

trattava di informazioni che attenevano “*sia a dati che svelavano alcune componenti ritenute cruciali e in grado di orientare i comportamenti futuri dei concorrenti, come la quantità disponibile di prodotto e la sua provenienza, sia dati altrettanto importanti necessari per monitorare i comportamenti passati e, quindi, l’ottemperanza alle regole di condotta concordate*”; tra questi, “*le informative sugli esiti delle gare, sugli erogati ai singoli clienti, sulle relative quote di mercato, sul rispetto delle quote nella fornitura ai clienti condivisi*”.

I dati scambiati solo in parte potevano essere acquisiti senza avvalersi delle società comuni. In proposito, i giudici hanno precisato che “*la possibilità di acquisire aliunde le informazioni scambiate non comporta di per sé la liceità dello scambio*”, in quanto “*la capacità di captazione 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 (Trib. CE, 27-10-94, T-34/92, John Deere par. 105; Cons. Stato, VI, n. 2199/02, Rc Auto)*”. E invero, sottolinea il Consiglio di Stato, “*l’organizzazione di uno scambio di informazioni consente ai partecipanti di venire a conoscenza di tali informazioni in un modo più semplice, rapido e diretto che mediante il mercato, creando per di più un clima di mutua sicurezza relativamente alle future politiche commerciali dei concorrenti, incompatibile con i principi della concorrenza (Trib. CE, 12-7-2001, T-202/98, British Sugar, par. 60)*”. I giudici hanno inoltre osservato che “*Condotte quali lo scambio di informazioni sensibili finiscono infatti per sostituire all’alea della concorrenza il vantaggio della concertazione, così erodendo i benefici che in favore dei consumatori derivano dal normale uso della leva concorrenziale*”, precisando che lo scambio di informazioni può “*integrare in alcuni casi un illecito antitrust in sé*”.

#### *Elementi di prova dell’intesa e inversione dell’onere probatorio*

Nella pronuncia resa sul caso *Prezzi del latte per l’infanzia*, il Consiglio di Stato ha ribadito i consolidati principi in materia di prova delle intese, ricordando che “*la giurisprudenza, consapevole della rarità dell’acquisizione di una prova piena (il cd. smoking gun: il testo dell’intesa; documentazione in equivoca della stessa; atteggiamento confessorio dei protagonisti), e della conseguente vanificazione pratica*

*delle finalità perseguite dalla normativa antitrust che scaturirebbe da un atteggiamento troppo rigoroso, reputa sufficiente (e necessaria) la delineazione di indizi, purché gravi precisi e concordanti, circa l'intervento di illecite forme di concertazione e coordinamento".* La semplice identità delle condizioni di offerta da parte degli imprenditori può essere considerata sintomatica della sussistenza di una pratica concordata *"solo ove non sia configurabile una spiegazione alternativa capace di inquadrare le condotte identiche alla stregua di frutto di razionali ed autonome scelte imprenditoriali, fisiologicamente condizionate dalla previsione dell'altrui possibile risposta ad un'iniziativa differenziatrice"*.

Circa l'onere probatorio in materia di intese, il Consiglio di Stato, nella decisione n. 424/08 relativa al caso *Rifornimenti Aeroportuali*, ha confermato che la prova di un'intesa illecita è quasi mai diretta *"perché i suoi simboli difficilmente esistono (documenti) o possono essere acquisiti (testimoni, i quali normalmente sono gli stessi autori dell'illecito), né è dato il ricorso a strumenti di captazione esterna dell'episodio di vita che sanziona l'accordo (intercettazioni). Ma la circostanza che la prova sia indiretta (o, come si dice, indiziaria) non deve indurre nell'equivoco che la stessa sia meno forte"*. Il medesimo giudice, nella sentenza resa nel caso *Rifornimenti aeroportuali*, ha ribadito che *"singoli comportamenti delle imprese (ciascuno dei quali, considerato di per sé, potrebbe apparire privo di specifica rilevanza) possono rivelarsi elementi di una fattispecie complessa, costitutiva di un'unica infrazione da ricondurre in parte al concetto di accordo, in parte a quello di pratica concordata"*. In tale situazione, *"i dati singoli debbono essere considerati quali tasselli di un mosaico, i cui elementi non sono significativi di per sé, ma come parte di un disegno unitario"*.

Inoltre, è stata ripresa la distinzione tra elementi di prova cosiddetti esogeni ed endogeni: i primi sono *"collegati alla stranezza intrinseca della condotta, ovvero alla mancanza di spiegazioni alternative"*; i secondi attengono invece ai *"contatti tra le imprese e, soprattutto, agli scambi di informazioni"* (sentenza del Tar Lazio n. 2312/08, resa nel caso *Pannelli Truciolari*).

