

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELLA TUSCIA
Dipartimento di Istituzioni Linguistico-Letterarie,
Comunicazionali e Storico-Giuridiche dell'Europa

Corso di laurea

Comunicazione pubblica, d'impresa e pubblicità

Tesi

Il procedimento amministrativo
davanti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Cattedra

Diritto dell'informazione e del procedimento amministrativo

Docente

Prof. Edoardo Chiti

Studente

Antonino Sicilia “298”

ANNO ACCADEMICO 2011/2012

INDICE

INTRODUZIONE.....	4
I. PARTE GENERALE	6
1. LE FONTI CHE GOVERNANO IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO DAVANTI ALL'AGCM.....	6
1.1. LA LEGGE N. 287/90	7
1.2. DIRITTO EUROPEO E DIRITTO NAZIONALE	10
1.3. NORMATIVA EUROPEA ANTITRUST.....	15
1.4. AMBITI DI APPLICAZIONE DELLA NORMATIVA	18
2. LA DISCIPLINA ANTITRUST	21
2.1. L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO.....	22
2.2. I COMPITI DELL'AUTORITÀ ANTITRUST.....	23
2.3. COME DECIDE L'AUTORITÀ ANTITRUST.....	25
2.4. IL RUOLO DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO.....	26
2.5. LA FISIONOMIA DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO - ORGANISMO GIURISDIZIONALE O ORGANISMO DI NATURA AMMINISTRATIVA?.....	28
2.6. I RAPPORTI CON LA COMMISSIONE EUROPEA.....	31
2.7. I CAMBIAMENTI ALL'INTERNO DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA COMUNICAZIONE E DEL MERCATO – Il Decreto Legge “salva Italia”.....	32
3. L'AMMINISTRAZIONE SOVRANAZIONALE ED IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO CHE LA CARATTERIZZA: I PRINCIPI COMUNI	36
3.1. I PRINCIPI DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA.....	38
3.2. L'INTEGRAZIONE TRA STRUTTURE PROCEDIMENTALI NAZIONALI E COMUNITARIE: L'ESECUZIONE INDIRETTA DELLE POLITICHE COMUNITARIE.....	44
3.3. L'ESECUZIONE DIRETTA E L'INCIDENZA SULLE POSIZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE DEI DESTINATARI.....	46
3.4. UN ULTERIORE ESEMPIO DI INTEGRAZIONE PROCEDIMENTALE: LA COAMMINISTRAZIONE DELLE POLITICHE COMUNITARIE	47
4. IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO IN MATERIA DI INTESA RESTRITTIVE E ABUSI DI POSIZIONE DOMINANTE	49
4.1. LA FASE PRE-ISTRUTTORIA E L'ATTIVAZIONE DELL'AUTORITÀ.....	50
4.2. LE DENUNCE E GLI ACCERTAMENTI D'UFFICIO	51
4.3. I PROGRAMMI DI CLEMENZA.....	53
4.4. IL PROGRAMMA DI CLEMENZA DELL'AUTORITÀ ANTITRUST	55
4.5. LA FASE ISTRUTTORIA	56
4.6. I POTERI DI ACCERTAMENTO	57
4.7. I DIRITTI DELLE IMPRESE INTERESSATE E DEI TERZI.....	62
4.8. LA CHIUSURA DELL'ISTRUTTORIA E LE DECISIONI DELL'AUTORITÀ ANTITRUST.....	68
4.9. LE SANZIONI.....	74
5. IL CONTROLLO GIURISDIZIONALE DEI PROVVEDIMENTI DELL'AUTORITÀ	78
5.1. IL RUOLO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO.....	78
5.2. LE AZIONI ESPERIBILI DAVANTI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO	81

6.	LA TUTELA DEGLI ILLECITI DELLA CONCORRENZA	83
6.1.	IL MERCATO RILEVANTE.....	83
6.2.	LE INTESE RESTRITTIVE DELLA CONCORRENZA.....	85
6.3.	L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE.....	88
II. IL PROCEDIMENTO ANTITRUSTI729 – GARA D'APPALTO PER LA SANITÀ: APPARECCHIATURE PER LA RISONANZA MAGNETICA		93
1.	PREMESSA.....	93
2.	FATTO.....	95
3.	ANALISI DEL QUADRO PROCEDURALE E COMMENTO AL PROCEDIMENTO..	97
3.1.	IL MERCATO RILEVANTE.....	97
3.2.	LA SEGNALAZIONE.....	98
3.3.	LA FASE PRE-ISTRUTTORIA.....	100
3.4.	LA FASE ISTRUTTORIA	101
3.5.	LA CHIUSURA DELL'ISTRUTTORIA.....	111
3.6.	LA DELIBERA DELL'ANTITRUST.....	116
4.	ALCUNI QUESITI	120
5.	CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	128
6.	IL RICORSO AL TAR.....	131
III. IL PROCEDIMENTO ANTITRUST A413 – TNT POST ITALIA/POSTE ITALIANE		133
1.	PREMESSA.....	133
2.	I MERCATI RILEVANTI E LA POSIZIONE DOMINANTE DI POSTE ITALIANE SPA 135	
2.1.	I MERCATI RELATIVI AL SERVIZIO UNIVERSALE.....	135
2.2.	LA POSIZIONE DOMINANTE DI POSTE ITALIANE	136
3.	I SERVIZI POSTALI	140
4.	FATTO.....	143
5.	ANALISI DEL QUADRO PROCEDURALE E COMMENTO AL PROCEDIMENTO	145
5.1.	LE SEGNALAZIONI.....	145
5.2.	IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO	147
5.3.	LA FASE ISTRUTTORIA	148
5.4.	LA CHIUSURA DELL'ISTRUTTORIA.....	154
6.	LA DELIBERA DELL'AUTORITÀ ANTITRUST.....	163
7.	ALCUNI QUESITI	167
8.	CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	178
9.	IL RICORSO AL TAR.....	185
SINTESI E CONCLUSIONI.....		187
BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA.....		193

INTRODUZIONE

L'argomento di questa tesi riguarda la disciplina di applicazione delle regole del procedimento amministrativo svolto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in materia di intese restrittive della concorrenza e di abusi di posizione dominante.

Nello svolgimento di questo lavoro si è partiti con l'illustrare dal punto di vista normativo, le principali fonti che regolano e governano il procedimento amministrativo svolto dall'Autorità *antitrust*. Si è poi passati ad esaminare il ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato cercando di evidenziarne i compiti di vigilanza e le decisioni che questa assume con l'emanazione di provvedimenti amministrativi sulle intese restrittive della concorrenza, sugli abusi di posizione dominante e sulle operazioni di concentrazione che comportano la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante.

Successivamente, al fine di indicare il funzionamento generale del procedimento amministrativo, sono state esposte, tra l'altro, le fasi principali del procedimento indicandone gli aspetti più generali ed è stato trattato anche il controllo giurisdizionale dei provvedimenti davanti all'Autorità *antitrust*.

Prima di passare ad esaminare dei casi concreti di fattispecie anticoncorrenziali, si è poi illustrato, in maniera molto generica, alcune definizioni sul mercato rilevante e sulle due forme più comuni di illeciti concorrenziali, quali l'intesa restrittiva della concorrenza e l'abuso di una posizione dominante. Infine, sono stati esaminati, singolarmente, due casi trattati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, rispettivamente in materia di intese restrittive ed abuso di posizione dominante.

I. PARTE GENERALE

1. LE FONTI CHE GOVERNANO IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO DAVANTI ALL'AGCM

A distanza di poco più di due mesi dalla legge 241/90 sul procedimento amministrativo, che ha codificato le regole di svolgimento dell'attività amministrativa, il legislatore del '90 ha emanato, sotto la spinta del diritto comunitario ed in attuazione dell'art. 41 Cost.¹, un'ulteriore legge, la 287/90, che ha avuto anch'essa un ruolo decisivo nel disegno di riforma della pubblica amministrazione, tuttora in corso. Con tale legge (in particolare all'art. 10) si è istituita un'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con il preciso compito di curare l'applicazione della normativa sostanziale *antitrust*, contenuta nella stessa legge 287/90. Ci si è dunque basati su un modello, quello delle cosiddette autorità indipendenti, all'epoca ancora in corso di formazione, ma che si è sviluppato in maniera consistente per numero e funzioni soprattutto in seguito all'istituzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

¹ L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

1.1. LA LEGGE N. 287/90

La legge 10 ottobre 1990, n. 287, altrimenti detta legge *antitrust*, costituisce la prima disciplina organica della concorrenza dell'ordinamento italiano, che sino alla sua entrata in vigore, conosceva unicamente la disciplina codicistica in materia di concorrenza sleale.

La legge è stata introdotta con enorme ritardo rispetto alle corrispondenti normative dei principali paesi industrializzati. Si consideri, infatti, che gli Stati Uniti si dotarono di una disciplina della concorrenza – lo *Sherman Act* - alla fine del XIX secolo e che Paesi come la Germania, la Francia e il Regno Unito adottarono le prime legislazioni *antitrust* verso la fine degli anni '40, mentre le regole di concorrenza delle Comunità europee già figuravano nel Trattato di Parigi del 1952 (CECA) e di Roma (CEE)².

Le ragioni di un ritardo così vistoso, che possono essere qui solo sommariamente ricordate, vanno storicamente ricercate nel fatto che, a partire dal regime fascista e sino alla fine degli anni '80, l'Italia ha perseguito un modello di sviluppo economico fondato su un intervento pubblico massiccio e pervasivo, in un contesto caratterizzato da una strutturale debolezza del sistema produttivo nazionale.

² P. Fattori e M. Todini, *La disciplina della concorrenza in Italia*, 2010, p. 15.

Il governo pubblico dell'economia si è così realizzato attraverso due forme tipiche di intervento del nostro ordinamento: una più diretta, attraverso la proprietà e la gestione statale delle imprese, per il tramite delle partecipazioni statali e delle imprese pubbliche; un'altra indiretta, consistente in una diffusa regolamentazione normativa dell'attività economica dei privati in una molteplicità di settori produttivi.

L'adozione di una disciplina organica della concorrenza è stato un progetto riproposto ciclicamente nel tempo, ma poi puntualmente accantonato, sia perché antitetico rispetto al modello dirigista perseguito dalle forze politiche di governo, sia per i vincoli che tali norme avrebbero finito per creare rispetto ad un apparato produttivo ritenuto strutturalmente debole e che si desiderava rafforzare in nome di una maggiore competitività internazionale.

Verso la fine degli anni '80, tuttavia, il quadro politico e culturale complessivo ha iniziato a modificarsi in ragione dell'influenza di una serie di fattori concomitanti.

In particolare, sotto l'impulso delle iniziative liberizzatrici dell'Unione Europea e con l'accelerazione del processo di integrazione europea, sono emersi con chiarezza i limiti e le incongruenze dei modelli del dirigismo

economico propri di taluni Stati continentali dell'Unione Europea (la Francia e l'Italia su tutti), dove il potere pubblico aveva assunto un ruolo particolarmente ampio e penetrante rispetto alla gestione e regolamentazione delle attività economiche.

Le iniziative di liberalizzazione dell'Unione, segnatamente in alcuni settori di servizi di pubblica utilità, e la più decisa applicazione delle regole europee in materia di aiuti di Stato, hanno reso non più procrastinabile il riassetto di interi comparti dell'economia nazionale.

È in questo scenario che vanno collocati anche i processi di privatizzazione delle imprese pubbliche e di liberalizzazione dei settori in precedenza sottratti alla libera concorrenza e coperti da regime di riserva legale e che ha ripreso vigore il dibattito sull'introduzione di una disciplina *antitrust*, sfociato finalmente, dopo un *iter* parlamentare alquanto travagliato, nella legge n. 287/90.

1.2. DIRITTO EUROPEO E DIRITTO NAZIONALE

Nell'introdurre la disciplina della concorrenza in Italia, è necessario soffermarsi brevemente sui rapporti tra l'ordinamento nazionale e quello europeo così come sono andati evolvendosi, sia in termini di relazioni tra norme materiali, sia in sede di ripartizione di competenze tra Autorità e Commissione europea.

Negli ultimi anni a seguito della cosiddetta riforma della modernizzazione, ed in particolare dell'entrata in vigore del Regolamento CE 1/2003³, si è assistito ad un fenomeno di osmosi e assimilazione sempre più accentuato delle norme nazionali in quelle comunitarie.

Le norme della legge 287/90 e i poteri *antitrust* nazionali vanno difatti coordinati con le analoghe norme comunitarie e le corrispondenti funzioni di applicazione della disciplina attribuite alla Commissione europea, da cui discendono in capo all'Autorità *antitrust* sia limitazioni sia estensioni di competenze.

³ Regolamento CE 1/2003 del Consiglio concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato, GUCE 2003, L 1/1.

A livello comunitario, la Commissione europea presiede all'applicazione di un complesso apparato di norme *antitrust*, di cui alcune di sua esclusiva competenza⁴, altre invece condivise con autorità nazionali e giudici, quali in particolare le prescrizioni fondamentali del Trattato CE in materia di intese restrittive della concorrenza ed abusi di posizione dominante (artt. 101 e 102 del Trattato di Lisbona), e le relative esenzioni.

Le regole di concorrenza europee, a differenza di quelle nazionali, sono tipicamente dirette a disciplinare fenomeni di rilevanza transfrontaliera, ossia quelle condotte suscettibili di determinare un pregiudizio al commercio fra Stati membri.

Esistono, tuttavia, rilevanti margini di sovrapposizione, in quanto una fattispecie il cui impatto concorrenziale è limitato al territorio nazionale può nondimeno essere idonea a produrre, almeno potenzialmente, un impatto sul commercio intracomunitario e ricadere pertanto anche nell'ambito di applicazione delle disposizioni comunitarie. In tali ipotesi, tutt'altro che infrequenti, le autorità nazionali sono chiamate ad esercitare funzioni concorrenti a quella della Commissione, applicando direttamente le norme comunitarie in funzione decentrata.

⁴ Il Regolamento sul controllo delle concentrazioni tra imprese.

L'applicazione degli artt. 101 e 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, norme dotate di efficacia diretta, infatti, è sempre stata condivisa dalla Commissione, dalle autorità nazionali e dai giudici di diritto comune in nome di un principio cardine dell'ordinamento europeo, secondo il quale l'applicazione delle norme dell'Unione Europea è devoluto essenzialmente alle autorità degli Stati membri per il tramite delle vie procedurali predisposte dagli ordinamenti nazionali.

In sostanza, i modelli per l'esecuzione del diritto europeo sono tre: quello diretto, attraverso la Commissione o altre autorità europee; quello indiretto, attraverso le autorità nazionali; e quello congiunto, attraverso schemi di cooperazione tra le autorità europee e quelle nazionali. Il modello dell'esecuzione indiretta è, in base al Trattato, la regola. Gli altri due sono le eccezioni, anche se l'esecuzione congiunta è, di fatto, ampiamente prevalente.

La “modernizzazione” dell'applicazione degli artt. 101 e 102 del Trattato di Lisbona, ha poi definitivamente promosso l'applicazione congiunta delle norme comunitarie *antitrust* da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e dei giudici nazionali, operando un profondo mutamento del sistema di *enforcement* dell'art. 101, cioè passando da un sistema di notifica ed esenzione *ex ante* delle singole

intese, di cui la Commissione deteneva la competenza esclusiva, ad un sistema di controllo *ex post* delle intese basato sull'applicazione diretta dell'art. 101, dove le imprese sono tenute ad effettuare una "autovalutazione" della natura lecita o illecita delle intese di cui sono parti.

Abolendo il meccanismo stesso delle esenzioni individuali, le autorità nazionali di concorrenza, nonché i giudici di diritto comune, hanno avuto l'opportunità di applicare pienamente in funzione decentrata l'art. 101 del Trattato di Lisbona.

Nel nuovo sistema assume rilievo preminente l'esigenza di assicurare in tutto il territorio dell'Unione Europea un adeguato *level playing field*, ovvero uno spazio unitario nell'ambito del quale le autorità garanti della concorrenza e i giudici nazionali applichino le norme comunitarie con la necessaria coerenza ed effettività.

A tal fine, sono state introdotte una serie di misure di salvaguardia, concepite per preservare l'uniformità di applicazione delle norme nel territorio dell'Unione Europea, che riguardano sia le giurisdizioni nazionali che le autorità nazionali garanti della concorrenza.

In particolare, la Commissione, oltre ad applicare le norme comunitarie in via autonoma ai casi di propria competenza, vigila sull'applicazione uniforme dei principi europei nella materia.

L'obiettivo dell'applicazione uniforme del diritto comunitario è perseguito, tra l'altro, riconoscendo espressamente alle decisioni adottate dalla Commissione un ruolo preminente rispetto alle decisioni assunte dai giudici e dalle autorità di concorrenza.

Più specificamente, le disposizioni del Regolamento, codificando ed ampliando i principi già sanciti dalla giurisprudenza comunitaria, fanno divieto alle giurisdizioni nazionali di adottare decisioni in conflitto con quelle già assunto o in procinto di essere adottate dalla Commissione.

Un ulteriore elemento qualificante del sistema è costituito dall'istituzione di una "rete" delle autorità garanti della concorrenza, denominata Rete Europea della Concorrenza (*European Competition Network*), in seno alla quale le autorità nazionali e la Commissione lavorano in stretta collaborazione per l'applicazione delle norme comunitarie *antitrust*⁵.

⁵ La Commissione ha adottato un'apposita comunicazione al fine di chiarire i criteri di allocazione dei casi di rilevanza comunitaria tra la Commissione e le Autorità nazionali (*Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito delle autorità garanti per la concorrenza, 2004/C 101/03, in GUCE 2004, C 101/43*)

Infine, il Regolamento stabilisce in capo alla Commissione e alle Autorità nazionali una serie di specifici obblighi reciproci di informazione e di consultazione preventiva, nonché di meccanismi e strumenti di coordinamento volti a evitare, per quanto possibile, la duplicazione di procedimenti e decisioni formali su medesime fattispecie e a prevenire e risolvere eventuali situazioni di conflitto.

1.3. NORMATIVA EUROPEA *ANTITRUST*

L'Unione europea è stata dotata sin dal 1958 di una normativa comune a tutela della concorrenza.

In particolare, gli artt. 101 e 102 del Trattato di Lisbona (ex artt. 81 e 82 del Trattato della Comunità Europea) vietano, rispettivamente, le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante posti in essere da imprese e suscettibili di arrecare pregiudizio al commercio tra gli Stati membri.

Inoltre l'art. 106 del Trattato prevede che gli Stati membri non adottino, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese titolari di diritti speciali o esclusivi, misure che restringano la concorrenza in contrasto con le norme comunitarie.

Il Regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, dal 1° maggio 2004 sostituito dal Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, ha introdotto a livello europeo una disciplina sul controllo preventivo di tutte le operazioni di concentrazione nelle quali il fatturato delle imprese interessate superi determinate soglie. In tali casi, prima di realizzare l'operazione, le imprese devono darne comunicazione alla Commissione che può vietare l'operazione allorché la concentrazione ostacoli in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare mediante la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante.

A partire dal 1° maggio 2004 è divenuto applicabile il Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, che, sostituendo il precedente Regolamento n. 17/1962, ha riformato in misura significativa le regole di applicazione del diritto *antitrust* europeo con l'obiettivo di semplificare e rafforzare, all'interno dell'Unione, l'azione di deterrenza e di contrasto nei confronti delle intese e dei comportamenti d'impresa restrittivi della concorrenza.

Il nuovo regolamento disciplina, per la prima volta, il rapporto tra norme nazionali e comunitarie di tutela della concorrenza, introducendo, per i giudici e le autorità di concorrenza nazionali, un esplicito obbligo di applicazione del diritto *antitrust* europeo alle intese e agli abusi di

posizione dominante che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri. Nel nuovo sistema la Commissione, le autorità nazionali di concorrenza e i giudici nazionali sono tutti ugualmente competenti ad applicare le norme europee sulla concorrenza. Parallelamente il regolamento prevede maggiori strumenti e possibilità di cooperazione sia verticale, fra Commissione e autorità nazionali di concorrenza, sia orizzontale, fra singole autorità nazionali, al fine di assicurare un'applicazione efficace e coerente degli articoli 101 e 102 del Trattato di Lisbona, da parte di tutte le autorità di concorrenza degli Stati membri.

Il quadro normativo in materia di concorrenza è completato da una serie di regolamenti comunitari di esenzione che definiscono l'ambito e le modalità di applicazione dell'articolo 101 del Trattato a categorie di intese, quali, in particolare, gli accordi di cooperazione tra imprese concorrenti, gli accordi commerciali di fornitura e distribuzione e quelli in materia di trasferimento di tecnologia. Tali regolamenti, basati su un approccio più economico nell'analisi e nella valutazione dell'impatto concorrenziale delle diverse tipologie di intese, accordano alle imprese una più ampia libertà di scelta quanto all'organizzazione della propria attività economica e, allo stesso tempo, individuano con chiarezza alcune pratiche apertamente restrittive della concorrenza e pertanto vietate.

L'istituzione cui è affidata l'attuazione della normativa a tutela della concorrenza a livello comunitario è la Commissione Europea. Un Commissario europeo è responsabile della politica della concorrenza e a lui fa riferimento, all'interno dell'amministrazione comunitaria, la competente Direzione Generale Concorrenza.

1.4. AMBITI DI APPLICAZIONE DELLA NORMATIVA

Le operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria rientrano nell'ambito di applicazione del Regolamento (CE) 139/2004 del Consiglio.

Le concentrazioni hanno dimensione europea quando risultano soddisfatti alcuni criteri relativi al fatturato delle imprese interessate, e cioè quando: il fatturato mondiale dell'insieme delle imprese interessate superi 5 miliardi di euro, il fatturato totale realizzato individualmente nel territorio dell'Unione europea da almeno due delle imprese partecipanti all'operazione superi 250 milioni di euro, e almeno una delle imprese interessate dall'operazione di concentrazione non realizzi oltre due terzi del proprio fatturato comunitario in uno stesso Stato membro.

Hanno altresì dimensione comunitaria le operazioni nelle quali il fatturato complessivo mondiale sia superiore a 2,5 miliardi di euro; il fatturato totale dell'insieme delle imprese interessate in ciascuno di almeno tre Stati membri sia superiore a 100 milioni di euro; il fatturato realizzato individualmente da almeno due delle imprese interessate, in ciascuno dei medesimi tre Stati membri, sia superiore a 25 milioni di euro; il fatturato realizzato individualmente da almeno due delle imprese interessate nella Comunità sia superiore a 100 milioni di euro, sempre che ciascuna delle imprese interessate non realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità, all'interno di un solo e medesimo Stato membro.

Se non sono soddisfatti questi requisiti, ma sono raggiunte le soglie di fatturato contenute nella legge nazionale, le operazioni di concentrazione ricadono invece nell'ambito di applicazione della legge n. 287/90.

La delimitazione degli ambiti di applicazione delle norme comunitarie rispetto alle norme nazionali è meno netta per quanto concerne le intese restrittive della concorrenza e i comportamenti abusivi posti in essere da imprese in posizione dominante nel mercato. Le norme comunitarie debbono essere applicate nei casi in cui la fattispecie possa avere un impatto sensibile sul commercio tra Stati membri.

In questi stessi casi, peraltro, il Regolamento (CE) 1/2003 consente anche l'applicazione in parallelo delle norme nazionali, secondo le modalità e nel rispetto dei vincoli previsti dal principio del primato del diritto comunitario e, con particolare riferimento alle intese, dalla regola di convergenza stabilita dall'articolo 3 del Regolamento.

2. LA DISCIPLINA *ANTITRUST*

La tardiva introduzione nel nostro ordinamento della legge n. 287/90 ha comunque consentito a tale normativa di iscriversi saldamente nel solco delle moderne discipline, assumendo, come oggetto di tutela la struttura concorrenziale del mercato in senso oggettivo, l'efficienza economica ed il benessere sociale.

Alla base della legge *antitrust* vi è il convincimento che, in un'economia di mercato, la tutela della concorrenza inneschi un processo virtuoso di innovazione, progresso ed efficienza da cui discendono effetti benefici per la collettività.

In questo contesto, la finalità della disciplina *antitrust* è quella di assicurare il corretto funzionamento delle dinamiche concorrenziali e di evitare che il processo di competizione degeneri verso forme patologiche, impedendo che le imprese, attraverso la collusione o per il tramite di condotte unilaterali, possano utilizzare il loro potere di mercato per eliminare la concorrenza, così da poter praticare prezzi sopra-competitivi o condizioni commerciali deteriori, a danno dei consumatori.

Alla luce di queste premesse, si è soliti ritenere che la disciplina di tutela della concorrenza costituisca anche uno strumento di democrazia, essendo finalizzata alla protezione di interessi generali della collettività e ad impedire l'affermarsi del potere privato nelle sue forme deteriori (il monopolio), il quale, oltre a causare un pregiudizio economico tangibile alla collettività finisce anche per comprimere la libertà dei privati e creare il sostrato propizio per il totalitarismo politico⁶.

2.1. L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è un'Autorità amministrativa indipendente⁷.

Ciò significa che essa non è incardinata in alcuna amministrazione e svolge la propria attività e prende decisioni in piena autonomia rispetto al potere esecutivo. Con successive leggi, essa è stata investita di nuove competenze, le principali delle quali attengono alla repressione delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa illecita, nonché all'applicazione delle norme in materia di conflitto di interessi di coloro che rivestono cariche di governo.

⁶ G. Amato, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1988.

⁷ E' stata istituita con la legge n. 287 del 10 ottobre 1990 ("Norme per la tutela della concorrenza e del mercato"), che ha introdotto per la prima volta in Italia una normativa antitrust.

L'Autorità *antitrust* è un organo collegiale, composto dal Presidente e da quattro membri, nominati con determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica.

I membri della predetta Autorità godono di un mandato di durata settennale e non possono essere confermati⁸.

Il Presidente si avvale di un proprio Gabinetto, composto dal Capo di Gabinetto, da non più di due assistenti e da tre addetti di segreteria.

Alla struttura degli uffici sovrintende un Segretario generale, che ne coordina l'attività.

2.2. I COMPITI DELL'AUTORITÀ ANTITRUST

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha il compito di applicare la legge n. 287 del 1990 vigilando: sulle intese restrittive della concorrenza, sugli abusi di posizione dominante, sulle operazioni di concentrazione che comportano la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante in modo tale da eliminare o ridurre in misura sostanziale e duratura la concorrenza.

⁸ Il Presidente viene indicato tra persone di notoria indipendenza che abbiano ricoperto incarichi istituzionali di responsabilità e rilievo. I membri del Collegio sono scelti tra magistrati del Consiglio di Stato, della Corte dei Conti o della Corte di Cassazione, nonché tra professori universitari ordinari e personalità provenienti da settori economici dotate di riconosciuta professionalità.

L'Autorità *antitrust* ha anche il compito di applicare le norme contenute nel decreto legislativo n. 206 del 2005 (Codice del Consumo) in materia di pratiche commerciali, nell'articolo 37-bis dello stesso decreto in materia di tutela amministrativa contro le clausole vessatorie e nel decreto legislativo 145/2007, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa a tutela delle imprese nei loro rapporti commerciali. A questi compiti si aggiungono l'attività di segnalazione al Parlamento e al Governo, l'esercizio dell'attività consultiva e la legittimazione a impugnare gli atti della pubblica amministrazione che determinano distorsioni della concorrenza.

Introducendo una normativa *antitrust* nazionale il legislatore ha voluto, tra l'altro, dare attuazione all'articolo 41 della Costituzione, che riconosce espressamente la libertà di iniziativa economica privata, e adeguare il nostro ordinamento a quello comunitario.

