

Alla luce di ciò, l'Autorità ha ritenuto che la *“relazione sull'affidamento del servizio idrico integrato”* in questione e tutti gli atti presupposti, integrassero una violazione dei principi a tutela della concorrenza. Infatti, tali atti non dimostravano la sussistenza dei requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la praticabilità dell'affidamento secondo modalità *in house* dei servizi pubblici locali, sottraendo, per tale via, quote di fatturato alle altre imprese attive sul mercato e determinando una posizione di ingiusto vantaggio di Brianzacque alla quale veniva garantito l'affidamento diretto dei servizi.

L'AATO Monza Brianza, in seguito al ricevimento del parere motivato, ha comunicato all'Autorità l'avvenuto completamento del processo di regolarizzazione del modello di affidamento del servizio idrico integrato. Per effetto di operazioni riguardanti alcune società, il capitale sociale di Brianzacque risultava così di diretta proprietà degli Enti locali in una misura superiore al 95%. L'Autorità ha pertanto preso atto dell'avvenuto adeguamento e ha disposto l'archiviazione del procedimento.

COMUNE DI VENEZIA - AUTORIZZAZIONE AL TRASPORTO TURISTICO PER VIA NAVIGABILE

Nel gennaio 2014, l'Autorità ha espresso il proprio parere ai sensi dell'articolo 21 *bis* della l. 287/1990 relativamente al contenuto del provvedimento del 21 ottobre 2013, con cui il dipartimento Trasporti e Mobilità del Comune di Venezia aveva disposto il diniego all'autorizzazione, richiesta dalla Società Venezia City Sightseeing Srl (VCS) per il servizio di trasporto commerciale di navigazione, destinato al trasporto turistico di passeggeri su via navigabile secondo il modello c.d. sali e scendi. Il provvedimento motivava il diniego di autorizzazione affermando che vi fosse parziale coincidenza di percorso tra il servizio offerto da VCS e quello di interesse generale svolto da ACTV Spa (ACTV) e da Alilaguna Spa (Alilaguna), ponendosi così in contrasto con l'articolo 23, comma 2, della l.r. 25/1998, che vieta *“l'effettuazione di servizi di trasporto passeggeri da parte di terzi in sovrapposizione o interferenza con i servizi affidati”*.

Al riguardo, l'Autorità ha osservato che il provvedimento appariva integrare una violazione dei principi a tutela della concorrenza, nella misura in cui risultava sostanzialmente fondato su un'ingiustificata estensione del regime di esclusiva attribuito ad ACTV e Alilaguna a servizi di natura turistico-commerciale che dovrebbero essere gestiti, diversamente, in regime di autorizzazione ai sensi della stessa l.r. 25/1998.

In particolare, l'Autorità ha evidenziato come l'amministrazione riconducesse il proprio diniego al mero dato formale della parziale coincidenza di percorso tra il servizio di trasporto di persone di natura commerciale proposto da VCS e quello di interesse generale svolto da ACTV e Alilaguna, senza tuttavia presentare la necessaria evidenza istruttoria circa

il pregiudizio che la nuova linea turistica avrebbe determinato al corretto svolgimento del trasporto pubblico locale nell'area di pretesa sovrapposizione e interferenza.

Al contrario, l'Autorità ha rilevato come in realtà i percorsi si sarebbero snodati in modo molto diverso tra loro, rendendosi funzionali al soddisfacimento di esigenze di mobilità molto diverse. Infatti, l'Autorità ha messo in evidenza come la parziale sovrapposizione fisica dei tragitti non corrispondesse a una significativa sovrapposizione dell'utenza, che avrebbe invece potuto giustificare il rigetto dell'istanza di VCS. In aggiunta, anche il confronto tra i livelli tariffari dei servizi offerti evidenziava la sostanziale inidoneità del servizio commerciale turistico proposto da VCS a intercettare la domanda propria dei servizi pubblici di linea.

L'Autorità ha, pertanto, ritenuto che il provvedimento di diniego disposto dal Comune di Venezia avverso la richiesta di autorizzazione presentata da VCS fosse ingiustificato e non adeguatamente motivato e, quindi, idoneo a impedire ingiustificatamente l'ingresso di un nuovo operatore nel mercato liberalizzato del trasporto commerciale, determinando, al contempo, un'impropria estensione, anche in tale mercato, del monopolio detenuto dalle società ACTV e Alilaguna nel mercato del trasporto pubblico locale nella laguna di Venezia, integrando così una violazione dell'articolo 106 TFUE.

Il Comune di Venezia, con nota successiva, ha informato l'Autorità di non condividere i rilievi formulati nel parere e, di conseguenza, di confermare il provvedimento di diniego controverso. L'Autorità ha, pertanto, proposto ricorso avverso il provvedimento di diniego davanti al TAR Veneto. Il ricorso è attualmente pendente.

STRUTTURE SANITARIE PRIVATE ACCREDITATE NELLA REGIONE CALABRIA

Nel dicembre 2014, l'Autorità ha espresso il proprio parere ai sensi dell'articolo 21 *bis* della l. 287/1990 relativamente al contenuto del Decreto del Commissario *ad acta* (per l'attuazione del piano di rientro dai disavanzi del SSR Calabrese, secondo i Programmi operativi di cui all'articolo 2, comma 88, della legge 30 dicembre 2009, n. 191) n. 68 del 20 ottobre 2014, recante la *“Determinazione dei tetti di spesa per le prestazioni di assistenza specialistica da privato. Anno 2014”*.

Con tale provvedimento sono stati individuati i tetti di spesa sia a livello aggregato per ciascuna ASL provinciale della Calabria (di seguito anche ASP) che per ciascuna struttura convenzionata all'interno di ciascuna ASP sulla base del criterio della *“spesa storica”*, ossia considerando quale parametro di riferimento *“i dati relativi alla produzione dell'anno 2013”*.

