

opportuno rimedio. In tale ottica, l'Autorità ha auspicato l'imposizione, sia per le concessioni assentite prima che dopo il 30 giugno 2002, una percentuale minima di lavori da affidare a terzi a mezzo di procedure ad evidenza pubblica, ben più alta di quelle attuali. Indipendentemente da tale auspicata modifica normativa, l'Autorità ha invitato i soggetti concessionari a ricorrere nella più alta misura possibile a procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento di lavori, al fine di garantire il più ampio confronto concorrenziale.

AFFIDAMENTO DI SERVIZI PUBBLICI LOCALI AVENTI RILEVANZA ECONOMICA SECONDO MODALITÀ IN HOUSE E ALCUNI CONTENUTI DELLA LEGGE DELEGA IN MATERIA DI TALI SERVIZI

Nel dicembre 2006, l'Autorità ha inviato una segnalazione, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90, al Parlamento, al Governo, alla Conferenza Unificata Stato-Regioni, Città e Autonomie Locali, alla Regione autonoma Valle d'Aosta, all'U.P.I. – Unione delle Province d'Italia, alla Provincia autonoma di Bolzano, alla Provincia autonoma di Trento, all'Associazione Nazionale Comuni Italiani-ANCI nonché ai Sindaci dei Comuni di Lignano Sabbiadoro, Tarcento e Rubano, in merito all'affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità cosiddette *in house* e alle iniziative legislative di riforma in materia di servizi pubblici locali.

L'Autorità ha in particolare ribadito che la modalità di affidamento cosiddetta *in house* è sottoposta a stringenti requisiti di legittimità, che non permettono agli enti locali di fare ricorso all'affidamento diretto quale modalità ordinaria di affidamento dei servizi pubblici locali, relegando lo strumento della gara a poche ed eccezionali situazioni. Poiché tali servizi economici sono offerti all'utenza in regime di monopolio, è necessario promuovere il confronto concorrenziale tra fornitori alternativi, in modo da individuare l'operatore più idoneo a offrire il servizio di più elevata qualità e al minor costo. In tal modo, si evitano anche situazioni di conflitto di interessi in capo agli enti locali, i quali risultano altrimenti essere al contempo affidatari del servizio, azionisti e amministratori della società di gestione di servizi, nonché componenti degli organismi chiamati a vigilare e disciplinarle. L'affidamento cosiddetto *in house* è invece nella prassi invalso a favorire modalità di elusione del necessario confronto concorrenziale nell'affidamento dei servizi pubblici locali e a promuovere, senza garantire la necessaria

efficienza della gestione, una riorganizzazione della fornitura su più ampia base territoriale.

Sulla base di questi motivi, l'Autorità ha auspicato una revisione della normativa vigente, che consenta un'effettiva apertura del mercato dei servizi pubblici locali e garantisca un assetto maggiormente concorrenziale del settore. Con particolare riferimento al disegno di legge-delega approvato dal Consiglio dei Ministri nel giugno 2006, l'Autorità ha auspicato l'introduzione di più precise indicazioni circa i limiti di legittimità dell'affidamento *in house* e ha suggerito l'esplicita indicazione del principio secondo cui l'affidamento diretto è giustificato solamente quando non è possibile individuare una migliore soluzione di mercato, seguendo un principio di sussidiarietà che limiti l'intervento pubblico a quelle situazioni in cui non sia possibile o conveniente l'offerta dei servizi da parte di imprese individuate secondo meccanismi di mercato. L'Autorità ha inoltre condiviso la natura eccezionale e residuale del modello di partenariato pubblico-privato, così come delineata dal disegno di legge, in quanto anch'esso implica il mantenimento di una situazione di conflitti di interessi fra ente pubblico affidante, società affidataria ed ente regolatore. Per altro verso, l'Autorità non ha condiviso l'inserimento della clausola di salvaguardia per la gestione pubblica delle risorse e dei servizi idrici, che andrebbe invece normalmente regolamentata con procedure a evidenza pubblica trasparenti e competitive.

Con riferimento infine alle modalità di svolgimento delle gare, alle tariffe e alla qualità del servizio, l'Autorità ha sottolineato la necessità di individuare organi di regolazione indipendenti caratterizzati da un elevato livello di specializzazione, in grado di stimolare e controllare la qualità del servizio e l'adeguatezza degli investimenti effettuati e nel contempo evitare situazioni di conflitti di interessi o fenomeni di cattura del regolatore che possono ingenerare rilevanti distorsioni concorrenziali.

2. SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI

PRINCIPALI SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI IN MATERIA DI CONCORRENZA

Nell'ultimo anno (1° aprile 2006-31 marzo 2007) sono state pubblicate le motivazioni di numerose pronunce del Tribunale Amministrativo Regionale (Tar) del Lazio, Sezione I, e del Consiglio di Stato, Sezione VI, rese in sede di impugnazione dei provvedimenti adottati dall'Autorità in materia di concorrenza (si vedano le tabelle di sintesi in calce). In talune di esse sono stati affermati o, più semplicemente, ribaditi, rilevanti principi riguardanti sia profili sostanziali che profili procedurali. Nel periodo in considerazione si segnala, inoltre, una pronuncia delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione (sentenza n. 4630 del 28 febbraio 2007) la quale ha dichiarato inammissibile un ricorso per un asserito difetto di giurisdizione avverso la decisione del 10 febbraio – 10 marzo 2006, n. 1271, con cui il Consiglio di Stato aveva sostanzialmente confermato la legittimità del provvedimento dell'Autorità nel caso *Comportamenti Abusivi di Telecom Italia*.

PROFILI SOSTANZIALI

Natura dell'Autorità

Il Consiglio di Stato nella sentenza n. 550/2007, resa nel caso *Cassa Depositi e Prestiti/Trasmissione Elettricità Rete*, ha ribadito che le norme sulla concorrenza riguardano “*interessi di particolare rilievo, la cui tutela è stata attribuita dal legislatore nazionale ad una Autorità caratterizzata da particolare competenza tecnica, oltre che dall'esercizio di poteri neutrali, cui è correlata l'indipendenza della stessa Autorità*”, la quale è “*posta al di fuori del circuito dell'indirizzo politico e del relativo controllo*”.

Ambito e limiti del sindacato giurisdizionale

Il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 4017/2006, resa nel caso *Imballaggi metallici*, ha ribadito il proprio consolidato orientamento sull'ambito e sui limiti del sindacato del giudice amministrativo in relazione ai provvedimenti dell'Autorità, rilevando che tale sindacato riguarda la legittimità e non il merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio: il giudice, 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 norme giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate”*, senza sostituirsi all'Autorità laddove residuino margini di opinabilità (in senso conforme anche Tar Lazio nei casi *Gas tecnici* (sentenza n. 204/2007) e *Rifornimenti aeroportuali* (sentenze n. 1730/07; n.1733/07; n. 1734/07; n. 1736/07; n. 1738/07; n. 1741/07; n. 1743 /07; n. 1745/07; n. 1746/07; n. 1748/07; n. 1750/07).

Con riguardo all'estensione del sindacato giurisdizionale, il Tar Lazio, nella sentenza n. 10678/2006, resa nel caso *Enel Trade-Clienti Idonei*, ha specificato che il giudice amministrativo *“può sindacare con piena cognizione non solo i fatti oggetto dell'indagine, ma anche il processo valutativo mediante il quale l'Autorità applica al caso concreto la regola individuata”*, con il solo limite che *“una volta accertata la legittimità dell'operato dell'Autorità, lo scrutinio giudiziale non può spingersi oltre, fino al punto di sostituire la valutazione effettuata dall'amministrazione con una diversa autonoma scelta”*.

Il Consiglio di Stato, infine, nella sentenza n. 515/2007, resa nel caso *Consorzio Qualità Veneta Asfalti*, ha richiamato il principio di effettività della tutela giurisdizionale, ribadendo che essa *“non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione”*. Nella successiva decisione n. 550/2007, resa nel caso *Cassa Depositi e Prestiti/Trasmissione Elettricità Rete*, il Collegio ha chiarito che comunque la statuizione del giudice amministrativo *“non può spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte di tipo valutativo; non potendosi sostituire ad un potere già esercitato, ma dovendo soltanto stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sotto il profilo delle regole tecniche applicate”*. In definitiva, ha concluso il Collegio,

“ciò che rileva non è (...) la qualificazione del controllo del giudice come intrinseco o estrinseco, ovvero forte o debole, ma l’esercizio di un sindacato tendente a un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità delle controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia antitrust, ma di verificare – senza alcuna limitazione – se il potere a tal fine attribuito all’Autorità antitrust sia stato o no correttamente esercitato”.

