

tal fine è quindi necessaria la presentazione “*di prove oggettive dalla quali risulti che l'imposizione di un'ammenda [...] pregiudicherebbe irrimediabilmente la redditività economica dell'impresa e priverebbe i suoi attivi di qualsiasi valore*”. Peraltro, si osserva nella medesima decisione n. 6215/08, “*il fatto che un provvedimento assunto da un'autorità comunitaria cagioni il fallimento ovvero la liquidazione di una determinata impresa non è vietato, in quanto tale, dal diritto comunitario*”. L'onere della prova del collegamento tra l'importo della sanzione e la probabile liquidazione o fallimento grava comunque sull'impresa.

Il Consiglio di Stato, nella decisione 17 gennaio 2008, n. 102, relativa al caso *Prezzi del latte per l'infanzia*, ha sottolineato altresì la necessità di tenere in considerazione come circostanza attenuante 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*”, ed in particolare “*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*”.

Circostanze attenuanti e rigetto degli impegni

Nel caso *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia* (sentenza 6 giugno 2008, n. 5578), il Tar Lazio ha affermato che la manifesta inidoneità degli impegni proposti da un'impresa ad escludere preoccupazioni di carattere concorrenziale in ragione della loro genericità ed indeterminatezza fa sì che, “*conseguenzialmente, la loro presentazione non può integrare una circostanza attenuante*”.

La presentazione di impegni, ancorché rigettati dall'Autorità, come precisato dal Consiglio di Stato nella pronuncia 8 febbraio 2008, n. 424, *Rifornimenti aeroportuali*, può essere infatti apprezzata come manifestazione di collaborazione a fini sanzionatori, nella misura in cui essi si configurano come un ravvedimento operoso e “*riguardano non comportamenti futuri, ma concrete determinazioni*”.

Nelle pronunce 27 febbraio 2008 n. 695/08 e n. 697/08, *Associazione nazionale esercenti cinematografici lombarda*, il Consiglio di Stato ha ritenuto che, nel quantificare le sanzioni, l'Autorità avrebbe dovuto considerare la circostanza che il settore in cui era stata accertata la violazione antitrust era per la prima volta interessato

dall'intervento repressivo antitrust, benché fosse nota all'Autorità l'esistenza di accordi tra gestori come emerso da un'indagine conoscitiva nel 1994.

Disparità di trattamento sanzionatorio

Con la sentenza 17 gennaio 2008, n. 102, resa sul caso *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, posto che il criterio incentrato sull'ampiezza delle quote di mercato era soltanto uno dei parametri adoperati dall'Autorità per la concreta determinazione della sanzione. Così anche con riguardo al parametro del fatturato delle società coinvolte.

Disparità di trattamento - clemenza

Nella sentenza 13 marzo 2008, n. 2312, *Pannelli Truciolari*, il Tar Lazio ha escluso che le imprese partecipanti ad un cartello possano avere alcun interesse giuridicamente rilevante a contestare l'ammissione di altra parte dell'intesa al programma di clemenza, *“in quanto non sono percepibili le conseguenze che ... deriverebbero da tale ammissione, essendo da escludere sia l'ipotesi discriminatoria, in quanto è la norma di legge che, con la novella del 2006, ha previsto la possibilità della misura premiale, sia l'ipotesi dell'aggravamento del trattamento sanzionatorio, 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”*.

Potere di diffida dell'Autorità e ottemperanza

Diffida

Nella sentenza 20 febbraio 2008, n. 1542/08, *Mercato dello zolfo grezzo*, il Tar 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 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 tale proposito, il giudice di prime cure 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 connesso 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”* (analogamente Consiglio di Stato, sentenza 8 febbraio 2008, n. 423, *Rifornimenti aeroportuali*).

Il Consiglio di Stato, nella pronuncia 8 febbraio 2008, n. 423, *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”*.

