europea, con una forte prevalenza della Germania (27%) e dell'Austria (14%) (TAVOLA 2.4).

Tavola 2.4 - Operazioni di concentrazione esaminate dall'Autorità e notificate anche presso altri organismi nazionali per la concorrenza (operazioni multigiurisdizionali)

Operazioni di concentrazione				
Numero di notifiche effettuate (esclusa l'Italia)	2002	2001	2000	1999
1	25	30	17	30
2	19	13	17	8
3	8	15	9	8
4	5	10	16	7
5	7	3	3	3
6	4	5	3	-
7	2	-	4	1
>7	7	4	2	2
Totale	77	80	71	59

Notifiche				
Paesi presso cui è stata notificata l'operazione (esclusa l'Italia)	2002	2001	2000	1999
Paesi membri dell'Unione europea	149	142	135	101
- Germania	64	62	62	39
- Austria	34	38	18	10
Paesi dell'Europa Centro-Orientale (*)	21	23	17	4
Altri Paesi	78	73	74	32
- Stati Uniti	23	19	31	17
- Brasile	26	22	23	5
Numero totale di notifiche (esclusa l'Italia)	248	238	226	137

(*) Paesi candidati all'ingresso nell'Unione europea: Bulgaria, Repubblica Ceca, Estonia, Lettonia, Lituania, Polonia, Repubblica Slovacca, Slovenia, Romania, Ungheria.

Fonte: Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Particolare intensità assumono nel 2002 i processi di acquisizione legati alla ristrutturazione delle reti distributive relative a diversi comparti produttivi: dalla distribuzione di carburanti per autotrazione, alla commercializzazione della birra, alla grande distribuzione organizzata, alla commercializzazione di prodotti di abbigliamento. Il 40% delle operazioni valutate dall'Autorità nel 2002 ha riguardato il settore del commercio, all'ingrosso e al dettaglio (TAVOLA 2.3).

Nel complesso, a fronte delle 603 operazioni di concentrazione esaminate, l'Autorità ha dovuto analizzare le condizioni di concorrenza su più di 1.600 mercati del prodotto e geografici rilevanti (TAVOLA 2.5). Nel 63% dei casi si è trattato di mercati di dimensioni locali, nel 26% di mercati nazionali e per il restante 11% di mercati sovranazionali. Solo in una piccola percentuale dei mercati (6% complessivamente), a seguito della concentrazione, le imprese partecipanti all'operazione raggiungevano posizioni di una certa consistenza, superiori al 40%. In termini di accertamenti istruttori, in meno del 2% dei 603 casi esaminati l'Autorità ha deliberato l'avvio di un procedimento.

Tavola 2.5 - Distribuzione del numero dei mercati rilevanti per quota di mercato *post-concentrazione* (2002)

	Dimensione geografica del mercato (*)			Totale
	Locale	Nazionale	Sovranazionale	
Quote di mercato non rilevate	55	39	17	47
0-40%	37	57	77	47
>40%	8	4	6	6
Numero dei mercati rilevanti	1.034	417	185	1.636
	(63)	(26)	(11)	(100)

(*) In corsivo valori percentuali

Fonte: Autorità garante della concorrenza e del mercato.

3. Sviluppi giurisprudenziali

PRINCIPALI SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI IN MATERIA DI CONCORRENZA

Nell'ultimo anno (31 marzo 2002-31 marzo 2003) 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, dalle quali emergono importanti principi su profili sia sostanziali che procedurali.

PROFILI SOSTANZIALI

Rilevanza costituzionale delle norme a tutela della concorrenza

La rilevanza delle norme a tutela della concorrenza come strumenti di garanzia di interessi e valori di rango costituzionale, alla cui cura è preposta l'Autorità in posizione di indipendenza e neutralità, è stata sottolineata dal Consiglio di Stato in una serie di pronunce adottate nell'ultimo anno (cfr. decisione 1° ottobre 2002, n. 5156, *Enel-France Telecom/New Wind*; decisione 16 ottobre 2002, n. 5640, *Generali-Unicredito*).

Ambito e limiti del sindacato giurisdizionale

Con sentenza 23 aprile 2002, n. 2199, *RC Auto*, il Consiglio di Stato, nel ribadire il suo orientamento sull'ambito e i limiti del sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità, ha chiarito che la piena sindacabilità di tali provvedimenti sotto il profilo della legittimità ne garantisce un'attenta e completa disamina in relazione ai vizi di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere. Il controllo da parte del giudice amministrativo implica un accesso pieno e senza limitazioni ai fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell'Autorità, *"il che presuppone la valutazione degli elementi di prova raccolti dall'Autorità e delle prove a difesa offerte dalle imprese"*.

Il Consiglio di Stato ha rilevato come, a fronte della discrezionalità - di tipo tecnico e non amministrativo - da essa esercitata, *"la tutela giurisdizionale per essere effettiva non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione"*. Peraltro, il sindacato del giudice amministrativo sull'attività discrezionale di natura tecnica dell'Autorità *"non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di*

attuazione del “concetto indeterminato” all’operato dell’Autorità”. In tale contesto anche lo strumento della consulenza tecnica d’ufficio è ammissibile nei limiti di un “accertamento sotto il profilo tecnico di un ben individuato presupposto di fatto”, senza che possa invece essere delegata ad un consulente la funzione di “ripercorrere ... le complesse valutazioni rimesse in prima battuta all’amministrazione e sottoposte poi [...] al sindacato giurisdizionale” di legittimità.