Con riguardo alla prova della pratica concordata in un mercato oligopolistico, nel cui ambito può verificarsi un allineamento tendenziale delle condizioni di offerta, il Consiglio di Stato, nella decisione relativa al caso *Prezzi del latte per l'infanzia*, ha ribadito la liceità del mero parallelismo consapevole, *"proprio perché suscettibile di essere spiegato come sommatoria di decisioni razionali e autonome dei singoli"*

*operatori, cui non può essere precluso di adattarsi intelligentemente alla condotta, attuale o prevista, dei rivali”.* A ciò si contrappone, tuttavia, il parallelismo artificiosamente indotto da intese anticoncorrenziali che può essere desunto: *“a) dalla certa diversità dei prezzi praticati in una condizione di concorrenza non legata rispetto a quelli praticati nella specie; b) dal carattere autolesionistico che una determinata politica commerciale rivestirebbe se non fosse frutto di un’intesa concorrenziale; c) dal contrasto tra l’omogeneità dei prezzi e la diversità della struttura dei concorrenti e dei relativi fattori di costo”.*

Proprio con riferimento al rapporto tra parallelismo consapevole in un contesto oligopolistico e scambi di informazioni, il Consiglio di Stato nella medesima pronuncia (*Prezzi del latte per l’infanzia*) ha richiamato il consolidato orientamento giurisprudenziale, alla cui stregua *“la prova indiziaria dell’intesa illecita può risiedere nell’emersione di una trama di contatti e di scambi di informazioni tra le imprese concorrenti, circa le iniziative commerciali e le strategie operative economiche, tale da far presumere l’utilizzo di tali elementi al fine di ridurre, a danno dei consumatori, i rischi sottesi, per le imprese, all’uso fisiologico della leva concorrenziale”.*

Quanto al fenomeno dell’adeguamento delle condizioni di prezzo a quelle praticate dall’operatore in posizione di preminenza (cosiddetto meccanismo di *price leadership*), Il Tar del Lazio, nella pronuncia n. 8951/07, caso *Compagnie Aeree-Fuel Surcharge*, ha confermato che esso si può verificare anche in assenza di concertazione tra imprese. Tuttavia, la prova dello scambio di informazioni sensibili tra concorrenti è idonea a escludere che l’allineamento delle condotte sia frutto di scelte autonome. Nella medesima pronuncia, il Tar ha statuito che gli annunci preventivi di prezzo rivolti ai consumatori, in linea di principio, non costituiscono di per sé una violazione della disciplina della concorrenza. Qualora, però, *“gli annunci di prezzo destinati ai consumatori appaiano intesi a permettere alle imprese di osservare le reciproche reazioni e di adattarvisi, verificando l’adesione anche solo per fatti concludenti, degli altri operatori, essi possono essere considerati alla stregua di indizi di concertazione”.*

Particolarmente interessanti sono i principi enunciati dal Consiglio di Stato (decisione n. 424/08 resa sul caso *Rifornimenti aeroportuali*) in tema di prova della pratica concordata caratterizzata da scambi di informazioni. E invero, richiamando la giurisprudenza nazionale e comunitaria, i giudici d’appello hanno chiarito che *“un parallelismo consapevole delle condotte tenute da imprese, 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 (onere a carico dell'Autorità); b) dalla presenza di elementi di riscontro (quali contatti e scambi di informazioni) rivelatori di una concertazione e di una collaborazione anomala (l'onere probatorio contrario viene spostato in capo alle imprese)".*

Ancora, nella sentenza resa sul caso *Rifornimenti aeroportuali*, il Consiglio di Stato ha ritenuto priva di rilievo, ai fini dell'accertamento dell'intesa, la "circostanza che non tutti gli indizi gravino su tutte le società", osservando che "rileva, da un lato, che gli elementi abbiano consistenza tale da delineare l'accordo, dall'altro che ciascuna società sia gravata da plurimi indizi in ordine alla sua partecipazione alla medesima".

Nella medesima pronuncia, il Consiglio di Stato ha valorizzato, ai fini dell'accertamento dell'intesa, "i vincoli di stretta interdipendenza presenti fra i comportamenti assunti dagli operatori sul mercato del jet fuel e quelli degli stessi soggetti sugli altri mercati dei carburanti (*multi-market contacts*)", nonché la stabilità delle quote di mercato delle imprese coinvolte nell'intesa.

Infine, il Consiglio di Stato, in materia di condotte escludenti, ha indicato che il mancato possesso da parte di una determinata impresa di eventuali autorizzazioni necessarie per poter operare in un determinato mercato "non costituisce esimente" per le imprese coinvolte in condotte escludenti, a danno di quella impresa. Quest'ultima, infatti, ove le fosse stato consentito l'accesso "avrebbe potuto richiedere le necessarie autorizzazioni e comunque l'accesso si sarebbe potuto concedere condizionandolo al conseguimento delle autorizzazioni stesse".

