



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
DEL LAZIO
- Sezione I -

N. Reg. Sent.

Anno 2007

N. 8851 Reg. Ric.

Anno 2006

ha pronunciato la seguente

Sentenza

sul ricorso n. 8851 del 2006, proposto da ENI S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Angelo Clarizia, Lucio D'Amario e Rosa Arras, presso lo studio del primo elettivamente domiciliata, in Roma, via Principessa Clotilde n. 2

contro

l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale è elettivamente domiciliata, in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12

per l'annullamento

del provvedimento dell'Autorità n. 15604 del 14 giugno 2006

Visto il ricorso con la relativa documentazione;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 24 gennaio 2007 il dr. Roberto POLITI; uditi altresì i procuratori delle parti come da verbale d'udienza.

Ritenuto in fatto ed in diritto quanto segue:

Fatto

A seguito di una denuncia presentata il 9 aprile 2004, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha dato avvio, in data 9 dicembre 2004, al procedimento istruttorio di cui all'art. 14 della legge 10 ottobre 1990 n. 287, al termine del quale è giunta alla conclusione che "le Società petrolifere ENI, ESSO, KUWAIT, SHELL-SHELL IAV, TAMOIL, TOTAL, anche mediante lo strumento delle imprese comuni DISMA, SERAM, HUB, RAM-RAI e PAR, ... hanno posto in essere un'intesa illecita, vietata dall'art. 81 del Trattato CE, in quanto costituita da un insieme di condotte volte al coordinamento del comportamento commerciale dei concorrenti all'interno di un contesto oligopolistico".

Per l'Autorità, l'intesa censurata si sarebbe concretizzata nelle seguenti condotte:

- accordi per la costituzione ed il funzionamento giornaliero delle imprese comuni di stoccaggio e messa a bordo tali da

creare uno strumento idoneo a realizzare una totale ed artificiale trasparenza in merito a tutti gli aspetti dell'attività dei soci;

- scambio di informazioni sensibili, sia fra le imprese comuni, che fra queste ed i propri soci, aventi ad oggetto il calcolo delle tariffe da applicare per i servizi delle joint venture, la predisposizione del budget di queste ultime, la gestione dei clienti condivisi, gli adempimenti di natura fiscale e le quantità erogate;
- mantenimento, per effetto dello scambio di informazioni avvenuto mediante le imprese comuni, delle specifiche caratteristiche del mercato, tali da garantire alle società petrolifere i vantaggi derivanti da un insufficiente livello di concorrenza.

Tali comportamenti avrebbero precluso l'ingresso di nuovi operatori e rafforzato l'adozione di strategie scarsamente aggressive da parte degli operatori esistenti e l'inibizione dei tentativi di esercitare forme di concorrenza, con riveniente pregiudizio al commercio intracomunitario.

Al termine del procedimento istruttorio, con provvedimento n. 15604 del 14 giugno 2006, l'Autorità così deliberava:

- a) che le società Eni S.p.A., Esso Italiana S.r.l., Kuwait Petroleum Italia S.p.A., Shell Italia S.p.A., Shell Italia Aviazione S.r.l., Tamoil Italia S.p.A. e Total Italia S.p.A.

hanno messo in atto un'intesa unica e complessa realizzatasi anche attraverso le imprese comuni Hub S.r.l., Par S.r.l., RAM S.r.l., Rai S.r.l (già Raf S.r.l.), Disma S.p.A. e Seram S.p.A., che ha avuto ad oggetto e per effetto la ripartizione del mercato della fornitura di *jet fuel* e l'impedimento all'ingresso di nuovi operatori, nonché un intenso e continuato scambio di informazioni idonee al raggiungimento di tali obiettivi, in violazione dell'articolo 81 del Trattato UE;

- b) che le imprese si astengano in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata, con particolare riferimento alle condotte ripartitorie e a quelle che hanno comportato la creazione di barriere all'accesso al mercato del *jet fuel*;
- c) che, in particolare, le società ENI, ESSO e KUWAIT per HUB e PAR, le società SHELL IAV, TAMOIL, e TOTAL per RAI e le società ENI, ESSO, KUWAIT, SHELL IAV e TOTAL per DISMA e SERAM definiscano le iniziative atte a eliminare la compresenza di più società petrolifere nel capitale sociale delle predette imprese comuni e perfezionino tali iniziative entro il 30 giugno 2008, dando altresì comunicazione all'Autorità entro novanta giorni dalla notifica del presente provvedimento delle iniziative definite al riguardo;

- d) che le società petrolifere summenzionate comunichino entro novanta giorni dalla notifica del presente provvedimento le nuove modalità di conduzione delle imprese comuni tali da:
- i) assicurare la piena autonomia gestionale delle imprese comuni rispetto alle società madri;
 - ii) impedire che l'attività delle imprese comuni comporti uno scambio di informazioni tra le imprese stesse e tra queste e i soci non strettamente indispensabile per l'operatività delle imprese stesse;
 - iii) impedire che i rappresentanti dei soci negli organi direttivi, nel management e nei quadri operativi delle società comuni vengano a conoscenza di informazioni relative ai concorrenti non strettamente indispensabili per l'operatività delle imprese stesse;
 - iv) impedire che i medesimi rappresentanti dei soci nelle società comuni mantengano, comunque, rapporti con gli esponenti delle funzioni commerciali delle società di appartenenza;
- e) che l'impegno assunto da TOTAL abbia un carattere stabile nel tempo;
- f) f) che, in ragione della gravità e durata dell'infrazione di cui al punto a), alle società Eni S.p.A., Esso Italiana S.r.l., Kuwait Petroleum Italia S.p.A., Shell Italia S.p.A., Tamoil

Italia S.p.A. e Total Italia S.p.A. vengano applicate le sanzioni amministrative pecuniarie nella misura indicata di seguito:

- a. per la società ENI in euro 117.000.000;
- b. per la società ESSO in euro 66.690.000;
- c. per la società KUWAIT in euro 46.800.000;
- d. per la società SHELL in euro 53.320.000 e per la società SHELL IAV in euro 3.140.000;
- e. per la società TAMOIL in euro 19.620.000;
- f. per la società TOTAL in euro 8.860.000.

Queste le dedotte censure:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 10, lett. b), della legge 241/1990. Nullità per violazione dell'art. 21-septies della legge 241/1990. Violazione e falsa applicazione dell'art. 14 della legge 287/1990, nonché di ogni norma e principio in materia di verbalizzazione, da parte di pubblici funzionari, di dichiarazioni di parti private.

Talune delle dichiarazioni rese dal dr. Gemma, udito dall'Autorità in veste di consulente della Italian Board Airline Representatives (IBAR) in data 8 marzo 2006 non sono state inserite a verbale; né di esse è stato tenuto alcun conto in sede di illustrazione e valutazione delle risultanze istruttorie.

Nell'osservare come l'anzidetto consulente neppure abbia sottoscritto il verbale della seduta anzidetta, osserva la

ricorrente come gli illustrati vizi inficino l'operato dell'Autorità in sede istruttoria.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 81 del Trattato CE e dell'art. 2 della legge 287/1990. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, illogicità, irrazionalità e sviamento.

Contesta parte ricorrente la concludenza logica delle argomentazioni con le quali l'Autorità ha assunto di dimostrare la presenza di un'intesa complessa e continuata, volta alla ripartizione del mercato del jet fuel (attuato mediante il coordinamento delle strategie in occasione delle gare) ed all'impedimento che sarebbe stato posto all'ingresso di nuovi operatori.

Né l'Autorità ha soddisfatto l'onere probatorio a suo carico incombente quanto alla dimostrazione dei fatti e delle circostanze a fondamento di tale assunto: e ciò segnatamente per quanto concerne la supposta esistenza di una strategia sistematica di manipolazione delle gare.

Quanto agli "scambi di informazioni" fra le imprese parimenti sanzionate nell'impugnata determinazione, esclude parte ricorrente che, trattandosi di forniture destinate a coprire fabbisogni annuali, la conoscenza dell'erogato di altra impresa serva a decifrarne la strategia commerciale (scandita, invece, dall'esito delle gare).

Se, quindi, la nozione di “pratica concordata” implica, oltre alla concertazione, un comportamento sul mercato che dia seguito a tale concertazione, nonché un nesso causale fra tali due elementi, nel caso di specie non sarebbe stato dimostrato il comportamento atto a dar corpo alla concertazione, né, tanto meno, il nesso di causalità (atteso che lo scambio di informazioni non era idoneo a propiziare comportamenti collusivi in occasione delle gare).

Il preteso monitoraggio delle aggiudicazioni delle forniture per il tramite delle informazioni veicolate dalle società comuni – pure esposto da AGCM nell’ambito dei fondamenti giustificativi dell’impugnato provvedimento – esporrebbe una rappresentazione totalmente infondata dell’effettivo dispiegarsi della prassi di settore.

Quanto alle informazioni relative all’erogato (provenienti anche dalle società comuni di stoccaggio) ed ai clienti (soprattutto per quanto attiene a quelli condivisi), cui l’Autorità ascrive la pretesa funzione di consentire il monitoraggio delle consegne e, quindi, delle quote di mercato e del portafoglio clienti, osserva parte ricorrente come i relativi flussi siano, invece, determinati da concrete esigenze operative.

I dati sui volumi erogati ai clienti condivisi, scambiati fra le società comuni di messa a bordo e da queste comunicati poi alle società petrolifere utilizzatrici dei rispettivi servizi di

movimentazione del jet fuel, rispondono all'esigenza di consentire a ciascuna società petrolifera la verifica della corrispondenza fra i quantitativi erogati e la quota stabilita nel contratto di somministrazione con la compagnia aerea.

In argomento, AGCM avrebbe sottovalutato – quanto all'esigenza di giustificazioni obiettive a monte dello scambio di flussi informativi – le caratteristiche del mercato in esame, fondato essenzialmente sulle gare per l'aggiudicazione degli approvvigionamenti: escludendosi quindi che l'informazione, attinente ad una fase lontana e separata dal momento concorrenziale, sia concretamente idonea ad influenzare le scelte strategiche del singolo operatore.

Viene poi decisamente confutata l'ulteriore argomentazione esposta dall'Autorità circa l'esistenza di modalità di ritorsione particolarmente pronte ed efficaci, data la dipendenza reciproca delle parti generata dal sistema delle forniture incrociate.

3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 14 della legge 287/1990 e dell'art. 10, comma 2, lett. b), della legge 241/1990. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti ed incompleta rappresentazione della realtà.

Né l'Autorità avrebbe provveduto a dar dimostratamente conto della imputabilità a fatto proprio della ricorrente del fallimento del tentativo di ALITALIA di ricorrere all'autofornitura (c.d. self

supply); parimenti escludendosi la fondatezza delle asserzioni – che si assumono indimostrate – circa la presunta ostracizzazione nei confronti di soggetti che intendano accedere al mercato cargo.

4) Violazione, sotto altri profili, di tutte le norme e principi di cui ai precedenti motivi. Eccesso di potere per illogicità, travisamento dei fatti ed irrazionalità

Osserva poi la ricorrente che il concetto di “differenziale” (l’unica variabile commerciale oggetto di negoziazione fra vettori aerei e compagnie petrolifere) sia nettamente distinto da quello di “margine” (profitto delle compagnie petrolifere), atteso che le varie voci di costo incluse nel differenziale relativo allo scalo di Fiumicino sono:

- il premio sul prodotto;
- il costo del trasporto via mare;
- i costi di logistica;
- la tariffa into plane;
- i costi relativi alla tenuta di scorte d’obbligo;
- gli oneri finanziari;
- i costi commerciali sede;

rilevandosi come l’Autorità abbia omissis di considerare che il posizionamento del jet fuel nel predetto scalo comporta costi maggiori rispetto a quelli necessari per posizionare il prodotto presso gli altri scali europei presi a riferimento (Parigi, Zurigo,

Francoforte) in quanto questi ultimi non comprendono la voce di costo riguardante il trasporto via mare del prodotto.

Esclude poi parte ricorrente di aver imposto, nell'ambito delle transazioni avvenute nell'area del Mediterraneo, il pagamento di un prezzo tale da colmare l'indifferenza gasolio (come ritenuto dall'Autorità); piuttosto evidenziando come il fatto che il prezzo del jet fuel risenta, più o meno direttamente, della quotazione del gasolio sia un fenomeno assolutamente naturale dal punto di vista economico, riscontrabile anche in altri mercati.

Viene poi osservato che le conclusioni alle quali l'Autorità giunge si fondano sul riferimento ad un parametro (le dinamiche di formazione del prezzo del gasolio nell'area mediterranea) assolutamente esogeno rispetto al procedimento istruttorio de quo.

5) Violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 14 della legge 287/1990, del Regolamento CE 1/2003 e della legge 689/1981. Eccesso di potere per errore nei presupposti, travisamento dei fatti ed illogicità.

Il provvedimento sarebbe inoltre viziato, nella parte in cui impone alle parti di adottare rimedi strutturali per eliminare la supposta violazione dell'art. 81 del Trattato CE: al riguardo osservandosi come tale potere esuli dall'ambito delle attribuzioni rimesse ad AGCM.

L'art. 15 della legge 287/1990 consente infatti all'Autorità di diffidare le imprese dal continuare in una condotta anticoncorrenziale, ovvero di imporre sanzioni pecuniarie, nel caso di infrazioni gravi.

I rimedi di carattere strutturale, quand'anche consentiti, sarebbero tuttavia stati, nel caso di specie, individuati con carattere di evidente sproporzione ed irrazionalità.

Nel rilevare come l'esistenza, in sé, delle joint ventures di stoccaggio e messa a bordo (la cui costituzione era stata, peraltro, in precedenza autorizzata dalla stessa Autorità) non possa integrare un'infrazione, viene evidenziato come gli imposti rimedi strutturali rivelino intrinseco carattere di sproporzione; sottolineandosi, peraltro, l'irrazionalità dei rimedi che, lungi dall'eliminare il contestato flusso informativo proveniente dalla società comuni, si limiterebbero, piuttosto, ad indirizzare ed a concentrare tale flusso nei confronti di un unico soggetto, ad esso di fatto conferendo un indebito vantaggio.

6) Violazione e falsa applicazione degli artt. 15 della legge 287/1990 e 11 della legge 689/1981

La sanzione amministrativa – irrogata sulla base della ritenuta gravità e durata della violazione, nonché di talune circostanze aggravanti ed attenuanti – riverrebbe da considerazioni arbitrarie; soprattutto ove si consideri come sia stata considerata circostanza aggravante la partecipazione, da parte

di ciascuna società petrolifera, a più di una impresa comune, ovvero al numero degli aeroporti presso i quali essa opera.

Conclude la parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, al quale si oppongono l'Amministrazione intimata, la predetta parte controinteressata, nonché, in qualità di interventore ad opponendum, IATA – International Air Transport Association, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Gallavotti e Francesco Fonderico, presso lo studio del primo elettivamente domiciliata in Roma, via Po n. 9.

Il ricorso viene ritenuto per la decisione alla pubblica udienza del 24 gennaio 2007.

Diritto

A seguito di una segnalazione del 9 aprile 2004 relativa all'esistenza di un'intesa tra alcune società attive nel settore dei carburanti per aviazione volta alla ripartizione delle forniture alle compagnie aeree, con delibera del 9 dicembre 2004 AGCM disponeva l'avvio di un'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti delle società Eni S.p.A., Esso Italiana S.r.l., Kuwait Petroleum Italia S.p.A., Shell Italia S.p.A., Tamoil Petroli S.p.A., Total Italia S.p.A., Disma S.r.l., Seram S.p.A., Hub S.r.l., Rifornimenti Aeroporti Italiani S.r.l., al fine di accertare l'eventuale esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza volta a coordinare i comportamenti commerciali delle stesse nei mercati dei carburanti per aviazione e dei

servizi di rifornimento aeroportuale, in violazione dell'articolo 81 del Trattato CE.

Con successiva delibera del 6 aprile 2005, l'istruttoria veniva estesa nei confronti delle società R.A.M. – Rifornimenti Aeroportuali Milanesi S.r.l., Shell Italia Aviazione S.r.l. e Par S.r.l.

L'intesa di cui sopra si sarebbe realizzata anche attraverso l'attività delle società – partecipate dalle società petrolifere – operanti nei servizi di stoccaggio e messa a bordo di jet fuel presso gli aeroporti di Roma Fiumicino, Milano Malpensa, Milano Linate: in proposito dandosi atto che, sulla base del contenuto della detta segnalazione per effetto della quale si è dato avvio al procedimento in questione, le pattuizioni intercorrenti tra le società petrolifere per la gestione e il funzionamento delle imprese comuni avrebbero infatti consentito di ripartire preventivamente e in pieno accordo l'intero mercato della fornitura di carburante per aeromobili, a livello nazionale ed europeo, eliminando la concorrenza tra le imprese madri con conseguenze pregiudizievoli per le compagnie aeree e, in ultima istanza, i passeggeri.

Le problematiche indotte dalla determinazione all'esame – con evidente, quanto necessario riferimento alle doglianze proposte con la presente impugnativa – verranno di seguito vagliate con

riferimento alle singole tematiche poste dalla decisione di AGCM.

A. IL MERCATO DEI CARBURANTI PER AVIAZIONE

A.1 LA COMMERCIALIZZAZIONE DEL PRODOTTO

Nel caso di specie viene in considerazione la commercializzazione del carburante per aviazione denominato jet fuel, ovvero del carburante destinato agli aeromobili con motore a reazione e a turboelica, utilizzato attualmente da quasi tutti i velivoli commerciali da trasporto passeggeri e merci e non sostituibile con alcun altro tipo di carburante.

Il jet fuel può essere ottenuto dalla produzione delle raffinerie vicine al luogo di consumo, ovvero tramite altre raffinerie nazionali, ovvero con il ricorso a produttori e trader internazionali (cd. "mercato cargo").

Ai fini di una concreta utilizzabilità del carburante sugli aeromobili, il jet fuel deve essere condotto dai punti di origine (raffineria o terminale del trasporto via mare) fino agli aeroporti: siffatta operazione potendo essere svolta attraverso infrastrutture dedicate (oleodotti, che in Italia esistono solo per gli aeroporti di Roma Fiumicino e Milano Malpensa) o facendo ricorso al trasporto con autobotti.

Come sottolineato da AGCM, la dislocazione geografica delle strutture per la raffinazione di cui dispone ciascuna società petrolifera non rivela un posizionamento ugualmente vantaggioso rispetto a tutti gli aeroporti italiani; così come non tutte le società petrolifere dispongono di collegamenti logistici che consentano di operare direttamente in tutto il territorio nazionale.

Al fine di superare questi vincoli e di disporre del carburante avio nei diversi siti aeroportuali le società petrolifere parti del procedimento che operano nella commercializzazione di jet fuel nei principali aeroporti italiani (ENI, ESSO, KUWAIT, SHELL, TAMOIL e TOTAL) hanno sviluppato una fitta rete di relazioni fatta di vendite reciproche, scambi e permuta, che si attuano in diversi momenti della filiera del carburante, dal cancello della raffineria o del terminale marittimo fino al deposito aeroportuale di destinazione.

All'interno di quest'ultimo, in particolare, il prodotto viene stoccato in promiscuo tra gli utilizzatori sfruttando la sua omogeneità e si effettuano di frequente passaggi di proprietà da una società petrolifera all'altra (cd. "transfer-stock").

La caratterizzazione dimensionale del mercato rilevante trova fondamento nella configurazione della domanda di jet fuel, rappresentata dalle compagnie aeree le quali, per la maggior

parte, organizzano gare con cadenza annuale per l'acquisizione del prodotto su una molteplicità di scali.

Tale esigenza di approvvigionamento viene sostanziata dalla formulazione, nei confronti dei potenziali fornitori, di una richiesta d'offerta nella quale sono indicati:

- gli scali aeroportuali per i quali si richiede il rifornimento;
- la quantificazione del jet fuel del quale la compagnia assume di aver bisogno in ciascuno scalo per l'anno contrattuale.

