

La funzione *antitrust* nel prisma della giurisprudenza amministrativa. Orientamenti e questioni aperte nel biennio 2022-2023

Cecilia Police

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Segnalazioni *antitrust*. – 3. Il mercato rilevante. – 3.1 Definizione del mercato rilevante. – 4. Soggetto responsabile dell'illecito. – 5. Elemento soggettivo nell'illecito *antitrust*. – 6. Intesa restrittiva della concorrenza. – 6.1 Nozione di intesa. – 6.2 Nozione di accordo e pratica concordata. – 6.3 Intese restrittive “per oggetto” e intese restrittive “per effetto”. – 6.4 Infrazione unica continuata e “piano di insieme”. – 7. Natura dell'illecito *antitrust*. – 8. Standard probatorio: elementi di prova “endogeni” ed “esogeni”. – 9. L'abuso di posizione dominante. – 9.1 Il concetto di posizione dominante e il relativo abuso. – 9.2 Abuso di posizione dominante e *margin squeeze*. – 9.3 Abuso di posizione dominante e servizi pubblici: l'art. 106 TFUE e la disciplina *antitrust*. – 9.4 Abuso di posizione dominante e la fattispecie di *excessive pricing*. – 10. Immediata efficacia del provvedimento sanzionatorio dell'Autorità. – 11. Conclusioni.

1. *Premessa*

Il presente contributo fornisce una panoramica sui principi ed orientamenti in materia *antitrust* emersi in seno alla giustizia amministrativa italiana nel corso del biennio 2022-2023, principalmente alla Prima Sezione del Tar Lazio, sede di Roma e dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato, con riguardo ai giudizi avverso i provvedimenti sanzionatori adottati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (d'ora in avanti, “Autorità” o “AGCM”).

Il lavoro è stato organizzato per aree tematiche facendo riferimento, in particolare, ai profili sostanziali del diritto della concorrenza (mercato rilevante, intese restrittive della concorrenza, abusi di posizione dominante).

2. *Segnalazioni* antitrust

Ai sensi dell'art. 12 l. 287/1990, l'Autorità, valutati gli elementi comunque in suo possesso e quelli portati a sua conoscenza da pubbliche amministrazioni o da chiunque vi abbia interesse, ivi comprese le associazioni rappresentative dei consumatori, procede ad istruttoria per verificare l'esistenza di infrazioni ai divieti stabiliti negli articoli 2 e 3. Ebbene tale potere di indagine può essere attivato anche su segnalazione di società private. La giurisprudenza amministrativa ha avuto modo, nel corso del biennio considerato, di concretizzare i requisiti necessari della segnalazione, al fine di dare corso all'attività valutativa dell'AGCM.

Con riferimento a tale questione, nella sentenza dell'11 dicembre 2023, n. 18588, relativa al procedimento C7404 – *Black Oils/Europetrol*, i giudici hanno dichiarato l'infondatezza del ricorso proposto dalla società Europetrol avverso il provvedimento di archiviazione della segnalazione. È stato sostenuto infatti che la segnalazione non deve e non può essere dedotta «in termini assolutamente generici e non circostanziati» così come non può essere articolata in assenza di «alcuna circostanza fattuale specifica, dalla quale poter inferire che la peculiare vicenda potesse essere sintomatica di una più ampia e generalizzata situazione patologica di alterazione del mercato». Del resto, il sindacato sul provvedimento di archiviazione, segue le regole generali del giudizio di legittimità e si sostanzia in un controllo sulla ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione resa dall'Autorità, non sull'adeguatezza e proporzionalità dell'attività istruttoria concretamente svolta. Fuoriesce invece, dall'ambito del giudizio «la valutazione circa la possibilità, per l'AGCM, di svolgere approfondimenti istruttori con riferimento a ogni possibile teorico profilo investigativo o congetturale ipotizzabile nel caso concreto»¹.

3. *Il mercato rilevante*

3.1. *Definizione del mercato rilevante*

L'individuazione del mercato rilevante costituisce, attività necessariamente prodromica, e preliminare, rispetto all'applicazione della disciplina *antitrust*. La perimetrazione del mercato in cui emerge l'illecito rappresenta presupposto essenziale dello stesso e a tal fine occorre prendere in considerazione tanto l'estensione geografica in cui l'operazione denunciata si colloca o sortisce effetti, quanto l'ambito del prodotto o del servizio che la medesima operazione investe. Tale verifica, pertanto, implica un accertamento di fatto cui segue l'applicazione ai fat-

¹ In tal senso, si veda Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 2022, n. 528.

ti contestati delle norme giuridiche in tema di mercato rilevante, come interpretate dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale.

Anche sotto il profilo della valenza dell'individuazione del mercato rilevante nei procedimenti per l'accertamento delle intese, rispetto ai procedimenti per la verifica di un abuso di posizione dominante, la giurisprudenza amministrativa, nel corso del biennio 2022-2023 ha confermato i propri, ormai, consolidati orientamenti.

Infatti, con riferimento alla fattispecie di intese anticoncorrenziali, il Consiglio di Stato si è soffermato sulla definizione del mercato rilevante nell'ambito di intese restrittive della concorrenza. Nella sentenza n. 8399 del 30 settembre 2022, relativa al procedimento I821 – *Affidamenti vari di servizi di vigilanza privata*, i giudici di Palazzo Spada hanno stabilito che se è vero che il mercato rilevante va individuato solo dopo aver stabilito l'esistenza dell'intesa anticoncorrenziale, ciò non significa affatto che esso vada anche "ritagliato su misura" della stessa. Si aggiunge che «vero è, piuttosto, che la preliminare individuazione della intesa serve a stabilire la tipologia delle operazioni sulle quali l'intesa può aver riverberato i propri effetti, mentre il mercato rilevante va identificato in un momento successivo affinché possa includere tutte le operazioni della medesima tipologia».

Anche la giurisprudenza, nella sentenza del Tar Lazio, n. 125 del 3 gennaio 2023, relativa al procedimento I839 – *Trasporti speciali infiammabili e rifiuti da e per le isole campane*, ha ribadito, sulla scorta della comunicazione della Commissione europea 97/C 372/03, che al fine di individuare il mercato rilevante, occorre combinare il mercato del prodotto (comprendente i prodotti considerati intercambiabili o sostituibili) con quello geografico (ossia l'area in cui le imprese interessate forniscono il servizio, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee). Inoltre, va aggiunto come «la definizione di mercato rilevante dell'AGCM sia espressione di una valutazione discrezionale (che inevitabilmente rischia di scontare un margine d'opinabilità), sindacabile dal giudice amministrativo solo per mancato rispetto dei generali principi di logicità, ragionevolezza e proporzionalità, oltre che del vincolo di coerenza comunitario».

In particolare, anche nella sentenza del Consiglio di Stato, n. 376 dell'11 gennaio 2023, relativa al procedimento I805 – *Prezzi del cartone ondulato*, si legge che il mercato rilevante «lungi dal coincidere (*ex ante*) con aree geograficamente circoscritte, è individuabile, come il lessico impiegato lascia intendere, solo *ex post*: all'esito della ricognizione delle caratteristiche (merceologiche e dei servizi resi) del settore e delle dinamiche economiche, giuridiche e sociali nelle quali operano le aziende nel segmento dell'attività preso in considerazione».

Con sentenza del 1° marzo 2023, n. 2114, relativa al procedimento A444 – *Akron/Gestione rifiuti urbani a base cellulosica*, i giudici di Palazzo Spada si sof-

fermano sul profilo della corretta delimitazione del mercato rilevante. Si ribadisce che non è corretto un metodo volto a ricercare una definizione assoluta della nozione di mercato rilevante, dal momento che questa assume un significato relativo, in funzione della specifica indagine che viene in considerazione in rapporto al comportamento che si assume illecito e l'operazione di contestualizzazione del mercato «implica margini di opinabilità, atteso il carattere di concetto giuridico indeterminato di detta nozione».

Nella sentenza del 6 marzo 2023, n. 3697, relativa al procedimento I835 – *Mercato dei contatori d'acqua*, la sezione Prima del Tar Lazio ha precisato che «la definizione del mercato rilevante nelle ipotesi di intese restrittive della concorrenza, risulta *ex se* funzionale all'individuazione delle caratteristiche stesse del contesto nel cui ambito si colloca l'illecito coordinamento delle condotte d'impresa, atteso che è proprio l'ambito di tale coordinamento a deliberare e definire l'ambito stesso del mercato rilevante». Vale a dire che la definizione dell'ambito merceologico, operativo e territoriale in cui si manifesta un coordinamento fra imprese concorrenti e si realizzano gli effetti derivanti dall'illecito concorrenziale «risulta funzionale alla decifrazione del grado di offensività dell'illecito».

Con riferimento alla fattispecie di abuso di posizione dominante, essendo l'individuazione del mercato rilevante essenziale ai fini dell'integrazione dell'abuso *ex art.* 102 TFUE, la giurisprudenza, sin dalla sentenza del Tar Lazio, n. 2334 del 28 febbraio 2022, relativa al procedimento A514 – *Condotta Fibra Telecom Italia*, ha affermato che la perimetrazione del mercato rilevante rappresenta un *prius* logico e pratico, quale presupposto essenziale dell'illecito in relazione al quale la condotta ascritta considerata può assumere i tratti dell'abuso come contestato. Nell'ipotesi di abuso di posizione dominante, a differenza di quella di intesa restrittiva, infatti, «la delimitazione del mercato di riferimento inerisce ai presupposti del giudizio sul comportamento che potrebbe essere anticoncorrenziale e, in tal caso, occorre preventivamente accertare l'esistenza di una dominanza nel mercato stesso»². Inoltre, la stessa definizione di “mercato rilevante” non è connotata in senso meramente geografico o spaziale, ma è relativa anche e soprattutto «all'ambito nel quale l'intento anticoncorrenziale ha, o avrebbe, capacità di incidere e attitudine allo svolgimento della corretta dinamica concorrenziale»³.

Nella sentenza del Tar Lazio, 20 luglio 2023, n. 12230, relativa al procedimento A524 – *Leadiant Biosciences/Farmaco per la cura della xantomatosi cerebrotendinea*, i giudici affrontano il tema del “mercato rilevante” nell'ambito del mercato farmaceutico sostenendo che «risulta corretto circoscrivere il mercato rilevante a livello del singolo principio attivo e quindi, definirlo dal punto di

² Nello stesso senso si veda, Cons. Stato, sez. VI, 3 giugno 2014, n. 2837.

³ In tale senso si veda anche Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 2015, n. 334.

vista del prodotto». Con riferimento al mercato geografico, il mercato rilevante è «di dimensione nazionale, pari all'intero territorio italiano; ciò in ragione delle diversità istituzionali che caratterizzano i sistemi sanitari e le politiche farmaceutiche dei singoli Stati membri (per tali intendendosi la regolamentazione dei prezzi, delle modalità di rimborso, della classificazione dei medicinali, dei canali distributivi), dei diversi regimi di accesso, nonché in considerazione dell'eventuale diversa diffusione epidemiologica di una determinata patologia e della differenziate disponibilità economica degli Stati membri».

Con sentenza del 31 ottobre 2023, n. 9380, relativa al medesimo procedimento 1835 – *Mercato dei contatori d'acqua*, la Sesta sezione del Consiglio di Stato si è soffermato sul diverso ruolo giocato dall'individuazione del mercato rilevante nelle intese e negli abusi di posizione dominante. In particolare, ha ribadito che in materia di intese concorrenziali, il mercato di riferimento deve essere costituito da una parte rilevante del mercato nazionale e di regola non può coincidere con una qualsiasi operazione economica. Tuttavia, anche una porzione ristretta del territorio nazionale può assurgere a mercato rilevante, ove in essa abbia luogo l'incontro di domanda ed offerta in condizioni di autonomia rispetto ad altri ambiti anche contigui, e quindi esista una concorrenza suscettibile di essere alterata. Diversamente dai casi di concentrazioni e di accertamenti della posizione dominante, in cui la definizione del mercato rilevante è presupposto dell'illecito, in presenza di una intesa illecita la definizione del mercato rilevante è successiva rispetto all'individuazione dell'intesa poiché l'ampiezza e l'oggetto dell'intesa medesima circoscrivono il mercato.

L'ambito del concetto di mercato rilevante, in definitiva, deve essere individuato concretamente dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ed è frutto di una valutazione non censurabile nel merito da parte del Giudice Amministrativo, se non per vizi di illogicità estrinseca; pertanto, ben può essere desunto all'esito dell'esame della singola e specifica condotta della quale sia sospettata la portata anticoncorrenziale.