#### *Attendibilità dei documenti trovati presso terzi*

Il Consiglio di Stato, nella sentenza resa nel caso *Lottomatica/Sisal*, dopo aver riaffermato il principio dell'idoneità di un documento rinvenuto presso una sola impresa a costituire prova della condotta anticoncorrenziale anche nei confronti di altra impresa, ha tuttavia rilevato come occorra distinguere tra "utilizzabilità del documento come prova" e "attendibilità e significato del contenuto del documento". A tale riguardo, il

giudice ha affermato che, in mancanza di indicazioni circa l'esatta provenienza del documento, la sua attendibilità e valenza probatoria devono essere valutate attentamente, specie in presenza di circostanze di fatto contrastanti con il suo contenuto.

#### *Durata dell'intesa*

Nella decisione resa nel caso *Prodotti disinfettanti*, il Consiglio di Stato ha ritenuto che, quando dalla durata dell'intesa dipende l'applicazione di un regime sanzionatorio più o meno favorevole, la prova della durata deve essere fornita con lo stesso rigore richiesto per la prova dell'intesa. A tal fine possono essere usate anche presunzioni semplici, purché fondate su indizi gravi, precisi e concordanti.

#### *Base normativa*

##### *Pregiudizio al commercio comunitario e applicabilità dell'articolo 81*

Nella decisione relativa al caso *Prezzi del latte per l'infanzia*, il Consiglio di Stato ha confermato l'indirizzo secondo cui in presenza di una pratica restrittiva della concorrenza attuata nell'insieme del territorio di uno Stato membro sussiste “una forte presunzione”, che tale pratica “possa contribuire alla compartimentazione dei mercati e pregiudicare gli scambi intracomunitari”. In tal caso, grava sulle imprese l'onere di sovvertire tale presunzione. Né, secondo il Consiglio di Stato, vi è “alcuna contraddizione tra la definizione del mercato geografico come mercato nazionale e l'applicazione dell'art. 81 TCE”. In ogni caso, l'applicazione della disciplina comunitaria in luogo di quella nazionale, quand'anche fosse riconducibile a un errore, non determina l'illegittimità del provvedimento dell'Autorità, poiché non potrebbe in alcun modo ledere il diritto di difesa delle società coinvolte, avendo, anzi, l'effetto di “comportare delle garanzie procedimentali aggiuntive”.

Il Tar Lazio, nella pronuncia n. 2312/08, *Pannelli Truciolari*, ha affermato che il riferimento alla violazione dell'articolo 81 del Trattato CE, laddove non siano forniti elementi decisivi sulla sussistenza di un pregiudizio al commercio tra Stati membri, “non modifica la sostanza dell'accertamento compiuto circa la sussistenza dell'illecita intesa anticoncorrenziale, sicché si presenta alla stregua di un errore materiale del tutto inidoneo ad inficiare la legittimità dell'atto”.

***Condotte anticoncorrenziali in contesti regolamentati***

Il Consiglio di Stato, nelle sentenze 22 gennaio 2008 n. 695/08 e n. 697/08, rese nel caso *Associazione nazionale esercenti cinematografici lombarda*, ha ribadito il principio per cui il disposto legislativo che imponga una condotta anticoncorrenziale rileva come causa scriminante dell'illecito solo quando l'esigenza di conformarsi al precetto non lasci al soggetto alcun margine di autonomia, neppure quanto alle modalità di adempimento. A tal fine, il giudice ha richiamato, oltre alla propria giurisprudenza (Consiglio di Stato, VI, n. 7243/2003), anche quella della Corte di Giustizia (sentenza 11 novembre 1997, C-359/95, *Ladbroke Racing Ltd*). Il Consiglio di Stato ha inoltre ricordato che questi principi sono parimenti validi anche nell'ipotesi in cui “*la condotta anticoncorrenziale sia imposta o facilitata da un'autorità amministrativa in eventuale applicazione della normativa interna*” (sul punto, si veda anche Tar Lazio, sentenza 10 maggio 2007, n. 4252, *Consorzio Nazionale Servizi/Copma*).

In termini analoghi si è espresso il Consiglio di Stato anche nella sentenza n. 6469/07, resa nel caso *Lottomatica/Sisal*, nella quale è stato anche richiamato l'obbligo che incombe sulle autorità di concorrenza di disapplicare quelle norme nazionali che impongano, favoriscano o rafforzino gli effetti comportamenti d'impresa contrastanti con gli articoli 81-82 del Trattato CE (Corte di Giustizia, 9 settembre 2003, C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi*).

