

Lo rileva la relazione dell'Agcm in merito ai principi della giurisprudenza amministrativa

Tutele a 360° sulla concorrenza

La lotta ai cartelli passa al vaglio di Tar e Consiglio di Stato

Pagina a cura

DI FEDERICO UNNIA

La giurisprudenza amministrativa affina le armi per combattere le condotte che violano i principi della libera concorrenza. Parliamo di programmi di clemenza, intese e abusi di posizione dominante (oltre alla difesa del consumatore, tra vecchie e nuove debolezze da cui difenderlo). È quanto emerge dalla relazione annuale dell'Agcm, nella sezione dedicata all'evoluzione dei principi interpretativi e giurisprudenziali in materia di concorrenza. Come noto, infatti, i provvedimenti emessi dall'Agcm sono passibili di impugnazione al Tar Lazio e al Consiglio di Stato, finendo così per indicare l'interpretazione rilevante sugli illeciti concorrenziali. Ma a cosa ci riferiamo quando parliamo di programmi di clemenza? Previsti dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato dal 2006, si tratta di uno strumento per le imprese che denunciano i cartelli ai quali partecipano. Grazie a questa norma l'Antitrust può decidere di valorizzare il contributo delle imprese che denunciano l'intesa non imponendo loro la sanzione o riducendola, in base alla tempestività e alla qualità delle informazioni fornite. Il campo di applicazione riguarda le intese e gli abusi di posizione dominante.

Quando la dinamica concorrenziale viene alterata con accordi di cooperazione tra imprese con l'effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza, l'Autorità può accertare e sanzionare tal condotte. Ciò accade quando più imprese fissano congiuntamente i prezzi o si spartiscono i mercati oppure quando più imprese, che rappresentano una consistente parte del mercato, sottoscrivono una pluralità di accordi distributivi in esclusiva, tali da pregiudicare la capacità di accesso al mercato dei propri concorrenti attuali o potenziali. Un'intesa tra imprese è vietata quando comporta, anche solo potenzialmente, una consistente restrizione della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una

sua parte rilevante.

Infine, un'impresa detiene una posizione dominante quando può comportarsi in modo significativamente indipendente dai concorrenti, dai fornitori e dai consumatori. Ciò avviene, in genere, quando detiene quote elevate in un determinato mercato. La legge non vieta la posizione dominante in quanto tale, ma il suo abuso (articolo 3 della legge n. 287/90) che si concretizza quando l'impresa sfrutta il proprio potere a danno dei consumatori ovvero impedisce ai concorrenti di operare sul mercato, causando, conseguentemente, un danno ai consumatori.

Programmi di clemenza. Nel corso del 2022, il Consiglio di Stato ha adottato due pronunce di particolare interesse sulle modalità di applicazione del programma di clemenza operato dall'Autorità. In primo luogo (CdS, 9 maggio 2022 n. 3570, I808), il giudice ha ribadito come, in un contesto tipicamente connotato da oggettive difficoltà di accesso alla prova, alle dichiarazioni confessorie rese dall'impresa che richiama il beneficio clemenziale deve essere riconosciuto "un elevato grado di attendibilità intrinseca": ciò in quanto tali contributi equivalgono nella sostanza a una "chiamata in correità" che comporta, oltre all'accusa nei confronti degli altri partecipanti al cartello segreto, anche la confessione del fatto proprio. Pertanto, le dichiarazioni rese in sede di accesso al programma, seppure non costituiscono di per sé prova piena della concertazione illecita, hanno un valore probatorio cruciale, soprattutto nel caso di riscontri estrinseci a tali dichiarazioni.

La ricostruzione dei fatti operata dal richiedente, spiega il CdS, non vincola l'accertamento dell'Autorità: è riconosciuta l'autonomia valutativa dell'Autorità. Ne consegue che "va esclusa la sussistenza di profili di contraddittorietà del provvedimento, con il quale l'Autorità si determini a contestare una pratica collusiva il cui perimetro ecceda le dichiarazioni del richiedente, o comunque non vi collimi perfettamente".

Beneficio dell'immunità.

Per quanto attiene ai requisiti di accesso al beneficio dell'immunità, appaiono di particolare rilievo le conclusioni del Consiglio di Stato sull'incentivo premiale sotteso al programma di clemenza. Secondo il giudice (CdS VI, 13 giugno 2022, n. 4779, I814), "la tenuta del programma si basa sull'effettività dell'incentivo riconosciuto all'impresa che decida di collaborare, la quale deve avere certezza sulla possibilità di essere esente da sanzione o di beneficiare di una riduzione apprezzabile. A tale riguardo, il giudice, pur riconoscendo che l'Autorità gode di ampia discrezionalità nella valutazione del contributo concretamente fornito dal collaborante, ha affermato che tale valutazione deve essere giustificata e motivata alla luce degli elementi concreti che caratterizzano la fattispecie, nonché essere in sintonia con il meccanismo premiale sul quale si fonda, specie laddove si sia al cospetto di un solo collaborante di cui è certo il ravvedimento ed è tangibile il contributo alle indagini. In proposito, ad avviso del Consiglio di Stato non è necessario, per l'impresa collaborante, fornire l'insieme degli elementi atti a provare tutti i dettagli del funzionamento dell'intesa, in quanto la fruizione del beneficio dell'immunità dovrebbe collegarsi alla produzione di elementi determinanti, ancorché non siano, di per sé, 'sufficienti', alla redazione di una comunicazione degli addebiti o all'adozione della decisione definitiva che accerta l'infrazione.

