

Orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende - la recidiva costituisce piuttosto una circostanza aggravante. Nella stessa pronuncia il giudice ha ritenuto legittimo l'aver tenuto conto, come attenuante, della collaborazione prestata dalle parti nel corso dell'istruttoria con riferimento alla prova dell'infrazione e, più in generale, alla spiegazione dei fatti e documenti contestati. Inoltre, il giudice ha ritenuto corretto non prendere in considerazione nella determinazione della sanzione la generica situazione di crisi dell'industria dei pannelli truciolari.

Il Consiglio di Stato, nella decisione relativa al caso *Prezzi del latte per l'infanzia*, ha sottolineato inoltre la necessità di tenere in considerazione come circostanza attenuante, ai fini della quantificazione della sanzione, il fatto che l'Autorità avesse “*suscitato in capo alle Parti un legittimo affidamento (o quanto meno un ragionevole dubbio) in ordine alla liceità o, comunque, alla neutralità, sotto il profilo concorrenziale, della condotta poi successivamente contestata*”. Nel caso di specie, il Collegio ha ritenuto circostanza idonea a far sorgere un ragionevole dubbio circa il carattere illecito dell'infrazione poi sanzionata “*il mancato esercizio da parte dell'AGCM del potere sanzionatorio in ordine a condotte dalla stessa certamente conosciute nell'ambito di un diverso procedimento a carico delle medesime imprese*”.

Nella sentenza resa nel caso *Prodotti Disinfettanti*, il Tar Lazio ha ritenuto che la collaborazione nell'accertamento dell'illecito concorrenziale rilevante ai fini dell'attenuazione delle ammende, come richiesto dai *Nuovi Orientamenti* della Commissione europea sul calcolo delle ammende e dal comma 2-bis dell'articolo 15 della legge n. 287/90, deve rivestire carattere “*qualificato*” e cioè dal fatto che l'impresa si adoperi “*oltre quanto richiesto dagli obblighi di collaborazione richiesti dalla legge*”. In proposito, il Tar Lazio, nella sentenza *Vernici marine*, ha indicato che non può considerarsi autonoma circostanza attenuante la presentazione di impegni che siano stati rigettati dall'Autorità.

Disparità di trattamento sanzionatorio

Con la sentenza n. 102/2008, *Prezzi del latte per l'infanzia*, il Consiglio di Stato ha negato la sussistenza di una disparità di trattamento sanzionatorio nell'ipotesi in cui l'entità della sanzione non rifletta le quote di mercato degli operatori, osservando che non vi sia, in tal caso, alcun profilo di irragionevolezza, poiché il criterio incentrato

sull'ampiezza delle quote di mercato era soltanto uno dei parametri adoperati dall'Autorità per la concreta determinazione della sanzione. Alla medesima conclusione il Collegio è pervenuto con riguardo al parametro delle condizioni economiche del soggetto danneggiato. Atteso che il fatturato non costituisce l'unico criterio utilizzato dall'Autorità al fine di determinare la sanzione, non può essere ritenuto illogico “*che sanzioni non rispecchino perfettamente le proporzioni esistenti tra i fatturati delle società coinvolte*”.

Il Tar del Lazio, con la sentenza resa nel caso *Pellegrini/Consip*, ha rilevato la carenza di interesse alla censura con cui si lamenta l'applicazione di percentuali sanzionatorie diseguali alla pluralità delle imprese coinvolte in un medesimo cartello: non può infatti vantarsi alcun interesse all'aumento della sanzione irrogata ad altri partecipanti all'intesa, bensì solo alla riduzione della propria sanzione, ciò in quanto essa è stata determinata prescindendo dalle circostanze che hanno indotto l'Autorità a fissare sanzioni diverse a carico degli altri operatori coinvolti.

Disparità di trattamento - Clemenza

Il Tar Lazio, nella sentenza *Pannelli Truciolari*, ha escluso che le imprese partecipanti a un cartello possano avere alcun interesse giuridicamente rilevante a contestare l'ammissione di altra parte dell'intesa al programma di clemenza “*non sussistendo alcun nesso eziologico tra l'ammissione (di un'impresa) alla misura premiale e la quantificazione della sanzione pecuniaria irrogata alle imprese responsabili dell'illecito*”.

Criteri di quantificazione (condizioni economiche)

La sentenza del Tar Lazio n. 4263/07, resa nel caso *Pellegrini/Consip*, ha indicato che le condizioni economiche dell'impresa rilevanti per la determinazione della sanzione sono quelle esistenti al momento dell'irrogazione della sanzione e non quelle del momento in cui è stato commesso l'illecito.