***Posizione dominante e abuso******Abuso di posizione dominante***

Il Tar del Lazio, nella sentenza del 4 giugno 2007, n. 5115, resa nel caso *Compagnia Portuale Brindisi*, ha ribadito il principio in base al quale “*l'abuso di posizione dominante si verifica quando su un piano obiettivo vi è una condotta illecita, non rilevando l'intento, e la relativa prova, di ledere il concorrente*”. Il giudice di prime cure ha altresì puntualizzato che “*l'unico presupposto perché una condotta possa essere qualificata abuso di posizione dominante e, quindi, debba essere vietata, è costituito dall'avere per oggetto di impedire o restringere la libera dinamica della concorrenza all'interno del mercato, sicché si caratterizza per la sua potenziale lesività e non per la concreta realizzazione dell'eliminazione o riduzione del grado di concorrenza*”.

### *Prezzi predatori*

Con riguardo all'accertamento della natura predatoria dei prezzi praticati da un'impresa, il Consiglio di Stato, nella sentenza 2 ottobre 2007, n. 5068, caso *Diano-Tourist-Caronte-NGI*, ha confermato la teoria economica secondo cui “*se il prezzo è inferiore al costo incrementale medio di breve periodo, deve essere considerato di natura predatoria; se il prezzo è superiore al costo incrementale medio di lungo periodo, non può essere considerato di per sé predatorio; se il prezzo è compreso tra i due costi, la valutazione dell'eventuale comportamento predatorio necessita di ulteriori elementi e dell'esame del contesto competitivo in cui esso si inserisce*”.

### *Accertamento di una condotta predatoria*

Il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 5068/07, caso *Diano-Tourist-Caronte-NGI*, ha chiarito che “*nel momento in cui una determinata impresa o gruppo di imprese viene a trovarsi in posizione dominante in un unico mercato rilevante, ove la stessa intenda, mediante una propria controllata, ampliare la propria attività nell'ambito di quello stesso mercato, utilizzandone potenzialità fino a quel momento del tutto trascurate, deve tenersi conto, ai fini dell'individuazione di una politica predatoria da parte di detta controllata, di tutti gli oneri ascrivibili all'effettuazione di detto servizio, anche se astrattamente imputabili al gruppo controllante e non direttamente alla controllata medesima*”.

### *Prezzi predatori: rilevanza dell'elemento soggettivo (intento escludente)*

Nella citata sentenza resa nel caso *Diano-Tourist-Caronte-NGI*, il Consiglio di Stato ha precisato che, nell'ipotesi di abuso di posizione dominante attuato attraverso l'applicazione di prezzi predatori, “*gli elementi di natura soggettiva – come l'intento escludente – assumono rilievo in presenza di politiche di fissazione dei prezzi inferiori alla media dei costi totali, ma superiori alla media dei costi variabili*”. Al contrario, la verifica circa la sussistenza dell'intento escludente non è necessaria nel caso in cui i prezzi siano inferiori alla media dei costi variabili. In questo caso, infatti, è lecito presumere “*che l'unico fine di tale comportamento sia quello di pregiudicare il concorrente, marginalizzandolo o escludendolo dal mercato*”.

## **Concentrazioni**

### *Valutazione delle concentrazioni*

Nella sentenza 10 luglio 2007, n. 6230, resa nel caso *Assicurazioni Generali/Toro Assicurazioni*, il Tar Lazio ha riconosciuto la rilevanza, nell'ambito dell'analisi sul controllo delle concentrazioni, di partecipazioni e incroci azionari tra concorrenti, in quanto suscettibili di "alterare i meccanismi e gli equilibri competitivi sul mercato". Nella medesima pronuncia il Tar Lazio, in relazione alla valutazione circa la sussistenza di una posizione dominante collettiva, ha passato in rassegna i criteri affermatasi nella giurisprudenza comunitaria, in particolare nel caso *Airtours-First Choice* (Tribunale di primo grado, sentenza 6 giugno 2002, causa T-342/99), concludendo nel senso che l'accertamento di siffatta dominanza implica un onere probatorio di "peculiare rilevanza", da parte delle autorità di concorrenza.

### *Nozione di controllo*

Nella sentenza n. 6230/07, resa nel caso *Assicurazioni Generali/Toro Assicurazioni*, il Tar Lazio ha ribadito che "la nozione di controllo accolta dall'art. 7 l. n. 287/90, di derivazione comunitaria, è più estesa di quella derivante dalla normativa civilistica, contemplando la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle attività di un'impresa". In proposito, il giudice di primo grado – sulla scorta anche delle indicazioni contenute nelle linee guida della Commissione europea sulle concentrazioni (*Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings*) – ha confermato che "la maggioranza assoluta dei voti in assemblea non sia l'unico elemento da considerare ai fini del riscontro della sussistenza del controllo de facto, potendosi guardare anche al ruolo degli altri azionisti presenti in assemblea e alla loro capacità di rafforzare la posizione dell'azionista di maggioranza relativa ovvero, al contrario, di destabilizzarla", precisando che, a tal fine, possono essere rilevanti elementi quali "il grado di dispersione dell'azionariato, l'esistenza di legami strutturali, economici o familiari tra taluni azionisti e quello di maggioranza relativa, nonché la natura della partecipazione, strategica o meramente finanziaria, degli altri azionisti nell'impresa target".

