

comportarsi sul mercato in un determinato modo, la pratica concordata corrisponde ad una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza".

Con particolare riferimento alla pratica concordata, il Consiglio ha poi ribadito che il concetto di "pratica" si riferisce a condotte di più soggetti e implica che *"- vi siano comportamenti di più imprese; - tali comportamenti siano, per le varie imprese, uniformi e paralleli, quanto meno nella impostazione di fondo; - i medesimi comportamenti appaiano il frutto non di iniziative unilaterali, ma di una concertazione; - gli stessi siano insuscettibili di una spiegazione alternativa rispetto allo scopo anticoncorrenziale; - gli stessi siano, normalmente anche se non necessariamente, reiterati nel tempo"*. Il Giudice ha poi rimarcato che nella pratica concordata manca o non è evidentemente rintracciabile un accordo espresso, posto che *"gli operatori del mercato, ove intendano porre in essere una pratica anticoncorrenziale, ed essendo consapevoli della sua illiceità, tenteranno con ogni mezzo di celarla, evitando accordi scritti, e anche accordi verbali espressi, e ricorrendo invece a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto"*.

Oggetto ed effetti dell'intesa

Il giudice di appello ha richiamato il consolidato principio giurisprudenziale secondo cui, per la sussistenza dell'illecito, è sufficiente la presenza dell'oggetto anticoncorrenziale, e non anche, necessariamente, dell'effetto; infatti *"a fronte della prova dell'esistenza di un accordo teso alla comune definizione delle strategie di prezzo, l'ulteriore dimostrazione del parallelismo di comportamenti risulta superfluo, atteso che l'illiceità della condotta già discende dalla oggettiva idoneità della stessa ad alterare la concorrenza"* (sentenze del Consiglio di Stato n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 5171 e n. 5172 del 16 settembre 2011, *Listino Prezzi della Pasta*).

Elemento soggettivo dell'intesa

Con riguardo all'elemento soggettivo dell'intesa oggettivamente anticoncorrenziale, nella sentenza n. 1757 del 25 febbraio 2011, *Consiglio nazionale dei geologi - Restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi*, il TAR Lazio ha evidenziato che *"affinché la fattispecie venga in essere è sufficiente che sia voluto il fatto descritto nella norma senza alcuna necessità che i soggetti abbiano agito per un fine particolare, vale a dire per un fine che sta al di là e, quindi, fuori dal fatto costituente l'illecito, la cui realizzazione non è richiesta per l'esistenza dell'illecito, essendo, in definitiva, l'intesa anticoncorrenziale, un illecito di mera condotta"*.

Prova dell'intesa

Nella sentenza n. 2925 del 13 maggio 2011, *Costa Container Lines/Sintermar - Terminal Darsena Toscana*, il Consiglio di Stato ha ricordato il proprio consolidato orientamento in materia di prova dell'intesa restrittiva, secondo il quale *“la giurisprudenza, consapevole della rarità dell'acquisizione di una prova piena (c.d. smoking gun o bleeding hand) ritiene che la prova della pratica concordata, oltre che documentale, possa anche essere indiziaria, purché gli indizi siano seri, precisi e concordanti. Nella pratica concordata l'esistenza dell'elemento soggettivo della concertazione deve perciò desumersi in via indiziaria da elementi oggettivi, quali: - la durata, uniformità e parallelismo dei comportamenti; - l'esistenza di incontri tra le imprese; - gli impegni, ancorché generici e apparentemente non univoci, di strategie e politiche comuni; - i segnali e le informative reciproche; - il successo pratico dei comportamenti, che non potrebbe derivare da iniziative unilaterali, ma solo da condotte concertate”*.

Il Giudice di appello, nella citata pronuncia, ha poi ricordato che la giurisprudenza comunitaria e nazionale *“distingue tra parallelismo naturale e parallelismo artificiosamente indotto da intese anticoncorrenziali, sulla base di elementi di prova endogeni, ossia collegati alla stranezza intrinseca delle condotte accertate e 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 riscontrato, o sulla base di elementi di prova esogeni, ossia di riscontri esterni circa l'intervento di un'intesa illecita al di là della fisiologica stranezza della condotta in quanto tale (Cons. St., sez. VI, 17 gennaio 2008 n. 102, Prezzo del latte per l'infanzia)”*. Quanto all'onere della prova dell'intesa, il Consesso ha rilevato che nel primo caso (elementi di prova endogeni) la prova dell'irrazionalità delle condotte grava sull'Autorità, nel secondo caso (elementi di prova esogeni) l'onere probatorio contrario viene spostato in capo all'impresa.

Infine, con specifico riguardo all'intesa composta da una molteplicità di condotte, nelle sentenze n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 2921 del 13 maggio 2011 e n. 5171 del 16 settembre 2011 rese nel caso *Listino Prezzi della Pasta*, il Consiglio di Stato ha ritenuto, in linea con i propri precedenti, che *“in presenza di un'intesa unitaria e complessa, le condotte delle singole imprese devono essere inquadrate e collocate nel contesto complessivo della concertazione, dovendo essere considerate come “tasselli di un mosaico, i cui elementi non sono significativi di per sé, ma come parte di un disegno unitario, qualificabile quale intesa restrittiva della concorrenza”*. Ciò soprattutto se, come nel caso di specie, nessuna delle imprese ricorrenti non solo non si è mai dissociata dall'oggetto delle riunioni, ma ha tenuto condotte conformi a quanto in esse emerso”.

