

Quasi il 50% dei mercati analizzati (500 su 1029) si colloca nelle prime due classi di variazione di HHI (fino a 150), in corrispondenza di quote di mercato combinate delle parti relativamente basse (0-19%). Variazioni di HHI superiori a 500 e quote di mercato comprese tra 40% e 59% caratterizzano alcuni dei mercati locali del trasporto per conto terzi di prodotti petroliferi, analizzato nell'operazione che ha consentito a Compagnia Trasporti Speciali C.T.S., Logitur e Intermode di esercitare il controllo congiunto su B.T. Trasporti e il ramo di Intermode operante in tale settore di attività. Lo stesso livello di variazioni di HHI e quote di mercato comprese tra 40% e 59% hanno caratterizzato il mercato della distribuzione di bevande (acquisizione di un distributore indipendente da parte di Partesa), il mercato delle calze e dei collant (acquisizione di Filodoro da parte di Gilfin) e il mercato del trasporto di linea passeggeri tramite traghetti sulle rotte Palau/Olbia-Genova (acquisizione del controllo congiunto di Enermar da parte di Moby). Nei mercati citati, la presenza di qualificati operatori capaci di esercitare una valida concorrenza effettiva ha portato l'Autorità ad autorizzare le corrispondenti operazioni di concentrazione¹⁴.

TAVOLA 7 - Distribuzione del numero dei mercati rilevanti per quota di mercato post-concentrazione e variazione di HHI - 2004

Quota post-concentrazione	Variazione di HHI					Totale
	0	>0-150	151-250	251-500	>500	
0-19	282	218	3			503
20-39	46	40	7	21	7	121
40-59	10	3			4	17
60-79	4	3				7
80-100	57					57
Quote non rilevabili	324					324
Totale	723	264	10	21	11	1029

Fonte: Autorità garante della concorrenza e del mercato.

¹⁴ Nello specifico, il mercato delle calze e dei collant è caratterizzato dall'assenza di barriere all'ingresso dimostrato dal recente ingresso di nuovi concorrenti. Il mercato del trasporto per conto terzi di prodotti petroliferi è inoltre contraddistinto dalla presenza di tariffe regolamentate, che portano le imprese che effettuano tali servizi a sviluppare il confronto concorrenziale prevalentemente sotto un profilo qualitativo.

3. SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI

PRINCIPALI SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI IN MATERIA DI CONCORRENZA

Nell'ultimo anno (1° aprile 2004-31 marzo 2005) si è registrata una serie di pronunce del Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) del Lazio, Sezione I, e del Consiglio di Stato, Sezione VI, rese in sede di impugnazione dei provvedimenti adottati dall'Autorità in materia di concorrenza (si vedano le tabelle di sintesi in calce), dalle quali emergono importanti principi su profili sia sostanziali che procedurali. Tra esse si segnala la sentenza con cui il TAR Lazio, a seguito di una pronuncia della Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale *ex* articolo 234 del Trattato CE, ha concluso il giudizio precedentemente sospeso, recependo i principi di diritto indicati dalla Corte, relativi all'interpretazione di talune norme del Trattato CE.

Si segnala inoltre un'importante pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza n. 2207 del 4 febbraio 2005, *Unipol/Ricciardelli*) la quale ha risolto alcuni contrasti interpretativi relativamente alle conseguenze giuridiche delle intese restrittive della concorrenza sui rapporti tra imprese e singoli consumatori e chiarito alcuni profili attinenti alla competenza del giudice ordinario a fronte di domande di risarcimento promosse dai consumatori.

PROFILI SOSTANZIALI

Natura e competenza dell'Autorità

Il TAR Lazio nella sentenza n. 6299 del 28 giugno 2004, *Assitalia-Unipol/Azienda USL città di Bologna*, ha qualificato l'Autorità come “*un apposito*

organismo di particolare qualificazione tecnica ed in posizione di indipendenza". Successivamente, nella sentenza n. 6895 del 14 luglio 2004, *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, il TAR Lazio ha confermato il principio secondo cui in materia di tutela della concorrenza e del mercato "... *l'Autorità Antitrust ... è dotata di una competenza generale ... anche in materia di telecomunicazioni, nonostante l'esistenza di una regolamentazione settoriale. L'unica deroga, a tale competenza generale, è prevista - con apposita disposizione normativa (art. 20, comma 2, legge n. 287/90) ... per il settore bancario in senso stretto*". Nella stessa sentenza il TAR Lazio ha altresì ribadito la competenza dell'Autorità "... *ad applicare la normativa antitrust anche a condotte d'impresa restrittive della concorrenza poste in essere nel contesto di gare ad evidenza pubblica*".