Sanzioni per inottemperanza alle misure cui è subordinata l’autorizzazione della concentrazione

Il Consiglio di Stato, nella pronuncia del 22 aprile 2008, n. 1828, *Henkel/Loctite*, ha confermato la sanzionabilità dell’inottemperanza alle misure cui era stata subordinata l’autorizzazione di un’operazione di concentrazione, sulla base del combinato disposto degli artt. 6, 18 e 19 della legge n. 287/1990. Al riguardo il Consiglio di Stato ha considerato rilevante ai fini sanzionatori anche la singola misura non ottemperata *“in quanto [...] il comportamento è stato condotto in violazione di un obbligo liberamente*

assunto, la cui rilevanza era stata inizialmente definita da entrambe le parti del rapporto”.

Inottemperanza all'obbligo di comunicazione di una concentrazione

Secondo il Tar, nella sentenza del 19 marzo 2008, n. 2478, *Lidl*, l'uso della voce verbale “può” nell'art. 19, comma 2, della legge n. 287/1990, “*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

Rapporto tra comunicazione delle risultanze istruttorie e provvedimento finale

Nelle sentenze 22 ottobre 2008, nn. 12535 e 12536, *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio ha statuito che il provvedimento finale può disattendere la ricostruzione della fattispecie prospettata nella Comunicazione delle Risultanze istruttorie (CRI) e pervenire dunque ad una valutazione diversa, in quanto la CRI “*si limita a rappresentare l'ipotesi 'accusatoria' formulata dagli uffici in rapporto agli elementi probatori sino allora acquisiti ... dei quali, in un primo momento, l'Autorità si limita a verificare la non manifesta infondatezza ai fini dell'invio alle imprese*” (sentenza n. 12536/08).

Come ribadito dal Consiglio di Stato nella decisione del 17 gennaio 2008, n. 102, *Prezzi del latte per l'infanzia*, “*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 ”.

Inoltre, come precisato dal Tar nella sentenza 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, “la circostanza che le valutazioni contenute nel provvedimento finale siano corrispondenti a quelle contenute nella comunicazione delle risultanze istruttorie non è di per sé sintomatica della omessa valutazione di memorie e documenti”. L'Autorità, si osserva nella suddetta sentenza, non è infatti tenuta a ribattere analiticamente a tutte le argomentazioni delle imprese interessate, essendo sufficiente che, sotto il profilo sostanziale, sia adeguatamente motivata la tesi accolta in contrapposizione a quanto dedotto dalle parti”.

Profili processuali

Termine per il deposito del ricorso

Nella sentenza 17 aprile 2008, n. 3301, *Bernabei Liquori/Coca Cola*, il Tar ha precisato che la data della consegna del ricorso all'ufficiale giudiziario rileva per il rispetto del termine di impugnazione mentre, per la determinazione del perfezionamento della notifica a mezzo posta e per la decorrenza del termine per il deposito del ricorso, rileva invece la data della consegna al destinatario.

Legittimazione ad impugnare i provvedimenti dell'Autorità

Il Tar del Lazio, nella sentenza 17 aprile 2008, n. 3301, *Bernabei Liquori/Coca Cola*, ha confermato l'orientamento giurisprudenziale che estende la legittimazione a ricorrere avverso i provvedimenti in materia *antitrust* anche alle imprese concorrenti.

Interesse a ricorrere

Nella sentenza 20 febbraio 2008, n. 1542, *Mercato dello zolfo grezzo*, il Tar Lazio ha osservato che il considerevole lasso di tempo intercorso tra l'adozione del provvedimento di accertamento dell'infrazione e la proposizione del relativo ricorso non

è di per sé causa di improcedibilità di quest'ultimo per sopravvenuta carenza di interesse. L'improcedibilità, ha precisato il giudice, *“consegue al verificarsi di una situazione tale da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza, anche sotto il profilo strumentale e morale”*, dovendo considerare 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”.