Intese. La giurisprudenza ha ulteriormente precisato la nozione di unica entità economica, affermando (CdS 9 maggio 2022, nn. 3570 e 3572) che "il comportamento di due o più imprese è riconducibile a un'unica entità economica qualora, pur avendo personalità giuridica distinta, esse non determinino in modo autonomo la propria linea di condotta sul mercato, ma definiscano congiuntamente il proprio operato, in considerazione, segnatamente, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra di esse". Lo stesso principio vale nel caso di una modifica di natura giuridica



Superficie 100 %

ca o organizzativa del soggetto che ha compiuto un'infrazione, che "non può avere l'effetto di creare una nuova impresa, laddove sia dimostrato che sotto l'aspetto

economico vi sia identità o continuità tra i due soggetti" (CdS, 13 giugno 2022, n. 4779). A tal fine, il giudice amministrativo ha valorizzato l'identità delle persone fisiche capaci di influenzare direttamente le scelte delle imprese coinvolte, la percezione di tali imprese da parte degli interlocutori esterni e la continuità del loro operato unitario nel mercato di riferimento, concludendo per la sussistenza di un'unica impresa, nel senso precisato dalla giurisprudenza europea, che ha operato sempre nel medesimo mercato secondo modalità di comportamento analogo.

Pratica concordata. Secondo il CdS (sentenze 9 maggio 2022, nn. 3570 e 3572) "le pratiche concordate costituiscono prove indirette indicative dell'esistenza di una concertazione illecita, rappresentando di fatto una fattispecie strumentale operante sul piano probatorio in funzione dell'accertamento di una intesa restrittiva vietata dal diritto antitrust". Con riguardo all'onere probatorio, la giurisprudenza ha ribadito che, quando l'Autorità abbia fornito la prova dell'esistenza di un accordo anticoncorrenziale, "spetta alle imprese che vi hanno partecipato fornire la prova di essersene dissociate". Nell'ambito della disamina di fattispecie di intese uniche e continuate, il CdS (9 maggio 2022 n. 3572, I808) ha precisato in materia di unicità delle condotte, che "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, per cui un'impresa che abbia partecipato a tale infrazione 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".

Sanzioni. In materia di sanzioni irrogate in conseguenza dell'alterazione di procedure di gara, il CdS (9 maggio 2022 n. 3572) ha precisato che "il riferimento in sede di quantificazione del trattamento sanzionatorio all'importo oggetto di aggiudicazione mira ad assumere quale base iniziale ai fini del calcolo dell'ammenda inflitta ad un'impresa un importo che ri-

fletta anche l'importanza economica dell'infrazione, con la conseguenza che l'obiettivo perseguito risulterebbe pregiudicato se tale nozione dovesse essere intesa nel senso di ricomprendere unicamente il fatturato realizzato con le sole vendite per le quali risulti accertata l'effettiva connessione con l'intesa. Con riferimento alla richiesta di applicazione di una sanzione simbolica (Tar Lazio, I, 18 luglio 2022, n. 10147) ha affermato che, laddove gli aspetti di complessità del caso concreto rientrano nella sfera di controllo della ricorrente, non ricorrono le circostanze di "complessità del contesto giuridico e fattuale" di riferimento e di "novità della fattispecie" che giustificano l'applicazione di sanzione simbolica o minima.

Tutela consumatore. In tema di interpretazione del professionista il CdS (sentenza del 16 maggio 2022, n. 3826 (ripresa dalla successiva sentenza dell'8 agosto 2022, n. 6996), ha ribadito che questi "è responsabile dell'attività svolta anche dai suoi agenti/ promotori, sia qualora gli possa essere attribuita una colpa in eligendo, sia qualora gli possa essere imputata una colpa in vigilando, ovvero qualora non dimostri di avere posto in essere un sistema di monitoraggio effettivo sull'attività posta in essere da soggetti terzi, anch'essi interessati alla pratica commerciale, o non si sia dotato nell'ambito della propria organizzazione di un sistema di monitoraggio idoneo a consentire il puntuale adempimento del dettato legislativo da parte dei medesimi soggetti".

Il Tar del Lazio (17 gennaio 2022, n. 440, ha infine sancito che un professionista qualificabile come "mero rivenditore" debba essere tenuto, in via generale, alla dovuta vigilanza sulla corretta commercializzazione di un prodotto che presenti le caratteristiche vantate". Il Tar del Lazio (21 aprile 2022, n. 4876) ha stabilito che sul consumatore che "la sua pacifica appartenenza ad una categoria particolarmente vulnerabile quando si rivolge a un professionista operante nel settore delle consulenze per la soluzione di pendenze debitorie ormai strutturate o comunque particolarmente gravose". I consumatori, clienti di tali società, oppressi dalle proprie passività, sono significativamente più sensibili a promesse di liberazione dai debiti e, quindi, versano in una condizione più delicata rispetto a quella di normale vulnerabilità rispetto al professionista.

I numeri dei procedimenti

06901

06901

PROCEDIMENTI ISTRUTTORI, DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVI	2021	2022
Intese	7	10
Abusi	7	6
Concentrazioni (istruttorie)	6	5
Separazioni societarie	-	-
Inottemperanze alla diffida o all'obbligo di comunicazione preventiva	3	6
Rideterminazione sanzioni	2	1
Mancato rispetto degli impegni	-	-
Abuso di dipendenza economica	1	3
Indagini conoscitive	-	-
Interventi di advocacy	95	62