Nozione di impresa

Il Consiglio di Stato, nella citata decisione relativa al caso *Cassa Depositi e Prestiti/Trasmissione Elettricità Rete*, ha chiarito che la qualificazione di “organismo di diritto pubblico” non può determinare l’esonero dal rispetto delle regole sulla concorrenza di chi agisca in concreto come operatore economico, richiamando la giurisprudenza comunitaria che ha riconosciuto la natura di impresa a “qualsiasi entità che esercita un’attività economica a prescindere dal suo stato giuridico e dal suo finanziamento”. Al riguardo, il giudice ha chiarito che “il fine del soddisfacimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, che è proprio degli organismi di diritto pubblico, non implica che il soggetto debba essere incaricato unicamente di soddisfare bisogni di tal tipo, potendo, invece, esercitare anche altre attività di tipo privatistico”, precisando che a tale principio si è ispirata una consolidata giurisprudenza amministrativa secondo la quale in capo allo stesso soggetto può “ravvisarsi la qualificazione di impresa pubblica e di organismo di diritto pubblico”.

Accertamento e prova delle intese

Nozione di intesa

Con riguardo alla nozione di intesa, sia il Tar Lazio, nella sentenza n. 9878/06 resa nel caso *Prezzi del latte per l’infanzia* e nella citata pronuncia *Gas tecnici*, che il Consiglio di Stato, nella sentenza resa nel caso *Imballaggi metallici*, hanno confermato il consolidato indirizzo secondo cui la nozione di intesa “è oggettiva e tipicamente

comportamentale anziché formale, avente al centro l'effettività del contenuto anticoncorrenziale ovvero l'effettività di un atteggiamento comunque realizzato che tende a sostituire con una collaborazione pratica la competizione che la concorrenza comporta". In tale ottica, il Tar Lazio, nella sentenza relativa al caso *Tariffe dei periti assicurativi*, ha sottolineato che *"l'illiceità dell'intesa consiste nella mera condotta volta a fissare, direttamente o indirettamente, il prezzo di acquisto o di vendita ed affinché la fattispecie venga in essere è sufficiente che sia voluto il fatto descritto nella norma (c.d. dolo generico) senza alcuna necessità che il soggetto abbia agito per un fine particolare, la cui realizzazione non è richiesta per l'esistenza dell'illecito, vale a dire per un fine che sta al di là e, quindi, fuori dal fatto costituente l'illecito (c.d. dolo specifico)"* (in senso conforme anche Tar Lazio, sentenze *Prezzi del latte per l'infanzia e Gas tecnici*).

In linea con tale orientamento, volto ad accogliere una nozione di intesa ampia e non formalistica, il Tar Lazio nelle pronunce relative al caso *Rifornimenti aeroportuali*, ha ribadito la *"tendenziale irrilevanza, ai fini dell'iscrizione di responsabilità, della precisa qualificazione del contegno anticoncorrenziale in termini di accordo o pratica concordata"*, essendo invece rilevante distinguere *"tra forme di collusione che ricadono nei divieti antitrust e semplici comportamenti paralleli privi di elementi di concertazione"*.

Infine, il Consiglio di Stato, nella decisione resa nel caso *Consorzio Qualità Veneta Asfalti*, ha ribadito il proprio consolidato orientamento, secondo cui *"la tipicità di un contratto non esclude la illiceità antitrust di un'intesa, che assuma la forma di tale contratto, dovendo essere verificato in concreto il suo utilizzo a fini anticoncorrenziali"*.

Elementi di prova dell'intesa e inversione dell'onere probatorio

Nelle sentenze relative ai casi *Prezzi del latte per l'infanzia*, *Gas tecnici e Rifornimenti aeroportuali*, il Tar Lazio ha avuto modo di ribadire i consolidati principi in materia di prova delle intese, ricordando che *"la giurisprudenza, consapevole della rarità dell'acquisizione di una prova piena e della conseguente vanificazione pratica delle finalità perseguite dalla normativa antitrust che scaturirebbe da un atteggiamento troppo rigoroso, reputa sufficiente, e necessaria, la delineazione di indizi, purché gravi,*

