

*illecito più grave è, in astratto, nel caso di specie, l'inottemperanza. [...] Invero in base al tenore letterale dell'art. 8, l. n. 689/1981, nell'applicare il cumulo giuridico si parte non dalla sanzione in concreto irrogata per l'illecito più grave, ma dalla sanzione edittale per esso prevista. Infatti l'art. 8 citato fa riferimento alla "sanzione prevista", vale a dire la pena edittale, e non alla "sanzione irrogata" (Cass. civ., sez. lav., 8 marzo 2005 n. 4970)". Sulla base di tali considerazioni, quindi, il Consiglio di Stato ha concluso che se "si ha riguardo alla sanzione edittale per l'inottemperanza ai sensi dell'art. 15, l. n. 287/1990, con l'aumento fino al triplo, si evince che nell'irrogare la sanzione l'Autorità non ha violato i criteri del cumulo giuridico".*

## **PROFILO PROCEDURALE**

### ***Disciplina applicabile al procedimento antitrust***

Il Consiglio di Stato, nella decisione 8 marzo 2010, n. 1307, relativa al caso *Italgas*, ha affermato che "sul piano sistematico, nell'ambito dell'esercizio delle sue funzioni essenziali di accertamento degli illeciti "concorrenziali", e quindi nelle ipotesi tipizzate che costituiscono la ragione centrale giustificativa dell'istituzione e della funzionalità della stessa Autorità, la procedura di cui all'art. 14 assume carattere tendenzialmente tipico e ad applicazione generale, nel senso che, ordinariamente e prevalentemente, l'Autorità agisce ed esercita i suoi poteri nelle forme derivanti dalle previsioni dell'art. 14 stesso". Sulla base di tale osservazione, quindi, a giudizio del Collegio, "il procedimento ex art. 14 ha una tendenziale applicazione generale alla "materia" antitrust, definita da ipotesi legali omogenee di accertamenti tecnico-economici, laddove solo esigenze puntuali [...], legate a fattispecie che, nell'ambito del settore degli illeciti concorrenziali, hanno una peculiarità autonomamente disciplinata dalla legge, possono giustificare una disciplina procedimentale diversa", ossia quella di cui alla legge n. 689/81. In questo contesto, a giudizio del Consiglio di Stato, la disciplina procedurale di cui alla legge n. 689/81 può trovare applicazione con riferimento a specifiche ipotesi, quali quelle di cui all'art. 15, comma 2, della legge n. 287/90 (inottemperanza alla diffida intesa ad eliminare, dopo l'espletamento dell'istruttoria ex art. 14, le infrazioni rilevate ai sensi degli artt. 2 e 3) e all'art. 19, comma 2, della legge n. 287/90 (mancata ottemperanza agli obblighi di comunicazione preventiva di cui all'art. 16, appunto in materia di concentrazioni); ossia a fattispecie nelle quali "si tratta di applicare "direttamente" sanzioni predeterminate a violazioni che vedono già acquisito, come precedente storico-giuridico, l'avvenuto accertamento di un illecito nelle forme istruttorie di cui all'art. 14, ovvero che non lo presuppongono in quanto ogni elemento valutativo dei fatti è già contenuto nella legge e la violazione del preceitto risulta immediatamente dal mero riscontro di un effetto (negativo) direttamente contemplato dalla legge stessa".

Il Consiglio di Stato ha ulteriormente precisato, nella medesima decisione, che, “*in via di previsione generale, il procedimento di cui alla legge n. 689/81, a sua volta, svolge una funzione decisionale che presuppone, come antecedente logico-giuridico, un accertamento compiuto, senza particolari esigenze di contraddittorio, da un autorità amministrativa diversa da quella normalmente investita della fase decisionale, con l’emanazione della “ordinanza” in cui culmina*”. Si trattenebbe, quindi, di “*uno schema di applicazione della sanzione ben diverso da quello che si svolge dinanzi all’Autorità, in cui la fase dell’accertamento è inderogabilmente demandata a funzionari che sono espressione organica di tale Autorità, la quale deve verificare essa stessa, per la prima volta, la ricorrenza di tutti gli elementi costitutivi dell’illecito ipotizzato. Il che spiega la delimitata richiamabilità della procedura “ex lege” n. 689 dinanzi all’Autorità, giustificabile, come s’è visto, a fronte della presupposta mancanza di una fase accertativa in senso tecnico-procedimentale*” (nello stesso senso, Tar del Lazio, sentenza 9 agosto 2010, n. 30460, relativa al caso *Aeroporti di Roma/Attività Cargo Fiumicino*).

#### ***Disciplina applicabile al procedimento in materia di separazione societaria***

Il Consiglio di Stato, nella decisione 8 marzo 2010, n. 1307, relativa al caso *Italgas*, ha valutato l’ipotesi in cui “*la mancata comunicazione della costituzione di società e dell’acquisizione di posizioni di controllo in società operanti in mercati diversi di cui al comma 2 bis dell’art. 8 della legge n. 287/90 [viene] affermata previo accertamento dello svolgimento di attività in tali mercati “diversi”, (nonché della loro identificazione come tali ai sensi del comma 2-bis), da parte del soggetto monopolista o comunque affidatario di servizio di interesse economico generale*”. A giudizio del Collegio, in tale ipotesi, ci sarebbe la “*ricorrenza di un’attività istruttoria, di identificazione del “mercato di appartenenza” del gestore di servizi di interesse economico generale nonché della “diversità” del mercato di estensione della sua attività di impresa, che non differisce, nella sostanza logica e di merito tecnico, al di là della concreta complessità fattuale, da quella svolta nei casi di intese restrittive, abuso di posizione dominante, concentrazione restrittiva della concorrenza*”; con conseguente applicazione della disciplina procedurale di cui all’art. 14 della legge n. 287/90. Di contro – a fronte di una distinzione operata fra le ipotesi di cui all’art. 8, co. 2bis e quelle di cui all’art. 8, co. 2ter, in termini di regole procedurali applicabili – il Consiglio di Stato ha ritenuto che, con riferimento al “*caso di un’attività che già, con originaria certezza, risultasse esercitata mediante società separata e fosse stata omessa meramente la comunicazione di ciò*”, l’applicazione delle regole procedurali di cui alla legge n. 689/81 sarebbe sostenibile, “*trovandosi di fronte ad un’evenienza del tutto analoga a quella prevista dal citato art. 19, comma 2, e sul piano normativo sarebbe proponibile il riferimento all’art. 8, comma 2-sexies (“In caso di violazione degli*