Il giudice potrà quindi verificare i fatti posti a fondamento del provvedimento dell’Autorità ed esercitare un sindacato di legittimità sull’individuazione del parametro normativo (vale a dire sulla individuazione degli elementi costitutivi dell’illecito), nonché sul raffronto operato tra questo e i fatti accertati nel corso dell’istruttoria. In tale ambito ed entro tali limiti, il giudice *“può censurare le valutazioni tecniche, compreso il giudizio tecnico finale che, attraverso un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica, appaiono inattendibili”* (cfr. anche la decisione del Consiglio di Stato 30 agosto 2002, n. 4362, *Latti artificiali*).

Nella citata decisione *Enel-France Telecom/New Wind* il Consiglio di Stato ha ribadito l’orientamento testé richiamato con riferimento ad un provvedimento dell’Autorità adottato in materia di controllo delle concentrazioni. In particolare, i giudici di secondo grado hanno affermato che il Tar era incorso in un errore non limitandosi a *“controllare la coerenza e la legittimità delle valutazioni dell’Autorità, ma a sostituire a queste una nuova valutazione economica”* - oltretutto sulla base anche di fatti sopravvenuti e successivi all’istruttoria - sconfinando così in un inammissibile giudizio di merito. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che, nel caso di specie, il Tar si fosse spinto sino alla formulazione di un nuovo, autonomo e alternativo apprezzamento della situazione concorrenziale, in particolare della posizione dominante di un’impresa, oltrepassando così i limiti del sindacato di legittimità.

In base ai predetti principi, con riferimento alla definizione del mercato rilevante, i giudici amministrativi hanno escluso la sostituibilità da parte del giudice di valutazioni proprie alle valutazioni tecniche riservate all’Autorità, ritenendo verificabile solo se l’apprezzamento tecnico contenuto nel provvedimento sia immune da vizi logici, di congruità o di ragionevolezza, oppure da difetti di istruttoria o di motivazione (cfr. Consiglio di Stato sentenza 19 luglio 2002, n. 4001, *Pepsi-Cola/Coca-Cola*; Tar del Lazio sentenza 10 marzo 2003, n. 1790, *Pellegrini-Consip*).

Infine, in materia sanzionatoria i giudici amministrativi hanno ribadito il loro potere di modificare la sanzione irrogata dall’Autorità.

Definizione del mercato rilevante

Nella decisione *Pepsi-Cola/Coca-Cola*, il Consiglio di Stato ha confermato l’inapplicabilità del cosiddetto test *“dell’ipotetico monopolista”* allorché, in linea con la comunicazione della Commissione sulla definizione

del mercato rilevante, “in caso di accertamento di un abuso di posizione dominante, il prezzo sul mercato risulti formato ‘in assenza di sufficiente concorrenza’, con incorporazione nel prezzo prevalente di ‘un sostanzioso premio’”. In particolare, i giudici hanno ritenuto che l’Autorità avesse “*motivatamente ritenuto di non seguire tale test, ravvisando la sussistenza degli stessi presupposti [...] evidenziati dalla Commissione*”.

Nella sentenza 24 gennaio 2003, n. 403, *Diano/Tourist-Caronte-NGI*, il Tar del Lazio ha dato specifico risalto alla circostanza che, nella identificazione di un unico mercato di riferimento, ciò che assume rilievo non è necessariamente l’esistenza di prodotti identici, quanto la percezione di sostituibilità che ne hanno i consumatori. Lo stesso giudice, nella citata sentenza *Pellegrini-Consip*, ha chiarito che la definizione del mercato rilevante è funzionale anche all’accertamento della consistenza dell’alterazione concorrenziale, nonché della gravità dell’infrazione ex articolo 15, comma 1 della legge n. 287/90. Sotto un diverso profilo, il Tar ha sottolineato che all’Autorità preposta alla tutela della concorrenza “*non può essere preclusa a priori, nella definizione di un mercato, una ragionevole valorizzazione di aspetti inerenti alla sfera delle modalità delle procedure di acquisizione del prodotto (anche qualora privi di diretta incidenza sulla qualitas del prodotto finale)*”, il che, come già affermato in precedenti pronunce, può condurre anche alla coincidenza di un mercato rilevante con una singola gara.

Accertamento e prova delle intese

Nella decisione *RC Auto*, il Consiglio di Stato ha affrontato la questione dell’accertamento di una pratica concertata con riferimento all’adesione ad un sistema istituzionalizzato di scambio di informazioni sensibili attraverso una società terza (RC Log). Al riguardo, i giudici hanno concluso che “*i comportamenti delle imprese di assicurazione, realizzati attraverso i servizi della società RC Log, costituiscono una complessa intesa orizzontale finalizzata allo scambio di informazioni sensibili di natura commerciale*”. In proposito, il Consiglio di Stato ha richiamato il principio secondo cui “*ciò che rileva ai fini della illiceità antitrust di una pratica, non è la forma del meccanismo anticoncorrenziale utilizzato, ma la sostanza del comportamento delle imprese*”, per escludere che si potesse “*ritenere non sanzionabile un comportamento, oggettivamente anticoncorrenziale, per il solo fatto dell’utilizzo di un soggetto terzo come tramite, pur restando nella sostanza inalterato il contenuto anticoncorrenziale rispetto all’azione diretta delle imprese*”. Nella specie, il giudice ha ritenuto che la prova principale della partecipazione all’intesa fosse costituita dall’adesione al circuito informativo realizzato mediante la società terza RC Log e non ha reputato decisivi, ai fini della dimostrazione della pratica concertata, ulteriori elementi di valutazione, quale la prova di contatti diretti tra le imprese al di fuori del circuito RC Log.