Al riguardo, l'Autorità ha osservato che l'utilizzo del criterio della

spesa storica, già oggetto di numerosi interventi segnalatori dell'Autorità³⁰, integra una violazione dei principi a tutela della concorrenza nella misura in cui elimina qualsiasi incentivo a competere tra le strutture accreditate e convenzionate con il SNN e attribuisce a imprese già titolari di diritti speciali - per il solo fatto di essere accreditate e convenzionate con l'SNN - un indebito vantaggio concorrenziale, in violazione dell'articolo 106 del TFUE³¹.

L'utilizzo di tale criterio, infatti, determinando l'attribuzione dello stesso *budget* relativo all'esercizio precedente a ciascuna struttura privata accreditata, cristallizza le posizioni degli operatori preesistenti sul mercato e non consente un adeguato sviluppo delle strutture maggiormente efficienti. Queste, infatti, non si trovano nella condizione di poter far valere, ai fini della copertura della spesa, i migliori risultati raggiunti sia in termini di contenimento dei costi che di soddisfacimento della domanda. Inoltre, l'allocazione del *budget* sulla base della spesa storica ostacola l'accesso sul mercato anche di nuovi soggetti imprenditoriali, che a parità di capacità tecnico professionale vengono, in tal modo, inevitabilmente pregiudicati.

In conclusione, l'Autorità ha ritenuto che il criterio utilizzato per ripartire il tetto di spesa tra le strutture sanitarie convenzionate con il Servizio Sanitario Nazionale, contenuto nel Decreto del Commissario *ad acta* n. 68 del 20 ottobre 2014, integri una specifica violazione dei principi concorrenziali nella misura in cui elimina qualsiasi incentivo a competere e attribuisce a imprese già titolari di diritti speciali un indebito vantaggio concorrenziale in violazione dell'articolo 106 del TFUE. Al 31 dicembre 2014 era ancora in corso il termine per la risposta dell'Amministrazione.

NUOVA DEFINIZIONE DI "CARTE VALORI" - STAMPA SCONTRINI LOTTO

Nel febbraio 2014, l'Autorità ha espresso il proprio parere ai sensi dell'articolo 21 *bis* della l. 287/1990 relativamente al contenuto del Decreto ministeriale non regolamentare del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 23 dicembre 2013, recante *"Individuazione delle carte valori ai sensi dell'art. 2, comma 10-bis, lett. a) e b) della legge 13 luglio 1966, n. 559 e successive modificazioni e integrazioni"*, pubblicato in G.U.R.I.S.O. n. 305 del 31 dicembre 2013. Il decreto, a cui rinvia l'articolo 2, comma 10 *bis* della l. 559/1966 ai fini dell'individuazione dei prodotti da considerarsi carte valori, inseriva nel relativo elenco anche gli scontrini del Gioco del Lotto. Tale previsione ha di conseguenza determinato l'attribuzione della stampa e

³⁰ Uno dei quali proprio nei confronti della Regione Calabria Segnalazione AS1021, del 28 febbraio 2013. Cfr. sul punto, anche i più recenti interventi dell'Autorità, Segnalazione S2048 del 7 agosto 2014, Segnalazione AS1137 del 2 luglio 2014.

³¹ Sarebbe, diversamente, preferibile che la ripartizione dei fondi alle strutture private accreditate avvenga sulla base di criteri - quali ad esempio la dislocazione territoriale, le potenzialità di erogazione con riferimento alla dotazione tecnologica, le unità di personale qualificato, le modalità di prenotazione e di accesso alle prestazioni sanitarie, la correttezza dei rapporti con l'utenza - ispirati al principio di non discriminazione, alla valorizzazione del livello di efficienza della singola struttura nonché all'effettivo soddisfacimento delle esigenze della domanda.

della fornitura degli scontrini del Gioco del Lotto all'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato Spa (IPZS), ai sensi dell'articolo 2, comma 1, della l. 559/1966, estromettendo dal relativo ambito di attività economica ogni altro operatore e, in particolare, le società che si erano aggiudicate in R.T.I. la gara per la fornitura di tale prodotto.

L'Autorità ha rilevato che l'inserimento dell'articolo 10 *bis* non appariva, nel suo complesso, idoneo a superare l'argomentazione del Consiglio di Stato, nell'ambito del contenzioso con cui ha confermato la legittimità della procedura della gara europea per la fornitura degli scontrini del Gioco del Lotto, per respingere l'obiezione secondo cui la stampa e la fornitura di tale prodotto sarebbe riservata *ex lege* all'IPZS³². In particolare, il Consiglio di Stato ha evidenziato come la pretesa esclusiva di attività economica non trovava il proprio fondamento in un necessario riferimento normativo espresso, di rango primario o comunque derivante direttamente ma in modo inequivoco da una norma di tale rango.

L'Autorità ha ritenuto che tale richiesto fondamento giuridico non apparisse integrato dal decreto ministeriale non regolamentare in questione, poiché tale atto - di natura amministrativa che si limitava a esprimere una scelta di carattere essenzialmente tecnico - difettava di natura normativa di rango primario o secondario.

Inoltre, l'Autorità ha evidenziato come avesse già segnalato l'ingiustificata estensione dell'ambito di esclusiva riconosciuto all'IPZS³³, rilevando che, se per talune categorie di prodotti la ragione giustificatrice dell'esclusiva risiede nell'esigenza di agevolare i necessari controlli dello Stato, per altre tipologie l'esclusiva attribuita al Poligrafico non sembra risiedere in motivi tecnici né esigenze riconducibili a particolari caratteristiche dei prodotti e dei relativi processi produttivi.