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 art. 360 cpc e art. 111 Cost.), promosso avverso una sentenza con cui il Consiglio di Stato aveva respinto gli appelli contro una sentenza del Tar Lazio che, a sua volta, aveva confermato la legittimità del provvedimento 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 quella dell'Amministrazione, fermo restando anche sulle valutazioni tecniche il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza. Ma, come hanno evidenziato queste SS.UU. con la citata sentenza 8882/05, questa è questione concernente non già l'essenza della funzione giurisdizionale demandata al giudice amministrativo, bensì le sue modalità di esercizio nonché l'individuazione del suo ambito operativo, e tale aspetto esula dal sindacato affidato a queste Sezioni unite dall'art. 111 Cost., comma 8, sindacato che comunque non potrebbe essere esteso ad (eventuali) errori di giudizio.

Termini dell'istruttoria

Durata della fase pre-istruttoria e termini per l'avvio del procedimento

Nel respingere la censura di ingiustificata protrazione della fase pre-istruttoria il Tar Lazio, nella sentenza 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha statuito che la protrazione nel tempo della fase pre-istruttoria – tenuto conto della mancata previsione all'art. 14 della legge n. 287/90 di un termine di inizio del procedimento e della inapplicabilità al caso di specie dell'art. 14 della legge n. 689/81 - non può ritenersi di per sé lesiva del diritto di difesa dei soggetti coinvolti nel procedimento (p. 36 s.). Il Tar ha altresì chiarito che la valutazione sulla esigenza o meno di avviare l'istruttoria è *"complessa e richiede un intervallo di tempo che può divenire rilevante, in quanto il potere di indagine precedente l'istruttoria può essere protratto sino a quando non emergano elementi tali da rendere ragionevole l'avvio dell'istruttoria che, altrimenti, si rivelerebbe inutile ed antieconomica"* (p. 36). In senso analogo anche Tar Lazio, sentenza 13 marzo 2008, n. 2312, *Pannelli Truciolari*.

Legittimo affidamento

Nella decisione 8 febbraio 2008, n. 423, resa sul caso *Rifornimenti aeroportuali*, il

Consiglio di Stato ha chiarito che nessun legittimo affidamento può essere invocato dalle imprese che abbiano comunicato un'intesa all'Autorità per il fatto che essa abbia ommesso di avviare un'istruttoria nei termini di cui all'art. 13 della legge n. 287/1990. 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”*.

Poteri istruttori dell'Autorità e diritti di difesa

Garanzie procedurali in fase pre-istruttoria

Nella sentenza 17 aprile 2008, n. 3301, *Bernabei Liquori/Coca Cola*, il Tar Lazio ha ribadito che la fase pre-istruttoria è *«caratterizzata da formalità meno penetranti di quelle successive all'avvio di un'istruttoria e dall'esistenza di ampi poteri officiosi»*.

Obbligo di motivazione nei provvedimenti di archiviazione

Nella sentenza 17 aprile 2008, n. 3301, *Bernabei Liquori/Coca Cola*, il Tar Lazio ha precisato che la motivazione *“deve evidenziare in modo chiaro ed inequivocabile il ragionamento dell'istituzione in maniera tale da fornire da un lato, agli interessati sufficienti indicazioni per rendersi conto se detta decisione sia fondata o se eventualmente sia inficiata da un vizio che consenta di contestarne la validità e dall'altro consentire al giudice comunitario di esercitare il suo sindacato di legittimità”*.

Aspetti procedurali relativi al subprocedimento di valutazione degli impegni

Annullamento parziale delle decisione di accettazione degli impegni

Nella sentenza 19 novembre 2008, n. 10428, *Federazione italiana sport equestri (FISE)*, il Tar del Lazio ha affermato che, a seguito dell'annullamento parziale di un provvedimento di accettazione degli impegni, l'Autorità dovrà *“nuovamente valutare se gli impegni proposti siano soddisfattivi al fine di eliminare i profili anticoncorrenziali [...], nel qual caso la delibera come emendata delle parti illegittime resterà vincolante*

per la ricorrente ed il procedimento rimarrà chiuso senza l'accertamento di alcuna infrazione; o, viceversa, non siano soddisfattivi ai fini in questione, nel qual caso, essendosi modificata la situazione di fatto rispetto ad un elemento su cui si è fondata la decisione, l'Autorità potrà riaprire d'ufficio il procedimento ai sensi dell'art. 14 ter, co. 3, l. 287/90".