*precisi e concordanti, circa l'intervento di illecite forme di concertazione e coordinamento". Inoltre, è stata ripresa la distinzione tra elementi di prova cosiddetti endogeni ed esogeni: nelle citate pronunce *Prezzi del latte per l'infanzia* e *Gas tecnici* il Tar ha ribadito che i primi sono "collegati alla stranezza intrinseca della condotta, ovvero alla mancanza di spiegazioni alternative"; i secondi riguardano invece i "contatti tra le imprese e, soprattutto, (...) scambi di informazioni se non addirittura (...) veri e propri concordamenti". In tale contesto, il giudice ha altresì confermato che "un parallelismo consapevole delle condotte tenute dalle imprese, anche operanti in un mercato oligopolistico, di per sé lecito, può essere considerato come frutto di un'intesa anticoncorrenziale ...ove sia impossibile spiegare alternativamente la condotta parallela come frutto plausibile delle iniziative imprenditoriali".*

Circa l'onere probatorio in materia di pratiche concordate, il Consiglio di Stato, nella pronuncia resa nel caso *Imballaggi metallici*, ha affermato 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". Tale principio è stato ribadito anche nelle pronunce relative al caso *Rifornimenti aeroportuali*.

Infine, in ordine alla valenza probatoria di scritti e documenti, il Consiglio di Stato, nella pronuncia *Imballaggi metallici*, ha affermato il principio secondo cui "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", aggiungendo che "lo scritto proveniente da un terzo è avvicinabile ad una prova testimoniale, di cui va vagliata l'attendibilità". Nella medesima sentenza, con riferimento al ruolo svolto all'interno dell'impresa dai soggetti che materialmente hanno posto in essere i comportamenti vietati o hanno predisposto i documenti rinvenuti durante le ispezioni, il Consiglio di Stato ha confermato l'irrelevanza dell'esistenza in capo a essi di un potere di rappresentanza (in senso conforme, Tar Lazio, sentenza *Gas tecnici*).

Oggetto o effetto delle intese

Il Tar Lazio, nella sentenza n. 3543/2006 resa nel caso *Tariffe dei periti assicurativi*, ha confermato il consolidato principio secondo cui in presenza di un oggetto anticoncorrenziale non è indispensabile l'individuazione degli effetti restrittivi, in quanto *“le norme in materia di concorrenza [...] colpiscono il dato sostanziale costituito dai comportamenti collusivi tra imprese, non previamente identificabili, che abbiano oggetto o effetto anticoncorrenziale, sicché l'anticoncorrenzialità dell'oggetto è sufficiente a qualificare l'intesa come anticoncorrenziale e, quindi, illecita”*.

In linea con tale orientamento sempre il Tar Lazio, nella pronuncia resa nel caso *Gas tecnici*, ha affermato che *“anche le pratiche concordate sono possibili pur in assenza di effetti anticoncorrenziali in quanto la pratica presuppone un comportamento dipendente dalla concertazione, ma non implica necessariamente che il comportamento stesso abbia l'effetto di impedire o falsare la concorrenza”*. Nello stesso senso si è espresso il Consiglio di Stato nella decisione relativa al caso *Consorzio Qualità Veneta Asfalti*.

Il Tar Lazio, nella pronuncia n. 6399/2006, relativa al caso *Guardia di Finanza/Federazione Italiana Agenti Immobiliari Professionali (FIMAA)*, in relazione alle indicazioni elaborate da un'associazione di imprese in materia di tariffe, ne ha affermato l'illiceità in quanto le stesse *“rappresentano quantomeno un indirizzo di politica generale ed influenzano per ciò solo le politiche di prezzo dei singoli associati”*.

Con riguardo alla rilevanza antitrust dello scambio di informazioni, nelle pronunce rese nel caso *Rifornimenti aeroportuali* il Tar Lazio ha confermato che esso integra gli estremi di *“(un')infrazione autonoma della disciplina della concorrenza, non dipendente quindi dall'accertamento del fatto che lo scambio abbia agevolato la perpetrazione di altre infrazioni”*. Il Tar ha altresì precisato la rilevanza della natura delle informazioni oggetto di scambio, tra cui la segretezza/riservatezza delle informazioni e la natura concorrenzialmente “sensibile” dei dati scambiati, *“determinata dall'attitudine dei medesimi a disvelare le future condotte e strategie delle imprese”*. Infine, nella sentenza n. 6396/2006, relativa al caso *Consorzio per la tutela del formaggio gorgonzola*, il Tar Lazio, con riferimento alla verifica del carattere anticoncorrenziale di uno scambio di informazioni, ha precisato che, essa *“deve essere*

effettuata in concreto sulla base del tipo di informazioni scambiate e dei potenziali effetti anticoncorrenziali”.

