

cui va vagliata l'attendibilità. La giurisprudenza di questo Consesso e la giurisprudenza comunitaria hanno del resto già più volte affermato che i 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 (C. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1191). L'utilizzo come prova a carico di documenti provenienti da terzi è stato ammesso dalla Corte di giustizia Ce (cfr. Corte giust. 16 dicembre 1975, cause riunite 4, 48, 50, 54-56, 111, 113 e 114/73, Suiker Unie, par. 159 ss.), che ha ritenuto che sia difficile ammettere che un'impresa possa avere assolutamente inventato il contenuto di uno scritto relativo ad un comportamento che possa esporla a sanzioni". Alla luce di tali considerazioni, il giudice d'appello ha concluso che "nulla vieta, quindi, di ammettere, come prova del comportamento di un'impresa, documenti provenienti da terzi, purché il contenuto degli stessi sia attendibile per quanto si riferisce al comportamento stesso".

Prova dell'intesa e rappresentanza dei soggetti cui è attribuibile la documentazione a sostegno dell'intesa

Il Consiglio di Stato, nella decisione 11 gennaio 2010, n. 10, relativa al caso *Aziende di Trasporto Pubblico Locale-Petrolieri*, ha riaffermato il principio pacifico in base al quale *"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 durante le ispezioni, ma anzi deve ritenersi che la condotta da parte del singolo dipendente, accompagnata dal conseguente comportamento della società, sia sufficiente per rendere gli impegni assunti o gli atti rinvenuti riferibili alla società (cfr. Corte giust. 21 febbraio 1984, causa 86/82, Hasselblad). Pertanto, sono riferibili alle imprese anche documenti redatti da soggetti privi del potere di rappresentanza (C. Stato, sez. VI, n. 1191/2001, cit., che ha mediamente superato l'opposto orientamento espresso da C. Stato, sez. VI, 30 dicembre 1996, n. 1792)".*

Abuso di posizione dominante

Posizione dominante

Con sentenza 14 luglio 2010, n. 25434, relativa al caso *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri del Mediterraneo*, il Tar del Lazio ha ricostruito i principi di matrice comunitaria relativi alla definizione di una posizione dominante, ricordando che *"per posizione dominante si intende 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 ha poi ricordato come tale situazione non sia esclusa "dalla circostanza che, a differenza di una situazione di monopolio o di quasi monopolio, sul mercato sia in qualche modo consentita l'esplicazione, sia pure entro certi limiti, del gioco concorrenziale, atteso che l'impresa che la detiene è pur sempre in grado di decidere o, almeno, di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza, e comunque di comportarsi senza doverne tenere conto e senza che per questo, simile condotta le arrechi pregiudizio".

Nella decisione 20 dicembre 2010, n. 9306, relativa al caso *Eni-TTPC*, il Consiglio di Stato ha ribadito il principio in base a cui *"dalla posizione dominante discende una speciale responsabilità, per cui l'impresa che la detiene non può ridurre o eliminare il grado di concorrenza ancora esistente sul mercato, con comportamenti escludenti; [e] sono consentiti gli atti di tutela degli interessi commerciali dell'impresa, ma non anche un comportamento che abbia lo scopo di rafforzare la posizione dominante e di farne abuso"*.

Abuso

Il Tar del Lazio, nella sentenza 14 luglio 2010, n. 25434, relativa al caso *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri del Mediterraneo*, ha ricordato che, per *"consolidato orientamento comunitario, l'abuso di posizione dominante si verifica quando su un piano obiettivo vi è una condotta illecita, non rilevando l'intento e la relativa prova di ledere un concorrente"*. Il giudice ha poi evidenziato che *"il mero intento di escludere un concorrente dal mercato è di per sé irrilevante se attuato con legittimi comportamenti e strategie economiche, mentre la condotta escludente da parte dell'impresa in posizione dominante è obiettivamente illecita e deve essere qualificata come abuso di posizione dominante"*. In questo contesto, inoltre, il Tar ha fatto riferimento alla *"speciale responsabilità"* dell'impresa in posizione dominante che *"non può ridurre o eliminare il grado di concorrenza nel mercato con comportamenti escludenti"*.

Sulla base dei medesimi principi, ma al fine di escludere l'esistenza di una condotta abusiva, il Tar del Lazio, nella sentenza 20 settembre 2010, n. 32364, relativa al caso *Colgate Palmolive-Forniture dirette*, ha rilevato che, esclusa la posizione dominante dell'impresa, *"la sua scelta politica commerciale, di limitare le vendite dirette ai soli clienti che raggiungano una soglia minima di fatturato, ancorché possa introdurre condizioni più favorevoli per taluni clienti (come i grossisti "mono-marca"), non risulta suscettibile di censura dinanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato; e anzi, può revocarsi in dubbio che tale disparità contrattuale possa trovare sanzione anche in altra sede giurisdizionale, poiché se il contraente non è in posizione dominante "tale disparità è frutto del lecito esercizio dell'autonomia negoziale delle parti e trova nella controparte un soggetto altrettanto libero di determinare le proprie*

scelte contrattuali”, potendo “reperire sul mercato adeguate alternative” (Cass. civile, Sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3638)”.

Abuso di posizione dominante e integrazione verticale

Il Consiglio di Stato, nella decisione 20 dicembre 2010, n. 9306, *relativa al caso Eni-TTPC*, ha evidenziato che *“la condotta escludente è stata resa possibile dall’integrazione verticale di ENI, che ha potuto determinare le scelte imprenditoriali della propria controllata al 100% TTPC”*. Con particolare riferimento al controllo di Eni su TTPC, il Collegio ha affermato che ciò che rileva *“non è il mero esercizio dell’influenza della controllante sulla controllata, di per sé neutro dal punto di vista antitrust, bensì la circostanza che la condotta è andata a buon fine in ragione del controllo esercitato da ENI su TTPC, orientandone le scelte e inducendola ad un ripensamento rispetto ad una scelta imprenditoriale già fatta e ad impegni contrattuali già volontariamente assunti”*.