A fronte di una domanda così configurata, le società petrolifere non necessariamente devono articolare l'offerta per tutti gli scali, né per l'intera quantità richiesta.

Così come, all'esito della gara, la compagnia aerea aggiudica la fornitura ai migliori offerenti, che possono essere diversi da scalo a scalo.

Se, quindi, la procedura ha configurazione complessivamente unitaria, nondimeno l'articolazione del fabbisogno per singoli scali aeroportuali consente di decifrarne le modalità attuative nel quadro di una pluralità di lotti, ciascuno dei quali è identificabile in uno scalo e può, ovviamente, formare oggetto di separata aggiudicazione.

Quanto al secondo aspetto della domanda (quantificazione del fabbisogno), l'offerta della società petrolifera può anche coprire una quota parte della fornitura richiesta dalla compagnia aerea su un determinato scalo (ipotesi, questa, che assume maggiore

probabilità di verifica laddove, in ragione della connotazione dimensionale del vettore aereo e del carattere dello scalo interessato, il volume di prodotto si riveli considerevolmente elevato)

In questi casi, la compagnia aerea individua il miglior offerente ed aggiudica la fornitura in misura corrispondente al quantitativo che la società petrolifera si è dichiarata disponibile a fornire al prezzo proposto.

Di seguito, viene individuata la seconda migliore offerta, alla quale viene allocata un'ulteriore quota della fornitura, e così via fino all'esaurimento del fabbisogno stimato dalla compagnia aerea per lo scalo in questione.

Viene in considerazione, in siffatta ipotesi (insufficienza di una sola offerta a coprire il fabbisogno manifestato dalla compagnia aerea limitatamente ad uno scalo) la configurazione di quest'ultima quale "cliente condiviso", atteso che la fornitura di una compagnia su un singolo scalo viene aggiudicata ad una pluralità di fornitori, pro parte, ed a prezzi (evidentemente) diversi per ciascuno di essi.

Consegue alla normale impossibilità da parte di ciascuna compagnia aerea, al momento di bandire la gara, di individuare con esattezza il quantitativo di jet fuel che consumerà in ciascuno scalo nell'anno contrattuale, un duplice ordine di conseguenze:

- in primo luogo, le quantità indicate nella richiesta di offerta rappresentano delle stime ex ante;
- secondariamente, la compagnia aerea non è vincolata all'acquisto dell'esatto ammontare di jet fuel per ogni scalo indicato nel bando di gara.

Il principale soggetto acquirente di jet fuel in Italia è ALITALIA, con una quota pari ad un terzo della domanda complessiva nazionale e cinque volte superiore rispetto al secondo vettore (AIR ONE).

Secondo quanto sostenuto da AGCM, la dimensione geografica del mercato della commercializzazione del jet fuel ha carattere nazionale: mentre le compagnie petrolifere hanno ex adverso sostenuto la vocazione locale (singolo scalo aeroportuale) del mercato de quo (con l'eccezione di una, peraltro isolata, voce che ha invece accreditato, in virtù delle interconnessioni fra tratte aeree e scali aeroportuali complessivamente serviti, una configurazione globalizzata del mercato stesso).

A.2 I SERVIZI DI STOCCAGGIO E MESSA A BORDO

Diversamente dal mercato della commercializzazione del jet fuel, per il mercato dei servizi di stoccaggio e messa a bordo – distinto dagli altri servizi aeroportuali per le sue specifiche caratteristiche in termini di infrastrutture necessarie e requisiti tecnico-amministrativi – AGCM ha ritenuto rilevante

un'estensione geografica circoscritta al singolo scalo aeroportuale.

In questo quadro, è stato dato atto che "l'ingresso di nuovi concorrenti in ciascun mercato locale è reso particolarmente difficoltoso dalla scarsa duplicabilità delle infrastrutture necessarie all'attività, in primo luogo per i costi di realizzazione e gestione delle stesse rispetto ai volumi oggetto delle operazioni, nonché per la necessità di ottenere apposite concessioni e autorizzazioni di esercizio".

Se, quindi, "la concorrenza rispetto al singolo scalo aeroportuale risulta necessariamente condizionata da tale elevata barriera all'entrata ... in Italia, la filiera distributiva del jet fuel è caratterizzata strutturalmente dalla presenza delle società petrolifere che, attraverso strutture proprie o in joint venture, svolgono i servizi di stoccaggio e messa a bordo di carburanti presso gli aeroporti nazionali. Le società che non dispongono di una struttura logistica all'interno di un aeroporto possono rifornire di jet fuel i vettori aerei propri clienti solo attraverso contratti di fornitura con le società petrolifere operanti sullo scalo che dispongano anche delle infrastrutture logistiche necessarie o, laddove esistano, con le società comuni di stoccaggio e messa a bordo".

Negli scali aeroportuali, conseguentemente, si è in presenza:

- di una attività di stoccaggio svolta rispettivamente da società comuni (come, ad esempio, SERAM e DISMA per gli aeroporti di Milano Malpensa e Roma Fiumicino);

- di una attività di trasferimento del carburante dal deposito, integrato con un sistema idrante, fino all'aeromobile (attività di "messa a bordo" o di into-plane) parimenti svolta da (altre) imprese comuni tra società petrolifere (HUB e RAI).

Consegue al delineato quadro delle attività rilevanti ai fini dello stoccaggio e della messa a bordo dei carburanti che le società petrolifere non possono operare direttamente negli aeroporti in cui non dispongono di infrastrutture logistiche e di autorizzazioni allo svolgimento dell'attività.

A tale riguardo, al fine di rifornire la propria clientela, le società stesse sottoscrivono contratti con le società che svolgono i servizi di stoccaggio e di messa a bordo in loco, ricorrendo spesso anche all'acquisto del carburante dalle imprese madri.

Va segnalato come, sulla base delle indicazioni acquisite nel corso del procedimento istruttorio (da parte di ENAC), l'Autorità sia pervenuta alla conclusione – che le acquisite risultanze consentono di asseverare positivamente – secondo cui il modello organizzativo presente negli scali aeroportuali (secondo il quale l'attività di stoccaggio e messa a bordo è svolta dalle società petrolifere o da loro controllate, con strutture che in ciascun aeroporto sono in numero ridottissimo o, più spesso, uniche), non ha carattere di inevitabilità e/o di immodificabilità: e ciò in quanto soggetti diversi da quelli in atto operanti, per i quali eventualmente non sussista alcuna derivazione

proprietaria dalle società petrolifere, possano operare nei servizi sopra indicati (al ricorrere, ovviamente, del possesso dei prescritti requisiti amministrativi).

A.3 CONSIDERAZIONI IN ORDINE AL MERCATO RILEVANTE

Ritiene il Collegio che l'impostazione seguita da AGCM – e le conclusioni alle quali essa è, sul punto, pervenuta – dimostrino persuasiva attendibilità.

Si deve premettere che la definizione del mercato rilevante implica un accertamento di fatto cui segue l'applicazione ai fatti accertati delle norme giuridiche in tema di mercato rilevante, come interpretate dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale. Tale applicazione delle norme ai fatti implica un'operazione di "contestualizzazione" delle norme, frutto di una valutazione giuridica complessa che adatta concetti giuridici indeterminati, quale il "mercato rilevante" e "l'abuso di posizione dominante" al caso specifico.

Non di rado tale operazione di contestualizzazione implica margini di opinabilità, atteso il carattere di concetto giuridico indeterminato di dette nozioni.

Il giudice amministrativo in relazione ai provvedimenti di AGCM esercita un sindacato di legittimità, che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio: pertanto, deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione

di essi operata da AGCM sia immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le norme giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate.

L'individuazione da parte dell'autorità garante della concorrenza del "mercato rilevante" – definito come quella zona geograficamente circoscritta dove, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati fra loro sostituibili, le imprese che forniscono quel prodotto si pongono fra loro in rapporto di concorrenza – non è sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità se non per vizi logici, di difetto di istruttoria e di motivazione; pertanto, il giudice amministrativo, al quale non è consentito di sostituire le proprie valutazioni a quelle riservate all'autorità, e quindi dare un'autonoma definizione del mercato rilevante, deve limitarsi a verificare se la definizione tratteggiata dall'autorità sia o meno affetta dai vizi de quibus (Cons. Stato, sez. VI, 14 marzo 2000 n. 1348).

Secondo un orientamento della giurisprudenza amministrativa "ai fini della tutela della concorrenza, in sede di individuazione del «mercato rilevante» sul piano geografico può essere presa in considerazione anche una porzione limitata del territorio, quando sia individuabile un'area nella quale si svolga l'incontro della domanda e dell'offerta di un determinato prodotto, in condizioni di completa autonomia rispetto ad altri ambiti anche contigui" (T.A.R. Lazio, sez. I, 8 febbraio 2000, n. 793).

L'estensione merceologico-geografica del mercato rilevante serve a valutare la possibilità che il consumatore, potenziale vittima di un illecito anticoncorrenziale ha di rivolgersi ad altri prodotti che possano servire gli stessi fini (mercato dei prodotti) o l'area all'interno della quale il consumatore possa rivolgersi verso altri fornitori.

Si possono, del resto, ben individuare illeciti anticoncorrenziali relativamente anche ad aree circoscritte del territorio nazionale quando particolari condizioni concorrenziali legittimino la configurazione di un mercato locale, ben definito.

Nella costruzione del mercato rilevante in senso geografico un fattore decisivo può essere quello delle abitudini dei consumatori, delle loro preferenze per prodotti regionali o locali, delle tradizioni, o, ancora, dell'abitudine sociale allo spostamento per acquisire beni o servizi di una certa tipologia.

Naturalmente su questa china non può dirsi che l'Autorità sia libera di configurare la nozione di rilevanza a suo piacimento, dovendosi, in questa chiave, porre il limite dell'esistenza di un pregiudizio consistente per il consumatore del bene o del servizio.

Il mercato rilevante, nella sua dimensione geografica, non deve quindi essere configurato a partire tanto dalle caratteristiche dell'offerta, quanto dalle caratteristiche della domanda.

Laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'AGCM nella definizione del mercato rilevante, se questa sia immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici, da vizi di violazione di legge (Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926).

Ciò premesso, il Collegio ritiene che l'individuazione del mercato rilevante operata dall'AGCM sia immune:

- quanto all'accertamento dei fatti, da vizi di travisamento o di illogicità,
- nonché, quanto alle norme giuridiche interpretate e applicate, da vizi di legittimità.

Infatti, tenendo conto sia della diffusa prassi – illustrata nelle risultanze istruttorie da parte dei AGCM – della compravendita di prodotto tra società petrolifere (circostanza, questa, che rende relativamente agevole per tutte le società attive sul mercato spostarsi sui diversi scali) sia della presenza delle società comuni su tutti i principali scali nazionali, il mercato rilevante per la valutazione della presente fattispecie risulta di ampiezza nazionale.

Dal lato della domanda poi, come in precedenza evidenziato, le compagnie aeree organizzano procedure “selettive” per l’acquisizione delle forniture del jet fuel su diversi scali.

Quindi, in disparte la circostanza che la fornitura si articoli in diversi "lotti" corrispondenti a vari aeroporti, vengono in considerazione ai fini di che trattasi, con dirimente valenza:

- l'unitarietà della procedura di gara, che vede la compagnia aerea formulare una domanda complessiva di fornitura per il soddisfacimento della quale tutte le società petrolifere operanti sul territorio nazionale possono competere;
- l'unicità del contesto nel quale vengono avanzate, da parte di queste ultime, le offerte relativamente a tutti gli scali ai quali fanno riferimento (nel corso della trattativa l'offerta potendo variare anche a mezzo di modifiche e/o compensazioni tra scalo e scalo).

Se, come correttamente osservato dall'Autorità, "il relativo grado di concentrazione della domanda non è idoneo a conferire alle compagnie aeree un potere di mercato tale da controbilanciare quello delle società petrolifere" atteso che le gare per l'acquisizione di jet fuel non consentono di assegnare l'intera fornitura di una compagnia ad un unico fornitore, va condiviso il rilievo esposto da AGCM secondo cui "l'unica compagnia aerea che potrebbe porsi come controparte significativa delle società petrolifere, ALITALIA, è messa nelle condizioni di distribuire la propria fornitura tra diversi operatori anche all'interno del singolo scalo, con il che si riduce di molto il potere contrattuale che potrebbe derivarle dall'assegnazione in un'unica soluzione ad un unico fornitore di una commessa di elevate proporzioni".

Dalle evidenze documentali elaborate nel corso dell'istruttoria è emerso che il mercato del jet fuel – chiaramente connotato da una struttura oligopolistica (nel quale ENI rappresenta l'operatore più importante, con una quota più che doppia rispetto al secondo operatore) – dimostra un elevato grado di concentrazione; presentando le società petrolifere operanti negli aeroporti una evidente integrazione di carattere verticale ed una presenza in Italia in tutte le fasi della filiera produttiva del settore petrolifero (raffinazione, logistica e distribuzione).

Nell'osservare come, nel periodo preso in considerazione da AGCM, si sia realmente riscontrato un numero di nuovi ingressi sul mercato "pressoché nullo", va parimenti dato atto che "la fusione di tre importanti operatori precedentemente indipendenti e tutti presenti sul mercato italiano, ovvero TOTAL, FINA ed ELF19, ha ristretto sensibilmente l'offerta".

Non può quindi non convenirsi in ordine alle conclusioni alle quali è pervenuta l'Autorità, circa l'esistenza – induttivamente, ma concludentemente argomentata dal riscontrato processo di riduzione dei concorrenti – di "forti barriere all'entrata": le quali, sotto un profilo sostanziale, ben vengono ad interfacciarsi con l'oggettiva esigenza, in capo ai soggetti che intendano penetrare nel mercato della fornitura di jet fuel, di disporre di quelle infrastrutture logistiche (impianti di stoccaggio e di messa a bordo) che, come in precedenza evidenziato, sono in

atto gestiti dalle società comuni costituite dalle società petrolifere già operanti nel settore.

B. LE SOCIETÀ COMUNI E LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI TRA GLI OPERATORI

B1. DESCRIZIONE DEI FLUSSI INFORMATIVI RILEVATI

Particolare attenzione è stata, poi, riservata da AGCM al flusso informativo generato dalla presenza e dall'operatività comuni con riferimento alle attività delle società petrolifere partecipanti, segnatamente con riferimento alla rilevanza assunta dalla conoscenza degli elementi compositivi delle offerte e/o del fabbisogno quali dati orientativi le strategie di mercato.

Dall'istruttoria è emerso che l'attività delle società comuni aeroportuali ha generato un flusso di informazioni che si sono dimostrate rientrare nella disponibilità degli esponenti delle società petrolifere sia con riferimento alla partecipazione di queste ultime agli organismi direttivi delle joint ventures, sia attraverso apposite informative, spesso sollecitate dalle stesse società petrolifere.

Le informazioni scambiate sono state ripartite in due categorie, sulla base delle diverse modalità attraverso cui si è ritenuto abbiano influito sul gioco concorrenziale:

- una prima categoria concernente "informazioni utili a prevedere il comportamento che i concorrenti terranno sul mercato, particolarmente in occasione delle gare", tra le quali "le informazioni che consentono a ciascuna società petrolifera di conoscere, con riferimento ai propri concorrenti, i costi di fornitura del prodotto alla clientela o la disponibilità di prodotto su ogni singolo scalo";
- una seconda categoria, riguardante le condotte delle singole società in seguito allo svolgimento delle gare, ritenuta "funzionale ad effettuare un monitoraggio del rispetto delle regole di comportamento concordate": in tale categoria rientrando le informazioni attinenti gli esiti delle gare o l'andamento delle forniture in attuazione degli impegni contrattuali assunti nei confronti dei clienti).

L'informazione sulle quantità di carburante che una società petrolifera prevede di erogare in un determinato scalo in un determinato periodo di tempo, soprattutto se confrontate con quanto erogato nell'anno precedente, costituiscono un indicatore della politica commerciale che la medesima società intende attuare.

Questa informazione viene normalmente raccolta preventivamente dalle imprese comuni di stoccaggio e messa a bordo per calcolare la tariffa da applicare agli utilizzatori.

I servizi delle società comuni sono infatti remunerati sulla base di tariffe ed eventuali conguagli da queste definite.

La prassi di acquisto, scambio e permuta di prodotto tra gli operatori, descritta nella sezione relativa al mercato dei carburanti per aviazione, costituisce, di per sé, un importante fattore di trasparenza del mercato, in primo luogo perché genera occasioni di incontro tra le società petrolifere.

Sono agli atti del procedimento evidenze dalle quali emerge che l'interazione tra le società petrolifere in merito agli approvvigionamenti di prodotto riguarda anche le condizioni economiche dello stesso.

Particolare rilevanza assume poi, nel quadro dello scambio di informazioni, il ruolo delle società di messa a bordo: le quali, in ragione dell'attività ad esse demandata, hanno la disponibilità di un gran numero di informazioni relative ai rapporti tra le società petrolifere e i loro clienti, a cominciare dall'individuazione di chi sia il fornitore (o i fornitori) di una determinata compagnia aerea.

In seguito alla definizione di una commessa la società petrolifera provvede a comunicare tale circostanza alla propria società di messa a bordo, affinché provveda al rifornimento del nuovo cliente.

Viene per l'effetto a concentrarsi, in capo alle società comuni di messa a bordo, un ingente quantitativo di dati relativo a ciascun

operatore petrolifero ed ai contingenti da esso approvvigionati in favore delle compagnie aeree dei quali è assolutamente indubbia la rilevanza strategica al fine di conoscere – e, quindi, di poter controllare – l'attività svolta dai concorrenti, con conseguente possibilità di monitoraggio incrociato delle rispettive quote di mercato e di accessivo controllo del portafoglio clienti di ciascuno.

Se gli atti acquisiti al procedimento hanno consentito di riscontrare come siano le stesse società petrolifere a sollecitare, con carattere di non discutibile frequenza, l'invio di informazioni presso gli esponenti alle medesime facenti capo all'interno delle società comuni, va ulteriormente considerato – al fine di una complessiva valutazione dell'intreccio informativo che caratterizza l'operatività delle società comuni di messa a bordo – come queste ultime organizzino anche il rifornimento dei cd. "clienti condivisi", vale a dire di quelle compagnie che su uno stesso scalo hanno più di un fornitore, i quali a loro volta possono anche essere utenti di due diverse società di messa a bordo.

Se tale evenienza determina, con ogni evidenza, un ulteriore coordinamento anche tra le società di messa a bordo, va ribadito come nutrita sia la documentazione attestante la circolazione, sia tra le società comuni che tra i loro soci, delle informazioni sull'erogato ai clienti condivisi fin dal 1995.

I prospetti scambiati contengono anche un flusso di informazioni tra le due società comuni che non si rivela ineludibilmente connesso alla necessità di collaborare per gestire i clienti condivisi, rappresentato:

- dai dati mensili di alcuni clienti che sono serviti dai soci di una sola joint venture; in alcuni casi, poi, vengono inclusi nei prospetti scambiati anche clienti non condivisi;
- dai prospetti che consentono di verificare il rispetto da parte di tutti i fornitori delle quote contrattuali nel rifornimento alle società comuni, i quali vengono inviati anche ai soci, ancorché, come peraltro riconosciuto dalle parti stesse, il dettaglio comunemente fornito alle società petrolifere è "ridondante" ed eccede il limite informativo necessario a consentire a ciascun fornitore di controllare la propria quota.

B.2 QUALIFICAZIONE E CARATTERIZZAZIONE DEL FLUSSO INFORMATIVO SCAMBIATO FRA LE PARTI

Contrariamente a quanto asserito dalle parti le informazioni che le società petrolifere si sono scambiate forniscono indicazioni sia sul comportamento commerciale futuro dei concorrenti sia sulle condotte in corso.

Entrambe le categorie di informazioni rivestono la natura di informazioni sensibili.