Pertanto, l'Autorità ha ritenuto che il decreto non regolamentare in questione presentasse profili restrittivi della concorrenza in violazione dell'articolo 43 della Costituzione, dei principi di liberalizzazione, come da ultimo declinati dal legislatore nazionale in armonia con i valori comunitari (articolo 1, comma 2, l. 27/2012) e con l'articolo 106 TFUE.

Il Ministero, con nota successiva, ha confermato il D.M. non regolamentare con cui è stata integrata la lista dei prodotti ritenuti carte valori, inserendovi anche gli scontrini del gioco del Lotto. L'Autorità ha, pertanto, presentato ricorso davanti al TAR. Il ricorso è attualmente pendente.

³² Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza n. 2820/2013.

³³ AS840 - *Disposizioni normative che attribuiscono diritti di esclusiva all'Istituto Poligrafico dello Stato*; AS126 - *Forniture dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato*.

Sviluppi giurisprudenziali

Nell'ultimo anno solare (gennaio-dicembre 2014) sono state pubblicate le motivazioni di numerose pronunce del Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) del Lazio e del Consiglio di Stato rese in sede di impugnazione dei provvedimenti adottati dall'Autorità in materia di concorrenza.

I giudici amministrativi hanno avuto modo di confermare importanti decisioni dell'Autorità. Si segnalano in particolare: in materia di intese, le decisioni *Cosmetici*, *Logistica internazionale*, *Gare ASL campane*, *Roche-Novartis*; in materia di abusi, *Ratiopharm/Pfizer*, *Coop Estense*, *Condotte Telecom Italia*.

Profili sostanziali

Ambito di applicazione e rapporti con il diritto comunitario

Il Tar Lazio, 7 febbraio 2014, n. 1525, *Applicazione dell'Iva sui servizi postali*, ha ricordato che gli artt. 81 e 82 CE (ora, artt. 101 e 102 TFUE), in combinato disposto con l'articolo 10 CE (ora, 4, comma 3, TUE), “*obbligano gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei a eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese*”, con la conseguenza che “*il principio del primato del diritto comunitario esige che, in caso di contrasto con una norma comunitaria, qualsiasi disposizione nazionale, sia anteriore che posteriore alla stessa, debba essere disapplicata*”; siffatto obbligo incombe non solo sul giudice nazionale ma anche su tutti gli organi dello Stato, comprese le autorità di concorrenza. Infatti, seppur è vero che “*gli artt. 81 e 82 CE riguardano soltanto comportamenti anticoncorrenziali adottati dalle imprese di loro propria iniziativa, non può tuttavia escludersi l'applicabilità di tali norme nelle ipotesi in cui un comportamento anticoncorrenziale venga imposto alle imprese da una normativa nazionale o se quest'ultima crei un contesto giuridico che di per sé elimini ogni possibilità di comportamento concorrenziale da parte loro*”.

Disciplina antitrust e normative settoriali

Nella sentenza 27 marzo 2014, n. 3398, *Arenaways-Ostacoli all'accesso nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri*, il Tar Lazio ha affermato che, in materia di vigilanza sulla concorrenza nei mercati dei servizi ferroviari, la competenza dell'AGCM coesiste con la competenza dell'organismo preposto allo specifico settore dei servizi ferroviari, vale a dire l'Ufficio di Regolazione dei Servizi Ferroviari (URSF), in ragione della differente finalità delle funzioni svolte dai due Istituti.

Parimenti, con riferimento a un abuso di posizione dominante nel

settore delle telecomunicazioni, è stato affermato che *“I compiti attribuiti all'Autorità nazionale di regolamentazione (AGCom) in tema di definizione de mercati rilevanti e delle posizioni dominanti nel settore delle telecomunicazioni, non hanno fatto venir 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”* (Consiglio di Stato, 18 luglio 2014, n. 3849, *Auditel*). Lo stesso è stato ribadito dal Tar Lazio, 8 maggio 2014, n. 4801, *Condotte Telecom Italia*, secondo cui, non sussistendo contrasto fra l'applicazione della disciplina antitrust e il quadro normativo di settore, l'operatore *incumbent*, disponendo di un'infrastruttura essenziale, è tenuto, *“indipendentemente dal rispetto delle regole di settore delle comunicazioni elettroniche, a garantire l'accesso ai concorrenti a tale infrastruttura a condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie”*.

Mercato rilevante

Definizione di mercato rilevante

Il Consiglio di Stato, 13 giugno 2014, n. 3032, *Gare ASL campane*, ha ribadito il consolidato orientamento secondo cui per mercato rilevante si intende *“quella zona geograficamente circoscritta dove, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra loro sostituibili, le imprese che forniscono quel prodotto si pongono fra loro in rapporto di concorrenza”*.

Il Consiglio di Stato ha altresì aggiunto, sia nella citata pronuncia 13 giugno 2014, n. 3032, *Gare ASL campane*, sia nelle pronunce del 3 giugno 2014, n. 2837; 23 giugno 2014, nn. 3167 e 3168 (tutte relative al caso *Logistica internazionale*), nonché nelle sentenze 8 agosto 2014, n. 4230, e 24 ottobre 2014, nn. 5274, 5276, 5278 (tutte relative al caso *Cosmetici*), che la valenza dell'identificazione del mercato rilevante nel giudizio in materia *antitrust* deve essere diversamente calibrata in relazione alla natura dell'illecito contestato: in presenza di accertamenti aventi a oggetto intese anticoncorrenziali, l'individuazione dell'ambito merceologico e territoriale nel quale si manifesta il coordinamento tra imprese concorrenti è logicamente successiva rispetto all'individuazione dell'intesa ed è funzionale soltanto alla verifica del grado di offensività dell'intesa; qualora, invece, l'Autorità contesti operazioni di concentrazione e di comportamenti abusivi, l'individuazione del mercato rilevante costituisce un'operazione logica del tutto preliminare in quanto l'ambito del mercato rilevante costituisce *ex se* uno dei presupposti dell'illecito, valendo a delimitare l'ambito nel quale l'intesa può restringere o falsare il meccanismo concorrenziale (coerentemente, Consiglio di Stato, 8 agosto 2014, 4248, *Compagnia Michele Murino*).

