

Il Tar, riprendendo l'ormai consolidata distinzione tra elementi di prova c.d. endogeni ed esogeni, ha ricordato come i primi sono “*collegati alla stranezza intrinseca della condotta, ovvero alla mancanza di spiegazioni alternative nel senso che, in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o almeno plausibilmente diverso da quello in pratica riscontrato*”; mentre i secondi concernono invece “*i riscontri esterni circa l'intervento di un'intesa illecita ed attengono, in particolare, ai contatti tra le imprese e, soprattutto, agli scambi di informazioni se non addirittura a veri e propri concordamenti non altrimenti spiegabili in un contesto di sano confronto concorrenziale e, quindi, sintomatici di un'intesa illecita; detti scambi di informazioni assumono una particolare gravità in caso di mercato oligopolistico in quanto risultano idonei ad eliminare l'unico fattore che può spingere le imprese soddisfatte della quota di mercato raggiunta ad un ribasso dei prezzi, ossia il timore di una manovra competitiva sui prezzi da parte dei concorrenti e la conseguente necessità di prevenirla o contrastarla efficacemente*”.

Quanto all'onere della prova dell'intesa, il Tar Lazio ha ribadito il principio in base a cui “*un parallelismo consapevole delle condotte tenute da imprese, anche operanti in un mercato oligopolistico, di per sé lecito, può essere considerato come frutto di un'intesa anticoncorrenziale, vale a dire di un vietato coordinamento delle condotte, ove sia impossibile spiegare alternativamente la condotta parallela come frutto plausibile delle iniziative imprenditoriali ed, in tal caso, l'onere dell'impossibilità di spiegazioni alternative grava sull'Autorità procedente, ovvero anche per la presenza di elementi indiziari esogeni, quali contatti e scambi di informazioni, rivelatori di una concertazione e di una collaborazione anomala e, in tal caso, l'onere probatorio di spiegare la razionalità della condotta grava sulle imprese*”.

Tali principi in ordine alla prova nell'accertamento delle intese sono stati ulteriormente declinati e sistematizzati dal Consiglio di Stato.

Il Consiglio di Stato, infatti, con le decisioni del 25 marzo 2009, nn. 1705, 1796, 1794, e 9 aprile 2009, nn. 2089, 2093, 2201, 2203, 2204, 2205, 2206, 2207, 2208, relative al caso *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel comune di Roma*, ha in primo luogo ribadito il principio in base a cui, “*la prova di un'intesa anticoncorrenziale quasi mai è diretta, in quanto difficilmente esistono, o sono comunque rinvenibili, i suoi simboli (documenti) e altrettanto difficilmente possono*

*essere acquisite testimonianze (che dovrebbero provenire dagli stessi autori dell'illecito). Ma la circostanza che la prova sia indiretta (o indiziaria) non comporta necessariamente che la stessa sia meno forte*". Quanto poi alla significatività degli elementi di prova utilizzati dall'Autorità a sostegno dell'accertamento dell'infrazione, il Collegio ha fatto riferimento al "criterio guida" della "c.d. congruenza narrativa, in virtù della quale l'ipotesi sorretta da plurimi indizi concordanti può essere fatta propria nella decisione giudiziale quando sia l'unica a dare un senso accettabile alla 'storia' che si propone per la ricostruzione della intesa illecita". In questo contesto, il giudice d'appello ha precisato che "il tasso di equivocità del risultato (dipendente dal meccanismo a ritroso con cui si procede all'accertamento del fatto e dal carattere relativo della regola impiegata) viene colmato attraverso una duplice operazione, interna ed esterna: la corroboration, che consiste nell'acquisire informazioni coerenti con quella utilizzata nell'inferenza; e la cumulative redundancy, che consiste nella verifica di ipotesi alternative". Sulla scorta di tale analisi, quindi, l'ipotesi accusatoria dell'Autorità "può essere considerata vera quando risulti l'unica in grado di giustificare i vari elementi, o sia comunque nettamente preferibile rispetto ad ogni ipotesi alternativa astrattamente esistente" (nello stesso senso, Consiglio di Stato n. 2092/2009, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, nonché Tar Lazio, 2 dicembre 2009, nn. 12319 e altre, *Listino prezzi della pasta*).

Ancora in materia di prova dell'infrazione, il Consiglio di Stato, nella citata decisione n. 5684/2009, *Mercato del calcestruzzo*, ha affermato che la prova della durata dell'intesa, soprattutto quando da essa dipende l'applicazione di un regime sanzionatorio più o meno favorevole, deve essere fornita dall'Autorità con lo stesso rigore richiesto per la prova dell'esistenza dell'intesa.

#### *Valenza probatoria dei documenti acquisiti presso terzi*

Il Consiglio di Stato, nella decisione del 29 settembre 2009, n. 5684, *Mercato del calcestruzzo*, ha ribadito il principio ormai pacifico, in base al quale "documenti di cui è accertata l'attendibilità esplicano la loro rilevanza probatoria anche nei confronti di società diverse da quelle presso le quali sono stati materialmente reperiti, o alle quali sono attribuibili".

