

imprese di astenersi dagli accertati comportamenti anticoncorrenziali per il futuro; c) se l'Autorità si limita ad impartire una diffida del tutto generica senza indicare alle parti alcuno specifico comportamento da tenere con riguardo ai rapporti in essere con un soggetto terzo rispetto all'illecito, non può che prevalere una interpretazione letterale della diffida nel senso di intimazione ad astenersi, anche per il futuro, dai comportamenti anticoncorrenziali accertati, senza che dalla diffida possa essere interpretata nel senso di comprendere comportamenti che le imprese devono tenere nei confronti di un soggetto terzo".

Sanzioni

Gravità

Il Consiglio di Stato, ricordando che la valutazione di gravità deve essere fondata *"sulla natura dell'infrazione, sull'importanza degli operatori coinvolti, sul contesto nel quale i comportamenti sono stati attuati nonché sugli effetti restrittivi determinati dalla concertazione"*, ha sottolineato che le intese orizzontali di prezzo sono considerate tra le restrizioni più gravi della concorrenza *"poiché ne ostacolano la capacità di garantire l'efficienza allocativa e di mantenere il livello dei prezzi il più basso possibile"* (sentenza n. 896 del 9 febbraio 2011, *Listino Prezzi della Pasta*).

Inoltre, nella sentenza n. 710 del 31 gennaio 2011, *Aviapartner/Società Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna*, il Giudice di appello ha ritenuto che la gravità del comportamento al suo esame fosse *"ulteriormente sottolineata dal fatto che esso è stato posto in essere dalla concessionaria dell'Amministrazione, quindi da un soggetto che nonostante la sua configurazione privatistica partecipa dei poteri autoritativi di quest'ultima e che, come quest'ultima, è assoggettata all'obbligo di imparzialità"*.

Consapevolezza e intenzionalità dell'infrazione

Il Consiglio di Stato ha ribadito l'orientamento nazionale e comunitario sulla valutazione dell'elemento soggettivo dell'illecito *antitrust*, sostenendo che *"a fondare il giudizio di "intenzionalità" di un'infrazione alle norme del Trattato sulla concorrenza è sufficiente la constatazione che la società non potesse ignorare che il suo comportamento aveva come scopo la restrizione della concorrenza, senza che sia anche richiesta la sicura consapevolezza di trasgredire le norme indicate (Cons. St., n. 926/2004 e le decisioni ivi richiamate, Corte Giust. CE, 8 novembre 1983, cause riunite da 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, IAZ, punto 45; Trib. Ce, 6 aprile 1995, causa T-141/89, Trefileurope, punto 176, e 14 maggio 1998, causa T-310/94, Gruber + Weber, punto 259; 12-7-2001, British Sugar cit. punto 127)"* (sentenza del Consiglio di Stato n. 2438 del 20 aprile 2011, *Tele2/TIM-Vodafone-Wind*).

Similmente, nella pronuncia n. 6917 del 2 agosto 2011, *Consorzio Parmigiano Reggiano*, il TAR Lazio ha ritenuto che, per le violazioni colpite da sanzione amministrativa, è richiesta la coscienza e volontà della condotta attiva o omissiva *“senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa, atteso che la norma [art. 3 della legge 689/1981] pone una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, riservando poi a questi l’onere di provare di aver agito senza colpa”*.

Infine, con la sentenza n. 1757 del 25 febbraio 2011, *Consiglio nazionale dei geologi - Restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi*, il Giudice di prime cure ha sostenuto che la gravità dell’intesa valutata fosse rafforzata dal fatto che era stata posta in essere in un contesto normativo *“che ha determinato l’ampia liberalizzazione del settore dei servizi professionali, del quale l’Ordine era ampiamente consapevole”*.

Sanzioni amministrative pecuniarie per inottemperanza al divieto di concentrazione o all’obbligo di notifica

Con riguardo alle sanzioni amministrative irrogate per inottemperanza al divieto di concentrazione o all’obbligo di notifica, ex art. 19 della legge n. 287/1990, il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 2742 del 9 maggio 2011, *Parmalat/Eurolat* ha evidenziato che *“la disposizione normativa di cui al citato art. 19, individuando delle fattispecie tipizzate incentrate sulla mera condotta secondo un criterio di agire o di omettere doveroso, àncori il giudizio di colpevolezza a parametri normativi estranei al dato puramente psicologico, con la conseguenza che, una volta integrata e provata dall’Autorità la fattispecie tipica dell’illecito, graverà sul trasgressore, in virtù della presunzione di colpa che permea il sistema della responsabilità da illecito amministrativo (arg. ex art. 3 l. 24 novembre 1981, n. 689), l’onere di provare di aver agito in assenza di colpevolezza”*. Nel caso di ritardo nell’adempimento alle prescrizioni dell’Autorità, l’impresa imputata, secondo il Giudice, *“dovrà, in particolare, provare – in modo pieno e rigoroso – di aver adottato tutte le misure esigibili secondo la miglior scienza ed esperienza da un operatore di mercato del settore, idonee ad ottemperare, nel termine prefissato, alla prescrizione dell’Autorità, e della non prevenibilità, secondo lo stesso metro di giudizio, del ritardo nell’adempimento, imputabile a fattori imprevedibili e inevitabili estranei alla sua sfera di responsabilità (ad es., imprevedibili sviluppi del mercato, comportamenti di terzi, ecc.)”*.