Base normativa

Nella sentenza resa nel caso *Tariffe dei periti assicurativi*, il Tar Lazio, a fronte della censura circa l'applicazione dell'articolo 81 Ce piuttosto che della corrispondente norma nazionale (articolo 2, legge n. 287/90), ha precisato che una diversa base giuridica non avrebbe inciso né sulla valutazione sostanziale dell'illecito, né sulle garanzie procedurali delle parti. Sotto il primo profilo, il Tar ha rilevato che *“il testo della norma nazionale [...] riproduce quasi per intero il testo della norma comunitaria mutuandone indubbiamente la ratio e la finalità”*. Quanto al secondo profilo, il giudice ha sottolineato come l'applicazione dell'articolo 81 Ce al caso di specie avesse addirittura accresciuto le garanzie procedurali delle parti, *“in quanto, agendo ai sensi dell'art. 81 Trattato CE (l'Autorità) ha dovuto comunicare alla Commissione Europea sia l'avvio del procedimento istruttorio (art. 11.3, Reg. CE 1/2003) sia, con trenta giorni, di anticipo, il tipo ed il tenore del provvedimento che intendeva adottare in via definitiva (art. 11.4, reg. CE 1/2003)”*.

Posizione dominante e abuso

Posizione dominante

Nella sentenza relativa al caso *Enel Trade-Clienti Idonei*, il Tar Lazio ha richiamato il consolidato principio secondo cui *“per posizione dominante si intende una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva su un determinato mercato e ha la possibilità di tenere comportamenti in linea di massima indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori”*. In linea con l'orientamento comunitario, il Tar ha inoltre ribadito che *“l'impresa in posizione dominante ha una speciale responsabilità in ragione della quale le è vietato dar corso a qualsiasi comportamento atto a ridurre la concorrenza o ad ostacolarne lo sviluppo nei mercati, connotati, proprio per la sua presenza, da un ridotto grado di concorrenza”*.

Abuso di posizione dominante

In ordine ai presupposti per la configurazione di un abuso di posizione dominante, il Tar Lazio, nella sentenza resa nel caso *Enel Trade-Clienti Idonei*, ha chiarito che “*ai fini della configurazione di abusi di posizione dominante non occorre che siano realizzati in concreto i risultati restrittivi (ferma restando l’influenza di questa circostanza in sede di determinazione del trattamento sanzionatorio), essendo invece sufficiente la mera attuazione delle condotte abusive*”. In tale ottica, lo stesso Tar, nella pronuncia n. 7807/2006 relativa al caso *Aviapartner/Società Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna*, ha evidenziato che l’abuso al pari dell’intesa anticoncorrenziale “*è un illecito di mera condotta per la cui realizzazione è sufficiente il c.d. dolo generico. Per l’integrazione della fattispecie non è necessario che l’impresa abbia avuto coscienza di violare un divieto, essendo sufficiente che essa non abbia potuto ignorare che il comportamento avesse per oggetto la restrizione della concorrenza*”, e quindi “*non (rileva) l’intento, e la relativa prova, di ledere il concorrente*”.

Nella sentenza *Enel Trade-Clienti Idonei*, relativa a un abuso perpetrato mediante introduzione in un contratto standard con l’utenza di clausole volte a impedire o disincentivare l’acquisto di energia presso i concorrenti, il Tar ha sottolineato che né la negoziazione delle clausole con la controparte contrattuale, né la tipicità del contratto possono escludere l’illiceità della condotta. In proposito, è stato chiarito che “*il complessivo accertamento eseguito dall’Autorità Garante ha [...] condotto alla individuazione della causa concreta delle clausole in questione (vale a dire la funzione pratica ad esse assegnata dalle parti), di talché non è certo in grado di escludere problemi di compatibilità antitrust la riconduzione di dette pattuizioni ai tipi legali previsti dal Codice civile*”, né “*rileva la circostanza dell’avvenuta negoziazione del beneficio, alla luce del principio che un comportamento abusivo rimane tale anche se concordato con il cliente*”.