In materia di impegni il Tar Lazio, nella sentenza 19 novembre 2008, n. 10428, *Federazione italiana sport equestri (FISE)*, ha affermato che l'annullamento *in parte qua* del provvedimento di accettazione degli impegni presentati dall'impresa nei confronti della quale è stata avviata l'istruttoria non esclude la possibilità che l'Autorità, *"ritenendo gli impegni non più idonei ad eliminare i profili anticoncorrenziali oggetto di istruttoria, riapra il procedimento in precedenza arrestato al fine di accertare la commissione dell'illecito anticoncorrenziale ai sensi della l. n. 287/90"*.

Consultazione della Commissione ex art. 11.4 Reg. n. 1/2003 CE

Nella sentenza 7 aprile 2008, n. 2900, *Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio ha affermato che l'omissione di una compiuta informativa alla Commissione europea in ordine alla decisione prevista dall'Autorità e l'invio, ex art. 11.4 del Reg. CE n. 1/2003, anziché di una bozza del provvedimento finale, della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, non ridonda in un vizio di legittimità della medesima decisione: *"la consultazione della Commissione non appare infatti finalizzata all'emissione di un parere, o comunque all'adozione di un provvedimento idoneo ad inserirsi, quale atto preparatorio, nella serie procedimentale interna, bensì soltanto alla formulazione di eventuali "osservazioni" sul caso, idonee ad assicurare un'applicazione uniforme del diritto comunitario"*.

Potere di avocazione della Commissione ex art. 11.6 Reg. n. 1/2003 CE

Nella sentenza 7 aprile 2008, n. 2900, *Tim-Vodafone-Wind*, il Tar Lazio ha affermato che l'unico atto in grado di privare le autorità nazionali di concorrenza della competenza ad applicare gli artt. 81 e 82 del Trattato è rappresentato dall'esercizio del potere di avocazione da parte della Commissione europea. Quest'ultima può tuttavia avviare il procedimento ai sensi dell'art. 11, par. 6, del Reg. CE n. 1/2003 solo nel corso

del c.d. “periodo iniziale di attribuzione”, cioè immediatamente dopo la comunicazione dell’avvio di un’indagine ai sensi dell’art. 11, par. 3, mentre, successivamente, l’intervento “autoritativo” della Commissione appare piuttosto come uno strumento di “risoluzione dei conflitti”, determinati dal fatto che i membri della rete ECN prevedano “*di adottare decisioni contrastanti sul medesimo caso*” ovvero “*una decisione palesemente in conflitto con la giurisprudenza consolidata*”.

Pareri dell’Autorità di settore

Relativamente alle attribuzioni dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Agcom) in tema di definizione dei mercati rilevanti e delle posizioni dominanti, il Tar Lazio, nella sentenza 7 aprile 2008, n. 2902, *Tim-Vodafone-Wind*, ha ribadito come tali attribuzioni non abbiano fatto venir meno la generale competenza spettante all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in materia di concorrenza. Le valutazioni dell’Autorità di settore assumono una valenza diversa a seconda che si riferiscano alla disciplina del settore regolato ovvero siano attinenti l’applicazione delle norme in materia di tutela della concorrenza: solo nella prima ipotesi l’Autorità dovrà motivare in modo particolarmente esauriente. Le ragioni per le quali si è discostata dal parere del regolatore.

Rettifica della sanzione

Il Consiglio di Stato, nella sentenza 27 febbraio 2008, n. 720, *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 art. 4 legge n. 287/1990

Il Consiglio di Stato, nella sentenza 7 marzo 2008, n. 1006, *Gas Tecnici*, ha posto in evidenza che i principi di proporzionalità e ragionevolezza dell’azione amministrativa impongono all’Autorità garante della concorrenza e del mercato – prima di negare l’autorizzazione in deroga ex art. 4 della legge n. 287/1990 ed 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 *Prodotti disinfettanti* del 7 marzo 2008, n. 1009, sul rapporto tra giudicato penale e determinazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ha chiarito che il giudicato penale si impone alle altre giurisdizioni principalmente sotto il profilo relativo all'accertamento dei fatti. Essendo volto alla tutela di interessi diversi rispetto al procedimento antitrust, il giudizio 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"*..