Il Tar Lazio, nelle sentenze del 2 dicembre 2009, nn. 12319 e altre, tutte relative al caso *Listino prezzi della pasta*, ha anche affermato, in merito, che "la

*documentazione rinvenuta, anche presso un terzo, può senz'altro assumere rilievo se attesta la inequivoca volontà collusiva delle società, mentre è sostanzialmente ininfluente se è dimostrazione dell'intendimento anticoncorrenziale dell'una ma non anche dell'altra".*

*Imputazione della condotta alla società e ruolo dei soggetti che materialmente hanno posto in essere le condotte vietate*

Il Consiglio di Stato, nella decisione del 29 settembre 2009, n. 5864, *Mercato del calcestruzzo*, ha riaffermato il principio in base a cui non è rilevante il ruolo svolto all'interno dell'impresa dai soggetti che materialmente hanno posto in essere i comportamenti vietati o hanno predisposto i documenti rinvenuti, dovendosi ritenere che la condotta del singolo dipendente, accompagnata dal conseguente comportamento della società, sia sufficiente per la riferibilità alla società: una diversa interpretazione condurrebbe all'irragionevole conseguenza di ritenere necessario che il soggetto che ha agito sia il legale rappresentante o il procuratore *ad negozia* o comunque un soggetto con particolari poteri decisionali, rendendo facilmente eludibile ogni divieto *antitrust* tramite l'incarico verbale a soggetti privi di potere.

*Consistenza dell'intesa*

Il Consiglio di Stato, con le decisioni del 25 marzo 2009 e 9 aprile 2009, nn. 1705 e altre, tutte relative al caso *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel comune di Roma*, ha riaffermato il principio in base a cui, in presenza di restrizioni gravi (*hardcore*) della concorrenza, quali la fissazione dei prezzi, la limitazione della produzione o la ripartizione dei mercati e della clientela, si ha "*l'automatica esclusione dell'accordo dall'applicabilità del beneficio de minimis*".

Il Consiglio di Stato si è pronunciato sulla consistenza dell'intesa anche sotto un altro profilo, legato alla circoscritta dimensione geografica del mercato rilevante. Nella decisione n. 2092/2009, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, il Collegio ha infatti riaffermato il principio in base a cui anche un'intesa posta in essere in un mercato rilevante "*territorialmente limitato*" può essere "*idonea a cagionare una consistente restrizione della concorrenza tale da integrare una fattispecie di cui all'art. 2 della legge n. 287/90*".

*Pregiudizio al commercio comunitario e applicabilità dell'art. 81*

Il Tar Lazio, nelle sentenze del 2 dicembre 2009, nn. 12319 e altre, tutte relative al caso *Listino prezzi della pasta*, ha ribadito il consolidato principio, di derivazione comunitaria, in base a cui “*un'intesa che si estenda [...] all'intero territorio di uno Stato membro ha, per natura, l'effetto di consolidare la compartimentazione dei mercati a livello nazionale, ostacolando così l'integrazione economica voluta dal Trattato*”.

*Applicabilità dell'esenzione di cui all'art. 81.3*

Il Tar Lazio, nelle sentenze del 2 dicembre 2009, nn. 12319, tutte rese con riferimento al caso *Listino prezzi della pasta*, ha escluso che, ai fini dell'applicazione dell'art. 81.3 del Trattato CE (ora articolo 101 TFUE), possa assumere rilievo la circostanza che “*l'assenza dell'intesa avrebbe danneggiato alcuni piccoli produttori*”; ritenendo altresì esclusa “*la rilevanza in termini di ineludibile esigenza dell'intesa – quale unico strumento per pervenire ad un incremento del prezzo di vendita che fronteggiasse gli aumenti dei costi di produzione – atteso che tale scopo ben avrebbe potuto essere raggiunto anche con strumenti meno lesivi (o meglio, per nulla lesivi) della concorrenza, quali aumenti dei prezzi praticati dagli operatori dotati di maggior potere di mercato*”.

***Abuso di posizione dominante******Posizione dominante***

Il Tar Lazio, con le sentenze 22 settembre 2009, n. 9171 e n. 9176, rispettivamente *SEA-Tariffe Aeroportuali* e *Aeroporti di Roma - Tariffe aeroportuali*, ha ribadito i consolidati principi in materia di accertamento della posizione dominante, ricordando che “*la posizione dominante è una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva su un determinato mercato e ha la possibilità di tenere comportamenti in linea di massima indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi dei consumatori*”. Il giudice di prime cure, inoltre, ha puntualizzato che l'esistenza di tale situazione, “*determinata dalla concomitanza di più fattori che, presi isolatamente, non sarebbero necessariamente decisivi, non è esclusa, a differenza di una situazione di monopolio o di quasi monopolio, dal fatto che sul mercato sia in qualche modo consentita l'esplicazione, sia pure entro certi limiti, del gioco concorrenziale*”.