Abuso di posizione dominante e “condotte difensive”

Con la decisione 20 dicembre 2010, n. 9306, *relativa al caso Eni-TTPC*, il Consiglio di Stato ha affermato che, nel caso di specie non potesse *“essere utilmente invocata la giurisprudenza comunitaria laddove afferma che il principio di speciale responsabilità che grava sull’incumbent, se gli vieta di ostacolare la concorrenza al fine di incrementare la propria posizione di mercato o di mantenerla invariata, non si spinge fino all’impedimento di condotte difensive quando gli interessi economici dell’impresa sono minacciati. Infatti si può giustificare, da parte dell’incumbent, una condotta difensiva dei propri interessi economici, quando vi sia una situazione concreta e attuale che metta in pericolo detti interessi”*. A giudizio del Collegio, nel caso di specie, *“manca l’attualità e concretezza del pericolo, in quanto all’epoca in cui ENI ha impedito il potenziamento del gasdotto tunisino la situazione di oversupply non era attuale come non era attuale il pericolo del pagamento delle penali. Né vi era alcuna certezza di un pericolo futuro, e inoltre ove il pericolo si fosse concretizzato, esistevano strumenti giuridici difensivi utilizzabili, apprestati dall’ordinamento (artt. 24 e 26, d.lgs. n. 164/2000)”*. In definitiva, quindi, il Consiglio di Stato ha ritenuto che *“la tesi di ENI, di aver agito in difesa dei propri interessi economici, non può essere condivisa perché non c’era un pericolo attuale, né certezza o ragionevole probabilità di un pericolo futuro”*.

Abuso di posizione dominante e clausole contrattuali lecite

Il Consiglio di Stato, con decisione 20 dicembre 2010, n. 9306, *relativa al caso Eni-TTPC*, ha respinto la tesi prospettata dalle ricorrenti in base a cui *“essendo le*

clausole contrattuali valide, non si poteva configurare l'illecito anticoncorrenziale". In merito, il Collegio ha affermato il principio in base a cui "l'illecito anticoncorrenziale è un "comportamento", che può manifestarsi sia mediante atti giuridici (contratti, atti unilaterali, dichiarazioni), sia mediante comportamenti materiali commissivi o omissivi. Pertanto, non può escludersi che un contratto formalmente valido sia accompagnato e contornato da condotte illecite, alla stessa stregua in cui un provvedimento amministrativo formalmente legittimo può essere ciò nonostante frutto di condotte penalmente illecite. Il piano dell'illiceità anticoncorrenziale, come quello dell'illiceità penale, afferisce a comportamenti, e dunque differisce dal piano della validità e legittimità civile e amministrativa, sicché ai fini della valutazione di illiceità anticoncorrenziale la validità o invalidità del contratto rimane neutrale".

Abuso di posizione dominante ed essential facilities

Il Consiglio di Stato, con la decisione 20 dicembre 2010, n. 9306, *relativa al caso Eni-TTPC*, ha ribadito il principio in base a cui una condotta escludente posta in essere dall'operatore in posizione dominante può essere qualificata quale fattispecie abusiva, a prescindere dall'esistenza di una *essential facility*. Il Collegio, in particolare, con riferimento alla condotta escludente posta in essere da Eni, consistente nell'aver interrotto la procedura di potenziamento del gasdotto utilizzato per l'importazione in Italia di gas algerino al fine di mantenere e rafforzare la propria posizione dominante nel mercato dell'approvvigionamento del gas, ha ritenuto che si dovesse "*prescindere da tutte le questioni in tema di infrastruttura essenziale, atteso che l'Autorità non ha mai attribuito tale qualificazione al gasdotto tunisino e pertanto non ha contestato l'abuso sotto il profilo del rifiuto di accesso ad una essential facility*". Il Collegio, in merito, ha osservato che "*ciò che l'Autorità imputa a ENI non è la violazione dei doveri derivanti dal possesso di un'infrastruttura essenziale, ma l'elusione di impegni di accesso ad un'infrastruttura non essenziale volontariamente e contrattualmente assunti, elusione avvenuta mediante una complessa condotta che è stata resa possibile dalla posizione dominante*".

Quanto all'accertamento dell'abuso di una posizione dominante in presenza di una *essential facility*, il Consiglio di Stato, con decisione 24 giugno 2010, n. 4013, *relativa al caso Aeroporti di Roma-Tariffe Aeroportuali*, considerato che nella fattispecie abusiva accertata dall'Autorità l'accesso all'infrastruttura configurava un *input* essenziale per competere nel mercato a valle dei servizi di *handling*, ha ritenuto che correttamente, anche considerati gli Orientamenti della Commissione in materia di abusi di posizione dominante, l'Autorità avesse escluso di effettuare il *test di replicabilità* solo sui costi dell'operatore in posizione dominante proprietario dell'infrastruttura (ADR), in quanto esso possedeva l'infrastruttura centrale in virtù del

finanziamento statale, con un vantaggio competitivo che non poteva essere replicato attraverso un rimborso che non tenesse conto della differente situazione di partenza sullo stesso mercato.