I principali obiettivi che persegue sono: assicurare le condizioni generali per la libertà di impresa, che consentano agli operatori economici di poter accedere al mercato e di competere con pari opportunità; tutelare i consumatori, favorendo il contenimento dei prezzi e i miglioramenti della qualità dei prodotti che derivano dal libero gioco della concorrenza.

2.3. COME DECIDE L'AUTORITÀ *ANTITRUST*

Per ogni caso o segnalazione, il Presidente nomina un relatore tra i componenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Sulla base degli elementi raccolti dalle Direzioni che svolgono l'attività istruttoria e sentite le parti nell'audizione finale, l'organo collegiale dell'Autorità prende la decisione in una successiva e separata riunione, in cui il caso è introdotto dal relatore.

Tale decisione può essere adottata a maggioranza.

Le funzioni di verbalizzante sono svolte dal Segretario Generale, che partecipa alla discussione ma non è parte dell'organo collegiale.

I provvedimenti recano l'indicazione del componente che ha svolto le funzioni di relatore e la data della seduta; essi sono sottoscritti dal Presidente e dal Segretario Generale. Le decisioni di archiviazione, nelle materie della concorrenza, della tutela del consumatore e del conflitto di interessi sono prese dall'Autorità e comunicate dal Segretario Generale.

2.4. IL RUOLO DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

La legge n. 287/90 ha istituito un'autorità amministrativa indipendente preposta all'applicazione delle regole di concorrenza: l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nota anche come Autorità *antitrust*.

Ad essa è affidato il compito di intervenire ad accertare, inibire e eventualmente sanzionare le condotte anticoncorrenziali poste in essere dalle imprese sul mercato, in particolare le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante (artt. 2 e 3 legge 287/90), e di esercitare un controllo preventivo sulle operazioni di concentrazioni tra imprese⁹.

In materia di *antitrust* il legislatore, con la sola parziale eccezione del settore bancario, ha conferito all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato poteri generali di intervento, attribuendo una funzione consultiva alle autorità settoriali, chiamate, in ragione delle loro specifiche competenze, a fornire un contributo tecnico che consenta un'applicazione della normativa *antitrust*. L'Autorità, inoltre, applica in

⁹ L'Autorità svolge anche un'attività consultiva e di segnalazione al Parlamento, al Governo ed alle Amministrazioni in generale in materia di norme di legge e di provvedimenti amministrativi. Essa ha poi competenze in materia di tutela del consumatore, e per l'applicazione della disciplina in materia di pubblicità ingannevole e comparativa.

veste decentrata le norme comunitarie di concorrenza (le cosiddette competenze esterne).

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato rientra nella categoria delle autorità amministrative indipendenti dal potere esecutivo, istituzioni preposte alla cura di interessi collettivi di particolare rilievo, dotate di un forte grado di indipendenza, non essendo sottoposte al potere di indirizzo politico del Governo.

Avuto riguardo alla natura degli interessi tutelati, l'Autorità *antitrust* è chiamata a garantire un interesse primario costituzionalmente protetto, quale la libera concorrenza, espressione del principio della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 della Costituzione. La posizione di indipendenza si giustifica dunque in ragione della natura dell'interesse oggetto di tutela.

Quanto alle modalità di esercizio delle funzioni, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è chiamata ad applicare le norme della legge 287/90, al fine di garantire la piena tutela della libera concorrenza sul mercato. Essa svolge la propria attività senza nessuna forma di ingerenza politico-amministrativa.

L'attività dell'Autorità *antitrust* si sostanzia essenzialmente nella produzione di decisioni in merito a determinate fattispecie, attraverso una valutazione che si risolve nel qualificare determinati atti o comportamenti in termini di liceità o illecità. In tal senso, la caratteristica dei poteri della predetta Autorità è rappresentata dal potere di accertamento degli illeciti concorrenziali. Essa opera sostanzialmente nel quadro di procedimenti caratterizzati dalle garanzie tipiche dei procedimenti amministrativi, vale a dire dal contraddittorio tra le parti interessate e dal pieno esercizio dei diritti di difesa.

2.5. LA FISIONOMIA DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO - ORGANISMO GIURISDIZIONALE O ORGANISMO DI NATURA AMMINISTRATIVA?

Nel periodo immediatamente successivo alla creazione dell'Autorità *antitrust*, date le inedite caratteristiche e le specifiche modalità di funzionamento della stessa, si è sviluppato un ampio dibattito in merito al suo inquadramento nell'ambito delle amministrazioni tradizionali.

In una prima fase, che può ritenersi ad oggi superata, autorevole dottrina aveva ritenuto di cogliere, nelle caratteristiche dell'Autorità e nella natura

delle sue funzioni, specificità tali da poter assimilare la sua attività a quella di un giudice¹⁰.

A sostegno di questa ricostruzione, sono evidenziate tre essenziali caratteristiche dell'Autorità: in primo luogo l'indipendenza, che assumerebbe rilevanza e consistenza diversa dal requisito di imparzialità proprio delle generalità delle pubbliche amministrazioni; in secondo luogo le funzioni cosiddette di aggiudicazione, in cui l'attività dell'Autorità *antitrust* sarebbe assimilabile a quella posta in essere da un giudice, risolvendosi nel quantificare determinati atti o comportamenti in termini di liceità/illiceità e in ultimo luogo la natura del procedimento, nel senso che l'Autorità *antitrust* opererebbe sostanzialmente nel quadro di procedimenti di tipo para-giurisdizionale, caratterizzati da un ampio spazio dedicato al contraddittorio.

Alla luce di tali presupposti, si è argomentato nel senso di attribuire all'Autorità la fisionomia di un organo quasi-giurisdizionale, che non esercita poteri discrezionali in senso stretto, ma a cui è attribuita la funzione, di carattere neutro, di applicare la legge ai soli ed esclusivi fini di interesse pubblico generale alla tutela della concorrenza e del mercato.

¹⁰ L. Torchia, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, Bologna, 1996, p. 63.

In tale contesto, l'attività dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, pur non potendo essere formalmente ricondotta all'attività giurisdizionale, parteciperebbe all'essenza di questa, distaccandosi dall'attività amministrativa comunemente intesa.

Questa impostazione, tuttavia, lasciava, irrisolti alcuni fondamentali problemi tra cui la difficoltà di inquadrare un organo così definito nell'attuale assetto costituzionale, che pone un divieto esplicito di creare giudici speciali¹¹.

Inoltre, le modalità di esercizio dei poteri dell'Autorità *antitrust*, che nell'applicazione delle regole di concorrenza cumula funzioni istruttorie e decisorie, contrastano con il requisito della terzietà, connotazione tipica della funzione giurisdizionale, che garantisce l'imparzialità del giudice, chiamato a giudicare in posizione terza non solo rispetto alle eventuali parti di una controversia, ma anche rispetto ad altri giudici che hanno già emesso un giudizio ovvero espresso una valutazione in un diverso momento decisionale dello stesso procedimento.

Per contro, la concentrazione di funzioni istruttorie e decisorie in capo al medesimo organo appare tipica delle amministrazioni tradizionali, che

¹¹ Art. 102 della Costituzione.

sono chiamate ad assumere decisioni in esito ad un procedimento istruttorio, in ossequio al principio costituzionalmente garantito¹².

La delineata ricostruzione, espressione delle fasi iniziali del dibattito sorto in merito alla natura dei poteri e delle funzioni dell'Autorità *antitrust*, può ad oggi ritenersi consolidata.

In virtù delle evoluzioni a cui è approdata parte della dottrina, nonché delle conclusioni raggiunte dal giudice amministrativo, ha infatti prevalso la qualificazione dell'Autorità come organismo di natura amministrativa.

Pertanto, così ricostruito l'esercizio delle funzioni spettanti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, non può che ritenersi ormai superato l'orientamento volto a ricondurre tali funzioni a quelle proprie di un organismo giurisdizionale o paragiurisdizionale¹³.

2.6. I RAPPORTI CON LA COMMISSIONE EUROPEA

L'Autorità *antitrust* partecipa ai comitati consultivi, organizzati dalla Direzione Generale Concorrenza della Commissione europea, al fine di raccogliere il parere, non vincolante, delle diverse Autorità *antitrust* degli Stati membri in merito alle proposte di decisione sui casi comunitari di

¹² Art. 97 della Costituzione.

¹³ Tale impostazione è stata rilevata per la prima volta nella sentenza del TAR Lazio, I, 15 aprile 1999, n. 873.

intese, abusi di posizione dominante e concentrazioni, nonché in relazione alle proposte di modifica del quadro normativo esistente. Inoltre, nel quadro del sistema di competenze parallele introdotto dal Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, il nuovo regime di applicazione del diritto *antitrust* comunitario prevede una stretta cooperazione tra la Commissione e le autorità di concorrenza degli Stati membri all'interno della rete delle autorità di concorrenza dell'Unione Europea (*European Competition Network*).

In particolare, il Regolamento stabilisce obblighi di informazione e di consultazione preventiva della Commissione nei casi in cui l'Autorità *antitrust* agisce ai sensi degli articoli 101 e 102 del Trattato di Lisbona, nonché obblighi di assistenza alla Commissione in occasione di accertamenti ispettivi effettuati o richiesti da quest'ultima all'interno del territorio nazionale.

2.7. I CAMBIAMENTI ALL'INTERNO DELL'AUTORITA' GARANTE DELLA COMUNICAZIONE E DEL MERCATO – Il Decreto Legge “salva Italia”

Con il decreto legge cosiddetto “salva Italia”¹⁴ si assiste a una significativa rinascita del modello di regolazione per autorità indipendenti affermatosi all'inizio degli anni Novanta. Allora, nel volgere di pochi

¹⁴ DECRETO-LEGGE 6 dicembre 2011, n. 201. Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici.

anni, il sistema di intervento pubblico nell'economia fu radicalmente trasformato, con il passaggio dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore.

Il nuovo ruolo assunto dai pubblici poteri fu affidato alle cure di apposite autorità indipendenti, ora aventi competenze generali, come l'Autorità *antitrust*, ora preposte a specifici mercati, come l'Autorità per l'energia elettrica e il gas (Aeeg) e quella per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom). In quegli stessi anni fu rafforzata l'indipendenza degli organismi preposti alla vigilanza dei mercati finanziari, come la Consob e l'Isvap, poi affiancati dalla Covip, preposta al controllo sui fondi pensione.

Con il decreto "salva Italia" il nuovo governo fa cadere il tentativo di instaurare un modello alternativo di regolazione, fino a sciogliere due delle tre agenzie appena istituite. Contemporaneamente, si completa il sistema di regolazione indipendente secondo le linee prefigurate nel disegno di legge in materia predisposto dal secondo governo Prodi nel 2007, poi arenatosi nelle commissioni parlamentari.

Quattro, in particolare, sono le mosse compiute con il decreto "salva Italia".

La prima mossa riguarda l'assegnazione dei compiti di autorità nazionale di regolamentazione postale all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la seconda è inerente al trasferimento delle funzioni di regolazione e controllo dei servizi idrici all'Autorità per l'energia elettrica e il gas, la terza si riferisce all'individuazione delle funzioni di regolazione indipendente dei trasporti e l'ultima pone in essere la riduzione del numero dei componenti i collegi delle varie autorità.

L'insieme di queste misure segna il ritorno a una coerente visione di regolazione indipendente del mercato, in perfetta corrispondenza con l'evoluzione istituzionale nell'ordinamento europeo.

IL DECRETO “SALVA ITALIA”

Con il predetto decreto “salva Italia”, in particolare, al fine di perseguire il contenimento della spesa complessiva per il funzionamento delle Autorità amministrative indipendenti, è stato ridotto il numero dei componenti del Consiglio dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è passato da otto a quattro, escluso il Presidente, i componenti dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono passati da sette a tre, i componenti dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas sono passati da cinque a tre, compreso il

Presidente, ed i componenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sono passati da cinque a tre, compreso il Presidente.

Inoltre, per quanto attiene all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, sono stati portati importanti cambiamenti attraverso l'emanazione degli artt. 34 comma 5¹⁵. e 35¹⁶. del Decreto Legge 6 dicembre 2011, n. 201.

¹⁵ ART. 34 comma 5 - L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è tenuta a rendere parere obbligatorio, da rendere nel termine di trenta giorni decorrenti dalla ricezione del provvedimento, in merito al rispetto del principio di proporzionalità sui disegni di legge governativi e i regolamenti che introducono restrizioni all'accesso e all'esercizio di attività economiche.

¹⁶ Art. 35 - Potenziamento dell'Antitrust Alla legge 10 ottobre 1990, n.287, dopo l'art. 21, è aggiunto il seguente: *“21-bis (Poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza)*

1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni.

3. Ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.”.

3. L'AMMINISTRAZIONE SOVRANAZIONALE ED IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO CHE LA CARATTERIZZA: I PRINCIPI COMUNI

Una prima ed importante conseguenza dell'integrazione è la configurazione di un nucleo di principi comuni al procedimento amministrativo che, al medesimo tempo, lo fondano e ne indirizzano l'evoluzione.

Si possono individuare due fondamentali gruppi di principi procedurali. Il primo comprende quelli che operano in riferimento all'esercizio congiunto delle funzioni comunitarie caratterizzati dalla comunione di funzioni. Il secondo gruppo attiene invece all'organizzazione amministrativa comunitaria e, più specificamente, la disciplina delle organizzazioni comuni alle autorità sovranazionali ed interne. Entrambi, con modalità e logiche differenti, contribuiscono allo sviluppo di un sistema integrato tra procedure amministrative.

Nella prima categoria operano quei principi che più da vicino informano l'esercizio dell'azione amministrativa, mutuabili sia dalle norme del Trattato sia dall'elaborazione giurisprudenziale generata dalla Corte di giustizia.

In particolare i principi di buona amministrazione procedurale comprendono quattro diversi istituti: il primo è il diritto di accesso ai documenti dei poteri pubblici comunitari (originariamente oggetto di un apposito Codice di condotta di Commissione e Consiglio e successivamente costituzionalizzato attraverso l'inserimento nel Trattato comunitario).

Il secondo è il diritto ad essere ascoltati (contemplato dalla normativa di settore).

Il terzo e quarto sono l'obbligo di motivazione (disciplinato dal Trattato comunitario all'articolo 253 ed ampiamente riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia) ed il *duty of care*, ovvero l'obbligo di svolgere un'istruttoria imparziale e diligente che raccolga e valuti tutte le circostanze fattuali e giuridiche pertinenti.

La buona amministrazione procedurale ha costituito un tema portante in quei Paesi, come l'Italia, che sono giunti relativamente tardi alla definizione legislativa del procedimento.

L'integrazione europea ha giocato un ruolo fondamentale, perché ha influenzato profondamente le scelte del legislatore. Ha, inoltre,

determinato un progressivo e costante assorbimento dei nuovi principi da parte della giurisprudenza prima, e del legislatore poi.

3.1. I PRINCIPI DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA

Alla seconda categoria appartengono invece, come si è detto, quei principi che hanno un riflesso in materia di organizzazione.

Tra tutti, massima rilevanza merita anzitutto il principio di legalità, il cui fondamento normativo suole rinvenirsi nell'articolo 164 del Trattato istitutivo, là dove affida alla Corte di giustizia il compito di "assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione".

La legalità nella prospettiva comunitaria

Anche nel sistema comunitario - nonostante l'assenza di un principio scritto di legalità nei Trattati e sebbene il richiamo alla ricca elaborazione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo sia apparso, talora, piuttosto prudente, optandosi per un esplicito riferimento alla sola disposizione di cui all'art. 7 della Corte europea dei diritti dell'uomo (e non anche ad altre disposizioni convenzionali) - è indiscutibile che il principio di legalità penale rientri a pieno titolo, con il viatico di una lettura giurisprudenziale piuttosto "forte" e, comunque, tendenzialmente meno cauta rispetto agli indirizzi assunti dalla Corte di Strasburgo, nell'ambito del diritto europeo cosiddetto "primario".

Il principio di legalità costituisce una emanazione del principio di certezza del diritto, quale principio generale del diritto comunitario, volto a garantire la prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici ricadenti nell'ambito della normativa comunitaria.

Si tratta, in particolare, di una garanzia riconducibile all'esercizio dello *ius puniendi* proprio dello Stato ed incentrata non solo sull'esigenza di preventiva determinazione dei comportamenti e delle correlative sanzioni, ma anche sul rango formale delle norme volte a tipizzare i comportamenti e a disciplinarne le conseguenze sanzionatorie (aventi, per lo più, forma di legge in gran parte degli Stati membri dell'Unione europea).

Anche in ambito comunitario, peraltro, è risultato decisivo il ruolo propulsivo via via assunto dalla Corte di Giustizia, che tende progressivamente a specificare ed arricchire i contenuti del principio, orientandone l'esigenza di rispetto non solo sul piano degli atti normativi europei in materia penale, ma anche in relazione ad ogni fonte penale nazionale attuativa del diritto comunitario e dell'Unione europea.

Né va dimenticato che, in una prospettiva di medio-lungo termine, una tutela ancor più incisiva dovrebbe emergere grazie all'estensione delle

competenze del Giudice comunitario nelle materie del cosiddetto “terzo pilastro” ed all’esplicito richiamo delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali nell’art. 6, par. 1, del Trattato di Lisbona (disposizione che le attribuisce, come è noto, lo stesso valore giuridico dei Trattati).

L’imposizione di un’azione amministrativa conforme al dettato del legislatore ha trovato basi solide nei singoli Stati, pur se in ragione di motivazioni diverse.

In Paesi come la Germania, il procedimento amministrativo ha rappresentato uno sviluppo dello Stato di diritto, “nella misura in cui esso attribuisce una dimensione procedimentale al principio di legalità della pubblica amministrazione”.

Altrove, ad esempio in Francia, l’applicazione del principio è stata favorita in particolare dalla giurisprudenza. Questa ha saputo vincolare il potere esecutivo al rispetto del dettame democratico, influenzando in modo significativo tutti gli altri governi, tra cui quello italiano.

Con la significativa differenza che questi hanno per lo più recepito il principio di legalità in leggi generali sul procedimento mentre la Francia ha lasciato che fosse il giudice a garantirne l’applicazione.

Il principio di imparzialità

Il principio di imparzialità, sancisce la separazione e la neutralità dell'amministrazione rispetto alla politica, ed esso è venuto acquisendo un'importanza crescente negli ultimi anni, in ragione del processo di integrazione.

Infatti, garantendo la separazione attraverso l'imposizione del rispetto di criteri di massima precedentemente fissati, o già seguiti in casi analoghi, conforma tra loro i suddetti principi e l'operato amministrativo della Comunità. In tal senso è stato fondamentale il contributo di Paesi come la Spagna che, forti di un'antica tradizione procedimentale alle spalle, da sempre individuano nell'operato imparziale una garanzia essenziale del procedimento amministrativo.

Nel Regno Unito invece, il rispetto dell'imparzialità è venuto costituendosi nel tempo attraverso la massima informazione per i cittadini. La politica dei *rights to know*, infatti, ha costituito il miglior vincolo per i governi a non esercitare indebite ingerenze sulla sfera decisionale.

Il principio di proporzionalità

Un terzo principio, di proporzionalità, è derivato direttamente dall'interpretazione dottrinale tedesca, in virtù del quale le istituzioni comunitarie non possono imporre obblighi e restrizioni agli amministrati in misura superiore a quella strettamente necessaria a quella finalizzata alla realizzazione degli interessi pubblici loro affidati.

Anche qui si possono svolgere due considerazioni.

Anzitutto, questo principio costituisce un esempio evidente del recepimento nel diritto dell'Unione europea di un principio proprio di alcuni ordinamenti nazionali.

Al tempo stesso, si possono porre in evidenza, con riguardo ai singoli procedimenti amministrativi, le diverse modalità con le quali è stato disciplinato.

In Italia, ad esempio, la proporzionalità si è legata all'esercizio discrezionale di potere amministrativo, fornendo al giudice un metro di valutazione per l'eccesso di potere.

Il principio di sussidiarietà

Infine, il principio di sussidiarietà che, imponendo l'intervento di quel potere in grado di assicurare la realizzazione più efficace degli obiettivi comuni, inevitabilmente incide sulla ripartizione dei compiti tra diversi livelli di amministrazione e sulle relative modalità di svolgimento.

Principio questo che gli Stati europei a struttura fortemente decentrata come la Germania hanno recepito e rielaborato rapidamente.

Nel caso dell'Inghilterra, poi, il principio ha trovato la sua massima attuazione, per il tramite del processo di *agencification*, volto ad instaurare centri operativi vicini all'utenza e con competenze tecniche specifiche.

Al contrario, l'Italia ha intrapreso un lungo processo di riforma costituzionale che è giunto, negli anni, ad attribuire una rilevanza maggiore ai poteri locali.

Va aggiunto che il principio, nella sua accezione "orizzontale", ha operato nel senso di una delimitazione della sfera pubblicistica a fronte di quella privata.

Come osserva la dottrina, ciò è alla base delle tendenze nazionali alla progressiva liberalizzazione di attività soggette ad un forte condizionamento pubblico, nonché alle tendenze alla semplificazione dei procedimenti amministrativi.

Il nucleo dei principi sinteticamente evidenziato permette di giungere ad una prima, importante, conclusione: il diritto amministrativo comunitario e quello dei singoli Stati procedono di pari passo, perché operano sulla base di principi comuni.

Essi cioè determinano una “convergenza verticale” tra *standards* procedurali che accorciano le distanze tra Commissione e cittadini, avvicinando l’una agli altri, e viceversa.

3.2. L’INTEGRAZIONE TRA STRUTTURE PROCEDIMENTALI NAZIONALI E COMUNITARIE: L’ESECUZIONE INDIRETTA DELLE POLITICHE COMUNITARIE

Evidenziati i principi, l’analisi si sofferma sui tre principali modelli di attuazione in via amministrativa del diritto dell’Unione europea: l’esecuzione diretta, quella indiretta e la coamministrazione.

Ad interessare non sono tanto gli aspetti legati allo svolgimento concreto di questi, quanto piuttosto le conseguenze che producono sul fenomeno in esame: l’integrazione tra procedure amministrative.

L'esecuzione indiretta comporta l'attuazione delle norme e delle politiche comunitarie in ragione della quale alla Comunità spetta il compito di ravvicinare le disposizioni (legislative, regolamentari ed amministrative) vigenti negli Stati membri ed a questi ultimi di dare esecuzione del diritto europeo nei rispettivi ordinamenti.

Le pubbliche amministrazioni nazionali operano in qualità di veri e propri uffici di attuazione decentralizzata del diritto comunitario, finendo per essere soggette tanto alle disposizioni del diritto amministrativo interno quanto a quelle comunitarie.

In questo caso l'influenza sui modelli procedimentali amministrativi è uniforme per quanto attiene l'intensità perché la procedura seguita è quella comunitaria e non nazionale. In pratica, nel modello dell'esecuzione indiretta vengono usate procedure nazionali, almeno nel senso che si svolgono di fronte ad autorità nazionali; ma il diritto dell'Unione conforma e a volte armonizza tali procedimenti.

Al tempo stesso, la differenza opera con riferimento al diverso grado di assorbimento dei procedimenti: più rapido ma meno stabile nei Paesi che affidano alla giurisprudenza la ricezione dei principi (es. Francia); più stabile ma meno rapido nei Paesi che disciplinano il procedimento

amministrativo tramite la legge e dunque chiedono tempi burocratici più lunghi affinché questa possa essere modificata ed adattata definitivamente al modello uniforme europeo.

3.3. L'ESECUZIONE DIRETTA E L'INCIDENZA SULLE POSIZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE DEI DESTINATARI

L'esecuzione diretta, da intendersi come attribuzione di rilevanti poteri di vigilanza e controllo alla Commissione, incidendo direttamente sul diritto dei singoli Stati.

In questo tipo di esecuzione vengono attuati procedimenti amministrativi sovranazionali, vale a dire che si svolgono di fronte ad Autorità dell'Unione europea e regolati dal diritto europeo.

Questa circostanza ha dato luogo ad un'ampia controversia di fronte al giudice comunitario, vertente in modo particolare sui diritti della difesa garantiti nei procedimenti amministrativi.

In merito, una giurisprudenza costante della Corte di giustizia ha riconosciuto già a partire dagli anni sessanta l'accessibilità dei soggetti interessati alla documentazione, configurandola alla stregua di un diritto alla partecipazione nella formazione delle politiche decisionali.

Il diritto di accesso ovviamente è stato così recepito e potenziato in tutti gli ordinamenti nazionali. Si ricordano in particolare il caso italiano ed inglese che hanno legato all'accessibilità ai documenti in possesso dell'amministrazione una rivoluzione logistica nel modo di pensare l'azione amministrativa. In senso managerialistico il Regno Unito ed in ottica evoluzionistica l'Italia, preoccupata dalla necessità di implementare l'efficacia e l'efficienza.

3.4. UN ULTERIORE ESEMPIO DI INTEGRAZIONE PROCEDIMENTALE: LA COAMMINISTRAZIONE DELLE POLITICHE COMUNITARIE

L'esecuzione diretta e quella indiretta non solo le uniche modalità gestorie delle decisioni amministrative comunitarie.

È bene ricordare, infatti, che non solo il procedimento amministrativo europeo non si svolge quasi mai a livello sovranazionale, ma che sono ormai rare le ipotesi in cui i singoli Stati non prevedono l'innesto di fasi comunitarie nei rispettivi procedimenti.

Esiste dunque una terza, e significativa, ipotesi da considerare: quella della coamministrazione.

Quell'ipotesi in cui cioè si prevedono procedimenti amministrativi composti, articolati lungo diverse fasi sia nazionali che comunitarie, cui accedono soggetti di natura diversa: la Commissione, i Comitati di settore ed ulteriori organismi di intervento.

Un'ipotesi nella quale è evidente che la scelta di una procedura uniforme risulta non solo auspicabile ma doverosa per garantire la più rapida conclusione e l'efficiente ed efficace realizzazione soddisfacente dell'interesse coinvolto.

Ciò, sebbene si ripresentino le stesse considerazioni problematiche già esposte sulla tutela degli interessati con particolare riguardo alla tipologia di provvedimento da impugnare ed alla legittimazione a ricorrere.

4. IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO IN MATERIA DI INTESE RESTRITTIVE E ABUSI DI POSIZIONE DOMINANTE

La disciplina dei procedimenti di applicazione delle regole in materia di intese e abusi di posizione dominante riveste un ruolo essenziale al fine di garantire che la tutela della concorrenza sia improntata ad un adeguato livello di effettività, in un contesto di trasparenza e certezza giuridica.

La disciplina dei procedimenti *antitrust* in materia di intese e abusi, tendenzialmente unitaria per quanto riguarda la fase istruttoria, risulta dal complesso normativo costituito dalla legge n. 287/90 e dal decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217¹⁷, che, sostituendo il precedente Regolamento di procedura del 1991, ha introdotto una minuziosa regolamentazione delle varie fasi procedurali, dei poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e dei diritti delle parti e dei terzi.

Le procedure istruttorie che regolano lo svolgimento dei procedimenti di competenza dell'Autorità presentano un carattere di specialità rispetto alla disciplina contenuta nella legge 7 agosto 1990, n. 241, che tuttavia,

¹⁷ Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in Gazzetta Ufficiale del 9 luglio 1998, n. 158.

dettando principi generali in materia di procedimento amministrativo, non è priva di rilevanza rispetto alla legge *antitrust*.

I procedimenti innanzi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato possono suddividersi in tre fasi: in primo luogo, la fase pre-istruttoria, che precede l'apertura del procedimento; in secondo luogo, la fase istruttoria propriamente detta, di acquisizione di elementi probatori e di contraddittorio; ed in ultimo, la fase di chiusura del procedimento, con l'adozione del provvedimento finale.