Inoltre, il mercato rilevante «deve essere individuato in quella zona geograficamente circoscritta, connotata da condizioni di concorrenza sufficientemente omogenee, nella quale, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra di loro intercambiabili o sostituibili in ragione delle loro caratteristiche, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati, le imprese che forniscono quel prodotto o servizio si pongono tra di loro in rapporto di concorrenza, con utilizzo di regole scientifiche per lo più tratte dalla scienza economica oltre che da regole di comune esperienza»⁴. In sostanza, l'individuazione del mercato rilevante implica un accertamento di fatto che non di rado presenta margini di opinabilità, sui

⁴ Cons. Stato, sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4873.

quali il giudice amministrativo non può intervenire, sostituendosi alle valutazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, a meno che queste non risultino viziate sotto il profilo del travisamento dei fatti, della violazione di legge e della irragionevolezza⁵. Infatti, nella sentenza del Tar Lazio, sez. I, 18 luglio 2022, n. 10147, relativa al procedimento A529 – *Google/Compatibilità app Enel X Italia con sistema Android Auto*, si afferma che «devono ritenersi sostanzialmente inammissibili le censure volte a contestare nel merito apprezzamenti e valutazioni di carattere tecnico-discrezionale rimessi all'Autorità, che trovano un limite nel solo rispetto dei generali principi di logicità, ragionevolezza e proporzionalità, oltre che dal vincolo di coerenza comunitario». In sostanza, il giudice amministrativo non può sostituirsi all'Autorità di settore nell'individuazione del mercato rilevante se questa risulti attendibile secondo la scienza economica, nonché immune da vizi logici e di violazione di legge.

In data 8 febbraio 2024, la Commissione europea ha adottato una nuova Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza⁶, che sostituisce la precedente. In particolare, la revisione di tale definizione si è resa necessaria in relazione ai recenti sviluppi in tema di digitalizzazione, di nuove modalità di offerta di beni e servizi e in particolare per la natura interconnessa dei nuovi scambi commerciali. L'obiettivo è infatti quello di garantire trasparenza e prevedibilità nell'applicazione del diritto della concorrenza, fornendo orientamenti nuovi o aggiuntivi su varie questioni fondamentali per la definizione del mercato rilevante. Tale approccio mira a rafforzare la certezza del diritto e la prevedibilità delle decisioni, con l'intento di apportare maggiore efficienza procedurale per le autorità competenti e di agevolare le imprese a conformarsi al diritto dell'UE in materia di concorrenza⁷.

⁵ Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2014, n. 1673.

⁶ Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza, 8.2.2024, C(2023) 6789 *final*.

⁷ In particolare, al punto 5, si legge «la maggiore trasparenza e, di conseguenza, la maggiore prevedibilità delle valutazioni della Commissione ai sensi del diritto dell'Unione in materia di concorrenza si tradurranno anche in una maggiore certezza del diritto per le imprese e i loro consulenti, i quali saranno in grado di valutare meglio la portata dei mercati rilevanti e la probabilità che la Commissione individui problemi di concorrenza in un caso specifico. Le imprese potranno tener conto di tali fattori nel loro processo decisionale interno [...]. Gli orientamenti contenuti nella presente comunicazione aiuteranno inoltre le imprese ad anticipare il tipo di informazioni che la Commissione ritiene pertinenti ai fini della definizione del mercato».

4. Soggetto responsabile dell'illecito

La nozione di impresa, ai fini del diritto *antitrust*, deriva dal diritto europeo e si riferisce a un'unità economica anche qualora, sotto il profilo giuridico, tale entità economica sia costituita da più persone, fisiche o giuridiche.

In particolare, nella sentenza n. 8259 del 15 maggio 2023, relativa al procedimento I814 – *Diritti internazionali*, la Prima sezione del Tar Lazio ha ribadito i costanti orientamenti in materia precisando che, ai fini dell'imputazione delle sanzioni *antitrust*, non deve farsi necessariamente ed esclusivamente riferimento alla persona giuridica che materialmente ha posto in essere la condotta, in quanto «la nozione di impresa va riferita a qualsivoglia soggetto che esercita l'attività economica a prescindere dalla sua conformazione giuridica e dal suo status e, quindi, anche a prescindere dal fatto se essa sia costituita da più persone fisiche o giuridiche»⁸. La visione sostanziale tipica del diritto eurounitario supera lo schermo formale del soggetto giuridico e guarda al fenomeno economico unitario «sicché la condotta anticoncorrenziale può ben essere dedotta da un complesso di elementi riferiti a più soggetti dei quali sia evidente il collegamento comportamentale sul mercato». Tra gli indizi raccolti a supporto della qualificazione della società ben possono rientrare l'identità dei soggetti e la loro capacità di influenzare le scelte della società in ragione delle quote possedute, delle cariche ricoperte e dei ruoli operativi; la stessa continuità della condotta unitaria della società; le modalità operative con cui le società del gruppo agivano nei confronti degli interlocutori esterni, secondo una logica evidentemente congiunta.

La formale separazione tra due imprese conseguente alla loro distinta personalità giuridica non è decisiva, poiché ciò che rileva è l'unità o meno del loro comportamento sul mercato e, in definitiva, la nozione economica di agente economico⁹. La giurisprudenza europea ritiene che il comportamento di una controllata possa essere imputato alla società controllante quando, «pur avendo personalità giuridica distinta, tale controllata non determini in modo autonomo la sua linea di condotta sul mercato, ma si attenga, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla

⁸ Si veda, sul punto, anche Cons. Stato, sentenza n. 3570 del 9 maggio 2022, relativa al procedimento 1808 – *Gara Consip FM4 – Accordi tra i principali operatori del facility management*. Si veda anche Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 10 aprile 2014, in cause riunite da C-231/11 P a C-233/11 P, *Commissione contro Siemens AG Österreich*, EU:C:2014:256; sentenza del 12 luglio 1984, causa 170/83, *Hydrotherm contro Ditta Compact*, EU:C:1984:271, punto 11; sentenza del 14 luglio 1972, causa 48/69, *Imperial Chemical Industries contro Commissione*, EU:C:1972:70, punto 140.

⁹ A livello europeo la nozione di impresa si riferisce a qualsiasi ente che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico del soggetto stesso e dalle sue modalità di finanziamento. Si veda in tal senso, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza dell'11 luglio 2013, in causa C-440/11, *Commissione contro Stichting*, EU:C:2013:514, punto 37.

società controllante, in considerazione, segnatamente, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra le due entità giuridiche»¹⁰.

Inoltre, il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 4779 del 13 giugno 2022, relativa al procedimento I814 – *Diritti internazionali*, ha ribadito che secondo costante giurisprudenza europea, il diritto dell’Unione in materia di concorrenza riguarda le attività delle imprese e la nozione di impresa abbraccia qualsiasi soggetto che eserciti un’attività economica, a prescindere dallo status giuridico del soggetto stesso. In particolare, «ciò che rileva non è la personalità giuridica delle società, ma l’unità del loro comportamento sul mercato. Tale unità di condotta nel mercato può essere dedotta da un complesso di elementi anche qualora gli stessi, isolatamente considerati, non siano sufficienti per dimostrare l’esistenza di tale unitarietà economica»¹¹.

5. *Elemento soggettivo nell’illecito antitrust*

La giurisprudenza amministrativa, nel corso del biennio in esame, si è anche variamente soffermata sulla questione della configurazione dell’elemento soggettivo che caratterizza gli illeciti *antitrust*. Nello specifico, con riferimento alle intese restrittive della concorrenza, nella sentenza n. 2117 del 1 marzo 2023, relativa al procedimento I805 – *Prezzi del cartone ondulato*, il Consiglio di Stato ha evidenziato che «il fatto che un’impresa non abbia preso parte a tutti gli elementi costitutivi dell’intesa, e in particolare che non abbia assistito alle riunioni anticoncorrenziali o che non abbia avuto conoscenza di tutti i contatti anticoncorrenziali tra i concorrenti, non è sufficiente a dimostrare che essa non possedeva il grado di conoscenza richiesto al fine di accertare la sua partecipazione a tale infrazione».

Del resto, già con la sentenza n. 8400 del 30 settembre 2022, relativa al procedimento I821 – *Affidamenti vari di servizi di vigilanza privata*, il Consi-

¹⁰ Corte di Giustizia dell’Unione Europea, sentenza del 10 aprile 2014, in cause riunite C-247/11 P e C-253/11, *Areva e Alstom contro Commissione*, EU:C:2014:257, punto 30; sentenza del 18 luglio 2013, in causa C-501/11, *Schindler Holding contro Commissione*, EU:C:2013:522, punto 101). Inoltre, affinché possa dirsi che un gruppo corrisponde ad un’unica entità economica e affinché si possa così imputare alla capogruppo il comportamento concorrenziale della controllata è necessario che vengano soddisfatte due condizioni cumulative: la società madre deve avere la capacità di esercitare una influenza determinante sulla controllata e, soprattutto, essa deve aver esercitato in concreto questo potere (Corte di Giustizia, sentenza del 26 settembre 2013, causa C-179/12P, *The Dow Chemical Company contro Commissione*, EU:C:2013:605, punto 55). La seconda condizione comporta la necessità di provare, in concreto, l’esercizio effettivo dell’influenza determinante della società madre sulla propria controllata, ossia l’intensità e l’impatto di tale influenza, può essere oggetto di presunzione. A tal fine, occorre guardare ai legami organizzativi, economici e giuridici intercorrenti tra l’impresa controllante e controllata, tenendo conto di tutte le circostanze specifiche del caso.

¹¹ Si veda in tal senso, Corte di Giustizia dell’Unione Europea, sentenza del 1° luglio 2010, causa C-407/08P, *Knauf Gips contro Commissione*, EU:C:2010:389.

glio di Stato aveva evidenziato che in presenza di un illecito collusivo ripetuto da imprese diverse per un certo periodo di tempo, la caratterizzazione della violazione come una singola collusione non comporta la considerevole conseguenza – rilevante in tema di partecipazioni assuntivamente “minori” o “marginali” alla concertazione anti competitiva – che un partecipante deve essere ritenuto responsabile per tutte le azioni del cartello, anche se non abbia preso personalmente parte alla totalità di esse, una volta che abbia deciso di assentire alla concertazione medesima. Ne discende che, «anche alle imprese che sostanzialmente negano il proprio coinvolgimento nella concertazione collusiva accertata dall’Autorità, risulta applicabile il principio secondo il quale la continuità dell’infrazione non può essere esclusa per il solo fatto che la partecipazione soffra di uno sviluppo diacronico – nel caso di intese aventi prolungata articolazione temporale – isolato, ovvero parcellizzato nel corso di individuati e/o circoscritti periodi»¹². Ciò, in quanto, il cartello è una collusione (“*conspiracy*”) dei suoi membri e, dunque, anche coloro la cui partecipazione sia stata limitata, per non aver preso parte a tutti gli aspetti dell’accordo anti-competitivo o per avervi svolto un ruolo minore, contribuiscono alla cospirazione complessiva. E, pertanto, anche un partecipante in possesso di una quota minore nel mercato di riferimento può contribuire alla collusione. Il solo modo di evitare la responsabilità è quello di presentare una domanda di clemenza confessando la presenza di un accordo o di dissociarsi pubblicamente da quanto è stato concordato.

Con la sentenza del 31 ottobre 2023, n. 9380, relativa al procedimento 1835 – *Mercato dei contatori d’acqua*, invece, il Consiglio di Stato ha affermato che la sola partecipazione di un’impresa alle riunioni nel corso delle quali sono stati definiti gli elementi dell’intesa vietata «rappresenta un dato che non consente a tale impresa di invocare poi la propria estraneità rispetto alla fattispecie oggetto di sanzione: a meno che essa non si sia manifestamente opposta alla pratica che si andava in modo evidente delineando, ovvero riesca persuasivamente a dimostrare che la sua partecipazione alle riunioni non si sia connotata di alcuno spirito anticoncorrenziali».