*obblighi di comunicazione di cui al comma 2-ter l’Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria... ”)» (nello stesso senso, Tar del Lazio, sentenza 9 agosto 2010, n. 30460, relativa al caso *Aeroporti di Roma/Attività Cargo Fiumicino*).*

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

Il Tar del Lazio, con la sentenza 19 marzo 2010, n. 4318, relativa al caso *Servizi di consulenza geologica/Università di Firenze*, ha riaffermato il principio in base a cui, ai sensi dell’art. 12 della legge n. 287/90, l’Autorità procede ad istruttoria “*valutati gli elementi in suo possesso e quelli portati a sua conoscenza da pubbliche amministrazioni o da chiunque vi abbia interesse*”; in questo contesto il termine “*valutare*”, oltre ad implicare una prima delibrazione sulla sussistenza delle presunte violazioni, non può che comportare un’iniziale e minimale attività, anche istruttoria, diretta ad acquisire precisazioni relative alle segnalazioni pervenute al fine di verificare la sussistenza quanto meno di un *fumus* in ordine alle valutazioni da contestare. Una diversa interpretazione – ha osservato infatti il giudice amministrativo – “*condurrebbe all’irragionevole conseguenza di dover comunicare il formale avvio dell’istruttoria per ogni denuncia presentata, con il rischio della strumentalizzazione di tali esposti*”.

#### ***Motivazione del provvedimento***

Il Consiglio di Stato, nella decisone 24 giugno 2010, n. 4013, relativa al caso *Aeroporti di Roma-Tariffe aeroportuali*, ha osservato che “*una motivazione particolarmente ampia e rigorosa si impone quando si tratta di ritenere sussistente un illecito e di determinare la relativa sanzione, non anche quando si tratta di ritenere non raggiunto un quadro probatorio sufficiente*”.

Sotto altri profili, attinenti alla motivazione del provvedimento, il Consiglio di Stato, con decisione 29 dicembre 2010, n. 9565, relativa al caso *Ras-Generali/IAMA Consulting*, ha ribadito il principio in base a cui “*non può ragionevolmente profilarsi – trattandosi di accertamento e qualificazione di una condotta illecita – un obbligo di specifica e puntuale risposta ad ogni singolo rilievo sollevato, dato che altrimenti sarebbe frustrata la stessa proficuità dell’azione amministrativa antitrust, con pregiudizio per il principio costituzionale del buon andamento*”.

#### ***Diritto di accesso***

Il Tar del Lazio, con le sentenze 22 aprile 2010, nn. 8015 e 8016, relative al caso *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, ha avuto modo di ribadire una serie di principi in materia di diritto di accesso agli atti del procedimento. In primo luogo, il giudice ha ricordato l’importanza, nel procedimento *antitrust*, “*di bilanciare l’esigenza*

*della riservatezza di informazioni di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario, relative a persone ed imprese coinvolte nei procedimenti, con quella di assicurare il contraddittorio*"; rievocando, in questo contesto, il principio di matrice comunitaria della "parità delle armi" tra accusa e difesa, "che postula che l'impresa interessata abbia una conoscenza del fascicolo relativo al procedimento pari a quella di cui dispone il precedente", pur nella salvaguardia del "diritto delle imprese alla tutela dei loro segreti commerciali". Alla luce di tali principi, il Tar ha evidenziato che "il principio di parità delle armi non comporta che in ogni caso il diritto di accesso prevalga sulle esigenze di riservatezza, ma implica che venga consentito alle imprese di conoscere il contenuto dell'intero fascicolo, con l'indicazione degli atti secretati e del relativo contenuto, e che, in relazione ai documenti costituenti elementi di prova a carico o comunque richiesti dalle imprese per l'utilizzo difensivo a discarico, la secretazione sia strettamente limitata alle c.d. parti sensibili del documento".

Il giudice di prime cure, inoltre, nella medesima sentenza, ricordando il principio in base a cui "l'eventuale illegittima secretazione di singoli documenti non si riverbera di per sé in un vizio idoneo ad invalidare il provvedimento finale dell'Autorità", ha ritenuto di doversi soffermare sull'accertamento della "corretta applicazione nel merito [da parte dell'Autorità] delle previsioni di cui all'art. 13 [del DPR n. 217/98] in tema di secretazione di dati commerciali sensibili". Laddove tale accertamento risulti positivo, a giudizio del Tar non potrebbe riscontrarsi una illegittimità del diniego di accesso opposto dall'Autorità, in quanto deve escludersi che "il diritto di difesa attribuisca in capo all'interessato un indiscriminato potere di conoscenza e/o di riproduzione del fascicolo detenuto dall'Autorità" (i medesimi principi sono stati espressi dal Consiglio di Stato, decisione 6 settembre 2010, n. 6481, con cui ha confermato la valutazione del giudice di prime cure sul caso *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*; nello stesso senso, Consiglio di Strato, decisione 13 aprile 2010, n. 2041, relativa al caso *Mercato del calcestruzzo preconfezionato di Olbia*).