Termini del procedimento di rideterminazione della sanzione

Il Tar Lazio, nella sentenza resa nel caso *Pellegrini/Consip*, ha affermato che i tempi del procedimento per la rideterminazione della sanzione, condotto dall’Autorità in ottemperanza al giudicato amministrativo, sono rimessi alla discrezionalità dell’Autorità stessa: pertanto il *dies a quo* del nuovo termine di conclusione del procedimento non coincide con il deposito della sentenza del Consiglio di Stato che impone il riesercizio della potestà di determinazione della sanzione, e il *dies ad quem* non coincide con il termine originariamente fissato dal provvedimento accertativo dell’infrazione. Piuttosto, è l’Autorità che stabilisce, ai sensi dell’articolo 6, comma 3, del decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217, il termine di conclusione del procedimento, il quale non è perentorio, ma può essere motivatamente prorogato.

Rideterminazione della sanzione da parte del giudice

Il Consiglio di Stato, nella citata sentenza resa nel caso *Bracco-Byk Gulden Italia-Farmades-Nycomed Amersham Sorin-Schering*, ha osservato che, con riferimento alle motivazioni addotte dal giudice in sede di riduzione della sanzione da parte del giudice di primo grado, è “*passibile di critica [...] l’operazione [...] di sintetica rideterminazione verso il basso dell’importo*” senza un’esatta indicazione del rilievo di ciascuna delle circostanze considerate. In quel caso, a sostegno della riduzione dell’ammenda, il Tar Lazio aveva fatto riferimento al difetto di proporzionalità della sanzione e alla esclusione di alcuni fatti sanzionati dalla concertazione, senza tuttavia una “*preventiva individuazione della rispettiva influenza che i due elementi – corrispondenti ai vizi del provvedimento impugnato – giocavano nella riduzione della sanzione*”.

Potere di diffida dell’Autorità e ottemperanza

Diffida

Nella sentenza relativa al caso *Mercato dello zolfo grezzo*, il Tar del Lazio ha precisato che la diffida deve essere correlata al tipo di illecito contestato e può comportare tanto un obbligo di fare (come nel caso delle pratiche escludenti), quanto di astenersi da determinati comportamenti (è questo tipicamente il caso degli accordi e

delle pratiche concordate restrittive della concorrenza). Nella medesima pronuncia il Tar Lazio ha altresì ribadito che la finalità della diffida, “*non è solo quella di eliminare i comportamenti oggetto dell’intesa ma anche quella di rimuovere, ove possibile, le conseguenze anticoncorrenziali di essa e di intimare alle imprese di astenersi dal porre in essere analoghi comportamenti per il futuro*”; a tal proposito, il giudice ha statuito che “*l’art. 15 della l. n. 287/90 non attribuisce espressamente all’Autorità il potere di imporre rimedi alle imprese (ad es. misure di natura strutturale), ancorché detto potere sia stato considerato dalla giurisprudenza connaturato al ruolo dell’Autorità*”. Pertanto, per poter ingiungere specifici comportamenti diversi dalla mera cessazione di quelli tramite cui è stato realizzato l’illecito, essa “*deve comunque fornire un’adeguata motivazione e valutare l’idoneità delle misure imposte sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità ‘considerato che ciò che è atto dovuto è la diffida ma non anche l’inclusione nella diffida di tali specifiche misure’ (Consiglio di Stato, decisione n. 926/2004)*”.

Il Consiglio di Stato, nella pronuncia n. 423/08 sul caso *Rifornimenti aeroportuali*, ha ritenuto che l’inibitoria di intese anticoncorrenziali e di fattispecie di abuso di posizione dominante “*non possa prescindere dalla puntuale individuazione e dall’inibitoria delle condotte ritenute lesive, quali parametri cui rapportare la necessaria verifica di ottemperanza alla diffida, non essendo – in caso contrario – in alcun modo verificabile (se non a distanza di molto tempo e in base all’andamento generale del mercato) il superamento dei patti occulti, indirizzati al sovvertimento della libera concorrenza*”. Sempre con riguardo al potere di diffida, nella medesima pronuncia il Collegio ha posto in evidenza che l’articolo 15 della legge n. 287/90 e l’articolo 5 del regolamento CE n. 1/2003 “*appaiono testualmente finalizzati alla eliminazione delle infrazioni ed alla cessazione delle medesime*” e pertanto non consentono di aggiungere all’ordine di rimozione della condotta antiggiuridica una modifica strutturale del sistema, “*ove non strettamente funzionale alle finalità anzidette*”.