A tale proposito, si rileva che lo scambio di dati sensibili qualifica i comportamenti imprenditoriali di natura ripartitoria non come il necessario precipitato della configurazione strutturale del settore, bensì come il frutto di una condotta consapevole di tali imprese.

In altri termini, le risultanze acquisite nel corso dell'istruttoria consentono di escludere:

- da un lato, che l'imponente mole di flusso informativo scambiato fra le società comuni e le società madri abbia rivestito valenza meramente consequenziale allo svolgimento della funzione (stoccaggio; messa a bordo) disimpegnata dalle prime: quasi che per effetto della costituzione di queste ultime – e della partecipazione societaria in esse detenuta dalle società "madri" – l'elaborazione e la trasmissione delle informazioni in discorso rappresentasse un effetto "naturale";
- secondariamente, che tali informazioni avessero univoca e limitata inerenza ai rapporti fra società comuni e società "madri" e che, pertanto, si dimostrassero irrilevanti fuori dai vincoli esistenti fra esse (mentre invece, come dimostrato nell'istruttoria, il flusso informativo in questione risulta essere stato precipuamente volto a dotare le società "madri" di un quadro informativo suscettibile di orientarne le

politiche di mercato e di accrescere i vincoli di reciproca interazione nell'ambito dell'elaborazione delle strategie.

In primo luogo è opportuno individuare la tipologia di dati informativi disponibili presso le società comuni.

In tale quadro, è emerso che:

- mentre le società di stoccaggio dispongono di informazioni sulle immissioni al deposito da ciascuna delle strutture logistiche esistenti, sui trasferimenti di proprietà del carburante all'interno del deposito (transfer/stock) e sull'erogato di ciascuna società petrolifera, con possibilità di disaggregazione per tipo di compagnia aerea (nazionale o estera) e per tipo di destinazione (Italia, CEE, paesi terzi);
- le società di messa a bordo conoscono gli esiti delle gare per la aggiudicazione delle forniture, sia di quelle con un unico vincitore che quelle con assegnazione in quota.

Se a quanto sopra indicato si aggiunge il fatto che queste ultime possono monitorare l'andamento delle consegne effettuate per conto delle singole società petrolifere ai clienti ordinari e a quelli condivisi, mentre gli operatori petroliferi hanno la possibilità di acquisire, presso le società di messa a bordo, informazioni sulle previsioni di erogato dei soci, per un anno o anche per periodi inferiori, nonché indicazioni sulla tariffa applicata a ciascuno di essi, emerge un quadro informativo certamente non "neutro", ma univocamente

orientato in chiave evidentemente strumentale rispetto ai comportamenti degli operatori del settore nel mercato del jet fuel.

Ciò è reso evidente dal fatto che nella disponibilità delle imprese "madri" sono risultate rientrare informazioni di tipo prospettico che derivano dalle procedure seguite per la fissazione della tariffa dei servizi delle imprese comuni; dimostrandosi, inoltre, condiviso il dato riguardante l'erogato atteso di ciascun socio, che rappresenta un'informazione utile sulla strategia commerciale che lo stesso intende seguire, soprattutto se si tiene conto del fatto che in genere tale dato viene fornito ai rappresentanti dei soci insieme al consuntivo dell'erogato dell'anno precedente.

Del resto, anche le indicazioni tariffarie relative ai rapporti società comuni/utilizzatori (informazione nota ai soci e/o ai loro rappresentanti che siedono nel consiglio di amministrazione), integra un non secondario elemento conoscitivo dei costi specifico di ciascun concorrente, atteso che per ogni utilizzatore viene determinata una tariffa individuale, funzione dell'entità del servizio richiesto.

L'accesso ai dati delle società comuni di stoccaggio accentua, inoltre, il grado di trasparenza reciproca in merito alle condizioni di costo che è generato dalla prassi delle compravendite di

prodotto tra concorrenti, la quale riguarda una quota significativa del giro d'affari totale di questo mercato.

Presso le società comuni di messa a bordo vengono a concentrarsi i dati relativi agli esiti delle gare per l'assegnazione delle forniture (sia per clienti condivisi che per clienti singoli), in quanto le società petrolifere comunicano alle joint ventures i contratti da esse stipulati (mentre è emerso che anche le compagnie aeree forniscono alle stesse joint ventures informative al riguardo, da "incrociare" con quelle delle petrolifere).

Per la verifica del rispetto delle quote di mercato rilevano, poi, anche le informazioni sull'erogato di ciascuna società petrolifera, disponibili presso le società (comuni) di messa a bordo e di stoccaggio, che consentono il monitoraggio delle quote detenute da ciascun utilizzatore rispetto al totale delle forniture di ogni singolo scalo.

È ben vero che gli stocks di carburante oggetto dei contratti di fornitura con le compagnie aeree hanno carattere meramente indicativo (atteso che compagnia aerea non è obbligata ad acquistare più carburante di quanto necessario per le proprie attività, anche ove inferiore rispetto al quantitativo indicato nel contratto).

Proprio tale circostanza avvalorata il significato – e la rilevanza – del flusso informativo proveniente dalle società comuni, atteso

che – in difetto della compiuta elaborabilità del dato contrattuale relativo alla configurazione quantitativa della fornitura (suscettibile, come sopra, di variazione in relazione alle concrete esigenze della compagnia aerea) – l'effettiva esigenza conoscitiva (in capo alle singole società petrolifere) concerne piuttosto la verifica del rispetto, in corso di esecuzione del contratto, delle quote di fornitura (stabilite ex-ante) dei clienti condivisi.

Come condivisibilmente rilevato da AGCM, infatti, "una compagnia potrebbe ... tentare di rifornirsi in misura maggiore presso la società che le pratica, per contratto, un prezzo più basso. Tale società, a sua volta, potrebbe essersi astenuta dal proporre in sede di gara quote di fornitura più elevate di quelle ad essa spettanti sulla base della regola concordata, riproponendosi tuttavia di ampliare l'erogato, e dunque la propria quota di mercato, in sede di esecuzione della fornitura".

Se tali evenienze sono ex ante difficilmente individuabili da parte degli altri operatori – in quanto non solo la quota venduta da ciascuna società deriva in realtà dalla somma di molteplici rifornimenti, ma le stesse società petrolifere sovente si scambiano le forniture ai diversi clienti per sopperire a momentanee crisi di disponibilità (peraltro rammentandosi che la compagnia aerea non può essere obbligata ad acquistare i quantitativi indicati nel contratto se non nei limiti dello stock di carburante effettivamente occorrente) – ecco che lo scambio

informativo di che trattasi viene a configurarsi con rilevanza assolutamente centrale nel quadro della (elaborazione e) concertazione delle politiche di mercato fra gli operatori petroliferi.

Che tale flusso, come del resto ammesso dalle stesse parti, abbia connotazione eccedente le esigenze stricto sensu inerenti la gestione operativa risulta eloquentemente dagli atti dell'istruttoria procedimentale: dovendosi pertanto dare atto che l'architettura del sistema, come atteggiata dalla condotta degli operatori (società petrolifere; società comuni) ha consentito l'acquisizione in capo alle prime di elementi conoscitivi atti a consentire un "efficace monitoraggio di tutti i possibili comportamenti dei concorrenti che cerchino di accrescere la propria quota in deroga alla regola concordata".

Le caratteristiche dei dati scambiati dimostrano l'assenza di una valenza meramente statistica dei dati stessi e la potenzialità anticoncorrenziale dello scambio, con cui venivano messi in comune dati afferenti le singole imprese petrolifere in modo da poter attenuare i rischi della concorrenza causa l'influenza (anche solo potenziale) della conoscenza dei predetti dati sui comportamenti da tenere sul mercato.

La giurisprudenza ha chiarito che ogni operatore economico deve determinare autonomamente la propria condotta e che ciò non esclude il diritto a reagire in maniera "intelligente" al

comportamento, constatato o atteso, dei concorrenti; è però vietato ogni contatto, diretto o indiretto, tra gli operatori volto ad influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente o a mettere al corrente tale concorrente in ordine a un comportamento che l'impresa stessa abbia deciso di porre in atto (cfr. Corte Giust., C- 40/73, Suiker Unie, par.173-175).

Se, quindi, ciascun concorrente è libero di modificare i prezzi tenendo conto del comportamento altrui, è nondimeno vietata ogni forma di collaborazione per stabilire linea d'azione o eliminare incertezze sul reciproco comportamento (Corte Giust. CE, C 57/69 del 14 luglio 1972, Acna).

Condotte quali lo scambio di informazioni sensibili finiscono infatti per sostituire all'alea della concorrenza il vantaggio della concertazione, così erodendo i benefici che in favore dei consumatori derivano dal normale uso della leva concorrenziale, ossia dalla fisiologica tensione di ogni impresa concorrente a ritagliarsi fette di mercato proponendo condizioni, sotto il profilo economico o sul versante dei caratteri dei prodotti e dei servizi, più appetibili per il fruitore, anche in un'ottica di prevenzione e contrasto di non conosciute iniziative degli altri operatori economici.

Nel caso di specie, lo scambio di dati "sensibili", ha consentito ai partecipanti allo scambio di informazioni un continuo monitoraggio del comportamento dei concorrenti, riguardante:

- non soltanto i quantitativi di jet fuel oggetto di pregresse forniture;
- ma anche i contingenti di carburante che ciascuna impresa si proponeva di allocare sul mercato.

B.3 LO SCAMBIO DI "INFORMAZIONI SENSIBILI"

È stato contestato – nel corso dell'istruttoria, come in sede di sollecitazione del sindacato giurisdizionale avverso l'impugnata determinazione AGCM – che il flusso informativo precedentemente descritto (pur non contestandosi la materialità delle circostanze in fatto appurate dall'Autorità, nondimeno) avrebbe avuto ad oggetto "dati sensibili": con ciò confutandosi l'assunto circa la preordinazione funzionale (o, comunque, la strumentalità) degli elementi conoscitivi in questione al fine di supportare pratiche concordate di mercato in funzione anticoncorrenziale.

Se la natura dei dati, il livello di disaggregazione e la frequenza degli scambi inducono a dare innanzi tutto atto della non acquisibilità aliunde dei dati come sopra "scambiati" (elemento, questo, la cui compiuta leggibilità ai fini di che trattasi accede alla natura strettamente "aziendale" dei dati stessi), va chiaramente esclusa ogni valenza meramente "statistica", piuttosto dovendosi orientare la valutazione di siffatta condotta nel quadro di intenti univocamente preordinati ad orientare le

scelte di mercato dei singoli operatori, con accessiva compressione del libero dispiegarsi del gioco della concorrenza.

Si è sostenuto, ex adverso, l'acquisibilità dei predetti dati anche sulla base di informative provenienti dalle compagnie aeree acquirenti del prodotto; negandosi, comunque, che la disponibilità di flusso informativo in questione riveli natura riservata risultando aliunde conoscibile.

Nell'escludere, anzitutto, la valenza meramente "storica" e quindi non più sensibile del dato relativo alle pregresse forniture del jet fuel (e, quindi, alle gare esauritesi con l'aggiudicazione dell'approvvigionamento per un determinato arco temporale), in quanto tale connotazione si può rinvenire solo quando sia trascorso un lasso di tempo ben più esteso, va osservato come i dati scambiati siano rappresentati da elementi conoscitivi che in un sistema di concorrenza dovrebbero essere il frutto di un'analisi autonoma delle imprese, afferendo a decisioni strategiche delle stesse e non certo a meri studi in comune sull'evoluzione del mercato degli approvvigionamenti del carburante per aeromobili.

Nel rinviare alle circostanze diffusamente esposte nella determinazione gravata quanto alle modalità – sovente non connotate dal carattere di trasparenza – che hanno caratterizzato il flusso informativo (e, con esso, lo scambio fra le diverse società petrolifere) degli elementi conoscitivi in

questione, va comunque rammentato come la giurisprudenza comunitaria abbia avuto modo di sottolineare ripetutamente che l'acquisibilità autonoma di informazioni non priva del carattere di illiceità un sistema organizzato di scambio, tenuto conto che nel primo caso le informazioni avrebbero un carattere tardivo, limitato e privo della periodicità che caratterizza le informazioni fornite dal sistema organizzato (Trib. CE, 27 ottobre 1994, T-34/92, John Deere).

Anche di recente la stessa giurisprudenza ha ribadito che l'organizzazione di uno scambio di informazioni consente ai partecipanti di venire a conoscenza di tali informazioni in un modo più semplice, rapido e diretto che mediante il mercato, creando per di più un clima di mutua sicurezza relativamente alle future politiche commerciali dei concorrenti, incompatibile con i principi della concorrenza (Trib. CE, 12 luglio 2001, T-202/98, British Sugar).

Quanto, poi, alla confutata configurabilità del sistema descritto all'interno di una pratica concordata illecita, si rammenta come ai fini della illiceità antitrust di una pratica rilevi non già la forma del meccanismo anticoncorrenziale utilizzato, ma la sostanza del comportamento delle imprese.

In tal senso, la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Commissione CE ha valorizzato non soltanto la presenza di uno scambio diretto di informazioni, ma anche l'esistenza di un

sistema basato sulla presenza di un soggetto terzo (nel caso di specie, rappresentato dalle anzidette società comuni), avente funzione di "terminale" nell'organizzazione dello scambio di dati. Una diversa interpretazione condurrebbe, del resto, all'irragionevole conclusione di ritenere non sanzionabile un comportamento, oggettivamente anticoncorrenziale, per il solo fatto dell'utilizzo di un soggetto terzo come tramite, pur restando nella sostanza inalterato il contenuto anticoncorrenziale rispetto all'azione diretta delle imprese.

Né può assumere carattere dirimente, al fine di confutare il carattere illecito dello scambio di informazioni, la circostanza rappresentata dall'assenza di prove circa l'effettiva utilizzazione dei dati scambiati per comportamenti anticoncorrenziali.

A tale riguardo rileva, infatti, non già la concreta utilizzazione dei dati da parte di tutte le imprese, ma la utilizzabilità dei dati scambiati a prescindere dall'effettivo uso (come del resto condivisibilmente affermato dalla Corte di Giustizia CE, la quale ha sostenuto che il solo fatto di scambiare con concorrenti informazioni riconducibili a segreti aziendali basta a manifestare l'esistenza di uno spirito anticoncorrenziale, anche ammettendo un comportamento sul mercato indipendente dal contenuto delle informazioni scambiate: cfr. decisione 8 luglio 1999, C-99/92, Huls).

Se, alla stregua di quanto precedentemente osservato, si dimostrano quindi irrilevanti le argomentazioni dirette a dimostrare l'autonomia delle politiche commerciali delle singole imprese, va invece valorizzata – in ciò condividendosi la conclusione delle indicazioni esposte da AGCM – la valenza anticompetitiva di un'intesa consistente nello scambio di informazioni, ove subordinata alla connessione con intese più ampie o comunque al conseguimento di un beneficio per i soggetti partecipanti.

È bene ricordare che deve ritenersi principio giurisprudenziale ormai consolidato quello secondo cui le pratiche concordate sono possibili pur in assenza di effetti anticoncorrenziali, in quanto la pratica presuppone un comportamento dipendente dalla concertazione, ma non implica necessariamente che tale comportamento abbia l'effetto di impedire o falsare la concorrenza (cfr., Corte Giust. CE, C - 235/92, Montecatini, 8-7-99; C- 49/92, Anic, 8-7-99).

Se le risultanze acquisite nel procedimento condotto da AGCM evidenziano la diretta incidenza assunta dallo scambio informativo in questione sulla determinazione di pratiche concordate aventi ad oggetto la disciplina, da parte degli operatori, del mercato del jet fuel, parimenti incontrovertibile si rivela la natura "sensibile" dei dati scambiati; del resto, le

risultanze acquisite al procedimento hanno dimostrato come le stesse imprese non consideravano pubblici i dati.

L'utilizzabilità dei dati costituisce anche il parametro per verificare la sussistenza dell'elemento della consistenza della restrizione della concorrenza, che ovviamente nel caso concreto va valutato non in concreto ma in potenza.

L'idoneità della pratica a restringere in modo consistente il gioco della concorrenza deve ritenersi desumibile da quanto detto in precedenza circa il possibile uso dei dati, attraverso cui le imprese venivano a conoscenza dei comportamenti e delle politiche commerciali dei concorrenti.

B.4 LA RILEVANZA ANTITRUST DELLO SCAMBIO DI INFORMAZIONI

Quanto sopra osservato, è opportuno ora esplicitare il carattere di rilevanza antitrust assunto dallo scambio di informazioni.

In proposito ci si può innanzitutto avvalere delle osservazioni svolte in seno ad un'approfondita decisione resa in materia dal Giudice d'appello (Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002 n. 2199).

“L'ammissibilità della natura illecita del solo scambio di informazioni è stata affermata in diverse occasioni dalla giurisprudenza comunitaria.

E' stata, infatti, data risposta positiva all'ammissibilità dello scambio di informazioni quale infrazione autonoma della

disciplina della concorrenza, non dipendente quindi dall'accertamento del fatto che lo scambio abbia agevolato la perpetrazione di altre infrazioni (Trib. CE, 11-3-99, T 141-94, Thyssen Stahl AG, par. 385 e 649).

... In un mercato oligopolistico fortemente concentrato, un accordo che preveda un sistema di scambio di informazioni tra le imprese di questo mercato riduce o annulla il grado di incertezza relativo al funzionamento del mercato e può alterare la concorrenza tra gli operatori economici in presenza di determinate caratteristiche delle informazioni scambiate: natura sensibile delle stesse, comunicazione ravvicinata e sistematica e divulgazione limitata ai partecipanti allo scambio (Trib. Ce, 27-10-94, T-35/92, John Deere Ltd; decisione confermata da Corte Giust. CE, 28-5-98, C-7/95; Trib. Ce, 27-10-94, T-34/92, Fiatagri UK Ltd, relativa allo stesso caso ed analoga alla precedente; v. anche Trib. Ce, 14-5-98, T-354/94, Stora, par. 107).

... Anche uno scambio di informazioni della natura sopra descritta altera sensibilmente la concorrenza tra gli operatori economici, avendo effetto di rivelare periodicamente, a tutti i concorrenti, le posizioni sul mercato e le strategie dei vari concorrenti e di ridurre o di annullare del tutto il grado di incertezza sul funzionamento del mercato che, in assenza di tale scambio di informazioni, sarebbe esistito".

Alla stregua di quanto precede è pacifico, perciò, che gli scambi di informazioni tra concorrenti, anche qualora non emerga una più ampia ed ulteriore concertazione anticompetitiva, possano essere censurati – naturalmente, a determinate condizioni – anche in modo autonomo e diretto.

Fatta questa prima constatazione, va soggiunto che in presenza delle caratteristiche che saranno indicate lo scambio di informazioni può essere considerato illecito "*per se*", vale a dire in ragione del suo oggetto (il che non esclude, peraltro, che nei rimanenti casi esista comunque, secondo le regole generali, la possibilità di accertare in concreto gli effetti anticompetitivi della relativa intesa, e quindi di vietarla in forza del diverso titolo della illiceità *antitrust* della sua dimostrata efficacia).

In questa direzione si è orientata, invero, la più autorevole giurisprudenza nazionale (Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002 n. 2099).

E lungo lo stesso asse si è sviluppata, nei fatti, anche la giurisprudenza comunitaria formatasi in materia, che ha fin qui costantemente esonerato la Commissione europea dal compimento di precise verifiche in concreto dell'impatto restrittivo reale sul mercato delle fattispecie di scambio di informazioni cadute *sub judice*, avallandone l'impostazione circa la sufficienza della dimostrazione da parte sua di effetti concorrenziali anche solo meramente potenziali, purché

sufficientemente sensibili (cfr. Tribunale UE, 27 ottobre 1994, Fiatagri UK LTD e altro c/ Commissione, causa T-34/92, punti 80 e 93; 27 ottobre 1994, John Deere LTD c/ Commissione, causa T-35/92, punti 61-62 e spec. 92; Corte di Giustizia, 28 maggio 1998, John Deere LTD c/ Commissione, causa C-7/95 P, punti 72-78).