Con sentenza del 15 dicembre 2022, n. 10993, relativa al procedimento A531 – *Riciclo imballaggi primari/Condotte abusive Corepla*, invece, il Consiglio di Stato ha esaminato le questioni concernenti il coefficiente psicologico di colpevolezza. In particolare, si è evidenziato che «l’accertamento dell’elemento soggettivo, quanto meno della colpa, pure non rilevante ai fini dell’accertamento dell’infrazione e dell’adozione di misure inibitorie, costituisce il presupposto necessario per l’applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie». Ciò in

¹² Tar Lazio, Roma, sez. I, 29 marzo 2012, n. 3029, confermata da Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2014, n. 4506.

quanto, facendosi questione di misure punitive, devono trovare giustificazione in un giudizio di rimprovero personale nei confronti dell'agente. Nel caso di specie l'appellante lamentava l'assenza dell'adempimento dell'onere di allegazione e di prova a carico dell'Autorità *antitrust*, da adempiere a pena di illegittimità della sanzione. Il Consiglio di Stato ha puntualmente ribadito il suo granitico orientamento secondo cui la valutazione operata dall'Autorità, consistente nell'allegare e documentare puntualmente le circostanze fattuali da cui poter desumere la finalità escludente delle condotte risulta corretta, emergendo un piano probatorio tale da dimostrare che l'impresa abbia agito con la precisa intenzione di escludere dal mercato un proprio competitore, assumendo condotte economicamente ingiustificabili. Dall'esame delle pronunce sopra riportate, emerge dunque che le disposizioni che vietano gli illeciti anticoncorrenziali, individuando delle fattispecie tipizzate incentrate sulla mera condotta secondo un criterio di agire o di omettere doveroso, ancorino il giudizio di colpevolezza a parametri normativi estranei al dato puramente psicologico, con la conseguenza che, una volta integrata e provata dall'Autorità la fattispecie tipica dell'illecito, grava sul trasgressore, in virtù della presunzione di colpa che permea il sistema della responsabilità da illecito amministrativo (argomentazione *ex art.* 3 l. 24 novembre 1981, n. 689), l'onere di provare di aver agito in assenza di colpevolezza.

6. *Intesa restrittiva della concorrenza*

6.1. *Nozione di intesa*

La disciplina delle intese costituisce la colonna portante del diritto *antitrust*, nazionale ed europeo.

L'art. 101 TFUE vieta tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese, e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra gli Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno. Il medesimo divieto è posto, nella normativa nazionale, dall'art. 2, l. n. 287/1990. La funzione di tali disposizioni è quella di tutelare la concorrenza sul mercato, al fine di garantire il benessere dei consumatori e un'allocazione efficiente delle risorse.

Con sentenza n. 1466 del 10 febbraio 2023 del Consiglio di Stato, relativa al procedimento I794 – *ABI/SEDA*, il Consiglio di Stato ha avuto modo di precisare che «rientrano nell'ambito delle intese di prezzo vietate non solo le concertazioni con cui le imprese fissano i prezzi a livelli determinati, ma in generale tut-

te le intese che abbiano per oggetto o per effetto quello di cortocircuitare la libera determinazione individuale del prezzo e, quindi, la sua naturale flessibilità».

Invece, con la sentenza n. 10914 del 18 dicembre 2023, relativa al procedimento I835 – *Mercato dei contatori d'acqua*, i giudici di Palazzo Spada hanno ribadito gli ormai cristallizzati principi, sia a livello nazionale che comunitario, concernenti la nozione di intesa. Dopo aver ribadito la formulazione dell'art. 101 TFUE, si afferma che «accordi e pratiche concordate sono forme collusive che condividono la medesima natura e si distinguono solo per la loro intensità e per le forme in cui esse si manifestano e, possono coesistere anche nell'ambito di una stessa intesa¹³. Mentre la fattispecie dell'accordo ricorre qualora le imprese abbiano espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo, la pratica concordata corrisponde ad una forma di coordinamento che, senza essersi spinta fino alla stipulazione di un vero e proprio accordo, sostituisce, in modo consapevole, un'espressa collaborazione fra le stesse per sottrarsi ai rischi della concorrenza».

Tale orientamento si pone in linea di continuità con quanto affermato nella sentenza del 9 maggio 2022, n. 3570, relativa al procedimento I808 – *Gara Consip FM4 – Accordi tra i principali operatori del facility management*. I Giudici di Palazzo Spada hanno infatti nuovamente affermato che per intesa restrittiva della concorrenza, si intendono «tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno».

Il testo normativo europeo, di cui all'art. 101 TFUE contempla alcune fattispecie tipiche aventi tuttavia valenza non tassativa. A tal fine, «l'individuazione delle condotte illecite atipiche deve partire dalla concezione sottesa alle norme del TFUE in materia di concorrenza secondo cui ogni operatore economico deve determinare autonomamente la condotta che intende seguire nel mercato interno, cosicché devono ritenersi vietati i contatti diretti o indiretti di qualsiasi genere che possano influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente, attuale o potenziale, o rivelare a tale concorrente la condotta che essi hanno deciso o intendono seguire sul mercato quando tali contatti abbiano quale scopo o effetto una restrizione della concorrenza».

In conclusione, i giudici affermano che la nozione di pratica concordata per oggetto esige il soddisfacimento di tre condizioni: «i) una concertazione tra le imprese interessate; ii) un comportamento sul mercato da parte di tali imprese che dia seguito a tale concertazione; iii) un nesso causale tra concertazione e com-

¹³ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 5 dicembre 2013, causa C-449/11P, *Solvay Solexis contro Commissione*, EU:C:2013:802.

portamento sul mercato, senza che tuttavia tale comportamento debba ripercuotersi in quanto tale in una concreta restrizione della concorrenza».

6.2. *Nozione di accordo e pratica concordata*

La distinzione tra accordo e pratica concordata è stata definita e affinata nella giurisprudenza amministrativa degli ultimi anni, e ha trovato conferma anche nelle sentenze rese dal Tar Lazio e dal Consiglio di Stato nel corso del biennio 2022-2023. La giurisprudenza ha evidenziato, nella sentenza n. 2117 del 1° marzo 2023, del Consiglio di Stato, relativa al procedimento I805 – *Prezzi del cartone ondulato*, la diversità esistente tra le due nozioni di accordo e pratica. Il primo ricorre quando le imprese hanno espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo. La seconda ricorre, invece, quando si realizza una forma di coordinamento tra imprese che senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce, in modo consapevole, un'espressa collaborazione tra le stesse per sottrarsi ai rischi della concorrenza. La sesta sezione ha infatti approfondito tale distinzione, affermando che «l'intesa restrittiva della concorrenza può realizzarsi sia mediante un "accordo", sia mediante una "pratica concordata", cioè attraverso una forma di coordinamento e cooperazione consapevole (concertazione) tra imprese posta in essere a danno della concorrenza, che non richiede una manifestazione di volontà reciproca tra le parti, o un vero e proprio piano»¹⁴. Viene specificato che la figura dell'accordo sia rara nella prassi, in quanto gli operatori di mercato, ove intendano porre in essere una pratica anticoncorrenziale, ed essendo consapevoli della sua illiceità, tenderanno con ogni mezzo di celarla, evitando accordi scritti o accordi verbali espressi e ricorrendo, invece, a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto. Per queste ragioni, la giurisprudenza, consapevole della rarità dell'acquisizione di una prova piena, ritiene che la prova della pratica concordata oltre che documentale possa essere anche indiziaria.

Pertanto, l'accertamento di un'intesa anti-competitiva è il portato di un'analisi complessa ed articolata, che deve tenere conto di tutti gli elementi di prova acquisiti nella loro interezza e nella correlazione reciproca che lega gli uni agli altri. Il "parallelismo dei comportamenti" può essere considerato prova di una concertazione soltanto qualora questa ne costituisca l'unica spiegazione plausibile, tenuto conto della natura dei prodotti, dell'entità e del numero delle imprese.

¹⁴ Si veda, in tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2022, n. 4779, relativa al procedimento I814 – *Diritti internazionali*.

Le spiegazioni lecite alternative devono essere esaminate non nella loro astratta plausibilità, ma nel contesto in cui sono concretamente formulate¹⁵ ¹⁶.

Inoltre, si segnala che, in base alla disciplina europea, ogni impresa deve determinare autonomamente le proprie condotte e vieta rigorosamente che fra gli operatori abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi lo scopo o l'effetto di influire sul comportamento tenuto sul mercato da un concorrente attuale o potenziale, ovvero di rivelare ad un concorrente il comportamento che l'interessato ha deciso, o prevede, di tenere sul mercato. Tale ultima previsione è stata confermata, con opportune precisazioni dalla sentenza del 25 luglio 2023, n. 7273, relativa al procedimento I820 – *Fatturazione mensile con rimodulazione tariffaria*, con la quale i giudici di Palazzo Spada hanno affermato che «ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che intende seguire sul mercato. Devono, quindi, ritenersi vietati i contatti diretti o indiretti aventi per oggetto o per effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato». Ciononostante, il parallelismo dei comportamenti può essere considerato prova di una concentrazione «soltanto qualora questa ne costituisca l'unica spiegazione plausibile. L'art. 101 TFEU, infatti, mentre vieta qualsiasi forma di collusione atta a falsare il gioco della concorrenza, non esclude il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti»¹⁷. Pertanto, ove si ipotizzi la ricorrenza di un parallelismo di comportamenti, diventa necessario accertare se esso non possa, tenuto conto della natura dei prodotti, dell'entità e del numero delle imprese e del volume del mercato, spiegarsi altrimenti che con la concertazione. Anche la Corte di Giustizia, in applicazione del menzionato criterio, ha avuto modo di affermare che, «se la spiegazione del parallelismo di comportamenti basata sulla concertazione non è l'unica plausibile [...], il parallelismo di comportamenti accertato dalla Commissione non può costituire la prova della concertazione»¹⁸. Anzi, per quanto riguarda la valutazione del materiale probatorio, va rammentato, che nella maggior parte dei casi, l'esistenza di una pratica o di un accordo anticoncorrenziale deve essere dedotta da un certo numero di coincidenze e di indizi i quali, considerati nel loro insieme, possono rappresentare, in mancanza di un'altra spiegazione coerente, la

¹⁵ In tal senso si veda Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2018, n. 3197.

¹⁶ Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2018, n. 3197; Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4123.

¹⁷ Sul punto si veda la sentenza *Dole Food e Dole Fresh Fruit Europe/Commissione*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, punto 126, in base al quale, in applicazione dell'art. 101 TFEU «la nozione di pratica concordata, implica, oltre alla concertazione tra le imprese interessate, un comportamento sul mercato che dia seguito a tale concertazione e un nesso causale tra questi due elementi».

¹⁸ Corte di Giustizia, cause riunite, C-23 89/85, C-104/85, C-114/85, C-117/85 e da C-125/83 a C-129/85.

prova di una violazione delle norme sulla concorrenza¹⁹. Simili indizi e coincidenze consentono, se valutati globalmente, di rivelare non soltanto l'esistenza di comportamenti o accordi anticoncorrenziali, ma anche la durata di un comportamento anticoncorrenziale continuato e il periodo di un accordo concluso in violazione delle regole di concorrenza²⁰.

6.3. *Intese restrittive per "oggetto" e intese restrittive per "effetto"*

La definizione normativa *ex art. 101 TFUE* distingue tra intese restrittive per "oggetto", ovvero quello che, tenuto conto del tenore delle disposizioni collusive, degli obiettivi perseguiti, del contesto economico e giuridico nel quale si inseriscono, hanno "contenuto" anticoncorrenziale – e intese restrittive per "effetto", la cui dannosità può essere apprezzata soltanto sul terreno delle ripercussioni negative registratesi sulla struttura del mercato.

Con la sentenza n. 2117 del 1 marzo 2023, relativa al procedimento I805 – *Prezzi del cartone ondulato*, il Consiglio di Stato ha rilevato come «nel coordinamento tra imprese c.d. "per oggetto", come la fissazione di prezzi o la spartizione del mercato, che possono essere considerate, per la loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, l'Autorità non è tenuta a svolgere ulteriori accertamenti volti a verificare se l'intesa avesse in concreto prodotto effetti anticoncorrenziali sul mercato, una volta stabilito il suo oggetto anti-competitivo, perché la probabilità di effetti negativi è talmente alta da rendere inutile la dimostrazione degli effetti concreti sul mercato²¹».

Tale orientamento sembra confermare la costante giurisprudenza sul punto. Basti richiamare la sentenza n. 3570 del 9 maggio 2022, relativa al procedimento I808 – *Gara Consip FM4 – Accordi tra i principali operatori del facility management*, nella quale il Consiglio di Stato aveva rilevato come tale distinzione, che rileva già sul piano degli elementi costitutivi dell'illecito, comporta un regime probatorio diverso. Per le pratiche qualificate come restrizioni per "oggetto", non occorre dimostrarne gli effetti sulla concorrenza al fine di qualificarle come "restrizione della concorrenza", ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, in quanto – secondo la valutazione prognostica del legislatore – siffatti comporta-

¹⁹ Corte di Giustizia, sentenza del 6 dicembre 2012, *Commissione/Verhuizingen Coppens*, T-441/11, EU:C:2012:778, punto 70.

²⁰ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 18 marzo 2021, causa C-440/19, par. 110 e 111.