Ottemperanza

Il Tar del Lazio, con la sentenza del 19 aprile 2007, n. 3457, resa nel caso *Operatori nel settore degli esplosivi da mina*, ha ritenuto idonea, ai fini

dell'ottemperanza a una diffida, un'iniziativa che *“sebbene propedeutica, può ritenersi finalizzata ad ottemperare all'ordine impartito”* dall'Autorità. Il Tar ha poi circostanziato tale affermazione, puntualizzando che il fatto che *“tale iniziativa avesse, nella sostanza, carattere interlocutorio – e, comunque, non sia stata ritenuta esaustiva –, non altera la sua rilevanza [...laddove] l'Autorità ha imputato alle imprese non già la mancata ottemperanza, bensì l'assenza di iniziative volte ad ottemperare”*. Ciò, in particolare, laddove *“l'Autorità non ha fornito riscontro all'istanza, mentre [...] sarebbe stata obbligata a pronunciarsi su di essa”* in ragione di un'ordinanza del Consiglio di Stato, che aveva specificato la sussistenza dell'obbligo, in capo all'Autorità, di esprimersi sull'istanza con cui le imprese le avevano sottoposto le misure che intendevano adottare per ottemperare.

Inottemperanza all'obbligo di comunicazione di una concentrazione

Secondo il Tar, nella sentenza n. 2478/08, *Lidl*, l'uso della voce verbale “può” nell'articolo 19, comma 2, della legge n. 287/90, *“non è indicativa della spettanza all'Autorità di una discrezionalità estesa all'an del trattamento sanzionatorio, ma si spiega semplicemente con l'intento legislativo di sottolineare – oltre che il potere di graduarne il quantum – la cumulabilità della sanzione per l'inottemperanza agli obblighi di comunicazione preventiva con l'ulteriore sanzione applicabile, in forza del 1° comma dello stesso art. 19, in dipendenza degli eventuali effetti anticoncorrenziali della concentrazione”*.

PROFILI PROCEDURALI

Poteri istruttori dell'Autorità e diritti di difesa

Rapporto tra Comunicazione delle risultanze istruttorie e provvedimento finale

Nella decisione *Prezzi del latte per l'infanzia*, il Consiglio di Stato ha ribadito che *“le eventuali differenze rispetto alla comunicazione delle risultanze istruttorie rilevano solo se comportano un mutamento della natura intrinseca della violazione*

accertata rispetto a quella contestata, con modifica dell'imputazione, perché solo in tal caso sarebbe violato il diritto di difesa, mentre nulla impedisce che l'Autorità (..) ad esito del procedimento mantenendosi all'interno della cornice fattuale degli addebiti mossi alle imprese (..) pervenga ad una definizione giuridica dei fatti contestati diversa da quella iniziale, ovvero ad una diversa ricostruzione giuridico-formale della fattispecie".

Nella sentenza relativa al caso *Lottomatica/Sisal*, il Consiglio di Stato ha rilevato che *"in procedimenti particolarmente complessi, ... ed aventi ad oggetto una pluralità di condotte contestate, non è certo necessario che l'Autorità già nel corso dell'istruttoria o alla fine di questa (CRI) segua lo stesso ordine logico del provvedimento finale e tragga tutte le conclusioni"*; ciò che importa è che *"le parti siano messe in grado di comprendere la natura delle contestazioni mosse, anche con riferimento agli accertamenti istruttori, e possano così difendersi"*.

Estensione oggettiva del procedimento

Il Consiglio di Stato, nella sentenza 2 ottobre 2007, n. 5085, *Ania/Periti assicurativi*, riformando la sentenza di primo grado ha affermato che *"la contestazione iniziale in base alla quale sia stata portata a termine una corrispondente istruttoria, non consente di pervenire, all'interno dello stesso procedimento, e dopo la conclusione dell'istruttoria stessa, alla legittima contestazione di ulteriori fatti ipotizzati come autonomi illeciti, assumendoli come rilevanti nell'unico procedimento già instaurato ed inserendoli in tale procedimento nello stato in cui esso si trova in relazione alla prima contestazione. Un tale modus operandi priva evidentemente la parte destinataria della seconda contestazione della sua essenziale possibilità di difesa, sulla quale non influisce la mera circostanza di una proroga del termine, inizialmente fissato, per la conclusione dell'istruttoria, non idonea a ripristinare la posizione difensiva della parte relativamente all'interessa delle sue prerogative difensive"*.