Prova dell'abuso di posizione dominante

Il Tar del Lazio, nella sentenza 14 luglio 2010, n. 25434, relativa al caso *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri del Mediterraneo*, ha fatto riferimento, con riguardo agli elementi di prova che devono sostenere l'accertamento di un abuso di posizione dominante, al “*percorso argomentativo*” sviluppato dalla giurisprudenza in materia di intese restrittive della concorrenza, ritenendo che esso “*possa estendersi agli abusi di posizione dominante*”. In particolare, il Tar ha evidenziato che deve ritenersi “*sufficiente e necessaria, essendo consapevole della rarità dell'acquisizione di una prova piena (c.d. smoking gun: testo; documentazione inequivoca; confessione dei protagonisti) e della conseguente vanificazione pratica delle finalità perseguite dalla normativa antitrust che scaturirebbe da un atteggiamento troppo rigoroso, la delineazione di indizi, purché gravi, precisi e concordanti, circa l'intervento di illecite forme di concertazione e coordinamento o l'adozione di condotte abusive, da parte del soggetto in posizione dominante, in quanto escludenti dal mercato*”.

Imposizione di prezzi non equi

Il Consiglio di Stato, con la decisione 24 giugno 2010, n. 4013, relativa al caso *Aeroporti di Roma-Tariffe aeroportuali*, ha ritenuto che, nella valutazione circa la sussistenza di prezzi non equi, legittimamente l'Autorità avesse utilizzato i dati elaborati dal soggetto preposto alla regolazione, in quanto aventi una valenza indiziaria dell'esistenza di prezzi sproporzionati rispetto ai costi.

Abuso di posizione dominante ed abuso di dipendenza economica

Il Tar del Lazio, nella sentenza 20 settembre 2010, n. 32364, relativa al caso *Colgate Palmolive-Forniture dirette*, ha operato un netto distinguo tra l'abuso di posizione dominante e l'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge n. 192/98, che ha riguardo, quest'ultimo, specificamente al “*rapporto tra una impresa (o un gruppo d'impresе) e una impresa “cliente o fornitrice”, e che si caratterizza per la situazione di “eccessivo squilibrio di diritti e obblighi” in danno della seconda e a favore della prima, valutata anche in considerazione della possibilità dell'impresa che subisca l'abuso di “reperire sul mercato alternative soddisfacenti”, e può sostanzialmente “nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria*

delle relazioni commerciali in atto". Il Tar ha precisato, peraltro, che *"l'abuso di dipendenza economica non esclude la configurabilità di un abuso di posizione dominante, ove ne ricorrano i presupposti, posto che il comma 3 bis dell'art. 9 della legge n. 192 del 1998 (come aggiunto dall'art. 11, comma 2, della legge 5 marzo 2001, n. 57), tenendo espressamente "ferma l'eventuale applicazione dell'articolo 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287", demanda all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, qualora l'abuso di dipendenza economica "abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato", anche su segnalazione di terzi e con attivazione dei propri poteri d'indagine, previo esperimento della relativa istruttoria, di procedere "alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso"*. Ne consegue che, a giudizio del Tar, *"nel caso in cui l'abuso di dipendenza economica assuma più ampia incidenza ed effetti anticoncorrenziali, e anche quando non si traduca in abuso di posizione dominante, all'Autorità sono attribuiti gli stessi poteri repressivi e sanzionatori previsti per le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante"*. Il giudice di prime cure, infine, ha sostenuto che *"l'abuso di dipendenza economica è fattispecie espressamente riferita ad una precisa tipologia di rapporti commerciali, come definiti dall'art. 1 della legge n. 192 del 1998, ossia ai contratti di subfornitura"*, non trattandosi di *"figura generale concernente ogni rapporto di natura commerciale"*.

Condotte anticoncorrenziali, copertura normativa e "disapplicazione"

Il Tar del Lazio, con le sentenze 9 marzo 2010, nn. 3572-3578, relative al caso *Riciclaggio batterie esauste*, ha ritenuto che in un mercato caratterizzato da vincoli normativi, nazionali e comunitari, finalizzati a garantire obiettivi di tutela ambientale, *"anche l'eventuale presenza e/o rilevanza di condotte astrattamente suscettibili di essere qualificate come anticompetitive eclissi – in presenza di un quadro normativo univocamente orientato ad esprimere il carattere di obbligatorietà delle condotte stesse, laddove preordinate con carattere di univocità al perseguimento di particolari, quanto specificati interessi – l'applicazione dell'apparato sanzionatorio ordinariamente posto a presidio di comportamenti anticoncorrenziali"*. Il Tar del Lazio ha rilevato che in tali ipotesi debbano trovare applicazione i principi espressi dalla Corte di Giustizia nel caso *CIF* (sentenza del 9 settembre 2003, causa C198/01), dovendo l'Autorità *"procedere alla disapplicazione"* della legge nazionale, *"la cui operatività pot[rebbe] essere ritenuta configgente con la disciplina antitrust"* ed alla valutazione della *"presenza di circostanze attenuanti indotte dall'obbligatoria attuazione del dettato legislativo"*. In tale contesto, infine, il Tar ha posto l'accento sui poteri di segnalazione previsti dall'articolo 21 della

legge n. 287/90, ritenendo che l'Autorità debba, prima di intervenire *“in chiave repressiva”*, attivare i propri poteri di segnalazione.

Riparto di competenze tra Autorità antitrust e Autorità di settore

Il Consiglio di Stato, nelle due decisioni 24 giugno 2010, n. 4013, relativa al caso *Aeroporti di Roma-Tariffe aeroportuali*, e n. 4016, relativa al caso *SEA- Tariffe aeroportuali*, ha affrontato la questione del riparto di competenze tra Autorità e regolatore settoriale. Il Collegio, in particolare, ha ritenuto che nel caso di specie l'Autorità non si fosse indebitamente sostituita al secondo, avendo compiuto una autonoma valutazione dell'illecito anticoncorrenziale, facendo applicazione delle norme *antitrust* e non di quelle regolamentari. Il giudice dell'appello ha, in tal senso, rilevato che in presenza, come nel caso di specie, di un *“mercato regolamentato che esiste sulla carta, ma in concreto non è attuato [...] a fronte del non intervento dell'Autorità di regolamentazione, se anche l'Autorità antitrust restasse latitante, si avrebbe un “conflitto negativo di competenza” in cui a rimetterci sarebbe la corretta concorrenza”*.