Nel caso Consorzio Industrie Fiammiferi, il TAR Lazio, con sentenza n. 10325 del 6 ottobre 2004, conformemente al principio di diritto enunciato dalla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale nella sentenza del 9 settembre 2003, C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ha indicato che rientra nelle competenze istituzionali dell'Autorità "il potere dovere di verificare la compatibilità delle norme legislative nazionali con le regole del diritto comunitario della concorrenza, e di disapplicare le prime nell'eventualità di un loro accertato conflitto con le seconde".

Infine, il Consiglio di Stato ha incidentalmente osservato che il regolamento CE n. 1/2003 "*qualifica a tutti gli effetti l'autorità nazionale come organo nazionale operante in funzione comunitaria*" (n. 1113 del 21 marzo 2005, *S.E.C.I.-Co.Pro.B.-Finbieticola/Eridania*).

Ambito e limiti del sindacato giurisdizionale

Con sentenza n. 5368 del 2 agosto 2004, *Associazione Nazionale impiantisti manutentori ANIM/Italgas*, il Consiglio di Stato ha ribadito il suo consolidato orientamento sull'ambito e i limiti del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica dell'autorità antitrust, confermando che, anche in relazione all'accertamento dell'inottemperanza, esso "*non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica o il proprio modello logico di attuazione del "concetto indeterminato" all'operato dell'autorità*" (cfr. anche TAR

Lazio, sentenza n. 11581 del 25 ottobre 2004, *Alitalia-Volare*). In particolare, con riferimento all'utilizzo in tale ambito dell'istituto della consulenza tecnica d'ufficio, il Consiglio di Stato ha chiarito che *“nell'esercizio di un tale sindacato è inammissibile far ripercorrere al consulente tecnico d'ufficio le complesse valutazioni rimesse in prima battuta all'amministrazione e sottoposte poi, con gli anzidetti limiti, al sindacato giurisdizionale, poiché a questo spetta solo il compito di verificare la legittimità dell'impostazione generale seguita dall'autorità nello svolgere una determinata indagine”*. In altra decisione, il Consiglio di Stato (sentenza n. 3865 del 14 giugno 2004, *Nokia Italia/Marconi Mobile-Ote*) ha confermato che *“i provvedimenti dell'Autorità che si fondano su valutazioni tecnico-discrezionali sono sindacabili, in sede giurisdizionale, solo ove risultino immotivati o manifestamente irragionevoli”*.

Con riferimento alla definizione del mercato rilevante, il TAR Lazio (sentenza n. 4070 del 10 maggio 2004, *Snai/Unire* e sentenza *Assitalia-Unipol/Azienda USL città di Bologna*), ha ribadito il principio, ormai consolidato (cfr. Consiglio di Stato, decisioni nn. 1348/2000, 652/2001, 2199/2002), secondo cui essa, come del resto, tutte le valutazioni di natura strettamente tecnico-discrezionale effettuate dall'Autorità nell'esercizio dei suoi poteri, sono sottoposte al vaglio giurisdizionale, non in relazione al loro *“merito intrinseco”*, bensì ai possibili vizi logici, afferenti l'*iter* formativo della deliberazione stessa, ovvero per difetto di motivazione o di istruttoria (cfr. anche Consiglio di Stato, *S.E.C.I.-Co.Pro.B.-Finbieticola/Eridania*).

Nozione di impresa nella disciplina della concorrenza

Nella sentenza n. 8368 del 3 settembre 2004, *Tariffe amministratori condomini*, il TAR Lazio ha ribadito che la nozione di impresa, ai fini antitrust, abbraccia tutti i soggetti che svolgono un'attività economica e sono quindi attivi su un determinato mercato; *“da ciò deriva che anche gli esercenti professioni intellettuali - ancorché non qualificabili imprenditori ai sensi dell'art. 2082 c.c. - possono e devono essere considerati imprese ai fini specifici della tutela della libera concorrenza, con la conseguenza che ... è senz'altro ammissibile l'intervento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai sensi dell'art. 2 legge 287 nei confronti dei Consigli nazionali degli Ordini professionali, nonostante la loro qualificazione come enti pubblici associativi”*, a prescindere dal rilievo formale che i professionisti non sono

iscritti ai Consigli nazionali ma agli albi tenuti dai collegi provinciali (in senso conforme, si veda la sentenza n. 1809 dell'11 marzo 2005, *Selea/Ordine dei Farmacisti*).

Quanto alla nozione di associazione, il TAR ha chiarito che, ai fini della applicazione della disciplina della concorrenza agli enti associativi, sono irrilevanti tanto la circostanza che a una associazione possano iscriversi anche persone fisiche che non svolgono direttamente attività di impresa, quanto la circostanza che un'associazione non svolga direttamente attività d'impresa o attività in senso lato economica, essendo sufficiente che essa operi quale ente esponenziale e rappresentativo degli interessi comuni di imprese (sentenza n. 12772 del 10 novembre 2004, *Guardia di Finanza/FIAIP*).