Criteri di quantificazione della sanzione

In relazione ai criteri adottati dall’Autorità nella quantificazione della sanzione, il Consiglio di Stato ha espresso *“l’auspicio che in futuro l’Autorità, nei paragrafi relativi alla quantificazione della sanzione, indichi esplicitamente, oltre all’importo finale della sanzione, anche gli elementi per la sua quantificazione, vale a dire l’ammontare del fatturato, la percentuale della sanzione base, la percentuale di sanzione irrogata per circostanze aggravanti o per converso le riduzioni per attenuanti, eventuali altri criteri di*

quantificazione utilizzati (secondo le indicazioni già date all'Autorità da Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2007 n. 6469, Lottomatica), in modo da consentire al Collegio una migliore e più celere comprensione dei fatti di causa" (sentenza n. 3013 del 20 maggio 2011, Riciclaggio delle batterie esauste).

Base di calcolo del fatturato

Nella pronuncia n. 6525 del 13 dicembre 2011, *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri del Mediterraneo*, il Consiglio di Stato ha ricordato che l'art. 23, paragrafo 2, lett. a) del Regolamento CE n. 1/2003, "*consente (...) che nella determinazione dell'importo di base dell'ammenda sia utilizzato il valore dei beni o servizi anche indirettamente riferibili all'infrazione*".

Fatturato degli enti di tipo associativo

Con riguardo alla base di fatturato degli enti associativi, il TAR Lazio ha rilevato che "*come già affermato dalla Sezione (sentenza 11 marzo 2005 n. 1809), deve ritenersi corretta la determinazione della sanzione da irrogarsi, ai sensi dell'art. 15 della legge n. 287 del 1990, a carico di un ente di tipo associativo assumendo quale base di computo le entrate contributive ad esso proprie, per quanto queste non ineriscano ad un fatturato in senso stretto*" (sentenza n. 1757 del 25 febbraio 2011, *Consiglio nazionale dei geologi - Restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi*).

Circostanze aggravanti

Circa il ruolo organizzativo e di promozione avuto da alcune imprese in un'intesa restrittiva, il Consiglio di Stato ha ritenuto che "*il grado di partecipazione all'intesa non va misurato e valutato in ragione della quota di mercato detenuta da ciascuna impresa, ma in ragione del ruolo da essa concretamente svolto*" (sentenza n. 896 del 9 febbraio 2011, *Listino Prezzi della Pasta*).

Quanto alla configurabilità dell'aggravante della recidiva, nella pronuncia n. 2438 del 20 aprile 2011, *Tele2/TIM-Vodafone-Wind*, il giudice di appello ha osservato che "*non è necessario che emerga l'assoluta identità di specie degli illeciti commessi, quanto piuttosto la relativa riconducibilità alla stessa tipologia di illecito antitrust*".

Circostanze attenuanti

Nella sentenza n. 896 del 9 febbraio 2011, *Listino Prezzi della Pasta*, il Consiglio di Stato ha condiviso l'applicazione delle attenuanti concesse dall'Autorità nel provvedimento impugnato, consistenti, in particolare: in "*iniziative assunte (...) in corso di istruttoria (...) idonee ad attenuare le conseguenze dell'infrazione commessa*", nel "*comportamento tenuto*

in sede di audizione finale, nel corso della quale [la società] ha dimostrato di voler attenuare ulteriormente le conseguenze dell'infrazione commessa, attraverso l'attuazione di nuove politiche commerciali" e in *"una situazione deficitaria risultante dall'aver registrato perdite ingenti per almeno tre esercizi"*, mentre ha escluso che potessero costituire circostanze attenuanti *"quanto fatto dalle imprese in attuazione di obblighi legislativamente previsti"* e *"la quota marginale .. detenut(a) nel mercato rilevante"*.

Non è stata, inoltre, considerata circostanza idonea ad attenuare la sanzione *"la novità del caso e il contesto normativo in fase evolutiva, che pur potendo ingenerare incertezze sulle corrette condotte da tenere, avrebbero imposto una condotta prudentemente orientata in senso pro concorrenziale, e non giustificavano, invece, una condotta di chiara chiusura alla concorrenza"*, specialmente per un monopolista legale che *"è tenuto a limitare le condotte non concorrenziali a ciò che è strettamente necessario per il fine istituzionale perseguito"* (Consiglio di Stato, sentenza n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*). Nella stessa pronuncia, il Giudice di appello ha altresì ritenuto che la collaborazione dell'impresa con l'Autorità durante il procedimento non potesse rappresentare di per sé circostanza attenuante, *"specie se gli effetti dell'intesa perdurano durante il procedimento"*.

Con riguardo, infine, all'attuazione di impegni rigettati dall'Autorità, nella sentenza n. 451 del 18 gennaio 2011, *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri del Mediterraneo*, il TAR Lazio ha chiarito che *"l'attuazione di parte degli impegni proposti ex art. 14-ter l. 287/1990 (segnatamente, la rinuncia al ricorso proposto al TAR Campania n. 2960/2008), respinti dall'amministrazione procedente, [non può] essere considerata una condotta volta ad eliminare o attenuare le conseguenze della violazione"*.