Il Consiglio di Stato ha confermato che anche il mero scambio di informazioni può realizzare in sé un’intesa anticoncorrenziale e ha chiarito che la

verifica della compatibilità in termini concorrenziali di uno scambio di informazioni deve essere effettuata in concreto sulla base del tipo di informazioni scambiate e dei potenziali effetti sul mercato rilevante. I giudici hanno inoltre rigettato la tesi secondo cui la giurisprudenza comunitaria avrebbe limitato l'illiceità dello scambio ad un mercato di tipo oligopolistico e fortemente concentrato, osservando che nei precedenti comunitari *“la differenza tra mercato effettivamente concorrenziale (in cui lo scambio di informazioni può concorrere a intensificare la concorrenza) e mercato oligopolistico fortemente concentrato (in cui lo scambio può alterare la concorrenza) non viene indicata quale parametro di distinzione in termini assoluti tra uno scambio di informazioni lecito ed uno illecito”*. Infine, i giudici hanno condiviso il principio affermato nella giurisprudenza comunitaria secondo cui *“l'acquisibilità autonoma di informazioni non priva del carattere di illiceità un sistema organizzato di scambio, tenuto conto che nel primo caso le informazioni avrebbero un carattere tardivo, limitato e privo della periodicità che caratterizza le informazioni fornite dal sistema organizzato”*.

Con la decisione *Latti artificiali*, il Consiglio di Stato ha ribadito che la nozione di intesa è *“ampia e non formalistica”* e che *“la nozione di accordo è diversa da quella formale civilistica e va intesa in senso ampio, tale da ricomprendere anche obbligazioni giuridicamente non vincolanti ...”* Ne consegue che è irrilevante il ruolo svolto all'interno dell'impresa dai soggetti che materialmente hanno posto in essere i comportamenti vietati o hanno predisposto i documenti rinvenuti durante le ispezioni, dovendosi ritenere che la condotta del singolo dipendente, accompagnata dal comportamento della società, sia sufficiente a rendere gli impegni assunti o gli atti rinvenuti riferibili alla società. Il Consiglio di Stato ha quindi confermato l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale nel diritto antitrust ai fini dell'individuazione della persona fisica autorizzata ad agire non rilevano le tradizionali nozioni civilistiche di mandato e rappresentanza (cfr. anche Tar del Lazio, sentenza *Pellegrini-Consip*, cit.).

Alcune pronunce hanno affrontato il tema della prova delle pratiche concordate. Nella citata sentenza *Pellegrini-Consip*, il Tar del Lazio, in relazione alla prova di una complessa pratica concordata tesa ad alterare le condizioni di concorrenza tra le imprese partecipanti ad una procedura di gara, ha chiarito che *“l'elevato grado di esaustività e di dettaglio delle informazioni”*, contenute nella documentazione rinvenuta, *“per ciascuna impresa, intorno alle altrui modalità di presentazione alla gara (singolarmente o in a.t.i.), alle connotazioni tecniche e future offerte di sconto, trova effettivamente come sua spiegazione ragionevole praticamente unica quella di una consapevole messa in comune di informazioni, che in un contesto autenticamente concorrenziale, le imprese avrebbero gelosamente custodito”*. Nel caso di specie, i contatti accertati tra le imprese andavano *“ampiamente oltre i limiti implicati dalla possibilità, che il bando ammetteva, di partecipare alla gara anche in a.t.i.”*. Con riferimento all'onere della prova, il Tar ha ribadito che laddove siano rin-

venuti “*elementi probatori documentali che risultino gravi, precisi e concordanti, nel senso di integrare già una sufficiente prova dell'esistenza di una pratica concordata, non è in tal caso l'Autorità ad essere gravata dall'onere di escludere qualsiasi spiegazione alternativa, ma il peso della relativa prova contraria incombe proprio sulle imprese*” (cfr. anche Tar del Lazio, sentenza 27 agosto 2002, n. 7444, *Accordo distributori ed esercenti cinema*). A tal riguardo, la spiegazione alternativa fornita dalle imprese, in termini di razionalità economica dei propri comportamenti, “*deve dimostrare la necessaria plausibilità non solo sul piano teorico ed astratto, ma soprattutto in concreto*”; in particolare, essa “*non può essere svolta tenendo rigorosamente isolate le condotte stesse, ma deve anche farsi carico del fatto oggettivo della loro convergenza*”.