L'art. 2, comma 2, della legge n. 287/1990, che dà concretezza al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza enucleando cinque tipologie di situazioni – tra le quali non rientra lo scambio di informazioni c.d. sensibili – ha, del resto, carattere solo esemplificativo, e non certo tassativo (come si desume dall'espressione "*anche* attraverso attività consistenti nel" , che introduce l'elencazione): onde ben possono ricadere nel divieto anche fattispecie diverse da quelle tipizzate dal legislatore.

Meno agevole è individuare le condizioni in presenza delle quali lo scambio di informazioni debba essere riprovato *ex se*.

In proposito, prassi e giurisprudenza non hanno mancato di attribuire rilevanza, tra gli altri aspetti, al livello di aggregazione dei dati scambiati, al loro grado di attualità e alla frequenza dei relativi rilasci; altro elemento risultato significativo è quello che rimanda al grado di concentrazione connotante il mercato considerato (per quanto su tale terreno non siano consentiti automatismi: cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 2199/2002 cit.).

I principali criteri che hanno attirato l'attenzione degli interpreti, tuttavia, si riconducono alla natura delle informazioni oggetto di scambio, e si presentano strettamente connessi tra loro: quello della segretezza/riservatezza delle informazioni, e quello della vera e propria natura concorrenzialmente "sensibile" dei dati scambiati, determinata dall'attitudine dei medesimi a disvelare le future condotte e strategie delle imprese.

Sotto questo ultimo profilo, in particolare, la giurisprudenza comunitaria ha dato mostra da tempo di considerare quale fulcro della problematica l'idoneità dei dati oggetto di scambio a rendere prevedibile, per un determinato operatore, l'azione dei suoi concorrenti, riducendo apprezzabilmente o annullando del tutto il grado di incertezza sul funzionamento del mercato che sarebbe esistito in assenza dello scambio informativo (Tribunale UE: 27 ottobre 1994, Fiatagri UK LTD e altro c/ Commissione, causa T-34/92, punti 91-92; 27 ottobre 1994, John Deere LTD c/ Commissione, causa T-35/92, punti 51-52 e spec. 81; Corte di Giustizia, 28 maggio 1998, John Deere LTD c/ Commissione, causa C-7/95 P, punti 89-90).

Nello sviluppo dei due criteri indicati la più recente giurisprudenza comunitaria si è rivelata particolarmente univoca ed eloquente.

Essa ha ricostruito la prassi della Commissione, difatti, nel senso che tale Organo ritiene che elementi fondamentali nella

valutazione del carattere restrittivo di un accordo di scambio di informazioni siano sia il carattere "sensibile" delle informazioni stesse, sia la loro attitudine a rivelare "*non solo la posizione sul mercato, ma anche le strategie dei vari concorrenti*" (Tribunale U.E, 5 aprile 2001, causa T-16/98, *Wirtschaftsvereinigung Stahl ed altre c/ Commissione*, punti nn. 39 e 44).

Se gli organismi di giustizia europei hanno escluso che uno scambio di informazioni pubbliche sia idoneo a violare le regole di concorrenza del Trattato, va rilevata, quanto al caso di specie, l'essenziale pertinenza delle informazioni scambiate al novero degli elementi conoscitivi disponibili presso le imprese comuni: di tal guisa che può essere escluso non solo il carattere di "pubblicità" delle informazioni stesse, ma anche la loro acquisibilità "aliunde".

La tesi per cui tali informazioni sarebbero state disponibili – e, concretamente, utilizzabili – anche presso (e da parte del)le compagnie aeree, infatti, non rende sufficiente conto della imponente mole di dati affluenti dalle joint ventures verso le compagnie petrolifere: le quali, ove gli elementi conoscitivi in questione avessero potuto essere attinti (anche) presso la clientela (compagnie aeree servite), non avrebbero certo avuto motivo di organizzare in maniera così capillare e complesso il sistema di scambio di informazioni avente direzionalità joint ventures – società petrolifere.

E, d'altro canto, proprio la presenza di "clienti comuni" (ovvero, di più compagnie aeree servite da una medesima società comune di stoccaggio o messa a bordo) ha implementato il dato conoscitivo promanante dalla joint venture di elementi la cui conoscibilità, altrimenti, avrebbe potuto entrare nella disponibilità del singolo operatore petrolifere in maniera parcellizzata, necessariamente disaggregata e, comunque, incompleta.

Detti scambi di informazioni, specie se sistematici, assumono una particolare gravità in caso di mercato oligopolistico, in quanto, specie se riferiti ai cd. fattori sensibili (prezzi correnti, fattori di costo, piani e previsioni di prezzo per il futuro), elimina l'unico fattore che può spingere le imprese soddisfatte della quota di mercato raggiunta ad un ribasso dei prezzi, ossia il timore di una manovra competitiva sui prezzi da parte dei concorrenti e la conseguente necessità di prevenirla o contrastarla efficacemente.

Nell'affrontare il rapporto tra parallelismo consapevole oligopolistico e scambi di informazioni, la giurisprudenza nazionale ha puntualizzato che la prova indiziaria dell'intesa illecita può risiedere nell'emersione di una trama di contatti e di scambi di informazioni tra le imprese concorrenti, circa le iniziative commerciali e le strategie operative ed economiche, tale da far presumere l'utilizzo di tali elementi al fine di ridurre,

a danno dei consumatori, i rischi sottesi, per le imprese, all'uso fisiologico della leva concorrenziale.

In presenza di tali elementi di *corroboration*, il parallelismo si colora di illiceità e viene spostata in capo alle imprese, con un inversione dell'onere della prova altrimenti gravante sull'Autorità, la necessità di fornire una giustificazione diversa dei contatti e delle informazioni e, in particolare, di spiegare la razionalità economica delle condotte parallele in una prospettiva di autonome iniziative di impresa.

In siffatte ipotesi, allora, il parallelismo di comportamento non viene assunto dall'Autorità come base di partenza autosufficiente per dimostrare la pratica concordata, ma è utilizzato come ulteriore dimostrazione dell'intesa, fondata sullo scambio di informazioni, idoneo a ridurre i rischi e l'incertezza di un mercato concorrenziale.

I principi ora ricordati sono stati sviluppati dalla Sezione VI del Consiglio di Stato con la nota decisione n. 652 del 12 febbraio 2001, la quale ha concluso nel senso della legittimità dei provvedimenti sanzionatori adottati dall'AGCM all'esito di un'istruttoria per un'ipotesi di violazione dell'art. 2 della legge 287/1990, avente ad oggetto accordi o pratiche concordate tra le principali case discografiche (c.d. major).

Con tale decisione si è ritenuto che elementi di riscontro adeguati fossero dati dalla prova:

- a) che, nell'ambito di una struttura associativa dei produttori in esame, le major discutevano dei prezzi di vendita dei supporti fonografici;
- b) che tale struttura associativa mensilmente richiedeva a ciascuna delle 5 major di fornire i dati relativi al numero dei supporti venduti e al valore delle vendite realizzate, al netto degli sconti e delle rese;
- c) che sono stati rinvenuti sia presso la struttura citata, che presso le singole case, i tabulati contenenti i dati sopra descritti, trasmessi da ogni singola impresa secondo uno schema dettagliato e disaggregato;
- d) che presso la sede di talune società operanti nel settore sono stati rinvenuti i prospetti contenenti dati disaggregati di tutte le case discografiche;
- e) che presso altre sedi di case discografiche sono stati trovate le comunicazioni dei listini prezzi, aventi data anteriore alla decorrenza dei listini stessi;
- f) che lo scambio di informazioni era esteso anche all'organizzazione congiunta di eventi promozionali rivolti al consumatore.

Sono state, quindi, reputate condivisibili le conclusioni raggiunte dall'Autorità, alla stregua delle quali:

- a) lo scambio implicava la messa in comune di valutazioni che, in un mercato effettivamente concorrenziale, sarebbero state gelosamente custodite da ciascuna impresa;
- b) "tale sistematico ed articolato scambio di informazioni ha avuto l'effetto di comprimere il già ridotto grado di concorrenza esistente sul mercato, trattandosi di un mezzo idoneo a pregiudicare la necessaria autonomia e indipendenza delle imprese nella determinazione della propria condotta, riducendo l'incentivo ad adottare autonome strategie di prezzo. La natura delle informazioni condivise avrebbe consentito a ciascuna impresa di reagire con prontezza a eventuali iniziative concorrenziali delle altre, riducendo il grado di incertezza tipico di un mercato concorrenziale e consentendo il reciproco controllo di eventuali comportamenti devianti".

Con la decisione ora in rassegna è stato, inoltre, osservato che "la rilevanza di un tale scambio di informazione e la sua idoneità a costituire elemento presuntivo del parallelismo di comportamento delle imprese sul mercato sono stati in diverse occasioni affermati dagli organi comunitari. Nel valutare un sistema simile di scambio di informazioni ... la Commissione ha rilevato che ... imprese tra loro concorrenti vengono senza indugio messe al corrente delle imminenti variazioni dei prezzi, prima della pubblicazione dei listini e possono così allineare

immediatamente i loro prezzi sui listini, così come le imprese che alzano i prezzi sanno che i loro concorrenti saranno pronti ad allinearsi, riducendo il rischio di perdita di clienti (Dec. Comm. 80/257/CECA dd. 8.2.80, par.31–33)”.

Anche la Corte di Giustizia ha affermato che si deve presumere che le imprese tengano conto delle informazioni scambiate con i loro concorrenti per determinare il proprio comportamento sul mercato, spettando alle stesse imprese l'onere della prova contraria (Corte Giust, CE, C- 49/92, Anic, 8.7.99, par.121).

Sulla base di tale pacifica giurisprudenza comunitaria, viene a cadere la tesi dell'irrilevanza dello scambio delle informazioni, laddove attraverso tale modalità comportamentale le imprese – come, appunto, nella vicenda in esame – non si siano limitate a comunicarsi preventivamente solo i prezzi o le tariffe (circostanza di per sé non consentita), ma anche i dati completi e disaggregati delle condotte operazioni di mercato.

E' vero che la nozione di pratica concordata implica, oltre alla concertazione fra imprese, un comportamento sul mercato successivo alla concertazione e un nesso causale tra questi due elementi (cfr., cit. Corte Giust., Anic, par. 118 e 119, in cui è comunque esclusa la necessità che tale comportamento produca effetti anticoncorrenziali).

Ma è altrettanto vero che la giurisprudenza comunitaria, richiamata in precedenza, ha precisato che in presenza di un

sistematico scambio di informazioni l'onere probatorio di una diversa spiegazione dei comportamenti delle imprese grava sulle imprese stesse.

La particolare struttura di un mercato oligopolistico può anzi alterare in modo ancora più sensibile il meccanismo della concorrenza, in presenza di un diffuso scambio di informazioni tra i soggetti che assicurano la maggior parte dell'offerta (cfr. Trib. CE, C – 35/92, 27.10.94, Deere)".

A compendio delle coordinate interpretative emergenti dall'elaborazione giurisprudenziale sulla prova della pratica concordata si può allora concludere che un parallelismo consapevole delle condotte tenute da imprese anche operanti in un mercato oligopolistico, di per sé lecito, può essere considerato come frutto di un'intesa anticoncorrenziale, ossia di un vietato coordinamento delle condotte, ove emergano indizi gravi, precisi e concordanti rappresentati, alternativamente o cumulativamente:

- a) dall'impossibilità di spiegare alternativamente la condotta parallela come frutto plausibile delle iniziative imprenditoriali;
- b) dalla presenza di elementi di riscontro (quali contatti e scambi di informazioni) rivelatori di una concertazione e di una collaborazione anomala.

Quanto all'elemento sub a), va soggiunto che mentre di norma la prova dell'irrazionalità della condotta va data dall'Autorità, nel caso in cui emergano elementi di riscontro sub b), l'onere probatorio contrario relativo viene spostato in capo all'impresa. Nel dare atto, sotto il profilo della giuridica imputabilità, della univoca ascrivibilità delle condotte sostanziate nello scambio informativo all'esame alle società petrolifere ed alle società comuni da esse costituite per lo stoccaggio e la messa a bordo del jet fuel, va ulteriormente escluso che – dal momento che l'accertamento della violazione della disciplina antitrust prescinde dall'assunzione di un'obbligazione giuridicamente vincolante e si fonda invece sulla consapevolezza dell'anticoncorrenzialità del comportamento – possa assumere rilevanza il ruolo svolto all'interno dell'impresa dai soggetti che materialmente abbiano posto in essere i comportamenti vietati o abbiano predisposto i documenti rinvenuti durante le ispezioni: dovendo, al contrario, ritenersi che la condotta da parte del singolo dipendente, accompagnata dal conseguente comportamento della società, sia sufficiente per rendere gli impegni assunti o gli atti rinvenuti riferibili alla società (cfr. Corte Giust. CE, 21-2-84, C - 86/82, Hasselblad).

C. CONDOTTE RIPARTITORIE ED ESCLUDENTI DELLE PARTI SUL MERCATO

C.1 CONTROLLO SULLA FORNITURA "USCENTE" E PRATICHE RITORSIVE

Dalla documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria procedimentale è emerso che il tasso di riconferma dei fornitori uscenti delle compagnie aeree è molto elevato.

Secondo quanto affermato dal rappresentante di IATA in audizione, il 90% dei contratti per la fornitura di jet fuel alle compagnie aeree viene stipulato con il fornitore uscente.

I documenti agli atti del procedimento hanno, inoltre, evidenziato:

- una generalizzata aspettativa, in capo a ciascuna delle società petrolifere, circa un atteggiamento di non aggressione da parte dei concorrenti non aggrediscano nei confronti della loro clientela;
- una condotta, ad opera degli stessi operatori petroliferi, connotata da maggiore aggressività sul mercato solo in presenza di fattori eccezionali.

L'istruttoria ha posto in evidenza l'esistenza di modalità di ritorsione particolarmente pronte ed efficaci, data la dipendenza reciproca delle parti generata dal sistema delle forniture incrociate; ulteriormente risultando asseverata la circostanza rappresentata dal ricorso, ad opera delle società petrolifere, a tali strumenti ritorsivi.

In tal senso, è opportuno evidenziare che i controlli e le ritorsioni disponibili possono trovare ambito applicativo anche oltre il mercato del jet fuel, spingendosi a interessare la messa a disposizione di prodotto e la logistica sui mercati limitrofi degli altri prodotti petroliferi, come è effettivamente successo in alcuni casi che risultano essere stati documentati negli atti del procedimento.

Viene pertanto in considerazione l'esistenza di un complesso ed articolato sistema di intrecci e contrappesi aventi configurazione eccedente la dimensione del mercato del jet fuel, idoneo ad inalveare le politiche commerciali degli operatori e, al contempo, a disincentivare l'adozione di strategie effettivamente concorrenziali.

Come precedentemente sottolineato, all'interno di tale quadro si inserisce la episodicità delle strategie "aggressive" orientate (come sarebbe logico attendersi in un ambito connotato da effettiva concorrenzialità) al recupero di quote di mercato, come inequivocamente confermato dalla (documentalmente) dimostrata sostanziale stabilità delle quote aggregate.

L'illustrato sistema preordinato allo scambio di informazioni sensibili, va quindi necessariamente completato con riferimento alla presenza di comportamenti paralleli volti a:

- ripartire il mercato tra gli operatori e conservare tale ripartizione;

- impedire o comunque controllare l'ingresso di nuovi operatori, anche sotto la forma di autofornitura da parte delle compagnie aeree.

Varie evidenze agli atti rimandano esplicitamente ad accordi tra alcune delle parti per la presentazione delle offerte alle compagnie aeree: circostanza, quest'ultima, adeguatamente – quanto eloquentemente – evidenziata dalla circostanza (la cui verifica si dimostra essere stata tutt'altro che isolata, o meramente episodica) di offerte che, pur presentate da diversi operatori, hanno comunque proposto alla compagnia aerea un valore complessivo ragguagliato a 100 (come verrà analiticamente illustrato al successivo punto C2).

Quanto alla presenza di comportamenti ritorsivi – volti ad approntare forme di pronta reazione a comportamenti concorrenzialmente aggressivi; e, quindi, finalizzati a consolidare il reciproco vincolo di appartenenza ad un assetto concordato di ripartizione delle forniture del jet fuel – va poi posto in evidenza come le evidenze documentali acquisite nel corso dell'istruttoria abbiano dimostrato l'esistenza di forme di ritorsione rivelatesi, ai fini di cui sopra, particolarmente efficaci.

Rilevano, in tal senso:

- uno scambio di mail intercorso fra esponenti di ESSO (rinvenute presso tale società in seguito ad accesso ispettivo disposto da AGCM), illustrante una situazione di ritorsioni

“incrociate” fra la stessa ESSO e KUWAIT PETROLEUM (cfr. provvedimento impugnato, par. 158) concernenti gli aeroporti di Pisa, Napoli e Roma-Fiumicino;

- ulteriori evidenze documentali (soprattutto concernenti, anche in questo caso, corrispondenza elettronica) relative ad atteggiamenti ritorsivi intercorsi fra SHELL ed ESSO relativamente alle forniture di jet fuel insistenti sullo scalo aeroportuale di Bergamo (par. 160-161);
- un memorandum interno TAMOIL dell’aprile 2002, relativo alla gara per la fornitura a British Airways, nel quale si ipotizza una strategia commerciale volta a “puntare ancora su Fiumicino e Linate, dove TAMOIL è fornitore uscente”, poiché “il tentativo di essere aggressivi su Malpensa e Verona rischierebbe di provocare la reazione dell’Agip, fornitore uscente” (par. 162).

Più in generale, va osservato come la potenzialità ritorsiva, quale strumento preordinato a conferire accentuata efficacia all’accordo anticoncorrenziale, assume rincarata valenza laddove si consideri la complessiva strutturazione del mercato dei carburanti: con riveniente possibilità che siffatta tipologia di “misure” venisse a trovare attuazione – come in taluni casi è effettivamente avvenuto – nei mercati “limitrofi” degli altri prodotti petroliferi.

D'altro canto, la stessa prassi seguita dagli operatori petroliferi riguardante il ricorso agli approvvigionamenti "incrociati" ha dimostrato intrinseca idoneità a creare un vero e proprio sistema di "contrappesi" la cui modificabilità viene a scontrarsi con la possibilità di ritorsioni da parte di concorrenti.

In tale quadro, una mail interna TAMOIL del marzo 2004, prende in considerazione la possibilità di cambiare la controparte di alcuni contratti di fornitura reciproca, passando da SHELL a ENI.

Nella stessa mail si soggiunge, al riguardo, che il conseguenziale "taglio" di SHELL su Cremona è suscettibile di ingenerare ricadute ritorsive che trovano presupposto nel fatto che TAMOIL dipende da SHELL per "rapporti di transito sul deposito di Lacchiarella"; e che SHELL, ove appunto messa in difficoltà dalla cessazione della fornitura TAMOIL a Cremona, "avrebbe potuto reagire rendendo più difficoltoso il transito su Lacchiarella".

Siffatte considerazioni illustrano adeguatamente i vincoli di stretta interdipendenza presenti fra i comportamenti assunti dagli operatori sul mercato del jet fuel e quelli degli stessi soggetti sugli altri mercati dei carburanti (multi-market contacts); e ciò in quanto, relativamente alla fattispecie da ultimo descritta, il deposito di Lacchiarella (avente strategica

rilevanza per i rifornimenti del nord-ovest) è utilizzato da TAMOIL principalmente per carburanti diversi dal jet fuel.

C.2 PARTECIPAZIONE CONCORDATA ALLE GARE

Le evidenze agli atti hanno documentato una partecipazione alle gare per l'aggiudicazione delle forniture alle compagnie aeree, da parte delle società petrolifere, in condizioni di non totale indipendenza, segnatamente in presenza di offerte formulate nei confronti di clienti riforniti, su determinati scali, da più società petrolifere.