Prova dell'intesa e unicità della condotta

Con riguardo alla possibilità che anche un singolo episodio possa costituire un'intesa restrittiva, nella citata sentenza n. 2925 del 13 maggio 2011, *Costa Container Lines/Sintermar - Terminal Darsena Toscana*, il Giudice di appello ha chiarito che “*se, di regola, nella pratica concordata i comportamenti si ripetono costantemente nel tempo, e non sono meramente episodici, tuttavia anche un singolo episodio non reiterato nel tempo può integrare un'intesa restrittiva, in quanto la mancata reiterazione dei comportamenti contestati non può di per sé sola precludere la configurazione in astratto della ipotizzata intesa anticoncorrenziale, atteso che la reiterazione dei comportamenti nel tempo costituisce un elemento indiziario dell'intesa, ma non assurge ad elemento costitutivo della stessa*”.

Prova dell'intesa e scambio di informazioni

Nella sentenza n. 2925 del 13 maggio 2011, *Costa Container Lines/Sintermar - Terminal Darsena Toscana*, il Consiglio di Stato ha evidenziato che “*in presenza di un sistematico scambio di informazioni tra imprese, in relazione alle quali vi sono ragionevoli indizi di una pratica concordata anticoncorrenziale, grava sulle imprese indagate l'onere probatorio di una diversa spiegazione lecita delle loro condotte*”.

Inoltre, nelle pronunce n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 2921 del 13 maggio 2011, n. 5171 e n. 5172 del 16 settembre 2011, rese nel caso *Listino Prezzi della Pasta*, il giudice di appello ha ritenuto che le riunioni delle imprese produttrici della pasta secca di semola, coinvolte nel procedimento dell'Autorità, non risultavano “*finalizzate esclusivamente al confronto sulle modalità con cui affrontare la crisi del settore*” ma avevano avuto “*un chiaro oggetto anticoncorrenziale. Le imprese si riunivano per discutere di prezzi e, in particolare, per concordare le strategie da seguire nella loro fissazione, confrontandosi sull'entità degli aumenti da attuare, fissando, oltre alla misura percentuale, anche la data a partire dalla quale tali aumenti avrebbero dovuto essere comunicati alla GDO*”. Obiettivo di tali riunioni era, continua il Giudice, “*eliminare ogni ragionevole incertezza in merito alla politica di prezzo di tutti i partecipanti alle stesse, coniugando la politica di aumenti dei prezzi con la ragionevole tranquillità che l'applicazione di tali aumenti non avrebbe comportato l'esclusione dal mercato delle imprese o la perdita di significative quote di mercato, data l'esistenza di generale consenso*”. Rileva inoltre il Giudice che le informazioni che le imprese si scambiavano, e di cui discutevano durante i diversi incontri, non riguardavano dati storici (ossia aumenti di prezzi già applicati), ma per lo più aumenti ancora da determinare, oppure già annunciati ma non ancora in vigore.

Prova dell'intesa e documentazione acquisita presso terzi

Il Consiglio di Stato ha ribadito il principio ormai pacifico in base al quale “*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*”, posto che è difficile che “*un'impresa possa avere assolutamente inventato il contenuto di uno scritto relativo ad un comportamento che possa esporla a sanzioni*” (sentenze n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 5171 e n. 5172 del 16 settembre 2011, *Listino Prezzi della Pasta*).

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

Il Consiglio di Stato, nelle decisioni n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 5171 e n. 5172 del 16 settembre 2011, rese nel caso *Listino Prezzi della Pasta*, ha riaffermato il principio consolidato ai sensi del quale sono riferibili alle imprese anche documenti redatti da soggetti privi del potere di rappresentanza, in quanto “*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*”.

Partecipazione alle riunioni

Con riguardo alle partecipazioni alle riunioni aventi un oggetto anticoncorrenziale, il Giudice di appello ha ritenuto che “*ove risulti provato che un'impresa abbia partecipato a riunioni durante le quali sono stati conclusi accordi di natura anticoncorrenziale, senza esservi manifestamente opposta, spetta a tale impresa dedurre indizi atti a dimostrare che la sua partecipazione alle dette riunioni era priva di qualunque spirito anticoncorrenziale, dimostrando che essa aveva dichiarato alle sue concorrenti di partecipare alle riunioni in un'ottica diversa dalla loro. Diversamente, il fatto stesso di approvare tacitamente una iniziativa illecita, senza distanziarsi pubblicamente dal suo contenuto o denunciarla agli organi amministrativi rappresenta una modalità di partecipazione all'intesa, idonea a far sorgere la responsabilità dell'impresa nell'ambito di un unico accordo, anche qualora l'impresa non abbia dato seguito ai risultati di una riunione avente un oggetto anticoncorrenziale*” (sentenze n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 2921 del 13 maggio 2011, n. 5171 e n. 5172 del 16 settembre 2011, *Listino Prezzi della Pasta*; nello stesso senso anche sentenza n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*).

Tuttavia, nella citata sentenza n. 2921 del 13 maggio 2011, *Listino Prezzi della Pasta*, il Collegio ha altresì rilevato che la partecipazione passiva ad un'unica riunione deve essere valorizzata dall'Autorità al fine di differenziare la posizione della società da quella delle altre imprese partecipanti.