Nella stessa sentenza *Pellegrini-Consip*, il Tar del Lazio, con riferimento ad una pratica concordata realizzata in vista di una gara, ha negato “*che la partecipazione alla collusione postuli la necessità di una piena collegialità su ogni minimo dettaglio della fattispecie, e quindi anche nella fissazione delle percentuali delle offerte delle singole a.t.i., essendo sufficiente che la consapevole volontà dei concorrenti abbia coperto la partecipazione di ciascuno alla gara con le modalità essenziali alla produzione del risultato finale concordemente voluto*”. Il Tar ha altresì smentito che la ripetitività delle condotte sia requisito comunque indispensabile per l'accertamento di una pratica concordata, statuendo che la mancanza di tale elemento “*non impedisce di riscontrare l'esistenza di un pratica concordata nei particolari casi in cui il comportamento delle imprese considerate – benché non particolarmente protratto nel tempo – sia del tutto univoco*”.

Sulla prova dell'intesa, i giudici amministrativi hanno ribadito l'utilizzabilità di documenti rinvenuti presso imprese terze “*purché il contenuto degli stessi sia attendibile per quanto si riferisce al comportamento stesso*” (cfr. Consiglio di Stato, sentenza *Latti artificiali*, cit.; anche Tar del Lazio, sentenza *Pellegrini-Consip*, cit.).

Infine, nella decisione del Consiglio di Stato *Latti artificiali*, è stato precisato che in presenza di prove di un accordo anticoncorrenziale tra concorrenti circa il non utilizzo di un determinato canale distributivo, “*spettava alle imprese dimostrare la cessazione dell'accordo, tenuto conto del costante comportamento sul mercato*” delle medesime che, nel caso di specie, si era dimostrato coerente con il contenuto di quell'accordo illecito.

Oggetto ed effetto delle intese

Il Consiglio di Stato, nella citata decisione *RC Auto*, ha ribadito “*il principio per cui le pratiche concertate sono possibili pur in assenza di effetti anticoncorrenziali, in quanto la pratica presuppone un comportamento dipendente dalla concertazione, ma non implica necessariamente che tale comportamento abbia l'effetto di impedire o falsare la concorrenza*”.

Sulla valutazione della restrittività delle intese, il Consiglio di Stato nella decisione 18 dicembre 2002, n. 7028, *Alitalia/Meridiana*, ha osservato che le intese comunicate dalle parti all'Autorità ex articolo 13 della legge n. 287/90, essendo negozi giuridici documentali, vanno esaminate (a meno che non emergano simulazioni o pratiche concordate diverse) in relazione a tutte le clausole in esse contenute, ivi comprese quelle di durata. Sicché *“l'apprezzamento della sussistenza di una violazione dell'articolo 2, comma 2 della citata legge n. 287/90 deve tener conto, ove si affermi la restrizione di una concorrenza potenziale, di quella suscettibile di svilupparsi realisticamente nel periodo considerato dagli accordi”*.

Posizione dominante e abuso

Abuso di posizione dominante e pratiche fidelizzanti

Nella sentenza 24 maggio 2002, n. 4632, *Assoviaggi/Alitalia*, il Tar del Lazio ha confermato che l'accertamento della posizione dominante, nella specie di un vettore aereo, va effettuato sulla base della valutazione di una pluralità di fattori, tra cui: la sua quota di mercato, la sua posizione sul mercato del trasporto aereo, l'autonomia dei comportamenti tenuti dal vettore nei confronti delle agenzie di viaggio, per le quali rappresentava un “partner obbligato” (per il rilievo economico della vendita dei relativi biglietti sul fatturato delle agenzie), e i numerosi vantaggi informativi di cui il vettore stesso godeva.

Il Consiglio di Stato, nella decisione *Pepsi-Cola/Coca-Cola*, ha dato rilievo ad una nozione oggettiva di abuso (cfr. anche Tar del Lazio, sentenza *Assoviaggi/Alitalia*, cit.), osservando che *“il mero intento di escludere il concorrente dal mercato è di per sé irrilevante”*. In tale decisione si osserva che *“la fattispecie illecita - come nel caso di intese restrittive - si caratterizza per la potenziale lesività e non per la concreta realizzazione della riduzione del grado di concorrenza ancora esistente, con la conseguenza che non è necessario l'accertamento di tale riduzione ...”*, ciò tenuto conto che *“la prova dei concreti effetti, cagionati dall'abuso, il più delle volte può essere non agevole per la tempestiva, concreta ed efficace reazione dell'impresa destinataria della condotta distorsiva ...”*. Inoltre, si afferma che *“le esigenze da tutelare e le realtà del mercato hanno indotto il legislatore a descrivere, nell'art. 3 della legge n. 287 del 1990, un illecito per la cui configurabilità rileva la sola condotta oggettiva e potenzialmente lesiva dell'abuso di posizione dominante, restando escluso l'elemento (concretamente difficile da provare) della sussistenza di effettivi danni cagionati alla concorrenza (la cui verifica può essere tale da influire sulla determinazione della sanzione)”*.

Con riferimento agli “sconti target” o “sconti obiettivo”, i giudici hanno rilevato che, alla luce della giurisprudenza comunitaria, essi *“costituiscono un abuso di posizione dominante, quando siano idonei a fidelizzare i soggetti destinatari, sottraendoli di fatto ai concorrenti e riducendo il residuo grado di concorrenza conseguente alla presenza della impresa dominante”*.

Secondo i precedenti della Commissione “*l’impresa dominante non può concedere sconti per incoraggiare la fedeltà dei clienti, che non siano giustificati da specifiche ragioni di efficienza o da altre obiettive giustificazioni economiche*”. Principi analoghi, con riferimento a pratiche fidelizzanti, sono stati affermati anche nella citata sentenza *Assoviaggi/Alitalia*.