Posto che le offerte per le forniture di jet fuel in ciascun aeroporto possono riguardare anche solo una quota-parte del quantitativo totale richiesto da ciascuna compagnia aerea, è emerso dagli atti del procedimento che in più di un'occasione le offerte formulate ad ALITALIA da più società petrolifere sono state tali da avere per somma esattamente il 100% della fornitura: circostanza che, in effetti, appare problematicamente spiegabile se non quale effetto consequenziale ad una previa concertazione.

Se è vero che, in assenza di modifiche significative della domanda e dell'offerta, ben potrebbe trovare giustificazione una sostanziale stabilità delle offerte, tale considerazione riceve attenuata valenza dimostrativa (quanto alla puntuale corrispondenza dei quantitativi complessivamente offerti

rispetto alla domanda) ove si consideri la variabilità dei consumi registrata presso gli scali aeroportuali nei quali le evenienze sopra indicate di sono verificate.

Inconferente, al riguardo, si è dimostrato l'argomento giustificativo addotto dalle parti nel corso del procedimento, secondo cui verrebbe in considerazione l'esistenza di meccanismi intrinseci al funzionamento del mercato (quali l'"iterazione meccanica" delle offerte), che spiegherebbero casi anche sorprendenti di stabilità delle quote: in proposito dovendosi osservare come siffatta argomentazione si riveli difficilmente coerente con la pure sostenuta variabilità della presenza dei diversi operatori in ciascuno scalo.

Piuttosto, è incontroverso che quote di mercato detenute dalle società petrolifere siano risultate notevolmente stabili nell'arco del periodo per il quale le informazioni fornite dalle parti hanno consentito di effettuare tale calcolo (2001-2004).

Siffatta stabilità, caratterizzata da livelli estremamente contenuti del coefficiente di variazione delle quote degli operatori, appare particolarmente significativa, ove si tiene conto del fatto che essa non appare, nella sostanza, alterata da eventi quali la crescita di TAMOIL o la perdita, da parte di TOTAL, della fornitura ad ALITALIA per l'anno contrattuale 2001/2002.

Fra i fattori che contribuiscono a rendere quantomeno inaspettata una simile stabilità delle quote di mercato, vanno segnalati:

- in primo luogo le caratteristiche intrinseche del settore, che sembrerebbero maggiormente propizie ad una elevata contendibilità delle quote di mercato (su tale aspetto giocando un ruolo determinante una vera e propria "regola" della riconferma, ad esito delle gare, del fornitore uscente);
- la stabilità mantenutasi nello stesso periodo in cui si sono verificati ripetuti shock di mercato dovuti alla rapida crescita delle compagnie low-cost, alle conseguenze sul settore dei trasporti aerei degli eventi dell'11 settembre 2001, alla instabilità della ripartizione dei voli tra Roma-Fiumicino, Milano-Malpensa e Milano-Linate dovuta alla entrata in funzionamento di Malpensa 2000, alle sensibili fluttuazioni dei prezzi del petrolio a livello internazionale.

Se, in relazione alle documentate risultanze istruttorie, non possono essere apprezzate le argomentazioni con le quali le parti hanno tentato di contestare l'esistenza stessa di una "stabilità delle quote" (essenzialmente fondate sulla contestazione della individuazione, per il mercato del jet fuel, di un ambito geografico nazionale; nonché sul tentativo di accreditare la rilevanza di diversificate forme di disaggregazione dell'offerta, per scalo, per compagnia/scalo, per periodi infra-

annuali, ecc.), parimenti indivisibili si dimostrano le pure illustrate ragioni di carattere "strutturale" alle quali inevitabilmente accederebbe una sostanziale stabilità delle quote di mercato.

In primo luogo, va considerato che la produzione totale – della quale si è sostenuta la sostanziale rigidità – per rimanere sostanzialmente equivalente alla domanda totale del mercato (determinando una conseguenziale invarianza delle relative quote) dovrebbe dimostrarsi non influenzabile da oscillazioni della domanda dovute a fattori esogeni (quali, ad esempio, gli eventi dell'11 settembre): diversamente dimostrandosi necessari una serie di aggiustamenti atti a dare compiuta sistemazione e/o ripartizione ai surplus di produzione manifestatisi a seguito di (ancorché temporanee) contrazioni della domanda.

In ogni caso, anche a dare atto di una corretta – quanto lungimirante – programmazione dell'approvvigionamento (comprensiva delle scelte in ordine alla parte del prodotto da commercializzare direttamente ed alla parte da vendere a clienti/concorrenti), deve escludersi che gli effetti di siffatte strategie abbiano potuto credibilmente espandersi oltre l'arco temporale di normale riferimento (un anno) e riverberare le constatate conseguenze di stabilità delle quote all'interno di un periodo decisamente più lungo (pluriennale).

C.3 BARRIERE ALL'INGRESSO. LA VICENDA MAXOIL. FALLIMENTO DEI TENTATIVI DI SELF-SUPPLY

Dal complessivo quadro in precedenza delineato emerge che gli attuali operatori del mercato del jet fuel in Italia sono rappresentati dalle società petrolifere verticalmente integrate: le quali possiedono – a mezzo delle società comuni da esse costituite – anche le strutture logistiche per lo stoccaggio e la messa a bordo del carburante delle quali dovrebbe necessariamente servirsi qualunque altro operatore che intendesse svolgere la medesima attività.

Se, come dimostrano le documentate circostanze emerse dall'istruttoria compiuta da AGCM, nessun operatore non verticalmente integrato risulta essere riuscito a superare questa "barriera" – ed a proporsi come fornitore alternativo ed indipendente rispetto alle società petrolifere – va parallelamente segnalato come l'ingresso al mercato si sia rivelato impossibile anche per operatori indipendenti già dotati di almeno parte delle necessarie strutture.

L'opposizione alla creazione di sistemi di rifornimento degli aeroporti alternativi rispetto a quelli esistenti – già posseduti e gestiti dalle società petrolifere – trova una esemplificazione particolarmente significativa nella vicenda della società MAXOIL.

Tale società, assumendo di poter disporre – direttamente o tramite propri soci – della capacità di approvvigionamento di jet fuel sul mercato cargo con prodotti provenienti dalle raffinerie del Mediterraneo e del Medio Oriente, si è nondimeno trovata di fronte ad un insuperabile ostacolo al concreto ingresso nel mercato de quo, rappresentato dalla impossibilità di ricevere il carburante attraverso oleodotto.

La realizzazione del progetto, così come degli altri piani di ingresso sul mercato di Fiumicino, richiedeva infatti l'accesso al sistema idrante dell'aeroporto gestito da SERAM, che MAXOIL non è mai riuscita ad ottenere.

Nelle more del procedimento, MAXOIL risulta aver intrapreso una serie di nuove iniziative al fine di verificare la possibilità di accesso al mercato del jet fuel: verificando, in proposito:

- la possibilità di accesso alle infrastrutture di SERAM (le uniche collegate alla rete che rappresenta il sistema idrante aeroportuale)
- la disponibilità di ADR – Aeroporti di Roma a concedere i necessari nulla osta
- nonché la disponibilità di Raffinerie di Roma a riattivare l'oleodotto esistente.

Con una lettera del 13 ottobre 2005 SERAM, pur non precludendo formalmente l'ipotesi di un accesso, ha tuttavia posto una serie di condizioni, tra le quali le autorizzazioni di

ENAC e di ADR per il rifornimento nell'aeroporto nonché il benessere della circoscrizione doganale per i rifornimenti aerei.

Il successivo 23 dicembre 2005 Aeroporti di Roma riservava esito negativo all'istanza di MAXOIL, assumendo che tale richiesta si atteggiasse quale "duplicazione" delle strutture SERAM che invece, secondo Aeroporti di Roma, non potrebbero essere duplicate in quanto definite da ENAC "struttura centralizzata".

Se MAXOIL ha esplicitato ad Aeroporti di Roma l'assenza di alcuna intenzione di "duplicare né suddividere l'impianto statico di stoccaggio e distribuzione carburante nell'aeroporto di Fiumicino" (piuttosto sottolineando l'intendimento di collegare al deposito di SERAM un oleodotto proveniente dal proprio deposito e vendere carburante ai vettori aerei operanti a Fiumicino facendo ricorso, per i servizi di distribuzione e intoppiane interni allo scalo, alle imprese già esistenti), va ulteriormente segnalato come alla richiesta del 6 ottobre 2005 della stessa MAXOIL a Raffineria di Roma di riattivare il collegamento, quest'ultima abbia risposto, il 30 novembre successivo, dichiarando che "le Ns infrastrutture non consentono lo svolgimento della richiesta di transito, sia per ragioni tecniche che operative. D'altra parte, non vi è dubbio che esistono possibilità alternative per l'approvvigionamento dei Vs. Impianti oltre a quelle da voi già attualmente praticate".

A confutare tale argomentazione, rileva quanto dichiarato in audizione da ENAC: la quale, con riferimento alla vendita di jet fuel, ha affermato che "non si tratta di un'attività sottoposta a limitazioni (es. numero chiuso): qualsiasi soggetto che risponda ai requisiti richiesti può ottenere dall'ENAC l'autorizzazione alle attività di rifornimento carburanti in area aeroportuale. Per parte sua, Aeroporti di Roma ha affermato che "In via di principio, è solo la rete di distribuzione entro il sedime aeroportuale che non può essere duplicata, mentre i serbatoi di stoccaggio che la alimentano potrebbero essere più di uno e di soggetti diversi. Per quel che riguarda le attività di handling (into plane), si tratta di un caso che le diverse società operanti siano JV costituite da petrolieri, ma potrebbero anche presentarsi altri operatori". Sembra, pertanto, che, per poter cominciare a vendere jet fuel a Fiumicino sia sufficiente, per MAXOIL, riuscire a sciogliere i nodi dell'approvvigionamento a monte e del collegamento a SERAM".

Il che conferma, con assoluta chiarezza, come l'impedimento per lungo tempo frapposto all'ingresso di MAXOIL nel mercato della commercializzazione del jet fuel presso lo scalo romano sia dipeso essenzialmente dal collegamento con le strutture detenute in regime monopolistico dalla società comune sopra indicata e dalle conseguenti problematiche indotte dallo svolgimento – in assenza di un accesso consentito da SERAM – alle attività di stoccaggio ed into plane.

Altro argomento comprovante l'esistenza di barriere volte ad ostacolare una diversa articolazione del mercato dell'approvvigionamento del jet fuel è rappresentato dal sostanziale fallimento dei tentativi posti in essere da taluni operatori aerei di ricorrere alla pratica dell'autorifornimento.

Una delle modalità utilizzate a livello internazionale dalle compagnie aeree per ridurre i propri costi di carburante è quella di provvedere direttamente al proprio approvvigionamento (cd. self supply), sovente in associazione con una società petrolifera.

L'esistenza di joint venture di questo tipo e la loro importanza per l'accrescimento della concorrenza tra i fornitori sono state, nel corso del procedimento istruttorio, sottolineate dalla stessa ENI, che ha ricordato gli esempi di collaborazione tra AirBP e Lufthansa a Francoforte e tra TOTAL e AirFrance a Parigi.

Sempre nel corso dell'istruttoria, taluni rappresentanti di ALITALIA hanno inoltre precisato che il controllo, da parte delle società petrolifere, della filiera logistica, oltre a non consentire l'ingresso di nuovi fornitori, ha ulteriormente implicato che "l'accesso diretto alla rete logistica (self supply) non è stato ad oggi praticamente consentito, anche se non formalmente negato".

A differenza della maggior parte degli altri paesi europei dove esistono, almeno negli scali più importanti, imprese comuni partecipate da società petrolifere e compagnie aeree

(Lufthansa, Air France, British Airways), che realizzano la compresenza di azionisti latori di interessi contrapposti, suscettibile di accrescere le performance concorrenziali delle imprese, in Italia non si è verificato alcun caso del genere, in ragione delle persistenti resistenze incontrate dai principali vettori aerei nazionali, ALITALIA e AIRONE, nella realizzazione di un proprio sistema di self supply.

I paragrafi 203 – 216 dell'impugnata determinazione dell'Autorità hanno dimostrato, con analitica evidenza, il carattere di prolungata criticità che hanno incontrato i tentativi reiteratamente posti in essere da ALITALIA per pervenire alla definizione di modalità di autorifornimento presso lo scalo aeroportuale romano.

La documentazione acquisita agli atti del procedimento condotto da AGCM ha posto in luce come, in materia di self supply, le società petrolifere si siano dimostrate maggiormente impegnate a controllarsi reciprocamente, che non a perseguire con la necessaria decisione tale iniziativa della compagnia di bandiera.

Piuttosto, è emerso che, a fronte dell'emersione, da parte di talune società petrolifere, di un intento siffatto caratterizzato da un più concreto approccio, è puntualmente venuto in considerazione il rischio, per la società petrolifera che intendesse procedere all'accordo con ALITALIA, di subire

ritorsioni da parte delle società concorrenti anche su altri mercati.

Nel rinviare all'analitica ricostruzione cronologica delle trattative che ALITALIA ha via via intrattenuto con le società petrolifere potenziali partner per il self supply (di cui ai paragrafi 208 – 216 del provvedimento), va rilevato come, all'inizio del 2004 (ed a fronte di trattative iniziate fin dal 1998), il progetto di ALITALIA di ricorrere al self supply fosse ancora irrealizzato: circostanza, questa, che adeguatamente rappresenta la presenza di resistenze, via via opposte dagli operatori petroliferi, alla realizzazione di un sistema di autoforniture che avrebbe posto il cliente più importante nella condizione di poter accedere direttamente – e senza l'intermediazione dei soggetti operanti sul mercato nazionale del jet fuel – all'approvvigionamento del carburante, mediante ricorso al mercato cargo: e, in tale prospettiva, con la possibilità di "spuntare" prezzi che (come si illustrerà infra, sub C.4) avrebbero potuto dimostrare un significativo ridimensionamento rispetto ai costi dello stesso jet fuel, incrementati da componenti (quali il differenziale gasolio) altrimenti non presenti.

C.4 ESITI DELLE PRATICHE DESCRITTE SULLE CONDIZIONI ECONOMICHE DEL MERCATO. IL DIFFERENZIALE DI PREZZO DEL JET FUEL

Dalle risultanze istruttorie è emersa l'incompatibilità delle condizioni economiche vigenti sul mercato della commercializzazione del jet fuel in Italia con un assetto correttamente concorrenziale del mercato.

L'istruttoria ha dato conto del fatto che in Italia, a parità di dimensioni dello scalo aeroportuale, la componente del prezzo del jet fuel che è oggetto di contrattazione tra le parti (il cd. differenziale) è nettamente più elevata che all'estero, vanificando i vantaggi che potrebbero derivare dal fatto che, secondo l'ente che ne cura la rilevazione a livello internazionale (Platts), i prezzi che dovrebbero prevalere per questo prodotto nell'area del Mediterraneo sono più bassi che in altre aree d'Europa.

La documentazione, soprattutto di natura contrattuale, acquisita nel corso delle ispezioni condotte ha confermato l'esistenza di una tendenza, da parte delle società petrolifere, a praticare prezzi del carburante (espressi in termini di differenziale rispetto al prezzo di riferimento "Platts") più elevati per gli scali italiani rispetto agli scali esteri di dimensioni comparabili.

È infatti emerso che i differenziali praticati per le forniture nei tre principali aeroporti italiani siano più elevati (in misura del 50% o anche più) di quelli degli aeroporti di grandezza

comparabile, se non inferiore (come Parigi Orly e Bruxelles) o anche di dimensioni decisamente inferiori (come Colonia).

Tale elemento si è dimostrato coerente con le condizioni strutturali del mercato italiano del jet fuel, caratterizzato in senso oligopolistico, all'interno del quale gli operatori, verticalmente integrati:

- sono proprietari delle strutture logistiche sono necessarie per far giungere il prodotto fino agli utilizzatori finali
- sono organizzati (anche attraverso le società comuni di stoccaggio e messa a bordo) in modo tale da ridurre ulteriormente gli spazi per la concorrenza sia reciproca che proveniente da terzi.

In presenza di queste condizioni strutturali, i prezzi imposti dalle società petrolifere nei mercati di sbocco si sono dimostrati difficilmente influenzabili dalla concorrenza del prodotto reperibile sul mercato cargo: circostanza, questa, non incompatibile col fatto che le società petrolifere possano effettuare, per i propri approvvigionamenti, acquisti da terzi (raffinerie di soggetti non presenti sul mercato del jet fuel, nazionali o estere), ove tale strategia risulti più conveniente della produzione presso le proprie raffinerie (strategie "make or buy").

Ciò osservato, si rammenta che il prezzo finale del jet fuel risulta dalle seguenti componenti:

- il prezzo base del prodotto (ricavabile dalla "quotazione Platt's);
- gli oneri aeroportuali incidenti sulla fornitura di carburante, che vanno corrisposti a carico della società petrolifera in favore dell'ente gestore aeroportuale;
- il costo per il mantenimento delle scorte d'obbligo;
- il corrispettivo per i servizi di stoccaggio e messa a bordo del carburante (hydrant fee), liquidato dalle società petrolifere alle compagnie che effettuano tale servizio e, successivamente, addebitato in fattura ai vettori aerei;
- il differenziale (price add on), ovvero il margine di guadagno delle società petrolifere.

La particolare situazione dell'Italia ha comportato – per come incontrovertibilmente posto in luce dagli atti dell'istruttoria – che il prezzo praticato del jet fuel sia inferiore a quello del gasolio.

Tale circostanza ha indotto le società petrolifere – al fine di evitare che la commercializzazione del jet fuel, rispetto a quella del gasolio, avvenisse in maniera non remunerativa – ad aggiungere al prezzo del primo (quale risultante dalla quotazione Platt's per il bacino del Mediterraneo: FOB MED) una maggiorazione, denominata "indifferenza gasolio").

Se è vero che taluni operatori petroliferi hanno preso spunto proprio dall'esistenza del ricordato premio per "indifferenza

gasolio" al fine di giustificare un prezzo del jet fuel più alto in Italia rispetto al altri Paesi, va al contrario evidenziato come tale circostanza, piuttosto, si atteggi quale conseguenza del mancato ingresso nel mercato nazionale di operatori (diversi da quelli attualmente attivi) non vincolati dall'"indifferenza gasolio". In tal senso, AGCM ha puntualizzato che "la protezione garantita dall'intesa – che nella sostanza serve ad impedire che il prezzo del jet fuel fissato sul mercato cargo influenzi le condizioni di prezzo del prodotto in Italia – consente di ricostruire, mediante l'applicazione dell'indifferenza gasolio, un rapporto fra i prezzi dei due prodotti a livelli complessivamente superiori a quelli che prevarrebbero in un regime pienamente concorrenziale"; sul punto osservandosi, ulteriormente, che "questo comportamento è possibile solo perché è precluso ad altri concorrenti in grado di attingere al mercato cargo, di procurare alle compagnie aeree jet fuel alle quotazioni indicate da Platt's per il Mediterraneo".

Del resto, l'analisi comparativa effettuata dall'Autorità (paragrafi 220 – 230) ha dimostrato che i differenziali applicati in Italia sono superiori rispetto a quelli applicati all'estero in scali aeroportuali comparabili, sotto il profilo dimensionale, con Roma-Fiumicino e Milano-Linate: il presupposto tale circostanza risultando individuato, anche in sede di audizione di talune compagnie aeree nel corso del procedimento (quali ALITALIA e MERIDIANA), nell'impedimento frapposto dalle società

petrolifere all'ingresso nel mercato di nuovi fornitori, nonché al ricorso, da parte delle stesse compagnie aeree, alla pratica dell'autofornitura (self supply): elementi, questi, comprovanti una complessiva "chiusura" del mercato nazionale di tale tipologia di carburante.

Segnatamente sotto il secondo dei profili di interesse da ultimo individuati, è del resto immediatamente intuibile come la possibilità per le compagnie aeree (si immagini, ad esempio, il maggiore acquirente su scala nazionale, ALITALIA) di provvedere all'approvvigionamento del jet fuel direttamente sul mercato internazionale avrebbe consentito di poter fruire di un prezzo finale del prodotto depurato dal rammentato premio per "indifferenza gasolio" che, altrimenti, i meccanismi di funzionamento del mercato interno propongono quale obbligatoria componente del prezzo corrisposto dal vettore aereo.