### ***Abuso***

Il Tar Lazio, con le citate sentenze 22 settembre 2009, n. 9171 e n. 9176, rispettivamente *SEA-Tariffe Aeroportuali* e *Aeroporti di Roma - Tariffe aeroportuali*, ha operato un confronto fra l'approccio statunitense e quello comunitario (e nazionale) nell'identificazione delle condotte abusive, rilevando che “*mentre nella giurisprudenza statunitense l'elenco dei possibili comportamenti abusivi incontra una maggiore latitudine espansiva [...] diversamente la giurisprudenza comunitaria e nazionale ha modellato le proprie linee di intervento sui paradigmi normativamente fissati: e, quindi, prevalentemente muovendosi all'interno di condotte qualificabili alla stregua di imposizione di prezzi non equi, limitazione degli sbocchi, della produzione e dello sviluppo tecnico a danno dei consumatori, discriminazione e tying*”.

Con riferimento alla tipizzazione delle condotte abusive, inoltre, il Consiglio di Stato, nella decisione del 3 aprile 2009, n. 2090, *O.N.I.+Altri/Cantieri del Mediterraneo*, ha osservato che l'art. 3 della legge n. 287/90 “*vieta in termini generali l'abuso di posizione dominante e si limita a fornire un'elencazione meramente esemplificativa delle condotte riconducibili alla fattispecie vietata*”. Pertanto, a giudizio del Collegio, “*la condotta di un'impresa in posizione dominante nel mercato della messa a disposizione dei bacini di carenaggio, consistente nella determinazione di una situazione non episodica di opacità nella gestione dei bacini stessi idonea a ostacolare l'accesso a tali infrastrutture, può configurare un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 3, della legge n. 287/90*”. E ciò “*indipendentemente dal fatto che tale condotta abbia cagionato effettivi danni alla concorrenza*”.

### ***Abuso escludente***

Con decisione del 3 aprile 2009, n. 2090, *O.N.I.+Altri/Cantieri del Mediterraneo*, il Consiglio di Stato ha preso le mosse dalla indispensabilità dell'accesso all'infrastruttura – nel caso di specie, i bacini di carenaggio per operare nel mercato a valle della riparazione – ed ha condiviso la valutazione effettuata dall'Autorità, in base alla quale costituiva una condotta abusiva, da parte di Camed, l'aver “*determinato condizioni di scarsa trasparenza in merito alla disponibilità dei bacini di carenaggio tali da ostacolare ingiustificatamente l'accesso agli stessi da parte dei riparatori presenti nel porto di Napoli*”.

### *Imposizione di prezzi non equi*

Il Tar Lazio, con le sentenze 22 settembre 2009, n. 9171 e n. 9176, rispettivamente *SEA-Tariffe Aeroportuali e Aeroporti di Roma - Tariffe aeroportuali*, ha puntualizzato alcuni principi in materia di accertamento di pratiche abusive, nella forma di imposizione di prezzi non equi o ingiustificatamente gravosi. Il giudice di prime cure ha evidenziato come la nozione stessa di “*prezzo eccessivo*” rivelò un carattere sfuggente, “*la relativa decifrazione non potendo pretermettere il necessario riferimento a quanto dalla Corte di Giustizia affermato (con la sentenza United Brands) riferendosi all’assenza di alcuna ragionevole relazione con il valore economico del prodotto fornito*”. A fronte di tale iniziale precisazione, e dopo aver ampiamente ripercorso il contesto normativo in cui le condotte dell’operatore dominante, nel caso di specie, si erano realizzate, il Tar Lazio ha ritenuto corretta la valutazione dell’Autorità in ordine agli abusi posti in essere dalle società di gestione aeroportuale, effettuata alla luce del criterio, condiviso dal giudice, “*dell’imposizione tariffaria (significativamente) inadeguata rispetto al criterio di orientamento ai costi*”. Il Tar Lazio ha altresì osservato come, a fronte di tale “*profilo indiziante*” il mero profilo contabile, “*rappresentato dal riscontrato disavanzo tra costi e ricavi*”, pur astrattamente suscettibile di considerazione, non possa ritenersi di per sé suscettibile di escludere la sussistenza di un abuso.

### *Concentrazioni*

#### *Fatturato rilevante ai fini della competenza*

Il Consiglio di Stato, con decisione del 16 luglio 2009, n. 4448, *SAI – Società Assicuratrice Industriale/La Fondiaria Assicurazioni*, si è soffermato sulla questione della competenza – nazionale o comunitaria – a valutare un’operazione di concentrazione, con peculiare riferimento alle modalità di calcolo del fatturato rilevante nelle ipotesi di controllo di fatto. Nel caso di specie, più specificamente, l’Autorità, avallata dal giudice di prime cure, aveva ritenuto che – ai fini del calcolo delle soglie rilevanti per l’insorgere dell’obbligo di notifica di una concentrazione e dell’individuazione dell’autorità (nazionale o comunitaria) competente alla valutazione – non si dovesse tenere conto del fatturato realizzato da società soggette ad un controllo di fatto, controverso e non pacificamente accertato al momento dell’avvio del