#### ***Diritto di accesso e leniency***

Il Tar del Lazio, nelle sentenze 22 aprile 2010, nn. 8015 e 8016, relative al caso *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, ha ricordato che l'accertamento delle infrazioni antitrust a seguito di una *leniency* comporta in sede di accesso agli atti l'adozione di alcuni "accorgimenti tecnici [...] al fine di preservare gli incentivi delle imprese ad accedere ai programmi di clemenza", quali il differimento dell'accesso alle dichiarazioni confessorie orali e la possibilità di visionare le dichiarazioni dei *leniency applicant* senza estrazione di copia (sentenza confermata, sul punto, dal Consiglio di stato, decisione 6 settembre 2010, n. 6481).

***Ne bis in idem***

Il Consiglio di Stato, con la decisione 20 dicembre 2010, n. 9306, relativa al caso *Eni-TTPC*, ha ricordato che “*il divieto di bis in idem è un principio generale, riconosciuto, in ambito penale, non solo a livello nazionale (art. 649 c.p.p.), ma anche a livello comunitario*” e che “*tale principio è pacificamente ritenuto estensibile agli illeciti amministrativi, segnatamente quelli contemplati dal diritto della concorrenza*”. Il Collegio ha poi chiarito che “*il divieto di bis in idem non si applica quando con la stessa condotta vengono commessi più illeciti, ossia nel caso di concorso formale di illeciti*” in tal caso, “*a fronte di un'unica condotta e di un unico soggetto agente, si hanno più lesioni, di diversi beni giuridici tutelati, e dunque, mancando l'identità di bene giuridico tutelato, non vi è bis in idem*”.

***Disciplina applicabile al procedimento per la rideterminazione della sanzione***

Il Consiglio di Stato, con la decisione 3 maggio 2010, n. 2502, relativa al caso *International Mail Express-Poste Italiane*, ha affermato che “*l'avviso di avvio del procedimento è doveroso quando si tratta di rinnovare un procedimento ex novo, mentre non è dovuto quando si tratta di rinnovare solo una parte di un procedimento già ritualmente avviato e si tratta di farlo in esecuzione di un giudicato. Infatti, nell'esecuzione del giudicato che impone il rinnovo solo di alcuni atti di un procedimento già avviato, ci si colloca in una fase proceduralmente successiva all'inizio del procedimento. Inoltre la partecipazione procedimentale non è necessaria in quanto i criteri sono fissati dal giudicato*”. Il Collegio ha infine aggiunto che in questo contesto “*resta ferma la facoltà dell'interessato di chiedere di partecipare al procedimento presentando osservazioni e documenti*”.

***Indicazione del termine per proporre ricorso***

Il Tar del Lazio, nella sentenza 27 gennaio 2010, n. 1027, relativa al caso *ANACI/Acquedotto Pugliese*, ha affermato che “*l'omessa indicazione del termine e autorità per ricorrere non configura, secondo stratificata giurisprudenza, alcun vizio d'invalidità del provvedimento amministrativo, abilitando semmai alla sola rimessione in termini nel caso di errore scusabile*”.

**PROFILO PROCESSUALI*****Legittimazione ad impugnare i provvedimenti dell'Autorità***

Il Tar del Lazio, con la sentenza del 14 luglio 2010, n. 25434, relativa al caso *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri del Mediterraneo* ha ritenuto che una società

concorrente fosse, con riferimento alla determinazione della durata di un’infrazione a fini sanzionatori, “*priva sia di legittimazione ad agire, atteso che la sua posizione se è qualificata in relazione all’accertamento dell’infrazione ed alla conseguente inibizione della condotta escludente non può dirsi egualmente qualificata in relazione alla determinazione della sanzione nei confronti della propria concorrente, sia di interesse al ricorso, in quanto dall’eventuale accoglimento del gravame e dal conseguente inasprimento della sanzione [...] la ricorrente non trarrebbe alcuna utilità*”.

In materia di impegni, il Tar del Lazio, con le sentenze 10 maggio 2010, nn. 10571 e 10572, relative al caso *Procedure selettive Lega Nazionale Professionisti Campionati 2010/11 e 2011/12* ha statuito che l’interesse del terzo ad impugnare il provvedimento di accoglimento degli impegni altrui sussiste a prescindere da ogni considerazione, non rientrante nella giurisdizione amministrativa, in ordine agli effetti che un eventuale successivo provvedimento di accertamento dell’infrazione potrebbe determinare sui rapporti contrattuali nel frattempo venuti in essere: il compimento di atti non più reversibili in attuazione della condotta ipotizzata come lesiva della concorrenza non comporta infatti la consumazione del potere dell’Autorità, e pertanto residua l’interesse del terzo all’accertamento dell’infrazione da parte della stessa nonché un interesse di tipo risarcitorio.

Ancora in materia di impegni, ma sotto un diverso profilo, il Tar del Lazio, con la sentenza 16 novembre 2010, n. 33474, relativa al caso *Carte di credito*, ha ritenuto ammissibile il ricorso di *Mastercard* avverso la decisione di rigetto degli impegni, argomentando che siffatta decisione “*viene a costituire in capo al soggetto che propone gli impegni una posizione giuridica evidentemente tutelabile*”. Ciò in quanto una tale decisione si presta ad “*arrecare un pregiudizio patrimoniale (in ragione della irrogabilità delle previste sanzioni amministrative pecuniarie), ma anche (eventualmente) ad indurre una valenza di “conformazione” delle condotte imprenditoriali a peculiari modalità di svolgimento (divieto di reiterazione di comportamenti, individuazione del corretto alveo di svolgimento delle dinamiche pro-concorrenziali, ecc.)*”. Il giudice ha anche riscontrato come “*speculare*” la posizione del soggetto terzo cui è riconosciuto il diritto di impugnare delle determinazioni di accoglimento degli impegni con quella del soggetto leso da una determinazione di rigetto degli impegni. Per tali motivi, il Tar ha concluso che le decisioni di rigetto degli impegni hanno “*rispetto al provvedimento conclusivo del procedimento, autonoma portata effettuale ed altrettanto autonoma idoneità a costituire una posizione legittimante ai fini dell’attivazione del controllo giurisdizionale*”.