Durata delle intese

Nella sentenza n. 896 del 9 febbraio 2011, *Listino Prezzi della Pasta*, il Consiglio di Stato ha chiarito che la durata dell'intesa *“non deve essere valutata in funzione del periodo durante cui un accordo è in vigore, ma in funzione di quello durante il quale le imprese incolpate hanno adottato un comportamento vietato dall'articolo 81 CE”* (Tribunale di primo grado, sent. 12 dicembre 2007, T-101/05 e T-11/05- *Basf*, punto 187). Pertanto, la durata *“va apprezzata avendo riguardo a tutte le condotte delle imprese che risultino connotate da anticoncorrenzialità”*.

Intese restrittive e disparità di trattamento

Nella sentenza n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*, il Consiglio di Stato ha sottolineato che *“il vizio di disparità di trattamento è configurabile solo a fronte di situazioni del tutto identiche”*.

Intese sui prezzi

Con riguardo alla gravità delle intese sui prezzi, il Consiglio di Stato ha avuto modo di evidenziare *“la particolare importanza del prezzo come strumento di competizione (si tratta della principale arma di concorrenza tra le imprese)”*. Sono di conseguenza vietate, rileva il Giudice, *“non solo le intese tramite le quali le imprese fissano i prezzi a livelli esattamente determinati o stabiliscono esattamente prezzi minimi al di sotto dei quali esse si impegnano a non vendere, ma, più in generale, tutte le intese che mirino o abbiano ad effetto di limitare la libera determinazione individuale del prezzo e, quindi, la sua naturale flessibilità”* (sentenze n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 5171 e n. 5172 del 16 settembre 2011, *Listino Prezzi della Pasta*).

Inoltre, secondo il Giudice di appello, anche in presenza di un aumento dei costi della materia prima *“sebbene risponda ad una ordinaria regola di condotta delle imprese aumentare i prezzi in conseguenza degli aumenti dei costi della materia prima, traslandoli sui consumatori, tuttavia in un mercato concorrenziale non è lecito che “siffatto aumento dei prezzi sia frutto di una decisione concertata tra le imprese concorrenti, anziché di una scelta individuale, che potrebbe anche essere diversa dalla rigida traslazione dell'aumento dei costi”* (decisione del 23 giugno 2006, n. 4017, *Imballaggi metallici*). Infine, l'eventuale modifica al ribasso, anziché al rialzo, dei prezzi di vendita a valle non è una circostanza rilevante, in quanto *“in ogni cartello esiste un incentivo per le imprese che vi partecipano a fingere di aderire all'intesa per poi sfruttare le politiche di prezzi elevati dei concorrenti per conquistare quote di mercato. In ogni caso, anche l'impresa “deviante” ha un interesse a che l'intesa si realizzi e agisca efficacemente, perché solo così sarà in grado di accrescere le proprie vendite, oppure, come nel caso di Nestlé, di tentare di contenerne il declino”*.

Difesa dell'“herding behaviour”

Il Consiglio di Stato ha chiarito che la teoria del c.d. “*herding behaviour*”, o “comportamento del gregge” - invocata dall'appellante per giustificare comportamenti emulativi a base irrazionale - si riferisce “*alla condotta di massa di singoli individui, o piccoli investitori, id est soggetti di cultura e diligenza medio – bassa*” e non può applicarsi per spiegare il processo di *decision making* di un imprenditore professionale, “*ossia un soggetto che ha o dovrebbe avere diligenza, accortezza e senso critico in misura superiore alla media*” (sentenza n. 2925 del 13 maggio 2011, *Costa Container Lines/Sintermar - Terminal Darsena Toscana*).

Applicabilità dell'esenzione di cui all'art. 81.3 Trattato CE e dell'art. 4 legge 287/90

Nelle sentenze n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 5171 e n. 5172 del 16 settembre 2011, *Listino Prezzi della Pasta*, il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'esistenza della crisi nel settore della pasta non potesse rappresentare una condizione legittimante l'intesa restrittiva “*atteso che la presenza della crisi non può certo comportare l'applicazione automatica dell'esenzione, in mancanza delle condizioni previste cumulativamente dall'art. 81.3 del Trattato*”.

Inoltre, nella pronuncia n. 6917 del 2 agosto 2011, *Consorzio Parmigiano Reggiano*, il TAR Lazio ha ricordato che la valutazione in merito alla eventuale esenzione di un'intesa restrittiva ai sensi dell'art. 4 della legge n. 287/90 è rimessa alla discrezionalità dell'Autorità, e che, in ogni caso, l'esenzione “*non appare suscettibile di espansione anche con riferimento alle intese i cui effetti si siano esauriti*”.

Pregiudizio al commercio tra Stati Membri

Nelle sentenze n. 896 del 9 febbraio 2011, n. 5171 e n. 5172 del 16 settembre 2011, *Listino Prezzi della Pasta*, il Consiglio di Stato ha richiamato la giurisprudenza nazionale e comunitaria secondo cui “*i) l'idoneità di un'intesa ad incidere sul commercio tra Stati membri, ossia il suo effetto potenziale, è sufficiente perché essa rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 81 del Trattato CE (ora art. 101 TFUE), non occorrendo dimostrare l'esistenza di un pregiudizio effettivo; ii) un'intesa che si estenda a tutto il territorio di uno Stato membro può, per sua natura, consolidare la compartimentazione dei mercati a livello nazionale, ostacolando così l'integrazione economica voluta dal Trattato; iii) non vi è alcuna contraddizione tra la definizione del mercato geografico come mercato nazionale e l'applicazione dell'art. 81 del Trattato CE (Cons. Stato, sez. VI 17 gennaio 2008, n. 102)*”.