4.1. LA FASE PRE-ISTRUTTORIA E L'ATTIVAZIONE DELL'AUTORITÀ

La fase detta pre-istruttoria precede l'apertura formale di un procedimento ed è quella in cui l'Autorità si "attiva" o ai fini della repressione di un illecito, oppure per pronunciarsi sulla comunicazione volontaria di un'intesa volta ad ottenere un accertamento di compatibilità con l'art. 2 della legge n. 287/90.

Nel primo caso, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato riceve da terzi e raccoglie d'ufficio una *notizia criminis* relativa ad una presunta violazione delle regole di concorrenza, e verifica, sulla base di una deliberazione sommaria, se sia sufficientemente fondata da giustificare l'instaurazione di un procedimento istruttorio.

Nel secondo – residuale – caso, l’Autorità riceve una comunicazione da parte delle imprese parti dell’intesa ai sensi degli artt. 13 o 4 della legge 287/90¹⁸.

4.2. LE DENUNCE E GLI ACCERTAMENTI D’UFFICIO

Ai fini dell’accertamento di infrazioni, l’attivazione dell’Autorità, ai sensi dell’art. 12, comma 1, della legge, può conseguire ad istanze, segnalazioni, denunce di terzi interessati¹⁹ o “autodenunce” sulla base dei programmi di clemenza, o intervenire spontaneamente, a seguito di un’analisi degli elementi in qualunque modo acquisiti e a disposizione dell’Autorità, dando luogo, in entrambe le ipotesi, ad un tipico procedimento d’ufficio, il cui avvio è cioè frutto di una valutazione discrezionale finalizzata a rinvenire i presupposti per svolgere una formale istruttoria.

Le denunce dei terzi costituiscono per l’Autorità il principale e più qualificato strumento di informazione e conoscenza dei fenomeni di

¹⁸ 1. L’Autorità può autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato, intese o categorie di intese vietate ai sensi dell’articolo 2, che diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori e che siano individuati anche tenendo conto della necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale e connessi in particolare con l’aumento della produzione, o con il miglioramento qualitativo della produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico. L’autorizzazione non può comunque consentire restrizioni non strettamente necessarie al raggiungimento delle finalità di cui al presente comma né può consentire che risulti eliminata la concorrenza da una parte sostanziale del mercato. 2. L’Autorità può revocare il provvedimento di autorizzazione in deroga di cui al comma 1, previa diffida, qualora l’interessato abusi dell’autorizzazione ovvero quando venga meno alcuno dei presupposti per l’autorizzazione. 3. La richiesta di autorizzazione è presentata all’Autorità, che si avvale dei poteri di istruttoria di cui all’articolo 14 e provvede entro centoventi giorni dalla presentazione della richiesta stessa.

¹⁹ Pubbliche amministrazioni, privati, associazioni rappresentative di consumatori.

carattere concorrenziale, riguardanti fattispecie complesse di cui sarebbe spesso estremamente difficile venire a conoscenza diretta attraverso altre fonti.

Quando riceve una denuncia, l'Autorità non procede immediatamente all'avvio del procedimento istruttorio, ma dà solitamente corso ad una fase pre-istruttoria di accertamento, di carattere preliminare ed informale²⁰, di consistenza e di intensità variabili in relazione alle caratteristiche del caso di specie.

Questa fase comporta spesso attività di verifica anche complesse, in particolare attraverso l'acquisizione e il riscontro di elementi informativi presso vari soggetti (denunciante, denunciati, terzi).

In questo stadio preliminare delle indagini, la cui durata non è predeterminata dalla legge, l'AGCM non può esercitare poteri formali suscettibili di creare obblighi nella sfera giuridica di terzi, né sono previste e disciplinate dalla legge modalità di assunzione delle

²⁰ L'assoluta informalità della fase pre-istruttoria prevista dall'art. 12 della legge 287/90 è uno dei più significativi punti di divergenza tra la disciplina *antitrust* nazionale e quella comunitaria, che in proposito attribuisce alla Commissione europea, in ogni fase delle indagini, formali poteri di accertamento. E' solo con l'avvio del procedimento che, da un lato, assume rilievo quel complesso di garanzie che presiede allo svolgimento dei procedimenti di competenza delle pubbliche amministrazioni e, dall'altro, si formalizzano i poteri dell'Autorità, esercitati in contraddittorio con le parti.

informazioni, essendo così rimessa alla collaborazione dei soggetti consultati l'acquisizione di elementi informativi²¹.

Si tratta di una fase pre-istruttoria che assolve, nell'ambito dell'attività di accertamento di illeciti concorrenziali, all'importante funzione di consentire all'Autorità, in particolare in caso di denunce, una prima verifica ed una valutazione degli elementi in suo possesso, al fine di decidere se gli stessi giustificano l'apertura di un formale procedimento istruttorio, o se debba procedersi, in caso contrario, all'archiviazione degli atti²².

Qualora l'Autorità, svolti gli opportuni accertamenti e valutati gli elementi in suo possesso, riscontri l'esistenza di presunte violazioni degli artt. 2 o 3 della legge n. 287/90, dispone l'avvio della relativa istruttoria ai sensi dell'art. 14, comma 1.

4.3. I PROGRAMMI DI CLEMENZA

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato può attivarsi anche a seguito della presentazione di una "autodenuncia".

²¹ La legge 287/90 si limita a prevedere il diritto dell'Autorità "di corrispondere con tutte le pubbliche amministrazioni e con gli enti di diritto pubblico, e di chiedere ad essi, oltre a notizie e informazioni, la collaborazione per l'adempimento delle sue funzioni" (art. 10, comma 4), circoscrivendo alla sola fase istruttoria i suoi poteri di accertamento nei confronti delle imprese.

²² Il provvedimento di archiviazione costituisce una tipica decisione "allo stato degli atti", che non preclude all'Autorità il potere di attivarsi in futuro, in presenza di ulteriori elementi informativi sulla medesima fattispecie o se mutino le circostanze di fatto o di diritto che hanno condotto alla "archiviazione" del caso.

Sull'esempio della Commissione europea, del *Department of Justice* statunitense e di numerose altre autorità *antitrust* nazionali che già da tempo dispongono di *leniency programmes* nell'ambito dei rispettivi ordinamenti²³, anche l'Autorità ha infatti di recente adottato un programma di clemenza rivolto alle imprese che abbiano preso parte a “intese e/o pratiche concordate tra due o più concorrenti” e che, denunciandone la propria partecipazione, forniscano all'Autorità *antitrust* elementi che le consentano di svelare un cartello altrimenti destinato a restare segreto ovvero, in alternativa, che ne corrobori in modo decisivo il relativo quadro probatorio.

In cambio della collaborazione fornita, le imprese interessate possono ricevere l'immunità totale ovvero una riduzione, più o meno significativa, della sanzione che sarebbe loro imposta a seguito dell'accertamento della loro partecipazione all'accordo anticoncorrenziale.

I programmi di clemenza ricoprono un ruolo primario nella politica della concorrenza di tutti i principali ordinamenti *antitrust*. Essi difatti rappresentano uno strumento investigativo particolarmente incisivo, in quanto consentono l'acquisizione di materiale probatorio che sarebbe

²³ Il primo programma di clemenza fu adottata negli Stati Uniti nel 1978, allorché fu attribuita all'*Antitrust Division del Department of Justice* la facoltà di concedere immunità dalla responsabilità *antitrust* penale prevista dallo *Sherman Act* agli amministratori che rivelassero l'esistenza di un cartello a cui la loro impresa avesse partecipato.

difficile da reperire senza l'aiuto di un collaboratore interno al cartello, oltre a rivestire una funzione preventiva assai importante, costituendo un deterrente per le imprese che intendano dar vita ad un cartello²⁴, dal momento che destabilizza l'operatività del meccanismo collusivo e crea incertezza o sospetto fra le imprese partecipanti.

4.4. IL PROGRAMMA DI CLEMENZA DELL'AUTORITÀ ANTITRUST

L'art. 15, comma 2-bis, della legge n. 287/90, introdotto dal cosiddetto decreto Bersani del 2006, ha conferito all'Autorità il più ampio potere di definire i casi in cui, *“in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza, la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata ovvero ridotta nelle fattispecie previste dal diritto comunitario”*.

Analogamente a quello comunitario, il sistema italiano di clemenza si riferisce alle intese segrete, finalizzate alla fissazione dei prezzi d'acquisto o di vendita, alla limitazione della produzione o delle vendite o alla ripartizione dei mercati (cosiddetto *hard-core restrictions*).

²⁴ Un **cartello** è un accordo tra più produttori indipendenti di un bene o un servizio per porre in essere delle misure che tendono a limitare la concorrenza sul proprio mercato, impegnandosi a fissarne alcuni parametri quali le condizioni di vendita, il livello dei prezzi, l'entità della produzione, le zone di distribuzione, ecc.

Il sistema italiano replica sostanzialmente l'impostazione adottata in ambito europeo, pur discostandosi sotto alcuni aspetti minori dai referenti normativi comunitari, prevedendo ad esempio la possibilità, a differenza del programma della Commissione, di accordare l'immunità totale anche alle imprese che abbiano costretto altre a partecipare al cartello.

4.5. LA FASE ISTRUTTORIA

Quando l'Autorità, sulla base degli accertamenti svolti e degli elementi in suo possesso, riscontri l'esistenza di presunte violazioni degli artt. 2 o 3 della legge 287/90, delibera, ai sensi dell'art. 14, comma 1, della legge, l'avvio del procedimento, dando corso alla fase istruttoria.

Il Regolamento di procedura 1/2003 prescrive, all'art. 6, comma 3, il contenuto minimo obbligatorio del provvedimento di avvio dell'istruttoria, che, tra l'altro, deve indicare gli elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni.

A seguito della notifica del provvedimento di avvio dell'istruttoria, indirizzata sia alle imprese interessate che ai soggetti titolari di un interesse qualificato che abbiano presentato denunce utili all'avvio dell'istruttoria stessa, possono essere esercitati dall'Autorità i poteri di

accertamento di cui all'art. 14, comma 2 della legge e viene ad instaurarsi il contraddittorio con le parti (artt. 6, comma 3, e 8, comma 1, del Regolamento).

4.6. I POTERI DI ACCERTAMENTO

I poteri di indagine previsti dalla disciplina nazionale a tutela della concorrenza, strumentali all'accertamento degli illeciti concorrenziali, sono simili a quelli attribuiti nella stessa materia alla Commissione europea, - poteri che, a livello comunitario, sono stati ulteriormente rafforzati in seguito all'adozione del Regolamento 1/2003 – e si sostanziano nel potere di richiedere informazioni, di svolgere ispezioni, di effettuare perizie ed analisi economiche, di consultare esperti.

Si tratta di poteri ampi ed incisivi, che attengono tuttavia all'accertamento di infrazioni complesse, specie con riguardo alle intese restrittive della concorrenza, spesso poste in essere dalle imprese “segretamente” e per un lungo periodo di tempo, e quindi particolarmente difficili da investigare.

Richieste di informazioni

Ai sensi dell'art. 14, comma 2, della legge 287/90, l'Autorità può, in ogni momento dell'istruttoria, richiedere alle imprese, enti o persone che ne

siano in possesso, di fornire informazioni e di esibire documenti utili ai fini dell'istruttoria.

L'Autorità *antitrust* dispone di un ampio margine di discrezionalità nell'individuazione delle informazioni da richiedere, che dovranno comunque risultare connesse, sotto un profilo sostanziale e secondo un criterio di necessità e proporzionalità, agli accertamenti in corso (a tal fine, l'Autorità è tenuta ad esplicitare – seppure genericamente – lo scopo per il quale le informazioni sono richieste).

Il novero dei soggetti destinatari delle richieste non è circoscritto alle imprese parti dell'istruttoria, ma ricomprende chiunque sia in possesso di documenti utili a fini istruttori, che deve per ciò solo considerarsi obbligato a fornire le informazioni richieste.

Ai sensi dell'art. 14, comma 5, della legge 287/90, nell'ipotesi in cui i soggetti richiesti di fornire informazioni o documenti rifiutino o omettano, senza giustificato motivo, di fornire informazioni o di esibire documenti, ovvero forniscano informazioni o documenti non veritieri, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria.

Ispezioni

L'ispezione, consistente in un accertamento *in loco* presso le imprese, di regola “a sorpresa”, cioè senza preannuncio alle imprese stesse, costituisce il più incisivo strumento istruttorio a disposizione dell'Autorità *antitrust*, specialmente in quei casi in cui le condotte imprenditoriali oggetto di indagine sono caratterizzate da un regime di “segretezza”.

L'art. 14, comma 2, della legge 287/90 prevede, in particolare, che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato può “*disporre ispezioni al fine di controllare i documenti aziendali e di prenderne copia, anche avvalendosi della collaborazione di altri organi dello Stato*”.

L'individuazione dei poteri ispettivi trova una più puntuale specificazione nell'art. 10, comma 5, del Regolamento di procedura, il quale, oltre a quanto già previsto dalla legge 287/90, attribuisce al funzionario dell'Autorità che procede all'ispezione il potere di “*accedere a tutti i locali, terreni e mezzi di trasporto del soggetto nei cui confronti si svolge l'ispezione*” (lett. a), nonché di “*richiedere informazioni e spiegazioni orali*” (lett. d).

A fronte di questi poteri, che non contemplano la possibilità per l'Autorità *antitrust* di procedere ad un'attività di perquisizione nei

confronti delle imprese, volta alla ricerca e acquisizione diretta dei documenti, le imprese sono tenute a collaborare attivamente, mettendo a disposizione i libri e gli altri documenti aziendali²⁵.

La possibilità di superare la resistenza delle imprese, nel caso di una loro ingiustificata opposizione all'ispezione, è essenzialmente affidata all'attivazione dei poteri coercitivi della Guardia di Finanza, che collabora con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nello svolgimento delle ispezioni, ai sensi dell'art. 54, comma 4, della legge 6 febbraio 1996, n. 52.

Perizie, analisi economiche e statistiche, consultazione di esperti

L'Autorità *antitrust* con provvedimento del Collegio che autorizza le proposte degli uffici, può disporre perizie, analisi economiche e consultazioni di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria (art. 14, comma 2, della legge 287/90 e art. 11 del Regolamento di procedura).

Il ricorso alle competenze di soggetti esterni, secondo un'ampiezza variabile in relazione alle circostanze del caso di specie, può consentire all'Autorità, in una materia caratterizzata da valutazioni economiche

²⁵ Ai sensi dell'art. 10, comma 5, del Dpr. n. 217/1998, nel corso delle ispezioni i soggetti interessati possono farsi assistere da consulenti di propria fiducia, senza tuttavia che l'esercizio di tale facoltà comporti la sospensione dell'ispezione.

complesse, di avvalersi di apporti specialistici di contenuto tecnico per acquisire cognizioni ed elementi idonei a verificare la sussistenza dei presupposti della violazione, sia attraverso la raccolta e l'analisi di elementi idonei a verificare la sussistenza dei presupposti della violazione, sia attraverso la raccolta e l'analisi di elementi istruttori (ad esempio ai fini della determinazione del mercato rilevante o della struttura dei prezzi di un determinato settore) sia attraverso l'elaborazione delle informazioni raccolte (per rilevare con metodi statistici o strumenti di analisi quantitativa, ad esempio, l'uniformità dell'andamento dei prezzi praticati da più imprese in un certo periodo di tempo).

La collaborazione della Guardia di Finanza

Ai sensi dell'art. 54, comma 4, della legge 6 febbraio 1996 n. 52, l'Autorità *antitrust* può avvalersi, nell'espletamento delle istruttorie della collaborazione dei militari della Guardia di Finanza, i quali agiscono avvalendosi dei poteri di indagine previsti ai fini dell'accertamento dell'imposta sul valore aggiunto e delle imposte sui redditi.

Si tratta di una forma di collaborazione istituzionale tesa a conferire la massima efficacia alle indagini dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, per il tramite del ricorso, ai fini del riscontro di infrazioni

alla normativa in materia di concorrenza e pubblicità ingannevole, ad un'amministrazione con funzioni di polizia economico-finanziaria specializzata nell'accertamento e repressione di violazioni di carattere economico.

I rapporti di collaborazione tra l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e la Guardia di Finanza sono regolati da un apposito protocollo di intesa, che definisce le aree e le modalità di collaborazione tra le due amministrazioni²⁶.

4.7. I DIRITTI DELLE IMPRESE INTERESSATE E DEI TERZI

La specifica disciplina della partecipazione delle imprese al procedimento istruttorio è contenuta nel Regolamento di procedura di cui al D.p.r. n. 217/98, che regola in dettaglio le varie fasi procedurali.

Il Regolamento pone una distinzione di fondo tra i soggetti ai quali è stato notificato il provvedimento di avvio dell'istruttoria (le imprese sospettate delle presunte violazioni ed i denunciati che abbiano presentato elementi utili all'avvio del procedimento) e gli altri soggetti ammessi successivamente ad intervenire i procedimento; solo ai primi,

²⁶ P. Fattori e M. Todini, *La disciplina della concorrenza in Italia*, 2010, p. 411.

infatti, è attribuito il diritto al contraddittorio orale, ovvero di essere sentiti in apposite audizioni.

Il diritto di presentare memorie e di essere sentiti

I soggetti ai quali è stato notificato il provvedimento di avvio dell'istruttoria hanno diritto di presentare memorie scritte, documenti, deduzioni e pareri, nonché di essere sentiti in formali audizioni ai sensi dell'art. 14, comma 1, della legge 287/90.

Nel corso delle audizioni essi possono comparire nella persona del proprio rappresentante legale oppure di procuratore speciale munito di apposita documentazione giustificativa del potere di rappresentanza.

È altresì previsto che possono farsi assistere da consulenti di propria fiducia, senza tuttavia che l'esercizio di tale facoltà comporti la sospensione dell'audizione (art. 7, commi 3 e 4, reg. proc.).

L'accesso ai documenti

L'accesso²⁷ ai documenti in possesso dell'Autorità costituisce, specialmente per le imprese “accusate” di presunte violazioni delle regole di concorrenza, una garanzia fondamentale ai fini di un contraddittorio improntato all'effettivo rispetto del principio “della parità delle armi” e dei diritti di difesa, in particolare per consentire alle imprese stesse di poter efficacemente rappresentare il proprio punto di vista sulle violazioni addebitate, per iscritto e oralmente.

Se la legge istitutiva dell'Autorità *antitrust* (legge 287/90) si limita a prevedere la necessità che le procedure istruttorie garantiscano agli interessati, tra l'altro, “*la piena conoscenza degli atti istruttori*” (art. 10, comma 5), in concreto la materia dell'accesso ai *dossier* dell'Autorità è oggetto di una disciplina piuttosto articolata e di una certa complessità.

In primo luogo, va ricordato che, secondo il vigente art. 23, comma 2, della legge 241/90, il “*diritto di accesso nei confronti delle Autorità di garanzia e di vigilanza si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti secondo quanto previsto dall'art. 24*”

²⁷ Il diritto di accesso è disciplinato, in generale, dal Capo V della legge 7 agosto 1990, n. 241, contenente “*Nuove norme sul procedimento amministrativo*”.

La disciplina dell'ordinamento particolare dell'Autorità si rinviene nel Regolamento 217/98, che ha introdotto per la sola fase istruttoria una puntuale regolamentazione dell'accesso ai documenti in possesso dell'Autorità.

La limitazione della disciplina regolamentare alla fase istruttoria è coerente alla caratterizzazione del procedimento *antitrust*, che ricollega l'esercizio dei poteri istruttori dell'Autorità e le correlate garanzie delle parti alla notifica del provvedimento di avvio della fase istruttoria.

Emerge così anche la dimensione essenziale del diritto di accesso, in questo particolare ambito, come strumento di tutela del diritto di difesa delle imprese; l'effettivo rispetto del principio del contraddittorio impone infatti che queste siano messe in grado di conoscere gli elementi di prova posti a fondamento degli addebiti contestati e di manifestare in proposito il proprio punto di vista.

In quest'ottica il diritto di accesso viene riconosciuto dal Regolamento alle imprese interessate, nonché ad eventuali denunciatori ed intervenienti, successivamente all'avvio del procedimento istruttorio e nell'ambito dello stesso, con riferimento ai "documenti formati o stabilmente detenuti

dall'Autorità nei procedimenti concernenti intese, abusi di posizione dominante ed operazioni di concentrazione.

I diritti dei soggetti intervenuti nel procedimento

Il Regolamento di procedura prevede l'apertura del procedimento *antitrust* anche a soggetti diversi dalle imprese interessate e dal denunciante, sebbene in termini restrittivi.

Possono infatti partecipare all'istruttoria i soggetti portatori di interessi pubblici o privati (ad esempio, concorrenti, clienti, fornitori delle imprese interessate), nonché le associazioni rappresentative dei consumatori, cui possa derivare un pregiudizio diretto, immediato ed attuale dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria o dai provvedimenti adottati in esito alla stessa e che facciano motivata richiesta di intervenire entro trenta giorni (termine ordinario) dalla pubblicazione sul bollettino del provvedimento di avvio dell'istruttoria.

I soggetti che partecipano all'istruttoria hanno facoltà di presentare memorie scritte, documenti, deduzioni e pareri di accedere ai documenti (art. 7, commi 1 e 2), ma non hanno il diritto di essere sentiti, pur potendo essere discrezionalmente ammessi dall'Autorità a rappresentare

il proprio punto di vista nell'ambito dell'audizione finale (art. 14, comma 6, reg. proc.).

La comunicazione delle risultanze istruttorie e l'audizione finale

Il Regolamento di procedura 217/98 prevede, a garanzia del contraddittorio, la comunicazione alle imprese interessate delle risultanze istruttorie ispirata alla contestazione degli addebiti (*statement of objection*), tipica dei procedimenti comunitari in materia di concorrenza²⁸.

La comunicazione delle risultanze istruttorie contiene l'indicazione degli elementi di fatto e probatori raccolti nel corso dell'istruttoria, su cui l'Autorità fonderà la propria decisione finale, unitamente alla loro valutazione giuridica.

Tale comunicazione sopperisce al fatto che nel provvedimento di avvio dell'istruttoria, in assenza di poteri di accertamento dell'Autorità nella fase preistruttoria, le infrazioni siano necessariamente delineate, almeno in molti casi, in modo sommario.

²⁸ A differenza della comunicazione delle risultanze istruttorie che interviene nella fase terminale del procedimento dopo che larga parte del contraddittorio si è già consumato (accesso e audizioni informali), in ambito comunitario lo *statement of objection*, il cui scopo è quello di informare le imprese delle infrazioni loro addebitate in modo da consentire di manifestare il proprio punto di vista alla Commissione prima che questi adotti le decisioni di sua competenza, marca generalmente l'inizio dell'istruttoria formale e del contraddittorio.

La comunicazione mira a garantire il contraddittorio ed a consentire alle imprese di difendersi adeguatamente di fronte all'Autorità, presentando memorie e chiedendo di essere sentite in audizione finale.

4.8. LA CHIUSURA DELL'ISTRUTTORIA E LE DECISIONI DELL'AUTORITÀ ANTITRUST

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, a conclusione del procedimento istruttorio, può assumere una serie di decisioni, che sono sostanzialmente corrispondenti a quelle di competenza della Commissione europea.

In linea generale, tutte le decisioni con le quali si conclude il procedimento istruttorio sono obbligatorie nei confronti delle parti, che sono pertanto tenute a rispettarle.

Esse, inoltre, devono essere congruamente motivate, secondo i principi generali dell'ordinamento ed in virtù della loro natura di atti suscettibili di incidere su situazioni giuridiche soggettive di terzi²⁹.

Le decisioni di compatibilità

È possibile (per quanto non frequente) che l'Autorità, ad esito dell'istruttoria avviata, decida che la pratica restrittiva presa in esame non

²⁹ Il provvedimento dell'Autorità deve esplicitare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche poste a base della decisione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria, ma non è necessaria un'analitica confutazione di tutte le deduzioni e gli argomenti delle parti, purché dalla motivazione si ricostruisca puntualmente, l'iter logico-giuridico seguito dall'Autorità.

dia luogo ad un'infrazione; in tal caso, essa assumerà una decisione motivata che accerta la compatibilità della fattispecie esaminata con le regole della concorrenza.

Questa ipotesi deve essere distinta da quella in cui l'Autorità concluda l'istruttoria ritenendo che non siano emerse prove sufficienti di una violazione: in tal caso infatti, pur non essendo stata accertata un'infrazione, non si ha comunque una valutazione positiva circa la compatibilità di una determinata fattispecie con la legge *antitrust*, con la conseguenza che le parti non possono maturare un particolare affidamento circa l'innocuità concorrenziale della propria condotta.

Le decisioni di compatibilità non precludono un successivo intervento dell'Autorità *antitrust* qualora questa abbia motivo di ritenere che si sia determinato un mutamento (o siano acquisiti nuovi elementi probatori) in ordine agli elementi della fattispecie già presa in esame, tale da renderla non più irrilevante ai fini della tutela della concorrenza³⁰.

Le decisioni di accertamento ed inibitoria dell'infrazione

Ai sensi dell'art. 15, comma 1, della legge 287/90, l'Autorità *antitrust*, se a seguito dell'istruttoria svolta ravvisa infrazioni agli artt. 2 e 3, fissa alle

³⁰ P. Fattori e M. Todini, *La disciplina della concorrenza in Italia*, 2010, p. 426.

imprese ed agli enti interessati il termine per l'eliminazione delle infrazioni stesse.

La fissazione, da parte dell'Autorità, di un termine strumentale alla rimozione delle infrazioni, espressamente qualificato dalla legge come "diffida", si configura come un potere ordinatorio, incentrato sull'intimazione rivolta alle imprese a tenere un dato comportamento (l'eliminazione delle infrazioni), entro un termine finale, pena, in caso di inosservanza, l'adozione di un ulteriore provvedimento, di carattere sanzionatorio, adottato a seguito di un apposito procedimento.

La diffida dell'Autorità assume carattere ripristinatorio, tendendo a fare in modo che i destinatari dell'ingiunzione cessino dal porre in essere un dato comportamento ritenuto in violazione dei predetti artt. 2 o 3.

Molto spesso, tuttavia, l'eliminazione dell'infrazione non si realizza con un carattere di immediatezza ma comporta per le imprese una condotta positiva, consistente nell'adozione di tutte quelle misure, strutturali, organizzative o negoziali, necessarie ad adeguare la situazione di fatto e quella di diritto (si può pensare ad esempio, alla modificazione dell'atto costitutivo di un consorzio o di un'associazione di imprese, allo scioglimento di una società comune, alla stipulazione di nuovi contratti

tra un'impresa in posizione dominante ed i propri clienti in sostituzione dei precedenti ritenuti illeciti, all'instaurazione di un rapporto di fornitura, ecc.).

In questi casi, in cui l'eliminazione delle infrazioni richiede attività complesse, la diffida tende al ristabilimento di condizioni di mercato competitive attraverso la rimozione di fattori anticoncorrenziali di natura strutturale o comportamentale.

Le decisioni di accettazione degli impegni

Nel corso del 2006, il decreto Bersani³¹ ha inserito nella legge 287/90 una nuova disposizione (art. 14-ter) ai sensi della quale, *“entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli artt. 2 o 3 della presente legge o degli artt. 101 o 102 del Trattato di Lisbona, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione”*.