Abuso di posizione dominante e prezzi predatori

Con la citata sentenza *Diano/Tourist-Caronte-NGI*, il Tar del Lazio si è pronunciato sulla metodologia di analisi per la valutazione dei prezzi predatori. In particolare, i giudici hanno evidenziato che, in presenza di prezzi inferiori ai costi incrementali di breve periodo, non è necessario accertare anche l’esistenza di un esplicito intento escludente da parte dell’impresa in posizione dominante. Il Tar ha poi evidenziato come, coerentemente con l’orientamento comunitario in materia, in presenza di accertate strategie predatorie, non sia necessario esigere, come prova supplementare, anche la dimostrazione del fatto che l’operatore disponga di una effettiva possibilità di recupero delle perdite subite durante la fase della predazione, “*essendo sufficiente [...] che sussista il rischio di eliminazione dei concorrenti*”.

Attività riservate e abuso di posizione dominante

Nella sentenza 11 dicembre 2002, n. 1196, *International Mail Express Italy/Poste Italiane*, il Tar del Lazio ha preso in considerazione il problema di condotte attuate dall’operatore pubblico postale a difesa della sua riserva di legge su alcuni servizi postali, in particolare con riferimento alle attività di *remailing* transfrontaliero. Il giudice ha ritenuto che la natura di operatore pubblico postale di Poste Italiane Spa, se da un lato determinava la necessità di vigilanza in ordine alla possibilità di contrastare con ogni mezzo lecito l’attività di *remailing* illegittimamente svolta da soggetti terzi, dall’altro non giustificava che tale attività di vigilanza venisse estesa indiscriminatamente a tutta la posta transfrontaliera e non legittimava comportamenti vessatori (quali l’apertura di corrispondenza non commerciale, il mancato o ritardato avviso, il macero della posta) nei confronti dei mittenti esteri.

Controllo delle concentrazioni

Controllo delle concentrazioni di natura conglomerale

Nella citata decisione *Enel-France Telecom/New Wind*, il Consiglio di Stato, sulla base di una serie di considerazioni tratte dalle disposizioni della legge n. 287/90 e dall’esperienza comunitaria, ha rigettato la tesi secondo cui dovrebbe escludersi a priori la natura concentrativa di un’operazione di tipo conglomerale. Il Collegio ha osservato che questa conclusione, oltre ad essere conforme a precedenti specifici della Commissione CE, è suggerita dalla *ratio* stessa del controllo delle concentrazioni, in quanto la valutazione sull’eliminazione o riduzione in modo durevole della concorrenza è di tipo prognostico e prospettico e va fatta caso per caso.

Accertamento della posizione dominante

Nella stessa decisione *Enel-France Telecom/New Wind*, il Consiglio di Stato ha confermato che l'accertamento della posizione dominante di un'impresa è frutto di una valutazione complessa che si basa *“sulla considerazione di una pluralità di elementi”*, tra cui, la quota di mercato dell'impresa in rapporto a quelle dei concorrenti, la struttura concentrata del mercato, l'asimmetria dimensionale dell'impresa che si concentra rispetto ai concorrenti, la forza attrattiva dei marchi posseduti, l'esistenza di un vantaggio tecnologico, l'appartenenza ad un gruppo integrato verticalmente e dominante su alcuni mercati a monte, l'assenza di concorrenza potenziale. A fronte della valutazione di una serie articolata di elementi da parte dell'Autorità, il Collegio ha osservato che l'andamento decrescente della quota di mercato di Enel Trade assumeva uno scarso rilievo e comunque non poteva condurre ad escludere la sussistenza della posizione dominante. Invero, a parte l'errore di confrontare le quote detenute nel mercato prima e dopo la liberalizzazione, il Consiglio di Stato ha ricordato che se da una parte *“la presenza di una quota di mercato cospicua è un indizio assai significativo dell'esistenza di una posizione dominante”*, dall'altro, *“la riduzione di quote di mercato tuttora rilevanti non può costituire di per sé la prova dell'insussistenza di una posizione dominante (Tribunale di primo grado, sentenza 8 ottobre 1996, cause riunite T-24/93, T-25/93, T-26/93, T-28/93, Compagnie Maritimes Belges Transports)”*.

Operazioni di concentrazione e misure correttive

Il Consiglio di Stato nella citata decisione *Enel-France Telecom/New Wind* ha chiarito, in primo luogo, che l'esistenza di una disposizione di legge che fissa una quota minima di dismissione di capacità produttiva di un'impresa per l'avvio di un processo di liberalizzazione, in assenza di una *“riserva di legge”* sugli interventi di diminuzione della capacità produttiva, non è di per sé di ostacolo ad ulteriori cessioni *“eventualmente disposte dall'Autorità a seguito dell'esercizio del proprio potere di controllo sulle concentrazioni”*. In secondo luogo, è stata confermata la legittimità di misure correttive imposte su di un mercato diverso dal mercato rilevante, conformemente alla prassi decisionale della Commissione CE, *“... quando ciò sia strettamente necessario per assicurare l'effettività e l'adeguatezza delle misure”*. In terzo luogo, il Consiglio di Stato ha affermato che i provvedimenti che incidono sulle situazioni soggettive degli interessati devono essere *“proporzionati ed adeguati alla situazione cui intendono porre rimedio, in modo da non imporre misure eccedenti”*. Infine, il principio di proporzionalità deve trovare un'applicazione puntuale in caso di misure imposte in un mercato diverso (e connesso a quello rilevante), dovendosi innanzitutto esaminare la possibilità di misure idonee sul mercato rilevante.