Anche il TAR Lazio, nella sentenza non definitiva n. 8951 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, ha ritenuto che il pregiudizio al commercio tra Stati Membri è soddisfatto “*quando l'intesa appare comunque idonea ad influire, anche solo potenzialmente, sulle correnti di scambio tra Stati membri e la limitazione del confronto*”.

concorrenziale nel richiamato settore merceologico all'interno di un singolo Stato membro sembra in grado di poter arrecare tale pregiudizio, anche tenuto conto delle dimensioni sopranazionali dei gruppi di cui fanno parte alcune delle imprese interessate”.

Abuso di posizione dominante

Posizione dominante

Con specifico riguardo alla nozione di posizione dominante nel mercato dei servizi di terminazione sulle reti mobili, il Consiglio di Stato ha confermato le valutazioni espresse dall'Autorità, in linea con gli orientamenti comunitari, in base a cui “*se è vero che sussistono tanti mercati dei servizi di terminazione quante sono le reti mobili, è inevitabile che ciascun MNO [Mobile Network Operator] debba essere considerato dominante con riferimento alla propria rete*”. Inoltre, continua il giudice di appello “*in caso di mercati integrati, o comunque collegati, l'illiceità di un comportamento tenuto nel mercato “a monte” non può essere esclusa per il solo fatto della mancanza di una posizione dominante in quello “a valle”*” (sentenza n. 2438 del 20 aprile 2011, *Tele2/TIM-Vodafone-Wind*). Anche in tali ipotesi, infatti, il potere di leva può essere sfruttato per “estendere” sul mercato a valle la posizione detenuta nel mercato a monte.

Abuso di posizione dominante e “condotte difensive”

Nella citata sentenza n. 2438 del 20 aprile 2011, *Tele2/TIM-Vodafone-Wind*, il Consiglio di Stato, in relazione alla teoria della *meeting competition defence*, ha ritenuto che “*perché (...) l'azione contestata all'impresa in posizione dominante possa essere considerata in termini di allineamento difensivo è necessario che la stessa sia rivolta contro gli autori dell'aggressione, non già, come pacificamente si è verificato nel caso di specie, in danno di operatori terzi*”.

Abuso di posizione dominante e potere contrattuale dei clienti

Il Consiglio di Stato ha infine ritenuto che, nel caso *Tele2/TIM-Vodafone-Wind* al suo esame, anche laddove fosse stata ipotizzabile l'esistenza di un potere contrattuale esercitato dalla clientela dell'operatore dominante “*non risulta[va]no certo esclusi né ridimensionati gli effetti dell'abuso contestato alle società appellanti in danno degli operatori concorrenti, discriminati ‘a monte’ per effetto dello sfruttamento posto in essere dai c.d. MNO del vantaggio competitivo correlato alla proprietà dell'infrastruttura di rete mobile*” (sentenza n. 2438 del 20 aprile 2011).

Disciplina antitrust e normative settoriali

Con riferimento ai rapporti tra normativa a tutela della concorrenza e la disciplina relativa alle professioni intellettuali e professionali, il TAR Lazio ha ritenuto che *“la questione inerente l'applicabilità della normativa antitrust (...) deve essere riguardata e decisa in coerente coordinamento con il quadro normativo generale, il quale (...) non conduce a ritenere la prevalenza della disciplina dettata con riferimento alle professioni intellettuali e professionali, anche a livello codicistico, rispetto alla disciplina antitrust, la quale, nel recepire la disciplina comunitaria, trova applicazione trasversale a tutti i settori di relativa rilevanza”* (sentenza n. 1757 del 25 febbraio 2011, relativa al caso *Consiglio nazionale dei geologi - Restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi*).

Riparto di competenze tra Autorità antitrust e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni

Il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 2438 del 20 aprile 2011, *Tele2/TIM-Vodafone-Wind*, ha ribadito il principio secondo il quale *“i compiti attribuiti all'Autorità nazionale di regolamentazione (AGCom) in tema di definizione dei mercati rilevanti e delle posizioni dominanti nel settore delle telecomunicazioni, non hanno fatto venire meno la generale competenza antitrust spettante all'AGCM: quest'ultima deve acquisire il parere della prima, che è obbligatorio e non vincolante, ma dalle cui risultanze l'AGCM può discostarsi con adeguata motivazione”*. Con specifico riguardo a tale ultimo obbligo di motivazione, il Collegio ha osservato che *“le valutazioni dell'Autorità di settore assumono una valenza diversa a seconda che si riferiscano alla disciplina e alle caratteristiche del settore regolato rispetto a quelle attinenti l'applicazione delle norme in materia di tutela della concorrenza. In entrambi i casi l'Autorità antitrust dovrà motivare il discostamento dal parere dell'autorità di settore, ma nella prima ipotesi la motivazione dovrà essere particolarmente esauriente a differenza della seconda, in cui le valutazioni attengono direttamente alle competenze attribuite al garante della concorrenza (Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199 e Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1187)”*.

Concentrazioni***Fase I della valutazione delle operazioni di concentrazione***

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 4283 del 14 luglio 2011, relativa alla concentrazione *Groupe Adeo/Castorama*, ha evidenziato che, nella valutazione delle operazioni di concentrazione, la fase pre-istruttoria ha la funzione di accertare se la presunzione di infrazione al divieto di concentrazione lesiva abbia fondamento. In questo quadro, *“considerato che non vi è ragione per escludere l'attivazione della preistruttoria anche per*

la verifica delle operazioni di concentrazione, non vi è altresì motivo per ritenere che tale fase debba avere in questo caso contenuto diverso da quello per essa previsto in linea generale e perciò svolgersi necessariamente in modo sommario”, dovendosi chiudere con espresse “*conclusioni nel merito*” e svolgersi attraverso una “*completa valutazione dell’operazione di concentrazione*”, sulla base di comunicazioni preventive recanti “*tutte le informazioni*” e gli “*allegati ed elementi essenziali*” per la suddetta valutazione.