Profili procedurali

Disciplina applicabile al procedimento antitrust

Nella sentenza n. 4283 del 14 luglio 2011, *Groupe Adeo/Castorama Italia*, il Consiglio di Stato ha confermato il principio, già espresso dalla stessa Sezione, in base al quale la procedura di cui all'art. 14 della legge n. 287/90 *"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"* (Cons. Stato, Sez. VI, 8 marzo 2010, n. 1307). Pertanto, la procedura prevista dalla norma sarà applicabile tanto ai casi di intese restrittive e abusi di posizione dominante, quanto alle concentrazioni di cui all'art. 5, laddove l'Autorità ritenga che l'operazione sia suscettibile di essere vietata ai sensi dell'art. 6.

Poteri istruttori

Quanto all'utilizzo di elementi istruttori nei confronti di imprese non destinatarie dell'avvio del procedimento, il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 5171 del 16 settembre 2011, *Listino Prezzi della Pasta*, ha precisato che l'art. 8 del d.P.R. n. 217/1998 (poteri istruttori dell'Autorità), se pure impedisce all'Autorità di esercitare poteri istruttori nei confronti di imprese che non hanno ancora ricevuto la notifica dell'avvio del procedimento *“certo non preclude all'Autorità di utilizzare elementi istruttori legittimamente acquisiti presso soggetti già destinatari della notificazione nei confronti di imprese terze, in quel momento ancora estranee al procedimento, per l'assenza nei loro confronti di significativi indizi”*. In sintesi, *“se nel corso di un accertamento ispettivo presso un'impresa già destinataria della notificazione, si rinvencono documenti da cui emerge la responsabilità di altre imprese, tali documenti possono essere utilizzati anche nei confronti di dette imprese, fino a quel momento estranee al procedimento”*.

Contenuti della comunicazione di avvio del procedimento

Con riferimento alla definizione del mercato rilevante delineata nella delibera di avvio del procedimento istruttorio, il TAR Lazio ha evidenziato che *“non può ritenersi immutabile l'ipotesi delimitativa prospettata nella comunicazione d'avvio del procedimento, che vale soltanto a identificare le coordinate generali, merceologiche e geografiche, del mercato, doverosamente suscettibili di precisazione e specificazione in funzione delle acquisizioni istruttorie successive”* (sentenza n. 10180 del 24 dicembre 2011, *Mercato del cartongesso*). Ciò vale soprattutto se si considera che *“nemmeno la definizione del mercato geografico rilevante contenuta nella comunicazione delle risultanze istruttorie (C.R.I.) ha valenza vincolante”* (richiama in proposito, la sentenza del Consiglio di Stato n. 5864 del 29 settembre 2009).

Anche nelle sentenze non definitive, nn. 8945, 8952, 8954 e 8955 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, il Giudice di prime cure ha sottolineato che la comunicazione di avvio del procedimento deve riportare gli elementi essenziali della contestazione: *“l'analiticità delle argomentazioni riguarda la fase conclusiva del procedimento, che costituisce l'esito della fase istruttorio, mentre non sempre può caratterizzare la fase di avvio, nella quale, invece, devono essere con precisione identificati i soli profili delle condotte delle imprese oggetto dell'indagine, al fine di mettere in grado le stesse di poter proficuamente partecipare all'istruttorio”*. Il TAR ha quindi ritenuto che una nuova comunicazione di avvio del procedimento non è necessaria per una più specifica indicazione dell'arco temporale in cui la violazione ha avuto luogo.

Accesso agli atti del fascicolo istruttorio

Nella sentenza del TAR Lazio, n. 8944 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, il Giudice ha dapprima sottolineato che la mancata ostensione dei documenti nel corso del procedimento istruttorio, lamentata dalla ricorrente, “avrebbe dovuto essere fatta valere con l'apposita azione per l'accesso ai documenti amministrativi prevista dall'art. 116 c.p.a., mentre, in assenza di specifica richiesta durante il procedimento o di omessa proposizione della specifica azione avverso l'eventuale diniego, la circostanza non può essere utilmente evidenziata per invocare una lesione al principio del contraddittorio e al diritto di difesa”. Inoltre, secondo il Giudice, “la parte che deduce l'esistenza di un vizio procedimentale riguardante la segretezza di documenti non può limitarsi ad una doglianza generica e astratta, ma deve indicare i fatti o le circostanze posti a base del provvedimento, da essa non conosciuti, e le conseguenze effettivamente subite”. In altri termini “al fine di dimostrare la consistenza delle censure, gli interessati hanno l'onere di provare che la lesione del diritto di difesa sia effettivamente avvenuta”.

Comunicazione delle risultanze istruttorie

Con la sentenza n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*, il Consiglio di Stato ha sottolineato che la comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI) costituisce “la finale contestazione degli addebiti con la delimitazione dell'imputazione: ove emergessero ulteriori elementi nella fase procedimentale successiva, sarebbe necessario, per modificare l'imputazione, procedere a nuova contestazione, in quanto la decisione finale deve riferirsi alle imputazioni contestate, in analogia a quanto si verifica nel processo penale”. Le parti, dopo la CRI, “hanno ampio margine per esercitare il diritto di difesa, contestando l'imputazione e fornendo prove a discarico”.

Motivazione del provvedimento

Il TAR Lazio, nella sentenza n. 3252 del 14 aprile 2011, *Bain Capital Investors/Centrale dei Bilanci*, ha ricordato il principio più volte affermato secondo il quale “l'obbligo di esame delle memorie e dei documenti difensivi non impone un'analitica confutazione in merito ad ogni argomento utilizzato dalle parti stesse, essendo sufficiente un iter motivazionale che renda nella sostanza percepibile la ragione del non adeguamento alle traiettorie difensive e ne attesti la relativa consapevolezza” (cfr. altresì sentenza del TAR Lazio n. 8944 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*).