L'istituto della decisione con impegni è stato concepito come una deroga all'ordinaria procedura di accertamento, la cui finalità essenziale è evitare il formale accertamento dell'infrazione ipotizzata, risolvendo i problemi

³¹ Art. 14, comma 1. del D.l. n. 223/2006 convertito con modifiche dalla legge 4 agosto 2006.

concorrenziali in tempi più rapidi di quelli normalmente necessari per portare a termine le procedure ordinarie e consentendo di concentrare le risorse amministrative nell'attività di contrasto alle infrazioni più gravi alle regole di concorrenza, significativamente escluse dall'ambito di operatività dell'istituto.

La decisione con impegni, infatti, a fronte di misure volontariamente proposte dalle imprese, consente una chiusura anticipata del procedimento senza che si giunga né all'accertamento della sussistenza o meno delle violazioni prospettate inizialmente dall'Autorità, né all'eventuale irrogazione di sanzioni a carico delle imprese riconosciute responsabili. In sostanza l'istituto degli impegni trae origine dalla volontà di conciliare nell'interesse pubblico due diverse esigenze: da un lato, quella delle imprese a non vedere accertata la propria responsabilità evitando gli effetti negativi connessi ad una decisione di accertamento dell'illecito (principalmente in termini di danno d'immagine e di maggiore facilità per terzi interessati di intraprendere giudizi di risarcimento danni); dall'altro quella dell'Autorità a risparmiare i tempi le

risorse dell'attività istruttoria vedendo rimossi in breve tempo i profili di anticoncorrenzialità ipotizzati³².

Le decisioni di autorizzazione in deroga

Secondo il disposto normativo, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, dopo aver verificato che un'intesa vietata ai sensi dell'art. 2 della legge 287 del 1990 soddisfa le condizioni sostanziali cumulative³³ previste dall'art. 4, può autorizzarla con proprio provvedimento per un periodo di tempo limitato.

L'effetto dell'autorizzazione, o esenzione, è quello di rendere provvisoriamente lecita l'intesa in deroga al divieto legislativamente previsto, precludendo per il futuro sia l'applicazione di sanzioni pecuniarie nei confronti delle parti che hanno presentato l'apposita richiesta, sia che se ne possa invocare la nullità davanti ad un giudice per contrasto con l'art. 2 della citata legge 287/90.

L'art. 4 della legge 287/90 attribuisce all'Autorità il potere di rimuovere in via preventiva, con un provvedimento costitutivo di natura autorizzatoria in senso lato, il divieto legislativamente previsto di

³² Libertini, *La decisione di chiusura del procedimento per illeciti antitrust a seguito di impegni delle imprese interessate*, cit. nota 129, pp. 13-14.

³³ Miglioramento delle condizioni di offerta; sostanziale beneficio per i consumatori; indispensabilità delle restrizioni; non eliminazione della concorrenza da una parte sostanziale del mercato.

realizzare intese restrittive, restando invece preclusa la possibilità di sanare situazioni pregresse mediante un provvedimento con efficacia retroattiva³⁴.

4.9. LE SANZIONI

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato dispone poi del potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nell'ipotesi di condotte ritenute gravemente lesive della concorrenza.

L'esercizio dei poteri sanzionatori è perciò previsto in forma accessoria al potere di diffida, ogni qualvolta la violazione rivesta un carattere di gravità³⁵, nonché nel caso di inottemperanza al provvedimento di accertamento dell'illecito³⁶.

Al fine di garantire un'applicazione effettiva della normativa *antitrust*, ha assunto sempre maggiore rilevanza il ricorso allo strumento sanzionatorio, non solo rispetto all'attività di accertamento e repressione, caso per caso, di singoli illeciti, ma anche, in un'ottica più ampia, per il

³⁴ Si veda AGCM, 24 ottobre 1996, *Consorzio Parmigiano Reggiano*, Boll. n. 43/1996 e *Relazione annuale dell'Autorità*, 1997, p. 176.

³⁵ Art. 15, legge n. 287/90.

³⁶ Ai sensi del comma 2 dell'art. 15 “*In caso di inottemperanza alla diffida di cui al comma 1, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato ovvero, nei casi in cui sia stata applicata la sanzione di cui al comma 1, di importo minimo non inferiore al doppio della sanzione già applicata con un limite massimo del dieci per cento del fatturato individuato al comma 1, determinando altresì il termine entro il quale il pagamento della sanzione deve essere effettuato. Nei casi di reiterata inosservanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa fino a trenta giorni*”.

perseguimento di obiettivi ritenuti rilevanti nel quadro di una efficace politica di concorrenza e per orientare il comportamento delle imprese.

L'art. 15, comma 1 della legge n. 287/90 e la modifica normativa del 2001

Anteriormente al 2006 la disciplina sanzionatoria di cui alla legge n. 287/90 è stata oggetto di una significativa modifica legislativa.

In particolare, l'art. 11, comma 4, della legge 57/2001³⁷, con un intervento mirato sull'art. 15, comma 1, della legge n. 287/90, ha eliminato il limite minimo della sanzione pecuniaria allora previsto per le infrazioni agli artt. 2 o 3 della stessa legge e, nel contempo, soppresso il riferimento ai *“prodotti oggetto dell'intesa o dell'abuso di posizione dominante”*, che delimitava il fatturato sul quale commisurare la sanzione irrogata dall'Autorità.

Per effetto della modifica, che ha sostanzialmente equiparato sotto questo profilo il sistema nazionale a quello comunitario, le imprese che commettano le predette infrazioni sono soggette, quando queste rivestano carattere di gravità, ad una sanzione amministrativa pecuniaria in misura non superiore al dieci per cento del loro fatturato totale, realizzato nell'esercizio chiuso anteriormente alla diffida ad esse rivolta.

³⁷ Legge 5 marzo 2001, n. 57, recante *Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati*, in Gazzetta Ufficiale del 20 marzo 2001, n. 66.

In tal modo è stata garantita, là dove necessario, la funzione dissuasiva della sanzione stessa rispetto alla violazione delle regole di concorrenza (oltre a consentire all’Autorità un più agevole accertamento del fatturato rilevante ai fini sanzionatori) e, con l’eliminazione del limite minimo della sanzione, si è recuperato un sostanziale margine di flessibilità alla politica sanzionatoria dell’Autorità *antitrust*.

Caratteristica peculiare della disciplina sanzionatoria in esame è quella di collocarsi in una delicata “zona di confine” fra diritto nazionale e diritto comunitario della concorrenza.

Da una parte, infatti, l’art. 15, comma 1, della legge 287/90, che prevede l’applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie commisurate sul fatturato delle imprese responsabili delle infrazioni.

Per altro verso, la disciplina sanzionatoria è però caratterizzata dal rinvio, operato dall’art. 31 della legge *antitrust*, alle disposizioni della legge 24 novembre 1981, n. 689 (“Modifiche al sistema penale”).

Proprio in virtù di tale rinvio, il giudice amministrativo ha precisato che le sanzioni amministrative pecuniarie per le violazioni in materia di intese e abusi presentano connotati punitivi, affini a quelli delle sanzioni penali.

La loro applicazione costituisce, ai sensi dell'art. 15, comma 1, atto dovuto qualora si accerti la "gravità" delle infrazioni, che dipende a sua volta, essenzialmente, dalla natura dei comportamenti tenuti dalle imprese, sotto il profilo della loro idoneità a restringere la concorrenza, e da una serie di ulteriori parametri che l'ampia casistica comunitaria e nazionale consente ormai di enucleare compiutamente³⁸.

³⁸ Fra questi, gli effetti dell'infrazione, il numero e la dimensione delle parti coinvolte, il volume ed il valore dei prodotti e dei servizi oggetto della violazione, i benefici economici tratti dalla violazione, il contesto economico e legale nel quale si pone l'infrazione, la consapevolezza delle parti di porre in essere una condotta in contrasto con le norme a tutela della concorrenza. In particolare sulla base dei principi comunitari e nazionali risulta che per la loro stessa natura gli accordi orizzontali di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazione della produzione, generalmente segreti, costituiscono le più gravi restrizioni della concorrenza.

5. IL CONTROLLO GIURISDIZIONALE DEI PROVVEDIMENTI DELL'AUTORITÀ

5.1. IL RUOLO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

I provvedimenti adottati dall'Autorità in applicazione alla disciplina *antitrust* sono sottoposti al controllo giurisdizionale del giudice amministrativo, TAR del Lazio in primo grado e Consiglio di Stato in appello (art. 33, comma 1).

La novità della normativa e l'affidamento della sua applicazione ad un'autorità specializzata con spiccate caratteristiche di indipendenza ed autonomia hanno infatti posto in primo piano, nelle fasi di prima applicazione della legge, le problematiche relative alla natura e alle funzioni dell'Autorità e al suo difficile collocamento nell'ordinamento come autorità indipendente.

Il tema di controllo giurisdizionale è di conseguenza emerso, specie nel dibattito dottrinale, principalmente in relazione alle caratteristiche istituzionali dell'Autorità e all'esigenza di trovare un equilibrio fra il suo ruolo di autorità incaricata di applicare la legge a tutela della concorrenza e quello del giudice incaricato di vagliarne i provvedimenti.

In questo contesto, da una parte si è posto il problema di individuare gli eventuali confini del controllo giurisdizionale sulle decisioni di un'autorità indipendente e altamente specializzata, con riguardo specialmente al sindacato sull'eccesso di potere come possibile tramite di un controllo invasivo di scelte riservate dall'Autorità, mentre dall'altra si è evidenziata la necessità di una tutela giurisdizionale piena ed adeguata, nel timore che, a fronte di interventi particolarmente incisivi delle situazioni giuridiche dei privati, possano delinarsi aree di tutela giurisdizionale "attenuata"³⁹.

Per altro verso, in considerazione della novità del modello organizzativo dell'Autorità *antitrust* come autorità indipendente e delle caratteristiche della relativa disciplina, ci si è interrogati sull'adeguatezza di una riproposizione senza adattamenti delle procedure di controllo giurisdizionale della legittimità degli atti tipiche di altri settori della pubblica amministrazione, anche con riferimento alla effettiva necessità di mantenere un doppio grado di giurisdizione e ai limiti dell'attività istruttoria in sede di giurisdizione esclusiva.

Non è mancato chi ha reclamato il trasferimento del controllo giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità al giudice ordinario sia in

³⁹ R. Caranta, *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, p. 166.

nome di una maggiore familiarità dell'autorità giudiziaria ordinaria con le problematiche affrontate dall'Autorità, sia perché le controversie *antitrust* trattate dal giudice amministrativo sarebbero soggette ad un controllo giurisdizionale limitato ad una verifica di sola legittimità, con la conseguenza, anche per le limitazioni processuali subite dal giudice, di una scarsa tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei privati nell'ambito di tale contenzioso⁴⁰.

Inoltre, il ruolo assolutamente preponderante, nei primissimi anni di applicazione della legge, della fase cautelare, poco adeguata per l'acquisizione e la valutazione da parte dei giudici delle complesse evidenze di carattere tecnico ed economico tipiche delle controversie in materia *antitrust*, ha costituito inizialmente un freno all'instaurazione di una corretta dialettica fra il giudice e l'Autorità.

Lo sviluppo del contenzioso relativo agli atti dell'Autorità *antitrust* e la sua concentrazione presso il TAR del Lazio ed il Consiglio di Stato in sede di appello hanno infatti comportato, da parte del giudice amministrativo, una progressiva familiarizzazione con la materia ed una maggiore comprensione della sua logica di fondo in materia di concorrenza.

⁴⁰ G. Ghidini, V. Falce, *Giurisdizione antitrust, l'anomalia italiana*, in "Mercato concorrenza regole", 2, 1999, p. 317.

Il vero e proprio punto di svolta, peraltro, può essere individuato nell'entrata in vigore della riforma del processo amministrativo (legge 205/2000), che ha reso assai meno frequente il ricorso alla tutela cautelare, favorendo di contro una più celere trattazione nel merito delle controversie e la formazione di un ampio *corpus* giurisprudenziale⁴¹.

5.2. LE AZIONI ESPERIBILI DAVANTI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO

In sede di ricorso al giudice amministrativo avverso i provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sono esperibili varie azioni. L'interessato che si ritiene lesa da un provvedimento dell'Autorità chiederà al giudice, nell'ambito di un'azione costitutiva, l'annullamento in tutto o in parte del provvedimento (diffida e/o sanzione) di cui asserisce l'illegittimità.

L'art. 33, comma 1, individua l'oggetto dei ricorsi nei provvedimenti amministrativi adottati sulla base delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV della legge 287/90.

Possiamo distinguere i provvedimenti impugnabili fra quelli adottati in materia di intese ed abusi da una parte e di concentrazione dall'altra.

⁴¹ L'art. 7 della citata legge di riforma ha previsto, a favore del giudice amministrativo, la possibilità di avvalersi, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile e, in particolare, della consulenza tecnica d'ufficio.

Fra i provvedimenti inerenti le intese e gli abusi vanno certamente annoverati quelli di diffida e/o sanzione di cui all'art. 15, comma 1, ivi compresi i provvedimenti di accertamento di incompatibilità con l'art. 2 di un'intesa comunicata volontariamente, il rigetto di un'istanza di autorizzazione in deroga ai sensi dell'art. 4, nonché della revoca dell'autorizzazione.

Costituiscono altresì atti impugnabili i provvedimenti sanzionatori rispettivamente previsti dall'art. 15, comma 2, per i casi di inottemperanza alla diffida e dall'art. 14, comma 5, per il rifiuto o l'omissione di fornire informazioni e documenti richiesti dall'Autorità o la trasmissione di informazioni e documenti non veritieri.

In materia di concentrazioni, sono anzitutto impugnabili i provvedimenti di divieto dell'operazione di cui all'art. 6, quelli di sospensione temporanea dell'operazione di cui all'art. 17, comma 1, nonché i provvedimenti correttivi di cui all'art. 18, comma 3.

Sono altresì impugnabili i provvedimenti di cui all'art. 6, comma 2, con cui l'Autorità, in esito all'istruttoria, autorizza la concentrazione prescrivendo le misure necessarie ad impedire le conseguenze di cui al comma 1.

6. LA TUTELA DEGLI ILLECITI DELLA CONCORRENZA

Prima di passare ad esaminare dei casi concreti di fattispecie anticoncorrenziali, che saranno trattati nei prossimi capitoli, è doveroso parlare del mercato rilevante (contesto in cui vengono perpetrate questi tipi di illeciti della concorrenza) e delle due principali fattispecie anticoncorrenziali: l'intesa restrittiva della concorrenza e l'abuso di posizione dominante.

6.1. IL MERCATO RILEVANTE

Nel valutare la rilevanza anticoncorrenziale di una condotta di impresa (intesa o abuso di posizione dominante), è essenziale comprendere se l'impresa o le imprese a cui si imputa tale condotta detengano, unilateralmente o congiuntamente, un potere di mercato⁴².

Analogamente, nel valutare l'impatto concorrenziale di una concentrazione, occorre essenzialmente verificare se dall'aggregazione delle imprese parti dell'operazione consegua un potere di mercato

⁴² Per "potere di mercato" deve intendersi la capacità di una o più imprese di aumentare il prezzo di un dato prodotto o servizio in maniera durevole o profittevole, senza che ciò determini una riduzione delle vendite tale da rendere, in ultima analisi, l'aumento stesso del prezzo non proficuo per l'impresa o le imprese interessate.

suscettibile di restringere o eliminare la concorrenza, con grave pregiudizio per i concorrenti e i consumatori.

Il potere di mercato di un'impresa va determinato misurandolo in rapporto alle altre imprese che si pongono con essa in una relazione di concorrenza diretta e attuale.

La definizione di un mercato rilevante è uno degli strumenti per identificare e definire lo scenario nel quale si svolge il rapporto di concorrenza fra imprese. Essa permette di stabilire la struttura all'interno della quale i principi di politica di concorrenza sono applicati dalle competenti autorità.

Lo scopo principale della definizione del mercato è identificare in modo sistematico i vincoli competitivi con cui le imprese interessate si devono confrontare. La definizione del mercato permette, fra l'altro, di calcolare le quote di mercato che consentono l'identificazione di una posizione dominante.

Un mercato rilevante è definito sia in base al prodotto, sia geograficamente.

In sintesi, con la definizione di mercato rilevante si cerca di stabilire quali sono i vincoli concorrenziali che le imprese oggetto di valutazione si

trovano a sopportare e che sono perciò in grado di condizionare le loro condotte concorrenziali eventualmente disciplinandole, ossia impedendo lo sfruttamento del potere di mercato a scapito dei consumatori.

6.2. LE INTESE RESTRITTIVE DELLA CONCORRENZA

Tutti gli ordinamenti in cui è presente una disciplina *antitrust* prevedono, tra le proprie regole fondamentali, il divieto per le imprese di porre in essere intese restrittive della concorrenza. Se, d'altra parte, si considera che l'obiettivo delle moderne normative a tutela della concorrenza è quello di preservare la struttura competitiva del mercato, al fine di incrementare il benessere dei consumatori e di assicurare un'efficiente allocazione delle risorse, risulta intuitivo come non tutte le intese vadano considerate automaticamente restrittive della concorrenza per il solo fatto di limitare l'autonomia delle imprese coinvolte nella determinazione della propria politica commerciale.

Si consideri, ad esempio, l'ipotesi di due o più imprese, anche concorrenti dirette, che costituiscono una *joint venture*⁴³ o pongono in essere un'altra forma di collaborazione per la produzione di un bene che ciascuna di esse non avrebbe potuto realizzare individualmente, in

⁴³ Contratto con cui due o più imprese, anche appartenenti a stati diversi, si impegnano a collaborare nella realizzazione di un determinato progetto per suddividere i rischi e sfruttare le reciproche competenze.

ragione degli investimenti e della tecnologia richiesti; ovvero di un contratto, stipulato tra un produttore ed un rivenditore, dove il secondo si impegna a distribuire i prodotti del primo assicurando degli elevati *standards* qualitativi di immagine a fronte della garanzia di non esclusiva territoriale.

Si tratta evidentemente di ipotesi di intese che, pur ponendo un limite all'autonomia contrattuale delle parti, presentano degli aspetti procompetitivi, in ragione di benefici che generano sotto varie forme⁴⁴ a vantaggio dei consumatori e dell'intera collettività.

Le intese nella disciplina nazionale

L'art. 2 della legge 287/90, sulla falsariga dell'art. 101 del Trattato di Lisbona, vieta le intese⁴⁵ tra imprese *“che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante”*.

La norma esemplifica poi le più tipiche forme di intese anticoncorrenziali, che sono quelle volte alla: fissazione dei prezzi o di

⁴⁴ L'innovazione, la qualità dei prodotti, la razionalizzazione ed il risparmio dei costi di distribuzione, ecc..

⁴⁵ La nozione di intesa, rilevante ai fini dell'applicazione del divieto, ricomprende gli accordi tra imprese, le pratiche concordate, nonché le deliberazioni di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari.

altre condizioni contrattuali; limitazione della produzione o degli accessi al mercato; compartimentazione del mercato; discriminazione delle condizioni commerciali applicate; imposizione di prestazioni supplementari estranee all'oggetto dei contratti.

Naturalmente si tratta di un'elencazione esemplificativa e sicuramente non esaustiva⁴⁶.

Un'ulteriore distinzione di uso comune è quella tra intese orizzontali ed intese verticali: le prime intervengono tra soggetti operanti nello stesso mercato, mentre le seconde coinvolgono imprese operanti su mercati distinti, ma relativi a prodotti o servizi collocati in stadi successivi di un medesimo processo produttivo.

Gli elementi costitutivi di un'intesa

Gli elementi costitutivi di un'intesa sono: la presenza di due o più imprese indipendenti cui imputare la condotta anticoncorrenziale; un coordinamento, realizzato in qualunque forma, fra queste imprese; un oggetto o un effetto restrittivo della concorrenza; la consistenza dell'intesa⁴⁷.

⁴⁶ P. Fattori e M. Todini, *La disciplina della concorrenza in Italia*, 2010, p. 60.

⁴⁷ L'art. 2 della legge 287/90 richiede, un ulteriore requisito, che l'intesa riguardi una parte rilevante del territorio nazionale.

6.3. L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

Il concetto di posizione dominante (altrimenti detta “dominanza”) che il nostro legislatore ha fatto proprio ispirandosi al modello comunitario corrisponde a ciò che gli economisti *antitrust* definiscono “potere di mercato”, vale a dire la capacità di un’impresa di aumentare i propri prezzi al di sopra dei livelli competitivi in maniera durevole e profittevole.

La Corte di Giustizia ha definito la posizione dominante come “*una situazione di potenza economica grazie alla quale l’impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in un’ultima analisi, dei consumatori*”⁴⁸.

In sostanza, tale nozione si incentra sulla capacità di un’impresa di decidere le proprie strategie commerciali senza subire sostanziali condizionamenti da parte degli altri attori del mercato, nell’ordine concorrenti, clienti e fornitori, proprio in ragione del potere di mercato di cui l’impresa dominante beneficia, inteso come il potere di praticare prezzi sovracompetitivi o di stabilire altre condizioni contrattuali senza

⁴⁸ Corte di Giustizia, 13 febbraio 1979, *Hoffmann La Roche/Commission*, C-85/76, Racc. p. 461.

temere una reazione degli altri attori del mercato che possa neutralizzare l'efficacia delle proprie pratiche commerciali.

L'abuso di posizione dominante nella disciplina interna

Il nostro legislatore, seguendo il modello comunitario, ha previsto la fattispecie del divieto dell'*abuso di posizione dominante* nell'art. 3 della legge n. 287 del 1990.

In sostanza, la norma, che riproduce quasi testualmente il corrispondente art. 102 del Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea, non ha la funzione di impedire l'acquisizione di una posizione dominante, o addirittura il monopolio, ma solamente lo sfruttamento abusivo di tale posizione.

L'accertamento della posizione dominante

L'art. 3 della legge 287/90 non definisce la nozione di dominanza, né prevede criteri, quantitativi (come soglie in termini di quote di mercato), o qualitativi, in virtù dei quali accertare la sussistenza di una posizione dominante; tali criteri, comunque, si ricavano da una consolidata prassi e giurisprudenza comunitaria, recepita peraltro fedelmente in ambito nazionale dall'Autorità.

Concretamente, la tappa preliminare per la valutazione della sussistenza di una posizione dominante in capo ad un'impresa è la determinazione del mercato geografico⁴⁹ o del prodotto⁵⁰ nell'ambito del quale tale impresa esercita il suo potere di mercato rispetto ai concorrenti.

Una volta definito il mercato, l'accertamento della posizione dominante dipende da un'analisi delle caratteristiche strutturali del mercato e delle imprese che vi operano del tutto comparabile a quella propria delle concentrazioni, con l'avvertenza che la natura diversa dei procedimenti ivi esaminati comporta inevitabilmente una differente prospettiva, da cui discendono implicazioni rilevanti.

I parametri valutativi da utilizzare per accertare la sussistenza di una posizione dominante sono costituiti, in buona sostanza, da quei criteri che da un punto di vista economico si ritengono indicativi della sussistenza del potere di mercato.

⁴⁹ Il mercato geografico rilevante identifica l'ambito territoriale in cui le imprese interessate sono attive nella domanda e nell'offerta dei prodotti o dei servizi, ed in cui le condizioni della concorrenza sono sufficientemente omogenee e che possono essere distinti da zone limitrofe, perché le condizioni concorrenziali sono sensibilmente differenti in quelle zone.

⁵⁰ In generale, un mercato di prodotto rilevante contiene tutti quei prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili in base alle caratteristiche del prodotto, dei prezzi e dell'uso progettato. Vanno anche considerati i prodotti e/o i servizi che potrebbero essere immessi prontamente sul mercato da altri produttori senza costo significativo di commutazione o dai competitori potenziali a costo ragionevole ed entro un periodo limitato anche devono essere considerati.

Tra i parametri di valutazione va indicato in primo luogo la quota di mercato, che rappresenta incontestabilmente il principale indicatore della sussistenza del potere di mercato in capo ad un'impresa⁵¹. La verifica delle quote di mercato non va effettuata in termini assoluti, ma nel quadro di una valutazione comparativa che tenga conto della posizione degli altri concorrenti sul mercato.

Pertanto, se in talune circostanze, in presenza di quote ben superiori al 40%, si esclude nondimeno la sussistenza di una posizione dominante per la presenza dei concorrenti altrettanto forti, in altre situazioni un'impresa può risultare dominante anche qualora detenga meno del 40% del mercato, nel caso in cui, ad esempio, la restante parte del mercato risulti attribuibile a diversi concorrenti di dimensione poco significativa, che risultino tutti largamente distanziati dall'impresa leader del mercato⁵².

Analogamente, assume rilievo la verifica della stabilità nel tempo delle quote di mercato, e più in generale della posizione di dominanza. Generalmente, un periodo di cinque anni è considerato un arco

⁵¹ In linea generale, quote di mercato a partire dal 40% possono essere indicative della sussistenza di una posizione dominante.

⁵² AGCM, 27 novembre 2003, *Enel Trade-Clienti idonei* Boll. n. 48/2003, dove Enel Energia è stata considerata dominante nel mercato della vendita di energia elettrica ai clienti idonei con una quota pari a circa il 37%.

temporale sufficientemente lungo su cui verificare la stabilità di quote di mercato.

Oltre alla quota di mercato, vanno poi considerati tutti quei fattori idonei ad assicurare vantaggi concorrenziali significativi all'impresa di cui si intende accertare la posizione dominante, come, fra l'altro: le ingenti capacità economiche e finanziarie dell'impresa; la disponibilità di *know-how* e di diritti di proprietà intellettuale e industriale che consentono di assicurarsi una supremazia tecnologica; l'elevato grado di integrazione verticale; una reputazione consolidata presso i consumatori; lo sviluppo della rete di distribuzione; la gamma dei prodotti offerti; la presenza di barriere all'entrata e l'assenza di concorrenza potenziale; l'assenza di una domanda concentrata caratterizzata da un forte potere di acquisto.

II. IL PROCEDIMENTO *ANTITRUST* I729 – GARA D’APPALTO PER LA SANITÀ: APPARECCHIATURE PER LA RISONANZA MAGNETICA

1. PREMESSA

Dopo aver illustrato la disciplina generale del procedimento amministrativo, in questo capitolo si esaminerà la metodologia procedurale instaurata dall’Autorità *antitrust* in un caso di intesa restrittiva⁵³ della concorrenza.

Nel caso in esame, in particolare, si parlerà del procedimento amministrativo avviato dall’Autorità *antitrust*, nei confronti di alcune società operanti nel campo della fornitura di attrezzature medico-sanitarie per l’approvvigionamento di apparecchiature per la risonanza magnetica.

Tale procedimento è scaturito a seguito della ricezione, da parte dell’Autorità *antitrust*, di una denuncia, fatta da una società operante nel

⁵³ L’art. 2 della legge 287/90, sulla falsariga dell’art. 101 del Trattato di Funzionamento dell’Unione Europea, vieta le intese tra imprese “che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all’interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante”.

medesimo ambito lavorativo (settore sanitario), inerente una presunta violazione delle regole sulla concorrenza.

Dopo aver brevemente riportato in sintesi il fatto, che ha portato all'avvio del procedimento amministrativo, si è continuato ad analizzare il quadro procedurale. In particolare, in questo capitolo si è parlato del mercato rilevante che ha interessato il procedimento amministrativo e commentato le varie fasi procedurali che hanno portato, in ultimo, alla decisione finale dell'Autorità *antitrust*. In ultima analisi sono state fatte alcune considerazioni conclusive e si è cercato di rispondere ad alcuni quesiti circa il ruolo svolto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'ambito del procedimento in argomento.

Infine, è stato illustrato anche un paragrafo su cui è stato riportato il ricorso, avverso le decisioni prese dall'Autorità *antitrust*, effettuato, dalle parti coinvolte le procedimento amministrativo, al TAR del Lazio.