***Inammissibilità del ricorso avverso segnalazioni e pareri ex artt. 21 e 22, legge n. 287/90***

Il Tar del Lazio, nella sentenza 9 febbraio 2010, n. 1765, relativa al caso *Varie Case di Cura/D.P.R. n. 633/72*, ha riaffermato il principio in base a cui “*proprio in funzione della particolare natura del potere di segnalazione, dei suoi contenuti e dei suoi destinatari, le valutazioni relative al suo esercizio, anche quando abbiano segno negativo (perché l’Autorità escluda che sussistano profili restrittivi della concorrenza in una specifica disposizione normativa o regolamentare o in un provvedimento amministrativo generale), non assumono carattere autoritativo né rivestono efficacia provvedimentale, onde né è preclusa l’impugnativa non potendo dispiegare alcun effetto lesivo della sfera giuridico-patrimoniale di destinatari, non individuabili nemmeno nelle parti che eventualmente abbiano sollecitato l’esercizio del potere di segnalazione, e ancorché a essi sia stata data comunicazione delle valutazioni espresse, in relazione a uno specifico atto di impulso*”.

***Limiti del sindacato del giudice amministrativo***

Il Tar del Lazio, con la sentenza 14 luglio 2010, n. 25434, relativa al caso *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri del Mediterraneo*, ha ribadito che “*il potere esercitato in materia antitrust, quando si tratta di attribuire un contenuto a concetti giuridici indeterminati come il mercato rilevante, è connotato dalla c.d. discrezionalità tecnica in quanto l’opinabilità delle scienze di riferimento, in prevalenza di carattere economico, mette l’Autorità nella condizione di valutare fatti e circostanze suscettibili di vario apprezzamento*”. In questo contesto, ricordando l’evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali in materia di limiti al sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell’Autorità, il giudice di prime cure ha rilevato che “*è consentito al giudice di conoscere i fatti in modo pieno, al fine di verificare la logicità, la congruità, al ragionevolezza, la proporzionalità e l’adeguatezza del provvedimento e della sua motivazione. [...] 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, ma, ove ne sia accertata la legittimità sulla base della corretta utilizzazione delle regole tecniche sottostanti, il sindacato giurisdizionale non può spingersi oltre, perché vi sarebbe un’indebita sostituzione all’Autorità, la quale soltanto è titolare del potere esercitato*”. Il Tar del Lazio, in merito, ha osservato che con tale approccio, in sostanza, “*la giurisprudenza amministrativa ha costantemente cercato di individuare un punto di equilibrio tra l’esigenza di garantire la pienezza e l’effettività della tutela giurisdizionale, che altrimenti costituirebbe un guscio vuoto, e quella di evitare che il giudice possa esercitare egli stesso il potere che compete all’Autorità*” (nello stesso senso, Tar del Lazio, sentenza 24 agosto 2010, n. 31287, relativa al caso *Groupe Adeo/Castorama*).

Il giudice di prime cure, nella sentenza 13 dicembre 2010, n. 36126, relativa al caso *Prezzo del GPL per riscaldamento regione Sardegna*, declinando ulteriormente tali principi, ha affermato che “*il criterio guida per prestare il consenso all’ipotesi ricostruttiva formulata dall’Autorità debba individuarsi nella 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 dell’intesa illecita. 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) è suscettibile di essere colmato attraverso una duplice operazione, interna ed esterna: i) la corroboration, che consiste nell’acquisire informazioni coerenti con quella utilizzata nell’inferenza; e ii) la cumulative redundancy, che consiste nella verifica di ipotesi alternative. Se la prima operazione fornisce un riscontro alla conclusione, la seconda ne aumenta la probabilità logica grazie al superamento di interpretazioni divergenti degli elementi acquisiti*”.

#### ***Sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti in materia di impegni***

Il Tar del Lazio, con le sentenze 10 maggio 2010, nn. 10571 e 10572, relative al caso *Procedure selettive Lega Nazionale Professionisti Campionati 2010/11 e 2011/12*, ha affermato che le determinazioni dell’Autorità *ex art. 14 ter* della legge n. 287/90 costituiscono esercizio di un potere discrezionale e, se la scelta dell’Autorità costituisce una valutazione di opportunità alla quale il giudice amministrativo non può sovrapporre una propria autonoma violazione, l’azione amministrativa discrezionale è sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità, oltre che per violazione di legge, anche per illogicità, irragionevolezza o travisamento dei fatti, nonché per carenza di motivazione o di istruttoria.

### **3. Rapporti internazionali**

#### **COMMISSIONE EUROPEA**

##### ***Le attività nell’ambito della European Competition Network***

Il rapporto con la Commissione nell’applicazione degli articoli 101 e 102 Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea - che, come noto, a partire dall’entrata in vigore del Regolamento N. 1/2003, si sviluppa all’interno della rete ECN - ha registrato nell’anno 2010 numerose e svariate attività.