Cooperazione tra Autorità nazionale e Commissione europea

Con riguardo ai rapporti di cooperazione tra l'Autorità e la Commissione europea, il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 6525 del 13 dicembre 2011, *La Nuova Meccanica*

Navale/Cantieri del Mediterraneo, ha rilevato che “il Regolamento CE n. 1/2003 detta regole di raccordo tra Autorità nazionali e Commissione europea, introducendo e modulando oneri e facoltà di informazione e consultazione, ma non priva la prima della funzione che le è propria, salvo nell’ipotesi prevista dall’art. 11.6”.

Profili processuali

Legittimazione ad impugnare i provvedimenti dell’Autorità

Nella sentenza n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*, il Consiglio di Stato ha richiamato il proprio consolidato orientamento in materia di legittimazione ad impugnare i provvedimenti dell’Autorità, secondo il quale “il soggetto denunciante che partecipa al procedimento antitrust e ha un interesse qualificato avendo subito una lesione dei propri interessi, lesione imputabile alla condotta anticoncorrenziale, è un controinteressato in senso tecnico, che in quanto tale ha la legittimazione e l’interesse ad impugnare in giudizio i provvedimenti “assolutori” dell’Autorità (di archiviazione della denuncia)”.

Particolarmente rilevante è poi la sentenza del Consiglio di Stato n. 4393 del 20 luglio 2011, *Carte di credito*, che, riformando la pronuncia di primo grado, ha escluso che le decisioni di rigetto degli impegni possano essere autonomamente impugunate.

In primo luogo, il Giudice ha affermato che “nell’ambito del tratto endoprocedimentale caratterizzato dalla presentazione e dell’esame sulla proposta di impegni, l’Autorità (pur non dismettendo la titolarità e l’esercizio di prerogative di stampo pubblicistico) coopera con i soggetti privati secondo modalità ispirate al dialogo, alla leale collaborazione e alla partecipazione procedimentale, con la conseguenza che appare sistematicamente incongruo (lo si ripete, anche a fronte di opzioni interpretative di carattere alternativo in astratto parimenti plausibili) anticipare in via sistematica le occasioni di esito contenzioso (sempre che –scil. – ciò non venga reso necessario da arresti procedurali ovvero da preclusioni al prosieguo dell’istruttoria, che comunque non sono individuabili nel caso del rigetto degli impegni)”. Il Giudice ha infatti sostenuto che la possibilità di ottenere una tutela piena ed effettiva in sede giudiziaria sia riconosciuta in sede di impugnazione del provvedimento finale, ritenendo che “le eventuali illegittimità inerenti la fase dell’esame degli impegni siano idonee a riverberarsi con effetto viziante su quest’ultimo (con esclusione delle violazioni di carattere meramente procedimentale, inidonee in quanto tali a determinare un diverso esito del procedimento e, in via mediata, un contenuto provvedimento di carattere diverso)”.

In secondo luogo, il Collegio ha evidenziato un motivo di carattere “formale” che porta ad escludere l’autonoma impugnabilità della delibera di rigetto degli impegni. In particolare, rileva il Giudice, “l’esame della pertinente normativa (...) depone nel senso del carattere non immediatamente lesivo dell’atto con cui l’A.G.C.M. respinge la proposta di impegni presentata dai soggetti sottoposti ad indagine per violazione degli articoli 2 e 3 della legge e,

in via mediata, nel senso della sua non diretta impugnabilità nella sede giurisdizionale, stante l'assenza di un interesse concreto e attuale alla sua rimozione". Inoltre, "l'attività valutativa sottesa alla pronuncia in tema di impegni solo in parte coincide con quella sottesa all'adozione del provvedimento finale, non potendosi ritenere che fra l'esito della prima fase (la decisione sulla proposta di impegni) e quello del procedimento complessivo sussista un nesso di presupposizione necessaria".

In virtù di quanto sopra *"l'atto di rigetto degli impegni (in sè, sprovvisto di un autonomo carattere di lesività) non risulta idoneo ad incidere in modo diretto e immediato sulla posizione giuridica del soggetto sottoposto ad istruttoria (se non in base a un mero dato probabilistico, ex se inidoneo a giustificare il carattere di diretta impugnabilità)".*

Peraltro, nelle sentenze del Giudice di prime cure nn. 6165, 6169, 6171, 6172, 6173, 6174, 6175, 6176 e 6177 dell'11 luglio 2011, nel medesimo caso *Carte di credito*, il TAR Lazio ha ribadito il proprio orientamento circa l'immediata impugnabilità della decisione di rigetto degli impegni, *"pur nell'attesa di conoscere le (evidentemente non omogenee) conclusioni alle quali è diversamente pervenuto il Giudice d'appello"*. Inoltre, il Giudice, annullando il provvedimento finale dell'Autorità, ha ritenuto che *"fra determinazione di rigetto degli impegni e provvedimento conclusivo del procedimento "principale" volto ad accertare la presenza di un'infrazione antitrust [vi sia] un rapporto di consequenzialità ad effetto (meramente) viziante"*.