procedimento. E ciò in virtù del fatto che la nozione di controllo ai fini del calcolo del fatturato rilevante per l'obbligo di notifica di una concentrazione, di cui all'art. 5.4, del Regolamento CE n. 13920/04, è diversa, e meno ampia, rispetto a quella contemplata dall'3.2 di tale Regolamento, che individua i rapporti di controllo che danno luogo ad una concentrazione tra imprese. Il Consiglio di Stato ha ritenuto invece che “*le condizioni fissate dall'art. 5.4 [hanno] carattere oggettivo ed assumono pertanto rilevanza a prescindere dal momento o dalle modalità con cui la sussistenza di tali condizioni è divenuta nota all'Autorità precedente*”. Il Collegio ha evidenziato che – a suo giudizio – una diversa conclusione “*pur ispirata dal meritorio intento di evitare che la competenza possa risultare carente solo al termine di una lunga e complessa istruttoria, finirebbe tuttavia per inserire tra i criteri per definire la competenza, un elemento (l'immediata ed evidente percepibilità dei rapporti di controllo sin dall'inizio dell'istruttoria) di cui non vi è traccia nel testo normativo*”.

#### *Nozione di concentrazione*

Il Consiglio di Stato, con la decisione del 31 marzo 2009, n. 1894, *LIDL Italia/Rami d'azienda*, ha enunciato il principio in base a cui l'acquisto di una mera licenza commerciale per l'esercizio di vicinato, con l'esclusione dei locali dove l'impresa precedente veniva condotta, dell'avviamento commerciale, del nome, degli arredi, e delle merci – accompagnata dalla previsione della conservazione dell'azienda e dalla deroga pattizia al divieto di concorrenza (*ex art.2557 c.c.*), che consente al cedente di rimanere attivo sul mercato – non produce una modifica duratura del controllo, e dunque non dà luogo ad una concentrazione, ai fini dell'applicazione della legge n. 287/90.

#### *Impegni*

##### *Impegni ed intese hard core*

Con decisione del 2 marzo 2009, *Produttori di pannelli truciolari in legno*, il Consiglio di Stato ha avuto modo di ribadire alcuni principi in merito all'istituto degli impegni. In particolare, il Collegio ha affermato che, alla luce dei principi affermati in sede comunitaria, “*posto che l'Autorità nazionale è tenuta a procedere anche alla stregua dei parametri previsti in ambito comunitario [...] allorché la stessa Autorità*

*ritenga di dovere irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria in considerazione della natura e dell'entità dell'intesa, correttamente può respingere gli impegni, senza che sia tenuta ad osservare ulteriori obblighi motivazionali*”. In questo contesto, a giudizio del Consiglio di Stato, il riferimento nel provvedimento al parametro della gravità dell'intesa risulta “*da sé solo adeguato a giustificare la reiezione degli impegni*”, in quanto “*l'accettazione degli impegni è sconsigliata nei casi di intese che appaiano, al momento in cui va assunta la decisione di rilevante gravità (cc.dd. violazioni hard core)*”. A fronte di tali osservazioni, il giudice d'appello ha altresì evidenziato che “*nessun rilievo assume la circostanza [...] per cui è stata la stessa Autorità a dare atto della facoltà delle imprese di formalizzare gli impegni*”, in quanto “*la facoltà di presentare l'impegno riviene direttamente dalla previsione legislativa, non già certo da un atto dell'Autorità*”.

Anche il Tar Lazio, nelle sentenze del 2 dicembre 2009, nn. 12319 e altre, tutte relative al caso *Listino prezzi della pasta*, ha riaffermato la piena legittimità dell'operato dell'Autorità che, “*nell'esercizio della propria discrezionalità, ritenga sconsigliabile l'accettazione degli impegni quando intenda irrogare una sanzione pecuniaria, vale a dire nei casi di intese che, al momento dell'adozione della decisione sugli impegni, appaiono di gravità tale che l'accettazione degli impegni priverebbe la sanzione della propria efficacia deterrente*”. A fronte di tale considerazione, quindi, il giudice di prime cure ha concluso che “*la percezione della gravità dell'intesa [...] costituisce un corretto parametro sulla cui base effettuare, rebus sic stantibus, la valutazione relativa all'accettazione o meno degli impegni proposti*”; e che “*la presenza di restrizioni gravi della concorrenza derivanti da un'intesa orizzontale segreta (c.d. violazioni hard core) costituisce già di per sé una motivazione sufficiente per giungere, in linea con l'orientamento comunitario, al rigetto degli impegni*”.