Nella medesima sentenza, inoltre, il Collegio ha escluso che, nello svolgimento della pre-istruttoria, debba considerarsi vietata l’assunzione, da parte del soggetto dell’operazione, di impegni come quello di cedere punti vendita, quale “*parte integrante dell’operazione*”, poiché “*da un lato, in nessuna parte della normativa risulta espresso tale divieto, e, dall’altro, non si motiva perché l’assunzione di siffatte misure debba essere riservata all’atto formale della eventuale autorizzazione*”.

Anche il TAR Lazio, nella sentenza n. 3252 del 14 aprile 2011, *Bain Capital Investors/Centrale dei Bilanci*, ha ricordato che la fase pre-istruttoria, “*proprio in quanto può concludersi con l’accertamento dell’assenza di profili di anticoncorrenzialità, non deve essere sommaria, ma 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*”.

Operazione di concentrazione e dominanza

Nella citata sentenza n. 3252 del 14 aprile 2011, *Bain Capital Investors/Centrale dei Bilanci*, il TAR Lazio, richiamando gli “*Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali*”, elaborati in sede comunitaria, ha evidenziato che “*occorre presumere l’esistenza di una quota di mercato dominante quando la stessa sia pari o superiore al 50% e l’inesistenza di una concentrazione in grado di ostacolare una concorrenza effettiva quando la quota di mercato delle imprese interessate non supera il 25%, sicché qualora la quota di mercato dell’entità postmerger sia compresa tra il 25% e il 50% bisogna far riferimento anche ad altri fattori di valutazione*”.

Restrizioni accessorie alle operazioni di concentrazione

Ancora nella sentenza n. 3252 del 14 aprile 2011, *Bain Capital Investors/Centrale dei Bilanci*, il TAR Lazio ha richiamato gli orientamenti comunitari in materia di restrizioni “*direttamente connesse e necessarie*” alla realizzazione di operazioni di concentrazione, contenuti nella Comunicazione della Commissione 2005/C 56/03, nei quali è previsto che “*la Commissione si pronunci espressamente nei soli casi che presentano quesiti nuovi o non risolti, “che danno adito a reale incertezza” mentre in tutti gli altri casi spetta alle stesse imprese interessate valutare se e fino a che punto gli accordi da esse conclusi possano essere considerati accessori alla concentrazione*” (e pertanto automaticamente autorizzati dalla

decisione che dichiara la concentrazione compatibile con il mercato comune). Il Giudice ha quindi ritenuto che, gli accordi accessori all'operazione di concentrazione al suo esame, contenenti obblighi di acquisto e fornitura, non dovessero essere previamente notificati all'Autorità e non presentassero alcun profilo critico sul piano antitrust.

L'articolo 8 della legge n. 287/1990

Nozione di impresa ai sensi dell'articolo 8, comma 1, della legge n. 287/1990

Con riguardo alla nozione di impresa cui è applicabile la normativa antitrust ai sensi dell'art. 8, comma 1, della legge n. 287/90, nella sentenza n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*, il Consiglio di Stato ha evidenziato che la “*la tesi, basata sul puro dato letterale, secondo cui l'organismo di diritto pubblico non rientrerebbe nel campo di applicazione della disciplina antitrust è smentita dalla costante giurisprudenza nazionale e comunitaria*”, posto che la nozione di impresa “*abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica consistente nell'offerta di beni o servizi sul mercato, indipendentemente dallo statuto giuridico e dalle modalità di finanziamento, o dalla sussistenza o meno del fine di lucro*”. Pertanto, secondo il Giudice, non risultava rilevante, nel caso al suo esame, l'astratta configurabilità del COBAT (Consorzio nazionale batterie al piombo esauste e rifiuti piombosi) come organismo di diritto pubblico, dovendosi verificare in concreto il modo in cui esso aveva operato.

Anche il TAR Lazio, nella pronuncia n. 6917 del 2 agosto 2011, *Consorzio Parmigiano Reggiano*, richiamando la rilevante giurisprudenza comunitaria, ha ricordato che “*nell'interpretazione dell'art. 8, comma 1, della legge 287/1990, va ... adottata l'ampia accezione di impresa ormai consolidata nella giurisprudenza formatasi sugli artt. 81 e 82 (ex artt. 85 e 86) del Trattato*”, che ricomprende “*qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, indipendentemente dal suo statuto giuridico e dalle sue modalità di finanziamento*”.

Infine, nella sentenza n. 1757 del 25 febbraio 2011, *Consiglio nazionale dei geologi - Restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi*, il Giudice di primo grado, confermando il provvedimento dell'Autorità, ha ritenuto che anche gli esercenti le professioni intellettuali devono essere considerati imprese ai fini della normativa a tutela della concorrenza “*dal momento che la loro attività consiste nell'offerta sul mercato dietro corrispettivo di prestazioni suscettibili di valutazione economica, mentre i relativi ordini professionali devono essere ritenuti associazioni di imprese, direttamente contemplate dall'art. 2, comma 1, della legge n. 287 del 1990 tra i soggetti destinatari dei divieti, da tale legge previsti, di accordi o pratiche restrittive della concorrenza*”. Il Giudice ha inoltre escluso, sulla base dei principi dell'ordinamento comunitario, che le finalità pubblicistiche perseguite dagli ordini professionali valgano a sottrarli alla disciplina antitrust, non rilevando “*la diversità di natura, pubblicistica o privata, non solo delle imprese (come statuito dall'art.*

8 della legge), ma anche di ogni altro organismo in grado di influire sul comportamento delle medesime... Ne discende che, in ragione del dato sostanziale dell'attitudine delle determinazioni dell'ente esponenziale ad orientare il comportamento degli appartenenti alla categoria, anche il comportamento del Consiglio nazionale di un ordine professionale può assumere rilievo ai fini dell'applicazione della legge n. 287, allorché lo stesso ponga in essere comportamenti che risultino idonei a orientare il comportamento economico dei professionisti di riferimento”.