Limiti del sindacato del giudice amministrativo

Il TAR Lazio e il Consiglio di Stato hanno in più occasioni affermato che *"il giudice amministrativo in relazione ai provvedimenti dell'AGCM esercita un sindacato di legittimità, che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio: pertanto, deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'AGCM sia immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate. Laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'AGCM nella definizione del mercato rilevante, se questa sia, attendibile secondo la scienza economica, immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici, da vizi di violazione di legge"* (sentenze del Consiglio di Stato n. 896 del 9 febbraio 2011 e n. 5171 n. 5172, *Listino Prezzi della Pasta*; n. 3013 del 20 maggio 2011, *Riciclaggio delle batterie esauste*; n. 2925 del 13 maggio 2011, *Costa Container Lines/Sintermar - Terminal Darsena Toscana*; n. 4385 del 20 luglio 2011, *Rifornimenti aeroportuali*; sentenze del TAR Lazio n. 3252 del 14 aprile 2011, *Bain Capital Investors/Centrale dei Bilanci*; n. 10180 del 24 dicembre 2011, *Mercato del cartongesso*).

Inoltre, con specifico riguardo alla discrezionalità tecnica dell'Autorità, nella sentenza n. 4283 del 14 luglio 2011, *Groupe Adeo/Castorama Italia*, il Giudice di appello ha evidenziato che *"il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica si svolge non soltanto riguardo*

ai vizi dell'eccesso di potere (logicità e ragionevolezza delle decisioni amministrative) ma anche con la verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche compiute dalla P.A. quanto a correttezza dei criteri utilizzati e applicati", precisando che *"resta comunque fermo il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, potendo quindi il giudice amministrativo censurare la sola valutazione che si pone al di fuori dell'ambito di opinabilità, cosicché il suo sindacato non resti estrinseco ma non divenga sostitutivo con l'introduzione di una valutazione parimenti opinabile (ex multis: sez. V, 5 marzo 2010, n. 1274; Sez. VI, 6 febbraio 2009, n. 694; 4 settembre 2007, n. 4635; Sez. IV, 13 ottobre 2003, n. 6201)"*.

Anche il TAR Lazio, nelle sentenze non definitive n. 8945, 8947, 8949, 8950, 8952, 8953, 8954 e 8955 del 17 novembre 2011, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, ha evidenziato che *"la giurisprudenza ha altresì chiarito che al giudice amministrativo è consentito sindacare senza alcun limite tutte le valutazioni tecniche compiute dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per l'individuazione del mercato rilevante, potendo valutare sia la correttezza delle scelte tecniche dalla stessa compiute, sia l'esattezza dell'interpretazione e applicazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta"*.

Infine, relativamente alle determinazioni dell'Autorità in materia di sanzioni amministrative, il Giudice di prime cure ha ricordato che *"il giudice amministrativo esercita giurisdizione estesa al merito, prima ai sensi dell'art. 23 l. 689/1981, applicabile in virtù del richiamo contenuto nell'art. 31 l. 287/1990, ora, ai sensi dell'art. 134, co. 1, lett. c), d.lgs. 104/2010"* e pertanto *"il provvedimento non può essere annullato per difetto di motivazione, dovendo il giudice compiere direttamente, sulla base degli elementi disponibili, tutti gli apprezzamenti del caso, pervenendo egli stesso, se ritiene fondate le relative censure, alla riforma o alla sostituzione in parte qua dell'atto"* (sentenza n. 451 del 18 gennaio 2011, *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri Del Mediterraneo*).

5. Rapporti internazionali

Commissione europea

Le attività nell'ambito del European Competition Network

Il rapporto con la Commissione nell'applicazione degli articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea — che, come noto, si esplica all'interno della rete ECN — si è articolato nell'anno 2011 in varie attività.

L'Autorità ha informato la rete delle proprie decisioni di avvio di procedimenti istruttori sulla base della normativa antitrust europea (in numero pari a 6) e preventivamente informato la Commissione — ai sensi dell'articolo 11.4 del Regolamento N. 1/2003, delle linee di azione seguite in relazione alle 15 decisioni finali assunte nel periodo considerato in relazione ad infrazioni degli articoli 101 e 102 del Trattato. Per altro verso la Commissione ha informato l'Autorità, ai sensi dell'articolo 11.6 del medesimo Regolamento, di 11 procedure avviate formalmente dalla stessa. L'Autorità ha inoltre ricevuto dalla Commissione gli *Statement of Objection* e *Preliminary Assessment* che la stessa ha inviato alle Parti nell'anno 2011, ha assistito alle audizioni con le Parti e ha partecipato ai comitati preventivamente consultati dalla Commissione in relazione alle 8 decisioni finali assunte.

La cooperazione che si esplica all'interno dell'ECN, finalizzata a garantire l'efficiente allocazione dei casi così come la coerenza dell'*enforcement*, risulta particolarmente necessaria laddove diverse autorità della concorrenza intervengano su condotte che interessano diversi paesi europei. Ad esempio, l'intervento *antitrust* nel settore dei prodotti per l'igiene ha visto coinvolte, seppure con tempistiche differenti, sia la Commissione che alcune autorità nazionali. La Commissione nel 2011 ha concluso un procedimento avente ad oggetto la concertazione segreta posta in essere da 6 produttori di detersivi per la casa volta alla concertazione dei prezzi e alla stabilizzazione delle rispettive posizioni di mercato. D'altro canto l'Autorità Italiana e quella Spagnola, al termine di procedimenti parallelamente condotti, hanno accertato e sanzionato accordi segreti aventi ad oggetto, rispettivamente, i prezzi di vendita dei prodotti per l'igiene personale e quelli dei prodotti per la cura dei capelli. Tutti e tre i procedimenti hanno avuto origine da una domanda di immunità dalla sanzione presentata dalla multinazionale Henkel.