Per un verso l’Autorità ha informato la rete dei propri casi oggetto di approfondimento istruttorio sulla base della normativa antitrust europea (in numero pari

a 18) e ha preventivamente informato la Commissione – ai sensi dell'articolo 11.4 del Regolamento N. 1/2003, delle linee di azione seguite in relazione alle 18 decisioni finali assunte nel periodo considerato in relazione ad infrazioni degli articoli 101 e 102 del Trattato. Per parte sua, la Commissione ha informato l'Autorità, ai sensi dell'articolo 11.6 del medesimo Regolamento, di 9 procedure dalla stessa formalmente avviate<sup>52</sup>. L'Autorità ha inoltre ricevuto dalla Commissione gli Statements of Objection che la stessa ha inviato alle Parti nell'anno 2010<sup>53</sup>, ha assistito alle audizioni con le parti e ha partecipato ai comitati preventivamente consultati dalla Commissione in relazione alle 13 decisioni finali assunte<sup>54</sup>.

Tale intensa cooperazione ha agevolato – secondo la *ratio* stessa dell'ECN – la ripartizione degli interventi delle Autorità nei casi di possibili sovrapposizioni. Ad esempio, l'intervento antitrust nei confronti di Google ha visto coinvolte, seppure con tempistiche differenti, sia l'Autorità - che nel corso del 2010 ha concluso un procedimento avente ad oggetto le condotte dell'operatore relative alle attività di indicizzazione e visualizzazione di contenuti giornalistici e di intermediazione nella vendita di spazi pubblicitari, sia la Commissione, che invece nel dicembre 2010 ha avviato una procedura avente ad oggetto possibili condotte escludenti di Google nei mercati dei motori di ricerca on line e della pubblicità on line<sup>55</sup>.

Nel corso del 2010 l'Autorità ha inoltre partecipato ai gruppi di lavoro istituiti in ambito ECN, quali *forum* di discussione e confronto tra autorità di concorrenza su questioni di interesse generale, sia orizzontali che settoriali, nella prospettiva di accrescere l'uniformità nell'applicazione delle norme antitrust soggette ad applicazione decentrata. In particolare, tra i gruppi settoriali sono stati attivi quelli dedicati ai settori dell'energia, dell'ambiente, dei servizi finanziari, alimentare, farmaceutico, telecomunicazioni e trasporti.

Tra i gruppi dedicati a questioni di carattere orizzontale, nel periodo esaminato è stato attivo, con il coinvolgimento dell'Autorità, il *Gruppo Cartelli*, nell'ambito del quale vengono affrontati vari aspetti teorici ed applicativi che vengono in rilievo nella

<sup>52</sup> Si tratta dei casi IV.39226 Lundbeck, IV.39793 J&T and others, IV.39523 Slovak Telekom, IV.39511 IBM Corporation, IV.39692 IBM - Maintenance services, IV.39736 SIEMENS/AREVA, IV.39740 Foundem/Google, IV.39768 Ciao /Google, IV.39775 eJustice/Google. Tali procedure non rappresentano la totalità dei casi avviati dalla Commissione nel periodo considerato, giacché l'invio alle autorità nazionali di concorrenza della comunicazione ai sensi dell'articolo 11.6 del Regolamento n. 1/2003 non rappresenta per la Commissione un obbligo formale. Questa, ad esempio, di prassi non viene inviata nei casi di cartello, l'informativa sui quali, per ragioni di riservatezza, è posticipata al momento dell'invio dello Statement of Objection alle Parti.

<sup>53</sup> Gli Statement of Objection ricevuti dall'Autorità si riferiscono ai casi IV.39482 Exotic fruit, IV.39525 Telekomunikacija Polka, IV.39462 Freight Forwarding, IV.39452 Mountings for windows and window-doors.

<sup>54</sup> Vedi infra.

<sup>55</sup> In particolare Google è sospettata di aver riservato un trattamento discriminatorio, a favore di proprie controllate, che avrebbe penalizzato i siti dei concorrenti ponendoli in posizione sfavorevole (bassa indicizzazione) sul proprio motore di ricerca. Ciò avrebbe causato una significativa riduzione del traffico sui siti concorrenti e, conseguentemente, una perdita di capacità di realizzare raccolta pubblicitaria.

trattazione di questa fattispecie, per la quale il ricorrente coinvolgimento di condotte estese a più Paesi, unitamente alla gestione decentrata dei programmi di *leniency*, rende indispensabile una fitta collaborazione all'interno della rete. L'Autorità ha inoltre contribuito ai lavori del *Gruppo Cooperation Issues and Due Process*, che segue diversi progetti volti a verificare quale sia il grado di convergenza tra i diversi Paesi europei in merito alle procedure antitrust e ad affrontare il tema del *due process*. A quest'ultimo riguardo nel periodo esaminato sono stati adottati, da parte della Commissione, delle *Best Practices*, documenti volti a rendere maggiormente trasparenti le procedure seguite nello svolgimento delle procedure antitrust.

L'Autorità, infine, ha contribuito ai lavori del Gruppo Mergers. Sebbene l'attività dell'ECN formalmente non si estenda al controllo preventivo delle operazioni di concentrazione, questo *forum* è stato istituito nel 2010 con l'obiettivo di alimentare la cooperazione e la convergenza dei regimi in vigore nei diversi Stati Membri. Attualmente il Gruppo è impegnato nella semplificazione e nel coordinamento del processo di valutazione delle concentrazioni multigiurisdizionali.