### *Misure cautelari*

Il Tar Lazio, nella citata sentenza relativa al caso *Distribuzione di farmaci senza obbligo di ricetta alle parafarmacie*, ha riconosciuto il generale potere dell'Autorità di adottare misure cautelari, nelle more del procedimento, nei casi in cui l'efficace tutela dell'interesse pubblico richiede un intervento indifferibile e urgente.

Con riferimento ai profili procedurali, il Tar Lazio ha ritenuto che “*la determinazione di avviare un procedimento per l'adozione di un provvedimento cautelare in materia antitrust deve essere preceduta dalla relativa comunicazione [all'impresa interessata] onde consentire, sia pure in un tempo compatibile con le esigenze cautelari, la possibilità per i soggetti interessati di partecipare al procedimento stesso esprimendo le proprie osservazioni sui relativi addebiti*”. Nondimeno, “*ove sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, ove cioè il rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza possa prodursi ad horas per cui sarebbe pregiudizievole attendere anche il limitato tempo necessario per l'audizione delle parti, occorre ritenere che il provvedimento cautelare possa essere adottato inaudita altera parte, salvo poi procedere alla conferma o alla revoca dello stesso a seguito dell'audizione delle parti sugli addebiti*”. In tal caso, il provvedimento cautelare deve essere motivato, dando conto esaurientemente delle ragioni di estrema gravità e urgenza che ne giustificano l'eccezionale adozione a prescindere dall'audizione delle parti.

### *Decisioni con impegni*

#### *Valutazione degli impegni: potere discrezionale e limiti dell'ordinamento comunitario*

In materia di valutazione degli impegni presentati dalle imprese ex articolo 14 ter, legge n. 287/90, il Tar Lazio, nella sentenza parziale n. 12457/07 e nella sentenza n. 12460/07, rese nel caso *Pannelli Truciolari*, ha anzitutto indicato che “*la norma ha attribuito all'Autorità un potere discrezionale, da esercitare nei limiti dell'ordinamento comunitario*”. Al fine di pervenire a una corretta esegesi della norma, il Collegio ha ritenuto necessario il rispetto dell'articolo 9 del regolamento CE n. 1/2003, cui è sostanzialmente ispirata, e del 13° considerando, secondo il quale “*le decisioni*

*concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende comminare un'ammenda*". Procedendo a una valutazione sistematica di tali norme, il giudice ha concluso che la previsione comunitaria "sconsiglia l'accettazione di impegni quando si intenda irrogare una sanzione pecuniaria, vale a dire nei casi di intese che, al momento dell'adozione della decisione sugli impegni, appaiono di rilevante gravità (cc.dd. violazioni hardcore)"; rispetto a siffatte violazioni, "l'accettazione degli impegni priverebbe la sanzione della propria efficacia deterrente" e "potrebbe ostacolare l'efficacia dei programmi di clemenza". In senso analogo, la sentenza del Tar Lazio relativa al caso *Vernici marine*.

Inoltre, il Consiglio di Stato nella decisione relativa al caso *Rifornimenti aeroportuali*, ha rilevato che il "Reg. n. 1/03 (considerando 13), all'evidente fine di evitare che l'accettazione degli impegni diventi solo un modo per evitare la sanzione, diminuendone così l'efficacia deterrente, precisa che le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione (in questo caso, l'Autorità) intende comminare un'ammenda, inducendo a ritenere applicabile l'istituto soprattutto nei casi meno gravi. Ciò esclude in radice l'ammissibilità dell'applicazione della decisione dell'accettazione di impegni nel caso in esame, in cui l'illecito è stato ... qualificato come molto grave".

#### *Idoneità degli impegni rispetto a condotte cessate*

Il Tar Lazio, nella sentenza resa nel caso *Vernici marine*, ha chiarito che l'"area naturale di applicazione" degli impegni va individuata in comportamenti che destano preoccupazione per gli eventuali riflessi che essi possono avere sul mercato, benché la loro contrarietà alla legge non sia ancora accertata, e non anche in profili anticoncorrenziali già venuti meno al momento dello svolgimento dell'istruttoria. Tuttavia, ove la violazione sia già venuta meno al momento dell'istruttoria, "l'accettazione degli impegni dovrebbe postulare la verifica della loro idoneità alla riparazione con effetti retroattivi delle condotte poste in essere. Diversamente, verrebbe disattesa la ratio della norma in quanto gli impegni devono essere 'tali da far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria', finalità che, nel caso di intesa non più attuale ma già cessata, può esser realizzata soltanto, per quanto possibile, attraverso la riparazione con effetto ex tunc dei comportamenti anticoncorrenziali".

