

La sesta sezione del Consiglio di Stato, con sentenza del 16 luglio 2021, n. 5374, intervenendo in materia di tutela del mercato e della concorrenza, ha esaminato le fattispecie anticoncorrenziali, individuandone i presupposti, le differenze e la finalità della loro previsione.

Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TfUE) vieta gli accordi tra imprese, le decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto quello di impedire, restringere o falsare la concorrenza all'interno del mercato interno (art. 101, § 1, Tfue; analoga disposizione è contenuta nell'art. 2, L. 10 ottobre 1990, n. 287).

La giurisprudenza ha tratteggiato le differenze tra l'accordo e la pratica concordata: il primo ricorre quando le imprese hanno espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo; la seconda, invece, quando si realizza una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce in modo consapevole un'espressa collaborazione fra le stesse per sottrarsi ai rischi della concorrenza (Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2018, n. 3197).

È evidente come la figura dell'accordo sia rara nella prassi in quanto gli operatori del 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; è questa la ragione per cui la giurisprudenza, consapevole della rarità dell'acquisizione di una prova piena, ritiene che la prova della pratica concordata, oltre che documentale, possa anche essere indiziaria, purché gli indizi siano gravi, precisi e concordanti (Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2018, n. 3197; Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4123).

Per quanto concerne il regime applicabile alle fattispecie di intesa anticoncorrenziale, risulta superfluo, al fine dell'analisi della responsabilità, indagare se il singolo partecipante all'intesa abbia avuto un ruolo maggiore o minore, attivo o addirittura meramente passivo (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3013; Cons. Stato, sez. VI, 18 maggio 2015, n. 2513).

Per consolidata giurisprudenza, poi, le intese restrittive della concorrenza integrano 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 (Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2014, n. 3032; Cons. Stato, sez. VI, 24 ottobre 2014, nn. 5274, 5275, 5276, 5277, 5278).

A fondamento di ciò, vi è l'esigenza che ogni impresa determini autonomamente le proprie condotte; in tal senso, la disciplina antitrust 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 (Corte di giustizia dell'Unione Europea del 16 dicembre 1975, SuikerUnie, causa C-114/73).

La necessità dell'autonoma determinazione delle condotte sul mercato da parte di ogni operatore economico, ribadita anche dalla giurisprudenza amministrativa, non esclude che egli abbia il diritto a reagire in maniera razionale al comportamento, constatato o atteso, dei propri concorrenti; gli proibisce, però, di instaurare con i concorrenti stessi ogni contatto, diretto o indiretto, volto influenzare il reciproco comportamento sul mercato o mettersi reciprocamente al corrente dei comportamenti che si intendono porre in atto. Se tali contatti fossero ammessi, infatti, all'alea della concorrenza si sostituirebbe il vantaggio della concertazione e il consumatore sarebbe privato sistematicamente dei benefici che gli derivano dalla tendenza fisiologica di ogni impresa concorrente a conquistarsi fette di mercato offrendo condizioni più favorevoli rispetto ad altre imprese (Cons. Stato, sez. VI, 19 dicembre 2019, nn. 8585 e 8591).

Riferimenti Normativi:

- art. 101, TfUE
- art. 2, L. 10 ottobre 1990, n. 287