²¹ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 19 marzo 2015, causa C-286/13P, *Dole Food contro Commissione*, EU:C:2015:184, punto 115; sentenza del 26 novembre 2015, causa C-345/14, *Sia contro Konkurrences padome*, EU:C:2015:784, punto 20; sentenza del 23 gennaio 2018, causa C-179/16, *Hoffman-La Roche contro Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, EU:C:2018:25, punti 78 e 79.

menti sono di per sé dannosi per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, in quanto determinano riduzioni della produzione e aumenti dei prezzi, dando luogo ad una cattiva allocazione delle risorse a detrimento, in particolare, dei consumatori²². Per contro, qualora non sia dimostrato l'oggetto anticoncorrenziale di un accordo o di una pratica concordata, occorre esaminare i suoi effetti al fine di fornire elementi comprovanti che il gioco della concorrenza è stato, di fatto, impedito, ristretto o falsato in modo sensibile^{23 24}.

Peraltro, come affermato nella sentenza del 25 luglio 2023, n. 7273 dalla Sesta sezione del Consiglio di Stato, relativa al procedimento I820 – *Fatturazione mensile con rimodulazione tariffaria*, l'accertamento della sussistenza di un'intesa "per oggetto" non può prescindere dal tenore delle disposizioni dell'intesa stessa, dagli obiettivi che si intendono raggiungere, dal contesto economico e giuridico nel quale l'intesa stessa si colloca. Nella valutazione di tale contesto, «occorre prendere in considerazione anche la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione». Nello stesso senso si muove anche la giurisprudenza comunitaria²⁵, che ha chiarito che il criterio giuridico fondamentale per determinare se un accordo o una pratica concordata comporti una restrizione della concorrenza "per oggetto", ai sensi dell'art. 101, paragrafo 1, TFUE, risiede nel rilievo che un siffatto accordo o una siffatta pratica concordata presenta, di per sé, un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente per ritenere che non sia necessario individuare gli effetti. Per valutare se un tipo di coordinamento tra imprese presenti un grado sufficiente di dannosità per essere considerato come restrizione del-

²² Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 19 marzo 2015, causa C-286/13P, *Dole Food contro Commissione*, EU:C:2015:184, punto 115; sentenza del 26 novembre 2015, causa C-345/14, *Sia contro Konkurrences padome*, EU:C:2015:784, punto 20; sentenza del 23 gennaio 2018, causa C-179/16, *Hoffman-La Roche contro Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, EU:C:2018:25, punti 78 e 79.

²³ Tale orientamento è stato da ultimo confermato con la sentenza n. 10914 del 18 dicembre 2023, relativa al procedimento I835 – *Mercato dei contatori d'acqua*, nella quale la Sesta sezione del Consiglio di Stato ha ribadito la distinzione che deve essere operata tra le "intese per oggetto" e le "intese per effetto". Le prime si caratterizzano per il fatto che «tenuto conto del tenore delle disposizioni collusive, degli obiettivi perseguiti, del contesto giuridico ed economico nel quale si inseriscono, hanno "contenuto anticoncorrenziale"; per quanto concerne le seconde invece, «la dannosità può esser apprezzata soltanto sul terreno delle ripercussioni negative registratesi sulla struttura del mercato».

²⁴ In tal senso si veda anche Cons. Stato, sez. VI, 30 settembre 2022, n. 8400, relativa al procedimento istruttorio I821 – *Affidamenti vari di servizi di vigilanza*. In tale pronuncia, il Consiglio di Stato ha ribadito la distinzione che deve essere effettuata tra le "intese per oggetto" e le "intese per effetto" e, soprattutto, del relativo onere probatorio in capo all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Nel caso specifico, i Giudici hanno accolto l'appello della società Sicuritalia, attiva nel mercato dei servizi di vigilanza proposto avverso la sentenza del Tar Lazio n. 8825/2921 che, in primo grado, aveva confermato il provvedimento sanzionatorio. I giudici della Sesta sezione, pertanto, hanno ritenuto fondate le censure degli appellanti, in quanto il quadro probatorio e istruttorio (costituito principalmente da scambi di corrispondenza e documenti societari) ricostruito dall'Autorità non era sufficiente a sostenere una lettura in chiave anticoncorrenziale del comportamento tenuto dalle imprese.

²⁵ Corte di Giustizia, sentenza del 26 settembre 2018, causa C-99/17.

la concorrenza “per oggetto”, occorre riferirsi segnatamente alla sua portata, agli obiettivi che esso mira a raggiungere, nonché al contesto economico e giuridico nel quale esso si colloca. Nell’ambito della valutazione di detto contesto, occorre altresì considerare la natura dei beni o dei servizi interessati nonché le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione.

6.4. *Infrazione unica e continuata e “piano d’insieme”*

Per quanto riguarda la configurazione di un’intesa unica e complessa, nel biennio preso in esame nella presente rassegna, sono stati confermati i consolidati orientamenti della giurisprudenza nazionale, ma soprattutto europea.

Nella sentenza n. 4779 del 13 giugno 2022 del Consiglio di Stato, relativa al procedimento I814 – *Diritti* internazionali, nel delineare i tratti essenziali di tale istituto, si afferma che «si configura un unico illecito *antitrust* quando una serie di accordi e/o di pratiche protratte nel tempo perseguano uno specifico obiettivo anticoncorrenziale comune e siano caratterizzati da un nesso di complementarietà, ossia contribuiscono interagendo tra loro alla realizzazione degli effetti concorrenziali voluti dagli autori». Tutto ciò a prescindere dal fatto che una o più imprese abbiano aderito al piano comune solamente in determinate occasioni o per un limitato periodo di tempo²⁶. Da tali premesse discende l’assunto secondo il quale, in presenza di un illecito collusivo ripetuto da imprese diverse, la caratterizzazione della violazione come una singola collusione comporta la conseguenza che un partecipante sia ritenuto responsabile per tutte le azioni del cartello, anche se non abbia preso personalmente parte alla totalità di esse, una volta che abbia deciso di assentire alla concertazione medesima.

Con la sentenza n. 1466 del 10 febbraio 2023 del Consiglio di Stato, relativa al procedimento I794 – *ABI/SEDA*, i Giudici di Palazzo Spada rilevano che «l’addebito di una concertazione contraria all’art. 101 TFUE conclusa, eventualmente, in sede associativa, esclusivamente in ragione del ruolo istituzionale svolto in qualità di membro di tale associazione, non risulta in piena sintonia con quella giurisprudenza secondo cui l’affiliazione di un’impresa ad un’associazione di categoria non implica automaticamente che i vari comportamenti illeciti di quest’ultima debbano essere imputati alla singola impresa, se manca la prova di una qualche forma di partecipazione personale dell’impresa alla concertazione di cui si tratta. In altre parole, si richiede un quid partecipativo che non può essere

²⁶ Tribunale dell’Unione Europea, sentenza del 12 dicembre 2007, cause riunite T-101/05 e T111/05, *BASF AG e UCB SA contro Commissione*, EU:T:2007:380.

identificato nella semplice circostanza di essere una delle più importanti imprese aderenti ad una certa associazione».

Con la sentenza del 1° marzo 2023, n. 2117, relativa al procedimento I805 – *Prezzi del cartone ondulato*, il Consiglio di Stato ha illustrato la questione concernente l'unicità o molteplicità di intese e quella del c.d. "piano di insieme". Si afferma che «un piano d'insieme, pur se connotato da una pluralità di azioni e condotte, in realtà descrive l'elemento decisivo ai fini dell'accertamento dell'esistenza di un'infrazione al diritto della concorrenza e, nella specie, di un'unica infrazione specifica volta per volta. Invero, le azioni relative ai due diversi mercati s'inscrivono in altrettanti, ma separati piani globali, dei quali, a seconda che si muovano in uno, nell'altro o in entrambi i contesti, i partecipanti sono ben a conoscenza di qual sia il tipo d'intesa in cui stanno operando».

Riferendosi a copiosa giurisprudenza in materia, i Giudici hanno affermato che «l'unicità dell'intesa va riconosciuta comunque quando si possa stabilire che ciascuna delle parti sia a conoscenza non solo dell'obiettivo comune, ma anche delle azioni poste in essere dalle altre parti per raggiungerlo. Ove manchi la prova della conoscenza del "piano d'insieme", da parte di tutte le imprese coinvolte, l'intesa unica non può essere riconosciuta, nonostante la sussistenza in concreto di alcuni degli elementi indicativi dell'esistenza di detto "piano d'insieme"»²⁷. Del resto, viene confermato che «elementi quali la sussistenza di condotte di vario tipo, la sovrapponibilità, più o meno ampia, delle parti delle varie possibili intese, la coincidenza del periodo temporale in cui le condotte sono state poste in essere e l'eventuale complementarietà tra le varie linee di azione assumono rilevanza solo in quanto indici della sussistenza del singolo "piano di insieme", che però, a sua volta, determina l'unicità della intesa solo se sia conosciuto da tutte le parti»²⁸. Infatti, l'unicità dell'intesa va riconosciuta comunque quando si possa stabilire che ciascuna delle parti sia a conoscenza non solo dell'obiettivo comune, ma anche delle azioni poste in essere dalle altre parti per raggiungerlo²⁹. Ove manchi la prova della conoscenza del "piano d'insieme", da parte di tutte le imprese coinvolte, l'intesa unica non può essere riconosciuta, nonostante la sussistenza in concreto di alcuni degli elementi indicativi dell'esistenza di detto "piano d'insieme"³⁰.

²⁷ Tribunale dell'Unione Europea, sentenza del 13 settembre 2013, causa T-566/08, *Total Raffinage Marketing*, EU:T:2013:423, paragrafo 12; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 7 gennaio 2004, causa C-204/00 P, *Aalborg Portland contro Commissione*, EU:C:2004:6, paragrafo 258; Tribunale dell'Unione Europea, sentenza del 16 settembre 2013, causa T-378/10, *Masco contro Commissione*, EU:T:2013:469, paragrafi 24 ss.

²⁸ Tar Lazio, sez. I, 24 maggio 2021, n. 6087.

²⁹ In tal senso, si veda Cons. Stato, sez. VI, 18 novembre 2022, n. 10159, relativa al procedimento A531 – *Riciclo imballaggi primari/condotte abusive Corepla*.

³⁰ Tribunale dell'Unione Europea, sentenza del 13 settembre 2013, causa T-566/08, *Total Raffinage Marketing*, EU:T:2013:423, paragrafo 12; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 7 gennaio 2004, causa C-204/00 P, *Aalborg Portland contro Commissione*, EU:C:2004:6, paragrafo 258; Tribunale dell'U-

Con sentenza del 30 marzo 2023, n. 3312, relativa al procedimento I792 – *Gare ossigenoterapia (OTD) e ventiloterapia (VTD)*, il Consiglio di Stato ha affrontato la questione dell'onere della prova in presenza di un'infrazione unica e continuata. I giudici, infatti, affermano che «la dottrina dell'infrazione unica e continuata intende ridurre l'onere che l'Autorità di enforcement, nell'applicazione dell'art. 101, paragrafo 1, del TFUE, dovrebbe altrimenti affrontare per stabilire il fatto della collusione, quando un cartello è durato per un lungo periodo, durante il quale la natura della collusione può essere variata tra diverse parti o in momenti diversi». Pertanto, una volta dimostrata l'esistenza di un piano di insieme e di un comune obiettivo anticoncorrenziale, «l'Autorità non è tenuta a dimostrare l'illiceità di ogni singola condotta».

Si deve ricordare che, per consolidata giurisprudenza, alcune forme di coordinamento tra imprese rilevano un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l'esame dei loro effetti non sia necessario, e tra tali ipotesi vanno incluse, secondo la medesima giurisprudenza, le forme di coordinamento tra imprese c.d. “per oggetto” – come la fissazione di prezzi o il coordinamento nella partecipazione alle gare d'appalto (c.d. “*bid rigging*”), o a procedure consimili — che possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, perché la probabilità di effetti negativi è talmente alta da rendere inutile la dimostrazione degli effetti concreti sul mercato, ai fini dell'applicazione dell'art. 81, paragrafo 1, CE³¹.

Infine nella sentenza n. 10914 del 18 dicembre 2023 del Consiglio di Stato, relativa al procedimento I835 – *Mercato dei contatori d'acqua*, nel delineare i tratti essenziali di tale istituto, si afferma che «una violazione dell'art. 101, paragrafo 1, TFUE può risultare non soltanto da un atto isolato, ma anche da una serie di atti o persino da un comportamento continuato, anche quando uno o più elementi di questa serie di atti o di questo comportamento continuato potrebbero altresì costituire, di per sé e considerati isolatamente, una violazione di detta disposizione. Qualora le diverse azioni facciano parte di un «piano d'insieme», a causa del loro identico oggetto di distorsione del gioco della concorrenza all'interno del mercato comune, l'Autorità *antitrust* può imputare la responsabilità di tali azioni in funzione della partecipazione all'infrazione considerata nel suo insieme». Del resto, le singole condotte delle imprese devono essere valutate tenendo conto del quadro complessivo della fattispecie esaminata dall'Autorità e non in modo “atomistico”: ciò perché, in materia di intese restrittive, i singoli comportamenti delle imprese, che presi isolatamente potrebbero apparire privi di speci-

nione Europea, sentenza del 16 settembre 2013, causa T-378/10, *Masco contro Commissione*, EU:T:2013:469, paragrafi 24 ss.