In un'altra pronuncia (sentenza *Selea/Ordine dei Farmacisti*), il TAR Lazio ha precisato che “*gli ordini professionali costituiscono degli enti pubblici associativi, espressione degli esercenti una determinata professione, nei confronti dei quali svolgono sia poteri autoritativi di vigilanza che compiti di tutela delle ragioni economiche, sicché non può escludersi che attraverso le deliberazioni dei primi possano realizzarsi forme di coordinamento delle condotte dei singoli professionisti suscettibili di assumere valenza anticoncorrenziale*”. Perché tale evenienza si verifichi è sufficiente che “*l'ente, in ragione della posizione rivestita nei confronti degli iscritti, sia nella condizione di orientare i comportamenti in ordine agli aspetti economici dell'attività professionale*”. Sulla base di questa interpretazione funzionale della nozione di associazione d'impresa, il TAR ha ritenuto anche la Federazione degli ordini dei farmacisti italiani destinataria dei precetti di cui alla legge n. 287/90.

Definizione del mercato rilevante

Nella decisione FIAIP il TAR Lazio ha precisato che “*ai fini della individuazione della autonoma rilevanza di una parte di mercato - ossia ai fini della individuazione del mercato rilevante di riferimento - occorre non già misurarne la dimensione (elemento ininfluyente) ma verificare le specificità funzionali della tipologia di bene oggetto delle transazioni, ovvero le specificità dei fattori giuridico-ambientali atti ad incidere sul meccanismo di formazione dei prezzi*”.

Nella pronuncia relativa al caso *Assitalia-Unipol/Azienda USL città di Bologna*, il TAR Lazio ha indicato che *“parte rilevante del mercato nazionale”*, richiamato dall’articolo 2 della legge n. 287/90 può essere costituita anche da *“... una porzione ristretta del territorio nazionale ... ove in essa abbia luogo l’incontro di domanda ed offerta in condizioni di autonomia rispetto ad altri ambiti anche contigui, e quindi esista una concorrenza suscettibile di essere alterata”*, purché esista comunque *“una soglia dimensionale minima delle fattispecie, al di sotto della quale l’azione dell’Autorità perderebbe ogni senso logico e pratico”*. Tale limite non va però desunto dalle proporzioni dell’incidenza del mercato locale interessato su quello nazionale, ma *“va tratto dalla considerazione che le dimensioni del mercato locale non dovrebbero mai ridursi al punto che il suo turbamento non chiami più in causa l’interesse pubblico specifico”*.

Accertamento e prova delle intese

In una serie di pronunce sono stati ribaditi alcuni principi in materia di accertamento e prova delle intese, conformi all’orientamento della giurisprudenza nazionale e comunitaria. In relazione a tariffari professionali, il TAR Lazio, nella sentenza n. 8368 del 3 settembre 2004, *Consiglio nazionale geometri*, ha chiarito che *“l’adozione di tariffari riguardanti il prezzo del servizio da parte di associazioni che riuniscono una larga parte degli operatori del settore dà luogo ad intese restrittive della concorrenza, in quanto ciascun singolo tariffario, indipendentemente dal numero degli operatori che interessa, concorre a determinare un effetto complessivo e cumulativo di limitazione del comportamento degli operatori della categoria nella fissazione dei prezzi nei vari ambiti locali nei quali operano gli aderenti alle associazioni”*.

In merito a un’intesa finalizzata all’aggiudicazione di una gara pubblica, il TAR Lazio, nella sentenza n. 10450 del 7 ottobre 2004, *Eni-Agipfuel*, ha ravvisato che la costituzione di un’associazione temporanea d’impresa (ATI) può costituire un *“indice della sussistenza di una pratica concordata”* volta a determinare l’esito della gara, in particolare laddove il ricorso all’ATI determina la riunione dei principali concorrenti e non trova un’obiettivo giustificazione di carattere tecnico-organizzativo.

Nella sentenza *Assitalia-Unipol/Azienda USL città di Bologna*, il TAR Lazio si è pronunciato in merito alla rilevanza antitrust di contratti tipici, civilisticamente disciplinati, con precipuo riferimento ai contratti di coassicurazione. Al riguardo, conformemente all'orientamento già espresso dal Consiglio di Stato (sentenza nn. 1188/2001 e 1191/2001), il TAR ha ribadito che *“la tipicità di un contratto non esclude in senso assoluto la sua possibile illiceità dal punto di vista della disciplina antitrust, dovendo a tal fine essere verificato, in pratica, se lo schema tipico sia eventualmente stato utilizzato, nel singolo caso, per fini anticoncorrenziali, o se comunque esso presenti un contenuto lesivo della concorrenza”*.

