

Con sentenza n. 11134 del 22 dicembre 2023, la sesta sezione del Consiglio di Stato ha esaminato la “fattispecie” normativa delle intese vietate.

Ai sensi dell’articolo 101, paragrafo 1, T.F.U.E., sono incompatibili con il mercato interno e vietati 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. Secondo la consolidata giurisprudenza europea, «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 intesa (Corte di Giustizia dell’Unione europea, 5 dicembre 2013, C-449/11). Mentre la fattispecie dell’accordo ricorre qualora le imprese abbiano espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo (Corte di Giustizia dell’Unione europea, 15 luglio 1970, C-41/69, punto 112), 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 (Corte di Giustizia dell’Unione europea, sentenza 26 gennaio 2017, C-609/13, punto 70). Il testo normativo europeo – così come il corrispondente testo nazionale, di cui all’art. 2, L. n. 287 del 1990, con espressioni linguistiche sovrapponibili – contempla alcune fattispecie tipiche aventi tuttavia valenza non tassativa. Viene esemplificato che sono vietati gli accordi e le pratiche consistenti nel: «a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d’acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all’accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l’oggetto dei contratti stessi». L’individuazione delle condotte illecite “atipiche” deve partire dalla concezione sottesa alle norme del T.F.U.E. 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 (cfr., ancora, la sentenza del 26 gennaio 2017, C-609/13, punto 72). La definizione normativa distingue tra intese restrittive per «oggetto» – ovvero quelle 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. 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, T.F.U.E., in quanto – secondo la valutazione prognostica del legislatore – siffatti comportamenti 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 consumatori (Corte di Giustizia dell’Unione europea, sentenze 19 marzo 2015, C 286/13, punto 115; 26 novembre 2015, C 345/14, punto 20, e del 23 gennaio 2018, C 179/16, punti 78 e 79). 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 (Corte di Giustizia UE, sentenza del 26 novembre 2015, C 345/14, punto 17). Va, poi, effettuato un ulteriore approfondimento in relazione allo standard probatorio richiesto. Secondo la costante giurisprudenza europea, il principio della presunzione d’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 (Corte di Giustizia UE, 10 novembre 2017, T-180/15). La presunzione di innocenza risulta, del resto, anche dall’art. 6,

paragrafo 2, della CEDU che, come noto, costituiscono principi generali del diritto dell'Unione. La natura «penale» in senso convenzionale delle sanzioni irrogate dall'Autorità antitrust è indubbia, tenuto conto delle finalità repressive e preventive perseguite e del fatto che l'accertamento di "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 (sulla natura sostanzialmente penale delle responsabilità per violazioni delle norme sulla concorrenza, Corte EDU, sentenza 27 settembre 2011, caso Menarini-Diagnostics s.r.l. c. Italia; in generale sulla nozione di pena in senso convenzionale: Corte EDU, Engel e altri contro Paesi Bassi, caso n. 5100/71, Grande Stevens e altri contro Italia, Casi 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10). In coerenza con l'anzidetto quadro "costituzionale" (del Trattato e della C.E.D.U.), l'art. 2 del Regolamento n. 1 del 2003 precisa che, in tutti i procedimenti nazionali o comunitari relativi all'applicazione all'art. 101 del T.F.U.E., l'onere della prova dell'infrazione incombe alla parte o all'autorità che asserisce tale infrazione. Spetta dunque all'Autorità fornire la prova delle infrazioni che essa constata e produrre gli elementi idonei a dimostrare l'esistenza degli elementi costitutivi che integrano l'infrazione (Corte di Giustizia dell'Unione europea, 8 luglio 1999, causa C 49/92, punto 86), ivi compresa la sua durata (Tribunale dell'Unione europea, 29 novembre 2005, causa T 62/02, punto 36). La presunzione comporta che «qualora sussista un dubbio nella mente del giudice, esso deve andare a beneficio dell'impresa destinataria della decisione che constata un'infrazione» (Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 22 novembre 2012, C-89/11, punto 72). Il principio della presunzione di innocenza non osta, tuttavia, all'applicazione di presunzioni relative, le quali consentono di trarre una determinata conclusione in base a massime di esperienza. Al riguardo, la Corte di Giustizia ha avuto più volte modo di osservare che *«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 la Commissione scoprisse 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 rivela spesso necessario ricostituire 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»* (cfr.: sentenze 1 luglio 2010, in C-407/08, punto 49; sentenza 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00, C-205/00, C-211/00, C-213/00, C-217/00 e C-219/00, punti 55-57).