Mercato geografico

Il Consiglio di Stato, 13 giugno 2014, n. 3032, *Gare ASL campane*, ha ricordato come il mercato geografico “*deve (...) essere costituito da una parte «rilevante» del mercato nazionale e di regola non può coincidere con una qualsiasi operazione economica*”, sicché anche “*una porzione ristretta del territorio nazionale può assurgere a mercato rilevante, ove in essa abbia luogo l'incontro di domanda ed offerta in condizioni di autonomia rispetto ad altri ambiti anche contigui, e quindi esista una concorrenza suscettibile di essere alterata*”.

Mercato rilevante e gara

Nelle sentenze 4 novembre 2014 n. 5423, *Comune di Casalmaggiore*, nonché 13 giugno 2014, n. 3032, *Gare ASL campane*, il Consiglio di Stato ha sottolineato come il mercato rilevante possa essere identificato anche con una singola gara bandita dalla p.a., in quanto “*l'ammissibilità di una coincidenza tra mercato rilevante e gara non può essere né affermata né negata in termini assoluti, dovendosi indagare in concreto le caratteristiche del mercato oggetto della gara*”. Pertanto, ove si tratti di un coordinamento nella partecipazione più gare, è consentito “*circoscrivere l'ambito merceologico e territoriale all'insieme delle gare in cui si è riscontrata la concertazione anticoncorrenziale*” (Consiglio di Stato 13 giugno 2014, n. 3032, *Gare ASL campane*).

*Intese**Nozione di impresa e associazione di imprese*

Il Tar Lazio, 30 luglio 2014, n. 8343, *Consiglio Notarile di Milano*, n. 8346, *Consiglio Notarile di Lucca*, e n. 8349, *Consiglio Notarile di Verona*, ha ribadito il consolidato orientamento secondo cui la nozione di impresa cui occorre fare riferimento per l'applicazione della l. 287/1990 è quella risultante dal diritto comunitario e si riferisce “*a tutti i soggetti che svolgono un'attività economica e, quindi, siano «attivi» in uno specifico mercato*”, ivi compresi “*gli esercenti le professioni intellettuali che offrono sul mercato, dietro corrispettivo, prestazioni suscettibili di valutazione economica*”. Per quel che riguarda nello specifico la professione notarile, in linea con la giurisprudenza comunitaria, il Tar ha sottolineato come non può costituire eccezione la natura in senso lato “pubblicistica” della funzione notarile per escludere l'assimilabilità dei relativi Consigli Notarili alla figura dell'associazione di imprese.

Oggetto ed effetti dell'intesa

Richiamando il dettato normativo per cui sono vietate le intese che hanno “*per oggetto o per effetto*” una restrizione della concorrenza, il

Consiglio di Stato, nelle sentenze 23 giugno 2014, nn. 3167 e 3170; 3 giugno 2014, nn. 2837 e 2838, *Logistica internazionale*, ha ricordato che la sussistenza di un'intesa di carattere orizzontale volta in modo illecito a determinare un allineamento tra le politiche tariffarie dei partecipanti concreta *ex se* un elemento sufficiente a giustificare l'esercizio dei poteri repressivi e sanzionatori dell'Autorità, non rilevando in senso opposto l'eventuale mancato allineamento (in senso analogo, Consiglio di Stato, 24 ottobre 2014, nn. 5274, 5275, 5276, 5277, 5278, *Cosmetici*).

Parallelamente, secondo il Tar Lazio, 2 dicembre 2014, n. 12168, *Roche/Novartis*, è restrittiva nell'oggetto - senza necessità di dimostrazione degli effetti - anche la concertazione tra concorrenti volta a limitare le vendite di un prodotto meno costoso a favore di un altro più costoso dal quale entrambe le parti dell'intesa conseguono propri profitti.

Prova dell'intesa

E' stato ribadito il consolidato orientamento secondo cui dalla connotazione comportamentale e non formalistica della nozione di intesa deriva che la sussistenza dell'accordo non richiede la prova documentale, in quanto *“la volontà convergente delle imprese volta alla restrizione della concorrenza può essere idoneamente provata attraverso qualsiasi congruo mezzo”* (Consiglio di Stato, 3 giugno 2014, nn. 2837 e 2838; 27 giugno 2014, n. 3252; 23 giugno 2014, nn. 3167 e 3170, tutte relative al caso *Logistica internazionale*). In tal senso, *“la giurisprudenza, consapevole della rarità dell'acquisizione della prova piena (c.d. smoking gun come testo dell'intesa, documentazione inequivoca, confessione dei protagonisti), reputa sufficiente e necessaria l'emersione di indizi, purché gravi, precisi e concordanti, circa l'intervento di forme di concertazione e coordinamento”* (così Consiglio di Stato, 13 giugno 2014, n. 3032, *Gare ASL campane*; similmente, Consiglio di Stato, 8 agosto 2014, n. 4230, e 24 ottobre 2014, nn. 5274, 5275, 5276, 5277, 5278, *Cosmetici*).