³¹ Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990.

fica rilevanza “anticoncorrenziale”, qualora si rivelino elementi di una fattispecie complessa, devono essere considerati quali “tasselli di un mosaico”, i cui elementi non sono significativi “in se”, ma come parte di un disegno unitario, qualificabile quale intesa restrittiva della libertà di concorrenza³².

Tutto ciò a prescindere dal fatto che una o più imprese abbiano aderito al piano comune solamente in determinate occasioni o per un limitato periodo di tempo³³. Da tali premesse discende l’assunto secondo il quale, in presenza di un illecito collusivo ripetuto da imprese diverse, un’impresa che abbia partecipato a una tale infrazione unica e complessa «può essere ritenuta responsabile anche dei comportamenti attuati da altre imprese nell’ambito della medesima infrazione per tutto il periodo della sua partecipazione alla stessa».

Si deve ricordare che, per consolidata giurisprudenza, alcune forme di coordinamento tra imprese rilevano un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l’esame dei loro effetti non sia necessario, e tra tali ipotesi vanno incluse le forme di coordinamento tra imprese c.d. “per oggetto” – come la fissazione di prezzi o il coordinamento nella partecipazione alle gare d’appalto (c.d. “*bid rigging*”), o a procedure consimili — che possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, perché la probabilità di effetti negativi è talmente alta da rendere inutile la dimostrazione degli effetti concreti sul mercato, ai fini dell’applicazione dell’art. 81, paragrafo 1, CE³⁴.

7. *Natura dell’illecito antitrust*

All’interno del panorama giurisprudenziale italiano e convenzionale, è indubbio che le sanzioni irrogate dall’Autorità *antitrust* abbiano natura “penale” ai fini del Trattato CEDU, tenuto conto delle finalità repressive e preventive perseguite e dal fatto che l’accertamento di un illecito *antitrust* determina, oltre all’irrogazione di pesanti sanzioni amministrative pecuniarie e alla condanna al risarcimento del danno eventualmente cagionato, anche un significativo danno reputazionale. Come si ricorda nella sentenza del Consiglio di Stato n. 2117 del 1 marzo 2023, relativa al procedimento I805 – *Prezzi del cartone ondulato*, «è indubbia la natura “penale” in senso convenzionale delle sanzioni irrogate dall’Autorità *antitrust*, tenuto conto delle finalità repressive e preventive perseguite e del fat-

³² In tal senso si vedano le sentenze del Consiglio di Stato, sez. VI, nn. 8399 e 8400 del 30 settembre 2022, relative al procedimento I821 – *Affidamenti vari di servizi di vigilanza*.

³³ Tribunale dell’Unione Europea, sentenza del 12 dicembre 2007, cause riunite T-101/05 e T111/05, *BASF AG e UCB SA contro Commissione*, EU:T:2007:380.

³⁴ Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990.

to che l'accertamento di un *antitrust infringement* determina, oltre all'irrogazione di pesanti sanzioni amministrative pecuniarie e alla condanna al risarcimento del danno eventualmente cagionato, anche un significativo danno reputazionale». Del resto, la stessa Corte EDU, ha ritenuto in tema di *market abuse*, che la conformità con l'art. 6 CEDU, e quindi con i fondamentali principi del giusto processo, non viene meno nel caso in cui una sanzione di natura penale sia inflitta da un'Autorità amministrativa, laddove sul provvedimento adottato sia previsto un controllo a posteriori da parte di un organo indipendente e imparziale avente giurisdizione piena. In particolare, i giudici hanno affermato che «secondo la giurisprudenza della Corte Europea, il “*fair trial*” non ha ad oggetto unicamente il processo, ma anche il procedimento amministrativo e, segnatamente, per “tribunale” deve intendersi qualunque Autorità che, pur attraverso un procedimento non formalmente qualificato come “processo” nell'ordinamento interno, adotti atti modificativi della realtà giuridica, incidenti significativamente nella sfera soggettiva di un soggetto privato, anche se tale funzione viene esercitata al di fuori di una organizzazione giurisdizionale». Pertanto, la sanzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, avuto riguardo al particolare grado di severità della stessa, può in astratto assumere natura afflittiva e sostanzialmente penale alla stregua dei criteri individuati dalla giurisprudenza. In più occasioni la sesta sezione del Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare come, in applicazione dei principi sopra menzionati, all'interno della più ampia categoria di “accusa penale” occorre distinguere tra un diritto penale in senso stretto (“*hard core of criminal law*”) e casi non strettamente appartenenti alle categorie tradizionali del diritto penale.

Si ribadisce che l'intesa restrittiva della concorrenza «integra una fattispecie di pericolo, nel senso che il vulnus al libero gioco della concorrenza può essere di natura soltanto potenziale e non deve necessariamente essersi consumato. Il *vulnus* al libero gioco della concorrenza può essere di natura soltanto potenziale e non deve necessariamente essersi consumato»³⁵. In altri termini, un'intesa deve ritenersi illecita «per il suo stesso oggetto spartitorio senza necessità di verificarne gli effetti concreti»³⁶. Merita inoltre sottolineare anche che, in caso di intesa c.d. “per oggetto”, non è richiesta alcuna dimostrazione degli effetti sul mercato. Nella sentenza del Tar Lazio, 28 febbraio 2022, n. 2334, relativa al procedimento dell'Autorità A514 – *Condotte fibra Telecom Italia*, quanto alla contestazione della mancanza di effetti della condotta abusiva, deve osservarsi che, stante la natura di “pericolo” dell'illecito *antitrust*, non occorre anche che se ne verificino gli effetti concreti, purché venga appurata l'astratta idoneità della condotta ad altera-

³⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2014, n. 3032 e 24 ottobre 2014, nn. 5274, 5275, 5276, 5277, 5278.

³⁶ Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5998.

re il normale svolgimento del gioco concorrenziale. L'illecito, in sostanza, si perfeziona attraverso la condotta anticoncorrenziale, nella misura in cui la stessa sia astrattamente idonea a produrre effetti anticoncorrenziali, vale a dire a turbare il funzionamento corretto e la libertà stessa del mercato.

Negli stessi termini, appare significativa la sentenza del Tar Lazio, 11 aprile 2022, n. 4333, relativa al procedimento AGCM A500B – *Telecom Italia/sms informativi aziendali*, nella quale si afferma che l'Autorità non ha in alcun modo chiarito gli effetti anticoncorrenziali della condotta contestata. Infatti, nel caso preso in esame dai giudici, il provvedimento dell'AGCM si limita ad affermare l'illiceità in *re ipsa* della condotta tenuta dalla società sanzionata. Ma tale circostanza è costantemente esclusa dalla giurisprudenza nazionale ed europea, «dovendo l'Autorità dimostrare l'esistenza di un pregiudizio, anche solo potenziale, alla concorrenza». Nel caso di specie, «il pericolo di ledere la concorrenza non è provato risultando necessario almeno un'analisi del mercato, che spieghi e dimostri perché le imprese concorrenti non verticalmente integrate corrano il rischio di essere escluse dal mercato per effetto dell'accertata condotta».

Nella sentenza del Tar Lazio, sez. I, 15 maggio 2023, n. 8259, relativa al procedimento dell'Autorità I814 – *Diritti internazionali*, quanto alla contestazione della mancanza di effetti della condotta abusiva, deve osservarsi che, «deve rammentarsi che il porre in essere un'intesa restrittiva della concorrenza per oggetto costituisce un illecito di pericolo che, di per sé, già turba l'assetto del mercato, senza che occorra verificare se esso abbia prodotto concreti effetti dannosi». L'illecito, in sostanza, si perfeziona attraverso la condotta anticoncorrenziale, nella misura in cui la stessa sia astrattamente idonea a produrre effetti anticoncorrenziali, vale a dire a turbare il funzionamento corretto e la libertà stessa del mercato. Ciò vale in particolare «per le intese che, comportando una riduzione della produzione e un aumento di prezzi, si caratterizzano per la scorretta allocazione delle risorse, con pregiudizio dei consumatori, effetti negativi sul prezzo, sulla quantità e sulla qualità dei prodotti e servizi, tali da rientrare comunque nell'alveo dell'art. 101, paragrafo 1, del TFUE, indipendentemente dalla produzione di effetti concreti sul mercato».

8. *Standard probatorio: elementi di prova “endogeni” ed “esogeni”*

Il principio della presunzione di innocenza, sancito dall'articolo 48, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, si applica alle procedure che possono concludersi con pesanti sanzioni afflittive. Secondo costante giurisprudenza UE, infatti, spetta all'Autorità fornire la prova delle infrazioni che

essa constatata e produrre gli elementi idonei a dimostrare l'esistenza degli elementi costitutivi che integrano la sanzione.

Tale prova può essere fornita mediante presunzioni o indizi, altrimenti, la prova dell'infrazione potrebbe risultare estremamente difficile o praticamente impossibile.

L'accertamento di un'intesa anticoncorrenziale non richiede che essa risulti da documenti o da altri elementi probatori fondati su dati estrinseci e formali, essendo sufficiente anche una prova indiziaria, purché gli indizi siano gravi precisi e concordanti. Più nello specifico, con sentenza n. 2117 del 1 marzo 2023, n. 2117, relativa al procedimento I805 – *Prezzi del cartone ondulato*, la Sesta sezione del Consiglio di Stato ha affermato, sulla scorta di granitica giurisprudenza amministrativa, che «la ricostruzione della fattispecie collusiva postula una valutazione globale delle prove acquisite, al fine di dare evidenza dell'intero assetto dei rapporti intercorrenti tra le imprese; ciò esclude la possibilità di parcellizzare i singoli elementi probatori sulla base di una considerazione meramente atomistica degli stessi. Ai fini dell'accertamento di un'intesa competitiva tra imprese è necessario, pertanto, predisporre un'analisi complessa ed articolata, che deve tenere conto di tutti gli elementi di prova acquisiti nella loro interezza e nella correlazione reciproca che lega gli uni agli altri». Si aggiunge che l'esistenza di una pratica o di un accordo anticoncorrenziale deve normalmente essere dedotta da un elevato numero di indizi e riscontri, i quali, considerati nel loro insieme, possono costituire, solo se manchi una spiegazione alternativa lecita della condotta delle imprese coinvolte, la prova di una violazione delle regole della concorrenza.

La sentenza n. 3697 del 6 marzo 2023 del Tar Lazio, relativa al procedimento I835 – *Mercato dei contatori d'acqua*, richiama alcuni principi generali consolidatisi in giurisprudenza in ordine alla natura e tipologia degli elementi probatori che giustificano l'affermazione della sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, nonché in ordine alla parte sulla quale grava il relativo onere probatorio. L'esistenza di una pratica concordata, considerata l'estremamente difficile acquisibilità della prova di essa tra i concorrenti (c.d. *smoking gun*), «viene ordinariamente desunta dalla ricorrenza di determinati indizi probatori, dai quali inferire la sussistenza di una sostanziale finalizzazione delle singole condotte ad un comune scopo di restrizione della concorrenza». In materia è, dunque, ammesso il ricorso a prove indiziarie, purché le stesse si fondino su indizi gravi, precisi e concordanti. Sempre in materia probatoria deve considerarsi la distinzione tra elementi di prova c.d. "endogeni", afferenti all'anomalia della condotta delle imprese, non spiegabile secondo un fisiologico rapporto tra di loro, ed elementi "esogeni", quali l'esistenza di contatti sistematici tra le imprese e scambi di informazioni. La collusione può essere provata anche "per inferenza", dalle cir-

costanze del mercato. La differenza tra le due fattispecie e le correlative tipologie di elementi probatori – “endogeni” ed “esogeni” – si riflette sul soggetto sul quale ricade l’onere della prova: nel primo caso, la prova dell’irrazionalità delle condotte grava sull’Autorità, mentre, nel secondo caso, l’onere probatorio contrario viene spostato in capo all’impresa. Qualora, a fronte della semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti sul mercato, il ragionamento sia fondato sulla supposizione che le condotte poste a base dell’ipotesi accusatoria oggetto di contestazione non possano essere spiegate altrimenti, se non con una concertazione tra le imprese, «a queste ultime basta dimostrare circostanze plausibili che pongano sotto una luce diversa i fatti accertati dall’Autorità e che consentano, in tal modo di dare una diversa spiegazione in chiave concorrenziale dei fatti rispetto a quella accolta nell’eventuale provvedimento». Qualora, invece, la prova della concertazione non sia basata solo sulla semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti, ma dall’istruttoria emerga che le pratiche possano essere state frutto di una concertazione e di uno scambio di informazioni “in concreto” tra le imprese, in relazione alle quali vi siano ragionevoli indizi di una pratica concordata anticoncorrenziale, grava sulle imprese l’onere di fornire una diversa spiegazione lecita delle loro condotte e dei loro contatti. A ciò si aggiunga che “le singole condotte delle imprese devono essere valutate tenendo conto del quadro complessivo della fattispecie esaminata dall’AGCM e non in modo “atomistico”. Ciò perché, in materia di intese restrittive, i singoli comportamenti delle imprese, che presi isolatamente potrebbero apparire privi di specifica rilevanza “anticoncorrenziale”, qualora si rivelino elementi di una fattispecie complessa, come nel caso di specie, devono essere considerati quali “tasselli di un mosaico”, i cui elementi non sono significativi “in sé”, ma come parte di un disegno unitario, qualificabile quale intesa restrittiva della libertà di concorrenza. In tale ipotesi, «è sufficiente che l’Autorità tracci un quadro indiziario coerente ed univoco, a fronte del quale spetta ai soggetti interessati fornire spiegazioni alternative alle conclusioni tratte nel provvedimento accertativo della violazione “anticoncorrenziale”».