D. L'INTESA

D.1 CONDOTTE QUALIFICANTI

Il complesso dei comportamenti tenuti dalle imprese ENI, ESSO, KUWAIT, SHELL-SHELL IAV, TAMOIL e TOTAL ben sono suscettibili di essere qualificati, sulla base delle risultanze istruttorie e disattese, ex adverso, le argomentazioni dedotte

dalla parti in ambito procedimentale (così come le censure esposte con il presente mezzo di tutela) alla stregua di una intesa unica e complessa, sostanziatasi nella ripartizione del mercato della fornitura di jet fuel anche attraverso l'impedimento all'ingresso di nuovi operatori, le cui emergenze sintomatiche sono rappresentate, come evidenziato ai punti che precedono:

- da un intenso e continuato scambio di informazioni;
- dal coordinamento delle rispettive strategie di gara;
- dall'adozione di comportamenti ritorsivi e di ostacoli opposti all'accesso al mercato di nuovi operatori e all'autofornitura di jet fuel da parte dei vettori aerei.

L'attuazione della strategia ripartitoria è risultata essere essenzialmente incentrata sulle particolari modalità operative poste in essere delle società comuni costituite ai fini dello stoccaggio e della messa a bordo del jet fuel.

Le imprese comuni, inoltre, assicurando alle società petrolifere il possesso di un segmento chiave delle strutture logistiche necessarie per lo svolgimento dell'attività di commercializzazione del jet fuel alle compagnie aeree, hanno contribuito alla creazione delle barriere all'ingresso di nuovi operatori, consentendo la stabilità del cartello.

Se non è controversa l'esistenza di un obiettivo, prolungato, costante e sistematico quadro di contatti fra le società

petrolifere (e fra queste e le società comuni di stoccaggio e messa a bordo), l'emersione di una concertazione è stata adeguatamente comprovata nel corso dell'istruttoria procedimentale dalle acquisite evidenze relative all'imponente flusso informativo intercorso, alle pattuizioni ed accordi (sovente comprovati, invero univocamente, da scambi di mail e da altre tipologie di corrispondenza), nonché all'esistenza di un complesso di condotte la cui configurazione non trova adeguati e logici elementi dimostrativi fuori dalla presenza di una concertazione fra le parti.

D.2 RUOLO DELLE SOCIETA' COMUNI DI STOCCAGGIO E MESSA A BORDO. TUTELA DELL'AFFIDAMENTO

Le parti del procedimento hanno osservato, nell'ambito delle memorie finali e nel corso dell'audizione conclusiva, che la costituzione ed il funzionamento delle imprese comuni (PAR, HUB, RAM e RAF) hanno formato oggetto di comunicazione preventiva ai sensi dell'art. 13 della legge n. 287/90 da parte delle società petrolifere "matri" e di conseguente approvazione da parte dell'Autorità con provvedimenti di non avvio di istruttoria (ovvero, nel caso di RAM, con un provvedimento emanato a conclusione di un'istruttoria durante la quale è stato rilevato che l'intesa comunicata non fosse lesiva della concorrenza).

La costituzione e il funzionamento di DISMA (altra joint venture costituita ai fini di cui sopra) sono state invece autorizzate dalla Commissione UE.

Tali circostanze presupposte:

- se da un lato renderebbero il provvedimento gravato inficiato per lesione del principio del legittimo affidamento (atteso che, come si è visto, le società stesse hanno avuto vita in ragione e sul presupposto di espresse determinazioni autorizzatorie),
- d'altro canto porrebbero l'iniziativa assunta da AGCM in un ambito di preclusa esercitabilità del potere di indagine (e, conseguentemente, della potestà sanzionatoria), in ragione dell'effetto decadenziale riveniente dal disposto dell'art. 13 della legge 10 ottobre 1990 n. 287 (il quale prevede che "le imprese possono comunicare all'Autorità le intese intercorse. Se l'Autorità non avvia l'istruttoria di cui all'articolo 14 entro centoventi giorni dalla comunicazione non può più procedere a detta istruttoria, fatto salvo, il caso di comunicazioni incomplete o non veritiere").

Entrambi gli ordini di considerazioni evidenziati non si rivelano condivisibili.

Le fattispecie contestate sono state poste in essere dalle società petrolifere utilizzando, quale strumento di concerto, l'attività delle imprese comuni, la cui originaria funzione operativa (quella a fronte della quale le stesse sono state autorizzate

dall'Autorità) è stata "piegata" e surrettiziamente utilizzata nel quadro di una complessa fattispecie di intesa connotata dall'adozione di numerosi comportamenti che hanno:

- precluso l'ingresso di nuovi operatori;
- limitato le fonti di approvvigionamento;
- rafforzato l'adozione di strategie scarsamente aggressive da parte degli operatori esistenti;
- inibito i tentativi di esercitare forme di sana concorrenza.

Non è chi non veda come il contesto emerso a seguito delle indagini condotte da AGCM presenti significativi elementi di differenziazione rispetto al quadro ex ante proposto all'attenzione dell'Autorità in sede di richiesta di autorizzazione alla costituzione delle joint ventures onde trattasi.

In particolare:

- se è vero che, quanto alla tipologia di informazioni che avrebbero dovuto formare oggetto di scambio nell'ambito delle società comuni, esse avrebbero dovuto riguardare unicamente dati relativi all'erogato ed ai numeri di rifornimenti riferiti a ciascuna società fondatrice ed avrebbero dovuto essere scambiate con cadenza annuale;
- ex converso le risultanze istruttorie hanno evidenziato che mediante le società comuni ciascuna società petrolifera aveva a disposizione dettagliate informazioni riferite anche alle altre società petrolifere; e, dunque informazioni diverse

ed ulteriori rispetto a quelle effettivamente necessarie alla determinazione della tariffa da parte delle imprese comuni.

Tali informazioni si sono rivelate suscettibili di orientare i comportamenti futuri dei concorrenti, come quelle riguardanti la quantità disponibile di prodotto, la sua provenienza, nonché i dati necessari per monitorare i comportamenti pregressi (anche in funzione di verifica del rispetto delle intese raggiunte fra gli operatori petroliferi: a tale proposito venendo in considerazione le informative sugli esiti delle gare, sugli erogati ai singoli clienti, sulle relative quote di mercato, sul rispetto delle quote nella fornitura ai clienti condivisi).

Nel rilevare come alcuna delle informative anzidette avesse formato oggetto di comunicazione al momento della notifica della costituzione delle società comuni, va quindi esclusa alcuna vulnerazione del principio dell'affidamento, atteso che esso ben avrebbe potuto essere invocato solo in presenza di un funzionamento (e, quindi, di un concreto ambito di operatività) delle joint ventures corrispondente al quadro cognitivo posto all'attenzione dell'Autorità in una con la presentazione della domanda di autorizzazione.

Diversamente, lo strumento consortile – la cui liceità, in linea di principio, non è revocabile in dubbio; né viene altrimenti sottoposta a critica da parte della stessa AGCM – ha vissuto un'evoluzione operativa ampiamente decettiva rispetto alle

dichiarate finalità ispiratrici: a comprova di tale circostanza (peraltro ampiamente documentata dagli atti istruttori) osservandosi come l'accertato cospicuo flusso informativo (anche relativo ai clienti condivisi) in gran parte fosse non rilevante alle esigenze di funzionamento stricto sensu delle imprese comuni.

D'altro canto, anche talune delle parti del procedimento (SHELL, TOTAL e TAMOIL, società madri di RAI in cui sono confluite RAF e RAM) hanno manifestato la loro disponibilità ad impegnarsi tra l'altro – pur senza “ammettere” il carattere restrittivo delle pratiche contestate – a garantire:

- che l'impresa comune invii alle società stesse solo i dati relativi a ciascuna di esse;
- che i consiglieri delle imprese comuni designati dai soci non divulgino le informazioni apprese in ragione del loro incarico e riguardanti soggetti diversi dalla società dalla quale sono designati e che i dati necessari per la determinazione delle tariffe e per la redazione del bilancio, del budget e del business plan siano forniti al C.d.A. dell'impresa comune in forma aggregata.

Analogamente, ESSO (società madre di HUB e di PAR) si è dichiarata disponibile ad assicurare che i propri dipendenti - che sono anche membri del Consiglio di Amministrazione di una delle imprese comuni – “non comunichino ad alcun soggetto

che riveste presso ESSO un incarico commerciale inerente la vendita di jet fuel informazioni relative a soggetti terzi rispetto ad ESSO acquisite nello svolgimento del proprio ruolo nell'impresa comune".

Ulteriormente, SHELL, TOTAL e TAMOIL ed ESSO si sono impegnate a fare quanto necessario affinché ciascuna impresa comune non riveli ad altre imprese operanti nel medesimo aeroporto l'identità dei soci/utilizzatori che riforniscono il cliente condiviso.

Con riferimento alla posizione di DISMA – connotata da peculiarità rispetto alle altre società comuni – va rammentato come la Commissione fosse pervenuta alla conclusione che la costituzione e il funzionamento di detta società avrebbero potuto condurre ad un coordinamento del comportamento concorrenziale delle imprese madri: e che la stessa società comune avrebbe dovuto, per l'effetto, essere ritenuta un'impresa comune restrittiva della concorrenza, suscettibile di essere vietata ai sensi dell'allora vigente art. 85 par. 1 del Trattato.

A fronte di tale manifestata posizione, talune modifiche successivamente introdotte all'assetto organizzativo societario di DISMA furono accolte dalla Commissione quali "sufficienti ragioni affinché la Commissione possa concedere un'esenzione".

Deve, pertanto, convenirsi circa l'assunto – esplicitato da AGCM - che “l’inserimento di DISMA nell’ambito di un’intesa unica e complessa tra i soci, messa in atto anche sfruttando gli effetti cooperativi generati dalle società comuni, non può che dar luogo ad una situazione di fatto del tutto nuova che giustifica una revisione della valutazione relativa alla compatibilità di DISMA con l’art. 81 del Trattato CE”; così come affatto nuovo e/o diverso – e quindi non configurabile né ipotizzabile al momento dell’autorizzazione concessa nei confronti delle altre joint ventures – è il quadro operativo che ha connotato la funzionalità di queste ultime, tale da consentire la legittima esercitabilità del potere di indagine (fuori da ogni ipotizzata violazione del richiamato art. 13 della legge 287/1990) anche successivamente allo spirare del termine decadenziale ivi previsto.

D.3 LA PROVA DELL’INTESA

Nel dare atto della condivisibilità delle argomentazioni dedotte dall’Avvocatura di Stato circa il carattere oggettivamente “imponente” assunto dall’entità e dalla qualità dei riscontri obiettivi relativamente all’intesa – unica e complessa – posta in essere dagli operatori petroliferi nel settore del jet fuel, va ora affrontato il problema relativo alla consistenza dell’apparato probatorio al fine di conferire giuridica attendibilità e rilevanza

al complesso degli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria procedimentale.

Va in primo luogo rammentato che le prerogative difensive delle parti assoggettate a procedimenti antitrust non si estendono al punto da imporre all'Autorità di replicare punto per punto a tutte le obiezioni prospettate, "essendo invece sufficiente che sotto il profilo sostanziale venga adeguatamente motivata la tesi accolta in contrapposizione alle posizioni delle parti" (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002 n. 2199, che richiama a sua volta Trib. I Grado, 11 marzo 1999, T-141/94, Thyssen Stahl AG).

Questa condivisibile opinione permette di concentrare l'attenzione sulle principali argomentazioni difensive, evitando di soffermarsi su circostanze tutto sommato marginali nell'economia generale dell'accertamento, fermo restando che alla mancata replica può riconoscersi portata invalidante allorquando le obiezioni pretermesse, complessivamente considerate, siano tali da assumere un'apprezzabile consistenza in termini di violazione dei diritti difensivi (il che non si è verificato nella specie).

Sotto altro profilo, è ormai acquisita la regola della tendenziale irrilevanza, ai fini dell'ascrizione di responsabilità, della precisa qualificazione del contegno anticoncorrenziale in termini di accordo o di pratica concordata, essendo semmai determinante

distinguere "tra forme di collusione che ricadono nei divieti antitrust e semplici comportamenti paralleli privi di elementi di concertazione" (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2002 n. 1305).

Quanto alla prova degli illeciti antitrust, va puntualizzato che essa può desumersi – ed anzi normalmente si desume – anche attraverso elementi indiretti ed indiziari, purché gravi, precisi e concordanti.

Ciò in considerazione della "rarietà dell'acquisizione di una prova piena" della collusione, posto che gli operatori di mercato "ben conoscono gli estremi degli illeciti anticoncorrenziali e le sanzioni che essi implicano".

Non potendosi dunque pretendere che l'accertamento si fondi su accordi espressi e formali ovvero su un atteggiamento confessorio dei protagonisti, pena la vanificazione pratica delle finalità perseguite dalla normativa antitrust, va prestata attenzione ad elementi, definiti "sintomatici", "all'apparenza di minor rilievo, quali appunto incontri, dichiarazioni, ammissioni, manifestazioni di intenti, scambi periodici di informazioni" (T.A.R. Lazio, sez. I, 23 marzo 2004 n. 2715; Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2001 n. 1671).

Le riportate precisazioni consentono di escludere che l'avversata determinazione di AGCM sia inficiata con riferimento alla mancata replica a tutte le obiezioni esposte in sede istruttoria,

alla perplessità della qualificazione giuridica dell'illecito, nonché all'astratta adeguatezza dell'attività istruttoria espletata (sugli indicati principi cfr. anche Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, nonché, di questa Sezione, sent. 29 ottobre 2003, n. 9203).

Ciò preliminarmente posto, giova ora condurre una necessaria ricognizione in ordine alle coordinate tracciate dall'elaborazione giurisprudenziale, comunitaria e nazionale, circa gli elementi distintivi ed i profili probatori della "pratica concordata" ex art. 2, comma 2, lett. a, della legge n. 287/1990.

Costituisce acquisizione pacifica l'assunto secondo il quale, a differenza di un accordo, che può trovare la fonte in un atto scritto, la pratica concordata corrisponde ad una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere stata spinta fino alla formalizzazione di un vero e proprio accordo, costituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2001 n. 652).

La pratica, al pari dell'accordo in senso stretto, vuole sostituire alla concorrenza una forma di coordinamento caratterizzata da un'azione comune: così riproducendo, pur se in una sfera collettiva ed apparentemente concorrenziale, i vantaggi propri del comportamento del monopolista ed arrecando i conseguenti pregiudizi ai consumatori.

I criteri del coordinamento e della collaborazione, che permettono di definire tale nozione, vanno intesi alla luce della concezione che inerisce alle norme del Trattato in materia di concorrenza e secondo la quale ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che egli intende seguire sul mercato comune.

In sostanza, ogni operatore economico deve determinare autonomamente la propria condotta e ciò non esclude il diritto a reagire in maniera intelligente al comportamento, constatato o atteso, dei concorrenti; è però vietato ogni contatto, diretto o indiretto, tra gli operatori che abbia per oggetto o per effetto di influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente o di mettere al corrente tale concorrente sul comportamento che l'impresa stessa ha deciso di porre in atto (cfr., cit. Dec. Comm. CECA, par. 33; cit. Corte Giust., *Anic*, par. 117; Corte Giust., C-40/73, *Suiker Unie*, par. 173-175).

Ciascun concorrente è, inoltre, ovviamente libero di modificare i prezzi tenendo conto del comportamento altrui, ma è vietata ogni forma di collaborazione per stabilire una linea d'azione o eliminare incertezze sul reciproco comportamento (Corte Giust. CE, C 57/69 del 14.7.72, *Acna*).

Dette attività, intese al coordinamento delle condotte e delle informazioni reciproche, finiscono infatti per sostituire all'alea della concorrenza il vantaggio della concertazione, così

erodendo i benefici che in favore dei consumatori derivano dal normale uso della leva concorrenziale, ossia dalla fisiologica tensione di ogni impresa concorrente a ritagliarsi segmenti di mercato proponendo condizioni, sotto il profilo economico o sul versante dei caratteri dei prodotti e dei servizi, più appetibili per il fruitore, anche in un'ottica di prevenzione e contrasto di non conosciute iniziative degli altri operatori economici.

L'art. 2 della legge 287/90, dopo aver precisato che si considerano intese gli accordi e/o le pratiche concordate, statuisce che sono vietate le intese tra le imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante.

La questione della necessità della contemporanea presenza di oggetto ed effetti distorsivi della concorrenza è stata già da tempo approfondita dalla giurisprudenza comunitaria.

Nonostante la congiunzione "e" contenuta solo nella traduzione italiana norma comunitaria (a differenza della "o" presente nelle altre versioni dell'ex art. 85 del Trattato CE), la Corte di Giustizia ha dapprima chiarito che è sufficiente la presenza dell'oggetto anticoncorrenziale, e non anche necessariamente dell'effetto (cfr., Corte Giust. CE, C – 219/95, Ferriere Nord, 17.7.97, par. 30 e ss., con riferimento agli accordi).

Successivamente, ha precisato che le pratiche concordate sono possibili pur in assenza di effetti anticoncorrenziali, in quanto la pratica presuppone un comportamento dipendente dalla concertazione, ma non implica necessariamente che tale comportamento abbia l'effetto di impedire o falsare la concorrenza (cfr., Corte Giust. CE, C – 235/92, Montecatini, 8.7.99; C- 49/92, Anic, 8.7.99).

Tanto premesso sui tratti distintivi della pratica concordata nella legislazione *antitrust*, comunitaria e nazionale, si può passare al terreno delle prove necessarie ai fini della dimostrazione di una pratica concordata.

La giurisprudenza, consapevole della rarità dell'acquisizione di una prova piena (il cd. smoking gun: il testo dell'intesa; la documentazione inequivoca della stessa; l'atteggiamento confessorio dei protagonisti) e della conseguente vanificazione pratica delle finalità perseguite dalla normativa *antitrust* che scaturirebbe da un atteggiamento troppo rigoroso, reputa sufficiente (e necessaria) la delineazione di indizi, purché gravi precisi e concordanti, circa l'intervento di illecite forme di concertazione e coordinamento.

Nonostante l'affacciarsi di isolate voci dottrinali diversamente orientate, la consolidata elaborazione giurisprudenziale esclude, peraltro, che la semplice identità delle condizioni di offerta da parte degli imprenditori possa costituire da sola indizio idoneo a

suffragare l'esistenza di un accordo o di una pratica concordata, salvo il caso eccezionale nel quale l'anomalia dell'appiattimento non sia spiegabile altrimenti che come frutto di un'intesa illecita sul versante concorrenziale.

In definitiva, in assenza di elemento ulteriore di riscontro, il parallelismo si appalesa *ex se* sintomatico di una condotta illecita sul versante soggettivo solo ove non sia configurabile una spiegazione alternativa capace di inquadrare le condotte identiche alla stregua di frutto di razionali ed autonome scelte imprenditoriali, fisiologicamente condizionate dalla previsione dell'altrui possibile risposta ad un'iniziativa differenziatrice.

La dimostrazione dell'accordo o della pratica concordata si concreta, in altri termini, nella prova logica (il cui onere incombe in capo all'Autorità) rappresentata dall'impossibilità di dare una diversa spiegazione capace di collegare la situazione di mercato alle normali scelte imprenditoriali.

Il problema della prova assume particolare rilievo laddove il mercato assuma una connotazione oligopolistica (come nel caso di specie), posto che, in una situazione già in origine contraddistinta da una labile affermazione del principio concorrenziale, l'allineamento delle condizioni commerciali è conseguenza dei normali meccanismi competitivi, alla luce della prevedibile reazione degli altri attori di pari forza ad altrui iniziative dirette all'accaparramento di nuove quote di mercato.