Nel caso *Alitalia/Volare*, il TAR Lazio, considerati i possibili effetti anticoncorrenziali degli accordi di *code sharing*, pur riconoscendone in astratto la neutralità dal punto di vista della tutela della concorrenza, ha ribadito la necessità di un esame in concreto, *“in relazione al contesto economico nel quale si inquadra l'accordo, considerando cioè in modo esauriente la situazione concorrenziale che caratterizza ciascuna rotta interessata, ed in relazione alla tipologia, al contenuto ed al funzionamento dell'accordo, valutando il complesso delle sue clausole”*.

In altra decisione (sentenza n. 6760 del 18 giugno 2004, *Operatori nel settore degli esplosivi da mina*), il Consiglio di Stato ha chiarito che *“una forma di collaborazione tra le imprese, consistente in scambio di opinioni, esperienze, ricerche di mercato e dati statistici non direttamente riferibili alla singola impresa, non costituisce, di per sé, un'infrazione ... ma tale scambio diventa illegittimo quando, per le caratteristiche e le modalità di esecuzione, il tipo e la frequenza dei dati trasmessi ai concorrenti, abbia un contenuto strumentale per verificare l'attuazione di politiche commerciali comuni”*. Inoltre, nella sentenza n. 10447 del 7 ottobre 2004, *Assopetroli*, il TAR Lazio ha chiarito che è ininfluente *“la circostanza che i margini oggetto di monitoraggio riguardavano dati aggregati per area geografica”*, data la loro rilevanza sul piano locale, confermando l'orientamento secondo il quale vi può essere un'intesa anticoncorrenziale anche quando il gioco della concorrenza venga distorto mediante l'instaurazione di un'artificiale trasparenza di mercato.

Il TAR Lazio nel caso *Consiglio Nazionale dei geometri* ha ritenuto insufficiente ad escludere un illecito antitrust il fatto che a fronte di una norma del codice deontologico dell'associazione di imprese volta a limitare la libera formazione dei

prezzi, fosse stata poi diffusa una circolare tra gli associati *“tesa a fornire una interpretazione non restrittiva della concorrenza della norma stessa”*.

Sul piano probatorio, il TAR Lazio, nella sentenza n. 10443 del 7 ottobre 2004, *Q8 Quaser*, ha chiarito che ai fini dell'accertamento della sussistenza di una pratica concordata non rileva la singola azione di ciascun soggetto, *“ma la connessione sotto il profilo finalistico di varie condotte complementari, condotte che possono di volta in volta concretarsi - in funzione dell'attuazione dell'accordo - in comportamenti attivi o passivi o addirittura in stati di inerzia rilevante (come avviene nelle ipotesi di c.d. azioni commissive mediante omissione o commissive mediante astensione)”*. In particolare, il TAR ha considerato che non escludesse la partecipazione a un'intesa (relativa alla spartizione concordata nel corso di un biennio delle commesse, aggiudicate tramite gara, per la fornitura di gasolio per l'autotrazione) la circostanza che un'impresa avesse partecipato a una sola gara, poiché tale condotta costituiva *“un segmento complementare ad altre condotte integrate e volte tutte al conseguimento di un obiettivo comune e unitario”*, come tale *“non frazionabile né scindibile da quella degli altri partecipanti all'accordo”*, rilevando, in tale contesto, anche l'astensione dalla partecipazione alle altre gare in quanto strumentale all'attuazione degli impegni assunti e al raggiungimento degli obiettivi collusivi prestabiliti.

Sempre con riferimento alla prova dell'intesa restrittiva, nel caso *Assitalia-Unipol/Azienda USL città di Bologna* è stato confermato il principio che esclude che relativamente all'imputabilità delle condotte d'impresa ai fini antitrust, *“possa aversi riguardo alle sole condotte dei legali rappresentanti delle società”*, in quanto *“anche la condotta di un semplice dipendente, qualora accompagnata dal conforme comportamento della società, può essere sufficiente ai fini della riferibilità degli impegni assunti e degli atti compiuti all'ente di appartenenza”*.

Nella sentenza n. 10445 del 7 ottobre 2004, *Total Fina Spa*, il TAR Lazio ha precisato che la dimostrazione dell'inesistenza di una spiegazione alternativa di una determinata condotta ritenuta contraria alle regole di concorrenza, incombe sull'Autorità *“esclusivamente nei casi in cui la sussistenza di una illecita intesa non emerga da attendibili prove documentali o da elementi indiziari, suscettibili di riscontro, che siano di per sé sufficienti a suffragare l'ipotesi accusatoria”*. In quest'ultima ipotesi, infatti, richiedere, ai fini della valutazione della condotta illecita *“anche la dimostrazione della insussistenza di giustificazioni o di giustificazioni alternative al comportamento*

anticoncorrenziale, significherebbe assoggettare l'Amministrazione all'onere di una troppo gravosa 'probatio diabolica' e delineare, in ultima analisi, ambiti di impunità che non corrispondono affatto alle finalità dell'art. 2, comma 2, della l. 287/90, né al suo significato testuale".