#### *Proporzionalità degli impegni*

Con le sentenze dell'8 maggio 2009, n. 4994 e 5005, *Servizi di soccorso autostradale*, il Tar Lazio si è espresso sulla proporzionalità degli impegni, affermando che, “*fermi i margini di ampia discrezionalità che circondano l'accettazione degli impegni, [...] il dato letterale reso palese dalla disposizione nazionale [...] consente di applicare il nesso di implicazione e/o presupposizione che ricongiunge (l'accettazione de)gli impegni che le parti possono proporre all'Autorità all'esigenza di eliminare i*

*profili anticompetitivi presi in considerazione all'atto di apertura dell'istruttoria". Il giudice ha, quindi, rilevato che "l'esaminabilità stessa degli impegni (e, a fortiori, la loro accoglitibilità) non può prescindere dalla previa cognizione di tale rapporto". Il Tar Lazio, in merito, ha rilevato che "altrimenti, verrebbe ad introdursi nell'ordinamento la surrettizia esercitabilità, ad opera dell'Autorità, di quel potere "regolativo" del mercato [...] che, prendendo spunto da elementi (o "sospetti") di eventuale condotta anticompetitiva rilevati in un determinato settore, si svolga (anche, se non soprattutto, prescindendo dalla mera esigenza di pervenire all'eliminazione di essi) ad una più ampia disciplina del mercato interessato, dettando prescrizioni orientative dell'agere degli operatori". Il giudice di prime cure ha, quindi, concluso che, "quanto al rapporto impegni/condotta anticoncorrenziale (e, quindi, alla strumentalità dei primi al fine di elidere le conseguenze distorsive proprie della seconda) la concreta portata che gli impegni sono suscettibili di assumere [...] deve sempre essere commisurata al principio di proporzionalità". E ciò al fine di garantire che "l'accettazione degli impegni [...] si collochi necessariamente all'interno delle [...] coordinate di strumentalità e non ecceda rispetto all'effetto anticoncorrenziale che si sia inteso scongiurare: e ciò in una lettura necessariamente restrittiva della tensione finalistica che deve ricongiungere le ricadute effettuali degli impegni stessi allo scopo che si sia inteso perseguire".*

#### *Accettazione e contenuto degli impegni*

Il Consiglio di Stato, con la decisione del 19 novembre 2009, n. 7307, *Federitalia/Federazione Italiana Sport Equestri (Fise)*, dopo aver ripercorso le "origini comunitarie" dell'istituto degli impegni di cui all'articolo 14-ter della legge n. 287/90, ha, in primo luogo, ricordato che "si tratta di una modalità alternativa e atipica di chiusura del procedimento sanzionatorio, con cui l'Autorità può limitarsi ad "accettare" gli impegni proposti dalle imprese lasciando irrisolta la questione della anticoncorrenzialità, o meno, della condotta al suo esame". In questo contesto, il Collegio ha tuttavia precisato che "tale istituto in alcun modo limita i poteri dell'Autorità o li riduce ad una funzione meramente notarile, comprimendo i poteri di accertamento e di sanzione; la proposizione di impegni non è uno strumento in mano alle imprese finalizzato solo ad evitare la sanzione, sminuendone così l'efficacia deterrente". In altre parole, quindi, ha osservato il Consiglio di Stato, "il tipico

*esercizio del potere da parte delle Autorità antitrust non è stato intaccato dall'introduzione delle decisioni di chiusura dell'istruttoria a seguito dell'accettazione di impegni; la presentazione di impegni e la loro accettazione non integrano una sorta di accordo bilaterale tra impresa e Autorità, ma introducono nell'ambito di un procedimento antitrust una fase costituita dalla valutazione degli impegni, da svolgere sulla base di criteri obiettivi e con la partecipazione di ogni soggetto interessato”.*

### *Questioni procedurali in materia di impegni*

Con decisione del 2 marzo 2009, n. 1190, *Produttori di pannelli truciolari in legno*, il Consiglio di Stato ha ritenuto del tutto corretta l'applicazione dell'art. 14-ter, della legge n. 287/90 anche ai procedimenti in corso al momento dell'entrata in vigore della novella legislativa. Nella medesima decisione, il Consiglio di Stato ha affermato che, posta la specialità della disciplina procedimentale dettata dalla legge n. 287/90, non si applica ai procedimenti in materia di impegni l'articolo 10-bis della legge n. 241/90 (*Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*); e ciò anche in ragione della circostanza che la comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14-ter della legge n. 287/1990 prevede che il contraddittorio si sviluppi attraverso una presentazione preliminare degli impegni, con congruo anticipo rispetto al termine di tre mesi. Il Consiglio di Stato ha altresì chiarito che la disciplina in materia di impegni “nell'attribuire alle parti l'iniziativa di formulare gli impegni, non pone a carico dell'Autorità specifici oneri procedimentali”, con particolare riferimento alla formulazione di valutazioni preliminari sulle risultanze istruttorie sino a quel momento acquisite. Il Collegio, al riguardo, ha evidenziato che “con la notifica dell'atto di avvio dell'istruttoria, le parti sono già rese edotte dei profili anticoncorrenziali al vaglio dell'Autorità”.