Il medesimo giudice ha inoltre osservato che, in un sistema procedimentale puntualmente scandito da apposite norme procedimentali, quale quello davanti all'Autorità, non può utilmente invocarsi l'articolo 21 *octies* della legge n. 241/90, *"perché la conclusione dell'istruttoria simultanea alla contestazione di fatti nuovi ed autonomi da quelli originariamente contestati, pone il procedimento in uno stato tale da*

rendere estremamente difficile, se non praticamente impossibile, all'Amministrazione di provare in giudizio che il contenuto del provvedimento finale non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato". "La norma è di dubbia applicazione ad un caso in cui non è mancata la mera comunicazione dell'avvio di procedimento, ma un'intera sequenza di momenti di contraddittorio, la cui assenza, in una materia caratterizzata da complessi accertamenti e valutazioni tecnico-economiche, nonché da rilevantissimi profili sanzionatori, non può ridursi ad un mero vizio formale del provvedimento finale, costituendo il corretto contraddittorio procedimentale un modo di essere intrinseco all'esercizio del potere, cioè un momento 'sostanziale' dell'esercizio dei poteri accertativo-sanzionatori dell'Autorità".

Termini dell'istruttoria

Nella sentenza relativa al caso *Pannelli Truciolari*, il Tar ha escluso che la decorrenza di un rilevante intervallo di tempo tra la ricezione di una segnalazione e l'avvio dell'istruttoria si traduca in un vizio procedurale: l'articolo 14 della legge n. 287/90 non contempla, infatti, alcun termine di inizio del procedimento, e l'Autorità deve disporre di tutto il tempo necessario alla valutazione sulla esigenza o meno di avviare l'istruttoria. Il medesimo giudice, nella sentenza resa nel caso *Prodotti disinfettanti*, muovendo dalla distinzione tra istruttoria avviata d'ufficio dall'Autorità (articolo 12) e istruttoria avviata a seguito di comunicazione degli accordi da parte delle imprese (articolo 13) ha ritenuto che *"quando l'attività istruttoria è posta in essere d'ufficio o su impulso di terzi, i tempi del procedimento sono sostanzialmente rimessi alla discrezionalità dell'amministrazione procedente"*. Infatti, solo nell'ipotesi in cui sia stato lo stesso autore del comportamento anticoncorrenziale a portarlo a conoscenza dell'Autorità, a quest'ultimo deve riconoscersi *"il diritto di ottenere una verifica in tempi certi"*; laddove, invece, quando *"un comportamento lesivo della libertà di concorrenza sia stato individuato dall'Autorità di propria iniziativa o su sollecitazione di terzi, il suo autore non può dolersi allo stesso modo della tardività dell'intervento dell'amministrazione"*.

Legittimo affidamento

Nella decisione n. 423/08, resa sul caso *Rifornimenti aeroportuali*, il Consiglio di Stato ha chiarito che alcun legittimo affidamento può essere invocato dalle imprese che abbiano comunicato un'intesa all'Autorità per il fatto che essa abbia omesso di avviare un'istruttoria nei termini di cui all'articolo 13 della legge n. 287/90. Ciò, “*sia perché il precluso avvio di un'istruttoria non tempestiva non si estende al caso di 'comunicazioni incomplete o non veritiere', sia perché anche un'intesa originariamente legittima può dare luogo ad interventi sanzionatori, in caso di deviazioni poste in essere in un secondo tempo*”.

Istruttoria in materia di concentrazioni

Sospensione del termine per acquisizione del parere dell'ISVAP

Il Tar Lazio, nella sentenza n. 6230/07, resa nel caso *Assicurazioni Generali/Toro Assicurazioni* ha ribadito che il termine perentorio di 45 giorni previsto dall'articolo 20 della legge n. 287/90 per l'adozione dell'atto conclusivo dell'istruttoria in materia di concentrazioni viene automaticamente sospeso per consentire l'acquisizione del parere dell'Isvap. In proposito, il giudice ha precisato che il predetto effetto sospensivo del termine finale del procedimento “*è logicamente – e necessariamente - collegato allo scopo avuto di mira dalle previsioni che impongono l'acquisizione di un parere: l'arricchimento dell'istruttoria, garantito in queste ipotesi attraverso l'esercizio della funzione consultiva da parte di un soggetto diverso da quello responsabile del procedimento principale, non può cioè andare a detrimento dell'ampiezza delle valutazioni rimesse al titolare dell'attribuzione di amministrazione attiva*”. Peraltro, il Tar ha ribadito che “*Il parere dell'Isvap si inserisce infatti nella fase decisoria, non già in quella istruttoria, del procedimento antitrust*” il che comporta “*l'irragionevolezza della tesi della ricorrente, a voler seguire la quale sortirebbe che all'Autorità sarebbero concessi solo quindici giorni (quarantacinque complessivi meno i trenta per l'acquisizione del parere) per l'espletamento delle attività istruttorie*”.