Accesso e riservatezza

Il Consiglio di Stato, nella decisione del 17 gennaio 2008, n. 102, *Prezzi del latte per l'infanzia*, ha nuovamente affrontato il tema dei rapporti tra diritto d'accesso e riservatezza nei procedimenti antitrust, e la necessità di un bilanciamento tra i due interessi. In tal senso, 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"*. La valutazione della rilevanza dei documenti non resi accessibili deve essere quindi fatta alla luce degli addebiti mossi all'impresa e della difesa da quest'ultima svolta. Quando il diniego d'accesso riguardi *"dati che hanno un rilievo assai limitato rispetto all'impianto accusatorio creato dall'Autorità"*, esso deve quindi ritenersi legittimo. In ogni caso, ha osservato il Consiglio di Stato, *"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"*.

Il Tar Lazio, nella sentenza 13 marzo 2008, n. 2312, caso *Pannelli Truciolari*, (p. 42) ha affermato che l'amministrazione *"deve esibire gli atti laddove questi siano funzionali al concreto esercizio del diritto di difesa, racchiudendo elementi che l'autorità procedente sta valutando o ha valutato nello svolgimento della sua azione"*. Ricade comunque su chi lamenta la lesione del diritto di difesa l'onere indicare la sussistenza di fatti o circostanze posti a base del provvedimento adottato e indebitamente sottratti all'accesso.

Ambito e limiti del sindacato giurisdizionale

Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo, per principio giurisprudenziale consolidato, è volto a valutare che la ricostruzione dei fatti operata dall'Autorità sia immune da travisamenti, vizi logici e vizi di violazione di legge, e accertare che le norme giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate, senza potersi comunque sostituire all'Autorità. (così il Tar Lazio nelle sentenze: 7 aprile 2008, n. 2900, *Tim-Vodafone-Wind*; 20 febbraio 2008, n. 1542, *Mercato dello zolfo grezzo*; 26 giugno 2008, n. 6215, *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel Comune di Roma*; 13 marzo 2008, n. 2312, *Pannelli Truciolari*). In relazione all'ambito del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo in materia antitrust v. anche Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, sentenza 17 marzo 2008, n. 7063, cit.

Il Tar del Lazio, nella sentenza del 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha precisato ulteriormente che *"su un piano generale [...] il giudice amministrativo può sindacare con piena cognizione i fatti oggetto dell'indagine e il processo valutativo mediante il quale l'Autorità applica al caso concreto la regola individuata, fermo restando che, ove sia accertata la legittimità dell'azione sulla base della corretta utilizzazione delle regole tecniche sottostanti, il sindacato giurisdizionale non può spingersi oltre, perché vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione, la quale soltanto è titolare del potere esercitato"*.

Laddove residuino margini di opinabilità in relazione a concetti indeterminati, quale l'individuazione del mercato rilevante, il giudice, come affermato dal Tar nella decisione 26 giugno 2008, n. 6215, *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel Comune di Roma*, non può comunque sostituirsi all'Autorità.