Imputabilità dell’abuso

Nella sentenza resa nel caso *Enel Trade-Clienti Idonei* il Tar Lazio ha sancito il principio di imputabilità alla holding di un gruppo della condotta abusiva posta in essere da una sua controllata, laddove sussistano convergenti elementi (quali l’assetto di

controllo, i legami societari, l'organizzazione e l'attività delle società appartenenti al gruppo, nonché le regole di *governance*) che denotino una *“influenza dominante della capogruppo sull'attività della controllata”*. Sulla scorta della giurisprudenza comunitaria, il Tar ha quindi chiarito che *“la circostanza che l'affiliata abbia personalità giuridica distinta da quella della società madre non basta ad escludere la possibilità d'imputare a quest'ultima il comportamento della prima, potendosi ciò verificare allorché l'affiliata pur avendo personalità giuridica distinta, non decide in modo autonomo quale debba essere il proprio comportamento sul mercato, ma applica in sostanza le direttive impartitele dalla società madre”*.

Concentrazioni

Valutazione delle concentrazioni

Nella decisione resa nel caso *Cassa Depositi e Prestiti/Trasmissione Elettricità Rete*, il Consiglio di Stato ha precisato che *“la valutazione di un'operazione di concentrazione postula un'analisi che ha ad oggetto la considerazione di un lungo lasso di tempo; sicché, la valutazione degli effetti dell'operazione non si esaurisce nella presa d'atto di fatti avvenuti e delle immediate conseguenze di essi, ma implica una valutazione in chiave prospettica di elementi potenziali, tra i quali devono essere comprese anche le sole opportunità di comportamenti anticompetitivi ed anticoncorrenziali che potranno essere posti in essere dall'impresa che si è concentrata”*.

Nozione di controllo

Con la sentenza resa nel caso *Aviapartner/Società Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna*, il Tar Lazio ha incidentalmente ribadito il consolidato principio per cui la nozione di controllo ai fini della normativa *antitrust* prevista dall'articolo 7 della legge n. 287/90 è autonoma e ben più ampia di quella dettata dall'articolo 2359 codice civile. In questi termini, *“ne consegue, da un lato, che nel diritto della concorrenza occorre tenere conto della situazione concreta in cui versano le realtà imprenditoriali in quanto la norma fa riferimento non solo alle circostanze di diritto ma anche a quelle di fatto, sicché occorre valutare l'effettiva sostanza dei rapporti quale*

derivante dalla concreta volontà delle parti, dall'altro, che la nozione di controllo non può intendersi ristretta all'ipotesi di influenza dominante nell'assemblea ordinaria, vale a dire al potere di imporre in autonomia decisioni strategiche, ma deve estendersi anche all'ipotesi di c.d. controllo negativo in cui la società 'controllante', pur non potendo imporre da sola scelte strategiche, è comunque in grado di impedire l'adozione di tali scelte".

Concentrazioni cinematografiche

Nelle sentenze nn. 6835 e 6837/2006, relative rispettivamente ai casi *Cecchi Gori/Cinema Marconi* e *Cecchi Gori/Cinema di Firenze*, il Tar Lazio ha precisato che la disciplina speciale delle concentrazioni cinematografiche, di cui all'articolo 26 del decreto legislativo n. 28 del 2004, da ritenersi integrativa e, in parte, derogatoria, di quella generale prevista dalla legge n. 287/90, *"subordina l'insorgenza dell'obbligo di previa notificazione dell'operazione ai requisiti, che debbono 'contemporaneamente' verificarsi, della detenzione o controllo, anche in una sola delle 'città capozona della distribuzione', di 'una quota di mercato superiore al 25 per cento' sia del 'fatturato della distribuzione cinematografica' sia del 'numero delle sale cinematografiche ivi in attività'".* Con riferimento al "fatturato della distribuzione", il Tar ha ritenuto che esso debba identificarsi nelle entrate derivanti dall'attività di sfruttamento della pellicola da parte dei distributori attraverso il noleggio di essa agli esercenti, piuttosto che nelle entrate derivanti dallo sfruttamento in sala dei film.

Contribuzione per la notifica delle concentrazioni

Nella sentenza 25 gennaio 2007 n. 551, in relazione alla contribuzione dovuta per la notifica delle operazioni di concentrazione all'Autorità, ai sensi dell'articolo 10, comma 7 bis, legge n. 287/90, il Tar ha chiarito la *ratio* dell'istituto consistente nella *"copertura dei costi relativi al controllo delle operazioni di concentrazione"*.

Ai fini della quantificazione della contribuzione, il Tar ha altresì confermato la legittimità del criterio della coincidenza tra valore della transazione e corrispettivo pattuito dalle parti per l'insieme delle attività oggetto della transazione, *"incluse quelle che generano fatturato al di fuori del territorio nazionale"*.