Inoltre, nelle pronunce del 3 giugno 2014, nn. 2837 e 2838; 27 giugno 2014, n. 3252; 23 giugno 2014, nn. 3167 e 3170, tutte relative al caso *Logistica internazionale*, il Consiglio di Stato ha rammentato che, laddove sussistano *“indizi gravi, precisi e concordanti i quali testimonino - fra l'altro - l'esistenza di fatti e comportamenti oggettivi (...) i quali possano rivelarsi come indicativi di una concertazione e di una collaborazione anomala”*, l'onere probatorio circa l'assenza dell'intesa e la mancata partecipazione della singola impresa grava in capo a quest'ultima (in termini analoghi, Consiglio di Stato, 24 ottobre 2014, nn. 5274, 5275, 5276, 5277, 5278, *Cosmetici*).

Prova dell'intesa e scambio di informazioni

Dopo aver ricordato che uno scambio di informazioni fra imprese potenzialmente concorrenti non rappresenta *ex se* un'intesa vietata, ma è idoneo a determinare effetti restrittivi *“laddove risulti che, in base al complesso delle circostanze rilevanti, esso abbia per oggetto quello di restringere o falsare il libero dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali, ad esempio consentendo a una o più imprese di venire a conoscenza delle strategie di mercato dei propri concorrenti”*, il Consiglio di Stato, 27 giugno 2014, n. 3252, *Logistica internazionale*, ha aggiunto che tale scambio costituirà un'intesa vietata laddove l'oggetto delle comunicazioni concerna informazioni sensibili *“idonee a svelare, orientare ed anticipare i comportamenti di mercato di taluni concorrenti”*. A tal proposito, il giudice ha aggiunto che ciò che rende illecito uno scambio informativo non è il carattere più o meno agevole della reperibilità dei dati oggetto di diffusione, tant'è che la circostanza relativa al *“carattere non segreto delle informazioni diffuse in sede associativa non sortisce alcuna valenza esimente ai fini della configurazione dell'illecito o della commisurazione della sanzione”*.

Infine, nella stessa pronuncia si è affermato che, come chiarito dalla Commissione nelle Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 TFUE agli accordi di cooperazione orizzontale, è possibile individuare una pratica concordata anche qualora una sola impresa divulghi informazioni strategiche ai propri concorrenti, che le accettano: tale circostanza, infatti, è in grado di ridurre l'incertezza strategica sul futuro funzionamento del mercato per tutti i soggetti coinvolti. Quando un'impresa riceve dati strategici da un concorrente, infatti, *“si presuppone che abbia accettato le informazioni ed abbia adattato il proprio comportamento sul mercato di conseguenza, a meno che non reagisca con una dichiarazione chiara del fatto che non desidera ricevere tali dati”* (sempre Consiglio di Stato, 27 giugno 2014, n. 3252, *Logistica internazionale*).

Prova dell'intesa e partecipazione alle riunioni

Nelle sentenze relative al caso *Logistica Internazionale* (Consiglio di Stato, 3 giugno 2014, nn. 2837 e 2838; 27 giugno 2014, n. 3252; 23 giugno 2014, nn. 3167, 3168 e 3170) nonché in quelle relative al caso *Cosmetici* (Consiglio di Stato, 24 ottobre 2014, nn. 5274, 5275, 5276, 5277, 5278) si è riaffermato il principio per cui la partecipazione di un'impresa a una sola delle riunioni nel corso delle quali si definiscono gli elementi dell'intesa vietata non consente a tale impresa di invocare la propria estraneità all'intesa stessa *“a meno che essa non si sia manifestamente opposta alla pratica che si andava in modo evidente delineando, ovvero riesca persuasivamente a dimostrare che la sua partecipazione alle riunioni non si*

sia connotata di alcuno spirito anticoncorrenziale". Infatti, in applicazione del principio della "c.d. *partecipazione passiva*", il fatto di approvare tacitamente un'iniziativa illecita 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*".

Consistenza dell'intesa e de minimis

Nella sentenza 13 giugno 2014, n. 3032, *Gare ASL campane*, il Consiglio di Stato ha affermato che "*la ripartizione dei mercati o della clientela è considerata dalla Commissione di per sé una restrizione grave (hardcore) della concorrenza*": pertanto, anche qualora la quota di mercato complessivamente espressa dall'intesa rappresentasse meno del 10% del mercato nazionale, "*ciò non di meno l'intesa non si posizionerebbe al di sotto della soglia c.d. de minimis individuata dalla Commissione nella Comunicazione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza*".

Intese sui prezzi

Secondo il Consiglio di Stato (sentenze 27 giugno 2014, n. 3252, e 23 giugno 2014, n. 3168, *Logistica internazionale*, nonché Consiglio di Stato, 24 ottobre 2014, nn. 5274, 5275, 5276, 5277, 5278, *Cosmetici*), rientrano tra le intese di prezzo vietate non solo le intese tramite le quali le imprese fissano i prezzi a livelli determinati o stabiliscono prezzi minimi, ma in generale "*tutte le intese che abbiano per oggetto o per effetto quello di cortocircuitare la libera determinazione individuale del prezzo e, quindi, la sua naturale flessibilità*": anche la definizione concertata di un elemento che concorre in via mediata alla determinazione delle tariffe di vendita, infatti, "*costituisce di per sé una rilevante restrizione del libero dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali*".