In altra pronuncia (TAR Lazio, sentenza n. 10448 del 7 ottobre 2004, *Eredi Campidonico*) è stato chiarito che salvi espressi e specifici divieti, *"qualsiasi elemento documentale può essere acquisito agli atti del giudizio, costituire oggetto di libera valutazione ai fini della piena ricostruzione dei fatti e dell'accertamento della verità ... e concretarsi - pertanto - in materiale indiziario o probatorio ordinariamente e fisiologicamente utilizzabile (sempreché acquisito legalmente)".* Inoltre, nella sentenza n. 13057 del 16 novembre 2004, *Maxcom Petroli*, il TAR Lazio ha ritenuto pienamente utilizzabili le evidenze documentali provenienti da sedi di società terze rispetto alle imprese coinvolte nell'intesa (cfr. anche TAR Lazio, sentenza n. 10449 del 7 ottobre 2004, *Ambrogio Moro*).

Infine, il TAR ha disatteso *"la tesi secondo cui le delibere adottate dall'assemblea degli associati, non essendo state comunicate a tutti gli interessati e non avendo comunque efficacia vincolante, ... non sarebbero equiparabili ad 'intese', ritenendo che ai fini della sussistenza di una intesa in funzione anticoncorrenziale, "la formale configurazione, validità ed efficacia degli atti giuridici che la veicolano non hanno rilevanza dovendosi valutare ... la loro concreta attitudine ... ad attuare intenti ed a produrre effetti conformi alla comune decisione"* (sentenza *Assopetroli*).

Oggetto o effetto delle intese

Nel periodo considerato, il TAR Lazio ha ribadito l'irrilevanza della realizzazione dell'effetto anticoncorrenziale a cui era volta l'intesa, sottolineando che *"l'art. 2, comma 2, della L. n. 287 del 1990 configura l'illecito ivi sanzionato, al tempo stesso, sia come 'illecito associativo' (illecito che si perfeziona per la semplice adesione al programma collettivo, anche in mancanza dell'effettivo compimento di atti materialmente esecutivi), che come c.d. 'illecito di mera condotta' (o 'illecito di pericolo', illecito - cioè - che si perfeziona sin dal momento in cui la condotta sia idonea a mettere in pericolo il valore protetto, e cioè anche prescindere dalla effettiva*

realizzazione dell'evento dannoso che la norma intende, in ultima analisi, scongiurare)" (sentenza Maxcom Petroli).

Consistenza

In merito al requisito della consistenza di cui all'articolo 2 della legge n. 287/90, il TAR Lazio, nella decisione *Assopetroli*, ha ribadito il consolidato orientamento secondo cui la valutazione della consistenza della perturbazione provocata dall'intesa anticoncorrenziale *"è sempre necessaria nei casi in cui la contestazione si appunti sugli effetti concreti dell'intesa, ma non anche nei casi ... di intese anticoncorrenziali per l'oggetto"*.

Nelle sentenze *Eredi Campidonico*, *Maxcom Petroli* ed *Eni/Agipfuel*, il TAR Lazio ha inoltre chiarito che la consistenza della lesione concorrenziale *"va misurata (o parametrata) non già in relazione al volume di affari presente nell'intero mercato nazionale, ma in relazione al volume concernente la sola parte di mercato che viene autonomamente in rilievo"*, rappresentante il mercato rilevante.

Controllo delle concentrazioni

Controllo congiunto di fatto

Nella pronuncia n. 10345 del 6 ottobre 2004, *Sai/La Fondiaria Assicurazione*, il TAR Lazio ha ribadito la necessità, derivante dall'ampia nozione di controllo accolta dall'articolo 7 della legge n. 287/90 *"più estesa di quella derivante dalla normativa civilistica e diversa da quella prevista dalla normativa di vigilanza"*, di valutare l'esistenza di una posizione di controllo sulle attività di un'altra impresa *"tenuto conto delle circostanze di fatto e di diritto"*. I giudici hanno quindi confermato la legittimità dell'accertamento di un controllo congiunto di fatto sulla base di un complesso di indizi concorrenti, la cui valutazione non poteva essere fatta in modo *"parcellizzato"*.

Inoltre, l'elemento della concertazione nell'ideazione e realizzazione di una complessa operazione di fusione, benché non sia, di per sé, un fattore dimostrativo

dell'esistenza di un controllo congiunto, funge certamente da indizio. In questo quadro, è stata, tra l'altro, anche confermata la rilevanza dei rapporti finanziari e dei forti legami personali esistenti tra due società madri, ai fini della configurazione del loro controllo congiunto su di un'altra impresa.