### *Disparità di trattamento*

Con riferimento a censure mosse avverso il rigetto di impegni proposti ex articolo 14 *ter* della legge n. 287/90, il Tar del Lazio, nella pronuncia *Vernici marine*, ha statuito che “*il vizio di disparità di trattamento ... postula che situazioni identiche siano trattate dall'amministrazione in modo diverso e le fattispecie in materia antitrust, fisiologicamente complesse, sebbene possano presentare elementi di analogia, non sono mai tra loro identiche e, comunque, l'eventuale provvedimento di accettazione degli impegni intervenuta in una determinata ipotesi non è idonea di per sé sola a tradursi, come tertium comparationis, in un vizio di legittimità della valutazione negativa intervenuta in una diversa ipotesi*”.

### *Impegni e diffida*

Il Consiglio di Stato, nella pronuncia n. 424/08 sul caso *Rifornimenti aeroportuali* ha precisato che “*contenuto della diffida e impegni si pongono su due piani diversi: la diffida deve restare entro i limiti di cui all'art. 15 della legge n. 287/90 e all'art. 5 del Reg. CE n. 1/03 e non deve costituire uno strumento per imporre misure estranee al contenuto dell'illecito accertato; mentre gli impegni non sono strettamente vincolati e possono anche riguardare misure, estranee al contenuto della diffida*”.

### *Impegni presi dalle parti e decisione con impegni*

Nella citata sentenza *Mercato dello zolfo grezzo*, il Tar Lazio ha chiarito che la prassi di accogliere in una fase terminale del procedimento impegni presentati dalle parti non va confusa né con l'istituto della “*decisione con impegni*”, né con i programmi di clemenza, introdotti dal Regolamento CE n. 1/2003. I primi, ha osservato il Tar, costituiscono “*una sorta di ravvedimento operoso, grazie al quale, ove le misure proposte dalle imprese siano idonee a rimuovere l'infrazione e a ristabilire le condizioni di concorrenza sul mercato rilevante, l'Autorità può dichiarare cessate le infrazioni, non procedere all'intimazione di una diffida ed eventualmente non irrogare sanzioni amministrative pecuniarie*”.

Pertanto, ha precisato il Tar, la presentazione di siffatti impegni (diversamente

dall'istituto della “decisione con impegni” di cui all'articolo 9 del regolamento n. 1/2003) non fa venir meno il potere/dovere dell'Autorità di procedere ad una valutazione circa l'anticoncorrenzialità della fattispecie. La ‘decisione di infrazione’, in questi casi, contribuirebbe infatti “*a contestualizzare il contenuto dei divieti antitrust e a fornire indicazioni utili agli operatori economici per valutare ex ante la liceità dei comportamenti tenuti nel mercato*”.

### ***Imputabilità dell'illecito***

Il Consiglio di Stato, nella sentenza *Prodotti disinfettanti*, ha affermato il principio secondo cui l'agente, quando sostiene specifici rischi economici e finanziari, deve essere considerato impresa autonoma rispetto al proponente e, dunque, soggetto direttamente e unicamente responsabile per le proprie scelte imprenditoriali. In tale senso, secondo il Consiglio di Stato, depono anche la previsione della clausola del “buon fine”, la quale, proprio per il fatto di subordinare il diritto alla provvigione non alla mera conclusione dell'affare, ma all'ulteriore circostanza che esso vada appunto a buon fine, mal si concilia con un rapporto di immedesimazione organica tra l'agente e il proponente.

### ***Sanzioni***

#### ***Natura ed efficacia deterrente***

Nel periodo in considerazione i giudici amministrativi hanno ribadito sia la natura punitiva della sanzione, sia la sua necessaria efficacia deterrente.

In alcune sue decisioni (n. 6469/07, caso *Sisal/Lottomatica*, decisioni n. 695/08 e n.697/08, caso *Associazione nazionale esercenti cinematografici lombarda*) il Consiglio di Stato ha sottolineato che la sanzione *antitrust* è “*tipicamente punitiva*”; inoltre, lo stesso Consiglio di Stato, nella pronuncia del 23 gennaio 2008, n. 21, resa nel caso *Gas Tecnici*, ha confermato l'esigenza che la sanzione “*abbia una adeguata efficacia deterrente*”. Alla deterrenza della sanzione hanno fatto esplicito riferimento anche le sentenze del Consiglio di Stato, n. 424/08, *Rifornimenti aeroportuali* e del Tar del Lazio n. 12457/07, resa sul caso *Pannelli Truciolari*, nonché le sentenze del 10 maggio 2007, n. 4264/07 e n. 4263/07, rese nel caso *Pellegrini/Consip*.