Intesa e soggetti responsabili

A detta del Consiglio di Stato (sentenza 27 giugno 2014, n. 3252, *Logistica internazionale*), "*la connotazione meramente comportamentale e marcatamente fattuale dell'illecito di cui all'articolo 101 del TFUE prescinde evidentemente dai confini formali delle attribuzioni in ambito societario ed associativo*". Inoltre, laddove si ammettesse quale circostanza esimente che la partecipazione a tratti costitutivi di un'intesa da parte di esponenti di un'impresa sia avvenuta a titolo personale "*si consentirebbe alle imprese coinvolte di disporre di un argomento formidabile quanto insuscettibile di prova in contrario*" (Consiglio di Stato, 3 giugno 2014, n. 2837, *Logistica internazionale*).

In linea con ciò, anche nel caso di *leniency* non è dirimente che, sulla base delle dichiarazioni dei cooperanti, non sia stato identificato con chiarezza il nominativo del soggetto che avrebbe di volta in volta partecipato, a nome di una multinazionale, alle riunioni dell'intesa, *“trattandosi di circostanza marginale a fronte del grave preciso e concordante quadro indiziario che attesta, al di là di ogni ragionevole dubbio, il pieno coinvolgimento della società”* (Consiglio di Stato, 8 agosto 2014, n. 4230, *Cosmetici*).

Intesa continuata

Il Consiglio di Stato, nelle sentenze 3 giugno 2014, n. 2838, e 23 giugno 2014, n. 3168, *Logistica internazionale*, ha puntualizzato che il carattere di continuatività di un'intesa vietata deve essere apprezzato alla luce di un *setting* di parametri, quali i) l'identità degli obiettivi e dei comportamenti oggetto di censura; ii) l'identità dei prodotti e dei servizi interessati dall'intesa; iii) l'identità delle imprese partecipanti; iv) l'identità delle modalità di attuazione. A tal proposito si è anche aggiunto come l'assenza di riunioni durante l'arco temporale della durata di un'intesa unica e continuata non depone *ex se* nel senso della soluzione di continuità dei comportamenti censurati.

Intesa, Associazione Temporanea d'Impresa (A.T.I.) e coassicurazione

I giudici amministrativi hanno ribadito la neutralità di alcuni strumenti contrattuali dal punto di vista antitrust, salvo analisi della loro concreta finalità nel caso di specie: in tal senso, il Consiglio di Stato, 4 novembre 2014 n. 5423, *Comune di Casalmaggiore*, ha avuto modo di ricordare che, se è vero che l'ordinamento in generale, e la regola della specifica gara, non vietano la cosiddetta ATI sovrabbondante, deve esserne apprezzato il concreto uso alla luce del principio della tutela della concorrenza.

Con riguardo ad altro strumento contrattuale (la coassicurazione), il Consiglio di Stato, 13 giugno 2014, n. 3032, *Gare ASL campane*, ha sottolineato come la circostanza che questa sia espressamente regolata dall'articolo 1911 c.c., che dunque ne riconosce la liceità sotto il profilo negoziale, *“non esclude la possibilità di un suo utilizzo in concreto a fini anticoncorrenziali”*.

Abuso di posizione dominante

Posizione dominante

Secondo il Consiglio di Stato, la posizione dominante non va riferita alla sola situazione di monopolio o di quasi monopolio, perché *“essa può essere propria anche dei mercati dove pure si registra un'esplicazione di gioco concorrenziale”*, rilevando piuttosto la *“possibilità, da parte*

dell'impresa che vi versa, di influire, grazie alla sua superiorità e al potere di mercato che ne deriva, in modo notevole sulle modalità di esplicazione della concorrenza e dell'offerta" (sentenza 8 aprile 2014, n. 1673, *Coop Estense*), ovvero anche il *"potere di un'impresa dominatrice in un determinato mercato d'influenzare il processo concorrenziale anche in mercati collegati"* (Consiglio di Stato, 6 maggio 2014, n. 2302, *Poste*). In linea con gli Orientamenti della Commissione sulle priorità nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE, i fattori strutturali della posizione dominante sono essenzialmente individuati nella dimensione della quota di mercato, tanto più se rilevante e persistente nel tempo, e nelle barriere all'ingresso di nuovi operatori (Consiglio di Stato 18 luglio 2014, n. 3849, *Auditel*).

Definizione dell'abuso

Il Consiglio di Stato, 8 aprile 2014, n. 1673, *Coop Estense*, ha ricordato che l'elenco delle condotte riportate all'articolo 102 TFUE (come anche nell'articolo 3 della l. 287/1990) non è esaustivo e le pratiche menzionate sono solo alcuni esempi di siffatti abusi.

Nella sentenza 18 luglio 2014, n. 3849, *Auditel*, il Consiglio di Stato ha anche affermato che, *"se è vero che l'applicazione dell'art. 102 TFUE presuppone l'esistenza di un nesso tra la posizione dominante e il comportamento che si asserisce abusivo, nesso che di norma non sussiste quando un comportamento posto in essere in un mercato distinto dal mercato soggetto a dominio produce conseguenze su questo stesso mercato, è pur vero che trattandosi di mercati distinti, ma collegati, talune circostanze particolari possono giustificare l'applicazione dell'art. 102 TFUE ad un comportamento accertato sul mercato collegato, non soggetto a dominio, e produttivo di effetti su questo stesso mercato (...) Tali comportamenti sono infatti idonei, in particolare a causa degli stretti nessi che legano i due mercati rilevanti, a produrre l'effetto di affievolire la concorrenza sul mercato a valle."*

Oggetto ed effetti dell'abuso

Il Tar Lazio, 7 febbraio 2014, n. 1525, *Applicazione dell'Iva sui servizi postali*, ha ribadito il principio secondo cui al fine di *"constatare una violazione dell'articolo 82 CE (...), è sufficiente dimostrare che il comportamento abusivo dell'impresa in posizione dominante mira a restringere la concorrenza o, in altri termini, che è tale da produrre o da poter produrre un effetto simile"*. In senso analogo si è espresso il Consiglio di Stato, 8 aprile 2014, n. 1673, *Coop Estense*, secondo cui affinché possa dirsi sussistente il nesso eziologico rispetto l'effetto anticoncorrenziale è sufficiente che la condotta sia di per sé idonea a provocare tale effetto secondo il criterio della causalità adeguata (o anche della penalistica

causalità alternativa ipotetica), e cioè anche a prescindere dall'esistenza di altre concause (conformi anche Tar Lazio, 7 febbraio 2014, n. 1525, *Applicazione dell'Iva sui servizi postali* e Consiglio di Stato, 6 maggio 2014, n. 2302, *Poste*).