Concentrazioni

Fase I della valutazione delle operazioni di concentrazione

Il Tar del Lazio, con la sentenza 24 agosto 2010, n. 31287, relativa alla concentrazione *Groupe Adeo/Castorama* ha evidenziato che, nella valutazione delle operazioni di concentrazione, la fase preistruttoria, *“lungi dal rappresentare una deliberazione meramente sommaria sui possibili profili antitrust dell'operazione di concentrazione sottoposta all'esame dell'Autorità [...] deve essere sufficientemente analitica al fine di esporre adeguatamente, nel caso di non avvio dell'istruttoria, le ragioni per le quali le preoccupazioni anticoncorrenziali possono essere escluse”*. In tale contesto, il giudice ha chiarito che *“la valutazione sulla esigenza o meno di avviare l'istruttoria si presenta complessa e richiede un intervallo di tempo che può diventare consistente atteso che 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 ovvero sino a quando non si acquisisca una ragionevole certezza dell'insussistenza di tali elementi”*. Sulla base di tali considerazioni, quindi, il giudice ha concluso che *“lo svolgimento rigoroso della fase preistruttoria non costituisce un vizio dell'attività amministrativa, ma, al contrario, evidenzia un pregio della stessa”*.

Nella medesima sentenza, inoltre, il Tar del Lazio si è soffermato sulla doglianza sollevata dalla ricorrente, in base alla quale l'Autorità avrebbe sostanzialmente adottato un provvedimento di autorizzazione condizionata sotto la forma di delibera di non avvio

istruttoria; e ciò in ragione del fatto che, durante la fase preistruttoria, la parte notificante si era impegnata a cedere alcuni punti vendita *“al fine di fugare [...] ogni dubbio in merito alla compatibilità della concentrazione con la normativa antitrust”*. In merito, il giudice, avallando l'iter procedurale seguito dall'Autorità, ha evidenziato come *“rientri nella libertà di iniziativa economica di ogni impresa includere in una operazione di acquisizione di altre imprese la dismissione di punti vendita condizionando sospensivamente la cessione al buon esito dell'operazione di concentrazione e la circostanza che la volontà di cedere alcuni punti vendita sia maturata al fine precipuo di fugare già nella fase preistruttoria ogni dubbio sulla compatibilità della concentrazione con la normativa antitrust non rende certo illecita l'operazione, ma è anzi indice di una corretta volontà della parte di evitare quanto più possibile di porsi in una situazione di criticità rispetto alla normativa dettata a tutela della concorrenza e del mercato”*.

Nozione di controllo e controllo di fatto

Il Consiglio di Stato, nella decisione 29 dicembre 2010, n. 9554, relativa al caso *Emilcarta/Agrifood Machinery* si è diffusamente soffermato sulla nozione di controllo di fatto e sugli elementi necessari ai fini della sua qualificazione. Il Collegio ha preliminarmente affermato che se *“è vero che l'esame [del provvedimento] va condotto avendo a riferimento tutti gli argomenti di supporto, secondo l'Autorità, gravi, precisi e concordanti, posti a sostegno del provvedimento medesimo, da vagliare congiuntamente e non, invece, scindendo l'esame delle singole valutazioni; non di meno, allorché un insieme coordinato di argomentazioni, costituente autonomo sviluppo logico-giustificativo, non offra idonei elementi di convincimento, il giudicante può prendere in considerazione gli apprezzamenti al riguardo espressi dall'Autorità onde verificare se la scarsa consistenza di essi non sia in grado, in effetti, di indebolire in termini decisivi la trama argomentativa completa, destinata a sorreggere il provvedimento stesso nella sua globalità”*. In questo contesto, al fine di delineare i confini del controllo di fatto, il Consiglio di Stato ha richiamato la *“comunicazione della Commissione sulla nozione di concentrazione a norma del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio relativa al controllo delle operazioni di concentrazioni tra imprese [la quale] precisa, tra l'altro, al punto 9, che in circostanze eccezionali, una situazione di dipendenza economica può implicare un controllo di fatto, ad esempio quando accordi di fornitura a lungo termine di fondamentale importanza collegati con legami strutturali, conferiscono a questi ultimi un'influenza determinate”*. Il Consiglio di Stato, in merito, ha evidenziato che *“si tratta, è vero, di indicazioni di carattere esemplificativo (peraltro, rilevanti quanto meno sotto il profilo dell'affidamento), che non inibiscono il potere della competente Autorità antitrust di individuare anche*

altrove eventuali forme di possibile controllo societario; non di meno, l'indicazione, per l'autorevolezza della fonte da cui promana, non può non essere calata nell'esame delle vicende legate alla individuazione di situazioni di controllo societario, costituendo, a tal fine, valido supporto interpretativo e di indirizzo". A fronte di tali considerazioni, il Consiglio di Stato ha evidenziato che "la stessa Commissione ha posto, anzitutto, l'accento sul carattere "eccezionale" che, ai fini dell'individuazione di una situazione di controllo societario comportante una sorta di concentrazione di fatto, possono assumere semplici rapporti di fornitura; quindi, ha evidenziato come l'influenza determinante possa essere ricondotta all'esistenza di siffatti rapporti allorché a questi si ricolleghino anche "legami strutturali", in tal caso l'esistenza dei primi potendo conferire a questi ultimi la predetta influenza determinante".