In sostanza il mercato oligopolistico, se da un lato è caratterizzato da una situazione di maggiore debolezza dei consumatori e di corrispondente più accentuata dimensione lesiva di fenomeni anticoncorrenziali, si presenta d'altro canto come terreno fertile per un allineamento tendenziale delle condizioni di offerta, specie laddove sia limitato il rischio dell'ingresso di nuovi competitori ed i consumi non siano in termini assoluti variabile dipendente in misura significativa dalle condizioni di offerta.

La naturale e rapida risposta omogenea degli altri o dell'altro competitore all'iniziativa del concorrente, sotto forma di manovra sui prezzi o di variazione dei caratteri del prodotto o della relativa offerta, innesca infatti un'omogeneizzazione dei comportamenti degli operatori tanto più accentuata quanto più la diffusione del prodotto sia anelastica rispetto al prezzo, i margini di profitto siano soddisfacenti nell'assetto di mercato e non siano prospettabili turbative legate all'ingresso di terzi.

Il problema della prova della pratica concordata in un mercato oligopolistico è stato, come noto, affrontato dalla sentenza cd. "Pasta di legno", che rappresenta il *leading case* in materia (Corte Giust. CE, C – 89/85, 31.3.93 Woodpulp – Pasta di legno).

Con tale decisione la Corte di Giustizia ha escluso l'esistenza di una pratica concordata, rilevando che in quel caso il

parallelismo di comportamenti (dei prezzi) potesse trovare giustificazione nelle particolari caratteristiche di un mercato oligopolistico.

Di qui la conclusione della liceità dei comportamenti paralleli tenuti in un mercato ove, in assenza di elementi di prova, l'omogeneità delle condotte possa essere la risultante di scelte imprenditoriali logiche e razionali, ossia allorquando sia paventabile una plausibile ricostruzione alternativa.

La fattispecie esaminata dalla Corte, in particolare, riguardava un sistema di annuncio dei prezzi agli utilizzatori da parte dei produttori della c.d. "pasta di legno".

Le spiegazioni alternative che in quel caso hanno comportato l'esclusione della sussistenza della pratica erano riferite alle caratteristiche di un mercato, quello della pasta di legno, che è un mercato di "oligopoli – oligopsoni" (pochi produttori e pochi acquirenti), caratterizzato dalla c.d. "inerzia dei prezzi" (ovvero, dalla circostanza che se i prezzi diminuiscono, non aumentano le vendite e se aumentano, i concorrenti non sono indotti ad adeguarsi: cfr. cit. sentenza, par. 102 e 103).

Il parallelismo trovava quindi in quella particolare fattispecie una spiegazione dipendente dalla (e correlata alla) particolare struttura del mercato, che peraltro era un mercato a lungo termine, in cui erano gli stessi acquirenti a sentire il bisogno di ridurre i rischi commerciali (cfr. sent. cit., par.126).

La giurisprudenza comunitaria ha, peraltro, distinto tra parallelismo naturale e parallelismo artificiosamente indotto da intese anticoncorrenziali, osservando che elementi a sostegno della seconda fattispecie, la cui prova compete all'Autorità procedente, possono essere dati:

- a) dalla certa diversità dei prezzi praticati in una condizione di concorrenza non legata rispetto a quelli praticati nella specie;
- b) dal carattere autolesionistico che una determinata politica commerciale rivestirebbe se non fosse frutto di un'intesa anticoncorrenziale;
- c) dal contrasto tra l'omogeneità dei prezzi e la diversità della struttura dei concorrenti e dei relativi fattori di costo.

Fin qui gli elementi di prova (rectius indiziari) endogeni, ossia collegati alla stranezza intrinseca della condotta, ovvero alla ricordata mancanza di spiegazioni alternative nel senso che, in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o almeno plausibilmente diverso da quello in pratica riscontrato.

La seconda tipologia degli elementi indiziari enucleata dalla giurisprudenza – quelli cd. esogeni – assume una particolare rilevanza nel caso di specie.

Essi consistono nei riscontri esterni circa l'intervento di un'intesa illecita al di là della fisiologica stranezza della condotta in quanto tale.

Ci si riferisce, in altri termini, alla prova di contatti tra le imprese e, soprattutto, di scambi di informazioni se non addirittura di veri e propri concordamenti, non altrimenti spiegabili in un contesto di sano confronto concorrenziale e, quindi, sintomatici di un'intesa illecita.

Detti scambi di informazioni, soprattutto se sistematici, assumono una particolare gravità in caso di mercato oligopolistico, in quanto risultano idonei ad eliminare l'unico fattore che può spingere le imprese soddisfatte della quota di mercato raggiunta ad un ribasso dei prezzi, ossia il timore di una manovra competitiva sui prezzi da parte dei concorrenti e la conseguente necessità di prevenirla o contrastarla efficacemente.

Il parallelismo si colora di illiceità e viene spostata in capo alle imprese, con un inversione dell'onere della prova altrimenti gravante sull'Autorità, la necessità:

- di fornire una giustificazione diversa dei contatti e delle informazioni;
- e, in particolare, di spiegare la razionalità economica delle condotte parallele in una prospettiva di autonome iniziative di impresa.

Da quanto detto discende una conclusione della massima importanza al fine di chiarire definitivamente il ragionamento effettuato nella specie dall'Autorità e per verificarne l'intrinseca logicità: il parallelo comportamento delle imprese non viene assunto come base di partenza autosufficiente per dimostrare la pratica concordata, ma è utilizzato come dimostrazione delle intese accertate, fondate sul concordamento delle rispettive condotte commerciali e favorite dallo scambio di informazioni con lo scopo di orientare il mercato di riferimento in senso anticoncorrenziale.

D.4 CONSISTENZA ED IMPUTABILITA' DELL'INTESA

Ai fini della determinazione della consistenza dell'intesa, si osserva che le società ENI, ESSO, KUWAIT, SHELL-SHELL IAV, TAMOIL e TOTAL detengono complessivamente, nel mercato italiano del jet fuel e per l'intero periodo considerato, una quota complessivamente pari al 90-95%.

Pertanto, il requisito della consistenza, necessario affinché i comportamenti contestati possano configurare un'infrazione all'articolo 81 del Trattato UE, risulta ampiamente soddisfatto.

Va inoltre rammentato come lo stesso articolo 81 del Trattato richieda che, ai fini della sua applicazione, le intese restrittive della concorrenza "possano pregiudicare il commercio fra Stati membri": dovendosi, a tale riguardo, prendere in

considerazione i concetti di “commercio fra Stati membri”, di “possano pregiudicare” e di “incidenza sensibile”.

Ciò premesso, non può non convenirsi con le conclusioni alle quali è pervenuta AGCM circa l'idoneità dell'intesa in discorso – in quanto costituita da comportamenti miranti ad alterare i meccanismi di concorrenza onde perpetuare l'assetto di mercato esistente anche a discapito di potenziali nuovi operatori – al fine di “compartimentare il mercato italiano rispetto ai mercati degli altri mercati nazionali nell'Unione Europea, isolandolo dagli effetti concorrenziali derivanti dal flusso di commercio con altri Stati membri e quindi incidendo sul commercio fra Stati membri”.

Accede a tale considerazione – la cui attendibilità è dimostrata dalle evidenze acquisite nel corso dell'istruttoria – che i comportamenti contestati hanno determinato un pregiudizio al commercio tra gli Stati membri, atteso che le condotte preclusive all'accesso al mercato hanno interessato l'intero territorio nazionale e sono state poste in essere da imprese detentrici di quote di mercato complessive eccedenti il 90%.

Va rammentato, in argomento, come, secondo la giurisprudenza comunitaria, la gravità dell'infrazione debba essere valutata facendo riferimento:

- alla natura della restrizione della concorrenza
- al numero e alla dimensione delle imprese coinvolte

- alla quota controllata da ciascuna di esse all'interno del mercato
- e alla situazione del mercato all'interno del quale è stata commessa la violazione;

la gravità dell'infrazione dimostrandosi suscettibile di apprezzamento sia con riferimento alle sue singole manifestazioni, che all'effetto complessivo delle stesse.

Tenuto conto di tali indici va dato atto che l'intesa in esame – avente carattere di unicità e complessità; e con riferimento alla quale un ruolo centrale è stato assunto dalle imprese comuni costituite dalle società petrolifere – ha avuto per oggetto e per effetto una restrizione consistente della concorrenza in una parte rilevante del mercato comune, intercorrendo tra soggetti dotati di un rilevante potere di mercato all'interno di un settore già di per sé caratterizzato da peculiari caratteristiche di scarsa dinamicità concorrenziale: dovendosi ulteriormente rilevare che la documentazione acquisita nel corso del procedimento abbia comprovato la piena consapevolezza delle parti in ordine al contenuto anticoncorrenziale dei propri comportamenti (avuto anche riguardo alle minacce di ritorsioni in talune circostanze formulate a fronte di comportamenti "devianti" rispetto all'esigenza di osservanza del concordamento di condotta fra le imprese stesse).

Appieno si giustifica, alla stregua del positivo riscontro nella fattispecie all'esame dei riportati indicatori, l'attribuito carattere di "gravità" all'intesa come sopra accertata.

E ciò anche con riferimento all'arco temporale di rilevanza dell'infrazione, avuto riguardo alla documentata esistenza di una pratica concordata avviata fin dalla prima metà degli anni novanta: nel corso dei quali l'intesa stessa ha assunto via via forme sempre più strutturate, come evidenziato dalla documentazione acquisita nell'istruttoria in merito alla "chiusura" del mercato ed alle condotte "ripartitorie" poste in essere dalle parti.

Le ricadute effettuali della connotazione temporale dell'intesa in discorso autorizzano – anche in ciò condividendosi le conclusioni alle quali è pervenuta AGCM – a ritenere che venga nel caso in esame in considerazione un'infrazione di lunga durata: alla delineata configurazione dell'infrazione all'esame accedendo, come infra illustrato, le necessarie ricadute in termini di commisurazione dell'apparato sanzionatorio.

E. LE SANZIONI

L'avversata determinazione AGCM ha disposto, nei confronti delle società oggetto di indagine, un triplice ordine di conseguenze afflittive, sostanziate:

- dall'irrogazione di sanzioni pecuniarie;

- dalla comminatoria di misure comportamentali, volte ad impedire il perpetuarsi di condotte giudicate anticoncorrenziali;
- infine, dall'adozione di misure di tipo strutturale, volte ad incidere sugli assetti societarie delle joint ventures costituite ed operanti nei settori dello stoccaggio e della messa a bordo del jet fuel.

E.1 SANZIONI PECUNIARIE

Indenne da censure si rivela, invero, l'applicazione, nei confronti delle parti dell'odierno procedimento, delle sanzioni di carattere pecuniario.

Va in proposito osservato come la valutazione di gravità delle riscontrate condotte anticoncorrenziali risulti sorretta da un'adeguata motivazione, rispettosa delle regole che presiedono alla definizione del giusto trattamento punitivo.

In particolare, l'Autorità ha considerato, in ordine alla quantificazione della sanzione, ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 689/1981, come richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/1990:

- la gravità della violazione
- le condizioni economiche
- il comportamento delle imprese coinvolte

- e, in particolare, le eventuali iniziative volte a eliminare o attenuare le conseguenze delle violazioni.

Va innanzi tutto rilevato che, in presenza del protrarsi dell'intesa oltre la data di entrata in vigore della legge n. 57/2001 (4 aprile 2001), è stato correttamente ritenuto applicabile il nuovo disposto dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, come modificato dalla stessa legge n. 57/2001.

Se, per quanto concerne la gravità dell'infrazione (ripartizione del mercato del jet fuel ed impedimento all'ingresso di nuovi operatori) e la qualità dell'intesa posta in essere dagli operatori petroliferi (realizzata mediante un intenso e continuato scambio di informazioni, il coordinamento delle rispettive strategie di gara, l'adozione di comportamenti punitivi e gli ostacoli opposti all'accesso al mercato di nuovi operatori), non può essere fondatamente sottoposto a critica il giudizio di "gravità" da AGCM espresso ai fini della quantificazione delle misure sanzionatorie applicate, va poi tenuto conto:

- del rilevante impatto assunto dall'intesa sul mercato, in quanto coinvolgente la totalità delle principali imprese del settore;
- del prolungato arco temporale (ultraquinquennale) di durata dell'intesa stessa;

mentre, per quanto concerne l'imputabilità soggettiva della sanzione, i condotti accertamenti istruttori hanno consentito di

appurare l'esistenza di profili di responsabilità in capo alle società petrolifere controllanti le imprese comuni.

Alla stregua delle esposte coordinate di riferimento, la sanzione applicata, tenuto conto degli elementi rappresentati dalla gravità e dalla durata dell'infrazione, è stata quantificata in considerazione dell'effettiva capacità economica di ciascuna impresa di pregiudicare in modo significativo la concorrenza, e della necessità di fissare un importo avente adeguata efficacia deterrente per ogni impresa.

Se, sotto il primo dei profili di interesse da ultimo indicati, AGCM ha tenuto conto dell'importanza relativa di ciascuna impresa sui mercati interessati ("quale elemento indicativo del diverso impatto che ogni singola impresa ha determinato sulla concorrenza"), va sottolineato come sia stata ulteriormente considerata "la dimensione assoluta delle imprese, anche al di fuori dei mercati interessati, atteso che una sanzione pecuniaria, per avere un'adeguata efficacia deterrente, non può prescindere dall'effettiva capacità economica del soggetto sanzionato".

Quanto alla concreta individuazione della diversa importanza relativa delle singole imprese, esse sono state suddivise in tre categorie a seconda della loro dimensione rispetto alle vendite complessive di jet fuel nel 2004, peraltro sostanzialmente in linea rispetto alla posizione detenuta nel periodo 2001-2004.

Conseguentemente, nella prima categoria è stata collocata ENI (avente incontrovertibile sua posizione di leadership, con oltre il 40% del mercato); nella seconda, ESSO e SHELL (quote di mercato comprese tra l'11 e il 20%); nella terza categoria TOTAL, TAMOIL e KUWAIT (quote fino al 10% del totale).

Di quanto sopra dato atto, va poi osservato che le società petrolifere assoggettate a procedimento di infrazione alla disciplina antitrust hanno ricevuto distinta considerazione relativamente al ruolo ed alla partecipazione al disegno collusivo.

Se, infatti, ENI, ESSO, KUWAIT, ai fini del coordinamento sul mercato del jet fuel, hanno utilizzato anche lo strumento delle quattro imprese DISMA, SERAM, HUB e PAR nei cinque aeroporti di Roma Fiumicino, Milano Malpensa, Milano Linate, Napoli e Palermo, diversamente TOTAL e SHELL – SHELL IAV, hanno coordinato le proprie condotte anche attraverso le tre imprese comuni DISMA, SERAM e RAI/RAM, operanti nei tre aeroporti di Roma Fiumicino, Milano Malpensa, Milano Linate; mentre TAMOIL ha partecipato al capitale sociale della sola impresa comune RAI/RAM, operante nei tre aeroporti di Roma Fiumicino, Milano Malpensa, Milano Linate.

È stata, conseguentemente, applicata una maggiorazione differenziata alle società sopra indicate in relazione alla partecipazione a più di una società comune e al numero degli

aeroporti nei quali ciascuna opera; operandosi, ex converso, una riduzione della sanzione da comminare a TAMOIL in ragione del tentativo di tale società, documentalmente comprovato dalle evidenze acquisite al procedimento, di adottare un comportamento indipendente sul mercato.

Sulla base delle descritte premesse, l'Autorità, quanto alla concreta commisurazione delle sanzioni, risulta essersi adeguatamente riferita alle indicazioni di cui alla comunicazione della Commissione – Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2 del regolamento n. 17 e dell'articolo 65, paragrafo 5 del Trattato CECA (98/C9/03) del 14 gennaio 1998, in GUCE n. C 009 del 14 gennaio 1998, in particolare para. 1, lett. B.

E.2 MISURE COMPORTAMENTALI E STRUTTURALI

È necessaria una previa ricognizione del quadro normativo di riferimento, sia di rango comunitario che di livello nazionale, al fine di decifrare la concreta latitudine espansiva del potere sanzionatorio, riguardato attraverso la tipologia di misure legittimamente adottabili dalle Autorità Nazionali.

Viene in considerazione, al riguardo, il Regolamento del Consiglio 16 dicembre 2002 n. 1 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, pubblicato in G.U.E. 4 gennaio 2003 n. 1.

L'art. 5 del testo regolamentare in rassegna stabilisce che "le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri sono competenti ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato in casi individuali. A tal fine, agendo d'ufficio o in seguito a denuncia, possono adottare le seguenti decisioni:

- ordinare la cessazione di un'infrazione,
- disporre misure cautelari,
- accettare impegni,
- comminare ammende, penalità di mora o qualunque altra sanzione prevista dal diritto nazionale.

Il successivo art. 7, comma 1, prevede poi che "se la Commissione constata, in seguito a denuncia o d'ufficio, un'infrazione all'articolo 81 o all'articolo 82 del trattato, può obbligare, mediante decisione, le imprese e associazioni di imprese interessate a porre fine all'infrazione constatata. A tal fine può imporre loro l'adozione di tutti i *rimedi comportamentali o strutturali*, proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione stessa. *I rimedi strutturali possono essere imposti solo quando non esiste un rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso, per l'impresa interessata, del rimedio strutturale.* Qualora la Commissione abbia un legittimo interesse

in tal senso, essa può inoltre procedere alla constatazione di un'infrazione già cessata.”

A fronte di tale apparato sanzionatorio – dal diritto comunitario diversamente configurato quanto alle misure afflittive irrogabili, nonché in ragione dell'articolazione di attribuzioni in materia – si pone l'interrogativo circa l'attuale applicabilità, nel quadro normativo nazionale, di misure aventi carattere “strutturale”; in proposito dovendosi dare atto della contestata sussistenza, in capo ad AGCM, di una prerogativa sanzionatoria che, all'interno della riportata disciplina, si assume immanente in capo alla sola Commissione europea.

È necessaria, prima di affrontare la problematica all'esame, condurre una previa ricognizione definitiva sullo strumentario sanzionatorio.

Laddove misure di carattere “comportamentale” si risolvono nell'imposizione di una condotta – eventualmente suscettibile di essere articolata in una pluralità di comportamenti – volta ad eliminare la dimostrata presenza di elementi aventi rilevanza concretamente distorsiva ai fini concorrenziali, diversamente le misure di carattere strutturale dimostrano, nella loro astratta configurazione, una più pervasiva valenza, attesa la loro idoneità ad incidere sul regime proprietario sottostante alle strutture societarie, attraverso la prescrivibilità di comportamenti puntualmente veicolati dall'esigenza di

diversamente configurare (quando non, addirittura, di dismettere) partecipazioni sociali in atto vantate e/o detenute.

In altri termini, la differenza fra misure comportamentali e strutturali è una differenza di qualità che, ove si potesse mutuare una terminologia di matrice civilistica, si potrebbe inquadrare (mutatis mutandis, ovviamente) nella nota dicotomia fra obbligazioni di mezzi e di risultato; laddove:

- se la misura comportamentale implica, in capo al soggetto sanzionato, l'obbligo di tenere una certa condotta la quale, ex se riguardata, viene stimata sufficiente al fine di eradicare pregressi comportamenti ritenuti distorsivi;
- diversamente, la misura strutturale implica che alla condotta acceda, direttamente quanto immediatamente, un risultato: individuandosi proprio in quest'ultimo (la dismissione della partecipazione azionaria; la diversa configurazione di un assetto societario) il mezzo necessario (rectius: insostituibile) al fine di ricondurre la condotta in un alveo di compatibilità con il principio di corretta concorrenzialità.