2. FATTO

Il 4 agosto 2010, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha esaminato la denuncia presentata dalla società GE Medical Systems Italia in merito ad una presunta intesa volta a determinare l'esito della gara di rilevanza comunitaria, indetta nel 2009 da una società pubblica per l'acquisto/noleggio di apparecchiature elettromedicali di diagnostica per immagini (destinate ad alcune strutture sanitarie della Campania), per un importo di circa 9 milioni di euro.

Nel corso dell'istruttoria è emerso che i rappresentanti di quattro società leader del settore (Alliance Medical, Siemens, Toshiba Medical Systems Italia e Philips), in una prima fase, hanno scambiato le valutazioni svolte internamente delle aziende sul nuovo bando di gara e, successivamente, hanno concordato le modalità per ottenere una ripartizione dei diversi lotti dell'appalto: in particolare, Philips e Toshiba non avrebbero partecipato in prima persona alla gara, ottenendo però l'assicurazione di poter fornire ad Alliance Medical quattro apparecchiature di cui era previsto il noleggio.

Secondo l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, tale intesa è stata portata a conoscenza dei vertici aziendali che ne hanno condiviso i contenuti.

L'Autorità *antitrust*, dopo aver rigettato gli impegni presentati dalle società, giudicati manifestamente inadeguati a superare i comportamenti anticoncorrenziali emersi nel corso dell'istruttoria, ha ritenuto responsabili le quattro società di violazione dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, indipendentemente dall'esito della gara.

3. ANALISI DEL QUADRO PROCEDURALE E COMMENTO AL PROCEDIMENTO

Dopo aver brevemente esposto i fatti, andiamo ora ad analizzare il procedimento cercando di ricostruire le varie fasi procedurali ripercorse mettendole a confronto con quelle di cui si è parlato nel capitolo precedente, inerente la parte generale del procedimento amministrativo.

3.1. IL MERCATO RILEVANTE

Nel caso in argomento l'Autorità *antitrust* ha individuato il mercato rilevante⁵⁴ interessato dalle condotte oggetto del procedimento. Il settore interessato è quello della produzione e vendita di apparecchiature elettromedicali di diagnostica per immagini e della fornitura di assistenza e manutenzione post-vendita. In considerazione delle sue peculiarità, la gara bandita da SO.RE.SA. il 17 giugno 2009, è stata giudicata

⁵⁴ La definizione di un mercato rilevante è uno degli strumenti per identificare e definire lo scenario nel quale si svolge il rapporto di concorrenza fra imprese.

dall’Autorità *antitrust* idonea ad individuare il mercato rilevante⁵⁵ oggetto del presente procedimento.

Infatti, la specificità di ciascuna delle sette installazioni di apparecchiature per la risonanza magnetica (presso ciascuna diversa azienda ospedaliera interessata) nonché il modello di pagamento “misto” prescelto dalla stazione appaltante (nella forma dell’acquisto per tre apparecchiature e del noleggio per le altre quattro) costituiscono circostanze idonee a differenziare la domanda espressa nell’ambito della gara centralizzata bandita da SO.RE.SA. per conto di quattro strutture sanitarie della Regione Campania.

3.2. LA SEGNALAZIONE

Come, già detto in precedenza, in data 20 gennaio 2010, è pervenuta una segnalazione⁵⁶ da parte di GE Medical Systems Italia S.p.A. relativa a

⁵⁵ Il mercato rilevante combina il mercato del prodotto e il mercato geografico definiti come segue: il mercato del prodotto rilevante comprende tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell’uso al quale sono destinati; il mercato geografico rilevante comprende l’area in cui le imprese interessate forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee.

⁵⁶ Le denunce dei terzi costituiscono per l’Autorità il principale e più qualificato strumento di informazione e conoscenza dei fenomeni di carattere concorrenziale, riguardanti fattispecie complesse di cui sarebbe spesso estremamente difficile venire a conoscenza diretta attraverso altre fonti.

presunte distorsioni della concorrenza relative alla gara d'appalto bandita dalla SO.RE.SA. in data 17 giugno.

Analizzando questa prima fase si sottolinea che con la segnalazione in argomento è stata attivata l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che, come vedremo in seguito, ha avviato una fase pre-istruttoria.

Questo tipo di procedura, come dettato dalle norme in materia, prevede che l'Autorità *antitrust* riceve da terzi e raccoglie d'ufficio una *notizia criminis* relativa ad una presunta violazione delle regole di concorrenza, e verifica, sulla base di una deliberazione sommaria, se sia sufficientemente fondata da giustificare l'instaurazione di un procedimento istruttorio.

Entrando nel particolare, quando riceve una denuncia e decide di intervenire, l'Autorità *antitrust* non procede immediatamente all'avvio del procedimento istruttorio, ma dà solitamente corso ad una fase pre-istruttoria di accertamento, di carattere preliminare ed informale⁵⁷.

⁵⁷ L'assoluta informalità della fase pre-istruttoria prevista dall'art. 12 della legge 287/90 è uno dei più significativi punti di divergenza tra la disciplina *antitrust* nazionale e quella comunitaria, che in proposito attribuisce alla Commissione europea, in ogni fase delle indagini, formali poteri di accertamento. E' solo con l'avvio del procedimento che, da un lato, assume rilievo quel complesso di garanzie che presiede allo svolgimento dei procedimenti di competenza delle pubbliche amministrazioni e, dall'altro, si formalizzano i poteri dell'Autorità, esercitati in contraddittorio con le parti.

3.3. LA FASE PRE-ISTRUTTORIA

La fase pre-istruttoria comporta spesso attività di verifica anche complesse, come l'acquisizione e il riscontro di elementi informativi presso vari soggetti (denunciante, denunciati, terzi).

Ciò premesso, nel caso in esame l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a seguito della segnalazione della società GE Medical Systems Italia è intervenuta ed ha acquisito elementi informativi.

In particolare, l'Autorità *antitrust* dall'analisi delle informazioni fornite in relazione alla gara bandita da SO.RE.SA per la fornitura di apparecchiature per risonanza magnetica, ha rilevato elementi che riconducono all'esistenza di un coordinamento tra le società Siemens Healthcare Diagnostics S.r.l., Philips S.p.A., Toshiba Medical Systems S.r.l. e Alliance Medical S.r.l., volto a limitare il confronto concorrenziale tra le stesse.

Per l'Autorità *antitrust* le predette società, nel corso di un incontro tenutosi il 6 luglio 2009, potrebbero aver definito congiuntamente le modalità di partecipazione alla gara, condizionando le possibilità di partecipazione e di aggiudicazione del relativo contratto di fornitura,

sebbene Alliance Medical S.r.l. in particolare non appaia essere una diretta concorrente dei produttori di apparecchiature elettromedicali.

E la stessa Autorità *antitrust* ha ritenuto che i comportamenti sopra descritti sono stati potenzialmente idonei a pregiudicare il commercio intracomunitario e pertanto appaiono integrare gli estremi per un'infrazione dell'articolo 101 del Trattato di Lisbona.

Analizzando questo tipo di procedura individuiamo, nel caso in esame, un tipico caso in cui il procedimento viene avviato d'ufficio.

Infatti, l'Autorità *antitrust* dopo aver ricevuto la segnalazione e valutato, in maniera discrezionale, gli elementi acquisiti ha proceduto all'avvio di una formale istruttoria.

3.4. LA FASE ISTRUTTORIA

L'avvio del procedimento

In data 4 febbraio 2010 è stato avviato il procedimento I729 nei confronti delle società Toshiba Medical Systems S.r.l., Philips S.p.A., Siemens Healthcare Diagnostics S.r.l e Alliance Medical S.r.l., volto ad accertare eventuali violazioni dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

In questo caso l'Autorità *antitrust*, dopo aver svolto gli opportuni accertamenti e valutati gli elementi in suo possesso, ha riscontrato l'esistenza di presunte violazioni di cui artt. 2 o 3 della legge n. 287/90, (rispettivamente relative alle intese restrittive della concorrenza ed all'abuso di posizione dominante), ed ha disposto l'avvio di un'istruttoria⁵⁸ ai sensi dell'art. 14, comma 1.

L'attività ispettiva

In data 12 maggio 2010 sono stati svolti accertamenti ispettivi nei confronti della Società Regionale Sanità – SO.RE.SA S.p.A. per acquisire informazioni più dettagliate sugli atti di gara e sulle offerte concretamente presentate dai partecipanti alla stessa.

In questa fase l'Autorità *antitrust* ha utilizzato i poteri di indagine previsti dalla disciplina nazionale a tutela della concorrenza, strumentali all'accertamento degli illeciti concorrenziali. Questi si sostanziano nel potere di richiedere informazioni, di svolgere ispezioni, di effettuare perizie ed analisi economiche, di consultare esperti.

⁵⁸ Art. 14, comma 1. L'Autorità, nei casi di presunta infrazione agli articoli 2 o 3, notifica l'apertura dell'istruttoria alle imprese e agli enti interessati. I titolari o legali rappresentanti delle imprese ed enti hanno diritto di essere sentiti, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, nel termine fissato contestualmente alla notifica ed hanno facoltà di presentare deduzioni e pareri in ogni stadio dell'istruttoria, nonché di essere nuovamente sentiti prima della chiusura di questa.

Si tratta di poteri ampi ed incisivi, che attengono tuttavia all'accertamento di infrazioni complesse, specie con riguardo alle intese restrittive della concorrenza, spesso poste in essere dalle imprese "segretamente" e per un lungo periodo di tempo, e quindi particolarmente difficili da investigare.

L'accesso ai documenti

Tutte le parti del procedimento hanno esercitato il diritto di accesso agli atti totalmente o parzialmente accessibili del procedimento.

In questo caso le parti, si sono avvalse di una specifica disciplina della partecipazione delle imprese al procedimento istruttorio che è contenuta nel Regolamento di procedura che regola in dettaglio le varie fasi del procedimento.

Questo diritto, in particolare, prevede che "l'accesso⁵⁹ ai documenti in possesso dell'Autorità *antitrust* costituisce, specialmente per le imprese accusate di presunte violazioni delle regole di concorrenza, una garanzia fondamentale ai fini di un contraddittorio improntato all'effettivo rispetto del principio della parità delle armi e dei diritti di difesa, in particolare per consentire alle imprese stesse di poter efficacemente

⁵⁹ Il diritto di accesso è disciplinato, in generale, dal Capo V della legge 7 agosto 1990, n. 241, contenente "Nuove norme sul procedimento amministrativo".

rappresentare il proprio punto di vista sulle violazioni addebitate, per iscritto e oralmente”.

Il diritto di presentare memorie e di essere sentiti

La società SO.RE.SA e tutte le parti del procedimento sono state sentite nel corso di audizioni con gli Uffici dell’Autorità *antitrust* ed hanno, altresì, depositato memorie difensive e documenti contenenti ulteriori informazioni sui comportamenti oggetto di accertamento e sul contesto in cui questi si inseriscono.

Premesso che il Regolamento di procedura 1/2003, che regola in dettaglio le varie fasi procedurali, pone una distinzione di fondo tra i soggetti ai quali è stato notificato il provvedimento di avvio dell’istruttoria e gli altri soggetti ammessi successivamente ad intervenire nel procedimento, in questo caso si sottolinea che solo ai primi, ossia alle società individuate come parti del procedimento, è stato attribuito il diritto al contraddittorio orale, ovvero di essere sentiti in apposite audizioni.

Le decisioni di accettazione degli impegni

Nel periodo che va dal 25 giugno al 1 ottobre 2010 Alliance Medical, Philips, Siemens e Toshiba hanno presentato, ai sensi dell’articolo 14-ter

della Legge 10 ottobre 1990, n. 287, un set di impegni⁶⁰ ritenuti potenzialmente idonei a rimuovere i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria in corso.

Le parti in questa occasione si sono avvalse una disposizione, inserita nella legge 287/90 dal cosiddetto decreto Bersani: “la decisione di accettazione degli impegni”.

L'istituto della decisione con impegni è stato concepito come una deroga all'ordinaria procedura di accertamento, la cui finalità essenziale è evitare il formale accertamento dell'infrazione ipotizzata, risolvendo i problemi concorrenziali in tempi più rapidi di quelli normalmente necessari per portare a termine le procedure ordinarie e consentendo di concentrare le risorse amministrative nell'attività di contrasto alle infrazioni più gravi alle regole di concorrenza, significativamente escluse dall'ambito di operatività dell'istituto.

La decisione con impegni, infatti, consente una chiusura anticipata del procedimento senza che si giunga né all'accertamento della sussistenza o

⁶⁰ Art. 14-ter ai sensi della quale, “entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli artt. 2 o 3 della presente legge o degli artt. 101 o 102 del Trattato di Lisbona, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione”.

meno delle violazioni prospettate inizialmente dall'Autorità, né all'eventuale irrogazione di sanzioni a carico delle imprese riconosciute responsabili.

In sostanza l'istituto degli impegni trae origine dalla volontà di conciliare nell'interesse pubblico due diverse esigenze: da un lato, quella delle imprese a non vedere accertata la propria responsabilità evitando gli effetti negativi connessi ad una decisione di accertamento dell'illecito; dall'altro quella dell'Autorità a risparmiare i tempi e le risorse dell'attività istruttoria vedendo rimossi in breve tempo i profili di anticoncorrenzialità ipotizzati.

Nel valutare se accettare gli impegni o proseguire con l'istruttoria, l'Autorità *antitrust* gode comunque di ampi margini di discrezionalità, che derivano dall'esigenza di operare non solo una valutazione tecnica circa l'idoneità degli impegni a far venir meno i profili concorrenziali oggetto dell'istruttoria, ma anche un giudizio di opportunità circa la rinuncia a procedere all'accertamento dell'eventuale infrazione⁶¹.

Tuttavia, se la discrezionalità dell'Autorità è massima al momento di scegliere la continuazione del procedimento istruttorio o l'accettazione

⁶¹ Laddove l'istruttoria riguardi infrazioni di rilevanza comunitaria con conseguente applicazione degli artt. 101 e 102 del Trattato di Lisbona, l'Autorità prima di prendere una decisione con impegni dovrà inoltre informare la Commissione ai sensi dell'art. 11, comma 4, Regolamento 1/2003

degli impegni, deve però parimenti riconoscersi che quando l'Autorità decide di accettare determinati impegni, ciò implica che, sotto la propria responsabilità, essa ha valutato che l'interesse pubblico è servito al meglio dell'accettazione ed attuazione degli impegni stessi.

Ciò premesso, l'Autorità, dopo aver valutato l'idoneità di tali impegni, nella riunione del 10 novembre 2010 ne ha disposto il rigetto ritenendoli manifestamente inidonei a far venire meno i profili anti-concorrenziali oggetto dell'istruttoria.

Così facendo l'Autorità *antitrust*, è intervenuta, in tale situazione decisionale, in modo negativo, rigettando gli impegni, perché ha preferito accertare l'infrazione per stabilire un chiaro precedente o per prevenire la reiterazione di talune condotte, oppure semplicemente per evitare di privare la sanzione della propria efficacia deterrente.

Questo dimostra che anche ove l'attuazione degli impegni sia idonea a determinare la cessazione delle possibili infrazioni, l'Autorità *antitrust* conserva comunque il potere di perseguire le infrazioni così cessate.

Comunicazione delle risultanze istruttorie

In data 4 maggio 2011 è stata inviata - dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato alle parti del procedimento - la Comunicazione delle risultanze istruttorie.

Questa fase del procedimento è disciplinata dal Regolamento di procedura 217/98 che prevede, a garanzia del contraddittorio, la comunicazione alle imprese interessate delle risultanze istruttorie ispirata alla contestazione degli addebiti (*statement of objection*), tipica dei procedimenti comunitari in materia di concorrenza.

In particolare, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato dopo aver indicato gli elementi di fatto e probatori raccolti nel corso dell'istruttoria, comunica la propria decisione finale alle parti.

La predetta comunicazione, come già detto, mira a garantire il contraddittorio ed a consentire alle imprese di difendersi adeguatamente di fronte all'Autorità, infatti le parti a seguito della stessa hanno presentato memorie e chiesto di essere sentite in un'audizione finale.

L'audizione dinanzi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Le parti, in data 30 giugno 2011 e 1 luglio 2011 hanno trasmesso memorie e documenti in vista dell'Audizione finale dinanzi al Collegio.

In data 6 luglio 2011, i rappresentanti delle società Toshiba Medical Systems S.r.l., Philips S.p.A., Siemens Healthcare Diagnostics S.r.l, Siemens S.p.A. e Alliance Medical S.r.l. sono stati sentiti in audizione dinanzi all'Autorità.

In questa fase le parti, ai sensi dell'art. 6, comma 4 del Regolamento di procedura, si sono avvalse del diritto di essere sentite in formali audizioni davanti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ai sensi dell'art. 14, comma 1 della legge 287/90, al fine di comunicare e far valere le proprie ragioni in merito alle condotte anticoncorrenziali contestate.

Le censure operate dalle parti nel corso del procedimento e nelle memorie finali riguardano, sostanzialmente, alcuni aspetti di carattere procedurale ed altri relativi, invece, al merito delle condotte contestate.

In particolare, le eccezioni sollevate dai soggetti giuridici interessati al procedimento in argomento sono quelle: relative alla violazione dell'articolo 101 del Trattato di Lisbona ed all'errata definizione del

mercato rilevante; riguardanti la collocazione temporale dell'incontro e rilevanza della stessa impossibilità di imputare le eventuali condotte illecite alle società parti del procedimento; attinenti alla reale natura del presunto accordo ed alla sua inidoneità a produrre effetti restrittivi.

In pratica: per le parti non sarebbe ravvisabile nel caso di specie, né sarebbe stato adeguatamente motivato dagli Uffici, il pregiudizio al commercio fra gli Stati membri; tutte le parti del procedimento affermano che la riunione presso la sede di Alliance Medical si sarebbe tenuta il 6 agosto 2009 e non il 6 luglio 2009, come erroneamente riportato nel verbale della riunione citata. In tal senso le parti osservano che la documentazione prodotta a sostegno di tale tesi non sarebbe stata adeguatamente valutata dagli Uffici; tutte le parti del procedimento hanno contestato l'imputabilità alle rispettive società delle condotte contestate in quanto alla riunione sarebbero state presenti solo persone fisiche sprovviste del potere di rappresentare le aziende e vincolarle ai contenuti di un presunto accordo; non si tratterebbe di un accordo ripartitorio di natura orizzontale (intesa restrittiva della concorrenza), ma di una semplice proposta di fornitura avanzata da Alliance Medical ai propri clienti abituali, integrante un accordo di natura verticale tutt'altro che illecito.

3.5. LA CHIUSURA DELL'ISTRUTTORIA

Le risultanze istruttorie

L'attività dell'Autorità *antitrust* si sostanzia essenzialmente nella produzione di decisioni in merito a determinate fattispecie, attraverso una valutazione che si risolve nel qualificare determinati atti o comportamenti in termini di liceità o illecità. In tal senso, la caratteristica dei poteri dell'Autorità *antitrust* è rappresentata dal potere di accertamento degli illeciti concorrenziali.

Ciò premesso, dalle risultanze istruttorie del procedimento in argomento emerge che le società Toshiba Medical Systems S.r.l., Philips S.p.A., Siemens S.p.A. e Alliance Medical S.r.l., hanno adottato un insieme di comportamenti integranti un'intesa vietata ai sensi dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

In particolare, le società Toshiba Medical Systems S.r.l., Philips S.p.A., Siemens S.p.A. e Alliance Medical S.r.l. risultano aver alterato le normali dinamiche competitive che avrebbero dovuto caratterizzare l'elaborazione delle strategie di partecipazione alla gara bandita dalla Società Regionale per la Sanità S.p.A. in data 17 giugno 2009 per l'acquisto e noleggio di apparecchiature per risonanza magnetica. Lo

scambio di informazioni e il conseguente accordo concluso nel corso di una riunione precedente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, tenutasi presso la sede di Alliance Medical, hanno influenzato significativamente la decisione di ciascuna impresa partecipante sull'atteggiamento strategico da adottare in relazione alla gara.

La decisione dell'Autorità *antitrust*

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, a conclusione del procedimento istruttorio, può assumere una serie di decisioni, che sono sostanzialmente corrispondenti a quelle di competenza della Commissione europea.

In linea generale, tutte le decisioni con le quali si conclude il procedimento istruttorio sono obbligatorie nei confronti delle parti, che sono pertanto tenute a rispettarle.

Esse, inoltre, devono essere congruamente motivate, secondo i principi generali dell'ordinamento ed in virtù della loro natura di atti suscettibili di incidere su situazioni giuridiche soggettive di terzi.

Nel caso in argomento sono state irrogate sanzioni amministrative nei confronti di tutte le parti interessate al procedimento.

Infatti, l'Autorità *antitrust*, ai sensi dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, ha disposto l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato da ciascuna impresa nell'ultimo esercizio, considerate la gravità e la durata delle stesse infrazioni.

La gravità e la durata delle infrazioni

Sulla base delle risultanze istruttorie, è stato accertato che l'intesa tra le società Toshiba Medical Systems S.r.l., Philips S.p.A., Siemens S.p.A. e Alliance Medical S.r.l. ha avuto per oggetto la ripartizione concordata della fornitura oggetto della gara SO.RE.SA ed ha determinato l'alterazione dell'equilibrio concorrenziale che si sarebbe determinato in assenza dell'accordo potendo condizionare, per tale via, l'esito della gara stessa.

Si è trattato di un complesso di comportamenti, effettuato dalle società coinvolte nel procedimento, considerato tra le violazioni gravi dell'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea suscettibile di pregiudicare il commercio fra gli Stati membri dell'Unione. Qui, l'intesa restrittiva della concorrenza ha visto coinvolti i principali operatori multinazionali del settore, che si caratterizzano per un notevole rilievo sia in termini di volumi che di valore.

In particolare, i cartelli orizzontali che si applicano ad un intero Stato membro o a parte rilevante dello stesso sono normalmente in grado di pregiudicare il commercio tra stati membri in quanto hanno, per loro natura, l'effetto di consolidare la compartimentazione dei mercati a livello nazionale, ostacolando così l'integrazione economica voluta dal Trattato di Lisbona.

Le sanzioni

L'Autorità *antitrust* ha proceduto pertanto alla irrogazione della sanzione nei confronti delle società coinvolte sulla base dei criteri previsti dall'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, che, nei casi di infrazioni gravi, dispone l'applicazione di una sanzione fino al 10% del fatturato totale realizzato da ciascuna impresa nell'ultimo esercizio, considerati la gravità e durata delle violazioni, nonché dei criteri di cui all'articolo 11 della legge n. 689/81, come richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, ovvero la gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche.

Al fine di quantificare la sanzione, ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 689/1981, come richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, sono state considerate la gravità della violazione, le condizioni economiche, il

comportamento delle imprese coinvolte e le eventuali iniziative volte a eliminare o attenuare le conseguenze delle violazioni.

Per calcolare l'importo base della sanzione⁶² per le società Siemens, Alliance Medical e Philips, si è preso a riferimento il fatturato realizzato dalle società coinvolte nel procedimento a livello nazionale per la vendita di apparecchiature per la risonanza magnetica alle strutture pubbliche nel 2009.

Relativamente alla gravità dell'infrazione, nel richiamare le considerazioni già svolte, l'Autorità *antitrust* ha rilevato che le condotte accertate costituiscono un'intesa volta alla limitazione del confronto concorrenziale nel settore della fornitura di apparecchiature per la risonanza magnetica. Tale infrazione ha rappresentato pertanto una grave restrizione della concorrenza.

Coerentemente con quanto stabilito dalla Comunicazione della Commissione per il calcolo delle ammende l'Autorità ha preso in considerazione alcune circostanze che comportano un incremento o una riduzione dell'importo di base.

⁶² Tenuto conto degli Orientamenti contenuti nella Comunicazione della Commissione.

Ai fini della quantificazione della sanzione è stato considerato, infatti, il ruolo svolto nell'infrazione.

In particolare, sul punto, l'Autorità *antitrust* ha tenuto conto del fatto che la società Alliance Medical S.r.l. ha svolto un ruolo di primo piano nella promozione dell'intesa, avendo convocato i diversi produttori all'incontro e consultato ciascuna struttura sanitaria interessata al fine di individuare eventuali preferenze da considerare quali criteri su cui basare l'accordo ripartitorio.

Al fine di garantire una reale efficacia deterrente alla sanzione, infine, coerentemente a quanto previsto dalla Comunicazione, è stata considerata, inoltre, la dimensione economica complessiva di ogni singola impresa, anche in considerazione dell'appartenenza a gruppi multinazionali.

3.6. LA DELIBERA DELL'ANTITRUST

A conclusione del procedimento I729 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha deliberato che le società Alliance Medical S.r.l., Siemens S.p.A., Philips S.p.A. e Toshiba Medical Systems S.r.l. hanno posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'articolo 101 del Trattato di Lisbona, avente per oggetto l'alterazione

del confronto concorrenziale realizzata attraverso lo scambio di informazioni sensibili e il coordinamento delle strategie commerciali; che le imprese si astengano in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata; che, in ragione di quanto indicato nella motivazione, vengano applicate le sanzioni amministrative pecuniarie ai seguenti soggetti:

Alliance Medical S.r.l.	341.250 €
Siemens S.p.A.	1.102.500 €
Philips S.p.A.	3.953.250 €
Toshiba Medical Systems S.r.l.	141.750 €

Modalità di pagamento

La stessa Autorità *antitrust* ha disposto che le sanzioni così determinate dovranno essere pagate entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando l'apposito modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997.

Tra le altre precisazioni, nella delibera sono state indicate anche le modalità di presentazione⁶³ del modello F24, che può essere presentato in formato cartaceo presso gli sportelli delle banche, di Poste Italiane S.p.A. e degli Agenti della Riscossione o in alternativa può essere presentato telematicamente, con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di home-banking e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito internet www.agenziaentrate.gov.it.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore ad un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

⁶³ Ai sensi dell'articolo 37, comma 49, del decreto-legge n. 223/2006, i soggetti titolari di partita IVA, sono obbligati a presentare il modello F24 con modalità telematiche.

Degli avvenuti pagamenti deve essere data immediata comunicazione all'Autorità, attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Ai sensi dell'articolo 26 della medesima legge, le imprese che si trovano in condizioni economiche disagiate possono richiedere il pagamento rateale della sanzione.

La notifica del provvedimento amministrativo

Il provvedimento nr. 22648, emanato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, è stato debitamente notificato alle società coinvolte nel procedimento e pubblicato sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Si sottolinea che come previsto dalla norme in materia, con la notifica⁶⁴ il provvedimento in argomento ha acquisito la sua efficacia nei confronti delle parti coinvolte nel procedimento amministrativo instaurato dall'Autorità *antitrust*.

⁶⁴ La notifica può essere effettuata anche nelle forme stabilite per la notifica agli irreperibili nei casi previsti dal codice di procedura civile. Qualora per il numero dei destinatari la comunicazione personale non sia possibile o risulti particolarmente gravosa, l'amministrazione provvede mediante forme di pubblicità idonee di volta in volta stabilite dall'amministrazione medesima. Il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati non avente carattere sanzionatorio può contenere una motivata clausola di immediata efficacia. I provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati aventi carattere cautelare ed urgente sono immediatamente efficaci.

4. ALCUNI QUESITI

Dopo aver analizzato e commentato le varie fasi procedurali del procedimento amministrativo posto in essere dall'Autorità *antitrust* nel suesposto caso di intesa restrittiva della concorrenza, al fine di effettuare una ulteriore analisi critica alla disciplina procedurale seguita dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, possiamo ipotizzare alcune domande che ci aiutano ad affrontare altri aspetti finora non evidenziati.