Condotte anticoncorrenziali in contesti regolamentati

Il Consiglio di Stato, nella decisione parziale n. 1999/2006, resa nel caso *Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi*, ha confermato un approccio rigoroso con riferimento all'esclusione dell'applicabilità delle regole di concorrenza in contesti regolamentati, statuendo che *“il diritto antitrust, nella misura in cui è imperniato su norme che presuppongono comportamenti autonomi delle imprese, non può trovare applicazione solo quante volte una condotta anticoncorrenziale sia imposta agli operatori da una normativa nazionale, o questa comunque crei un contesto giuridico suscettibile di per sé stesso di eliminare ogni possibilità di comportamento concorrenziale da parte loro”*. Dunque, *“laddove la normativa nazionale si limiti [...] a comprimere in qualche maniera la libertà di iniziativa delle imprese, ma lasci sussistere la possibilità di una concorrenza suscettibile di essere ostacolata, ristretta o falsata da loro comportamenti autonomi, non vi è dubbio che la disciplina antitrust debba ricevere applicazione”*.

Nella medesima pronuncia il Consiglio di Stato, riguardo l'ambito di applicazione dell'articolo 8 della legge n. 287/90, ha confermato che *“è principio [...] consolidato in giurisprudenza (...) 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, e comunque limitatamente a quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati”*. Conseguentemente, il giudice ha aggiunto che *“si deve allora concludere [...] che non basta il perseguimento di interessi erariali a giustificare la neutralizzazione delle norme antitrust”*.

Il Consiglio di Stato nella sentenza resa nel caso *Cassa Depositi e Prestiti/Trasmissione Elettricità Rete* ha sottolineato come l'articolo 86, n. 2, Ce, in quanto disposizione derogatoria delle norme del Trattato Ce, debba *“essere interpretato in senso restrittivo, anche con riguardo alla definizione delle imprese che possono invocarne l'applicazione”*. E' quindi onere dell'impresa che ne chieda l'applicazione dimostrare la sussistenza di tutti i requisiti previsti.

Sanzioni

Presupposti e criteri di quantificazione

Il Tar Lazio, nelle sentenze rese nei casi *Tariffe dei periti assicurativi*, *Gas Tecnici*, e nel caso ed *Eni-Trans Tunisian Pipeline* ha considerato favorevolmente il rinvio alla classificazione della gravità delle violazioni anticoncorrenziali indicata negli *Orientamenti per il calcolo delle ammende* della Commissione europea. Inoltre, nella pronuncia resa nel caso *Gas Tecnici*, il Tar Lazio ha – incidentalmente - fatto riferimento ai *nuovi Orientamenti* della Commissione europea per il calcolo delle sanzioni, sottolineando come sia in esse indicato che “*i cartelli aventi ad oggetto la fissazione dei prezzi, la ripartizione del mercato o la limitazione della produzione (c.d. ‘hardcore violations’), costituenti alcune delle più gravi restrizioni della concorrenza, saranno sanzionati molto severamente*”. Con riguardo alla valutazione della gravità dell’intesa, il Tar Lazio nella pronuncia *Tariffe dei periti assicurativi* ha ritenuto che “*non sussistono (...) presunzioni assolute in punto di gravità dell’infrazione, occorrendo a tal fine un apprezzamento dell’impatto concreto dell’infrazione sul mercato*” e perciò, “*anche le infrazioni in astratto qualificabili come molto gravi sono passibili, a seconda di specifiche circostanze, di un giudizio di gravità semplice*”.

Anche il Consiglio di Stato nella pronuncia sul caso *Imballaggi metallici* ha affermato che, in base agli *Orientamenti per il calcolo delle ammende* della Commissione, la valutazione di un illecito come “molto grave” richiede la prova del pregiudizio per il funzionamento del mercato. Circa la questione della sanzionabilità di un’infrazione ormai cessata, nella sentenza n. 6833/2006 resa nel caso *Servier Italia-Istituto Farmaco Biologico Stroder* il Tar ha affermato che “*l’accertamento di un’intesa lesiva della concorrenza, quand’anche non più attuale, può determinare l’applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria di cui al richiamato art. 15 della legge n. 287/90*”.