Abuso escludente

Il Tar Lazio, 8 maggio 2014, n. 4801, *Condotte Telecom Italia*, ha affermato che *“la condotta anticoncorrenziale si palesa tanto più utile per l'incumbent quanto più la situazione di crisi rende essenziale operare sulla ripartizione dei contratti esistenti con i consumatori finali, anziché competere per ulteriori quote di mercato”*: *“infatti, in una strategia abusiva l'obiettivo dell'impresa in posizione dominante non è quello di guadagnare in più (...) ma di contenere l'espansione dei concorrenti”*. Con specifico riferimento all'abuso escludente mediante compressione dei margini, nella medesima sentenza si è aggiunto che l'illecito sussiste laddove *“la differenza tra i prezzi al dettaglio praticati dall'incumbent verticalmente integrato ai consumatori finali e (sic) quelli all'ingrosso (...) non è sufficiente a coprire i costi specifici che i concorrenti sostengono per erogare i medesimi servizi nei mercati a valle”*, utilizzando *“quale parametro i costi dell'impresa dominante nella massima misura possibile, e, laddove disponibili, i costi così come quantificati dal regolatore di settore”*.

Concreta altresì una fattispecie di abuso escludente l'*“applicazione di sconti commisurati all'esenzione IVA nella misura dell'aliquota vigente al momento della prestazione del servizio”*; in tal caso, la non replicabilità dell'offerta è insita nello stesso «privilegio» conferito *ex lege* all'operatore in posizione dominante, consistente nella possibilità di non applicare l'IVA, *“che non consente (...) una parità di condizioni nella penetrazione del mercato”* (Tar Lazio, 7 febbraio 2014, n. 1525, *Applicazione dell'Iva sui servizi postali*).

Infine, con riguardo all'abuso escludente mediante prezzi selettivi o predatori, il Consiglio di Stato, 6 maggio 2014, n. 2302, *Poste*, ha affermato che *“occorre esaminare se tale strategia commerciale porti, senza giustificazione obiettiva, all'esclusione effettiva o probabile dei concorrenti dal mercato, a danno della concorrenza e, dunque, degli interessi dei consumatori”*: sotto tale profilo va ritenuto che *“l'applicazione di prezzi comunque superiori a quelli dei concorrenti è, di per sé, inidonea a determinare effetti escludenti nei confronti di questi ultimi”*, sicché non è configurabile come condotta anticoncorrenziale. Si è aggiunto inoltre che *“l'analisi della strategia dei prezzi in materia antitrust deve essere effettuata secondo una prospettiva valutativa ex ante della strategia imprenditoriale, in funzione dell'accertamento di un eventuale intento anticoncorrenziale”*, e non, invece, in una prospettiva accertativa *ex post*,

sulla base dell'analisi dei costi risultanti dalla contabilità regolatoria a consuntivo.

Abuso e essential facility

Secondo il Consiglio di Stato, 8 agosto 2014, 4248, *Compagnia Michele Murino*, ai sensi della c.d. “essential facility doctrine”, i) la risorsa considerata essenziale “*deve avere carattere di unicità ed essenzialità ossia deve essere indispensabile per lo svolgimento dell’attività da parte del soggetto richiedente*”, ii) “*deve essere insostituibile e la sua duplicabilità deve risultare impossibile non solo per l’impresa che richiede l’accesso ma per qualsiasi impresa o soggetto richiedente*”, e iii) “*non devono sussistere obiettive ragioni che giustifichino il rifiuto opposto dal soggetto titolare della risorsa*”. In particolare, il requisito della ‘non duplicabilità’ della risorsa non può essere riferito - in modo limitativo - “*alle sole capacità economiche e alla posizione di mercato della singola impresa concorrente*”, bensì di ogni altra potenziale impresa operante sul medesimo mercato (Corte di Giustizia, 26 novembre 1998, C-7/97, *Oscar-Bronner*).

Abuso e “condotte difensive”

Nella sentenza 8 aprile 2014, n. 1673, *Coop Estense*, il Consiglio di Stato ha ritenuto che, perché operi l’esimente costituita dall’aver agito a difesa dei propri interessi commerciali, reagendo a una previa condotta aggressiva di un concorrente, “*deve - a parte ogni questione di necessità di difesa della propria legittima posizione e di proporzionalità - effettivamente sussistere un danno o un pericolo effettivo, certo ed attuale, di suo costituente un’operazione abusiva anticoncorrenziale, proveniente in senso opposto, e non già una mera previsione soggettiva di un pericolo futuro ed incerto*”, considerato altresì che l’agente, dinanzi a un tale pericolo, “*si sarebbe dovuto porre anzitutto in competizione (...) usando dell’amplessima gamma dei leciti strumenti di concorrenza incentrati sui propri meriti e il loro efficientamento, e poi rivolgendosi all’Autorità di garanzia, ma non abusando della posizione dominante*”.