Ancora, il TAR ha chiarito che non è corretto far dipendere l'interpretazione di una situazione di controllo dalla circostanza che la stessa ricada o meno pedissequamente in una specifica previsione di una Comunicazione della Commissione. La Comunicazione, infatti, più che come *“una fonte del diritto”*, si configura come *“uno strumento interpretativo”* e, in quanto tale, *“le sue indicazioni nell'esame dei singoli casi ... possono ben essere ulteriormente sviluppate nel rispetto ... delle norme sovraordinate”*.

Natura dei poteri dell'Autorità

Circa i poteri affidati all'Autorità in materia di controllo delle concentrazioni, il Consiglio di Stato con la sentenza n. 5288 del 26 luglio 2004, *Edizione Holding*, ha confermato l'orientamento del TAR Lazio secondo cui *“la realizzazione di una concentrazione non necessita di un provvedimento autorizzatorio capace di espandere un diritto sospensivamente condizionato o fievole ma costituisce espressione libera di un diritto di iniziativa economica privata suscettibile d'incorrere nel potere inibitorio-repressivo”* dell'Autorità. Invero, *“la cd. autorizzazione condizionata al rispetto delle prescrizioni va ... qualificata in termini sostanzialistici come divieto di un'operazione valutata come inammissibilmente anticompetitiva in assenza di misure correttive adottate nell'esercizio di un collegato potere prescrittivo”*. Quindi, autorizzare una concentrazione prescrivendo delle misure dirette ad impedire determinate conseguenze pregiudizievoli *“significa vietare la concentrazione nei termini in cui era stata concepita e comunicata dalle imprese interessate”*. Pertanto, la decisione di autorizzazione di una concentrazione con misure *ex* articolo 6, comma 2, legge n. 287/90 e quella di semplice divieto della medesima sono tra loro in rapporto di *genus a species* trattandosi nel primo caso di una forma *“attenuata del divieto dell'operazione in mancanza dell'accoglimento e dell'attuazione delle misure correttive reputate indispensabili ai fini dell'elisione degli effetti anticoncorrenziali che altrimenti renderebbero la fattispecie, nella sua versione primitiva, intrinsecamente illecita”*.

Quindi, realizzare una concentrazione semplicemente vietata o non rispettare le prescrizioni dell'Autorità produce “...*identici effetti anticompetitivi, parimenti e definitivamente valutati in termini di illiceità ai sensi dell'art. 6, comma 1, della legge*”.

Questi principi sono stati richiamati dal Consiglio di Stato anche nella decisione *S.E.C.I.-Co.Pro.B.-Finbieticola/Eridania*, nella quale è stato anche precisato che le misure di cui all'articolo 6, comma 2 della legge n. 287/90, ove disposte, rappresentano l'esercizio di un “*potere conformativo, espressione di lata discrezionalità tecnica, con il quale vengono enucleate le prescrizioni correttive idonee ad elidere in modo efficace i profili di anticompetitività apprezzati dall'Autorità e da rendere accettabile sul piano concorrenziale la concentrazione rebus sic stantibus inammissibile*”.

Potere dell'Autorità di riprovvedere

Il Consiglio di Stato nella decisione *S.E.C.I.-Co.Pro.B.-Finbieticola/Eridania*, nel disporre l'annullamento di una decisione di autorizzazione condizionata di una concentrazione, limitatamente a talune misure comportamentali giudicate insufficienti, ha precisato che “*in applicazione dell'articolo 26 della legge n. 1034/1971 resta salvo il potere dell'amministrazione di adottare nuove misure compensative in sede di riesercizio del potere di cui all'articolo 6 della legge n. 287/1990, anche con la revisione collegata di quelle che hanno superato il vaglio del controllo giurisdizionale*”, escludendo in tal caso, la sanzionabilità delle condotte tenute dalle parti “*fino all'imposizione delle nuove misure, in quanto poste in essere in buona fede*” in esecuzione delle prescrizioni impartite dall'Autorità.

Inottemperanza alle misure prescritte in sede di autorizzazione di una concentrazione

Imputabilità dell'inottemperanza

Nella pronuncia *Edizione Holding*, il Consiglio di Stato ha confermato l'imputabilità a una società capogruppo dell'inottemperanza a misure prescritte dall'Autorità, qualificando la responsabilità dell'impresa acquirente in relazione alle condotte della controllante come una responsabilità “*per fatto proprio*”, determinata, tra l'altro, dall'omissione delle condotte necessarie ad indurre la controllata al rispetto delle

prescrizioni dettate dall'Autorità in sede di autorizzazione condizionata; i giudici hanno osservato che tale soluzione era “coerente” con la considerazione che la misura violata “aveva riflettuto il contenuto di impegno assunto” dalla stessa controllante.