### *Sanzioni*

#### *Sanzionabilità delle condotte*

Con decisione del 3 aprile 2009, n. 2092, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, il Consiglio di Stato ha riaffermato la sanzionabilità di condotte già cessate ai sensi dell'articolo 15, legge n. 287/90. In merito, il Collegio ha osservato che “diversamente opinando, dovrebbe ammettersi che, accertata la commissione di infrazioni gravi, l'Autorità non ha il potere di sanzionarle (allorché ormai cessate), con conseguente

*neutralizzazione delle funzioni, anche di deterrenza, dall'ordinamento assegnate alla misura”.*

#### *Individuazione della normativa applicabile*

Con decisione del 3 aprile 2009, n. 2083, *Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi*, il Consiglio di Stato ha osservato che la mancata indicazione delle ragioni sulla cui base l'Autorità ritiene applicabile una norma, anziché un'altra, non assume alcuna rilevanza nel momento in cui si accerta che la soluzione prescelta è, dal punto di vista giuridico, corretta. Si tratterebbe, a tutto concedere, di un vizio di mera forma, di una mera irregolarità, che non influisce in alcun modo sul contenuto dispositivo del provvedimento e che non può condurre all'annullamento del provvedimento. Nel merito, peraltro, il Consiglio di Stato ha osservato come “*la protratta applicazione dei prezzi concordati, resa possibile dalla volontaria omissione di un contrarius actus, [avesse] comportato il protrarsi dell'illecito sotto la vigenza del nuovo regime sanzionatorio*”.

#### *Imputazione delle condotte a fini sanzionatori*

Il Consiglio di Stato, con la decisione del 3 aprile 2009, n. 2083, *Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi*, si è pronunciato sulla questione del criterio applicabile ai fini dell'individuazione del soggetto sanzionabile in caso di successione di imprese. Il Consiglio di Stato ha fatto riferimento a quanto statuito dalla Corte di Giustizia e, in particolare, al principio in base a cui “*gli articoli 81 CE [ora 101 TFUE] e seguenti devono essere interpretati nel senso che, nel caso di enti dipendenti dalla stessa Autorità pubblica, qualora una condotta costitutiva di una stessa infrazione alle regole di concorrenza sia stata commessa da un ente e successivamente proseguita fino alla sua fine da un altro ente succeduto al primo, il quale non ha cessato di esistere, tale secondo ente può essere sanzionato per l'infrazione nella sua interezza se è provato che tali due enti sono stati sotto la tutela della citata autorità*”. Con riferimento a tale ultimo aspetto, il Consiglio di Stato ha puntualizzato che “*affinché due o più enti possano considerarsi sottoposti alla "tutela" del medesimo soggetto pubblico non è sufficiente che quest'ultimo detenga il capitale di entrambi gli enti*”; ed ha ritenuto che, nel caso di specie, con riferimento all'intesa sanzionata dall'Autorità, tale condizione non ricorresse, dovendosi ritenere che le due parti dell'intesa avessero “*partecipato autonomamente all'intesa, e non sotto la tutela di un medesimo soggetto pubblico*”, senza che in questo senso assumessero rilievo “*i*

*legami strutturali [...] esistenti tra il Ministero dell'Economia e delle Finanze, da un lato, ed AAMS ed ETI, dall'altro”.*

Sotto altro profilo, sempre con riferimento all'imputazione delle condotte alle imprese, il Consiglio di Stato, nella medesima decisione, ha ribadito il principio in base a cui, nel ripartire il carico sanzionatorio in capo alle imprese parti di un'intesa, l'Autorità avesse correttamente fatto esclusivo riferimento al fatturato, avendo ritenuto che “*il contributo dato da ciascuna impresa all'infrazione [fosse] stato uguale a quello delle altre*”, e pertanto “*l'unico elemento alla cui stregua differenziare la sanzione diventa quello della capacità economica delle imprese*”.

#### *Fatturato di riferimento*

Il Consiglio di Stato, con la decisione n. 2083/2009, *Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi*, ha escluso che, nel calcolo del fatturato di riferimento, si debba tenere conto esclusivamente del fatturato prodotto nel mercato italiano, “*che è quello in cui le violazioni possono essere accertate dall'Autorità*”, ritenendo che il dato letterale della norma “*rinvia al fatturato tout court, senza distinguere tra il fatturato raccolto sul mercato nazionale e il restante fatturato*”; e che “*nella quantificazione della sanzione si deve tener conto dell'intero fatturato perché esso indica la capacità economica dell'impresa e consente quindi di comminare sanzioni dissuasive*”.

#### *Presupposti e criteri di quantificazione*

Il Consiglio di Stato, con decisioni del 25 marzo 2009 e 9 aprile 2009, nn. 1705 e altre, tutte relative al caso *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel comune di Roma*, ha puntualizzato che, alla luce della legge n. 287/90 e degli orientamenti della Commissione sul calcolo delle sanzioni, “*la quantificazione della sanzione avviene con la preventiva determinazione di un importo base ai sensi dei punti 21 e 25 degli “Orientamenti”, su cui sono operati adeguamenti, in aumento o in diminuzione, in ragione di circostanze aggravanti o attenuanti, per pervenire alla misura finale della sanzione*”.