Quanto all'esercizio di una influenza determinate, il Consiglio di Stato, nella medesima decisione, ha rilevato che *"vero che il regolamento comunitario definisce [...] il controllo in termini di "possibilità di esercitare un'influenza determinante" e non di esercizio effettivo di una simile influenza; e che il potere di determinare la struttura della dirigenza conferisce a chi ne è titolare un'influenza determinante sull'indirizzo dell'attività di un'impresa; tuttavia, a giudizio del Collegio "la possibilità di esercitare un'influenza determinante deve costituire una possibilità qualificata ed effettiva, caratterizzata dall'esistenza di significativi legami strutturali, finanziari o familiari la cui semplice presenza sia, per la loro forza, potenzialmente in grado di condizionare l'operato del soggetto "debole" nella scelta dei propri amministratori, senza possibilità, per il medesimo, di sottrarsi, se non con grave pregiudizio aziendale, alle scelte impostegli; la stessa, invece, non può ritenersi basata sul semplice sospetto per cui un amministratore o funzionario di una società, solo per avere avuto precedenti contatti professionali con altra società dello stesso settore, possa essere ritenuto indotto a perseguire esclusivamente gli interessi dell'una rispetto a quelli dell'altra, condizionandone le scelte produttive". Alla luce di tali considerazioni, il Collegio ha concluso che, "allorché [...] non sono stati individuati, né validamente ipotizzati, interventi certi, univoci e verificabili di una società sull'altra, né ad essi viene fatto riferimento alcuno, almeno in termini puntuali, da parte dei diretti interessati, né sia possibile rinvenire rapporti strutturali tra imprese, non può ritenersi avvalorata l'ipotesi di controllo e, quindi, di concentrazione tra imprese".*

Effetti dell'operazione di concentrazione

Il Tar del Lazio, nella sentenza 24 agosto 2010, n. 31287, relativa alla concentrazione *Groupe Adeo/Castorama*, con riferimento all'idoneità dell'operazione di concentrazione a comportare la creazione di una posizione dominante sul mercato, ha ricordato che, secondo una giurisprudenza comunitaria ormai consolidata, "quote di

*mercato molto grandi – 50% o superiori – possono costituire di per sé la prova dell'esistenza di una posizione di mercato dominante. [...] Una concentrazione che interessa un'impresa la cui quota di mercato dopo la concentrazione rimarrà inferiore al 50% può comunque dare adito a preoccupazioni sotto il profilo della concorrenza a causa di altri fattori quali la forza e il numero dei concorrenti, la presenza di limiti di capacità o nel caso in cui i prodotti delle parti siano stretti sostituti". Infine, ha evidenziato il giudice, "quando la quota di mercato delle imprese interessate non supera il 25% né nel mercato né in una sua parte sostanziale" è presumibile che la concentrazione non sia in grado di ostacolare l'esplicitarsi di una concorrenza effettiva nel mercato. Sulla base di tale griglia, il Tar del Lazio ha rilevato la correttezza della valutazione effettuata dall'Autorità nel caso di specie, in quanto, in taluni dei mercati geografici interessati, le quote di mercato detenute dall'impresa *post merger* si attestavano al di sotto della soglia del 25%; e nei mercati in cui tale quota si attestava su valori tra il 25 ed il 35%, l'Autorità aveva preso in considerazione "altri fattori per escludere ragionevolmente la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante".*

Impegni

Discrezionalità nella valutazione degli impegni

Il Tar del Lazio, con la sentenza 16 novembre 2010, n. 33474, relativa al caso *Carte di credito*, ha ricordato come in sede comunitaria costituisca principio consolidato quello secondo cui "la Commissione gode di un'ampia discrezionalità nel valutare se accettare le misure proposte dalle imprese"; e che, tuttavia, alla luce della sentenza *Alrosa* (causa T- 170/06), "l'esistenza di tale margine di valutazione discrezionale [...] non esonera la Commissione dall'obbligo di rispettare il principio di proporzionalità quando decide di rendere obbligatori impegni offerti". Quanto all'applicazione della disciplina nazionale in materia di impegni, il giudice ha altresì precisato che anche l'Autorità "esercita un potere discrezionale nella valutazione degli impegni proposti", ma che tuttavia, se decide di rendere obbligatori gli impegni proposti, non può "aggiungere ulteriori obblighi a quelli che l'impresa si è dichiarata pronta ad accettare".

Limiti alla discrezionalità dell'Autorità

Dopo aver premesso che l'Autorità, in ragione del potere discrezionale di cui dispone, "correttamente può respingere gli impegni, senza che sia tenuta ad esplicitare un apparato motivazionale particolarmente diffuso", il Tar del Lazio, nella sentenza 16 novembre 2010, n. 33474, relativa al caso *Carte di credito*, ha individuato i limiti di tale potere discrezionale. In primo luogo, a giudizio del Tar, nei casi di intese *hard core*, "viene a

*delinearsi un (primo) punto di arresto” della discrezionalità rimessa all’Autorità in quanto in questi casi “gli impegni non possono formare oggetto di accoglimento”; in tali ipotesi, peraltro, “la motivazione relativa al rigetto può concretamente connotarsi in maniera congruamente sintetica, atteso che l’inaccogliibilità degli impegni viene a dimostrarsi in re ipsa”. In secondo luogo, l’Autorità è tenuta a compiere un’appropriata valutazione dell’ “idoneità (dei comportamenti conseguenti all’assunzione) degli impegni a rimuovere i profili anticoncorrenziali già oggetto di constatazione”. Infine, richiamando quanto stabilito dal Tribunale di primo grado nella sentenza *Alrosa*, il Tar del Lazio ha affermato che l’Autorità è tenuta a considerare la “‘proporzionalità’ degli impegni medesimi rispetto al complesso delle condotte suscettibili di indurre, sul mercato preso in considerazione, effetti contrastanti con una fisiologica dialettica della competitività”.*