#### ***Attività della Commissione in materia di intese ed abusi***

Nel corso del 2010 la Commissione ha portato a termine 13 procedimenti relativi a presunte infrazioni degli articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

**Tab. 1 Decisioni comunitarie assunte nel 2010 relative agli articoli 101 e 102 del TFUE**

<b>Numero</b>	<b>Nome caso</b>	<b>Data decisione</b>	<b>Fattispecie (Norme applicate)</b>	<b>Esito</b>
IV39386	Long term electricity contract - FRANCE	17/03/2010	Abuso escludente (art. 102)	Impegni
IV39351	Swedish interconnectors	14/04/2010	Ripartizione mercati (art. 102)	Impegni
IV39317	E.ON Gas	04/05/2010	Abuso escludente (art. 102)	Impegni
IV38511	DRAMs	19/05/2010	Cartello (art. 101)	Sanzione
IV39092	Bathroom fittings & fixtures	23/6/2010	Cartello (art. 101)	Sanzione
IV38344	Acciaio precompresso	30/06/2010	Cartello (art. 101)	Sanzione
IV39596	BA/AA/IB	14/7/2010	Joint venture (art. 101)	Impegni
IV38866	Animal feed	20/7/2010	Cartello (art. 101)	Sanzione
IV39315	ENI	29/9/2010	Abuso escludente (art. 102)	Impegni
IV39258	Airfreight	9/11/2010	Cartello (art. 101)	Sanzione
IV39309	LCD	8/12/2010	Cartello (art. 101)	Sanzione
IV39398	VISA MIF	8/12/2010	Definizione congiunta di prezzi	Impegni
IV39510	Labco/omp - France	8/12/2010	Definizione congiunta di prezzi	Sanzione

Fonte: rielaborazioni interne

*Le intese*

Le condotte censurate si configurano, in larga misura, come violazioni dell'articolo 101, tra le quali prevalgono nettamente i casi di cartelli segreti (6 su 9), volti al coordinamento dei prezzi, all'allocazione della clientela, al controllo della produzione e ripartizione dei mercati. Gli altri 4 casi hanno riguardato invece abusi di posizione dominante, tutti posti in essere nel settore dell'energia.

Con riguardo ai casi di cartello, se da un lato la relativa numerosità dei casi conferma che la lotta a questo tipo di condotte, inequivocabilmente dannose per i consumatori, continua a rappresentare una priorità nella *policy* della Commissione, dall'altro lato, sotto il profilo procedurale, nel periodo in esame la Commissione ha ampliato il novero degli strumenti di *enforcement*, impiegando, per la prima volta nei casi

*DRAMs* e *Animal Feed*, la procedura dei *settlement*<sup>56</sup>, che in sostanza prevede la possibilità di uno sconto di pena (fino ad un massimo del 10%) per le imprese che riconoscono integralmente gli addebiti della Commissione e rinunciano ad alcuni determinanti diritti di difesa<sup>57</sup>. A tale procedura, che in ultima analisi ha il pregio di velocizzare l'accertamento del cartello e di superare il contenzioso sulla decisione finale, si è affiancata quella della *leniency*, in applicazione della quale hanno preso inizio tutti i procedimenti di cartello venuti a conclusione nel corso del 2010, ad ulteriore conferma dell'importanza di tale strumento nell'individuazione dell'infrazione. In ciascun caso l'impresa che per prima ha presentato la *leniency application* ha beneficiato dell'immunità; mentre le altre imprese successivamente aderenti al programma, hanno potuto beneficiare di riduzioni di sanzione variabili tra il 20% e il 50%.

Alle 67 imprese complessivamente coinvolte nei procedimenti di cartello considerati la Commissione ha applicato sanzioni che ammontano a poco più di 3 miliardi di euro. Tale dato deve essere apprezzato anche in considerazione della circostanza secondo cui in alcuni casi sono state tenute in considerazione le istanze delle imprese per una riduzione del livello della sanzione al fine di evitare il rischio di fallimento che la stessa avrebbe comportato (c.d. *inability to pay*)<sup>58</sup>. L'incidenza di tale istituto nel periodo considerato, superiore rispetto al passato<sup>59</sup>, sembra doversi ricondurre alla circostanza che la recente crisi economica ha effettivamente inciso in modo significativo sulla capacità di pagamento delle imprese sanzionate: le decisioni adottate, infatti, riscontrano una stretta connessione tra la grave crisi economica di questi ultimi anni e le condizioni di difficoltà in cui versavano le imprese richiedenti, solitamente per effetto dal calo della domanda, dalla diminuzione dei prezzi, dalla difficoltà crescente di accesso ai finanziamenti delle banche.

L'applicazione dell'articolo 101 ai casi di intesa diversi dai cartelli segreti nei tre casi conclusi nel corso del 2010 ha riguardato, rispettivamente, i servizi di pagamento, le alleanze nel trasporto aereo e l'attività degli ordini professionali.

Nel settore dei servizi di pagamento la decisione assunta dalla Commissione nel caso VISA/MIF si è inserita nel filone, oramai avviato da diversi anni, relativo all'applicazione dell'articolo 101 alla determinazione congiunta, da parte delle banche,

<sup>56</sup> La procedura di *settlement* è stata introdotta il 30 giugno 2008, con l'emanazione della *Comunicazione della Commissione concernente la transazione nei procedimenti per l'adozione di decisioni a norma dell'articolo 7 e dell'articolo 23 del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio nei casi di cartelli*, e del correlato Regolamento (CE) n. 622/2008 della Commissione, del 30 giugno 2008, che modifica il regolamento (CE) n. 773/2004 per quanto riguarda la transazione nei procedimenti relativi ai cartelli.

<sup>57</sup> Propriamente, l'audizione finale e l'accesso fascicolo dopo la ricezione degli addebiti.

<sup>58</sup> Gli *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003*, al paragrafo 35, prevedono che in circostanze eccezionali la Commissione possa, su istanza di parte, tener conto della mancanza di capacità contributiva di un'impresa in un contesto sociale ed economico particolare.