Con riferimento alla struttura del ragionamento indiziario, il Consiglio di Stato, con la sentenza del 30 marzo 2023, n. 3312, relativa al procedimento I792 – *Gare di ossigenoterapia (OTD) e ventiloterapia (VTD)*, ricorda i principi generali riferibili alla valutazione della prova indiziaria. Con quest’ultima si intende una probabilità della sussistenza del fatto da provare. Il livello di conoscenza scaturente dalla sola valutazione del fatto noto indiziante è variabile, potendo risultare, a seconda dei casi, assai cospicuo ovvero trascurabile. La valutazione della prova indiziaria va scomposta in due stadi. Il primo, è diretto ad «apprezzare la valenza qualitativa del singolo indizio, ovvero la forza di necessità logica con la quale esso è in grado di dimostrare il fatto rilevante, al fine di eliminare gli elementi

che appaiono semplici illazioni o supposizioni arbitrarie, stante l'estrema varietà e molteplicità degli accadimenti che se ne possono desumere secondo le regole di esperienza». Il secondo, è costituito dall'esame globale degli indizi così raccolti al fine di «accertare se gli stessi, una volta integrati gli uni con gli altri, siano in grado di dissolvere la loro intrinseca ambiguità». In questa fase vanno utilizzati i canoni della gravità (la capacità dimostrativa e di resistenza agli argomenti contrapposti), precisione (l'univocità che rende assai inverosimili le interpretazioni alternative) e concordanza (la coerenza narrativa, dovuta alla circostanza che gli elementi raccolti non si pongono in contraddizione tra loro).

Infine, con sentenza del 18 dicembre 2023, n. 10914, relativa al procedimento 1835 – *Mercato dei contatori d'acqua*, i giudici della Sesta sezione del Consiglio di Stato hanno affermato che in tema di prova di intese restrittive della concorrenza, il principio della presunzione di innocenza non osta all'applicazione di presunzione relative, le quali consentono di trarre una determinata conclusione in base a massime di esperienza. È infatti necessario osservare come di norma le attività derivanti da tali pratiche e accordi si svolgono in modo clandestino, le riunioni sono segrete, spesso in un paese terzo, e la documentazione ad esse relativa è ridotta al minimo. Anche se venissero scoperti documenti attestanti in modo esplicito un contatto illegittimo tra operatori, come i resoconti di una riunione, questi sarebbero di regola solo frammentari e sporadici, di modo che si rivele spesso necessario ricostruire taluni dettagli per via di deduzioni. Nella maggior parte dei casi, «l'esistenza di una pratica o di un accordo anticoncorrenziale dev'essere dedotta da un certo numero di coincidenze e di indizi i quali, considerati nel loro insieme, possono rappresentare, in mancanza di un'altra spiegazione coerente, la prova di una violazione delle regole sulla concorrenza».

9. *L'abuso di posizione dominante ex art. 102 TFUE*

9.1. *Il concetto di posizione dominante e il relativo abuso*

La normativa *antitrust* riserva un'attenzione particolare alle imprese che detengono una posizione dominante all'interno del mercato poiché esse possono falsare e distorcere la libera concorrenza qualora vengano poste in essere condotte di sfruttamento di tale situazione ritenute abusive. L'abuso di posizione dominante si concretizza quando l'impresa sfrutta il proprio potere impedendo ai concorrenti di operare sul mercato con conseguente danno anche per i consumatori. Da ciò discende la responsabilità dell'impresa in posizione dominante di non

tenere un comportamento che ostacoli lo svolgimento di una concorrenza effettiva all'interno del mercato.

In particolare, l'art. 102 TFUE e l'art. 3 della l. n. 287/1990 vietano «le condotte abusive del soggetto che si trovi in una posizione di dominanza rispetto al mercato». Entrambe le norme, però, non offrono una definizione del concetto di abuso di posizione dominante e dei relativi concetti generali, così come è meramente esemplificativa l'elencazione di alcune modalità di realizzazione dell'abuso contenuta nell'art. 102 TFUE. La definizione di tali concetti è stata quindi in vario modo elaborata dalla giurisprudenza nazionale ed europea.

Nella sentenza del Tar Lazio, sez. I, n. 2334 del 28 febbraio 2022, relativa al procedimento A514 – *Condotte Fibra Telecom Italia*, viene analiticamente esposto il concetto di posizione dominante e la fattispecie di “abuso” in cui può concretarsi la condotta di imprese operanti sul mercato in regime di concorrenza. Per posizione dominante si intende «una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva su un determinato mercato e ha la possibilità di tenere comportamenti in linea di massima indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti, e, in ultima analisi, dei consumatori»³⁷. La norma di cui all'art. 102 TFUE, come pure l'art. 3, l. n. 287 del 1990, vieta l'abuso di posizione dominante, ma non fornisce una definizione dello stesso, rimettendo, in tal modo, all'interprete la specificazione dei concetti generali presenti nella disposizione nonché l'individuazione delle fattispecie delle condotte meritevoli di sanzione, stante la chiara non esaustività dell'elencazione dei comportamenti ivi descritti.

La norma, dunque, delinea una fattispecie “aperta”, con la conseguenza che per aversi posizione dominante non è necessario che un'impresa si trovi in una posizione di monopolio o di quasi monopolio su un dato mercato, atteso che ciò che rileva è la possibilità per l'impresa di essere in grado (se non di decidere, quantomeno) di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza.

Ciò posto, l'esistenza di una posizione dominante non è di per sé incompatibile con le norme in materia di concorrenza, atteso che è possibile che l'impresa competa lecitamente sul mercato con gli altri concorrenti; si è quindi inferito che la “dominanza” genera nell'impresa una “speciale responsabilità” di non compromettere, con il suo comportamento, lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata in mercati in cui, proprio per il fatto che vi opera un'impresa dominante, il grado di concorrenza è già ridotto³⁸. L'applicazione della regola di cui

³⁷ Nel caso di specie, i giudici hanno confermato che la ricostruzione delle quote di mercato della società insieme al potere di mercato esplicito dalla stessa giustificavano la posizione della società in termini di dominanza sul mercato (quota di mercato pari al 92,5% nel mercato dei servizi all'ingrosso).

³⁸ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 14 novembre 1996, causa C-333/94P, *Tetra Pak contro Commissione*, EU:C:1996:436.

all'art. 102 TFUE, pertanto, si esplica in un'attività di contestualizzazione frutto di una valutazione complessa che rapporta fattispecie giuridiche che, per il loro riferimento alla varia e mutevole realtà economica, sono di loro necessariamente indeterminate, come quelle di mercato rilevante e di abuso dominante.

Con sentenza del 15 febbraio 2023, n. 1580, relativa al procedimento A508 – *Siae/Servizi intermediazione diritti d'autore*, il Consiglio di Stato ha ricordato che lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante è una nozione oggettiva, non richiedendosi la prova di un elemento intenzionale: l'illegittimità di un comportamento abusivo, inoltre, è indipendente dalla qualificazione di tale comportamento in altri rami del diritto. Pertanto, per accertare un abuso di posizione dominante è sufficiente che il comportamento abusivo dell'impresa dominante miri a restringere la concorrenza, ovvero che sia tale da avere, o da poter avere, un tale effetto; «al più, è stato ritenuto che se la prassi di un'impresa dominante non può essere qualificata abusiva se manca del tutto un minimo effetto anticoncorrenziale, tale effetto non deve comunque essere concreto e totale rispetto alle intenzioni, essendo sufficiente un effetto anticoncorrenziale potenziale».

Con sentenza del 1° marzo 2023, n. 2114, relativa al procedimento A444 – *Akron/Gestione rifiuti urbani a base cellulosica*, il Consiglio di Stato ricorda come la disposizione di cui all'art. 102 TFUE mira a sanzionare non soltanto le pratiche che possono provocare un danno diretto ai consumatori, ma anche quelle che li danneggiano indirettamente pregiudicando la struttura di effettiva concorrenza. La Sezione ha infatti costantemente affermato che «dalla posizione di dominanza discende a carico dell'impresa una speciale responsabilità, alla luce della quale la condotta, che per un altro operatore potrebbe corrispondere a una scelta imprenditoriale libera e legittima, diviene invece fonte di effetti anticoncorrenziali tali da giustificare il divieto, con conseguenti obblighi di astenersi da comportamenti che avrebbero un effetto distorsivo proprio in quanto originari dalla dominanza».

Ai fini della configurazione dell'abuso, la giurisprudenza è costante nel rigettare una c.d. prospettiva atomistica nell'analisi delle condotte delle imprese.

Nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 3793, 14 aprile 2023, relativa al procedimento A500A – *Vodafone/Sms informativi aziendali*, viene analiticamente esposto il concetto di posizione dominante e la fattispecie di “abuso” in cui può concretarsi la condotta di imprese operanti sul mercato in regime di concorrenza. L'art. 102 TFUE dichiara incompatibile con il mercato interno e vietato nella misura in cui possa ritenersi pregiudizievole al commercio tra gli Stati membri, lo sfruttamento abusivo, da parte di una o più imprese, di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di esso.

A sostegno di tale orientamento, i giudici hanno ribadito che «tale nozione mira a sanzionare i comportamenti di un'impresa in posizione dominante che, in

un mercato in cui il grado di concorrenza sia già indebolito a seguito della presenza di tale impresa, hanno l'effetto di compromettere la conservazione di una struttura di concorrenza effettiva»³⁹.

Proprio in tale pronuncia, i giudici riaffermano che «l'art. 102 TFUE non ha lo scopo di impedire ad un'impresa di conquistare, grazie ai suoi meriti, e in particolare grazie alle sue competenze e capacità, una posizione dominante su un mercato, né di garantire che concorrenti meno efficienti di un'impresa che detiene una posizione siffatta restino nel mercato. Invero, non tutti gli effetti preclusivi pregiudicano necessariamente la concorrenza poiché, per definizione, la concorrenza basata sui meriti può portare alla scomparsa del mercato o all'emarginazione dei concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori, segnata dal punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità o dell'innovazione».

Del resto, il divieto di tale abuso di posizione dominante può implicare, nella sua applicazione concreta, una limitazione della libertà economica dell'impresa dominante, e pertanto deve essere giustificato dal perseguimento delle finalità "pro concorrenziali" a cui tende lo strumento azionato dall'Autorità, dovendosi scongiurare che l'intervento di quest'ultima possa, in ipotesi, costituire un deterrente allo sviluppo di nuovi prodotti, o modelli imprenditoriali, suscettibili di rappresentare un beneficio per il settore ed i consumatori. E infatti, «deve essere tenuto presente che l'intervento dell'Autorità – volto a sanzionare una pratica anticoncorrenziale – non può costituire uno strumento di controllo preventivo del mercato, bensì uno strumento atto a sanzionare *ex post* l'eventuale esercizio abusivo di tale potere». In altre parole, deve ritenersi che la valutazione alla stregua del canone di proporzionalità – tra mezzi impiegati e fini perseguiti – tenuto conto che la mera sussistenza di una posizione dominante non priva l'impresa del diritto di tutelare i propri interessi commerciali o rendere più efficiente il proprio processo produttivo, può portare ad ammettere quei comportamenti che influenzino il gioco della concorrenza entro limiti ragionevoli.