Impegni ed intese hard core

Nella sentenza 16 novembre 2010, n. 33474, relativa al caso *Carte di credito*, il Tar del Lazio ha ricordato che le decisioni con impegni “*non producono quell’effetto di chiarimento della regola giuridica che deriva, invece, dalle decisioni di infrazione*” e che, pertanto, secondo il considerando n. 13 del Regolamento n. 1/2003, “*le decisioni concernenti gli impegni non sono “opportune” nei casi in cui la Commissione intenda comminare un’ammenda, il che induce a ritenere applicabile l’istituto soprattutto nei casi meno gravi*”. Alla luce di ciò, quindi, il Tar del Lazio ha ricordato che “*l’unico limite di opportunità all’adozione di una decisione con impegni è, secondo la Commissione, quello dei procedimenti riguardanti i cartelli segreti c.d. ‘hardcore’*”. In merito, il Tar del Lazio ha ulteriormente evidenziato che – avendo le decisioni di accettazione degli impegni “*una ratio diversa da (ed inassimilabile, quindi, a) quella dei programmi di clemenza [...] l’estensione dell’accettazione degli impegni anche alle intese hard core potrebbe ostacolare l’efficacia dei programmi di clemenza essendo preferibile per l’impresa interessata che il procedimento si concluda senza l’accertamento dell’infrazione*”.

Proporzionalità e pertinenza degli impegni

Il Tar del Lazio, nella sentenza 16 novembre 2010, n. 33474, relativa al caso *Carte di credito*, ha affermato il principio in base a cui, anche alla luce della giurisprudenza comunitaria, “*le misure correttive proposte debbono essere “pertinenti” rispetto all’oggetto del procedimento e, quindi, funzionali alla soluzione del problema evidenziato dalla Commissione*”. Sotto un ulteriore profilo, nella medesima sentenza, il giudice di prime cure ha affermato che “*l’idoneità delle misure correttive proposte dalle imprese debba essere rapportata all’oggetto dell’istruttoria, con riguardo non solo ai profili concorrenziali in atto, ma anche agli effetti eventualmente già*

prodottisi”. In questa prospettiva, sono da ritenersi “*non appropriati*” gli impegni relativi a condotte che hanno già pienamente realizzato i loro effetti restrittivi e che non siano in grado di rimuovere questi ultimi con efficacia retroattiva”, specificando altresì che “*gli impegni presentati debbano comunque essere suscettibili di un’attuazione piena, tempestiva e facilmente verificabile*”.

Impegni aventi carattere temporaneo e natura condizionata

Il giudice di prime cure, con la sentenza 16 novembre 2010, n. 33474, relativa al caso *Carte di credito*, ha affermato che la “*temporaneità*” degli impegni non può essere considerata dall’Autorità *ex se* inidonea a porre rimedio alle criticità concorrenziali riscontrate in sede di avvio del procedimento. Diversamente, il Tar del Lazio ha ritenuto che la previsione di un potere di recesso della parte che li propone sia in insanabile contrasto con la natura giuridica dell’istituto degli impegni che si caratterizzano per la “*sottrazione alla disponibilità di entrambe le parti del contenuto degli impegni successivamente alla loro presentazione*”. Al riguardo, il Tar ha osservato che “*l’insuscettibilità degli impegni a subire una sorta di ‘manipolazione additiva’ da parte dell’Autorità non può non trovare elementi di speculare (quanto necessaria) corrispondenza nella inconfigurabilità di una (successiva) manifestazione di volontà ad opera della parte proponente, che si sostanzia nell’esercizio di una potestà ad libitum di ritiro degli impegni stessi*”.

Questioni procedurali in materia di impegni

Il Tar del Lazio, nelle sentenze 10 maggio 2010, nn. 10571 e 10572, relative al caso *Procedure selettive Lega Nazionale Professionisti Campionati 2010/11 e 2011/12*, ha ritenuto che, con l’adozione della delibera del 12 ottobre 2006 n. 16015, l’Autorità si è autovincolata al rispetto della ivi descritta procedura di applicazione dell’art. 14 *ter* della legge n. 287/90, onde l’eventuale inosservanza di tali disposizioni determina un vizio procedimentale idoneo a riverberarsi in un vizio di legittimità del provvedimento finale.

Poteri di segnalazione e consultivi

Il Tar del Lazio, nella sentenza 9 febbraio 2010, n. 1765, relativa al caso *Varie Case di Cura/DPR n. 633/72*, ha ricordato che il complesso dei poteri dell’Autorità ex artt. 21 e 22 della legge n. 287/90 “*individua un’ampia sfera di valutazioni espressive di una funzione di collaborazione dell’autorità amministrativa indipendente, rivolte ad individuare aspetti anticoncorrenziali che possono essere corretti in sede legislativa e regolamentare o amministrativa e, attraverso l’eventuale formulazione di pareri, anche a individuare le soluzioni più appropriate*”. In questo contesto, il Tar ha evidenziato come

“questa peculiare attribuzione [valga] a definire in modo originale – almeno per il nostro sistema – il ruolo di ‘garante della concorrenza’ assegnato dalla legge all’Autorità antitrust, consentendole di intervenire (in posizione di ovvia neutralità) finanche nella fase della formazione delle norme giuridiche, affinché al titolare della relativa attribuzione (legislatore o autorità governativa che sia) vengano adeguatamente rappresentate le dinamiche pro-competitive del settore sul quale si intende intervenire (e senza che ciò costituisca un vulnus alla natura tecnica dell’Autorità, alla luce del fondamento comunitario del suo compito precipuo di tutelare e promuovere la concorrenza)”.