Inapplicabilità dell'articolo 10-bis, legge n. 241/90 in materia di concentrazioni

Il Tar Lazio, nella citata sentenza resa nel caso *Assicurazioni Generali/Toro*

Assicurazioni, ha chiarito che l'articolo 10-bis della legge n. 241/90 non sia applicabile in caso di “non autorizzazione” o “autorizzazione condizionata” delle concentrazioni comunicate all'Autorità. Ciò anche in considerazione del fatto che i procedimenti antitrust sono “*compiutamente disciplinati dalla l. n. 287 del 1990 e dal relativo regolamento di procedura (approvato con d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217), fonti che in linea di massima prevalgono sulla disciplina generale del procedimento in ragione - oltre che, appunto, della loro specialità - della circostanza che le esigenze partecipative da questa perseguite sono (più che adeguatamente) considerate nella normativa di settore*”.

Termine per la contestazione dell'inottemperanza

Il Tar del Lazio, nella pronuncia sul caso *Compagnia Portuale Brindisi*, ha ribadito il principio in base al quale, con riferimento alla contestazione dell'inottemperanza a una diffida impartita dall'Autorità, “*il dies a quo del termine per la contestazione degli estremi della violazione, essendo ancorato al momento dell'accertamento della violazione stessa, deve essere inteso come comprensivo del tempo necessario alla valutazione dei dati acquisiti ed afferenti agli elementi oggettivi e soggettivi dell'infrazione*”.

Aspetti procedurali relativi al subprocedimento di valutazione degli impegni

Termine per la presentazione di impegni

Con sentenza parziale n. 12457 e sentenza n. 12460, rese entrambe in data 4 dicembre 2007, *Pannelli Truciolari*, il Tar del Lazio ha avallato la scelta dell'Autorità di ritenere applicabile l'articolo 14 *ter* della legge n. 287/90 anche ai procedimenti pendenti al momento dell'entrata in vigore della norma (e cioè il 12 agosto 2006), ritenendola un “*apprezzabile atto di mera collaborazione*” dell'amministrazione. In virtù di tale atto le parti di procedimenti *in itinere* potevano presentare impegni nel termine di tre mesi stabilito dalla norma, che “*eccezionalmente è stato considerato decorrente non già dalla notifica dell'istruttoria ma dalla data di entrata in vigore della norma*”.

Obbligo di preavviso del rigetto

Il Tar Lazio, nelle citate sentenze parziali rese nel caso *Pannelli Truciolari*, ha escluso che al sub-procedimento *ex* articolo 14 *ter* della legge n. 287/90 si applichi l'articolo 10 *bis* della legge n. 241/90, secondo cui, nei procedimenti a istanza di parte, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, devono essere comunicati tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. A tal proposito, il giudice ha ribadito il consolidato orientamento secondo cui i procedimenti antitrust sono compiutamente disciplinati dalla legge n. 287/90 e dal relativo regolamento di procedura (decreto del Presidente della Repubblica n. 217/98), e “*tali fonti prevalgono sulla disciplina generale del procedimento sia per la loro specialità sia per la circostanza che le esigenze partecipative ad esso sottese sono adeguatamente considerate nella normativa di settore*”.

Valutazione preliminare

Sempre nelle sentenze parziali rese nel caso *Pannelli Truciolari*, il Tar Lazio ha escluso che prima dell'eventuale presentazione degli impegni l'Autorità sia tenuta a rendere noto alle parti del procedimento le valutazioni preliminari effettuate in esito a una prima parte dell'attività istruttoria, e ciò perché: *i*) l'articolo 14 *ter* scandisce un *iter* subprocedimentale attribuendo l'iniziativa alle parti e “*senza prevedere ulteriori segmenti partecipativi*”; *ii*) ritenere che sia necessaria una valutazione preliminare dei risultati dell'istruttoria si porrebbe in contrasto con la *ratio* dell'istituto che mira a una rapida definizione della questione senza che sia necessario pervenire a un accertamento della sussistenza o meno dell'illecito anticoncorrenziale; *iii*) il procedimento nazionale ha una struttura almeno in parte diversa da quella del procedimento comunitario, e nell'ordinamento nazionale l'atto di avvio dell'istruttoria funge sostanzialmente da valutazione preliminare sulla sussistenza di preoccupazioni anticoncorrenziali.