Esenzione per le imprese che esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale o operano in regime di monopolio legale

Nella citata sentenza n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*, il Consiglio di Stato ha altresì confermato che l'art. 8, comma 2, della legge n. 287/90 “*introduce una deroga al principio generale della piena applicazione delle norme a tutela della concorrenza alle imprese pubbliche e private, applicabile alle sole imprese che esercitino la gestione di servizi di interesse economico generale, ovvero operino in regime di monopolio legale, ma comunque limitatamente a quanto “strettamente necessario per la missione affidata”, senza che siffatta condizione possa diventare un alibi per condotte anticoncorrenziali che vadano oltre la “stretta necessità”*”. Il Collegio pertanto, ribaltando la decisione del giudice di primo grado, ha condiviso la ricostruzione condotta dall'Autorità, da cui si evinceva che COBAT avesse posto in essere condotte anticoncorrenziali sanzionabili ai sensi della normativa antitrust.

Il TAR Lazio, nella pronuncia n. 6917 del 2 agosto 2011, *Consorzio Parmigiano Reggiano*, richiamando la giurisprudenza comunitaria, ha dapprima evidenziato che occorre distinguere tra l'ipotesi in cui lo Stato agisca esercitando il potere d'imperio e quella in cui svolga attività economiche di natura industriale o commerciale. In proposito “*non ha rilevanza il fatto che lo Stato agisca direttamente tramite un organo che fa parte della Pubblica Amministrazione, ovvero tramite un ente cui abbia conferito diritti speciali o esclusivi: piuttosto occorrendo esaminare l'indole delle attività svolte dalla pubblica impresa o dall'ente al quale lo Stato ha conferito diritti speciali o esclusivi. Né la circostanza che ad un soggetto siano attribuiti taluni compiti di interesse generale può impedire che le attività di cui trattasi siano considerate attività economiche*”. Il Giudice ha quindi sottolineato che l'esenzione di cui all'art. 8, comma 2, della legge n. 287/90 opera soltanto nella misura in cui il comportamento in esame “*nella sua specifica manifestazione e in rapporto alla concreta fattispecie ... risulti l'unico e comprovato mezzo per conseguire le finalità istituzionali dell'ente*”. In virtù di tali principi il Giudice di primo grado ha condiviso le valutazioni dell'Autorità, secondo le quali le delibere di contingentamento adottate dal Consorzio Grano Padano avevano per oggetto ed effetto la limitazione della concorrenza tra i consorziati, identificabili con la quasi totalità dei produttori.

Nella sentenza n. 1757 del 25 febbraio 2011, *Consiglio nazionale dei geologi - Restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi*, il TAR Lazio si è poi pronunciato in merito alle deliberazioni del Consiglio dell'ordine dei geologi, richiamando la Comunicazione della Commissione del 9 febbraio 2004 sui servizi professionali e affermando che “...le restrizioni alla concorrenza, specificatamente quelle relative al settore dei servizi professionali, devono trovare diretta giustificazione nel perseguimento dell'interesse pubblico cui la restrizione è finalizzata nei limiti discendenti dal principio di proporzionalità ... ai sensi del quale .. le regole devono risultare oggettivamente necessarie per raggiungere un obiettivo di interesse generale e devono costituire la misura meno restrittiva della concorrenza idonea a raggiungere tale interesse”. Il Giudice ha quindi condiviso le valutazioni dell'Autorità, secondo cui la finalità della uniformità dei compensi professionali costituisce un significativo ostacolo concorrenziale per coloro che entrano nel mondo del lavoro “i quali, costretti a tenere comportamenti economici uniformi, sono tenuti a richiedere compensi identici a quelli dei professionisti già presenti sul mercato e, quindi, presumibilmente più affermati, con la conseguenza che la protezione del prezzo identico non favorisce una migliore qualità della prestazione, ma disincentiva il professionista dal cercare di erogare prestazioni di più elevata qualità”.

Disciplina applicabile al procedimento ex articolo 8, commi 2-bis e 2-ter

Nella sentenza n. 5843 del 4 luglio 2011, *Ferrovia Adriatico Sangritana/Rami d'azienda di S.T.A.F.*, il TAR Lazio ha confermato il proprio orientamento, secondo il quale “la procedura di cui all'art. 14 [della legge n. 287/90] assume carattere tendenzialmente tipico e ad applicazione generale” e pertanto deve essere estesa anche ai procedimenti volti all'accertamento delle violazioni contemplate dai commi 2-bis, 2-ter dell'art. 8 della legge n. 287/90, i quali presuppongono un'attività di accertamento 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 e concentrazione restrittiva della concorrenza”.