Sanzioni

Sanzionabilità delle condotte

Il Consiglio di Stato, nella decisione 20 dicembre 2010, n. 9306, relativa al caso *Eni-TTPC*, ai fini della non sanzionabilità di una condotta oggettivamente abusiva, ha chiarito che *“per potersi configurare il legittimo esercizio di un diritto dell’incumbent (la difesa dei propri interessi economici), occorre che vi sia una situazione di danno o di pericolo per tali interessi, che sia certa e attuale; e che, in questo contesto non viene in rilievo “la ragionevole convinzione di aver agito nell’esercizio di un proprio diritto, in quanto se è vero che in tema di illeciti amministrativi (al pari che in tema di illeciti penali), la responsabilità dell’autore dell’illecito può essere esclusa anche in caso di erronea supposizione della sussistenza degli elementi concretizzanti una causa di esclusione della responsabilità [...]”; tuttavia, al fine dell’operatività di un’esimente putativa, non basta un mero criterio soggettivo, riferito al solo stato d’animo dell’agente, occorrendo invece dati di fatto concreti, i quali siano tali da giustificare l’erroneo convincimento in capo all’agente di trovarsi in tale stato (Cass. pen., sez. VI, 5 giugno 2003), e occorre che l’errore non sia colpevole”.* Il Consiglio di Stato ha quindi riconosciuto, nel caso di specie, *“che il convincimento erroneo di ENI di agire a tutela dei propri interessi economici è stato colposo: ENI, dati il suo ruolo sul mercato e la sua conoscenza del mercato del gas naturale e della relativa regolamentazione, non poteva ignorare, secondo parametri di diligenza professionale, che la propria condotta avrebbe avuto come effetto l’esclusione di concorrenti dal mercato, e che tanto non era giustificabile con la difesa dei propri interessi economici, in mancanza di danno o pericolo attuali, e data l’esistenza di strumenti legali di tutela di tali interessi ove il danno o pericolo per tali interessi fosse divenuto attuale. L’averlo ignorato e aver conseguentemente agito nella convinzione di tutelare i propri interessi economici, equivale a errore colpevole”.*

Discrezionalità dell'Autorità

Il Consiglio di Stato, nella decisione 29 dicembre 2010, n. 9565, relativa al caso *Ras-Generali/IAMA Consulting*, ha ribadito l'ampia *discrezionalità* dell'Autorità nella determinazione dei criteri sanzionatori e nella sussunzione del caso specifico nei criteri così prefissati, che trova limite nel solo rispetto dei generali principi della *ragionevolezza* e della *proporzionalità*, nonché nel vincolo di coerenza comunitario.

Rilevanza degli orientamenti comunitari

Il Consiglio di Stato, con la decisione 20 dicembre 2010, n. 9306, relativa al caso *Eni-TTPC* ha affermato che, in materia di quantificazione della sanzione “*gli orientamenti forniti dalla Commissione europea per il calcolo delle sanzioni negli illeciti antitrust hanno un valore orientativo e non vincolante, e comunque non impediscono, anzi auspicano, una valutazione complessiva dell'illecito*”.

Proporzionalità delle sanzioni

Il Consiglio di Stato, nella decisione 29 dicembre 2010, n. 9575, relativa al caso *Rifornimenti aeroportuali*, ha confermato la correttezza del metodo di determinazione delle sanzioni che procede in base ad un *accorpamento* dei soggetti partecipanti all'intesa in categoria, fasce o gruppi omogenei, fondati sulle quote di mercato detenute. In tal caso – ha rilevato il giudice d'appello – la valutazione in ordine alla *proporzionalità* dell'attività sanzionatoria non deve riferirsi solo all'importo “*strumentale*” delle sanzioni di base individuate per gruppo omogeneo, ma all'importo “*finale*” della sanzione irrogata alla singola impresa. Una volta optato per il criterio di suddivisione delle imprese in gruppi omogenei a ciascuno dei quali è abbinato un certo importo base, è legittimo – secondo il Collegio – determinare tali importi base non già secondo un criterio matematico “*lineare*”, bensì secondo una logica di “*progressività*” (laddove, al crescere percentuale della quota di mercato, l'incremento dell'importo base sia più che proporzionale, rispondendo a una logica di rigore sanzionatorio via via crescente) o di “*degressività*” (laddove, al crescere percentuale della quota, l'incremento dell'importo base sia meno che proporzionale). E' altresì legittimo, una volta adottato un approccio concettuale di *progressività* sanzionatoria, impostare tale logica progressiva secondo una modulazione “*dal basso*” (o “*bottom-up*”, ossia muovendo dal gruppo di imprese con quote di mercato più esigue), che assicura un grado via via crescente di dissuasività e deterrenza, atteso anche che gli Orientamenti CE sul calcolo delle ammende del 1998 non hanno precluso un tale sistema “*dal basso*”, non indicando infatti come paradigmatico un sistema di progressività “*dall'alto*” o “*top-down*”.