Difesa delle parti e obbligo di motivazione dell'Autorità

Motivazione dei provvedimenti in relazione alle difese delle parti

Il Tar Lazio, nella sentenza relativa al caso *Compagnie Aree/Fuel Surcharge*, in conformità al consolidato orientamento giurisprudenziale, ha affermato “*che l'obbligo*

di prendere in considerazione le memorie e le osservazioni prodotte dal destinatario del procedimento amministrativo non comporta la necessità di una specifica confutazione delle argomentazioni svolte, dovendosi valutare la sufficienza della motivazione in relazione all'ampiezza dei poteri affidati all'amministrazione, tenendo conto che ciò che rileva ai fini della legittimità è la congruità della decisione e della motivazione in rapporto alle risultanze istruttorie complessivamente acquisite”.

Con riguardo all'onere di motivazione dei provvedimenti dell'Autorità, il Tar Lazio, nella citata sentenza relativa al caso *Assicurazioni Generali/Toro Assicurazioni* ha ribadito la propria critica alla *“tecnica difensiva [delle imprese] consistente nel soppesamento parcellizzato del valore probatorio dei singoli indizi decontestualizzati, che deve cedere il passo all'apprezzamento organico della valenza propria del complesso indiziario raccolto”*. In senso analogo, si è espresso il Consiglio di Stato nella citata sentenza resa nel caso *Lottomatica/Sisal*.

Rettifica della sanzione

Il Consiglio di Stato, nella sentenza relativa al caso *Rifornimenti Aeroportuali*, ha chiarito che in caso di rettifica della sanzione da parte dell'Autorità, laddove ciò porti all'aggravamento della sanzione a carico di un'impresa, è necessaria la previa comunicazione dell'avvio del procedimento all'impresa interessata.

Autorizzazione in deroga ex articolo 4 legge n. 287/90

Il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 1006/08 relativa al caso *Gas Tecnici*, ha posto in evidenza che i principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa impongono all'Autorità – prima di negare l'autorizzazione in deroga ex articolo 4 della legge n. 287/90 e ordinare la misura delle dismissione delle imprese comuni – di segnalare *“alle imprese madri la necessità di rimuovere eventuali restrizioni ritenute eccessive rispetto alla finalità dell'intesa, al fine di giungere all'autorizzazione di un'intesa che poteva essere ritenuta, in assenza dei predetti elementi di criticità, vantaggiosa per il mercato”*.

Rapporti tra giudicato penale e determinazioni dell’Autorità

Il Consiglio di Stato nella decisione relativa al caso *Prodotti Disinfettanti* ha affrontato il tema dei rapporti tra giudicato penale e determinazioni dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato indicando che il giudicato penale si impone alle altre giurisdizioni solo sotto il profilo relativo all’accertamento dei fatti e non anche in ordine alla “qualificazione” dei fatti stessi. In particolare, il giudicato penale di assoluzione “*non vincola in ordine alla qualificazione dei fatti ivi presi in considerazione in relazione alla tutela di interessi diversi da quelli che sono stati sottoposti al giudice penale*”. Di conseguenza, la conclusione del giudice penale di irrilevanza dei fatti “*non vincola l’autorità amministrativa nel formulare il giudizio di rilevanza dei medesimi fatti in relazione agli interessi al cui presidio è preposta l’Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, e nemmeno il giudice amministrativo, chiamato a decidere sull’impugnazione degli atti di irrogazione della sanzione amministrativa*”.

Accesso ai documenti

Accesso e riservatezza

Il Consiglio di Stato, nella decisione relativa al caso *Prezzi del latte per l’infanzia*, ha nuovamente affrontato il tema dei rapporti tra diritto d’accesso e riservatezza nei procedimenti antitrust, che implica la necessità di bilanciare l’interesse alla tutela delle informazioni riservate con quello alla tutela del diritto di difesa delle parti. Dopo aver ribadito che il diritto di accesso nei procedimenti antitrust si presenta come esplicazione del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio, il Consiglio di Stato ha indicato che il diniego di accesso agli atti per ragioni di riservatezza “*può assumere rilievo come violazione del diritto di difesa solo quando si ritenga che, in mancanza del diniego il procedimento si sarebbe potuto concludere in modo diverso*”. Pertanto, la valutazione della rilevanza dei documenti non resi accessibili deve essere fatta alla luce degli addebiti mossi all’impresa e della difesa da quest’ultima svolta. Pertanto, quando il diniego d’accesso riguardi “*dati che hanno un rilievo assai limitato rispetto all’impianto accusatorio creato dall’Autorità*” non si può ritenere che sia stato arrecato alcun pregiudizio al diritto di difesa delle parti. In questo caso, il comportamento dell’Autorità risulterà, dunque, non solo pienamente legittimo ma

conforme a quanto previsto, a tutela della riservatezza, nell'articolo 13 del D.P.R. n. 217/1998 (p. 20). In proposito, il Consiglio di Stato ha ricordato che *“l'accesso ai documenti che contengono segreti commerciali (...) rappresenta un'eccezione, e può avvenire solo limitatamente a quegli elementi essenziali (cioè assolutamente necessari) per l'esercizio del diritto di difesa delle imprese”*.