Secondo il Giudice, infatti, “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”, quale quella contenuta nella legge n. 689 del 1981 (richiamando, in proposito, le fattispecie di cui all'art. 15, comma 2, e all'art. 19, comma 2, della legge n. 287/90), posto che, nella procedura di cui all'art. 14 della legge n. 287/90 “le prerogative di difesa e di intervento della parte [sono] più consistenti e maggiormente aperte al contraddittorio di quanto non preveda il procedimento disciplinato dalla legge n. 689 del 1981”.

Impegni

Discrezionalità nella valutazione degli impegni

Nella sentenza n. 2438 del 20 aprile 2011, *Tele2/TIM-Vodafone-Wind*, il Consiglio di Stato ha ricordato che, ai sensi del tredicesimo considerando del Regolamento CE 1/2003, le decisioni concernenti gli impegni non sono “opportune” nei casi in cui la Commissione intenda irrogare un’ammenda, restando comunque in capo alla Commissione un notevole margine di discrezionalità in tale valutazione. In proposito, *“la valutazione preliminare di “gravità” dell’abuso costituisce unicamente un limite di opportunità da apprezzare nel valutare se adottare la decisione con impegni, non già, viceversa, un vincolo imposto ex lege, la Commissione e le ANC disponendo di ampia discrezionalità nell’individuazione delle proprie priorità di intervento”*.

Valutazione degli impegni rebus sic stantibus

Il Giudice di prime cure, nella pronuncia n. 1757 del 25 febbraio 2011, *Consiglio nazionale dei geologi - Restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi*, ha evidenziato che la decisione in ordine all’accettazione o meno degli impegni “è adottata rebus sic stantibus sulla base di un giudizio prognostico e non definitivo circa la persistenza di profili di sussistenza e di gravità dell’intesa”.

Decisioni di accettazione di impegni e azioni risarcitorie

Il Consiglio di Stato ha avuto modo di sottolineare che *“la decisione con impegni non comporta ... alcuna immunità sul piano civilistico ma rende solo più difficile il proficuo esperimento delle azioni risarcitorie”* (sentenza n. 2438 del 20 aprile 2011, *Tele2/TIM-Vodafone-Wind*).

Termine per la presentazione degli impegni

Il TAR Lazio, nella sentenza n. 3964 del 9 maggio 2011, *Conto TV/Sky Italia*, ha confermato il proprio orientamento secondo il quale il termine per la presentazione degli impegni ha carattere “meramente sollecitatorio”, in quanto *“la funzione dell’istituto richiede, da un lato, che i professionisti siano posti in grado di proporre misure correttive idonee, dall’altro, che l’Autorità disponga di elementi sufficienti per valutare la rispondenza degli impegni alla tutela dei consumatori e degli altri professionisti (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, I, 25 febbraio 2010, n. 3077)”*.

Obbligo del market test

Con riguardo all'obbligo di effettuare il c.d. *market test*, nella sentenza n. 3230 del 30 maggio 2011, *Procedure Selettive Lega Nazionale Professionisti Campionati 2010/11 e 2011/12*, il Consiglio di Stato, confermando le pronunce di primo grado, ha sottolineato che “l'accettazione degli impegni deve essere preceduta da una fase di pubblicità e contraddittorio procedimentale, nell'ambito della quale gli interessati possono presentare le loro osservazioni. La violazione di tale forma di pubblicità dà luogo, quindi, ad un vizio procedimentale in grado ex se di inficiare la validità del provvedimento di accettazione degli impegni”.

Programmi di clemenza

Il TAR Lazio ha espresso alcuni importanti principi in materia di programmi di clemenza, nelle sentenze non definitive nn. 8945, 8946, 8947, 8949, 8950, 8951, 8952, 8953 e 8954 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*.

Finalità dei programmi di clemenza

In primo luogo, il Giudice ha rilevato che, in via generale, i c.d. *leniency program* costituiscono un “efficace mezzo di destabilizzazione dei “cartelli” tra imprenditori”. Secondo il Giudice “le imprese che partecipano ad un cartello (...) in un clima di incertezza in ordine ai comportamenti altrui, si trovano di fronte ad una scelta strategica, vale a dire mantenere gli impegni che nel lungo periodo massimizzano l'utile di tutti i membri, confidando che anche gli altri lo facciano, ovvero tradire gli impegni preferendo una logica di massimizzazione del profitto individuale nel breve periodo, sicché la stabilità di un cartello dipende dal grado di coesione e di fiducia reciproca che si crea tra i suoi partecipanti” (sentenze non definitive del TAR Lazio nn. 8945, 8946, 8947, 8948, 8950, 8951, 8952, 8953 e 8954 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*).

Natura delle dichiarazioni dei leniency applicant

Il TAR Lazio ha altresì rilevato che le dichiarazioni fornite dalle imprese collaboranti hanno natura non solo “eteroaccusatoria”, ma anche “confessoria”, e un possibile tentativo di indurre in errore l'amministrazione procedente potrebbe far dubitare della sincera e completa cooperazione del richiedente, mettendo in pericolo la possibile applicazione del beneficio. Conseguentemente “se nella trattazione delle domande di clemenza è comunque opportuno agire in modo cauto, è sicuramente erroneo presumere la loro scarsa genuinità in quanto l'impresa collaborante ha un interesse diretto a rispettare le regole al fine di ottenere concretamente il beneficio per il quale si è indotta a fornire elementi che, si ribadisce, non

sono solo eteroaccusatori, ma sono anche confessori della partecipazione ad un'intesa illecita" (sentenze non definitive nn. 8945, 8946, 8947, 8948, 8949, 8950, 8951, 8952, 8953 e 8954 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*).