<sup>59</sup> Mentre nel periodo 2005-2009 sono state accolte 2 delle 54 delle richieste sottoposte alla Commissione, nel corso del 2010 sono state accolte 7 delle 25 istanze presentate dalla Parti.

per il tramite dei circuiti a cui aderiscono, delle *interchange fee* relative alle carte di pagamento. Tale decisione, infatti, ha reso vincolanti gli impegni presentati da Visa Europe, ai sensi dell'articolo 9 del Regolamento N. 1/2003, aventi ad oggetto la MIF per le carte di debito, che sostanzialmente consistono nella fissazione di un limite massimo pari a 0,20% per la media ponderata delle MIF cross-border applicate dal circuito alle diverse tipologie di carte di debito che commercializza. Ciò in ragione di una valutazione di sostanziale idoneità degli impegni presentati, alla luce dei dati al momento disponibili, a garantire condizione di sostanziale indifferenza per i *merchant* tra le carte ed altri mezzi di pagamento, in considerazione dei relativi costi e benefici, coerentemente con il criterio valutativo espresso nel precedente caso Mastercard<sup>60</sup>.

Nel settore del trasporto aereo, con la decisione BA/AA/IB la Commissione ha reso vincolanti gli impegni presentati dalla parti volti a rimuovere *ex ante* i paventati rischi concorrenziali derivanti dalla attuazione di un accordo di Joint Venture tra le compagnie aeree volto al coordinamento di tutte le principali variabili concorrenziali (prezzi, orari, capacità), nonché alla ripartizione dei ricavi, sulle rotte di collegamento di maggiore rilievo tra Regno Unito, Spagna e gli Stati Uniti. In particolare l'impegno a mettere a disposizione dei concorrenti gli slot, sino ad allora nella disponibilità delle Parti, negli aeroporti di Gatwick e Heathrow, è stato ritenuto idoneo a garantire una pressione competitiva potenziale capace di contenere l'esercizio di potere di mercato da parte della JV nelle rotte transatlantiche.

La decisione assunta dalla Commissione nel caso Labco/ONP France si indirizza alle infrazioni alle norme di concorrenza tipicamente poste in essere dagli ordini professionali: in particolare sono state censurate le condotte dell'ordine dei farmacisti francesi (ONP) volte ad imporre prezzi minimi per i servizi di analisi di biologia medicale e ad ostacolare lo sviluppo nel mercato Francese di gruppi integrati di laboratori, che in forza della propria organizzazione e diffusione sul territorio, sono in grado di generare sinergie idonee a ridurre i costi di produzione e quindi ad applicare prezzi minori ai pazienti. All'ordine è stata inflitta una sanzione pari a 5 milioni di euro.

#### *Gli abusi*

L'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea è stato applicato nel corso del 2010 in relazione a quattro decisioni, tutte indirizzate a condotte abusive poste in essere da operatori dominanti in mercati dell'energia e volte a rendere vincolanti gli impegni presentati dalle parti, ritenuti dalla Commissione idonei a rispondere alle proprie preoccupazioni.

<sup>60</sup> Cfr. decisione della Commissione del 19 dicembre 2007 nel caso 34579 Mastercard.

Tra queste le decisioni E.ON ed ENI hanno riguardato il settore del gas naturale, inserendosi in un filone di attività che, a partire dalle decisioni assunte nel 2009<sup>61</sup>, ha visto la Commissione orientata ad incidere sulla struttura dei mercati nazionali, nella prospettiva di favorirne la liberalizzazione, mediante interventi volti a risolvere stabilmente il conflitto di interessi che tipicamente caratterizza gli operatori che integrano fasi in concorrenza e fasi in monopolio. Nel primo caso, in cui il citato conflitto di interessi condizionava le scelte dell’impresa del gruppo attiva nei mercati a valle, relative all’utilizzo della capacità di trasporto di gas ottenuta da un’altra impresa del medesimo gruppo, dedicata alla gestione dei gasdotti, la Commissione ha ritenuto idoneo l’impegno, di natura comportamentale, a rilasciare capacità di lungo periodo a favore di terzi<sup>62</sup>. Viceversa, nel caso ENI, nel quale le condotte abusive erano state poste in essere dal gestore dell’infrastruttura, che l’aveva strategicamente resa indisponibile ai potenziali concorrenti del gruppo nei mercati a valle, la decisione della Commissione ha reso vincolante l’impegno strutturale a cedere l’infrastruttura<sup>63</sup>.

Le altre due decisioni di abuso di posizione dominante hanno riguardato invece il settore dell’energia elettrica. Nel caso *Long term electricity contract- France* le preoccupazioni della Commissione vertevano sull’applicazione, da parte di Electricité de France S.A. (“EDF”) – il più importante produttore di elettricità francese e uno dei principali produttori europei – di esclusive di fatto e di diritto nei contratti di fornitura di energia elettrica ai grandi clienti e nel divieto di rivendita dell’energia elettrica acquistata, clausole che sono state rimosse per effetto degli impegni proposti dalla Parte. Nel caso *Swedish interconnectors* sono state ritenute in violazione dell’articolo 102 del Trattato le condotte del gestore svedese della rete elettrica (Svenska Kraftnat) che, a fronte di congestioni sulla propria rete, adottava modalità di allocazione della capacità di trasporto dell’energia tali da garantire prezzi più bassi ai consumatori svedesi rispetto a quelli residenti in Paesi limitrofi (soprattutto Danesi), di modo che la discriminazione di prezzo su base geografica finiva per avere implicazioni in termini di segmentazione dei mercati. A tale fattispecie sono stati indirizzati impegni che incidono sull’organizzazione del mercato elettrico in Svezia, definendo modalità di risoluzione delle congestioni in territorio svedese meno distorsive rispetto alla limitazione delle esportazioni in Danimarca.

<sup>61</sup> Cfr. decisioni adottate dalla Commissione nel 2009 nei casi IV.39402 *RWE gas foreclosure* e IV.39316 *GdF foreclosure*.

<sup>62</sup> Così anche nel caso *GdF foreclosure*.

<sup>63</sup> Analogamente nel caso *RWE gas foreclosure*.