Nel corso del 2011, l'Autorità ha inoltre partecipato ai gruppi di lavoro istituiti in ambito ECN. In particolare, tra i gruppi settoriali nel periodo in esame è risultato particolarmente attivo quello relativo al settore agro-alimentare, in ragione della crucialità che tale tema riveste nell'agenda della Commissione e delle autorità nazionali di concorrenza. Infatti, a fronte della considerevole volatilità che i prezzi alimentari hanno

registrato negli ultimi anni, che per alcuni prodotti, in particolare, si è manifestata con importanti trend di crescita dei prezzi, numerose autorità hanno intrapreso iniziative (sia di *enforcement*, che di segnalazione o di studio settoriale) nella prospettiva di individuare gli eventuali deficit di concorrenza che potrebbero pregiudicare il funzionamento dei mercati in cui si articola l'intera catena alimentare. Tali esperienze sono state diffusamente discusse e confrontate nell'ambito del gruppo di lavoro dedicato al settore alimentare in ambito ECN, che per il prossimo futuro ha in programma la predisposizione di un report sulle attività delle autorità nazionali in materia.

Inoltre, l'Autorità ha partecipato alle attività degli altri gruppi di lavoro settoriali attivi in ambito ECN, in particolare i gruppi dedicati ai settori dell'energia, dell'ambiente, dei servizi finanziari, alimentare, farmaceutico e telecomunicazioni contribuendo alla discussione sull'attività di *enforcement* delle singole autorità e di regolamentazione delle istituzioni europee.

Tra i gruppi dedicati a questioni di carattere orizzontale, nel periodo esaminato hanno proseguito le proprie attività, con il coinvolgimento dell'Autorità, sia il Gruppo Cartelli, sia il Gruppo *Cooperation Issues and Due Process*, nei quali gli Stati Membri e la Commissione hanno avuto modo di discutere di problemi specifici e tematiche generali concernenti l'applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE e la cooperazione nella rete.

L'Autorità ha inoltre contribuito ai lavori del Gruppo *Mergers*. Nel periodo in esame il gruppo ha messo a punto un documento recante le "Migliori pratiche per la cooperazione tra le autorità nazionali di concorrenza nell'esame delle concentrazioni", formalmente adottato il 9 novembre 2011 dai Presidenti delle Autorità nazionali di concorrenza e della Commissione europea.

Infine l'Autorità ha contribuito all'attività del Gruppo di Lavoro sulle ispezioni informatiche, anche organizzandone nella propria sede il secondo incontro, che si è svolto il 22 settembre 2011.

Attività della Commissione in materia di intese e abusi

Nel corso del 2011 la Commissione ha portato a termine 8 procedimenti relativi a presunte infrazioni degli articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

Tabella 1 - 1 Decisioni relative agli articoli 101 e 102 del Trattato CE

Numero	Nome caso	Data decisione	Fattispecie (Norme applicate)	Esito
IV.39600	Refrigeration compressors	14/12/2011	Cartello (art. 101)	Sanzione
IV.39692	IBM/Maintenance services	13/12/2012	Abuso escludente (Art. 102)	Impegni
IV.39592	Standard and Poor's	15/11/2011	Abuso di sfruttamento (art. 102)	Impegni
IV.39605	CRT glass bulbs	19/10/2011	Cartello (art. 101)	Sanzione
IV.39482	Exotic fruit	12/10/2011	Cartello (art. 101)	Sanzione
IV39525	Telekomunicaja polska	22/6/2011	Abuso escludente (Art. 102)	Sanzione
IV39579	Consumer detergents	14/4/2011	Cartello (art. 101)	Sanzione
IV39387	39387 Long term electricity contracts in Belgium	03/02/2011	Abuso di sfruttamento (art. 102)	Chiusura del procedimento

Le condotte censurate si ripartiscono, in egual misura, tra violazioni dell'articolo 101 del TFUE – tutte riscontrate in casi di cartelli segreti volti al coordinamento dei prezzi, all'allocazione della clientela, al controllo della produzione e ripartizione dei mercati – e abusi di posizione dominante in violazione dell'articolo 102 del TFUE.

Con riguardo ai casi di cartello, se da un lato la relativa numerosità degli interventi 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, nello svolgimento dei casi hanno assunto un ruolo di rilievo le procedure di *leniency* e di *settlement*. Infatti, tutti i procedimenti di cartello venuti a conclusione nel corso del 2010 hanno preso inizio in applicazione della prima, 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%. Inoltre, in tre delle quattro istruttorie di cartello concluse nel periodo in esame è stata adottata la procedura dei *settlement*, che, prevedendo 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, comporta un importante snellimento della procedura amministrativa.

Alle 14 imprese complessivamente coinvolte nei procedimenti di cartello considerati la Commissione ha applicato sanzioni che ammontano a poco più di 600 milioni di euro, un risultato che, in termini di valore medio della sanzione, conferma la tendenza emersa nell'anno precedente.