Efficacia probatoria delle dichiarazioni dei leniency applicant

Con riguardo all'efficacia probatoria delle dichiarazioni dei *leniency applicant* e dei relativi riscontri da questi forniti, il TAR Lazio ha sottolineato che *"è ben difficile che i partecipanti ad un accordo illecito lascino "prove scritte" da cui dedurre in modo certo e obiettivo l'esistenza e il funzionamento dell'accordo stesso, per cui non è possibile pretendere che il collaborante il quale confessi l'intesa debba fornire un riscontro probatorio vasto e del tutto corroborante le proprie affermazioni, che verosimilmente non esiste, perché in tal modo si porrebbero nel nulla le possibilità applicative della norma e si vanificherebbe la loro ratio, mentre deve ritenersi sufficiente che alle dichiarazioni si accompagni un qualche elemento documentale idoneo a fungere da indizio preciso e concordante con le dichiarazioni rese e soprattutto, anche in assenza di questi ultimi, deve ritenersi comunque necessario che sia l'Autorità, sulla base della propria articolata istruttoria, a vagliare l'attendibilità delle dichiarazioni"* (richiama, in proposito, la propria precedente sentenza n. 36126 del 13 dicembre 2010). Pertanto *"la sola dichiarazione del leniency applicant, ove non supportata da concludenti e concordanti elementi di prova, non è sufficiente alla dimostrazione dell'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, fermo restando che detti elementi di prova non devono essere necessariamente forniti dagli stessi collaboranti, atteso che la loro ricerca fa carico all'Autorità procedente e, anzi, costituisce il proprium dell'attività di indagine rimessa alla stessa"*. (sentenze non definitive nn. 8945, 8946, 8947, 8948, 8949, 8950, 8951, 8952, 8953 e 8954 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*).

Nel caso specifico, il Giudice ha evidenziato che il provvedimento impugnato dava conto di come le società collaboranti avessero fornito elementi documentali a supporto delle proprie dichiarazioni. Ha aggiunto inoltre che *"a prescindere dalle fisiologiche differenze che possono sussistere nel dettaglio della ricostruzione dei fatti tra l'uno e l'altro dichiarante, le dichiarazioni, nel loro "nucleo forte", sono tendenzialmente coincidenti, per cui anche eventuali incongruenze non possono incidere sul fatto che tutte e tre le imprese hanno evidenziato la sussistenza di un'intesa riguardante il territorio nazionale tra i principali produttori attivi nel settore dei cosmetici venduti attraverso il canale retail"*).

Ammissibilità delle censure relative all'applicazione dei programmi di clemenza

Con riguardo alle censure relative all'applicazione dei programmi di clemenza, il Giudice di prime cure ha ritenuto che le stesse *"sono senz'altro ammissibili laddove tendano a dimostrare che la loro illegittimità si è tradotta in un nocumento per l'impresa ricorrente. In altri termini, le doglianze afferenti alla concreta applicazione dei programmi di clemenza*

sono ammissibili solo ove, attraverso di esse, l'impresa ricorrente miri a dimostrare un rapporto di causalità diretta tra l'illegittimità dell'azione amministrativa e la lesione della sua posizione giuridica derivante dal provvedimento afflittivo, mentre non sono ammissibili per carenza di interesse laddove, ferma restando la responsabilità della ricorrente accertata nel provvedimento, mirino unicamente a dimostrare l'illegittima applicazione delle misure premiali alle denuncianti" (sentenze non definitive nn. 8946 e 8948 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*).

Istanza di ammissione al programma di clemenza e accesso agli atti

Quanto alla possibilità di presentare domanda di clemenza anche successivamente all'accesso agli atti del fascicolo istruttorio, il Giudice di primo grado ha specificato che *"l'eventuale domanda di clemenza effettuata dall'impresa che abbia già effettuato l'accesso al fascicolo istruttorio non può ritenersi di per sé non accoglibile"* (sentenza non definitiva n. 8947 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*).

Dichiarazioni dei rappresentanti delle imprese

Con riguardo all'assenza di una testimonianza resa all'Autorità direttamente dai responsabili commerciali che hanno partecipato ai giri di tavolo dell'intesa restrittiva, il TAR Lazio ha ritenuto che tale circostanza *"non può costituire vizio di legittimità del provvedimento in quanto la possibilità che le dichiarazioni confessorie possano essere rese dai "rappresentanti" dell'impresa è espressamente prevista dal par. 10 della comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'art. 15 l. 287/1990 (...) Né può rinvenirsi la sussistenza di un obbligo per l'amministrazione procedente di convocare in audizione i testimoni diretti dei fatti, atteso che di tale obbligo non vi è traccia nelle fonti normative di settore"* (sentenze non definitive nn. 8948, 8952 e 8954 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*).

Diffida

Diffida generica

Nella sentenza n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la diffida generica è *"sufficiente e pienamente legittima"*, considerato che, ai sensi del proprio precedente n. 926/2004: *"a) la diffida "per l'eliminazione dell'infrazione" costituisce atto dovuto da parte dell'Autorità, in quanto la finalità della diffida non è solo quella di eliminare i comportamenti oggetto dell'intesa, che come fatti storici non potrebbero essere cancellati, ma anche quella di rimuovere, ove possibile, le conseguenze anticoncorrenziali dell'intesa e di intimare alle imprese di astenersi dal porre in essere analoghi comportamenti per il futuro; b) la diffida ha quindi anche lo scopo di intimare alle*