#### *Gravità*

Il Tar Lazio, con sentenze del 18 dicembre 2009, n. 13131 e n. 13134, *Costa Container Lines/Sintermar-Terminal Darsena Toscana*, ha ribadito il principio in base

a cui, in linea generale, non sussistono presunzioni assolute in punto di gravità dell’infrazione, occorrendo, a tal fine, un apprezzamento dell’impatto concreto dell’infrazione sul mercato; pertanto, anche le infrazioni in astratto qualificabili come molto gravi sono pertanto passibili, a seconda di specifiche circostanze, di un giudizio di gravità semplice.

Lo stesso Tar Lazio, con le sentenze del 2 dicembre 2009, nn. 12319, tutte relative al caso *Listino prezzi della pasta*, ha evidenziato che “*il concetto di gravità non risulta ulteriormente specificato dal legislatore*”, pur rilevando come, anche alla luce dei principi emersi in sede comunitaria, “*le intese aventi ad oggetto la fissazione dei prezzi, la ripartizione del mercato o la limitazione della produzione (c.d. hardcore violations) [...] costituiscono alcune delle più gravi restrizioni della concorrenza*”.

Ancora con riferimento alla valutazione di gravità di una condotta a fini sanzionatori, il Consiglio di Stato, con la decisione del 29 settembre 2009, *Mercato del calcestruzzo*, ha evidenziato che i criteri per la determinazione delle ammende impongono anche di valutare l’impatto concreto sul mercato, quando sia misurabile, e l’estensione del mercato geografico rilevante. Alla luce di tale principio, il Collegio ha ritenuto che dovesse confermarsi la qualificazione come grave, anziché come molto grave, di un’intesa in considerazione del fatto che non vi era prova del pregiudizio per il funzionamento del mercato e di un nesso di causalità certo tra l’intesa e l’aumento dei prezzi e dunque della lesività della condotta per il mercato.

Nelle sentenze del 22 settembre 2009, n. 9171 e n. 9176, rispettivamente *SEA-Tariffe Aeroportuali e Aeroporti di Roma - Tariffe aeroportuali*, il Tar Lazio si è espresso sulla gravità delle condotte, con riferimento all’accertamento di un abuso di posizione dominante. Il giudice di prime cure – pur consapevole di aver affermato, in un suo precedente, che “*l’abuso di posizione dominante costituisce ontologicamente un illecito grave*” – ha tuttavia ritenuto che, “*fuori dall’emersione di fattispecie nell’ambito delle quali la stessa configurazione della vicenda esalti, con incontrovertibile evidenza, la qualificazione della condotta, sì da escludere lo svolgimento di alcuna ulteriore indagine in ordine al grado da essa assunta al fine di pervenire ad una corrispondente commisurazione sanzionatoria, sia invece pur sempre necessario appurare (accanto alla materialità della condotta; o ancora alla oggettività delle conseguenze da essa indotte sul mercato, ovvero sui comportamenti dei consumatori o dei soggetti a qualunque titolo incisi dalla condotta stessa) l’eventuale presenza di*

*elementi estrinseci suscettibili di condizionarne (in senso aggravativo, ma anche attenuativo) la configurazione sempre nel quadro della individuazione della sanzione comminabile*”. In questo contesto, il Tar Lazio ha ritenuto che debba venire in rilievo la Comunicazione della Commissione recante *Orientamenti per il calcolo delle ammende in materia di concorrenza*, laddove prevede che l’importo di base dell’ammenda possa essere ridotto qualora “*il comportamento anticoncorrenziale è stato autorizzato o incoraggiato dalle Autorità pubbliche o dalla legge*”.

#### *Durata*

Come si è già osservato, con la decisione n. 2083/2009, *Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi*, il Consiglio di Stato ha ribadito il principio secondo cui, nel determinare la durata dell’infrazione, va preso in considerazione il protrarsi dell’applicazione dei prezzi concordati, reso possibile dalla volontaria omissione di un *contrarius actus*.

#### *Massimo edittale*

Il Consiglio di Stato, con la decisione del 2 marzo 2009, n. 1190, *Produttori di pannelli truciolati in legno*, si è pronunciato in ordine al criterio applicabile al fine di verificare che la sanzione irrogata dall’Autorità non superi il massimo edittale previsto dalla legge. Al riguardo, il Collegio ha osservato che il limite dal 10% del fatturato dell’ultimo esercizio, previsto dall’articolo 15, della legge n. 287/90 non rileva “*già all’atto della determinazione dell’importo base della sanzione stessa*”, in quanto la misura del 10% del fatturato dell’ultimo esercizio costituisce il “*limite all’applicazione della sanzione, come determinata in concreto dall’Autorità*”.