L'articolo 102 del TFUE è stato applicato nel corso del 2010 in relazione a quattro decisioni, di cui una (Telekomunicaja Polska) conclusa con una decisione ai sensi dell'articolo 7 del Regolamento n. 1/2003 che ha imposto una sanzione all'impresa responsabile dell'illecito e due (IBM e Standard and Poor's) concluse con decisioni che, ai sensi dell'articolo 9 del medesimo Regolamento, rendono vincolanti gli impegni offerti dalle parti. A queste si è poi aggiunta una decisione di conclusione dell'istruttoria avviata nel 2007 nei confronti di Suez S.A. al fine di verificare se i contratti di lunga durata per la fornitura di energia che la stessa concludeva con i consumatori finali in Belgio comportassero restrizioni della concorrenza.

Con la decisione Telekomunicaja Polka, la Commissione è intervenuta nella prospettiva di aprire alla concorrenza il mercato polacco delle comunicazioni a mezzo internet, già oggetto di un'istruttoria di portata più ridotta da parte dell'autorità nazionale, che tuttavia nel 2008 era giunta alla conclusione che non sussistessero motivi per intervenire. La decisione comunitaria, in particolare, censura le condotte volte ad ostacolare l'accesso di concorrenti nei mercati della vendita di servizi di connessione internet a banda larga ai consumatori finali, poste in essere dell'*incumbent* polacco verticalmente integrato, dal quale soltanto dipendeva la fornitura all'ingrosso dei medesimi servizi di accesso. Avendo provato che il comportamento di Telekomunicaja Polska nel mercato all'ingrosso era tale da determinare restrizioni della concorrenza sul mercato al dettaglio, con ripercussioni negative per gli utilizzatori finali - testimoniate dalla scarsa penetrazione della banda larga, nonché dalle deteriorate condizioni di fruizione di tale servizio, in termini di prezzi e velocità di connessione - la Commissione ha sanzionato tale operatore per un ammontare pari a circa 128 milioni di euro.

Con la decisione Standard and Poor's la Commissione è intervenuta nel settore finanziario, il quale, in virtù del ruolo cardine che ricopre nell'intero sistema economico, si colloca in cima alle priorità nell'*enforcement* a livello comunitario delle norme antitrust, nella prospettiva di contribuire alla promozione di un contesto competitivo integrato, nonché stabile, equo ed efficiente. La decisione in questione si è in particolare concentrata sul mercato dei dati finanziari, che costituiscono un input estremamente importante per consentire agli operatori finanziari di valutare le condizioni di mercato, nonché per erogare in maniera efficiente i servizi di *trading* e *clearing*.

Standard and Poor's (S&P) è l'agenzia nazionale incaricata, negli Stati Uniti, di applicare gli International Securities Identification Numbers (ISINs), sviluppati secondo lo standard internazionale ISO 6166, per l'univoca identificazione dei titoli finanziari nella

transazioni internazionali. Essi sono impiegati nelle comunicazioni interbancarie, nelle attività di *clearing* e di *settlement*, nella predisposizione di informative alle autorità settoriali, nonché nella gestione, da parte delle istituzioni finanziarie, di *data-base* con informazioni sui titoli che esse detengono in portafoglio.

Standard & Poor's detiene una posizione di monopolio nell'attribuzione dei codici ISINs ai titoli di nuova emissione negli Stati Uniti, nonché nella distribuzione mondiale dei medesimi codici. A fronte delle preoccupazioni formulate dalla Commissione sulla natura eccessivamente onerosa delle *royalties* applicate per consentirne l'utilizzo alle banche e agli operatori specializzati nella fornitura di informazioni finanziarie (*information service providers*), la compagnia statunitense si è impegnata a modificare la propria politica tariffaria in Europa in modo tale da distribuire i codici ISINs ad un prezzo massimo di 15.000 dollari/anno sia agli *information service providers* che li ridistribuiscono in Europa, sia alle istituzioni finanziarie che se ne approvvigionano direttamente. Inoltre Standard & Poor's si è impegnata ad abolire qualsiasi commissione a carico degli utilizzatori finali che ricevono i codici per il tramite degli *information service providers*.

Con la decisione IBM la Commissione è intervenuta nel settore dell'IT, con specifico riguardo alle relazioni contrattuali che legano le grandi imprese produttrici di hardware e i loro clienti, con le quali le stesse si trovano in rapporto di concorrenza nel mercato dei servizi di manutenzione. Nel caso in esame, in particolare, la Commissione aveva ritenuto che la prassi di IBM di imporre a tali clienti/concorrenti condizioni di fornitura irragionevoli per di determinati pezzi di ricambio e informazioni tecniche destasse preoccupazioni concorrenziali, per fugare le quali l'impresa si è impegnata a garantire la tempestiva disponibilità di detti input secondo termini e condizioni ragionevoli e non discriminatori.

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 2011 la Commissione ha ricevuto 309 notifiche in applicazione del Regolamento n. 139/2004, delle quali 9 sono state ritirate in fase I e 1 in fase II. Tale dato conferma la ripresa dell'attività di *Merger and Acquisition* registrata nel 2010 (274 notifiche), rispetto al 2009 anno in cui si era registrato un calo del numero di operazioni notificate rispetto agli anni precedenti, riflettendo le condizioni di incertezza economica. L'incremento delle notifiche nel 2011 appare riflettere complessi processi di ristrutturazione e consolidamento in diversi settori industriali tra i quali il settore dell'*information technology*.