L'applicazione della regola di cui all'art. 102 TFUE, pertanto, si esplica in un'attività di contestualizzazione frutto di una valutazione complessa che rapporta fattispecie giuridiche che, per il loro riferimento alla varia e mutevole realtà economica, sono di loro necessariamente indeterminate, come quelle di mercato rilevante e di abuso dominante.

Con sentenza del 31 maggio 2023, n. 5355, con riferimento al procedimento A513 – *Acea/Condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica*, il Consiglio di Stato ha ribadito il costante assunto della giurisprudenza secondo cui ai fini dell'art. 102 TFUE, la prova dell'oggetto e quella dell'effetto

³⁹ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 14 novembre 1996, causa C-333/94P, *Tetra Pak contro Commissione*, EU:C:1996:436.

anticoncorrenziale si confondono tra loro. Se si dimostra che lo scopo perseguito dal comportamento di un'impresa in posizione dominante è di restringere la concorrenza, un tale comportamento è già di per sé pregiudizievole, in quanto può anche comportare tale effetto. L'illecito dell'abuso di posizione dominante infatti «si perfeziona con la condotta anticoncorrenziale, perché di suo idonea a turbare il funzionamento e la libertà del mercato, essendo sufficiente già la mera potenzialità dell'effetto restrittivo». Ha avuto anche l'opportunità di ribadire che nel caso di sussistenza di plurimi elementi oggettivi atti a smentire la ricostruzione fatturale operata dall'Autorità, deve ritenersi necessario un maggiore approfondimento circa la supposta modalità discriminatoria della stessa. In particolare «l'onere della prova dell'idoneità della condotta a produrre effetti escludenti attuali o potenziali grava sull'AGCM. Poiché tale idoneità non deve essere puramente ipotetica, l'AGCM, per assolvere tale onere, doveva quindi dimostrare, nella decisione controversa, sulla base di elementi probatori che il procedimento utilizzato era effettivamente idoneo a favorire la società».

Invece, con riferimento agli elementi costitutivi dello sfruttamento abusivo della posizione dominante, nella sentenza del Tar Lazio, sez. I, del 6 settembre 2023, n. 13627, relativa al procedimento A519 – *Affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico ferroviario nel Veneto*, i giudici hanno affermato, sulla scorta della giurisprudenza comunitaria che «lo scopo proprio dell'articolo 102 TFUE è quello di evitare che i comportamenti di un'impresa che detiene una posizione dominante abbiano l'effetto, a danno dei consumatori, di ostacolare, ricorrendo a mezzi o a risorse diversi da quelli su cui si impernia una concorrenza normale; la conservazione del grado di concorrenza esistente sul mercato o lo sviluppo di tale concorrenza: i) per l'effetto, l'illecito è integrato non soltanto dalle pratiche che possono provocare un danno diretto ai consumatori, ma anche da quelle che li danneggiano indirettamente pregiudicando la struttura di effettiva concorrenza; ii) sebbene l'art. 102 TFUE non osti a che scompaiano o siano emarginati sul mercato in questione concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori, segnatamente dal punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità o dell'innovazione, ciò potrebbe lecitamente avvenire soltanto in virtù di una concorrenza basata sui meriti; iii) di conseguenza, gli elementi costitutivi dell'infrazione in esame sono rappresentati, da un lato, dalla capacità della pratica, quando è attuata, di produrre un effetto escludente, nel senso che essa può rendere più difficile la penetrazione o il mantenimento dei concorrenti nel mercato di cui trattasi, e, così facendo, può incidere sulla struttura del mercato; dall'altro, dallo sfruttamento di mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti». In particolare, l'art. 102 TFUE mira a sanzionare lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato

interno o su una parte sostanziale di esso indipendentemente dall'eventuale esito fruttuoso di un simile sfruttamento⁴⁰. Ne deriva che «la prova addotta da un'impresa in posizione dominante dell'assenza di effetti escludenti concreti non può essere considerata sufficiente, di per sé, ad escludere l'applicazione dell'articolo 102 TFUE: tale circostanza potrebbe costituire un indizio del fatto che la condotta in questione non fosse idonea a produrre gli effetti escludenti dedotti, ma un tale principio di prova dovrebbe essere integrato, dall'impresa sottoposta ad accertamento, con elementi volti a dimostrare che tale assenza di effetti concreti era effettivamente la conseguenza dell'incapacità di detta condotta di produrre simili effetti».

Inoltre, posto che il benessere dei consumatori, sia intermedi sia finali, costituisce l'obiettivo ultimo che giustifica l'intervento del diritto della concorrenza per reprimere lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale del medesimo, un'impresa che detiene una simile posizione può provare che una pratica escludente non incorre nel divieto di cui all'articolo 102 TFUE, dimostrando che gli effetti che tale pratica può produrre sono controbilanciati, se non superati, da vantaggi in termini di efficienza che vanno a beneficio anche dei consumatori, in particolare in termini di prezzi, di scelta, di qualità o di innovazione

Con sentenza del 20 luglio 2023, n. 12230, relativa al procedimento A524 – *Leadiant Biosciences/Farmaco per la cura della xantomatosi cerebrotendinea*, i giudici affermano che l'analisi delle condotte poste in essere dalla società non deve essere frammentata e analizzata secondo una prospettiva atomistica, che ben può condurre a ravvisare la conformità delle stesse, singolarmente considerate, alle norme di settore. Come più volte sottolineato dalla giurisprudenza, «nell'accertamento degli illeciti *antitrust* deve invece essere privilegiata una visione di insieme. Risulta particolarmente aderente al caso in esame, il principio in base al quale l'abuso di posizione dominante può risultare da un insieme di atti che, singolarmente valutati sarebbero leciti, ma che acquisiscono la loro illiceità per il fatto di inserirsi in una strategia complessivamente abusiva».

Ai fini dell'accertamento dell'esistenza di un abuso di posizione dominante, l'Autorità può servirsi di diversi indici ben potendo l'eccessività del prezzo praticato dall'impresa stessa valere quale elemento di accertamento dell'esistenza dell'abuso. In particolare, nella sentenza di cui sopra, i giudici della Prima sezione del Tar Lazio, hanno affermato che «l'impresa dominante ben può vendere, come avviene per qualunque operatore che persegue uno scopo di lucro, ad un prezzo eccedente i propri costi, ma tale prezzo non può essere esorbitante da tale livello. Appare evidente la difficoltà pratica di determinare a quale livello scatta il disci-

⁴⁰ In tal senso si veda anche Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2022, n. 10933.

mine, ovvero quando il livello dei prezzi raggiunge una soglia tale da poterli considerare iniqui». In tale indagine risulta di supporto la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ha individuato dei criteri di massima al fine di determinare quando la fissazione di un dato prezzo esorbiti dal legittimo esercizio della libertà contrattuale dell'impresa ed integri invece un abuso, in quanto il prezzo deve considerarsi non equo. Tali criteri, sulla cui corretta applicazione concreta da parte dell'Autorità si dirà in seguito, sono riassumibili nel principio che un prezzo è eccessivo laddove non ha alcuna ragionevole relazione con il valore economico del prodotto⁴¹. La verifica per la valutazione dei prezzi eccessivi richiede «di stabilire se vi sia un'eccessiva sproporzione tra il costo effettivamente sostenuto ed il prezzo effettivamente richiesto e, in caso affermativo, di accertare se sia stato imposto un prezzo non equo, sia in assoluto sia rispetto ai prodotti concorrenti⁴²». Pertanto, la valutazione può essere scomposta in due fasi: la prima richiede l'accertamento dell'esistenza di un'eccessiva sproporzione tra prezzo e costi e, qualora tale accertamento dia esito positivo, dovrà essere valutata l'iniquità del prezzo in sé stesso, o in confronto con altri. Anche recentemente la Corte di Giustizia, nel giudizio *AKKA*, causa C-177/18, ha ribadito che un prezzo è eccessivo quando risulti «privo di ogni ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita».

Infine, merita una menzione il tema della c.d. *parental liability*, in particolare nel caso di abuso di posizione dominante da parte delle società figlie. Nella sentenza n. 10571 del 1° dicembre 2022, relativa al procedimento A511 – *Enel/Condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica*, il Consiglio di Stato si occupa della c.d. *parental liability* in caso di abuso di posizione dominante. Si legge infatti che «l'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che, quando una posizione dominante è sfruttata in modo abusivo da una o più società figlie appartenenti a un'unità economica, l'esistenza di tale unità è sufficiente per ritenere che la società madre sia anch'essa responsabile di tale abuso». Inoltre, «l'esistenza di una simile unità deve essere presunta qualora, all'epoca dei fatti, almeno la quasi totalità del capitale di tali società figlie fosse detenuta, direttamente o indirettamente, dalla società madre. L'Autorità Garante della Concorrenza non è tenuta a fornire alcuna prova aggiuntiva, a meno che la società madre non dimostri che essa non aveva il potere di definire i comportamenti delle società figlie, le quali agivano autonomamente».

⁴¹ In tal senso si veda, Cons. Stato, sez. VI, 13 marzo 2020, n. 1832.

⁴² In tal senso, Corte di Giustizia, C-27/76, *United Brands*.

9.2. Abuso di posizione dominante e margin squeeze

Con la sentenza del 14 aprile 2023, n. 3793, relativa al procedimento A500A – *Vodafone/Sms informativi aziendali*, il Consiglio di Stato si è soffermato sulla figura del “margin squeeze” o compressione dei margini che ricorre quando la differenza tra i prezzi al dettaglio praticati da un’impresa dominante ai clienti finali ed i prezzi all’ingrosso dalla stessa praticati ai concorrenti, affinché questi possano offrire servizi confrontabili, è negativa o non sufficiente a coprire i costi specifici che gli stessi concorrenti sostengono per erogare i servizi in questione nei mercati a valle. In particolare, è stato affermato che «il *margin squeeze* è un illecito di prezzo che può essere commesso solo da un’impresa verticalmente integrata, ossia da un soggetto attivo in più stadi della filiera produttiva che vende all’ingrosso l’*input* necessario per la produzione di un determinato bene/servizio finale, competendo poi nel relativo mercato al dettaglio. Si tratta di quei casi in cui il soggetto dominante è, allo stesso tempo, fornitore e concorrente delle altre imprese [...]. L’abuso si verifica quando il differenziale di prezzo tra l’*input* intermedio [...] e il bene/servizio finale [...] è negativo o così ridotto da non mettere in condizione i concorrenti di poter competere».

Secondo la dottrina le condizioni per ritenere integrato l’abuso in esame sono le seguenti: *i*) la presenza di un’impresa verticalmente integrata, che ha una posizione dominante nel mercato dell’*input* e allo stesso tempo opera nel mercato a valle, producendo il prodotto finale in competizione con le stesse imprese alle quali offre l’*input*; vi sono quindi due mercati e imprese attive nel mercato a valle che sono sia clienti sia dirette concorrenti dell’impresa che attua tale condotta; e l’impresa deve ricoprire una posizione dominante nel mercato a monte; *ii*) l’*input* offerto dall’impresa dominante nel mercato a monte deve essere essenziale per la produzione del bene finale e non devono esistere beni alternativi da poter utilizzare; in caso contrario, nel momento in cui l’impresa dominante si dovesse comportare in maniera scorretta attuando tale pratica, le altre imprese potrebbero rivolgersi ad altri fornitori riuscendo ugualmente a produrre l’*output* e, ovviamente, l’impresa dominante non riuscirebbe ad escludere le rivali dal mercato; *iii*) è necessario che il prezzo dell’*input* fissato dall’impresa dominante che per le imprese rivali, operanti nel mercato a valle, rappresenti un’importante porzione dei costi sostenuti per ottenere il bene finale. In caso contrario sarebbe difficile affermare che la “mancanza di redditività” delle imprese rivali sia causata dal prezzo dell’*input* imposto dall’impresa dominante; *iv*) il *margin squeeze* dovrà risultare da specifici test pratici utilizzati dalle autorità *antitrust*; *v*) occorre, infine, verificare l’impatto sulla concorrenza sulle imprese rivali e sui consumatori: la condotta è infatti idonea a danneggiare anche i secondi, quantomeno nel medio periodo, nella misura in cui tali pratiche tariffa-

rie, ostacolando l'ingresso o la permanenze di altri *competitors*, riducono per i consumatori la scelta tra le differenti fonti di approvvigionamento.