Modalità e limiti del diritto di accesso

Richiamando i precedenti comunitari e nazionali, nella decisione n.6469/2007 resa in relazione al caso *Lottomatica/Sisal*, il Consiglio di Stato ha ribadito che *“il principio di parità delle armi non comporta che in ogni caso il diritto di accesso prevalga sulle esigenze di riservatezza, ma implica che venga consentito alle imprese di conoscere il contenuto dell'intero fascicolo, con indicazione degli atti secretati e del relativo contenuto e che, in relazioni ai documenti costituenti elementi di prova a carico o comunque richiesti dalle imprese per l'utilizzo difensivo a discarico, la secretazione sia strettamente limitata alla c.d. parti sensibili del documento”*. Nella medesima pronuncia i giudici hanno altresì precisato che *“l'eventuale decretazione dei singoli documenti non costituisce vizio idoneo ad invalidare il provvedimento finale dell'Autorità, ma al più consente che tali documenti siano resi accessibili in giudizio”*.

Trattamento delle denunce

Il Consiglio di Stato, nella decisione del 17 aprile 2007, n. 1738, resa sul caso *SILB/SIAE*, ha riconosciuto la discrezionalità dell'Autorità nel discernere gli aspetti delle denunce su cui avviare un'istruttoria dagli aspetti invece archiviabili, affermando che *“nel procedimento di accertamento delle violazioni antitrust l'Autorità garante – nell'esercizio della sua discrezionalità tecnica, particolarmente penetrante in sede di indagine – non è tenuta ad approfondire specificamente ogni punto della segnalazione di illecito, essendo sufficiente che esamini complessivamente il tema posto alla sua attenzione, cogliendone le linee portanti e dandone conto”*.

Profili processuali

Interesse a ricorrere

Nella sentenza relativa al caso *Mercato dello zolfo grezzo*, il Tar Lazio ha osservato che il considerevole lasso di tempo intercorso tra l'adozione del provvedimento con cui l'Autorità ha accertato un'infrazione senza comminare una sanzione pecuniaria e la proposizione del relativo ricorso, non è di per sé causa di improcedibilità di quest'ultimo per sopravvenuta carenza di interesse. L'improcedibilità discende infatti da un prudente apprezzamento e rigoroso accertamento del giudice e “*consegue al verificarsi di una situazione tale da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza, anche sotto il profilo strumentale e morale*”. In questi casi, indica il Tar, “*la persistenza dell'interesse [a ricorrere] va valutata considerando anche le possibili ulteriori iniziative attivate o attivabili dal ricorrente per soddisfare la pretesa vantata (ad esempio di natura risarcitoria) ovvero ogni possibile effetto pregiudizievole, anche indiretto, tuttora derivante dal provvedimento impugnato*”.

Legittimazione a impugnare i provvedimenti dell'Autorità

Il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 1738/07, relativa al caso *SILB/SIAE*, pur sostanzialmente confermando il più recente orientamento in tema di legittimazione a impugnare i provvedimenti antitrust, ha negato la legittimazione di un ente associativo a impugnare il provvedimento accertativo dell'infrazione dallo stesso denunciata in quanto lo ha ritenuto soggetto privo della rappresentanza dei singoli associati direttamente colpiti dal provvedimento. In particolare, il giudice d'appello ha affermato che nella controversia in oggetto non è risultato sussistente “*il requisito che caratterizza l'esercizio dei poteri rappresentativi nel diritto privato, cioè la spendita del nome del rappresentato (da non confondere, ovviamente, con la dichiarazione di rappresentatività della categoria a tutela dell'interesse collettivo)*”.

Interesse a intervenire nel giudizio

Nella sentenza relativa al caso *Lottomatica/Sisal*, il Consiglio di Stato ha chiarito che la circostanza di non avere titolo a operare nel mercato interessato dalla condotta censurata dall'Autorità (nella specie, il mancato ottenimento del titolo concessorio per la gestione delle scommesse in Italia) non priva un'impresa dell'interesse a intervenire

in un giudizio avente a oggetto una intesa intervenuta tra i due principali operatori del mercato italiano. Ciò nella misura in cui tale impresa (uno dei principali operatori europei nel mercato delle scommesse) ha interesse all'ingresso nel mercato italiano e, di conseguenza, ha interesse anche all'accertamento dell'esistenza di pratiche escludenti limitative dell'accesso al mercato italiano e al mantenimento della diffida finalizzata alla cessazione delle condotte anticoncorrenziali.