Nella sentenza del 14 aprile 2008, n. 3163, *Oni+Altri/Cantieri del Mediterraneo*, il Tar del Lazio ha osservato infatti come “*costituisca principio ormai consolidato, sia in dottrina sia in giurisprudenza, che il sindacato del giudice amministrativo sulla definizione del mercato rilevante non possa spingersi fino a sostituire le valutazioni dell’Autorità; mentre al medesimo è demandata la verifica in ordine alla correttezza del sotteso processo logico-induttivo, con riferimento all’osservanza delle norme tecniche e procedurali, all’obbligo di motivazione, all’esatta percezione materiale dei fatti, all’insussistenza di errori manifesti di valutazione ovvero di sviamento di potere*” (analogamente Tar Lazio, sentenza 26 giugno 2008, n. 6238, *Acea-Sueza Environment/Publiacqua*). Più specificamente, il giudice di prime cure ha puntualizzato che “*la definizione del mercato rilevante implica un accertamento di fatto cui segue l’applicazione ai fatti accertati delle norme giuridiche in tema di mercato rilevante, come interpretate dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale. Tale applicazione delle norme ai fatti implica un’operazione di «contestualizzazione» delle norme frutto di una valutazione giuridica complessa che adatta concetti giuridici indeterminati, quali il mercato rilevante o la posizione dominante, al caso specifico. Non di rado, tale operazione di contestualizzazione implica margini di opinabilità, atteso il carattere di concetto giuridico indeterminato di dette nozioni*”.

Sindacato giurisdizionale in materia di sanzioni

Nella sentenza 16 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, il Tar Lazio ha ribadito l’applicabilità ai giudizi in materia antitrust dell’art. 23, comma 11, della legge n. 689/1981, da cui consegue il sindacato giurisdizionale “pieno” e “di merito” in materia di sanzioni pecuniarie irrogate dall’Autorità, con possibilità quindi per il giudice amministrativo di modificarle in sede giurisdizionale (p. 80) (analogamente Tar Lazio, sentenze 26 giugno 2008, n. 6213, relativa al caso *Mercato del calcestruzzo autoclavato*; 13 marzo 2008, n. 2312, *Pannelli Truciolari*; 26 giugno 2008, n. 6215, *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel Comune di Roma*).

3. RAPPORTI INTERNAZIONALI

COMMISSIONE EUROPEA

Le decisioni della Commissione

Nel corso del 2008, la Commissione europea ha portato a termine nove procedimenti relativi a presunte infrazioni degli articoli 81 e 82 del Trattato CE, accertando otto casi di violazione del divieto di intese restrittive di cui all'art. 81, di cui sette sono stati soggetti a sanzioni ed uno si è concluso con la sola richiesta alle imprese di porre fine alla violazione. I rimanenti due procedimenti, in cui è stata accertata una violazione dell'art. 82 in combinato disposto con l'art. 86, hanno avuto come destinatari due Stati membri e si sono conclusi con la richiesta a tali Stati di modificare la normativa in vigore che prevedeva misure contrarie alle regole della concorrenza.

Decisioni relative agli articoli 81 e 82 del Trattato CE

Numero	Nome caso	Data decisione	Norme applicate	Estremi di pubblicazione
COMP/38.638	Butadiene Rubber (Gomma butadiene)	23 gennaio 2008	Art.81 (divieto con sanzioni)	Non pubblicata
COMP/38.700	Greek lignite and electricity markets (Mercato della lignite)	8 marzo 2008	Artt. 82-86	Non pubblicata
COMP/38.543	International Removal Services (Settore dei traslochi)	11 marzo 2008	Art.81 (divieto con sanzioni)	Non pubblicata
COMP/38.695	Sodium Colorate (Prodotti chimici inorganici)	11 giugno 2008	Art.81 (divieto con sanzioni)	Non pubblicata
COMP/39.180	Aluminium Fluoride (Prodotto chimico)	25 giugno 2008	Art.81 (divieto con sanzioni)	Non pubblicata
COMP/38.698	Cisa Agreement (Concessione in licenza dei diritti d'autore)	16 luglio 2008	Art.81 (divieto)	Non pubblicata
COMP/39.181	Candle Waxes (Prodotti chimici e petroliferi)	1° ottobre 2008	Art.81 (divieto con sanzioni)	Non pubblicata
COMP/39.562	Slovakian postal Law (Servizi di posta ibrida)	7 ottobre 2008	Artt. 82-86	Non pubblicata
COMP/39.188	Bananas (importazione di banane)	15 ottobre 2008	Art. 81 (divieto con sanzioni)	Non pubblicata

In merito all'attività di controllo preventivo delle operazioni di concentrazione, nel 2008 la Commissione ha adottato 340 decisioni in applicazione del regolamento n. 139/2004. Su richiesta delle imprese interessate, la Commissione, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 4, del regolamento ha disposto in nove casi il rinvio pre-notifica all'autorità competente di uno Stato membro dell'esame di concentrazioni aventi dimensione comunitaria. In nessun caso la richiesta di rinvio è stata rifiutata.