Deve però segnalarsi, che secondo costante giurisprudenza europea, tenuto conto della posizione dominante dell'impresa interessata sul mercato dei prodotti all'ingrosso, va precisato che non si può escludere che, in base alla sola circostanza che il prodotto all'ingrosso non è indispensabile per la fornitura del prodotto al dettaglio, una pratica tariffaria che conduce alla compressione dei margini non sia in grado di produrre alcun effetto anticoncorrenziale, neppure potenziale. Spetta pertanto ancora al giudice del rinvio sincerarsi che, anche laddove il prodotto all'ingrosso non sia indispensabile, la pratica di cui trattasi sia idonea a produrre effetti anticoncorrenziali sui mercati rilevanti. In sostanza, la Corte di Giustizia ritiene che il "*margin squeeze*" possa, comunque, configurarsi anche se l'*input* non è indispensabile purché, comunque, si tratti di condotta idonea a produrre effetti anticoncorrenziali sui mercati rilevanti.

9.3. *Abuso di posizione dominante e servizi pubblici: l'art. 106 TFUE e la disciplina antitrust*

Con la sentenza del 30 agosto 2023, n. 13477, relativa al procedimento A493 – *Poste Italiane/Prezzi recapito*, il Tar Lazio si è confrontata con la doglianza relativa alla riconducibilità della condotta commerciale di un gestore di servizio economico generale, nella specie di servizio postale, all'esimente di cui all'art. 106 TFUE. In particolare, «la gestione di un servizio economico di interesse generale non esonera l'impresa affidataria dal rispetto delle regole dell'*antitrust*. È possibile una deroga agli obblighi concorrenziali nelle ipotesi in cui la loro osservazione possa pregiudicare l'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata». Anche secondo la giurisprudenza europea, pertanto, «può essere scriminata una condotta contrastante con il generale divieto di abuso di posizione dominante, solo ove ricorrano, oltre all'affidamento del servizio per atto della pubblica autorità, anche altre due condizioni: ossia l'ostacolo delle regole di concorrenza all'assolvimento del servizio pubblico, nonché la non alterazione del regime degli scambi tra Stati membri in misura contraria agli interessi dell'Unione europea⁴³».

⁴³ In tal senso si veda Corte di Giustizia, sez. I, 8 giugno 2023, causa C-50/21.

9.4. *Abuso di posizione dominante e la fattispecie dell' "excessive pricing"*

La regolamentazione del settore farmaceutico influisce sulla vita dei cittadini nel senso più immediato del termine. Il dibattito circa l' "equità" nella determinazione dei prezzi dei farmaci è più acceso che mai. Infatti, il focus che la pandemia da Covid-19 ha posto sui sistemi sanitari ha, se possibile, intensificato un' applicazione continua in questo settore. Si discute, infatti, se l'intervento delle Autorità *antitrust* possa rappresentare uno strumento efficace per ridurre i prezzi dei farmaci considerati "eccessivi". La sentenza del Tar Lazio, 20 luglio 2023, n. 12230, relativa al procedimento A524 – *Leadiant Biosciences/Farmaco per la cura della xantomatosi cerebrotendinea*, ha rappresentato un'ulteriore occasione per tentare di approfondire il cruciale tema dei prezzi eccessivi dei farmaci. I giudici amministrativi si sono, infatti, nuovamente pronunciati sul fenomeno del c.d. *excessive pricing* quale forma di abuso di posizione dominante *ex art. 102 TFUE*, nel mercato farmaceutico ribadendo i principi a suo tempo enucleati dalla giurisprudenza europea. In particolare, si è affermato che la giurisprudenza unionale postula una valutazione che può essere scomposta in due fasi: la prima richiede l'accertamento dell'esistenza di un'eccessiva sproporzione tra prezzo e costi, e qualora tale accertamento dia esito positivo, dovrà essere valutata l'iniquità del prezzo in sé stesso, o in confronto con altri. Anche recentemente la Corte di Giustizia (Corte di Giustizia, 14 settembre 2017, causa C-177/16, *AKKA*) ha ribadito che un prezzo è eccessivo quando risulti «privo di ogni ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita».

La giurisprudenza comunitaria ha delineato, ai fini di tale valutazione, un'analisi da svolgere in due fasi: nella prima occorre stabilire se vi sia una differenza significativa tra il prezzo effettivamente praticato nel mercato rilevante dall'impresa dominante e il prezzo che l'impresa avrebbe ipoteticamente praticato in caso di concorrenza effettiva nel mercato (il «prezzo di riferimento»); tale sproporzione può essere valutata obiettivamente, per esempio, prendendo in considerazione l'entità del margine di profitto dell'impresa dominante, data dal rapporto tra il costo di produzione sostenuto da tale impresa e il prezzo da essa imposto, riconoscendo tuttavia la possibilità di ricorrere ad altre e diverse metodologie ritenute congrue al fine di valutare l'esistenza della sproporzione nel caso di volta in volta esaminato. Una volta accertata una differenza significativa tra il prezzo effettivamente praticato e il prezzo di riferimento, occorre poi stabilire in quale misura tale prezzo effettivo non sia equo, vuoi in assoluto, vuoi rispetto ai prodotti concorrenti; tale seconda fase è volta a stabilire se la differenza di prezzo sia

il mero risultato di un uso abusivo del potere di mercato da parte dell'impresa dominante, o la conseguenza di altre ragioni legittime⁴⁴.

10. *Immediata efficacia del provvedimento sanzionatorio dell'Autorità*

Con la sentenza 14 marzo 2022, n. 2883, relativa al procedimento I748 – *Condotte restrittive del CNF/Inottemperanza*, il Tar Lazio, sede di Roma, ha affrontato il tema del provvedimento annullato in primo grado e successivamente ritenuto legittimo in appello, a seguito del quale venisse richiesto il pagamento della sanzione con la maggiorazione dovuta dagli interessi da ritardo. Nello specifico il Tar sottolinea che «l'atto dell'Autorità, in assenza di sospensione amministrativa o giudiziale, è immediatamente efficace ed esecutivo dalla data di notifica (art. 21-*bis* l. 241/90)». Sicché da tale data inizia a decorrere il termine per impugnare, nonché quello (di 90 giorni) per adempiere all'obbligo di pagare il corrispettivo della sanzione pecuniaria: alla scadenza del termine per il pagamento, iniziano a maturare interessi legali; nondimeno, scaduto il primo semestre questi ultimi vengono assorbiti nella maggiorazione di cui all'art. 27, comma 6 l. 689 cit. In particolare, «l'accoglimento dell'appello dell'amministrazione determina la reviviscenza *ex tunc* dell'*originario provvedimento sanzionatorio*» (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 7 febbraio 2022, n. 814, che, in un caso di fondatezza dell'impugnazione, chiarisce che «in riforma della sentenza impugnata, va respinto il ricorso di primo grado, con conseguente ripristino dell'efficacia del provvedimento con lo stesso gravato»). Di conseguenza, incentrando l'attenzione sul provvedimento, va osservato che esso deve considerarsi *ab origine legittimo ed efficace*⁴⁵. Tale orientamento si pone in contrasto con precedenti del medesimo Consiglio di Stato, i quali avevano ritenuto esclusa l'esigibilità della sanzione dal momento dell'irrogazione della stessa. Si tratta segnatamente delle sentenze n. 5425/2015 e n. 931/2018, nelle quali si è affermato che «l'annullamento giudiziale della sanzione principale ha determinato la non esigibilità soggettiva della pretesa sanzionatoria. Tale annullamento, privando di efficacia il provvedimento che ha irrogato la sanzione principale, ha giustificato il «ritardo», con conseguente insussistenza di una condotta colposa della società. In altri termini, essendo la sanzione accessoria dovuta

⁴⁴ La Corte di Giustizia ha anche precisato, con riferimento a tale ultima fase, che i due criteri per misurare l'iniquità di un prezzo sono alternativi, con la conseguenza che, per stabilire che un prezzo è illecito ai sensi dell'art. 102, lett. a), del TFUE, è sufficiente che anche solo una delle due alternative previste nella seconda fase del test sia soddisfatta (prezzo iniquo in assoluto/prezzo iniquo se comparato a simili) (Corte Giust. UE, *United Brands*, 14 febbraio 1978, in C 27/76; ordinanza 25 marzo 2009, in C 159/08).

⁴⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 25 maggio 2012, n. 3058, che, in un caso perfettamente sovrapponibile, afferma che «gli effetti della sentenza di appello, con la quale è stata caducata la sentenza di prime cure, retroagiscono al momento della proposizione del ricorso originario».

per il “ritardo” nel pagamento della sanzione principale, «se una decisione giurisdizionale, ancorché non definitiva, ritiene che tale ultima sanzione non sia dovuta non può ritenersi colpevole la condotta del soggetto che, in attesa della sentenza definitiva, non corrisponde la somma richiesta. In definitiva, non sussiste il “ritardo” e comunque esso non potrebbe ritenersi di natura colposa⁴⁶».

11. Conclusioni

Nel corso del biennio esaminato, le pronunce del giudice amministrativo sulle principali questioni sostanziali in materia *antitrust* si sono perlopiù attestate sulla conferma di principi già saldamente affermati nella giurisprudenza nazionale ed europea.

In particolare, dal punto di vista della disciplina sostanziale merita segnalare che tutte le sentenze relative ai provvedimenti dell’Autorità relativi all’accertamento di un’intesa illecita hanno ribadito i tratti, ormai ben delineati, delle nozioni di intesa restrittiva della concorrenza, di accordo e di pratica concordata. A tal proposito si menzionano le sentenze n. 10159 del 18 novembre 2022, relativa al procedimento A531 – *Riciclo imballaggi primari/condotte abusive Corepla*, e n. 2117 del 1° marzo 2023, relativa al procedimento I805 – *Prezzi del cartone ondulato*, nella quale è stata impiegata, accanto al concetto di infrazione unica continuata, la nozione di “piano d’insieme”, per identificare l’unicità dell’intesa tra più parti coinvolte. La giurisprudenza ha poi riaffermato i consolidati principi in materia di intese “per oggetto” e per “effetto”, con particolare attenzione alle – a tratti spinose – modalità di assolvimento dell’onere della prova (spesso indiziaria).

Anche con riferimento all’abuso di posizione dominante, *ex art.* 102 TFUE, la giurisprudenza nazionale si è attestata sugli approdi già raggiunti in precedenza rimarcando la tendenziale liceità della sussistenza di una posizione di dominio sul mercato: ciò che è vietato rimane, in concreto, l’abuso di tale posizione (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 24 ottobre 2022, n. 9035; Cons. Stato, sez. VI, 1° dicembre 2022, n. 10571; Cons. Stato, sez. VI, 14 aprile 2023, n. 10571; 31 maggio 2023, n. 5355). Si è inoltre ricordato che lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante è una nozione oggettiva, non richiedendosi la prova di un elemento intenzionale (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 febbraio 2023, n. 1580).

Inoltre, i giudici amministrativi hanno avuto modo di soffermarsi sulla figura del “*margin squeeze*” che ricorre quando la differenza tra i prezzi al dettaglio

⁴⁶ In termini analoghi si veda anche Cons. Stato, n. 4844/2017 secondo la quale si dovrebbe ritenere tempestivo il pagamento della sanzione, come rideterminata dal giudice, entro il termine di 90 giorni dalla sentenza stessa, rendendo illegittima la pretesa al pagamento della maggiorazione.

praticati da un'impresa dominante ai clienti finali ed i prezzi all'ingrosso dalla stessa praticati ai concorrenti, affinché questi possano offrire servizi confrontabili, è negativa o non sufficiente a coprire i costi specifici che gli stessi concorrenti sostengono per erogare i servizi in questione nei mercati a valle (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14 aprile 2023, n. 3793); nonché sulla questione dei c.d. *excessive pricing* nel settore farmaceutico che ormai da anni ricorre nella giurisprudenza nazionale ed europea nel tentativo di conciliare l'opportunità di un intervento da parte delle Autorità *antitrust* e le peculiarità del mercato farmaceutico, soggetto ad una regolamentazione molto rigida.

La funzione antitrust nel prisma della giurisprudenza amministrativa. Orientamenti e questioni aperte nel biennio 2022-2023

Nel presente lavoro sono stati riassunti i principi e gli orientamenti emersi dalle pronunce dei giudici amministrativi italiani in materia *antitrust* nel corso del biennio 2022-2023. Verranno analizzate le principali sentenze e pronunciamenti dei giudici avverso i provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con particolare attenzione alle questioni sostanziali (mercati rilevanti, abusi di posizione dominante, intese restrittiva della concorrenza e onere della prova gravante sull'Autorità).

The antitrust function in the prism of administrative case-law. Legal interpretations and open issues in the 2022-2023 biennium

This paper has summarized the principles and guidelines that emerged from the rulings of Italian administrative judges in antitrust matters during the years 2022-2023. Reference will be made to the main judges' rulings and pronouncements against the measures of the Italian Antitrust Authority with a focus on substantive issues (relevant markets, abuses of dominant position, restrictive agreements, and the Authority's burden of proof).