Con riferimento alla prescrizione, il Tar Lazio, nella sentenza relativa al caso *Gas Tecnici*, ha chiarito la portata dell’articolo 28, comma 1, della legge n.689/1981, nel senso che “*la ratio di tale disposizione risiede nel fatto che il diritto di credito dell’amministrazione alla somma di danaro oggetto della sanzione amministrativa pecuniaria sorge direttamente dalla violazione, la quale si pone come fonte*

dell'obbligazione, mentre l'ordinanza di pagamento ha l'effetto di determinare la somma dovuta (...). La prescrizione, quindi, si riferisce non solo al diritto di riscuotere la sanzione pecuniaria, ma anche al potere dell'amministrazione di applicare la sanzione comminata dalla legge per la violazione accertata". Tuttavia, nel caso di specie il giudice ha escluso la decorrenza del termine quinquennale di prescrizione perché, trattandosi di un illecito permanente, "l'accertamento della violazione è individuabile nel momento di cessazione della permanenza ed è da tale data che la prescrizione quinquennale di cui all'art. 28 L. 689/1981 inizia a decorrere".

Infine, con riferimento alla quantificazione delle sanzioni, il Tar Lazio, nella sentenza relativa al caso *Prezzi del Latte per l'infanzia*, ha ribadito il noto principio secondo il quale *"non sussiste un interesse giuridicamente rilevante a contestare l'entità della sanzione irrogata ad un'altra impresa"*: in particolare, *"l'interesse a dolersi dell'esito del procedimento nei confronti di un altro soggetto, anche mediante la prospettazione di una disparità di trattamento, non sussiste atteso che, pure nell'eventualità che la disparità fosse dimostrata, resterebbe del tutto irrilevante ai fini del giudizio di legittimità del trattamento asseritamente deteriore patito dal ricorrente"*.

Rilevanza dell'elemento soggettivo

Il Tar Lazio, nella citata pronuncia sul caso *Tariffe dei periti assicurativi*, ha ritenuto che l'assenza di "dolo specifico", relativamente all'infrazione riscontrata, *"se da un lato non esclude la qualificazione come illecita della condotta ove la stessa sia oggettivamente idonea ad alterare la concorrenza, tratteggia comunque un elemento da tenere in considerazione al fine della gradazione della sanzione, rappresentando sostanzialmente una circostanza attenuante in quanto indicativa di una più lieve intensità della volontà colpevole"*.

Fatturato

Il Tar Lazio, sia nella sentenza resa nel caso *Aviapartner/Società Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna*, che in quella relativa al caso *Tariffe periti assicurativi*, ha affermato che, ai fini sanzionatori, la capacità economica del soggetto sanzionato si

misura con riferimento alla totalità delle entrate di cui il soggetto destinatario della sanzione può disporre.

Nella sentenza resa nel caso *Tariffe dei periti assicurativi*, il Tar Lazio ha ribadito il suo precedente orientamento, e cioè che *“il concetto di fatturato contenuto nell’art. 15 della L. 287/1990 deve essere necessariamente inteso in senso lato, ossia in modo tale che la relativa previsione sanzionatoria possa trovare applicazione nei riguardi di tutte le tipologie di destinatari dei precetti a presidio dei quali essa vige”*. Ove debba essere sanzionato - come nel caso di specie - un ente di tipo associativo, *“a base di computo della sanzione occorre assumere le entrate contributive ad esso proprie, per quanto non inerenti ad un fatturato in senso stretto”*.

Ne bis in idem

Nella sentenza relativa al caso *Eni-Trans Tunisian Pipeline*, il Tar del Lazio ha chiarito che, conformemente ai principi espressi dalla giurisprudenza comunitaria, sussiste un *“divieto di sanzionare lo stesso soggetto più di una volta per un medesimo comportamento illecito, al fine di tutelare lo stesso bene giuridico”*. Tuttavia, l’applicazione del principio del *ne bis in idem* *“è soggetta ad una triplice condizione di identità dei fatti, di unità del contravventore e di unità dell’interesse giuridico tutelato, con la conseguenza che la regola si intende rispettata anche se una sola di tali condizioni non si verifici”*. Sulla base di tale principio, il Tar ha constatato l’inesistenza di un *ne bis in idem* nel caso di specie, posto che *“il nucleo dei fatti accertati”* con i due provvedimenti non era pienamente coincidente, in quanto un precedente provvedimento aveva riguardato una *“condotta (meramente omissiva) di inottemperanza alla diffida”*, mentre un successivo provvedimento aveva a oggetto un *“contegno (commissivo ed omissivo) di natura escludente di Eni, diretto a ostacolare l’ingresso di concorrenti nell’approvvigionamento del gas in Italia attraverso l’interruzione del progettato potenziamento del gasdotto Ttpc”*.