Abuso di posizione dominante, normative settoriali e abuso del diritto

Il Consiglio di Stato, 12 febbraio 2014, n. 693, *Ratiopharm/Pfizer*, con riguardo alla richiesta di un brevetto divisionale a specificazione di un prodotto già protetto, ha affermato che non va indagata “*l’astratta legittimità della richiesta, ma l’uso che di tale facoltà ha, nel caso, concreto, fatto (l’impresa)*”: e invero “*l’ambito normativo della tutela dell’invenzione, attraverso il rilascio dei brevetti, è diverso da quello della tutela della concorrenza*” e “*si discute qui non di una condotta vietata alla luce della tutela brevettuale, ma della portata anticoncorrenziale di una*

serie di atti, anche, intesi, in sé legittimi". Pertanto, nel caso di specie l'abuso è stato ritenuto *"specificazione della più ampia categoria dell'abuso del diritto, della quale presupposto è, appunto, l'esistenza di un diritto, del quale si faccia un uso strumentale, non coerente con il fine per il quale l'ordinamento lo riconosce: nel caso di specie, l'esclusione dal mercato dei concorrenti"*. Elementi costitutivi dell'abuso del diritto sono: i) la titolarità di un diritto soggettivo in capo a un soggetto; ii) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; iii) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto a un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; iv) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte. Di conseguenza l'abuso del diritto, *"lungi dal presupporre una violazione in senso formale, comporta l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore"*.

In termini analoghi si è espresso il giudice d'appello nella pronuncia 8 aprile 2014, n. 1673, *Coop Estense*, ove è stato evidenziato che *"il carattere abusivo di un comportamento (...) non ha relazione con la sua conformità ad altre normative, giacché gli abusi di posizione dominante consistono, per lo più, proprio in comportamenti leciti alla luce di altri settori dell'ordinamento, diversi dal diritto della concorrenza"*. Il fenomeno per cui ciò che è lecito dal punto di vista di un ordinamento può al contempo non esserlo dal punto di vista dell'altro si comprende infatti alla luce i) della reciproca relatività degli ordinamenti di settore, ii) delle inevitabili interazioni delle condotte individuali d'impresa, iii) della necessità di evitare un intervento di garanzia intermittente e claudicante, in favore invece di un effetto di sistema.

Impegni

Valutazione degli impegni

Il Consiglio di Stato, 22 settembre 2014, n. 4773, *Conto TV-Sky*, ha ribadito che nella valutazione dell'Autorità sull'idoneità degli impegni presentati vengono in rilievo profili di opportunità e di c.d. discrezionalità economica sottratti, in linea di principio, al sindacato giurisdizionale di legittimità, perché rientranti nel merito della decisione amministrativa: in questi casi il sindacato è infatti limitato alla completezza e alla veridicità dei fatti addotti e alla mancanza di errori manifesti.

Il medesimo giudice, riformando su appello dell'Autorità la sentenza di primo grado, ha anche affermato che *"public e private enforcement non*

vanno sovrapposti, essendone diverse sia la natura, sia la finalità perseguita”; se “gli strumenti di public enforcement svolgono una funzione tipicamente ‘punitiva’ e ‘afflittiva’ e sono finalizzati primariamente a garantire l’interesse pubblico ad un assetto concorrenziale dei mercati”, la pretesa del privato danneggiato al corretto esercizio di tale funzione non ha consistenza di un diritto soggettivo e dunque è legittimo l’accoglimento degli impegni - senza accertamento d’infrazione - da parte dell’Autorità.

Infine, nella medesima sentenza si è statuito che gli impegni possono essere accettati anche a fronte di condotte che hanno consumato i loro effetti, senza necessità che siano in grado di rimuoverli retroattivamente.

Programmi di clemenza

Efficacia probatoria delle dichiarazioni del leniency applicant

Il Consiglio di Stato, nelle pronunce relative al caso *Cosmetici* (24 ottobre 2014, nn. 5274, 5275, 5276, 5277, 5278) ha ribadito il principio già espresso dal Tar secondo cui, in un contesto “*caratterizzato da una oggettiva difficoltà probatoria, lo strumento dei programmi di clemenza (leniency programmes) assume una fondamentale importanza per fronteggiare le intese orizzontali segrete. L’idoneità delle dichiarazioni rese deve essere valutata operando un accorto bilanciamento fra - da un lato - l’esigenza di non estendere oltre misura gli strumenti presuntivi e - dall’altro - l’esigenza di supplire alle difficoltà istruttorie tipiche di una tipologia di condotte anticoncorrenziali nel cui ambito è tipicamente assente qualunque prova documentale. (...) Pur non potendosi ritenere che le dichiarazioni del denunciante nell’ambito di un programma di clemenza possano costituire di per sé prova piena dell’esistenza dell’accordo collusivo, nondimeno a tali dichiarazioni deve essere riconosciuto un valore probatorio non trascurabile*”.

Diffida

Diffida ed effetti dell’illecito - Misure comportamentali e strutturali

Secondo il Consiglio di Stato, 8 aprile 2014, n. 1673, *Coop Estense*, in presenza di fatti storici già compiuti e di illeciti che hanno i loro effetti ancora in corso, l’Autorità può imporre alle imprese misure dettagliate, sia comportamentali che strutturali, dirette a eliminare nell’immediato futuro gli effetti delle intercorse infrazioni, rispettando i caratteri proporzionalistici i) dell’idoneità, cioè del rapporto tra mezzo e obiettivo, ii) della necessità, e cioè dell’assenza di altri mezzi idonei, ma tali da incidere in misura minore sulla condizione della singola impresa, e iii) dell’adeguatezza, e cioè della tollerabile restrizione degli interessi dell’impresa privata in una prospettiva di valutazione comparativa. Se non è possibile eliminare l’illecito, perché oramai esso si è verificato, la diffida ha la funzione,