In particolare, alcune delle domande che ci si potrebbe porre sono: la disciplina procedurale *antitrust*, attuata in questo caso di intesa restrittiva della concorrenza, risponde ad una logica del contraddittorio tra le parti, o essa risponde piuttosto ad una logica funzionale diversa?; quale ruolo ha rivestito l'Autorità *antitrust* nel procedimento amministrativo I729?; quali sono i punti di forza e debolezza del procedimento amministrativo I729?

Prima di rispondere a questi quesiti, bisogna fare una premessa.

Nell'esperienza ormai ventennale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in Italia, si individuano alcune tendenze non contingenti, che riflettono modificazioni profonde nel modo di atteggiarsi del potere pubblico negli ordinamenti contemporanei e,

almeno in parte, anticipano e rendono visibili sviluppi di portata più generale.

Fra queste tendenze spicca, per consistenza e rilevanza, l'emersione sempre più frequente, dell'attività dell'Autorità *antitrust* come nella dottrina e nella giurisprudenza in materia, di una nuova configurazione della legalità quale base e canone per l'esercizio dei poteri dell'Autorità *antitrust*, soprattutto in sede di sindacato giurisdizionale, come una sostituzione della (carente) legalità sostanziale con una (rafforzata) legalità procedurale. Come si legge nei *leading cases* in materia "nei settori regolati dalle Autorità, e in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio"⁶⁵.

Si può, infatti, ritenere, per un verso, che la sostituzione della legalità sostanziale con la legalità procedurale sia la necessaria compensazione di una mancanza o carenza, lasciando così aperta la questione della piena legittimazione dell'attività dell'Autorità Garante della Concorrenza e del

⁶⁵ Consiglio di Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007; Consiglio di Stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2201.

Mercato, e più in generale dell'attività di autorità indipendenti, in ordinamenti tradizionalmente dominati dal diritto legislativo⁶⁶.

Si può, per altro verso, cogliere nel fenomeno di sostituzione il segno dell'affermazione di nuovi strumenti e forme di esercizio e legittimazione del potere pubblico, quale risposta a domande non esaudibili nei paradigmi del passato.

La disciplina procedurale *antitrust*, attuata in questo caso di intesa restrittiva della concorrenza, risponde ad una logica del contraddittorio tra le parti, o essa risponde piuttosto ad una logica funzionale diversa?

Ciò premesso, l'Autorità *antitrust* opera sostanzialmente nel quadro di procedimenti di tipo para-giurisdizionale, caratterizzati da un ampio spazio dedicato al contraddittorio. La fase del procedimento amministrativo in cui, oltre all'acquisizione di elementi probatori, avviene il contraddittorio è quella, propriamente detta, istruttoria.

Pertanto, possiamo rispondere affermativamente alla domanda che ci siamo posti, ossia che questo procedimento amministrativo si basa sicuramente su una logica del contraddittorio.

Infatti, come abbiamo visto nei paragrafi precedenti, le parti coinvolte nel procedimento e facenti parte dell'intesa restrittiva della concorrenza

⁶⁶ M.R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010.

hanno esercitato il diritto di accesso agli atti. Esse attraverso questo diritto hanno esercitato una garanzia fondamentale ai fini di un contraddittorio improntato all'effettivo rispetto del principio della parità delle armi e dei diritti di difesa, in particolare per consentire alle imprese stesse di poter efficacemente rappresentare il proprio punto di vista sulle violazioni addebitate, per iscritto e oralmente.

Alle stesse società, inoltre, è stato attribuito il diritto al contraddittorio orale, ovvero di essere sentite in apposite audizioni.

Infine, tale diritto al contraddittorio, è stato garantito dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, dopo aver indicato gli elementi di fatto e probatori raccolti nel corso dell'istruttoria, attraverso la comunicazione della decisione finale alle parti.

La predetta comunicazione, infatti, come già detto, mira a garantire il contraddittorio ed a consentire alle imprese di difendersi adeguatamente di fronte all'Autorità, infatti le parti a seguito della stessa hanno presentato memorie e chiesto di essere sentite in un'audizione finale.

Quale ruolo ha rivestito l'Autorità *antitrust* nel procedimento amministrativo I729?

L'attività dell'Autorità *antitrust* si sostanzia essenzialmente nella produzione di decisioni in merito a determinate fattispecie, attraverso

una valutazione che si risolve nel qualificare determinati atti o comportamenti in termini di liceità o illecità. In tal senso, la caratteristica dei poteri della predetta Autorità è rappresentata dal potere di accertamento degli illeciti concorrenziali. Essa opera sostanzialmente nel quadro di procedimenti caratterizzati dalle garanzie tipiche dei procedimenti amministrativi, vale a dire dal contraddittorio tra le parti interessate e dal pieno esercizio dei diritti di difesa.

Ciò premesso, nel procedimento I729, l'Autorità *antitrust* ha rispecchiato il suo ruolo. Infatti, nell'ambito delle fasi del procedimento amministrativo, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha utilizzato i poteri di accertamento per valutare e qualificare determinati atti o comportamenti.

Nel nostro caso, dalle risultanze istruttorie del procedimento in argomento, l'Autorità *antitrust* ha determinato che le società Toshiba Medical Systems S.r.l., Philips S.p.A., Siemens S.p.A. e Alliance Medical S.r.l., hanno adottato un insieme di comportamenti integranti un'intesa vietata ai sensi dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

Quali sono i punti di forza e debolezza del procedimento amministrativo I729?

La centralità del contraddittorio nella disciplina procedurale comporta sicuramente un punto di forza, rispetto all'ordinaria azione amministrativa, del diritto di difesa degli interessati, perché è anche attraverso il contraddittorio che si forma la decisione finale e lo scrutinio di quest'ultima da parte del giudice si basa anche sulla pienezza ed effettività della partecipazione degli interessati al procedimento.

Infatti, nel nostro caso di intesa restrittiva della concorrenza, nella valutazione finale effettuata dall'Autorità *antitrust* si è tenuto conto - anche se in maniera negativa ai fini della risoluzione della controversia - del contraddittorio esercitato dalle parti attraverso la presentazione di memorie e l'effettuazione di audizioni.

Proprio la rilevanza del contraddittorio fra le parti comporta, però, per altro verso, un'attenuazione del principio di tipicità⁶⁷, almeno se inteso nella sua tradizionale configurazione di vincolo conformativo per gli atti amministrativi. Quel vincolo è tanto più forte, infatti, quanto più è

⁶⁷ Il principio di tipicità è quel principio appartenente ai soli atti definiti amministrativi ossia a quegli atti, espressione dell'attività della Pubblica Amministrazione, che sono previsti solo ed esclusivamente per legge.

possibile operare un confronto tra i caratteri dell'atto quali in astratto prescritti dalla legge e i caratteri dell'atto concretamente adottato.

La legalità procedurale, basata appunto principalmente sul procedimento amministrativo e sulle sue regole – in primis le garanzie di accesso, contraddittorio, partecipazione – è dotata, infatti, del grado di flessibilità necessario per adattarsi ad ordinamenti ed architetture istituzionali molto diversi e del grado di efficacia necessario per assicurare almeno una misura minima di trasparenza dell'attività svolta e delle decisioni prese.

Alla legittimazione dall'alto ed *ex ante* tipica del diritto legislativo si sostituisce, così, in ambiti che lo stesso diritto legislativo non è in grado di regolare compiutamente, una legittimazione dal basso ed *ex post*, che presenta naturalmente numerosi profili critici – a partire dal fatto che la partecipazione è spesso riservata solo ai diretti interessati, escludendo gli interessi di terzi che pure sono coinvolti – ma si va sempre più espandendo con l'elaborazione di canoni, criteri e principi di azione e di decisione che vanno assumendo carattere generale, al di là delle specifiche aree o materie per le quali hanno trovato iniziale applicazione.

In questo caso di intesa restrittiva della concorrenza, si rileva che tenuto conto del Regolamento di procedura 1/2003, che regola in dettaglio le

varie fasi procedurali, è stata posta una distinzione di fondo tra i soggetti ai quali è stato notificato il provvedimento di avvio dell'istruttoria e gli altri soggetti ammessi successivamente ad intervenire nel procedimento, in particolare, si sottolinea che solo ai primi, ossia alle società individuate come parti del procedimento, è stato attribuito il diritto al contraddittorio orale, ovvero di essere sentiti in apposite audizioni.

Infatti, i soggetti che partecipano all'istruttoria hanno facoltà di presentare memorie scritte, documenti, deduzioni e pareri di accedere ai documenti (art. 7, commi 1 e 2), ma non hanno il diritto di essere sentiti, pur potendo essere discrezionalmente ammessi dall'Autorità a rappresentare il proprio punto di vista nell'ambito dell'audizione finale (art. 14, comma 6, reg. proc.).

E, come evidenziato prima, si ritiene che questa esclusione di altri soggetti, che potrebbero intervenire nel contraddittorio apportando ulteriori elementi utili per la valutazione finale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, rappresenti un punto di debolezza della disciplina procedurale che caratterizza il procedimento amministrativo *antitrust*.

5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

In definitiva, dalla ricostruzione delle condotte poste in atto dalle parti delineata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, emerge una significativa alterazione del meccanismo concorrenziale riconducibile allo scambio di informazioni sensibili ed alla conclusione di un'intesa vietata tra Alliance Medical, Siemens, Toshiba e Philips, volta alla determinazione congiunta delle modalità di partecipazione alla gara bandita da SO.RE.SA per la fornitura di apparecchiature elettromedicali in violazione dell'articolo 101 del Trattato di Funzionamento Unione Europea.

Nell'ambito della ricostruzione delle fasi del procedimento, l'Autorità *antitrust*, ha evidenziato che la consapevole condivisione delle informazioni sulla valutazione interna effettuata da ciascuna società in relazione alla possibile partecipazione alla gara, la successiva elaborazione congiunta delle modalità di partecipazione alla stessa e dei ruoli da attribuire a ciascuna società, in un'ottica di ripartizione, pro-quota, della fornitura, hanno determinato condizioni di concorrenza diverse da quelle che si sarebbero verificate in assenza dell'accordo.

Pertanto, la scelta di Philips e Toshiba di non partecipare alla gara, così come la scelta di Siemens di partecipare alla gara in ATI⁶⁸ con Alliance Medical Srl, sono state sicuramente influenzate dall'accordo che ha inciso sull'elaborazione, non più autonoma, delle strategie commerciali.

Con tali iniziative, l'autonomia, che dovrebbe caratterizzare le attività delle imprese, è stata compromessa e condizionata dal perseguimento di un disegno anticoncorrenziale suscettibile di ridurre il numero dei potenziali partecipanti alla gara bandita da SO.RE.SA. e di falsare, pertanto, il confronto concorrenziale in sede di gara.

La documentazione acquisita in atti ha fornito l'evidenza dell'alterazione dei meccanismi concorrenziali. L'intesa restrittiva della concorrenza, in argomento, infatti, riassume tutti i principali contenuti delle intese orizzontali *hard core* in quanto, essendo finalizzata alla ripartizione della fornitura e alla determinazione congiunta delle modalità di partecipazione alla gara ha condizionato sia gli esiti della gara bandita da SO.RE.SA. e sia le condizioni finali di fornitura offerte alla stessa stazione appaltante.

⁶⁸ Associazione Temporanea d'Impresa.

L'intesa in esame risulta inoltre presentare il carattere di consistenza coinvolgendo imprese che cumulativamente detengono, a livello nazionale, una quota aggregata pari a circa il 68% delle vendite.

Per quanto attiene all'irrogazione della sanzione nei confronti delle società coinvolte, l'Autorità *antitrust* ha tenuto conto della gravità delle infrazioni applicando la sanzione fino al 10% del fatturato totale realizzato nell'anno 2009.

Al fine di quantificare le sanzioni, sopra descritte, sono state considerate la gravità della violazione, le condizioni economiche, il comportamento delle imprese coinvolte e le eventuali iniziative volte a eliminare o attenuare le conseguenze delle violazioni ed, in proposito, la limitazione del confronto concorrenziale nel settore della fornitura di apparecchiature per la risonanza magnetica ha rappresentato una grave restrizione della concorrenza.

Al fine di garantire una reale efficacia deterrente alla sanzione, infine, coerentemente a quanto previsto dalla Comunicazione, è stata considerata, inoltre, la dimensione economica complessiva di ogni singola impresa, anche in considerazione dell'appartenenza a gruppi multinazionali.

6. IL RICORSO AL TAR

L'Autorità *antitrust*, nella delibera ha, altresì, indicato il termine e l'organo giurisdizionale a cui le società implicate possono ricorrere in giudizio⁶⁹.

Indicando sul provvedimento nr. 22648 che “Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera b⁷⁰, del Codice del processo amministrativo⁷¹, entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso”.

In merito, recentemente c'è stato un ulteriore sviluppo della vicenda, in quanto le parti si sono avvalse della possibilità di ricorrere in giudizio ed hanno presentato un ricorso al TAR del Lazio, avverso la decisione

⁶⁹ Art. 3, comma 4 Legge 241/90. In ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere.

⁷⁰ Il giudice dichiara, anche d'ufficio, il ricorso inammissibile quando è carente l'interesse o sussistono altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito.

⁷¹ Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

dell'Autorità Garante delle Comunicazioni e del Mercato espressa con il provvedimento nr. 22648.

Il predetto organo giurisdizionale, in data 18 aprile 2012, ha accolto il ricorso presentato dalle società coinvolte nel procedimento in argomento e per l'effetto ha annullato gli atti impugnati dalle società accusate di aver fatto parte di un'intesa restrittiva della concorrenza.

III. IL PROCEDIMENTO *ANTITRUST* A413 – TNT POST ITALIA/POSTE ITALIANE

1. PREMESSA

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ha l'obiettivo di tutelare la concorrenzialità dei mercati; il suo compito è di rimuovere i comportamenti e le situazioni che ostacolano la concorrenza nei mercati.

La concorrenza può essere ostacolata, oltre che da accordi illeciti come il caso di intesa restrittiva trattato nel capitolo precedente, anche attraverso operazioni di concentrazione fra imprese e da situazioni di abuso di un'impresa che si trova in una posizione dominante. La posizione dominante è una posizione di potenza economica dell'impresa.

Un'impresa si trova in posizione dominante se è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato, ed ha la possibilità di tenere comportamenti "alquanto indipendenti" nei confronti dei concorrenti, dei clienti e dei consumatori.

Infatti, come riportato nel successivo paragrafo 2.1, l'Autorità *antitrust* ha rilevato che i mercati relativi ai **servizi postali rientranti nel servizio universale**, sono stati affidati a Poste Italiane Spa e nell'ambito del servizio universale, l'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato

ha rilevato che, ai fini del presente procedimento, il servizio postale di recapito della **posta massiva** costituisce un autonomo mercato rilevante avente dimensione geografica nazionale.

Nel caso, esposto in questo capitolo, le condotte effettuate dalla società Poste Italiane S.p.a. integrano una violazione, prevista dall'articolo 102 del Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea, che comporta sia l'esclusione dei concorrenti dal mercato concorrenziale e sia un ostacolo per lo sviluppo dei mercati liberalizzati nel settore dei servizi postali in genere.

2. I MERCATI RILEVANTI E LA POSIZIONE DOMINANTE DI POSTE ITALIANE S.P.A.

2.1. I MERCATI RELATIVI AL SERVIZIO UNIVERSALE

Nel presente procedimento, l'Autorità *antitrust* ha rilevato che i mercati relativi ai **servizi postali rientranti nel servizio universale**, sono stati affidati a Poste Italiane Spa.

Poste Italiane è infatti il fornitore individuato, con apposita concessione, per erogare sul territorio nazionale il servizio universale ed adempiere ai cosiddetto Obblighi del Servizio Universale.

Il servizio universale copre una vasta gamma di tipologie di invii postali: la posta prioritaria, la posta massiva, le raccomandate, l'invio della assicurate e l'invio di atti giudiziari.

Nell'ambito del servizio universale, si rileva che, ai fini del presente procedimento, il servizio postale di recapito della **posta massiva** costituisce un autonomo mercato rilevante avente dimensione geografica nazionale.

2.2. LA POSIZIONE DOMINANTE DI POSTE ITALIANE

Nel presente procedimento le condotte abusive contestate ostacolano lo sviluppo dei mercati liberalizzati e a valore aggiunto, il mercato di recapito a data e ora certa e il servizio di notifica attraverso messo di cui alle gare del Comune di Milano e di Equitalia. Tali condotte, inoltre, sono funzionali a mantenere integra la posizione dominante di Poste Italiane Spa sui mercati sopra richiamati.

Nei mercati connessi al servizio universale e, in particolare, nel mercato della posta massiva Poste Italiane detiene una posizione dominante, fondata, tra l'altro, sulla rete postale integrata.

Nell'ambito degli invii che rientrano nel servizio universale, si ricorda che Poste Italiane ha gestito per ciascun anno 2008 e 2009 più di 3mld. di invii e la tabella sottostante fornisce un dato di sintesi della presenza di Poste Italiane e dei principali concorrenti sull'insieme dei servizi postali con riferimento all'anno precedente all'avvio del presente procedimento. Dalla stessa emerge come Poste Italiane sia, di gran lunga, il più importante operatore nel settore postale, considerato nel suo complesso.

Posizione di PI e dei concorrenti sull'insieme dei servizi postali 2008 in %

	Servizi Postali
Poste Italiane	93,7
TNT Post	3,2
Sailpost/Citipost	0,8
Defendini	0,6
Uniposta	0,5
Mail Express	0,2
Romana recapiti	0,1
Altri (circa 190)	0,9

Fonte: doc. 74 , Poste Italiane Piano di Sviluppo 2010-2012

Il concetto di posizione dominante (altrimenti detta “dominanza”) che il nostro legislatore ha fatto proprio ispirandosi al modello comunitario corrisponde a ciò che gli economisti *antitrust* definiscono “potere di mercato”, vale a dire la capacità di un’impresa di aumentare i propri prezzi al di sopra dei livelli competitivi in maniera durevole e profittevole.

In sostanza, tale nozione si incentra sulla capacità di un’impresa di decidere le proprie strategie commerciali senza subire sostanziali condizionamenti da parte degli altri attori del mercato, nell’ordine concorrenti, clienti e fornitori, proprio in ragione del potere di mercato

di cui l'impresa dominante beneficia, inteso come il potere di praticare prezzi sovracompetitivi o di stabilire altre condizioni contrattuali senza temere una reazione degli altri attori del mercato che possa neutralizzare l'efficacia delle proprie pratiche commerciali.

L'abuso di posizione dominante

Il nostro legislatore, seguendo il modello comunitario, ha previsto la fattispecie del divieto dell'*abuso di posizione dominante* nell'art. 3 della legge n. 287 del 1990.

In pratica, la norma non ha la funzione di impedire l'acquisizione di una posizione dominante, o addirittura il monopolio, ma solamente lo sfruttamento abusivo di tale posizione.

Ciò premesso, nel caso in esame l'attività istruttoria svolta dall'Autorità *antitrust* evidenzia come Poste Italiane, a partire dal 2007, abbia posto in essere diverse condotte escludenti di sfruttamento abusivo della propria posizione dominante sui mercati postali e che le stesse ostacolino lo sviluppo dei servizi liberalizzati a valore aggiunto del servizio di recapito a data e ora certa e del servizio di notifica attraverso messo, anche al fine di mantenere integra la posizione dominante sui mercati postali

tradizionali quali la posta massiva e il servizio di notifica attraverso il servizio postale.

Infatti, nei mercati sopra richiamati relativi al servizio universale, Poste Italiane è l'unico operatore che può disporre sul territorio nazionale di una rete distributiva di circa 14.000 uffici postali, oltre una vasta struttura logistica articolata sul territorio (ad esempio, i centri di meccanizzazione postale).

3. I SERVIZI POSTALI

Il contesto normativo di riferimento relativo al presente procedimento è costituito dalle normative sia italiane che europee in materia di progressiva liberalizzazione dei servizi postali. In particolare, i servizi postali (raccolta, trasporto, smistamento e distribuzione) hanno ad oggetto gli invii di corrispondenza e questi ultimi sono le comunicazioni *“in forma scritta, su supporto materiale di qualunque natura che sarà trasportato e consegnato all’indirizzo indicato dal mittente sull’oggetto stesso o sul suo involucre”*⁷².

Nell’ambito dei servizi postali, in primo luogo, rilevano le attività rientranti nel servizio universale che è volto a garantire che, per almeno 5 giorni alla settimana, fatte salve zone territoriali particolari, sia effettuata la raccolta e la distribuzione della corrispondenza a prezzi accessibili e orientati ai costi sostenuti⁷³.

Lo Stato italiano ha optato per l’estensione massima del servizio universale consentito dalle direttive comunitarie che include anche la corrispondenza commerciale e tale ampiezza è stata confermata anche in

⁷² Art. 2 della Direttiva 97/67/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 dicembre 1997 come da ultimo modificata, recepita in Italia dal Decreto Legislativo 22 luglio 1999, n. 261 e successive modifiche.

⁷³ La Direttiva 97/67/CE, per prima, ha stabilito le attività e le tipologie di invii che possono rientrare nel servizio universale e, in Italia, l’ambito di estensione è definito dall’articolo 3 del Decreto Legislativo n. 261/1999, il quale recita: “Il Servizio Universale, incluso quello transfrontaliero, comprende: a) la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione degli invii postali fino a 2 Kg; b) la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione dei pacchi postali fino a 20 Kg; c) i servizi relativi agli invii raccomandati e agli invii assicurati”.

sede del recente recepimento della terza direttiva postale 2008/6/CE del Parlamento e del Consiglio del 20 febbraio 2008, effettuato con il Decreto Legislativo 30 aprile 2011 n. 58.

Poste Italiane è il gestore incaricato del servizio universale e già nell'atto di conferma della concessione per l'espletamento del servizio postale universale avvenuto con decreto del 17 aprile 2000, l'affidamento aveva una durata massima di 15 anni, con la possibilità di anticiparne la scadenza proprio in ragione della piena attuazione del processo di liberalizzazione, in linea con le direttive comunitarie.

Al fine di adempiere agli obblighi relativi al servizio universale, Poste Italiane, oltre all'area di riserva legale sopra menzionata in essere fino a tutto il 2010, beneficia di finanziamenti pubblici e del fondo di compensazione finanziato dai vari operatori del settore.

Proprio in ragione dell'erogazione del servizio universale, Poste Italiane è tenuta a rispettare specifiche regole di separazione contabile tra i servizi rientranti nel servizio universale e quelli interamente liberalizzati.

I servizi postali che rientrano nel servizio universale possono essere prestati da operatori diversi dal fornitore del servizio universale, purché siano titolari di una cosiddetta licenza individuale e tali operatori, fino al

31 dicembre 2010, non potevano prestare i servizi rientranti nell'area di riserva legale sopra richiamata.

Per contro, i servizi postali che non rientrano nel servizio universale possono essere svolti da tutti gli operatori titolari di una semplice autorizzazione generale.

Ai fini del presente procedimento, vale brevemente richiamare la disciplina specifica vigente per i seguenti servizi postali: posta massiva, recapito a data e ora certa, notifica - a mezzo del servizio postale - degli atti della pubblica amministrazione e notifica attraverso messo degli atti della pubblica amministrazione.

4. FATTO

Con la delibera del 15 ottobre 2009, l'Autorità *antitrust*, a seguito di articolate segnalazioni presentate da TNT Post Italia S.p.A., ha avviato il presente procedimento volto ad accertare le possibili violazioni, di cui all'articolo 102 del Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea, da parte di Poste Italiane S.p.a. concernenti: il mercato del servizio di recapito a data e ora certa ed il servizio di notifica tramite messo.

L'Autorità *antitrust* al termine dell'istruttoria, ha individuato una serie di condotte di Poste Italiane tese a escludere i concorrenti e a indebolirne le capacità competitive.

Secondo quanto ricostruito dagli uffici dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Poste Italiane, a partire dal 2007, ha sfruttato il proprio potere di mercato, detenuto nei servizi postali tradizionali e fondato, tra l'altro, sul possesso di una rete integrata, per entrare sia nel mercato del servizio di recapito 'a data e ora certa' che in quello del servizio di notifica attraverso messo.

In particolare, la società Poste Italiane Spa ha posto in essere varie condotte anticoncorrenziali connesse al trattamento della corrispondenza dei concorrenti e soprattutto applicando prezzi predatori, non praticabili

da concorrenti. Infatti, Poste Italiane ha potuto applicare prezzi inferiori, resi possibili dalla mancata imputazione di costi relativi all'utilizzo della rete, che la stessa Poste Italiane già usa per il servizio universale. Tali comportamenti, che rientrano in un'unica strategia, hanno anche avuto l'obiettivo di mantenere integra la propria posizione dominante sui mercati della posta massiva e del servizio di notifica tramite il servizio postale.

L'Autorità *antitrust*, ha avviato il procedimento amministrativo a seguito di segnalazioni di abuso di una posizione dominante da parte di TNT Post Italia ed alla chiusura del procedimento in argomento, ha deliberato il provvedimento nr. 23065 ed ha intimato a Poste Italiane di cessare immediatamente i comportamenti abusivi e di inviare entro tre mesi una relazione che illustri le misure adottate per rimuovere i comportamenti stessi.

Inoltre, in ragione della gravità e durata delle infrazioni commesse dalla società Poste Italiane, ha inflitto una sanzione amministrativa pecuniaria complessiva pari a 39.377.489 euro.

5. ANALISI DEL QUADRO PROCEDURALE E COMMENTO AL PROCEDIMENTO

Dopo aver brevemente esposto i fatti, andiamo ora ad analizzare il procedimento cercando di ricostruire le varie fasi procedurali ripercorse mettendole a confronto con quelle inerenti la parte generale del procedimento amministrativo.

5.1. LE SEGNALAZIONI

Come già accennato, a seguito di articolate segnalazioni presentate da TNT Post Italia S.p.A., l'Autorità *antitrust* ha avviato il presente procedimento volto ad accertare le possibili violazioni, di cui all'articolo 102 del Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea, da parte di Poste Italiane S.p.a. concernenti: il mercato del servizio di recapito a data e ora certa ed il servizio di notifica tramite messo.

In particolare, anticipato che TNT Post Italia S.p.A., l'operatore segnalante, è una società indirettamente controllata dalla società di diritto olandese TNT Poste Group NV⁷⁴, nelle sue segnalazioni TNT Post Italia ha lamentato un insieme di comportamenti ostruzionistici messi in atto da parte di Poste Italiane che, sfruttando la posizione dominante

⁷⁴ Holding dell'omonimo gruppo attivo a livello mondiale nel settore postale, del trasporto espresso e della logistica.

detenuta nel settore del servizio universale, avrebbe cercato di impedire lo svolgimento del servizio Formula Certa (garanzia del recapito della posta entro data e ora certa con relativa certificazione). Inoltre, nel corso del 2009, la stessa Poste Italiane ha iniziato ad offrire sul mercato un proprio servizio di invio di corrispondenza a data e ora certa denominato PostaTime, e avrebbe indirizzato ad alcuni dei più importanti clienti di TNT, l'offerta PostaTime, caratterizzata da prezzi estremamente bassi, sostenibili, secondo la denuncia, solo grazie alla rete integrata di Poste Italiane.

TNT Post Italia ha inoltre segnalato la possibile esistenza di condotte abusive da parte di Poste Italiane con riferimento all'offerta di servizi postali liberalizzati alla pubblica amministrazione e ad altri enti: Poste avrebbe messo in atto una condotta di ostacolo alla concorrenza di tipo escludente, presentando alle gare ad evidenza pubblica offerte sostenibili solo grazie alla sua posizione dominante in altri mercati e alla utilizzazione della rete integrata.