*Presupposti e criteri di quantificazione*

La giurisprudenza ha chiarito che l’Autorità è dotata di “*ampi poteri discrezionali*” in sede di comminazione delle sanzioni (Consiglio di stato, decisione n. 720/08, caso *Rifornimenti aeroportuali*); ha inoltre ritenuto corretto il riferimento, da parte dell’Autorità, ai *Nuovi Orientamenti della Commissione europea per il calcolo delle ammende, 2006/C 210/02*, in sede di quantificazione delle sanzioni irrogate all’esito di procedimenti per i quali la comunicazione delle risultanze istruttorie era stata notificata dopo la data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale degli stessi (e cioè dopo il 1° settembre 2006) (Tar Lazio, sentenza *Vernici marine*; in termini analoghi, la sentenza *Pannelli Truciolari*).

In merito alla gravità, il Tar Lazio nella sentenza sui *Pannelli truciolari* ha osservato che l’intesa restrittiva della concorrenza accertata era “*oggettivamente grave*”, in quanto consistente “*nel contingentamento della produzione, nella ripartizione della clientela e nella fissazione dei prezzi e delle altre condizioni commerciali*” e poteva senz’altro essere qualificata molto grave essendo stati adeguatamente provati gli effetti prodotti sul mercato sotto forma di un irrigidimento delle quote di mercato e di un allineamento verso l’alto dei prezzi. Nella pronuncia *Vernici marine*, il Tar Lazio ha considerato rilevante al fine della quantificazione della sanzione dell’attuazione di una pratica illecita, osservando che degli effetti concretamente prodotti occorre fornire una prova sufficiente.

Il Consiglio di Stato (sentenza n. 6469/07 resa nel caso *Lottomatica/Sisal*) ha indicato che è “*sanzionabile anche una intesa priva di effetti*” dal momento che le norme sulle intese sono chiare “*nel richiedere la sola presenza dell’oggetto anticoncorrenziale, e non anche necessariamente dell’effetto*” (sentenza n. 424/08, caso *Rifornimenti Aeroportuali*). Inoltre, il Consiglio di Stato ha chiarito che le intese possono essere “*molto gravi, innanzitutto per la loro natura*” (sentenza n. 102/08, resa nel caso *Prezzi del latte per l’infanzia*).

Il Consiglio di Stato, nella pronuncia n. 1006/08, resa sul caso *Gas Tecnici*, ha svolto alcune considerazioni in merito alla prassi ricorrente dell’Autorità di dividere in fasce (o categorie) le società coinvolte nell’intesa sulla base del fatturato, rilevando che “*se da un lato, la prassi di dividere le imprese in categorie sulla base del fatturato*

*realizzato appare ragionevole, perché consente di tener conto della diversa capacità economica dei soggetti coinvolti e, quindi, di determinare una sanzione che abbia una adeguata efficacia deterrente, dall'altro, tuttavia, non esime l'Autorità di indicare puntualmente, con riferimento a ciascuna impresa collocata all'interno della fascia, le ragioni che conducono alla concreta quantificazione della sanzione, valutando in maniera specifica la gravità dell'infrazione compiuta da ciascuna con riferimento all'entità del suo eventuale apporto all'intesa stessa".*

Nel caso *Associazione nazionale esercenti cinematografici lombarda*, il Consiglio di Stato ha richiamato la giurisprudenza comunitaria secondo cui in una decisione di irrogazione di ammende a molteplici imprese per violazione delle norme comunitarie in materia di concorrenza, l'obbligo di motivazione *"non comporta la redazione di un elenco vincolante o esauriente dei criteri tenuti in considerazione"*, precisando altresì che, *"nel fissare l'importo di ciascuna ammenda, la Commissione disponga di un margine di discrezionalità e non sia tenuta ad applicare, a tale scopo, una formula matematica precisa"*. Nelle medesime sentenze, tuttavia, il Consiglio di Stato ha anche rilevato che, secondo la stessa giurisprudenza comunitaria, è auspicabile che le imprese interessate e, ove necessario, il Tribunale, siano messi in condizioni di controllare che il metodo di calcolo utilizzato e i passaggi seguiti dall'Autorità siano privi di errori e compatibili con le disposizioni e i principi applicabili in materia di ammende, in particolare con il divieto di discriminazioni, dovendosi comunque consentire all'Autorità di poter spiegare, in corso di giudizio, i criteri utilizzati. Il Consiglio di Stato ha ricordato che, in ogni caso, l'assenza di idonea motivazione circa la quantificazione della sanzione non comporta l'annullamento della sanzione, ma la verifica della sua congruità da parte del giudice amministrativo.