Controllo delle concentrazioni: rilevanza della decisione di rinvio ex articolo 9 del regolamento CE n. 4064/89

Nella citata decisione *Enel-France Telecom/New Wind*, il Consiglio di Stato ha sottolineato la rilevanza degli autonomi accertamenti e delle valutazioni svolti dalla Commissione CE prima di adottare una decisione di rinvio di una concentrazione avente dimensione comunitaria ad un'autorità nazionale. Di tali accertamenti e valutazioni (circa il rischio di rafforzamento della posizione dominante di Enel Trade sul mercato delle forniture, e quindi, anche sull'esistenza di tale posizione) contenuti nella decisione di rinvio, che costituivano “*il presupposto necessario del procedimento instaurato dall'AGCM e della relativa istruttoria*”, il Tar avrebbe “*dovuto tener conto, sia pure per disattenderlo, in sede di controllo sull'esistenza della posizione dominante di Enel Trade*”.

Nozione di operazione di concentrazione parziale

Con sentenza 24 maggio 2002, n. 2869, *RAI-Vari impianti radiofonici*, il Consiglio di Stato, nel prendere atto della sostanziale somiglianza tra la disciplina nazionale e comunitaria in materia di controllo delle concentrazioni, ha chiarito che si ha una concentrazione “*anche in presenza dell'acquisto di elementi del patrimonio di una impresa*”, purché tuttavia “*le attività in questione costituiscano 'un insieme economico al quale possa essere chiaramente attribuito un fatturato' (Comunicazione della Commissione CEE sulla nozione di concentrazione a norma del Reg. CEE 4064/89 n. 98/c 66/02, par. 11)*”. E' stata inoltre confermata la nozione di concentrazione parziale già accolta dal Tar, “*come acquisizione del controllo dell'insieme dei fattori produttivi di un'altra impresa dello stesso settore che generano un prodotto ed un fatturato, con conseguente modificazione delle quote del mercato del prodotto facenti capo alle imprese interessate*”. I giudici amministrativi hanno altresì chiarito la distinzione tra il fenomeno concentrativo e la cosiddetta crescita interna dell'impresa quale conseguenza dell'acquisto dei fattori produttivi di altra impresa, osservando che “*perché [...] possa parlarsi di concentrazione, occorre che sussista la possibilità, nell'immediato, di riduzione o di cessazione di una impresa attiva sul mercato, e dunque la possibilità di una modificazione significativa dei mercati. Si tratta, pertanto, di stabilire e valutare se gli elementi oggetto di cessione siano in qualche modo sostituibili, ovvero se non lo siano e sottintendano una riduzione della presenza sul mercato dell'impresa cedente*”.

Rapporti tra la disciplina della concorrenza e la regolazione di settore

Nella citata sentenza *Generali-Unicredito* il Consiglio di Stato ha affermato che la Banca d'Italia concentra presso di sé funzioni dalle finalità diverse, ovvero la vigilanza della stabilità del sistema finanziario e il controllo dei comportamenti anticoncorrenziali da parte di aziende e istituti di credito. Tuttavia, il Collegio ha ritenuto “*più conforme alla ratio della normativa di cui alla legge*

n. 287/90, l'adozione di un'interpretazione restrittiva della competenza della Banca d'Italia, quale eccezione rispetto alla generale competenza demandata all'Autorità Garante", riducendo così al minimo il rischio di conflitti di competenza tra le due istituzioni, soprattutto in relazione a "fattispecie miste". Il Collegio, nel richiamare il modello della "vigilanza funzionale", che ispira tutta la normativa antitrust, secondo il quale la competenza spetta all'Autorità anche ove siano coinvolti istituti di credito quando l'operazione di concentrazione o l'intesa abbia effetti su mercati non bancari (in ciò distinguendosi dal modello della competenza "per soggetti"), ha affermato che l'articolo 20 della legge n. 287/90 attribuisce alla Banca d'Italia una competenza speciale, limitata all'applicazione del diritto antitrust nazionale solo ad aziende e istituti di credito con riferimento ai mercati riservati alle imprese aventi natura creditizia.

Per il riparto di competenza tra le due istituzioni in materia antitrust è stato indicato il seguente schema:

"1) qualora in un mercato operino sia aziende ed istituti di credito sia altri soggetti, la valutazione degli effetti concorrenziali dell'operazione sul mercato interessato, non riservato agli enti creditizi, compete all'Autorità garante della concorrenza e del mercato;

2) quando in una fattispecie siano coinvolte solo aziende od istituti creditizi la Banca d'Italia è competente ad applicare la disciplina antitrust sempre che si tratti di attività che sono riservate per legge alle banche;

3) se un'operazione produce effetti su più mercati bancari e non bancari sussisterà, unitamente alla competenza della Banca d'Italia, la competenza dell'Autorità per gli effetti sui mercati non bancari".