***Attività della Commissione in materia di controllo preventivo delle operazioni di concentrazione***

Per quanto riguarda l'attività di controllo preventivo delle operazioni di concentrazione, nel 2010 la Commissione ha ricevuto 274 notifiche in applicazione del Regolamento n. 139/2004, delle quali 4 sono state ritirate. Tale dato segna una inversione di tendenza rispetto alla flessione dell'attività di *Merger and Acquisition* registrata nel 2009 (259 notifiche) rispetto agli anni precedenti (340 notifiche per il 2008 e 402 per il 2007).

**Tab. 2 - Attività comunitaria 2010 di controllo preventivo delle operazioni di concentrazione**

Numero totale decisioni in applicazione del Regolamento n. 139/2004	274
Rinvio pre-notifica (art. 4.4)	7
Richiesta delle parti di esame da parte della Commissione di concentrazioni prive di dimensione comunitaria (art. 4.5)	24
Rinvio della Commissione alle autorità competenti (art. 9)	11
Rinvio parziale o totale (9.3)	7
Rifiuto di rinvio (9.3)	1
Richieste di rinvio ritirate	3
Casi esaminati dalla Commissione di concentrazioni prive di dimensione su richiesta degli Stati (art. 22)	3
<b>Decisioni in fase I: numero totale</b>	<b>267</b>
Concentrazioni autorizzate (art. 6.1(b))	253
Concentrazioni autorizzate subordinatamente al rispetto di impegni(art. 6.2)	14
<b>Concentrazioni ritirate in fase I</b>	<b>4</b>
<b>Decisioni in fase II: numero totale</b>	<b>3</b>
Concentrazioni autorizzate (art. 8.1)	1
Concentrazioni autorizzate subordinatamente al rispetto di impegni(art. 8.2)	2

Fonte: rielaborazioni interne

Come evidenzia la tabella 2, la maggior parte delle operazioni notificate ed esaminate nel 2010 non presentava profili problematici dal punto di vista concorrenziale, sicché 253 operazioni sono state autorizzate in fase I, ai sensi dell'art. 6, paragrafo 1, lettera b. Laddove le operazioni presentavano aspetti problematici la Commissione ancor prima di procedere all'avvio della fase II, ha esaminato ed adottato impegni ai quali si è subordinata l'autorizzazione ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 2 del regolamento. Tale soluzione è stata adottata per 14 operazioni durante il 2010. Solo

per un numero ristretto di operazioni la Commissione ha ritenuto necessario accedere ad un esame in fase II e, anche in tal caso, si conferma l'importante ruolo svolto dai *remedies*. Infatti nel corso del 2010 la Commissione ha portato a termine 3 istruttorie avviate ai sensi dell'art. 6, paragrafo 1, lettera c e in due casi l'istruttoria si è conclusa con un'autorizzazione, ai sensi dell'art 8, paragrafo 2, grazie all'adozione dei impegni atti a rimuovere i profili anticoncorrenziali evidenziati con l'avvio del procedimento (Unilever /Sara Lee body care e Sygenta Mosanto's Sunflower seeds).

Solo in un caso un'istruttoria avviata nel corso del 2009 ha portato nel gennaio 2010 ad un'autorizzazione ai sensi dell'art 8(1). Si tratta del caso Oracle-Sun riguardo al quale nello Statement of Objection la Commissione aveva ipotizzato che la concentrazione notificata tra il principale venditore di database proprietari e il principale database *open source* (il sistema MySQL), avrebbe potuto generare un significativo impedimento ad una concorrenza effettiva in una sostanziale parte del mercato dei database<sup>64</sup>. In data 14 dicembre Oracle ha assunto impegni nei riguardi degli utilizzatori, dei clienti e di coloro che sono impegnati sul fronte degli sviluppi tecnologici di MySQL, ed in particolare nei riguardi della comunità *open source*. Pur non essendo configurati come *remedies* ai sensi dell' art 8, paragrafo 2, del regolamento 139/2004, la Commissione ha ritenuto di prendere in considerazione detti impegni come elementi di contesto per la valutazione prospettica *post-merger* del mercato dei database giungendo alla conclusione che l'operazione così come configurata non sarebbe stata idonea a restringere in maniera significativa la concorrenza.

Nel corso del 2010 sono stati avviati tre procedimenti Unilever /Sara Lee body care, Sygenta Mosanto's Sunflower seeds e Olympic/Aegian Airlines. Per i primi due procedimenti la Commissione ha adottato nel corso del 2010 *remedies* di carattere strutturale, consistenti in cessioni di licenze, brevetti, marchi e relative attività, che sono state ritenute in grado di rimuovere interamente le riserve concorrenziali, efficaci e idonee ad assicurare la certezza dell'implementazione e la possibilità di un efficace monitoraggio.

Riguardo all'acquisizione delle attività di Monsanto nei diversi mercati riguardanti i semi di girasole da parte di Sygenta, l'operazione è stata autorizzata nel novembre 2010 a seguito dell'adozione di misure riferite a tutti gli ibridi e input essenziali del cespote oggetto di acquisizione sui mercati geografici Ungherese e Spagnolo per i quali si realizzavano effetti orizzontali e/o verticali. Il caso rappresenta un esempio di risoluzione del *trade off* tra proporzionalità e efficacia a favore della seconda nel campo dei *remedies* che comportano una cessione. Infatti, gli impegni (cessione di laboratori, licenze e brevetti) sono stati valutati idonei dalla Commissione in quanto prevedevano che l'entità

<sup>64</sup> Data la natura innovativa dei prodotti interessati dall'operazione e la natura dinamica dei processi competitivi oggetto di analisi, nonché la circostanza che la medesima transazione aveva già ricevuto in via libera dal *Department of Justice* statunitense nell'agosto del 2009, il caso è stato oggetto di un intenso dibattito.