Costituzione in giudizio - Tardività

Il Tar del Lazio, nella sentenza n. 5115/07, resa nel caso *Compagnia Portuale Brindisi*, ha affermato che “*nel processo amministrativo, il termine di cui all'art. 22, co. 1, L. 1034/1971, di venti giorni liberi per la costituzione in giudizio delle parti intimete ha natura ordinatoria, per cui la costituzione tardiva non incorre in alcuna decadenza, con l'unica conseguenza che detta costituzione avviene allo stato in cui il processo si trova in quel momento*”.

Appello incidentale autonomo

Il Consiglio di Stato, nella citata sentenza resa nel caso *Bracco-Byk Gulden Italia-Farmades-Nycomed Amersham Sorin-Schering*, ha ribadito che “*all'appello incidentale improprio – rivolto avverso capi della sentenza autonomi da quelli impugnati con l'appello principale ovvero volto a far valere un autonomo interesse – si applica il termine previsto per l'appello principale*”, in quanto esso “*è nella sostanza un appello autonomo, che ha la medesima natura di quello principale e deve seguirne il regime*”. In tale contesto, il Consiglio di Stato ha altresì affermato l'inapplicabilità dell'articolo 334 c.p.c. all'appello incidentale autonomo tardivo, evidenziando che, diversamente dal processo civile, “*in un giudizio amministrativo che verte sull'atto [...] e non sul rapporto, e nel quale ogni censura del provvedimento che sia autosufficiente (vuoi perché colpisca un segmento della decisione amministrativa ex se lesivo, vuoi perché sia potenzialmente idonea a demolire l'intero provvedimento) dà luogo ad un autonomo capo di cognizione, cui corrisponde un capo di sentenza, a sua volta foriero per la parte di un'utilità – o della sua negazione – assolutamente indipendente dalle altre*” (pag. 23). Il Collegio ha altresì puntualizzato che anche con riferimento alla proposizione dell'appello incidentale autonomo trova applicazione l'articolo 23bis,

comma 7, della legge n. 1034/71 (aggiunto dalla legge n. 205/2000), e che pertanto “*l'appello incidentale autonomo nei giudizi soggetti alla speciale disciplina di cui all'art. 4, legge 205/00 deve essere proposto, a pena di decadenza, nel termine lungo di centoventi giorni dalla pubblicazione della sentenza*”.

Inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione (ex articolo 111 Cost.)

La Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite Civili, con sentenza n. 7063 del 17 marzo 2008, ha dichiarato l'inammissibilità di un ricorso per motivi inerenti la giurisdizione (ex articolo 360 cpc e articolo 111 Cost.), promosso avverso una sentenza con cui il Consiglio di Stato aveva respinto gli appelli avverso una sentenza del Tar Lazio che, a sua volta, aveva confermato la legittimità del provvedimento dell'Autorità nel caso dell'Autorità nel caso *Test diagnostici per diabete*.

Tra le statuizioni maggiormente significative della pronuncia, si segnala quella inerente all'ambito del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo in materia di concorrenza. In particolare, le Sezioni Unite indicano che “*con riguardo alle sanzioni pecuniarie applicate dall'Autorità Garante della Concorrenza, sussista l'esigenza d'una tutela giurisdizionale piena, dovendosi interpretare il rinvio operato dalla L. n. 287 del 1990, art. 31, alle disposizioni della L. n. 689 del 1981 - in ottemperanza al principio di legalità posto dall'art. 23 Cost., dal quale si tutela il diritto del privato a non subire imposizioni patrimoniali al di fuori dei casi previsti dalla legge - come esteso anche al tipo di cognizione prevista dall'art. 23 della richiamata L. n. 689 del 1981, ond'è che devesi ritenere consentita anche al giudice amministrativo, al pari di quanto già da tempo e ripetutamente riconosciuto al giudice ordinario nei giudizi d'opposizione introdotti ai sensi dell'art. 23 cit., la verifica dei fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell'Autorità antitrust sotto il profilo della verità degli stessi, eppertanto la valutazione degli elementi di prova raccolti dall'Autorità e delle prove a difesa offerte dalle imprese, senza che l'accesso al fatto del giudice possa subire alcuna limitazione, al fine di annullare in tutto o in parte il provvedimento o di modificarlo anche solo limitatamente all'entità della sanzione dovuta*”. Le Sezioni Unite precisano tuttavia che: “*Ciò che non è consentito al Consiglio di Stato è un controllo c.d. di tipo 'forte' sulle valutazioni tecniche opinabili, id est l'esercizio, da parte del giudice, di un potere sostitutivo, spinto fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a*