Sanzionabilità dell'inottemperanza

Nel caso *Edizione Holding*, il Consiglio di Stato nel confermare l'orientamento del TAR Lazio, ha chiarito che “*un esame sinergico delle disposizioni di cui agli artt. 6, 18, 19 consente di reputare che il rinvio del primo comma di detta ultima disposizione alla concentrazione vietata ai sensi dell'art. 18, co., comprenda entrambe le forme di divieto di cui all'art. 6, co. 2*” con la conseguenza che da dette disposizioni discende un potere sanzionatorio dell'Autorità, oltre che in caso di realizzazione di una concentrazione semplicemente vietata, anche in caso di inottemperanza alle misure imposte in sede di autorizzazione condizionata, trattandosi in entrambi i casi della realizzazione di una concentrazione vietata.

Il Consiglio di Stato ha altresì chiarito che, a differenza delle intese restrittive e degli abusi di posizione dominante per i quali la qualificazione della singola violazione in termini di gravità rappresenta il presupposto per poter irrogare una sanzione “... *l'inottemperanza al divieto di concentrazione è sanzionata dall'art. 19 indipendentemente dalla sussistenza di questo estremo*”, rilevando il livello di gravità dell'infrazione unicamente come “*uno dei parametri utili a pervenire ad una congrua e proporzionata misura della sanzione, insieme con il comportamento dell'impresa finalizzato a porre rimedio alle conseguenze della violazione ed alle condizioni economiche (articolo 11 della legge n. 689/81)*”.

Condotte anticoncorrenziali in contesti regolamentati

Nel caso *Consorzio Industrie Fiammiferi*, il TAR Lazio ha confermato il consolidato approccio restrittivo e rigoroso circa la non imputabilità alle imprese di condotte anticoncorrenziali poste in essere in contesti regolamentati. In particolare, recependo il principio di diritto espresso in sede di rinvio pregiudiziale dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 9 settembre 2003, C-198/01, il TAR ha precisato che “*benché la normativa nazionale comportasse già dei considerevoli pregiudizi per la*

concorrenza, il Consorzio godeva, tuttavia, di margini di discrezionalità nell'assolvere i compiti affidatigli dalla legge, dei quali avrebbe dovuto avvalersi in modo tale da non compromettere ulteriormente la concorrenza".

Rapporti tra la disciplina della concorrenza e la regolazione di settore

Nella sentenza *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, il TAR Lazio ha affrontato il delicato rapporto tra disciplina della concorrenza e regolazione di settore, ribadendo il consolidato principio, nazionale e comunitario, secondo cui l'esistenza di una specifica regolamentazione settoriale (ad esempio, in materia di telecomunicazioni) non esclude l'applicabilità delle norme antitrust, né la competenza generale dell'Autorità a darne applicazione (che può essere derogata solo in presenza di un'apposita previsione normativa).

Sanzioni

Gravità

Anzitutto è stato ribadito che, sotto il profilo oggettivo, *"le intese orizzontali relative alle strategie di prezzo e alla ripartizione del mercato sono, per loro natura, gravi"* (cfr. TAR Lazio, sentenza n. 12769 del 10 novembre 2004, *Opam Oils*; sentenza *Maxcom Petroli*; sentenza n. 10446 del 7 ottobre 2004, *Europetrol*; sentenza n. 10442 del 7 ottobre 2004, *Elyo Italia*). Il TAR ha inoltre chiarito che, in presenza di infrazioni gravi delle norme a tutela della concorrenza, *"le relative sanzioni vanno sempre applicate, quand'anche non vi sia stata alcuna formale diffida volta a far cessare il comportamento illecito"*, con ciò escludendo la necessità di una preventiva diffida da parte dell'Autorità alle imprese (sentenza *Opam Oils*; sentenza *Europetrol*).

Quantificazione

Quanto alla valutazione del comportamento delle singole imprese partecipanti, il TAR Lazio ha confermato che a fronte di una condotta anticoncorrenziale *"unica e continuata"* nella quale i singoli episodi della catena logico-temporale non erano

frazionabili e l'apporto di ciascuna impresa aveva esattamente il medesimo valore di quello delle altre *“né la valutazione della gravità della condotta né la sanzione possono essere riferite a singoli segmenti”* di detta condotta. Pertanto, il giudice amministrativo ha ritenuto pienamente legittima l'irrogazione di una sanzione ad un'impresa *“in misura identica a quella comminata agli altri concorrenti nella medesima strategia di gruppo”* (sentenza *Ambrogio Moro*; sentenza *Opam Oils*; sentenza *Maxcom Petroli*; sentenza *Q8 Quaser*; sentenza *Elyo*; sentenza *Eni/Agipfuel*).