Nella decisione *RC Auto*, il Consiglio di Stato ha chiarito, in relazione all'acquisizione del parere dell'Isvap, che tale parere si colloca nella fase decisoria e non nella fase istruttoria, dovendosi quindi escludere che su di esso debba essere aperta una nuova istruttoria e che le imprese debbano poter controdedurre in ordine al medesimo. E' stato anche confermato che, ai fini del parere, l'Autorità non debba inviare all'Isvap la bozza di provvedimento finale, non essendo necessario che l'Autorità di settore si esprima su siffatta bozza, ma piuttosto che essa sia informata degli elementi essenziali della decisione che l'Autorità Garante si avvia ad assumere. Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'Autorità di settore fosse stata pienamente informata sugli elementi essenziali della decisione, ivi compresa l'intenzione di procedere all'irrogazione della sanzione pecuniaria, affermando, tra l'altro, che l'apporto conoscitivo dell'Isvap riguarda l'aspetto della gravità dell'infrazione e non quello della quantificazione della sanzione (cfr. anche Consiglio di Stato, decisione *Generali-Unicredito*).

Il Consiglio di Stato nella stessa decisione *RC Auto* ha altresì affermato che le valutazioni espresse dall'Isvap nel parere assumono una valenza diversa a seconda che si riferiscano alle caratteristiche del settore e alla sua disci-

plina ovvero all'applicazione delle norme in materia di tutela della concorrenza. Pertanto, in entrambi i casi l'Autorità *“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”*.

La questione dei rapporti tra Autorità e Isvap, così come disegnati dalla legge n. 287/90, è stata affrontata dal Consiglio di Stato anche nella citata pronuncia *Generali-Unicredito*. Con riguardo all'interpretazione dell'articolo 20, comma 3 della legge n. 287/90 il Collegio ha chiarito che il rapporto tra Isvap e Autorità non è riconducibile allo schema del concerto, essendo quella dell'Autorità una competenza generale finalizzata a tutelare il corretto funzionamento dei meccanismi competitivi sul mercato senza limitazioni settoriali o soggettive ulteriori rispetto a quelle espressamente stabilite (e ormai limitate al solo settore del credito). Pertanto, nel settore assicurativo (come quello dell'informazione), la legge prevede che i provvedimenti antitrust siano adottati dall'Autorità sentito il parere obbligatorio ma non vincolante della competente autorità di vigilanza, affinché la prima disponga di elementi di conoscenza e di valutazione del settore, caratterizzato da meccanismi di funzionamento peculiari e da un'estesa quanto specifica regolamentazione. La scelta, quindi, è stata nel senso di una piena applicazione della normativa antitrust, *“senza che le finalità di tutela della concorrenza debbano essere contemperate o sacrificate a fronte dell'esigenza di garantire altri e diversi interessi pubblici”*.

I rapporti tra la legge n. 287/90 e la legge n. 249/97 e i rispettivi ambiti di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni sono stati invece esaminati nella decisione *RAI-Vari impianti radiofonici*, nella quale il Consiglio di Stato ha confermato quanto già rilevato dal Tar del Lazio, osservando che *“... le imprese operanti nel settore della radiodiffusione e dell'editoria sono soggette alla disciplina generale a tutela della concorrenza contenuta nella legge n. 287 del 1990, ed al potere dell'AGCM, preposta a far valere l'osservanza di tale disciplina”*. Il Collegio ha ritenuto che *“l'art. 1, comma 6, lett. c, n. 11, [legge n. 249/97] nel prevedere il parere obbligatorio dell'AGCOM sui provvedimenti predisposti dall'AGCM riguardanti operatori del settore delle comunicazioni, rende [...] evidente che la competenza in materia di tutela della concorrenza spetta sempre all'AGCM, anche quando le relative iniziative interessino il settore delle comunicazioni”*. Quindi *“non sussiste [...] una competenza generale dell'AGCM in materia di tutela della concorrenza ed una competenza speciale di AGCOM in materia di comunicazioni, che si estende anche alla tutela della concorrenza nel settore. Al contrario, le norme di legge delineano una generale competenza dell'AGCM per la tutela del valore della concorrenza anche nella materia delle telecomunicazioni, salvo l'obbligo di acquisire il parere dell'AGCOM [...]*. Tale esito è, tra l'altro, reso

palese dall'art. 2, comma 3, della legge n. 249 del 1997, che pone per i soggetti operanti nei settori delle comunicazioni e televisive l'obbligo di comunicare le intese e le operazioni di concentrazione di cui sono parti all'AGCOM e all'AGCM al fine dell'esercizio delle rispettive competenze. Tali intese e concentrazioni possono, infatti, pregiudicare sia il valore della concorrenza che quello del pluralismo alla cui tutela sono preposte le diverse Autorità".