#### *Fatturato*

Nella sentenza n. 2312/08, *Pannelli Truciolari*, il Tar Lazio ha precisato che, riguardo all'indicazione delle percentuali del "valore delle vendite" applicate per la determinazione delle sanzioni irrogate, poiché *"il giudice amministrativo ha giurisdizione di merito sul profilo sanzionatorio – un'eventuale carenza di motivazione in parte qua dell'atto non potrebbe comunque determinare l'illegittimità del provvedimento ed il suo annullamento, ben potendo il giudice adito, ove del caso*

*acquisendo ulteriori elementi in via istruttoria, apprezzare la congruità del quantum delle sanzioni pecuniarie irrogate e sostituirsi all'amministrazione nella nuova determinazione delle misure ove queste si rivelino irragionevoli, inique o sproporzionate".*

Nella medesima sentenza il Tar del Lazio ha ritenuto che nella determinazione della percentuale del valore delle vendite per la determinazione dell'importo base della sanzione è corretto applicare una percentuale più elevata in presenza di un fatturato d'impresa particolarmente elevato realizzato anche per vendite di beni diversi da quelli ai quali l'infrazione si riferisce, così come una percentuale inferiore nel caso di imprese il cui fatturato è costituito quasi per intero dalle vendite dei beni oggetto dell'infrazione.

#### *Rilevanza dell'elemento soggettivo*

Il Consiglio di Stato nella decisione n. 424/08 sul caso *Rifornimenti aeroportuali* ha chiarito che, in base alla giurisprudenza comunitaria, *"perché un'infrazione alle norme del Trattato sulla concorrenza si possa considerare intenzionale, non è necessario che l'impresa sia stata conscia di trasgredire tali norme, ma è sufficiente che essa non potesse ignorare che il suo comportamento aveva come scopo la restrizione della concorrenza"*. I giudici hanno, inoltre, precisato che, nel caso di specie, le imprese coinvolte erano *"di dimensioni tali da disporre certamente delle conoscenze giuridiche e economiche necessarie per conoscere il carattere illecito della loro condotta e le conseguenze che ne derivano dal punto di vista del diritto della concorrenza"*.

Quanto ai presupposti per l'irrogazione della sanzione, il Tar Lazio, nella sentenza relativa al caso *Compagnia Portuale Brindisi*, ha ribadito che, ai fini della sussistenza dei presupposti per l'irrogazione della sanzione, *"l'abuso di posizione dominante, al pari dell'intesa anticoncorrenziale, in definitiva, è un illecito di mera condotta per la cui realizzazione è sufficiente il c.d. dolo generico"*. E pertanto *"per l'integrazione della fattispecie non è necessario che l'impresa abbia avuto coscienza di violare un divieto, essendo sufficiente che essa non abbia potuto ignorare che il comportamento avesse per oggetto la restrizione della concorrenza, indipendentemente dal fatto che il comportamento, potenzialmente restrittivo della concorrenza abbia o meno avuto effetti pratici"*.

Inoltre, il Tar Lazio, nella sentenza del 19 marzo 2008, n. 2478, relativa al caso *Lidl*, ha richiamato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui *“l'errore sulla illiceità del fatto, per essere incolpevole, deve trovare causa in elementi tali da ingenerare una certa convinzione sul significato della norma, la quale certamente non può essere identificata nella mera asserita incertezza del dettato normativo, specie se causata da una errata soggettiva percezione dello stesso, trattandosi di condizione sempre superabile, anche mediante una richiesta di informazioni alla p.a.. Ciò vale tanto più ove l'ignoranza interessi un operatore professionale, cioè un soggetto nei cui confronti il dovere di conoscenza e di informazione in ordine ai limiti e condizioni del proprio operare è particolarmente intenso, con l'effetto che la sua condotta, sotto il profilo considerato, dovrebbe semmai essere valutata con maggior rigore”*.

#### *Proporzionalità*

Il Consiglio di Stato, nella sentenza del 17 aprile 2007, n. 1736, resa nel caso *Bracco-Byk Gulden Italia-Farmades-Nycomed Amersham Sorin-Schering*, ha sottolineato la rilevanza del principio di proporzionalità nella quantificazione delle sanzioni irrogate dall'Autorità. In particolare, il giudice ha rilevato che *“il principio di proporzionalità, che investe lo stesso fondamento dei provvedimenti limitativi delle sfere giuridiche del cittadino (in specie quelle di ordine fondamentale) e non solo la graduazione della sanzione, assume nell'ordinamento interno lo stesso significato che ha nell'ordinamento comunitario. [...] Equivalenza particolarmente pregnante nel sistema antitrust, articolato su un livello a due piani, nazionale e comunitario, il cui rapporto è retto dal principio di sussidiarietà”*.

#### *Circostanze aggravanti e attenuanti*

Il Consiglio di Stato, nella pronuncia resa sul caso *Prezzi del latte per l'infanzia*, ha chiarito che la recidiva, come circostanza aggravante, va intesa come reiterazione di *“un'infrazione del medesimo tipo”*; essa è quindi applicabile anche in relazione *“a condotte che, seppure non identiche, si iscrivevano, nella stessa tipologia di illecito antitrust”*. Il Tar Lazio, nella sentenza n. 2312/08 sui *Pannelli truciolati*, ha chiarito essere priva di rilievo, come circostanza attenuante, l'assenza di precedenti violazioni antitrust da parte di una determinata impresa, laddove – anche alla luce dei *Nuovi*