Ancora con riguardo alla quantificazione della sanzione, relativa ad un'intesa volta all'aggiudicazione di gare per la fornitura di gasolio, il TAR Lazio ha confermato l'individuazione del fatturato rilevante (secondo l'articolo 15 della legge n. 287/90, nella versione anteriore alla novella del 2001) con riferimento alla cessione dei beni oggetto dell'intesa, rilevando che, ai fini della sanzione, l'ultimo esercizio da prendere in considerazione era quello nel cui bilancio rientravano *“per competenza, le ultime fatturazioni relative alle illecite operazioni”* (sentenza *Eni/Agipfuel*).

Il TAR ha altresì confermato l'aggravio della sanzione nei confronti delle imprese che, per effetto dell'intesa, avevano conseguito un utile maggiore, condividendo l'assunto secondo cui *“meritano una sanzione più consistente i soggetti che abbiano avuto vantaggi più consistenti* (sentenza *Maxcom Petroli*).

Con riferimento ad infrazioni commesse da associazioni di imprese, nella sentenza *Selea/Ordine dei Farmacisti*, il TAR Lazio ha chiarito che al fine di assicurare l'effetto utile della legge n. 287/90, è necessario che *“il concetto di fatturato contenuto nell'art. 15 della stessa legge debba essere inteso necessariamente in senso lato, ossia in modo tale che la relativa previsione sanzionatoria possa trovare applicazione nei riguardi di tutte le tipologie di destinatari dei precetti a presidio dei quali essa vige”*. Pertanto, *“quando un ente di tipo associativo debba essere sanzionato in applicazione dell'art. 15 della legge n. 287/1990 va ritenuta ineccepibile ... l'assunzione, quale base di computo della sanzione, delle entrate contributive ad esso proprie, per quanto queste non ineriscano ad un fatturato in senso stretto”*.

Sempre in tema di quantificazione della sanzione, il Consiglio di Stato nella decisione *Operatori nel settore degli esplosivi da mina* non ha condiviso l'assunto secondo cui l'Autorità avrebbe dovuto, nel caso di specie, tener conto delle dimensioni delle imprese e in particolare della circostanza che il loro peso nel coordinamento

generale era pressoché irrilevante. Infatti, *“laddove il comportamento che ha formato oggetto della collusione abbia carattere unitario, essendo proteso alla vulnerazione dell'identico bene pubblico della libera concorrenza, ai fini della graduazione della sanzione può assumere rilevanza soltanto la diversità di condotta delle imprese; in tale contesto, il dato meramente quantitativo costituito dalla minore dimensione economica di un'impresa risulta già adeguatamente considerato per effetto dell'applicazione di una sanzione pecuniaria non già in misura fissa, ma calcolata in percentuale sul fatturato”*. Nella medesima pronuncia, i giudici amministrativi hanno altresì confermato la legittimità della non imposizione di alcuna sanzione a un'impresa che era stata coinvolta nell'intesa ma che ne aveva denunciato l'esistenza all'Autorità *“in considerazione del comportamento da essa tenuto prima e dopo l'avvio dell'istruttoria, in specie per quel che attiene al determinante contributo dalla stessa apportato alla scoperta delle intese”*.

Rilevanza dell'elemento soggettivo

Quanto all'elemento soggettivo rilevante ai fini dell'irrogazione della sanzione, nella sentenza *Eni/Agipfuel*, il TAR Lazio, in relazione ad intese orizzontali su strategie di prezzo e ripartizione del mercato, ha ribadito che *“la gravità della condotta deriva ... dal fatto che nella fattispecie in esame essa si è concretizzata in un illecito permanente, perpetrato mediante un comportamento specificamente preordinato al fine, e continuato”*.

Potere di diffida dell'Autorità

Nel periodo di riferimento, il potere di diffida dell'Autorità ex articolo 15 della legge n. 287/90 è stato analizzato in alcune importanti pronunce del Consiglio di Stato. In particolare, nella pronuncia relativa caso *ANIM/Italgas* è stato ribadito che *“il provvedimento sanzionatorio di diffida va interpretato complessivamente, tenendo conto della motivazione e del dispositivo e alla luce del principio del cd. effetto utile, in base al quale qualsiasi disposizione, anche una disposizione di carattere repressivo, richiede un'applicazione o un'interpretazione che sia funzionale al raggiungimento della propria finalità”*. Infatti, *“... se la finalità delle sanzioni è di ripristinare le condizioni di concorrenza, le diffide e le altre sanzioni di cui all'art. 15 della legge n. 287/90, devono essere applicate ed interpretate in modo che l'effetto anticoncorrenziale*