Nella stessa pronuncia il Consiglio di Stato ha chiarito anche l'ambito dell'attività consultiva prevista dall'articolo 1, comma 6, lettera c), n. 11 della legge n. 249/97, nel controllo delle concentrazioni, indicando che *"nessun obbligo aveva l'AGCM di acquisire il parere dell'AGCOM in un procedimento riguardante la violazione dell'obbligo di comunicazione delle concentrazioni (art. 16, comma 1)".*

Attività di interesse economico generale e concorrenza

Con sentenza 30 dicembre 2002, n. 8230, *Gruppo Sicurezza/Aeroporti di Roma*, il Consiglio di Stato ha confermato il suo indirizzo restrittivo in merito alla portata dell'esenzione dall'applicazione della disciplina antitrust di cui all'articolo 8, comma 2 della legge n. 287/90 (cfr. anche Consiglio di Stato, decisione *Rai-Vari impianti radiofonici*, cit., con riguardo alla obbligatorietà della comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione ex articolo 16, legge n. 287/90). In particolare, il Collegio ha ribadito che *"la concessione per legge ad una impresa di diritti esclusivi in ordine alla produzione ed erogazione di servizi aeroportuali non esime per ciò stesso dall'osservanza delle disposizioni in materia di concorrenza che non siano oggettivamente incompatibili con il raggiungimento delle finalità della concessione, con la conseguenza che sono sottratti al rispetto delle norme a tutela della concorrenza esclusivamente i comportamenti imposti dall'Amministrazione (Sez. VI, 4 gennaio 2002, n. 33)".*

Imputazione dell'illecito

Nella citata sentenza *Diano/Tourist-Caronte-NGI*, il Tar del Lazio ha affrontato la questione dell'imputabilità dell'illecito antitrust nell'ambito di un gruppo di società, ove si tratti di un gruppo di fatto. Nel caso di specie, veniva in rilievo la circostanza che le due società operanti nel servizio di traghettamento sullo Stretto di Messina, pur giuridicamente indipendenti, costituivano, di fatto, un'unica entità economica, e in quanto tale controllavano congiuntamente una terza società operante sul medesimo mercato. In particolare, i giudici hanno ritenuto che, qualora la condotta illecita, posta concretamente in essere da una società, sia concordata e determinata congiuntamente dalle due società che, costituendo una entità economica unitaria, la controllano, correttamente la condotta abusiva accertata, *"in quanto finalisticamente unificata a titolo di concorso"*, deve essere imputata a tutti i soggetti facenti parte del gruppo. E tale principio vale, a maggior ragione, qualora nell'ambito del gruppo di società non sia agevolmente individuabile una società capogruppo.

Applicazione decentrata dell'articolo 82 del Trattato CE

Riguardo ad un provvedimento dell'Autorità concernente l'accertamento di condotte abusive in violazione dell'articolo 82 del Trattato CE, analoghe a quelle oggetto di una decisione resa dalla Commissione CE nei confronti di un'impresa diversa (decisione *Virgin/British Airways* del 14 luglio 1999), il Tar del Lazio (*Assoviaggi/Alitalia*, cit.) ha sottolineato l'esigenza che *“l'intervento delle Autorità nazionali nell'applicazione diretta della normativa comunitaria o nell'applicazione della corrispondente normativa nazionale garantisca, comunque, l'uniformità di applicazione della normativa comunitaria o il raggiungimento di risultati analoghi”*. Su questa base il Tar ha respinto le censure relative al fatto che l'Autorità avesse *“applicato al mercato italiano gli stessi strumenti di identificazione, valutazione e verifica dei mercati e dei comportamenti delle imprese utilizzati dalla Commissione con riguardo ai corrispondenti mercati del Regno Unito, essendo questa una evenienza del tutto ordinaria - quando si abbia presente l'esigenza di uniformità di cui si è detto e l'esperienza della Commissione in materia antitrust che la eleva a punto di riferimento per le autorità nazionali”*. Ciò detto in via di principio, i giudici hanno comunque precisato che *“la logicità e la rispondenza ai fatti degli strumenti utilizzati dalla Commissione sono soggetti alla verifica del giudice comunitario, così l'utilizzazione di tali strumenti da parte dell'Autorità nazionale è soggetta alla verifica del giudice nazionale”*.

Sanzioni

Gravità e criteri di quantificazione

Con riguardo alla gravità dell'infrazione, il Consiglio di Stato, nella citata decisione *Pepsi-Cola/Coca-Cola*, ha fatto espresso riferimento alla comunicazione della Commissione sul calcolo delle ammende, i cui criteri ha ritenuto utili ai fini dell'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità. In particolare, i giudici hanno osservato che detta comunicazione *“non ha subordinato la sanzionabilità delle pratiche fidelizzanti alla concreta verifica di effetti restrittivi per la concorrenza ...”*, *“sicché [...] è irrilevante [...] ogni deduzione sulla assenza di danni alla concorrenza o ai consumatori”* per negare la gravità della condotta abusiva.

Nella citata decisione *RC Auto*, il Consiglio di Stato si è pronunciato sul presupposto della gravità ai fini dell'irrogazione della sanzione respingendo la tesi secondo cui *“sarebbero pecuniariamente sanzionabili solo le intese con concreti effetti restrittivi della concorrenza ...”*, ciò in quanto l'articolo 15 della legge n. 287/90 non distingue tra intese aventi solo un oggetto anticoncorrenziale o anche degli effetti restrittivi della concorrenza; è stato altresì ribadito l'orientamento secondo cui la *“gravità dell'infrazione non dipende né dalle dimensioni né dalla quota di mercato detenuta dalle imprese”*. Ancora in relazione alla gravità dell'infrazione, nella citata decisione *Latti artificiali*, il Consiglio di Stato ha chiarito che un accordo espresso è comunque grave *“già per la sua natura”*.