#### *Circostanze aggravanti e attenuanti*

Il Consiglio di Stato, con decisione del 2 marzo 2009, n. 1190, *Produttori di pannelli truciolari in legno*, ha ritenuto corretto l’approccio seguito dall’Autorità consistente nell’aver “*fissato al 10% l’importo base delle sanzioni, procedendo su questo ad applicare la diminuente correlata al riconoscimento del ruolo di follower, per l’appunto considerata circostanza attenuante rilevante ai fini dell’adeguamento dell’importo base, non già in sede di diretta determinazione dell’importo base*”.

### *Recidiva*

Il Consiglio di Stato, con decisione del 29 settembre 2009, n. 5864, *Mercato del calcestruzzo*, ha ritenuto che – considerato che *i)* l'articolo 31 della legge n. 287/90 richiama le disposizioni della legge n. 689/81 “in quanto applicabili”, che *ii)* in ambito comunitario la recidiva viene applicata senza un preciso limite temporale, rimettendo alla Commissione la valutazione del decorso del tempo, e che *iii)* sussiste l'esigenza di colpire le infrazioni gravi o molto gravi con sanzioni che costituiscano un effettivo deterrente – il rigido termine di cinque anni fissato per l'applicazione della recidiva dall'art. 8-bis della legge n. 689/81 non è compatibile con la disciplina *antitrust* e non deve essere applicato, con la conseguenza che la valutazione del tempo trascorso ai fini dell'applicazione dell'aggravante è rimessa alla valutazione dell'Autorità.

Nella stessa decisione, inoltre, il Consiglio di Stato ha precisato che recidiva può essere contestata a un'impresa anche in relazione a un caso verificatosi quando il *management* e la proprietà della società erano diversi, perché tali mutamenti non comportano il cambiamento del soggetto (persona giuridica) che ha commesso l'infrazione, che resta consapevole del fatto che in caso di nuova violazione sarà applicata la recidiva.

### *Maggiorazioni per il ritardo nel pagamento delle sanzioni*

Il Consiglio di Stato, con la decisione del 20 luglio 2009, n. 4510, *IBAR/Aeroporti di Roma*, ha statuito la “*non computabilità, agli effetti delle maggiorazioni per ritardato pagamento previste dall'art. 27 della legge n. 689/81, del periodo in cui la sanzione irrogata dall'Autorità è stata sospesa con provvedimento cautelare del giudice amministrativo*”. E ciò in ragione della natura sanzionatoria di tale maggiorazione “*che richiede la sussistenza del requisito del ritardo nel pagamento imputabile al debitore*”.

### *Sanzioni per inottemperanza alle misure cui è subordinata l'autorizzazione della concentrazione*

Il Tar Lazio, con la sentenza del 3 marzo 2009, n. 2192, *Parmalat/Eurolat*, ha riaffermato il principio in base a cui il colpevole ritardo della società nell'ottemperare agli obblighi prescritti in sede di autorizzazione condizionata di un'operazione di concentrazione giustifica la misura della sanzione inflitta dall'Autorità, pari, nel caso di specie, al minimo edittale.

## PROFILI PROCEDURALI

### *Denuncia anonima*

Il Consiglio di Stato, con la decisione del 29 settembre 2009, n. 5864, *Mercato del calcestruzzo*, ha affermato che una denuncia anonima non esclude che siano doverosi per l'Autorità gli accertamenti istruttori, senza obbligo preliminare di accettare la veridicità dei fatti denunciati.

### *“Ritardo” nell'avvio del procedimento rispetto alla denuncia*

Il Consiglio di Stato, con decisione del 3 aprile 2009, n. 2092, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, ha ritenuto che non possa riscontrarsi alcuna compromissione del diritto di difesa delle parti derivante al ritardo con cui l'Autorità procede all'avvio dell'istruttoria, evidenziando che il lasso temporale che intercore tra l'arrivo della segnalazione e l'avvio dell'istruttoria si configura come necessario a valutare la sussistenza di un *fumus* di infrazione. Al riguardo, il Consiglio di Stato ha, inoltre, escluso che tale ritardo possa avere incidenza sulla valutazione relativa alla legittimità del provvedimento dell'Autorità, “*potendo al più e se del caso essere assunto a fondamento di differenti pretese di tipo rimediale*”.

Nello stesso senso il Collegio si è espresso con la decisione del 2 marzo 2009, n. 1190, *Produttori di pannelli truciolari in legno*, evidenziando che, “*in disparte la mancata previsione, nel corpo dell'art. 14, della legge n. 287/90, di alcun termine di inizio del procedimento e premessa la non operatività nel caso di specie dell'art. 14, della legge n. 689/81 – che, relativo alla contestazione della violazione a seguito dello svolgimento delle relative indagini e non all'avvio della fase istruttoria del procedimento, richiama, se applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge n. 689/81 unicamente ai fini delle sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della legge, senza richiamarle nella parte in cui disciplinano la fase istruttoria del procedimento*”, l'Autorità deve “*disporre di un ragionevolmente consistente lasso temporale nel valutare che vi [siano] i presupposti per dare o meno avvio all'istruttoria, attesa la delicatezza e consistenza dell'attività amministrativa da espletare*”.