Come già visto nel capitolo precedente, anche in questo caso, in base alle segnalazioni effettuate dal TNT Post Italia è stata attivata l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Infatti, l'Autorità *antitrust* che ha ricevuto le segnalazioni ha ritenuto sufficientemente fondate le segnalazioni della società TNT Post Italia Spa inerenti le violazioni, previste dall'art. 102 del Trattato di Lisbona, inerenti lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante da parte di Poste Italiane Spa.

5.2. IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

Il procedimento amministrativo instaurato nei confronti di Poste Italiane Spa è stato avviato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato il 15 ottobre 2009.

L'avvio dell'istruttoria⁷⁵ è stato notificato a Poste Italiane nel corso di ispezioni effettuate in collaborazione con la Guardia di Finanza ed è stata deliberata, come già detto, alla luce di una serie di denunce presentate dal concorrente TNT Post Italia.

Ciò premesso, si evidenzia che in questa fase del procedimento, l'Autorità *antitrust* si è avvalsa della collaborazione della Guardia di Finanza⁷⁶. Si tratta di una forma di collaborazione istituzionale⁷⁷ tesa a

⁷⁵ Art. 14, comma 1. L'Autorità, nei casi di presunta infrazione agli articoli 2 o 3, notifica l'apertura dell'istruttoria alle imprese e agli enti interessati. I titolari o legali rappresentanti delle imprese ed enti hanno diritto di essere sentiti, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, nel termine fissato contestualmente alla notifica ed hanno facoltà di presentare deduzioni e pareri in ogni stadio dell'istruttoria, nonché di essere nuovamente sentiti prima della chiusura di questa.

⁷⁶ L'art. 14, comma 2, della legge prevede, in particolare, che l'Autorità può “disporre ispezioni al fine di controllare i documenti aziendali e di prenderne copia, anche avvalendosi della collaborazione di altri organi dello Stato”.

conferire la massima efficacia alle indagini dell'Autorità *antitrust*, per il tramite del ricorso, ai fini del riscontro di infrazioni alla normativa in materia di concorrenza e pubblicità ingannevole, ad un'amministrazione con funzioni di polizia economico-finanziaria specializzata nell'accertamento e repressione di violazioni di carattere economico.

5.3. LA FASE ISTRUTTORIA

In questa fase procedurale l'Autorità *antitrust*, dopo aver svolto gli opportuni accertamenti e valutati gli elementi in suo possesso, ha riscontrato l'esistenza di presunte violazioni di cui artt. 2 o 3 della legge n. 287/90, (rispettivamente relative alle intese restrittive della concorrenza ed all'abuso di posizione dominante), ed ha disposto l'avvio di un'istruttoria ai sensi dell'art. 14, comma 1.

Le ispezioni effettuate dall'Autorità *antitrust*

L'ispezione effettuata dall'Autorità Garante delle Concorrenza e del Mercato consiste in un accertamento *in loco* presso le imprese. Essa viene fatta di regola "a sorpresa", cioè senza preannuncio alle imprese stesse.

Questo tipo di potere costituisce il più incisivo strumento istruttorio a disposizione dell'Autorità *antitrust*. Le ispezioni vengono attuate

⁷⁷ I rapporti di collaborazione tra l'Autorità *antitrust* e la Guardia di Finanza sono regolati da un apposito protocollo d'intesa, che definisce le aree e le modalità di collaborazione tra le due amministrazioni.

specialmente in quei casi in cui le condotte imprenditoriali oggetto di indagine sono caratterizzate da un regime di “segretezza”.

A fronte di questi poteri, che non contemplano la possibilità per l’Autorità *antitrust* di procedere ad un’attività di perquisizione nei confronti delle imprese, volta alla ricerca e acquisizione diretta dei documenti, le imprese sono tenute a collaborare attivamente, mettendo a disposizione i libri e gli altri documenti aziendali⁷⁸.

Ciò premesso, il 19 ottobre 2009 sono state svolte attività ispettive presso le sedi di Poste Italiane di Roma e Bologna.

In questo stadio del procedimento, l’Autorità *antitrust* ha utilizzato i poteri di indagine previsti dalla disciplina nazionale a tutela della concorrenza che sono strumentali all’accertamento degli illeciti concorrenziali. Questi poteri si sostanziano nel potere di richiedere informazioni, di svolgere ispezioni, di effettuare perizie ed analisi economiche, di consultare esperti.

Si tratta di poteri ampi ed incisivi, che attengono tuttavia all’accertamento di infrazioni complesse, specie con riguardo alle intese restrittive della concorrenza, spesso poste in essere dalle imprese

⁷⁸ Ai sensi dell’art. 10, comma 5, del Dpr n. 217/1998, nel corso delle ispezioni i soggetti interessati possono farsi assistere da consulenti di propria fiducia, senza tuttavia che l’esercizio di tale facoltà comporti la sospensione dell’ispezione.

“segretamente” e per un lungo periodo di tempo, e quindi particolarmente difficili da investigare.

Le decisioni di accettazione degli impegni

Nel corso del procedimento Poste Italiane ha presentato, in data 1° marzo 2010, impegni successivamente modificati in data 2 e 16 luglio 2010.

In particolare, tra gli altri, Poste Italiane ha presentato all'Autorità *antitrust* un impegno che consiste nella creazione una *newco*⁷⁹ per definire in autonomia commerciale la produzione, la commercializzazione e i prezzi del servizio 'Posta Time'.

Questo impegno è stato presentato da Poste Italiane per chiudere l'istruttoria dell'Autorità *antitrust* per abuso di posizione dominante finalizzata ad ostacolare l'operatore postale TNT Post Italia, in particolare nel servizio di spedizione celere che garantisce le consegne in data e orari certi. Nell'impegno presentato, la *newco* non dovrà avere amministratori, né componenti sindacali, né dipendenti che ricoprano incarichi all'interno di Poste Italiane.

⁷⁹ *Newco* è un nome generico e transitorio che viene assegnato a una nuova azienda (*Newco* sta per New company) che sorgerà da una ristrutturazione o da un progetto di creazione di una nuova azienda (start-up).

Con questo tipo di procedura, Poste Italiane si è avvalsa di una disposizione inserita dal decreto Bersani⁸⁰ che nel corso dell'anno 2006, ha inserito nella legge 287/90 una nuova disposizione (art. 14-ter) ai sensi della quale, *“entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli artt. 2 o 3 della presente legge o degli artt. 101 o 102 del Trattato di Lisbona, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria”*.

L'istituto della decisione con impegni⁸¹ è stato concepito come una deroga all'ordinaria procedura di accertamento, la cui finalità essenziale è evitare il formale accertamento dell'infrazione ipotizzata, risolvendo i problemi concorrenziali in tempi più rapidi di quelli normalmente necessari per portare a termine le procedure ordinarie e consentendo di concentrare le risorse amministrative nell'attività di contrasto alle infrazioni più gravi alle regole di concorrenza, significativamente escluse dall'ambito di operatività dell'istituto.

⁸⁰ Art. 14, comma 1. del D.l. n. 223/2006 convertito con modifiche dalla legge 4 agosto 2006.

⁸¹ In sostanza l'istituto degli impegni trae origine dalla volontà di conciliare nell'interesse pubblico due diverse esigenze: da un lato, quella delle imprese a non vedere accertata la propria responsabilità evitando gli effetti negativi connessi ad una decisione di accertamento dell'illecito (principalmente in termini di danno d'immagine e di maggiore facilità per terzi interessati di intraprendere giudizi di risarcimento danni); dall'altro quella dell'Autorità a risparmiare i tempi e le risorse dell'attività istruttoria vedendo rimossi in breve tempo i profili di anticoncorrenzialità ipotizzati.

La decisione con impegni, infatti, a fronte di misure volontariamente proposte dalle imprese, consente una chiusura anticipata del procedimento senza che si giunga né all'accertamento della sussistenza o meno delle violazioni prospettate inizialmente dall'Autorità, né all'eventuale irrogazione di sanzioni a carico delle imprese riconosciute responsabili.

In data 21 luglio 2010, l'Autorità *antitrust* ha pubblicato gli impegni di Poste Italiane ai fini dello svolgimento del *market test*⁸² al quale hanno partecipato le società Rotomail S.p.A., CityPost S.p.A., DHL Express S.p.A. e TNT nonché le associazioni Xplor Italia e FISA-ARE e l'Istituto Bruno Leoni. A seguito del *market test*, Poste Italiane ha presentato in data 19 e 20 ottobre 2010 la versione definitiva degli impegni.

Le richieste di informazioni

L'Autorità *antitrust* nel corso del procedimento ha inviato richieste di informazioni⁸³ a Poste Italiane, TNT, Citypost, FISE ARE, AISP e DHL

⁸² Test di mercato; prova sul mercato, costituita da una serie di ricerche atte a verificare la vendita di un prodotto. Si tratta generalmente di una vera e propria "prova di vendita" di un prodotto (nuovo e modificato) condotta in un'area geografica ristretta (area di prova); in quest'area il prodotto viene posto sul mercato secondo un programma e con un marketing-mix (v.), che corrisponde a quello che - dopo la prova, se positiva - si intende adottare su ampia scala.

⁸³ Ai sensi dell'art. 14, comma 2, della legge 287/90, l'Autorità può, in ogni momento dell'istruttoria, richiedere alle imprese, enti o persone che ne siano in possesso, di fornire informazioni e di esibire documenti utili ai fini dell'istruttoria.

Express ed ha sentito in audizione Rotomail (16 maggio 2011), Selecta S.p.A. (18 maggio 2011) e Unicredit S.p.A. (6 giugno 2011).

In questa fase procedurale, l'Autorità *antitrust*, si è avvalsa di un ampio potere discrezionale. In particolare, con questo potere, Essa ricerca ed individua delle informazioni utili agli accertamenti in corso. Naturalmente, le informazioni dovranno comunque risultare connesse, sotto un profilo sostanziale e secondo un criterio di necessità e proporzionalità. Le informazioni, in argomento, possono essere richieste anche a soggetti non coinvolti nell'istruttoria. Infatti, può essere oggetto della richiesta di informazioni chiunque sia in possesso di documenti utili a fini istruttori.

L'accesso ai documenti

Sia Poste Italiane Spa, coinvolta in questo procedimento, che la società denunciante TNT Post Italia hanno effettuato, nel corso della fase istruttoria, il diritto di accesso ai documenti⁸⁴ e sono state sentite in audizione dall'Autorità *antitrust*.

In questo caso entrambe le parti, si sono avvalse di una specifica disciplina della partecipazione delle imprese al procedimento istruttorio

⁸⁴ Il diritto di accesso è disciplinato, in generale, dal Capo V della legge 7 agosto 1990, n. 241, contenente "Nuove norme sul procedimento amministrativo".

che è contenuta nel Regolamento di procedura che regola in dettaglio le varie fasi del procedimento.

Questo diritto, in particolare, prevede che “l’accesso ai documenti in possesso dell’Autorità *antitrust* costituisce, specialmente per le imprese accusate di presunte violazioni delle regole di concorrenza, una garanzia fondamentale ai fini di un contraddittorio improntato all’effettivo rispetto del principio della parità delle armi e dei diritti di difesa⁸⁵, per consentire alle imprese stesse di poter efficacemente rappresentare il proprio punto di vista sulle violazioni addebitate, per iscritto e oralmente”.

5.4. LA CHIUSURA DELL’ISTRUTTORIA

La comunicazione delle risultanze istruttorie

In data 28 luglio 2011, è stata inviata alle parti del procedimento la comunicazione delle risultanze istruttorie⁸⁶.

⁸⁵ Emerge così anche la dimensione essenziale del diritto di accesso, in questo particolare ambito, come strumento di tutela del diritto di difesa delle imprese; l’effettivo rispetto del principio del contraddittorio impone infatti che queste siano messe in grado di conoscere gli elementi di prova posti a fondamento degli addebiti contestati e di manifestare in proposito il proprio punto di vista.

⁸⁶ Almeno trenta giorni prima della chiusura alle parti, nonché ai soggetti interessati che siano stati ammessi a partecipare al procedimento, viene inviata la comunicazione delle risultanze istruttorie, che indica le valutazioni che l’Autorità *antitrust* ha fin lì ritenuto di formulare sulla base dell’istruttoria, circa la sussistenza dell’indagata violazione della normativa sulla concorrenza. Le parti, che possono presentare memorie scritte fino a cinque giorni prima della chiusura dell’istruttoria, hanno diritto di essere ascoltate in audizione finale. Nel corso di tale audizione, le imprese interessate e la Direzione che ha condotto l’istruttoria esprimono le rispettive posizioni, discutendo i risultati dell’indagine, al cospetto del Collegio.

In questo caso, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha applicato il Regolamento di procedura 217/98 che prevede, a garanzia del contraddittorio, la comunicazione alle imprese interessate delle risultanze istruttorie ispirata alla contestazione degli addebiti (*statement of objection*), tipica dei procedimenti comunitari in materia di concorrenza⁸⁷.

La presentazione di memorie finali

Successivamente alla comunicazione delle risultanze istruttorie, Poste Italiane e TNT Post Italia hanno entrambe presentato le memorie finali.

TNT Post Italia ha rappresentato la propria posizione con riferimento al presente procedimento nella memoria finale depositata in data 21 ottobre 2011, contenente un'analisi di predatorietà dell'offerta PostaTime e delle gare del servizio di notifica attraverso messo.

TNT Post Italia, ha messo in rilievo il comportamento illegittimo di Poste Italiane posto in essere attraverso l'arbitraria raccolta ed indebita appropriazione di corrispondenza legittimamente affidata ad operatori terzi. In particolare secondo la società denunciante, con tale condotta

⁸⁷ A differenza della comunicazione delle risultanze istruttorie che interviene nella fase terminale del procedimento dopo che larga parte del contraddittorio si è già consumato (accesso e audizioni informali), in ambito comunitario lo *statement of objection*, il cui scopo è quello di informare le imprese delle infrazioni loro addebitate in modo da consentire di manifestare il proprio punto di vista alla Commissione prima che questi adotti le decisioni di sua competenza, marca generalmente l'inizio dell'istruttoria formale e del contraddittorio.

Poste Italiane ha ostacolato la fornitura, da parte di TNT Post Italia, di un nuovo servizio, autorizzato dal Ministero delle Comunicazioni.

La condotta di Poste Italiane ha determinato tra l'altro anche discredito nei confronti di TNT Post Italia.

Poste Italiane ha più volte nel corso del procedimento prospettato la propria posizione sulle condotte oggetto di accertamento e le argomentazioni difensive sono state compiutamente sviluppate, da ultimo, nella memoria finale depositata in data 20 ottobre 2001 e nel corso dell'audizione finale del 25 ottobre 2011.

In estrema sintesi, secondo Poste Italiane, tutte le condotte addebitate non costituirebbero violazioni della normativa *antitrust* ma sarebbero pienamente legittime .

In particolare, né l'offerta PostaTime di Poste Italiane né le offerte delle gare del Comune di Milano e di Equitalia sarebbero qualificabili come predatorie.

Prendendo le mosse dalle condotte in merito al trattamento degli invii dei concorrenti, Poste Italiane ha rivendicato la legittimità di tali condotte richiamando anche la circostanza che in base alla normativa

vigente gli invii sono di proprietà del mittente (e quindi tale soggetto deve essere quello contattato per la restituzione degli invii).

L'audizione finale davanti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

In data 25 ottobre 2011, si è svolta, innanzi al Collegio dell'Autorità, l'audizione finale.

In questa fase, sia Poste Italiane e TNT Post Italia, ai sensi dell'art. 6, comma 4 del Regolamento di procedura, si sono avvalse del diritto di essere sentite in formali audizioni davanti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ai sensi dell'art. 14, comma 1 della legge 287/90, al fine di comunicare e far valere le proprie ragioni in merito alle condotte anticoncorrenziali contestate.

Nella predetta audizione **Poste Italiane**, ha ribadito quanto già presentato nelle sue memorie finali, e cioè che tutte le condotte addebitate non costituirebbero violazioni della normativa *antitrust* ma sarebbero pienamente legittime e, in particolare, né l'offerta PostaTime né le offerte delle gare del Comune di Milano e di Equitalia sarebbero qualificabili come predatorie. Inoltre, Poste Italiane ha manifestato la disponibilità ad attuare una serie di iniziative e misure che dovrebbero contribuire fattivamente a una positiva conclusione dell'istruttoria.

TNT Post Italia anch'essa sentita in audizione, ha invece ribadito che Poste Italiane, già più volte negli ultimi anni oggetto di procedimenti *antitrust*, e quindi recidiva, ha posto in essere diverse condotte escludenti in violazione dell'articolo 102 del Trattato di Lisbona che hanno gravemente pregiudicato la posizione di TNT proprio in prossimità della piena liberalizzazione dei mercati.

Secondo, TNT Post Italia è, pertanto, necessario oltre all'applicazione della sanzione, imporre misure idonee a ripristinare condizioni di effettiva concorrenza sui mercati liberalizzati.

La decisione dell'Autorità *antitrust*

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, a conclusione del procedimento istruttorio, può assumere una serie di decisioni, che sono sostanzialmente corrispondenti a quelle di competenza della Commissione europea.

In linea generale, tutte le decisioni con le quali si conclude il procedimento istruttorio sono obbligatorie nei confronti delle parti, che sono pertanto tenute a rispettarle.

Nel caso in argomento sono state irrogate sanzioni amministrative nei confronti di Poste Italiane Spa. In particolare, l'Autorità *antitrust*, ai sensi dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, ha disposto

l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria complessiva pari a 39.377.489 euro, considerate la gravità e la durata delle infrazioni poste in essere da Poste Italiane Spa.

Gravità e durata delle infrazioni

Come già detto nel capitolo precedente, anche in questo caso, inerente un abuso di una posizione dominante, viene applicato il previsto articolo 15, comma 1 della legge n. 287/90. Tale norma prevede che l'Autorità *antitrust*, nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della loro gravità e durata, disponga l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, fino al dieci per cento del fatturato realizzato da ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio.

Nel valutare la condotta illecita posta in essere da Poste Italiane, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ha tenuto conto della durata e della gravità delle infrazioni commesse.

In particolare con riferimento alla natura della condotta, l'Autorità *antitrust* ha osservato che Poste Italiane, attraverso una pluralità di condotte escludenti, ha ostacolato lo sviluppo di dinamiche concorrenziali nei mercati liberalizzati del servizio di recapito a data e ora certa e delle gare bandite dalla pubblica amministrazione aventi, tra l'altro, anche a oggetto il servizio di notifica tramite messo e che la

restituzione ai mittenti degli invii gestiti dai concorrenti rinvenuti nella rete postale è stata effettuata applicando prezzi ingiustificatamente gravosi, gettando discredito sull'attività dei concorrenti e interferendo nel rapporto contrattuale in essere tra la società mittente e l'operatore affidatario degli invii.

Per quanto attiene alla gravità delle condotte in esame l'Autorità *antitrust* ha evidenziato che le stesse sono state messe in atto da un'impresa di grandi dimensioni economiche che ha svolto e svolge tuttora un'attività in riserva legale ed è l'affidataria del servizio universale di cui si avvale per ostacolare lo sviluppo di mercati liberalizzati.

Tra l'altro, l'Autorità *antitrust* ha accertato che l'alterazione della struttura concorrenziale dei mercati oggetto del presente procedimento è stata consapevolmente realizzata da parte di Poste Italiane a danno dei principali concorrenti e, in particolare, di TNT Post Italia. Le condotte illecite sono state tutte realizzate ed hanno prodotto effetti.

Quanto alla durata, l'istruttoria svolta, dall'Autorità *antitrust*, attesta che la fattispecie unica e complessa qui in esame ha avuto inizio nel 2007 ed è ancora in corso. Infatti, l'inizio dei comportamenti abusivi assunti da Poste Italiane è da collocarsi nel 2007 con la definizione e applicazione della sopra descritta procedura di trattamento degli invii dei concorrenti,

con il monitoraggio della clientela acquisita e con la comunicazione al mittente (anziché all'operatore) delle modalità di restituzione degli invii a condizioni ingiustificatamente onerose. Questa condotta risulta tuttora in corso e in questo stesso arco temporale si inserisce anche l'offerta del servizio PostaTime, configurata nel corso del 2008 e realizzata a partire dal 2009.

La quantificazione della sanzione

Al fine di quantificare la sanzione, ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 689/1981, come richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, devono essere considerati la gravità della violazione, le condizioni economiche, il comportamento delle imprese coinvolte e le eventuali iniziative volte a eliminare o attenuare le conseguenze della violazione. Per l'individuazione dei criteri di quantificazione, occorre tenere altresì presente la Comunicazione della “*Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, par. 2, lettera a), del regolamento CE n. 1/2003*”.

Ciò premesso, l'Autorità *antitrust*, in relazione alla gravità dell'infrazione, nel richiamare le considerazioni già svolte, ha evidenziato che Poste Italiane sia parte di un gruppo economico di primaria importanza,

consapevole della gravità delle politiche anticoncorrenziali da essa poste in essere.

La stessa Autorità ha rilevato altresì, che l'infrazione in esame è grave in quanto ha ostacolato lo sviluppo di mercati competitivi proprio a ridosso del completamento del processo di liberalizzazione e in un momento cruciale dello stesso nel quale vi è il rischio di sostanziale sostituzione di un monopolio di fatto a quello legale.

Tenuto conto degli Orientamenti contenuti nella citata Comunicazione della Commissione per il calcolo delle ammende, per calcolare l'importo base della sanzione si è preso a riferimento il valore del fatturato di Poste Italiane relativo ai mercati a cui l'infrazione si riferisce.

Nel caso oggetto del presente abuso sono stati presi in considerazione i fatturati realizzati da Poste Italiane nei mercati relativi al servizio di posta massiva, al servizio di recapito a data a ora certa e ai servizi relativi alle due gare del Comune di Milano e di Equitalia, essendo questi gli ambiti di attività ove si sono realizzate le condotte contestate.

6. LA DELIBERA DELL'AUTORITÀ ANTITRUST

A conclusione del procedimento A413 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a seguito di apposita delibera ha decretato che la società Poste Italiane S.p.A. ha posto in essere un abuso di posizione dominante, contrario all'articolo 102 del Trattato di Lisbona, consistente nelle condotte relative alle modalità di restituzione della corrispondenza dei concorrenti rinvenuta nella propria rete postale, nell'offerta selettiva e predatoria del servizio PostaTime e nelle offerte predatorie alle gare bandite dal comune di Milano e da Equitalia.

Tutte condotte riconducibili ad un'unica e complessa infrazione adottata nell'ambito di una strategia unitaria volta a ostacolare lo sviluppo dei mercati liberalizzati relativi al recapito a data e ora certa e alla notifica attraverso messo notificatore.

La stessa Autorità *antitrust* ha ordinato alla società Poste Italiane S.p.A. di porre immediatamente fine ai comportamenti distorsivi della concorrenza, e di astenersi in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata, ed entro novanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, di trasmettere una

relazione sulle misure adottate a tali fini e di irrogare alla società Poste Italiane S.p.A.. Inoltre, in ragione della gravità e durata delle infrazioni ha inflitto una sanzione amministrativa pecuniaria complessiva pari a 39.377.489 euro.

Modalità di pagamento

L'Autorità *antitrust* ha disposto che la sanzione così determinata dovrà essere pagata entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando l'apposito modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997.

Come nel procedimento avviato dall'Autorità *antitrust* per l'intesa restrittiva della concorrenza esposta nel precedente capitolo, anche in questo caso di abuso, nel provvedimento emesso sono state indicate anche le modalità di presentazione⁸⁸ del modello F24. Quest'ultimo può essere presentato in formato cartaceo presso gli sportelli delle banche, di Poste Italiane S.p.A. e degli Agenti della Riscossione o in alternativa può essere presentato telematicamente, con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di home-banking e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero

⁸⁸ Ai sensi dell'articolo 37, comma 49, del decreto-legge n. 223/2006, i soggetti titolari di partita IVA, sono obbligati a presentare il modello F24 con modalità telematiche.

utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito internet www.agenziaentrate.gov.it.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore ad un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Degli avvenuti pagamenti deve essere data immediata comunicazione all'Autorità, attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

La notifica del provvedimento amministrativo

Il provvedimento nr. 23065, emanato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, è stato debitamente notificato alle società

coinvolte nel procedimento e pubblicato sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Si evidenzia che come previsto dalla norme in materia, con la notifica⁸⁹ il provvedimento in argomento ha acquisito la sua efficacia nei confronti delle parti coinvolte nel procedimento amministrativo instaurato dall'Autorità *antitrust*.

⁸⁹ La notifica può essere effettuata anche nelle forme stabilite per la notifica agli irreperibili nei casi previsti dal codice di procedura civile. Qualora per il numero dei destinatari la comunicazione personale non sia possibile o risulti particolarmente gravosa, l'amministrazione provvede mediante forme di pubblicità idonee di volta in volta stabilite dall'amministrazione medesima. Il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati non avente carattere sanzionatorio può contenere una motivata clausola di immediata efficacia. I provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati aventi carattere cautelare ed urgente sono immediatamente efficaci.

7. ALCUNI QUESITI

Dopo aver analizzato e commentato le varie fasi procedurali del procedimento amministrativo posto in essere dall'Autorità *antitrust* nel suesposto caso di abuso di una posizione dominante, al fine di effettuare una ulteriore analisi critica alla disciplina procedurale seguita dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, possiamo ipotizzare alcune domande che ci aiutano ad affrontare altri aspetti finora non evidenziati.

In particolare, alcune delle domande che ci si potrebbe porre sono: la disciplina procedurale *antitrust*, attuata in questo caso di abuso di una posizione dominante, risponde ad una logica del contraddittorio tra le parti, o essa risponde piuttosto ad una logica funzionale diversa?; quale ruolo ha rivestito l'Autorità *antitrust* nel procedimento amministrativo A413?; quali sono i punti di forza e debolezza del procedimento amministrativo A413?.

Prima di rispondere a questi quesiti, bisogna fare una premessa.

Come già esposto nel capitolo precedente, si ribadisce che l'attività dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato si esprime

attraverso una sorta di sostituzione della (carente) legalità sostanziale con una (rafforzata) legalità procedurale. Con ciò si vuole affermare che la cosiddetta legalità sostanziale con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio⁹⁰.

La disciplina procedurale *antitrust*, attuata in questo caso di intesa restrittiva della concorrenza, risponde ad una logica del contraddittorio tra le parti, o essa risponde piuttosto ad una logica funzionale diversa?

Ciò premesso e come già esposto nel precedente capitolo, l'Autorità *antitrust* opera sostanzialmente nel quadro di procedimenti di tipo paragiurisdizionale, caratterizzati da un ampio spazio dedicato al contraddittorio. Pertanto, possiamo rispondere affermativamente alla domanda che ci siamo posti, ossia che anche questo procedimento amministrativo, instaurato per un abuso di posizione dominante, si basa sicuramente su una logica del contraddittorio.

Infatti, come abbiamo visto nei paragrafi precedenti, sia Poste Italiane Spa, coinvolta in questo procedimento, che la società denunciante TNT Post Italia, hanno effettuato, nel corso della fase istruttoria, il diritto di accesso ai documenti e sono state sentite in audizione dall'Autorità *antitrust*.

⁹⁰ Consiglio di Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007; Consiglio di Stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2201.