Parallelamente, su richiesta avanzata dalle parti ai sensi dell'art. 4, paragrafo 5, del regolamento, ventidue operazioni di concentrazione, prive di dimensione comunitaria, sono state direttamente notificate alla Commissione e da quest'ultima scrutinate. Anche in questo caso nessuna richiesta di rinvio è stata rigettata. In quattro casi la Commissione ha disposto, ai sensi dell'art. 9 del regolamento, il rinvio dell'operazione di concentrazione alle autorità competenti degli Stati membri; in due di questi casi si è trattato di un rinvio soltanto parziale. In tre casi la Commissione ha esaminato, su richiesta degli Stati membri, concentrazioni prive di dimensione comunitaria, ai sensi dell'art. 22 del Regolamento.

La maggior parte delle concentrazioni notificate non presentava profili problematici dal punto di vista concorrenziale ed è stata autorizzata senza avviare una formale procedura istruttoria. In diciannove di questi casi, tuttavia, l'autorizzazione è stata concessa subordinatamente al rispetto di impegni specificatamente assunti dalle parti al fine di rendere compatibile l'operazione con il mercato comune.

Nel medesimo periodo, la Commissione ha portato a termine quattordici istruttorie iniziate ai sensi dell'art. 6.1(c) relative ad altrettante operazioni di concentrazione. In tutti i casi l'istruttoria si è conclusa con una decisione di autorizzazione. In cinque casi l'autorizzazione è stata condizionata al rispetto degli impegni assunti dalle parti nel corso nel procedimento al fine di eliminare i profili anticoncorrenziali della concentrazione.

Attività di controllo preventivo delle operazioni di concentrazione	
Numero totale decisioni in applicazione del Reg. n. 139/2004	340
Rinvio pre-notifica (art. 4.4)	9
Richiesta delle parti di esame da parte della Commissione di concentrazioni prive di dimensione comunitaria (art. 4.5)	22
Rinvio della Commissione alle autorità competenti (art. 9)	4
Rinvio parziale (art. 9)	2
Casi esaminati dalla Commissione di concentrazioni prive di dimensione su richiesta degli Stati (art. 22)	3
DECISIONI IN FASE I	
Numero Totale	326
Concentrazioni autorizzate (art. 6.1(b))	307
Concentrazioni autorizzate subordinatamente al rispetto di impegni (art. 6.2)	19
DECISIONI IN FASE II	
Numero Totale	14
Concentrazioni autorizzate (art. 8.1)	9
Concentrazioni autorizzate subordinatamente al rispetto di impegni (art. 8.2)	5

Revisione art. 82

Nel dicembre 2008 la Commissione ha adottato una Comunicazione sugli orientamenti che essa intende seguire nell'identificazione delle priorità nell'applicazione dell'art. 82 del Trattato CE ai comportamenti escludenti posti in essere da imprese in posizione dominante. Il documento è il risultato finale di un'intensa attività di studio che la Commissione ha condotto successivamente alla pubblicazione nel dicembre 2005 di un primo documento della Direzione generale della concorrenza e che è stato arricchito dai contributi delle Autorità nazionali della concorrenza e di tutti i soggetti interessati.

La Comunicazione in materia di applicazione dell'articolo 82 non ha la funzione di fornire linee guida sull'applicazione della norma, bensì quella di stabilire le priorità che indirizzeranno la sua applicazione da parte della Commissione. Gli orientamenti sulle priorità mirano, in tal senso, a fornire maggiore chiarezza e prevedibilità in ordine alle possibili scelte interpretative e di intervento cui la DG Concorrenza farà ricorso nell'identificazione delle condotte abusive.