Tabella 2 - Attività di controllo preventivo delle operazioni di concentrazione

Numero totale notifiche in applicazione del Regolamento n. 139/2004	309
Rinvio pre-notifica dalla Commissione a SM di concentrazioni di dimensione comunitaria (art. 4.4)	10
Rinvio pre-notifica da SM alla Commissione di concentrazioni prive di dimensione comunitaria (art. 4.5)	17
Rinvio della Commissione alle autorità competenti (art. 9)	2
Rinvio parziale o totale (9.3)	2
Rifiuto di rinvio (9.3)	0
Richieste di rinvio ritirate	0
Casi esaminati dalla Commissione di concentrazioni prive di dimensione su richiesta degli Stati (art. 22)	2
Decisioni in fase I: numero totale	312
Concentrazioni autorizzate (art. 6.1(b))	299
Concentrazioni autorizzate subordinatamente al rispetto di impegni (art. 6.2)	4
Concentrazioni ritirate in fase I	9
Decisioni in fase II: numero totale	6
Concentrazioni autorizzate (art. 8.1)	4
Concentrazioni autorizzate subordinatamente al rispetto di impegni (art. 8.2)	1
Concentrazioni vietate (8.3)	1
Concentrazioni ritirate in fase II	1

Come evidenzia la tabella 2, la maggior parte delle operazioni notificate ed esaminate nel 2011 non presentava profili problematici dal punto di vista concorrenziale, sicché 299 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 e adottato impegni ai quali è stata subordinata l'autorizzazione ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 2 del regolamento. Tale soluzione è stata adottata per 4 operazioni nel 2011. Si conferma la tendenza della Commissione a risolvere i dubbi concorrenziali sollevati in fase I mediante l'adozione di *remedies* solo se sufficientemente definiti, preferibilmente di carattere strutturale, consistenti in cessioni di impianti, personale, licenze, brevetti, marchi e relative attività, in grado di rimuovere interamente le riserve concorrenziali, efficaci e idonei ad assicurare la certezza dell'implementazione e la possibilità di un efficace monitoraggio.

Un esempio significativo della rilevanza accordata dalla Commissione all'obiettivo di preservare una concorrenza dinamica tra le imprese è costituita dagli impegni accettati in fase I nel caso Intel/MCAfee. L'operazione, coinvolgendo mercati contigui dell'IT, è stata valutata dalla Commissione in relazione ai suoi possibili effetti conglomerali. In particolare, in questo caso la preoccupazione concorrenziale della Commissione è stata che l'ingresso di Intel sul mercato delle cd. soluzioni di *Security Technology* avrebbe potuto comportare un'esclusione degli operatori indipendenti a causa delle difficoltà di accesso a informazioni essenziali relative ai microprocessori di Intel. In questo caso, gli impegni presentati dalle Parti in fase I sono stati accettati dalla Commissione, in quanto valutati idonei ad assicurare l'interoperabilità tra i prodotti dei concorrenti e i microprocessori di Intel.

L'attività della Commissione in Fase II è stata particolarmente intensa registrando l'avvio di ben 9 casi rispetto ai 4 dell'anno precedente. In alcuni casi i dubbi sollevati in fase I sono stati risolti nel corso di una più approfondita analisi. Infatti, nel corso del 2011, la Commissione è giunta ad un'autorizzazione in fase II ai sensi dell'art. 8(1) per ben 4 operazioni. Nello stesso anno la Commissione ha adottato *remedies* in fase II, ai sensi dell'art. 8(2), in un unico caso.

Di particolare interesse risultano le concentrazioni comunitarie M6217-Seagate/Samsung e M/6203-Western Digital/Hithachi. La prima operazione si è conclusa con la decisione di autorizzazione dell'operazione ai sensi dell'articolo 8(1) del Regolamento n. 139/2004, mentre nella seconda la Commissione ha subordinato l'autorizzazione dell'operazione al pieno adempimento dei rimedi proposti dalle parti. I casi si caratterizzano per alcuni aspetti, sia procedurali che sostanziali, di rilievo: 1) le due operazioni sono state notificate alla Commissione a distanza di un giorno e ciò ha richiesto che la Commissione si esprimesse riguardo allo scenario controfattuale da adottare, adottando la c.d. *priority rule*. In particolare, la Commissione ha scelto di non effettuare la valutazione simultanea delle due operazioni di concentrazione, ma di adottare un criterio basato sulla priorità, secondo il quale la valutazione della seconda operazione (Western Digital/Hithachi) ha considerato come già effettuata la concentrazione Seagate/Samsung; 2) per 2 dei 6 mercati rilevanti degli *Hard Disk Drive* le due operazioni hanno comportato l'evoluzione della struttura, già oligopolistica, in duopolio; 3) i *remedies* strutturali adottati nel caso Western Digital/Hithachi sono stati ritenuti in grado di consentire sia l'affermazione di un terzo operatore sul mercato – e perciò condizionati alla misura dell'*up-front-buyer* – sia la caratterizzazione dell'acquirente idoneo in modo da assicurare non tanto e non solo una concorrenza effettiva statica, ma l'insorgenza di una concorrenza dinamica sui mercati considerati.

Nel corso del 2011, inoltre, due procedimenti si sono conclusi con un divieto (Olympic Airways/Aegean Airways e Deutsche Bourse/NYSE), e un terzo caso con il ritiro dell'operazione (SCJohnsons/Sara Lee). Tale dato risulta significativo, tenuto conto che