Poste Italiane Spa e TNT Post Italia attraverso questo diritto hanno esercitato una garanzia fondamentale ai fini di un contraddittorio improntato all'effettivo rispetto del principio della parità delle armi e dei diritti di difesa, in particolare per consentire alle imprese stesse di poter efficacemente rappresentare il proprio punto di vista sulle violazioni addebitate, per iscritto e oralmente.

Infine, il diritto al contraddittorio, è stato garantito dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, dopo aver indicato gli elementi di fatto e probatori raccolti nel corso dell'istruttoria, attraverso la comunicazione della decisione finale alle parti.

In questo caso di abuso di una posizione dominante, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha applicato il Regolamento di procedura 217/98 che prevede, a garanzia del contraddittorio, la comunicazione alle imprese interessate delle risultanze istruttorie ispirata alla contestazione degli addebiti (*statement of objection*), tipica dei procedimenti comunitari in materia di concorrenza.

Quale ruolo ha rivestito l'Autorità *antitrust* nel procedimento amministrativo A413?

L'attività dell'Autorità *antitrust* si sostanzia essenzialmente nella produzione di decisioni in merito a determinate fattispecie, attraverso una valutazione che si risolve nel qualificare determinati atti o comportamenti in termini di liceità o illecità. In tal senso, la caratteristica dei poteri della predetta Autorità è rappresentata dal potere di accertamento degli illeciti concorrenziali. Essa opera sostanzialmente nel quadro di procedimenti caratterizzati dalle garanzie tipiche dei procedimenti amministrativi, vale a dire dal contraddittorio tra le parti interessate e dal pieno esercizio dei diritti di difesa.

Ciò premesso, nel procedimento A413, l'Autorità *antitrust* ha rispecchiato il suo ruolo.

Infatti, nell'ambito delle fasi del procedimento amministrativo, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha utilizzato i poteri di accertamento per valutare e qualificare determinati atti o comportamenti.

Nel nostro caso, dalle risultanze istruttorie del procedimento in argomento, l'Autorità *antitrust* ha decretato che la società Poste Italiane S.p.A. ha posto in essere un abuso di posizione dominante, contrario

all'articolo 102 del Trattato di Lisbona, consistente nelle condotte relative alle modalità di restituzione della corrispondenza dei concorrenti rinvenuta nella propria rete postale, nell'offerta selettiva e predatoria del servizio PostaTime e nelle offerte predatorie alle gare bandite dal comune di Milano e da Equitalia.

Quali sono i punti di forza e debolezza del procedimento amministrativo A413?

Anche in questo caso, la centralità del contraddittorio nella disciplina procedurale comporta sicuramente un punto di forza, rispetto all'ordinaria azione amministrativa, del diritto di difesa degli interessati, perché è anche attraverso il contraddittorio che si forma la decisione finale e lo scrutinio di quest'ultima da parte del giudice si basa anche sulla pienezza ed effettività della partecipazione degli interessati al procedimento.

Infatti, nel nostro procedimento amministrativo avviato per abuso di una posizione dominante, nella valutazione finale effettuata dall'Autorità *antitrust* si è tenuto conto, anche se in maniera negativa, del contraddittorio esercitato dalle parti attraverso la presentazione di memorie e l'effettuazione di audizioni.

Proprio la rilevanza del contraddittorio fra le parti comporta, però, per altro verso, un'attenuazione del principio di tipicità⁹¹, almeno se inteso nella sua tradizionale configurazione di vincolo conformativo per gli atti amministrativi. Quel vincolo è tanto più forte, infatti, quanto più è possibile operare un confronto tra i caratteri dell'atto quali in astratto prescritti dalla legge e i caratteri dell'atto concretamente adottato.

La legalità procedurale, basata appunto principalmente sul procedimento amministrativo e sulle sue regole – in primis le garanzie di accesso, contraddittorio, partecipazione – è dotata, infatti, del grado di flessibilità necessario per adattarsi ad ordinamenti ed architetture istituzionali molto diversi e del grado di efficacia necessario per assicurare almeno una misura minima di trasparenza dell'attività svolta e delle decisioni prese.

Alla legittimazione dall'alto ed *ex ante* tipica del diritto legislativo si sostituisce, così, in ambiti che lo stesso diritto legislativo non è in grado di regolare compiutamente, una legittimazione dal basso ed *ex post*, che presenta naturalmente numerosi profili critici – a partire dal fatto che la partecipazione è spesso riservata solo ai diretti interessati, escludendo gli interessi di terzi che pure sono coinvolti – ma si va sempre più

⁹¹ Il principio di tipicità è quel principio appartenente ai soli atti definiti amministrativi ossia a quegli atti, espressione dell'attività della Pubblica Amministrazione, che sono previsti solo ed esclusivamente per legge.

espandendo con l'elaborazione di canoni, criteri e principi di azione e di decisione che vanno assumendo carattere generale, al di là delle specifiche aree o materie per le quali hanno trovato iniziale applicazione.

E' alla luce di sopra esposto, che individuiamo in questo caso di abuso di una posizione dominante, una prima debolezza dal punto di vista procedurale. Infatti, si rileva che tenuto conto del Regolamento di procedura 1/2003, che regola in dettaglio le varie fasi procedurali, nel procedimento A413 è stata posta una distinzione di fondo tra i soggetti ai quali è stato notificato il provvedimento di avvio dell'istruttoria e gli altri soggetti ammessi successivamente ad intervenire nel procedimento, in particolare, si sottolinea che solo ai primi, ossia alle società individuate come parti del procedimento, è stato attribuito il diritto al contraddittorio orale, ovvero di essere sentiti in apposite audizioni.

Infatti, i soggetti che partecipano all'istruttoria hanno facoltà di presentare memorie scritte, documenti, deduzioni e pareri di accedere ai documenti (art. 7, commi 1 e 2), ma non hanno il diritto di essere sentiti, pur potendo essere discrezionalmente ammessi dall'Autorità a rappresentare il proprio punto di vista nell'ambito dell'audizione finale (art. 14, comma 6, reg. proc.).

E come evidenziato prima, si ritiene che questa esclusione di altri soggetti, che potrebbero intervenire nel contraddittorio apportando ulteriori elementi utili per la valutazione finale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, rappresenti un punto di debolezza della disciplina procedurale che caratterizza il procedimento amministrativo *antitrust*.

Un altro punto di debolezza potrebbe essere individuato nella disciplina di presentazione degli impegni.

L'affermarsi della legalità procedurale nelle aree in cui la legalità sostanziale arretra, o comunque non è pienamente applicabile, non consente più di definire *ex ante* esattamente il tipo – e quindi la forma, l'oggetto, il contenuto e gli effetti – dell'atto da adottare, che potrà variare a seconda degli esiti, appunto, del contraddittorio o della vera e propria consultazione, come, per fare un esempio, nel caso della sottoposizione degli impegni a *market test*⁹².

Si tratta di una tendenza particolarmente evidente in materia di sanzioni *antitrust*, per le quali gli orientamenti per il calcolo delle ammende

⁹² V. F. Cintioli, G. Olivieri (a cura di), *I nuovi strumenti di tutela antitrust, misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, Giuffrè, Milano, 2007; G. Morbidelli, *Impegni e principio di tipicità degli atti amministrativi*, in F. Cintioli e F. Donati (a cura di), *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, Giappichelli, Torino, 2008.

definiscono sì una metodologia di calcolo predeterminata, ma consentono all'Autorità *antitrust* di discostarsene, senza che tale scostamento comporti una lesione del principio di legittimo affidamento, in ragione della specificità del singolo caso, della necessità di assicurare l'efficacia dissuasiva della sanzione o, più in generale, di garantire l'attuazione della politica comunitaria della concorrenza.

La stessa giurisprudenza comunitaria e nazionale, pur richiamando l'esigenza di prevedibilità dell'esercizio del potere, ha consentito del resto un'attenuazione del principio di tipicità e ha fondato sulla esigenza di efficacia della disciplina *antitrust*, ad esempio, la possibilità per l'Autorità di definire condizioni di trattamento favorevole per le imprese disposte a collaborare, prima ancora che il legislatore attribuisse all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato il potere di definire con provvedimento generale i casi e le condizioni di trattamento favorevole⁹³.

Ciò premesso, si rileva che Poste Italiane ha presentato all'Autorità *antitrust* un impegno che consiste nella creazione una *newco*⁹⁴ per definire

⁹³ Tar Lazio, 10 giugno 1998, n. 1902, che richiama il "prevalente interesse pubblico a scoprire le infrazioni alla concorrenza". L'Autorità ha poi adottato, in materia di clemenza, la delibera n. 16472/2007.

⁹⁴ *Newco* è un nome generico e transitorio che viene assegnato a una nuova azienda (*Newco* sta per New company) che sorgerà da una ristrutturazione o da un progetto di creazione di una nuova azienda (start-up).

in autonomia commerciale la produzione, la commercializzazione e i prezzi del servizio 'Posta Time'.

Questo impegno è stato presentato da Poste Italiane per chiudere l'istruttoria dell'Autorità *antitrust* per abuso di posizione dominante finalizzata ad ostacolare l'operatore postale TNT Post Italia, in particolare nel servizio di spedizione celere che garantisce le consegne in data e orari certi.

Ma ai fini del calcolo delle ammende, l'Autorità *antitrust*, non ha tenuto conto della volontà collaborazione, espressa da Poste Italiane attraverso l'istituto della presentazione di impegni. Infatti, l'Autorità *antitrust*, avendo la possibilità di discostarsene, non ha tenuto conto ai fini della valutazione finale della forma di partecipazione di Poste Italiane attraverso l'istituto della presentazione di impegni.

Questo è sicuramente, dal punto di vista delle parti coinvolte in un procedimento per un abuso di posizione dominante, un punto di debolezza della disciplina procedurale. Tuttavia d'altra parte, la stessa situazione rappresenta un punto di forza per l'Autorità *antitrust*, che avendo la possibilità di scelta, può sanzionare comunque le società, coinvolte nei procedimenti che violano le regole della concorrenza. Questo atteggiamento da parte dell'Autorità *antitrust* può essere

interpretato come una forma di protezione che rende comunque consapevoli, le società coinvolte in qualsiasi forma di illecito alla concorrenza, del fatto che i “rimedi” proposti sono comunque al vaglio dell’Autorità *antitrust*.

8. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Il pregiudizio agli Stati membri

La fattispecie abusiva oggetto del presente procedimento coinvolge l'intero territorio italiano, essendo stata posta in essere dall'*incumbent* nazionale⁹⁵ ed è idonea a compromettere lo sviluppo concorrenziale dei mercati postali proprio nella delicata fase di completa liberalizzazione del settore, così come definito dalle direttive comunitarie in materia. Per questi motivi la fattispecie abusiva è idonea a pregiudicare il commercio tra Stati membri e a consolidare la compartimentazione del mercato a livello nazionale, ostacolando così l'integrazione economica nell'Unione Europea.

Le valutazione dell'Autorità *antitrust*

Dall'attività istruttoria viene evidenziato come Poste Italiane, a partire dal 2007, abbia posto in essere diverse condotte escludenti di sfruttamento abusivo della propria posizione dominante sui mercati postali e che le stesse hanno ostacolato lo sviluppo dei servizi liberalizzati a valore aggiunto del servizio di recapito a data e ora certa e del servizio di

⁹⁵ Nel settore dei media e delle telecomunicazioni, vengono dette *incumbent* soprattutto le imprese ex-monopoliste in mercati recentemente liberalizzati.

notifica attraverso messo, anche al fine di mantenere integra la posizione dominante sui mercati postali tradizionali quali la posta massiva e il servizio di notifica attraverso il servizio postale.

Tali condotte sono riconducibili a una strategia unitaria escludente e costituiscono una fattispecie unica e complessa in violazione dell'articolo 102 del Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea.

Nell'ambito del processo di liberalizzazione dei servizi postali nel cui contesto si inseriscono le condotte di Poste Italia, TNT Post Italia rappresenta un operatore nuovo entrante nei mercati postali italiani che, proprio con lo sviluppo del mercato, oggetto del presente procedimento, del servizio di recapito a data e ora certa, attraverso l'offerta Formula Certa, ha avviato una strategia di investimenti e sviluppo in nuovi servizi a valore aggiunto, caratterizzati da una componente tecnologica innovativa. Appare infatti significativo che TNT Post Italia abbia, negli ultimi anni, ridotto il fatturato sviluppato in quanto fornitore di Poste Italiane e aumentato il fatturato derivante da servizi alternativi a quelli di Poste Italiane.

A fronte dello sviluppo di servizi postali a valore aggiunto che costituiscono un ampliamento dell'offerta dei servizi postali a beneficio dei consumatori, Poste Italiane ha sfruttato il proprio potere di mercato,

detenuto nell'ambito della prestazione dei servizi postali tradizionali e fondato, tra l'altro dall'aver una rete integrata, per entrare nel mercato del servizio di recapito a data ora certa, di seguito descritto, ostacolandone lo sviluppo concorrenziale.

Parimenti, la partecipazione alle gare del Comune di Milano e di Equitalia costituisce la reazione di Poste Italiane allo sviluppo del servizio di mercato di notifica attraverso messo. In entrambi questi ambiti, l'offerta di Poste Italiane di servizi liberalizzati non si è fondata sullo sviluppo di dinamiche competitive lecite, bensì sullo sfruttamento della posizione dominante attraverso l'uso abusivo della rete postale integrata per l'erogazione del servizio postale ed al fine di mantenere integra la posizione dominante sui mercati della posta massiva e del servizio di notifica tramite il servizio postale.

Inoltre, la fattispecie abusiva qui in esame deve essere valutata alla luce del fatto che il processo di liberalizzazione in Italia è in una fase cruciale e che la prolungata riserva legale e le condotte riconducibili alla fattispecie qui contestata possono impedire il prodursi degli esiti positivi attesi dall'apertura dei mercati dei servizi postali.

Vale sottolineare sin da ora che la fattispecie abusiva qui accertata è pienamente coerente con i consolidati principi comunitari in materia di

violazione dell'articolo 102 del Trattato di Lisbona, relativi ai casi in cui sono interessati più mercati rilevanti, contigui gli uni con gli altri, come si verifica nel settore postale, e ove è correttamente imputato lo sfruttamento abusivo della posizione dominante non solo nello stesso mercato dove tale posizione è stata addebitata ma anche in un mercato ad esso strettamente connesso. Nel caso in esame, lo sfruttamento abusivo della posizione dominante di Poste Italiane nel mercato della posta massiva è funzionale a impedire che venga intaccata tale posizione nell'offerta dei servizi postali tradizionali e, nel contempo, a entrare nei mercati liberalizzati oggetto del presente procedimento nei soli limiti strettamente necessari a sottrarre la clientela ai concorrenti, ostacolando lo sviluppo concorrenziale di tali mercati.

Al riguardo vale osservare che tali condotte sono riconducibili ad una stessa strategia abusiva nell'uso della rete postale, fondata sull'offrire i servizi liberalizzati (recapito a data e ora certa e servizio attraverso messo) a prezzi predatori senza imputare alcun costo connesso alla rete postale già usata per il servizio universale. Inoltre, la finalità escludente è sempre diretta verso il principale concorrente di Poste Italiane vale a dire TNT Post Italia; ed infatti, la maggior parte degli invii rinvenuti nella rete postale sono quelli di TNT Post Italia, i clienti PostaTime sono clienti di

TNT o comunque clienti che avevano trattative in corso con TNT Post Italia ed è sempre quest'ultima società il principale concorrente in gara.

Gli atti del procedimento evidenziano come le modalità di gestione degli invii dei concorrenti attuate da Poste Italiane siano state funzionali a gettare discredito sull'attività dei concorrenti e ad ostacolarne l'offerta nel mercato liberalizzato del servizio di recapito a data e ora certa. In questo mercato, che è l'oggetto della seconda condotta sopra richiamata, Poste Italiane ha, prima, nel corso del 2008, messo a punto il proprio servizio di recapito a data e ora certa PostaTime, poi, dal 2009, ha offerto lo stesso alla clientela *business* con modalità predatorie, proprio a quei clienti-mittenti dei concorrenti oggetto della procedura di restituzione di cui sopra.

Appaiono, quindi, evidenti elementi di forte connessione tra la prima e la seconda condotta sopra richiamata, vale a dire le modalità con le quali Poste Italiane ha gestito la corrispondenza dei concorrenti e la successiva entrata della stessa Poste Italiane nel mercato del servizio a recapito a data e ora certa con l'offerta predatoria PostaTime.

A quanto appena esposto deve altresì aggiungersi che tutte le condotte qui in esame hanno come fattore unificante l'uso strumentale della rete postale utilizzata per l'erogazione del servizio universale, da parte

dell'operatore dominante che la detiene (Poste Italiane), con modalità escludenti dei concorrenti dai mercati liberalizzati. Tale rete postale è infatti lo strumento utilizzato da Poste Italiane per gestire la restituzione della corrispondenza dei concorrenti e per offrire con modalità predatorie i servizi liberalizzati di recapito a data e ora certa e di notifica attraverso messo.

Pertanto, alla luce dei parametri indicati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, le tre condotte qui in esame sono riconducibili ad un'unica e complessa violazione *ex* articolo 102 Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea per abuso di posizione dominante di Poste Italiane.

Ai fini del presente procedimento, rileva che Poste Italiane, a fronte di un fenomeno in alcuni casi addirittura imputabile a se stessa, abbia sistematicamente applicato le modalità di restituzione della corrispondenza qui in esame, coinvolgendo sempre il mittente e gettando discredito sull'attività dei concorrenti.

L'infrazione ha prodotto altresì effetti. In particolare, come evidenziato nella parte in fatto, attraverso l'offerta PostaTime, Poste Italiane ha sottratto importanti clienti a TNT Post Italia, alcuni dei quali con volumi molto significativi, complessivamente anche superiori ai 10 milioni di pezzi, ostacolando la capacità competitiva dei concorrenti e riducendo

l'incentivo degli stessi a sviluppare una rete postale alternativa a livello nazionale.

Per quanto attiene all'irrogazione della sanzione nei confronti delle società coinvolte, l'Autorità *antitrust* ha tenuto conto della gravità dell'infrazione in esame, in quanto ha ostacolato lo sviluppo di mercati competitivi proprio a ridosso del completamento del processo di liberalizzazione e in un momento cruciale dello stesso nel quale vi è il rischio di sostanziale sostituzione di un monopolio di fatto a quello legale.

Al fine di quantificare la sanzione, sopra descritta, sono state considerate la gravità della violazione e per calcolarne l'importo base della sanzione si è preso a riferimento il valore del fatturato di Poste Italiane relativo ai mercati a cui l'infrazione si riferisce.

Il fatturato relativo a questi mercati è complessivamente pari a 500.000.000-1.000.000.000 euro. Tale fatturato è stato sviluppato interamente in Italia e si riferisce all'ultimo anno intero in cui è avvenuta l'infrazione, che nel caso di specie è rappresentato dall'anno 2010.

9. IL RICORSO AL TAR

L'Autorità *antitrust*, nella delibera ha, altresì, indicato il termine e l'organo giurisdizionale a cui le società implicate possono ricorrere in giudizio⁹⁶.

Indicando sul provvedimento nr. 23065 che “Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera b⁹⁷, del Codice del processo amministrativo⁹⁸, entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso”.

In merito, recentemente c'è stato un ulteriore sviluppo della vicenda, in quanto TNT Post Italia si è avvalsa della possibilità di ricorrere in giudizio ed ha presentato un ricorso al TAR del Lazio, avverso la

⁹⁶ Art. 3, comma 4 Legge 241/90. In ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere.

⁹⁷ Il giudice dichiara, anche d'ufficio, il ricorso inammissibile quando è carente l'interesse o sussistono altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito.

⁹⁸ Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

decisione dell’Autorità Garante delle Comunicazioni e del Mercato espressa con il provvedimento nr. 23065.

Più in particolare, il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio ha affermato che l’analisi compiuta dall’Autorità *antitrust* sui costi del servizio “PostaTime” non dimostra in modo incontrovertibile la natura anticoncorrenziale dell’offerta ed ha espresso analoghe considerazioni facendo riferimento anche alle offerte presentate da Poste Italiane per lo svolgimento delle gare bandite dal Comune di Milano e da Equitalia nel 2008.

Il predetto organo giurisdizionale, con la sentenza emanata nel giugno del 2012, ha accolto il ricorso presentato da Poste Italiane nel procedimento in argomento e per l’effetto ha annullato le relative sanzioni erogate per l’abuso di una posizione dominante.

SINTESI E CONCLUSIONI

Con il presente lavoro di tesi sono state illustrate, le disposizioni che regolano lo svolgimento della funzione amministrativa effettuata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'ambito di procedimenti amministrativi aperti per fattispecie di illeciti concorrenziali quali intese restrittive della concorrenza ed abusi di posizione dominante e a titolo di esempio sono stati esposti, per ciascuna fattispecie illecita concorrenziale, un caso concreto.

In principio si è analizzata la parte generale del procedimento amministrativo svolto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato individuando le norme principali che lo regolano e lo governano. A tal proposito, nel trattare il profilo normativo del procedimento amministrativo, la legge 10 ottobre 1990, n. 287, altrimenti detta legge *antitrust*, è stata individuata come la prima fonte normativa di disciplina organica della concorrenza dell'ordinamento italiano. Si è anche fatto riferimento al coordinamento che intercorre tra le norme della legge 287/90 e i poteri *antitrust* nazionali con le analoghe norme comunitarie e le corrispondenti funzioni di applicazione della disciplina attribuite alla Commissione europea.

Dopo aver individuato, negli artt. 101 e 102 del Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea, le norme che puniscono le due principali fattispecie illecite concorrenziali – ossia le intese restrittive della concorrenza e l'abuso di una posizione dominante -, e constatato che tali norme sono state adottate dall'Unione europea sin dal 1958 (ex artt. 81 e 82 del Trattato della Comunità Europea), si è passati a delineare anche gli ambiti di applicazione delle norme comunitarie rispetto alle norme nazionali. In tale contesto si è, tra l'altro, evidenziato che, per quanto concerne le intese restrittive della concorrenza ed i comportamenti abusivi posti in essere da imprese in posizione dominante nel mercato, le norme comunitarie debbono essere applicate nei casi in cui la fattispecie possa avere un impatto sensibile sul commercio tra Stati membri.

Dopo aver trattato la parte prettamente normativa si è passati ad esaminare i poteri esercitati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato individuandone i compiti, il ruolo e le decisioni (i provvedimenti amministrativi) che essa attua al fine di assicurare il corretto funzionamento delle dinamiche concorrenziali e di evitare che il processo di competizione degeneri verso forme patologiche, impedendo che le imprese, attraverso la collusione o per il tramite di condotte

unilaterali, possano utilizzare il loro potere di mercato per eliminare la concorrenza, così da poter praticare prezzi sopra-competitivi o condizioni commerciali deteriori, a danno dei consumatori.

Continuando nell'esposizione, sono state mostrate le fasi principali del procedimento amministrativo indicandone gli aspetti più generali ed è stato trattato anche il controllo giurisdizionale dei provvedimenti davanti all'Autorità *antitrust*. In particolare è stata esaminata la disciplina dei procedimenti di applicazione delle regole in materia di intese e abusi di posizione dominante.

Dopo aver fatto cenno sia al mercato rilevante e sia alle predette forme di fattispecie anticoncorrenziali si è passati ad esaminare un paio di casi concreti trattati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, rispettivamente in materia di intese restrittive ed abuso di posizione dominante.

Per quanto attiene al primo caso, è stato riportato in maniera sommaria il procedimento *antitrust* I729, inerente un'intesa restrittiva della concorrenza tra Alliance Medical, Siemens, Toshiba e Philips, volta alla determinazione congiunta delle modalità di partecipazione alla gara bandita da SO.RE.SA per la fornitura di apparecchiature elettromedicali

in violazione dell'articolo 101 del Trattato di Funzionamento Unione Europea. In definitiva, dalla ricostruzione delle condotte illustrate nel procedimento in argomento è emersa una significativa alterazione del meccanismo concorrenziale riconducibile allo scambio di informazioni sensibili ed alla conclusione di un'intesa vietata tra Alliance Medical, Siemens, Toshiba e Philips, volta alla determinazione congiunta delle modalità di partecipazione alla gara bandita dalla società SO.RE.SA per la fornitura di apparecchiature elettromedicali in violazione dell'articolo 101 del Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea.

Il procedimento *antitrust A413*, invece, ha interessato il settore postale ed in particolare il mercato di recapito a data e ora certa e il servizio di notifica attraverso messo. In particolare, l'Autorità *antitrust* ha decretato che Poste Italiane ha posto in essere uno sfruttamento abusivo della propria posizione dominante escludente dei concorrenti. Tale abuso risulta dalle condotte riconducibili ad una stessa strategia abusiva nell'uso della rete postale, fondata sull'offrire i servizi liberalizzati (recapito a data e ora certa e servizio attraverso messo) a prezzi predatori senza imputare alcun costo connesso alla rete postale già usata per il servizio universale. Dal procedimento risulta che la finalità escludente è stata sempre diretta

verso il principale concorrente di Poste Italiane vale a dire TNT Post Italia.

In particolare, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha appurato che la società Poste Italiane S.p.A. ha posto in essere un abuso di posizione dominante contrario all'articolo 102 del Trattato di Lisbona, consistente nelle condotte riconducibili ad un'unica e complessa infrazione adottata nell'ambito di una strategia unitaria volta a ostacolare lo sviluppo dei mercati liberalizzati relativi al recapito a data e ora certa e alla notifica attraverso messo notificatore.

In conclusione, con questo lavoro di tesi, si è cercato di analizzare le varie fasi del procedimento amministrativo davanti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in materia *antitrust*. La funzione che il procedimento amministrativo assume è strettamente legata alle peculiarità che caratterizzano le autorità amministrative indipendenti. Nella tesi, in argomento, vengono analizzati i vari strumenti partecipativi a disposizione dei privati, come il diritto di accesso, la comunicazione di avvio del procedimento, il diritto ad essere ascoltati, il diritto a ricevere la contestazione degli addebiti. Al fine di rendere concrete le nozioni e le procedure teorizzate sono stati esposti casi recenti in cui si è pronunciata

l'Autorità Garante della Comunicazione e del Mercato, intervenendo su un accordo orizzontale vietato e su un abuso di posizione dominante.

In ultima analisi, si è cercato di rispondere ad ipotetiche domande per fornire ulteriori spunti di commento ed analisi al lavoro in argomento.

BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA

G. Amato, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1988

M. Bassi, F. Merusi, *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993

R. Caranta, *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, in “I garanti delle regole. Le autorità indipendenti”, Bologna, 1996

V. F. Cintioli, G. Olivieri (a cura di), *I nuovi strumenti di tutela antitrust, misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, Giuffrè, Milano, 2007

M. Clarich, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in *Diritto amministrativo*, 2, 2007

F. Denozza, *Logica del sistema sanzionatorio e programmi di clemenza*, in “Poteri e garanzie nel diritto *antitrust*” a cura di G. Bruzzone, Bologna, 2008

C. Franchini, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996

P. Fattori e M. Todini, *La disciplina della concorrenza in Italia*, 2010

G. Ghidini, V. Falce, *Giurisdizione antitrust, l'anomalia italiana*, in “Mercato concorrenza regole”, 2, 1999

G. Morbidelli, *Impegni e principio di tipicità degli atti amministrativi*, in F. Cintioli e F. Donati (a cura di), *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, Giappichelli, Torino, 2008.

A. Pajno, *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2004

A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, 2007

M. Scuffi, *La tutela antitrust avanti al giudice amministrativo*, in “*Diritto processuale antitrust*”, Milano, 1998

<http://www.agcm.it/concorrenza/intese-e-abusi/>

<http://www.diritto.it/articoli/amministrativo/mellone.html>

http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/giuridiche/14_2009.pdf