Gravità

Il Tar del Lazio, nella sentenza 13 dicembre 2010, n. 36126, relativa al caso *Prezzo del GPL per riscaldamento regione Sardegna* ha ricordato come, “posto che il concetto di gravità non risulta ulteriormente specificato dal legislatore, la giurisprudenza nazionale si è posta in linea con il principio di “comunitarizzazione” delle sanzioni, avendo sostenuto che è da considerare con favore, stanti gli esiti di tipizzazione degli illeciti e di correlativa riduzione della sfera di discrezionalità afferente all’esercizio della potestà punitiva, il rinvio alla suddivisione contenuta nella Comunicazione CE relativa agli Orientamenti per il calcolo delle ammende”, secondo cui le intese aventi ad oggetto la fissazione dei prezzi, la ripartizione del mercato o la limitazione della produzione (cd. *hardcore violations*) costituiscono alcune delle più gravi restrizioni della concorrenza.

I giudici amministrativi si sono pronunciati anche in ordine ad alcune circostanze *esogene* che possono ritenersi suscettibili di attenuare la gravità delle condotte anticoncorrenziali delle imprese a fini sanzionatori. In particolare, il Consiglio di Stato, nelle decisioni 24 giugno 2010, n. 4013, relativa al caso *Aeroporti di Roma-Tariffe aeroportuali* e n. 4016, relativa al caso *SEA-Tariffe aeroportuali*, ha sostenuto che – posto che non è possibile escludere la gravità di una condotta consistente in un abuso di posizione dominante quale quello accertato dall’Autorità – ha ritenuto che la sanzione andasse ridotta essendo le condotte giustificate dalla confusione applicativa del quadro normativo di riferimento, tale da attenuare il grado di colpa delle imprese.

Ancora con riferimento ad elementi *esogeni* idonei ad attenuare la valutazione di gravità di una condotta anticompetitiva, il Consiglio di Stato, nella decisione 20 dicembre 2010, n. 9306, relativa al caso *Eni-TTPC*, ha ritenuto che, pur in presenza di un abuso di posizione dominante “oggettivamente escludente”, si dovesse tener conto della circostanza che l’impresa “era soggettivamente convinta di agire a tutela dei propri interessi economici, sulla base di una non corretta valutazione e previsione dei futuri scenari del mercato del gas, sicché non perseguiva intenzionalmente l’esclusione dei concorrenti”. Il giudice d’appello, inoltre, ha fatto riferimento, nel caso di specie, ad un “difficile passaggio da una situazione monopolistica a un mercato regolamentato, passaggio da considerarsi oggettivamente difficile anche per l’ex monopolista, che nel settore del gas naturale, a differenza che in altri settori in cui si è passati dal monopolio alla concorrenza (v. telefonia), era comunque vincolato da precedenti rapporti contrattuali siglati in Stati esteri, e da pregressi ingenti investimenti infrastrutturali all’estero”. Sulla base di tali considerazioni, il Consiglio di Stato ha ricordato che, nei suoi orientamenti, la qualifica di “molto grave” dell’abuso di posizione dominante “si giustifichi avuto riguardo alla «responsabilità particolare che grava sull’operatore dominante, alla sistematicità e reiterazione delle condotte abusive,

alla consapevole sottrazione al controllo dell'Autorità di regolamentazione, al comprovato intento anticoncorrenziale perseguito nei confronti dei concorrenti, al raggiungimento dello scopo, alla recidiva e alla cessazione delle condotte solo a seguito di una pluralità di procedimenti sanzionatori» (Cons. St., sez. VI, 10 marzo 2006 n. 1271, Telecom Italia)».

Circostanze aggravanti e attenuanti

Il Consiglio di Stato, con decisione 24 giugno 2010, n. 4013, relativa al caso *Aeroporti di Roma-Tariffe aeroportuali*, ha ritenuto che costituisce circostanza attenuante ai fini della quantificazione della sanzione il fatto che il comportamento anticoncorrenziale accertato dall'Autorità fosse *“autorizzato o incoraggiato dalle pubbliche autorità”*.

Con decisione 24 giugno 2010, n. 4016, relativa al provvedimento *SEA-Tariffe aeroportuali*, il giudice d'appello ha altresì ritenuto che la cessazione spontanea dell'abuso da parte dell'impresa in posizione dominante debba essere apprezzata, ai fini della quantificazione della sanzione, come circostanza attenuante,

Ancora in tema di riconoscimento di circostanze attenuanti in sede di quantificazione dell'ammenda, il Consiglio di Stato, nella decisione 20 dicembre 2010, n. 9306, relativa al caso *Eni-TTPC* – dopo aver preliminarmente ricordato che *“la disciplina legislativa non impone una necessaria proporzionalità tra percentuale del ravvedimento operoso [...], e percentuale di riduzione della sanzione base”*, in quanto *“nel settore dell'illecito amministrativo, la l. n. 689/1981, si limita a stabilire che il ravvedimento operoso viene preso in considerazione nella quantificazione della pena tra minimo e massimo, senza fissare rigide percentuali di abbattimento (art. 11, l. n. 689/1981)”* – ha evidenziato che *“al fine della riduzione della sanzione”* devono valorizzarsi la tempestività e l'efficacia del ravvedimento, anche laddove non abbia *“del tutto eliso le conseguenze dell'illecito”*; nonché il fatto che l'impresa *“per attuare il ravvedimento operoso [abbia] sopportato un costo ingente [...], senza certezza di recupero integrale dell'investimento”*.

Cumulo delle sanzioni – art. 8, legge n. 689/81

Il Consiglio di Stato, con decisione 20 dicembre 2010, n. 9306, relativa al caso *Eni-TTPC* ha ritenuto *“in astratto corretta ma in concreto irrilevante”* la richiesta di cumulo delle sanzioni avanzata dalla ricorrente, ai sensi dell'art. 8 della legge n. 689/81. In merito, il Collegio ha affermato che *“è senz'altro corretto che nell'applicare il cumulo giuridico di sanzioni in caso di concorso formale di illeciti, occorre partire dall'illecito più grave, da individuarsi secondo il criterio della pena edittale, e che*