Ciò rilevato in linea di principio, quanto alla sottoposta vicenda contenziosa viene argomentato che le sanzioni di carattere strutturale individuate nel dispositivo della determinazione

avversata sub lett. c) – laddove si stabilisce che “le società ENI, ESSO e KUWAIT per HUB e PAR, le società SHELL IAV, TAMOIL, e TOTAL per RAI e le società ENI, ESSO, KUWAIT, SHELL IAV e TOTAL per DISMA e SERAM definiscano le iniziative atte a eliminare la compresenza di più società petrolifere nel capitale sociale delle predette imprese comuni e perfezionino tali iniziative entro il 30 giugno 2008, dando altresì comunicazione all’Autorità entro novanta giorni dalla notifica del presente provvedimento delle iniziative definite al riguardo” – siano state adottate addirittura in carenza di potere; comunque assumendosi, in proposito, che AGCM avrebbe trasmodato dalle attribuzioni alle medesima rimesse dal quadro normativo comunitario/nazionale, definendo modalità di “azzeramento” delle partecipazioni azionarie nelle imprese comuni che, in quanto direttamente suscettibili di incidere sull’attuale assetto societario di queste ultime:

- da un lato propongono condotte inalveate da un intento ablatorio, in quanto necessariamente realizzabili attraverso la dismissione delle partecipazioni onde trattasi;
- d’altro canto, inducono conseguenze di carattere obbligatoriamente strutturale, con riferimento all’assetto delle joint ventures dalle compagnie petrolifere a suo tempo costituite con l’assenso della Autorità;

- e, in conclusione, sottenderebbero conseguenze aventi carattere contraddittorio, atteso che l'indotta esigenza che tali società (ora) comuni evolvano verso modalità partecipative monosoggettive (proprietà concentrata in un unico soggetto) produrrebbe una pratica amplificazione delle conseguenze distorsive (sull'equilibrio della concorrenza e del mercato) che, ora realizzate da un assetto oligopolistico, verrebbero ad accrescersi in conseguenza della transizione verso un modello (quantunque limitato all'assetto proprietario delle anzidette società comuni) monopolistico.

Quanto alla generale problematica relativa alla immanenza ordinamentale di misure sanzionatorie a valenza strutturale – con riferimento all'attuale applicabilità di esse ad opera dell'Autorità nazionale – va osservato come tale materia non sia sconosciuta all'elaborazione giurisprudenziale nazionale.

Viene, in primo luogo, in considerazione la sentenza della Sezione VI del Consiglio di Stato n. 5156 del 1° ottobre 2002, nella quale è stata affrontata la questione relativa all'adottabilità di misure correttive della concorrenza – aventi carattere chiaramente strutturale – addirittura riguardanti (esclusivamente) un mercato (quello della produzione) diverso

da quello nella fattispecie rilevante (la fornitura a clienti idonei, effettivi e potenziali).

In tale circostanza, il Giudice d'appello ha ritenuto:

- che "l'esperienza della Commissione Europea conferma ... la legittimità di misure correttive degli effetti anticoncorrenziali apposte su mercati diversi da quello rilevante; è poiché quello relativo alla *preferenza per rimedi di carattere strutturale con riferimento agli effetti anticoncorrenziali delle concentrazioni costituisce, secondo la Commissione, un principio fondamentale, che, in quanto tale, non può non essere tenuto in considerazione in sede di interpretazione della disciplina nazionale della concorrenza*, privi di consistenza appaiono i rilievi con cui ... (si) nega la legittimità delle misure disposte sul mercato della generazione, in quanto disposte su di un mercato diverso da quello rilevante";
- purtuttavia dando atto dell'immanenza, anche nella materia che qui ne occupa, del "principio di proporzionalità", "espressamente richiamato dal Regolamento 4064/89 CEE ed affermato dalla Corte di Giustizia": l'attuazione del quale "richiede che i provvedimenti che incidano sulle situazioni soggettive degli interessati siano proporzionati ed adeguati alla situazione cui intendono porre rimedio, in modo da non imporre misure eccedenti; e che, fra le varie possibili alternative, sia sempre

imposta la misura meno restrittiva e meno invasiva. L'affermazione del principio di proporzionalità richiede, pertanto, non soltanto la dimostrazione dell'idoneità della misura a raggiungere lo scopo perseguito, ma anche la dimostrazione della sua adeguatezza, nel duplice senso della corrispondenza alla situazione presa in considerazione e della non eccedenza rispetto ad essa, in modo che la stessa risulti corrispondente a quanto è strettamente necessario per raggiungere lo scopo. Le valutazioni connesse, poi al principio di proporzionalità delle misure destinate ad incidere sulle situazioni soggettive, attenendo all'emanazione di provvedimenti amministrativi destinati ad inserirsi in un ordinamento positivo, non possono non tenere in considerazione le indicazioni e le valutazioni provenienti da tale ordinamento".

La condivisibile affermazione della necessaria penetrazione del principio di proporzionalità all'interno della ponderazione sottesa all'individuazione dello strumentario sanzionatorio suscettibile di applicazione al fine di scongiurare il protrarsi di effetti suscettibili di alterare l'equilibrio concorrenziale è assolutamente coerente con la proposizione normativa (introdotta successivamente alla pronunzia in precedenza citata) dalla riportata regolamentazione CE (laddove, all'art. 7 del citato Regolamento, espressamente si evidenzia che "i rimedi strutturali possono essere imposti solo quando non esiste un

rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso, per l'impresa interessata, del rimedio strutturale”).

Va poi osservato come le concrete ricadute applicative dell'esposto ordine di considerazioni siano state indagate anche da questa Sezione.

Nella fattispecie oggetto di sindacato – espresso dalla sentenza n. 1898 del 13 marzo 2006 – è stato affermato (a fronte di una determinazione con la quale l'Autorità aveva autorizzato una concentrazione, prescrivendo la modifica strutturale della totale dismissione della partecipazione azionaria di Cassa Depositi e Prestiti in ENEL, previa applicazione temporanea di misure comportamentali) che:

- “il principio di proporzionalità tra effetti concreti della concentrazione e misure imposte è espressamente richiamato dal regolamento 4064/89 CE ed affermato dalla Corte di Giustizia e richiede che i provvedimenti che incidano sulle situazioni soggettive degli interessati siano proporzionati ed adeguati alla situazione cui intendono porre rimedio, in modo da non imporre misure eccedenti e che, tra le varie possibili alternative, sia sempre imposta la misura meno restrittiva e meno invasiva (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 1° ottobre 2002 n. 5156). L'affermazione del principio di proporzionalità, pertanto, richiede non soltanto la dimostrazione dell'idoneità della misura

a raggiungere lo scopo perseguito, ma anche la dimostrazione della sua adeguatezza, nel duplice senso della corrispondenza alla situazione presa in considerazione e della non eccedenza rispetto ad essa, in modo che la stessa risulti corrispondente a quanto è strettamente necessario per raggiungere lo scopo”;

- più in generale osservandosi che, quanto “alla natura della misura adottata, vale a dire di tipo “strutturale” anziché di tipo “comportamentale”, occorre osservare che l’anomalia generata dall’operazione di concentrazione deriva da un fatto di tipo strutturale ... sicché appare logico ritenere che solo una misura “strutturale”, quale la dismissione della partecipazione azionaria nel capitale sociale dell’operatore dominante nei mercati verticalmente collegati ... possa eliminare con carattere di definitività il rischio paventato. In altri termini, considerato il carattere strutturale del fatto produttivo degli effetti anticoncorrenziali, è ragionevole ritenere che solo l’imposizione di una misura anch’essa strutturale, in grado di recidere l’intreccio azionario frutto dell’operazione di concentrazione sia in grado di eliminare con carattere di definitività tali effetti”.

Le considerazioni condivisibilmente svolte nella pronunzia citata consentono al Collegio di affrontare la compatibilità del quadro normativo di riferimento rispetto agli strumenti sanzionatori nella fattispecie adottati attraverso il profilo di indagine rappresentato dall’adeguatezza delle misure imposte rispetto

alle finalità perseguite (e, quindi, all'intento primario di scongiurare l'ipotesi che la perduranza di condotte dimostrate "devianti" possa condurre al perpetuarsi di situazioni delle quali è stata rivelata la valenza concretamente recettiva ai fini di un corretto svolgimento della concorrenza).

È ben vero che un necessario ossequio all'immanenza del principio di legalità potrebbe auspicabilmente indurre il Legislatore nazionale, proprio in virtù del rinvio operato alla potestà determinativa a quest'ultimo rimessa dalla previsione di cui all'ultimo alinea dell'art. 5 del citato Regolamento CE, a "codificare" quel potere di applicazione di misure "strutturali" che il testo regolamentare in questione riserva alla Commissione.

Pur non potendosi astenere il Collegio dal manifestare l'auspicio che un conveniente intervento legislativo possa pervenire ad una armonizzazione adeguatrice dell'apparato sanzionatorio individuato dall'art. 15 della legge 287/1990 rispetto alla disciplina comunitaria (comunque self-executing trattandosi di matrice normativa di rango regolamentare) con riveniente rimodulazione degli interventi attuabili da parte di AGCM (all'interno di una necessaria riflessione in ordine alla verifica di compatibilità degli interventi con gli imprescindibili postulati di cui agli artt. 41 e 42 della Costituzione), va comunque osservato come l'apparente dicotomia del percorso

sanzionatorio verso esiti con connotazione "comportamentale", ovvero "strutturale" ben sia suscettibile di *reductio ad unum* ove la commisurazione dell'intervento di sollecitazione adeguativa sia ispirata:

- da una sottesa ratio di concreta adeguatezza della misura rispetto alla finalità che si intenda perseguire;
- e da una necessaria osservanza del principio di proporzionalità.

Proprio quest'ultima chiave interpretativa potrà, in taluni casi, privilegiare l'opzione "strutturale" ove questa riveli connotazioni meno "invasive" rispetto ad una comminatoria a valenza esclusivamente "comportamentale": non potendosi sottacere, inoltre, come si riveli intrinseca a siffatto ordine di considerazioni la previa valutazione – necessariamente rimessa all'Autorità – circa la concreta carenza di misure alternativamente aventi equipollente efficacia al fine di garantire il risultato auspicato.

In altri termini, la ponderazione in chiave di "proporzionalità" dovrà essere condotta non soltanto verificando l'astratta idoneità della misura in un quadro di relazionalità con la finalità perseguita; ma anche – se non soprattutto – verificandone *ex ante* la non sostituibilità con altro tipo di sanzione.

Consegue a tale ordine di considerazioni un triplice precipitato logico-assertivo, per cui:

- in primo luogo, l'opzione verso una misura "comportamentale", ovvero "strutturale" dovrà avvenire verificando quale, fra l'uno – o l'altro – dei diversi tipi di sanzione, sia intrinsecamente idoneo al raggiungimento dello scopo perseguito;
- laddove, invece, fra essi dovesse dimostrarsi concretamente sussistente un rapporto di alternatività, allora il secondo step della scelta dovrà risolversi all'interno della verifica della minore onerosità della misura e, comunque, della migliore adeguatezza di essa rispetto all'assetto al quale si intenda pervenire;
- comunque imponendosi, all'interno (ed a seguito) della intervenuta scelta verso uno dei due ordini di misure di cui sopra, di attuarne l'applicazione con carattere di proporzionalità rispetto alla condotta che si intenda sanzionare (evitando, quindi, che essa trasmodi verso l'imposizione di obblighi aventi connotazione ingiustificatamente afflittiva).

E.3 ILLEGITTIMITA' DELLE MISURE STRUTTURALI APPLICATE CON IL PROVVEDIMENTO DELL'AUTORITA' N. 15604 DEL 14 GIUGNO 2006

Da quanto in precedenza osservato emerge che – segnatamente sotto il profilo dell'imposizione, in capo alle

società interessate dalla determinazione gravata, di misure aventi carattere strutturale (dismissione delle partecipazioni detenute dalle società petrolifere nelle società comuni) – il provvedimento oggetto di censura non è indenne da mende rilevanti sotto il profilo della logicità, della coerenza e della violazione del principio di proporzionalità.

Leggesi infatti nella determinazione di che trattasi (paragrafi 378-382) che:

- “da quanto precede emerge che le parti hanno posto in essere un’intesa che ha avuto per oggetto ed effetto una ripartizione del mercato del jet fuel e un sostanziale impedimento all’accesso allo stesso da parte di nuovi operatori, con un conseguente peggioramento delle condizioni economiche praticate alle compagnie aeree. L’attuazione della strategia ripartitoria ha trovato un importante fulcro nell’operato delle società comuni, che hanno garantito, proprio sulle variabili più critiche, la trasparenza necessaria per l’organizzazione della concertazione e il controllo del suo rispetto. Le imprese comuni, inoltre, assicurando alle società petrolifere il possesso di un segmento chiave delle strutture logistiche necessarie per lo svolgimento dell’attività di commercializzazione del jet fuel alle compagnie aeree, hanno contribuito alla creazione delle barriere all’ingresso di nuovi operatori, consentendo la stabilità del cartello”;

- “risulta, quindi, necessario che gli impegni siano idonei ad eliminare le violazioni contestate e a ripristinare una situazione di piena concorrenza sul mercato, intervenendo sia sulle società comuni che sulle infrastrutture che determinano le condizioni per una effettiva apertura del mercato. Gli impegni presentati riguardano, da un lato le società comuni e dall’altro autonome condotte di impresa suscettibili di consentire alle compagnie aeree di approvvigionarsi autonomamente di prodotto”;
- “con particolare riferimento agli impegni relativi alle società comuni, si tratta di impegni sia comportamentali, volti ad adottare modalità di funzionamento delle joint venture che riducono i flussi informativi tra i soci, sia strutturali, consistenti nell’apertura del capitale sociale a soggetti terzi portatori di interessi contrapposti a quelli delle società petrolifere, quali le compagnie aeree”;
- “entrambe le soluzioni proposte non appaiono idonee a porre fine alle infrazioni evidenziate dall’istruttoria, in quanto l’alterazione delle condizioni di mercato, che si è determinata con la messa in atto di un’intesa che ha interessato sostanzialmente l’intero mercato del jet fuel, è stata agevolata dalla compresenza di più società petrolifere nella compagine sociale di una stessa impresa di stoccaggio e/o messa a bordo. Peraltro tale conclusione trova sostanziale conforto negli esiti della verifica effettuata con numerosi operatori del mercato,

dalla quale è emerso un giudizio fortemente negativo circa l'efficacia dei progetti di dismissione parziale proposti al fine del ripristino delle condizioni di concorrenza. Si osserva che la riconosciuta efficienza di un'organizzazione dell'offerta di tali servizi che sia in grado di valorizzare al meglio le economie di scala non si pone in contraddizione con tale valutazione, in quanto il mutamento dell'assetto proprietario non richiede necessariamente una modifica dell'attuale livello di centralizzazione delle infrastrutture”;

- “alla luce di quanto precede, lo stesso mantenimento della compresenza di più società petrolifere nelle imprese comuni, atteso il ruolo da queste concretamente svolto, è incompatibile con l'eliminazione dell'infrazione; sicché le misure strutturali proposte dalle parti risultano inefficaci e quelle comportamentali neppure valutabili”.

Pur nel dare atto della prospettazione, ad opera delle società petrolifere, di impegni di carattere sia comportamentale che strutturale, dunque, AGCM è pervenuta ad una valutazione di radicale inidoneità sia dei primi che dei secondi: e, soprattutto per quanto riguarda la prospettata “apertura del capitale sociale a soggetti terzi portatori di interessi contrapposti a quelli delle società petrolifere, quali le compagnie aeree”, è stato escluso che la stessa “compresenza di più società petrolifere nelle

imprese comuni, atteso il ruolo da queste concretamente svolto" sia compatibile con l'eliminazione dell'infrazione.

Tali conclusioni non meritano condivisione, atteso che:

- da un lato, non viene da esse dimostrato concretamente il pur rappresentato carattere di "inefficacia" assunto dalla rimodulazione (prospettata dalle stesse società petrolifere) della struttura societaria delle joint ventures: laddove l'ipotizzata apertura alla partecipazione di soggetti (come le compagnie aeree) in capo ai quali è ragionevolmente predicabile la presenza di diversi (quando non addirittura contrapposti) interessi ben avrebbe potuto propiziare quelle forme di "controllo societario" atte a scongiurare l'iterazione di condotte esclusivamente improntate alla cura degli interessi "di cartello" delle società petrolifere (soprattutto ove si considerino le problematiche vicende, pur evidenziate da AGCM, che avrebbero impedito ad alcuni vettori, in primis ALITALIA, quell'accesso al mercato idoneo a propiziare, in capo ad essi, lo svolgimento di pratiche di self-supply);
- d'altro canto, le riportate misure strutturali, aprendo inevitabilmente (quanto univocamente) la strada ad assetti proprietari di tipo monosoggettivo, non

evidenziano la presenza di alcuna considerazione in ordine alla rincarata valenza distorsiva che siffatta strutturazione sociale potrebbe indurre sul mercato (segnatamente ove riferita a soggetti societari – quali le attuali joint ventures – operanti nei settori dello stoccaggio e della messa a bordo del jet fuel);

- ulteriormente, escludono, all'interno di un giudizio prognostico venato di rilevabile apoditticità, l'idoneità di strumenti e/o meccanismi di ("oscuramento"; o, almeno, di) "selettiva opacizzazione" del flusso conoscitivo di carattere "sensibile" (pur correttamente valutato quale matrice orientativa della condotta delle società petrolifere) al fine di consentire di sterilizzare l'alimentazione dei presupposti informativi per l'impostazione delle strategie di mercato poste in essere delle partecipanti alle società comuni;
- da ultimo, sottolineandosi come la misura strutturale imposta riveli carattere di rincarata afflittività, ove – impregiudicata l'applicabilità di sanzioni stigmatizzanti una condotta dimostratamente illecita sotto il profilo concorrenziale – la disposta ablazione dell'attuale partecipazione societaria venga ad aggravare le società anzidette di ulteriori (non sottovalutabili) ragioni di costo insite nel precluso ricorso a quelle

“economie di scala” ammissibilmente indotte proprio dalle detenute partecipazioni azionarie in società di stoccaggio e messa a bordo del jet fuel.

Dunque viene in considerazione, nel quadro di un apparato motivazionale del quale la Sezione non può mancare di rilevare l'ellitticità, la mancata comparazione dell'efficacia di misure (esclusivamente comportamentali) rispetto a sanzioni che, incidendo pervasivamente sull'assetto societario delle joint ventures, rivelano un non appropriato uso del criterio di proporzionalità: specie laddove l'accoglimento, da parte dell'Autorità, di un articolato complesso di impegni da parte delle società petrolifere (a matrice comportamentale/strutturale), eventualmente cronicizzato onde propiziarne la verificabilità in termini di concrete ricadute effettuali sul funzionamento del mercato, ben avrebbe potuto (cfr. art. 9 del richiamato Regolamento CE) consentire una riapertura del procedimento nei casi di:

- modificazione della situazione di fatto rispetto a un elemento su cui si fonda la decisione;
- contravvenzione, da parte delle imprese interessate, agli impegni assunti;
- ovvero, incompletezza, inesattezza o carattere fuorviante delle informazioni trasmesse dalle parti.

Se è vero che, come testualmente recita il testo regolamentare comunitario precedentemente preso in esame, "i rimedi strutturali dovrebbero essere imposti solo quando non esiste un rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso, per l'impresa interessata, del rimedio strutturale", nel caso in esame non è dato rilevare, all'interno delle valutazioni operate da AGCM:

- una motivata valutazione di inefficacia (o, quantomeno, l'esclusione di un'equipollente efficacia) dei rimedi comportamentali peraltro comminati ai sensi della lettera b) e d) del dispositivo della determinazione gravata;
- la comparazione fra i rimedi stessi in termini di "onerosità" a carico delle imprese da essi interessate.

Tali considerazioni impongono l'annullamento, in accoglimento delle censure al riguardo formulate, dell'apparato dispositivo della determinazione gravata, limitatamente a quella parte (punto c) del dispositivo stesso) in cui si impone:

- la definizione delle iniziative atte a eliminare la compresenza di più società petrolifere nel capitale sociale delle predette imprese comuni;
- il perfezionamento di tali iniziative entro il 30 giugno 2008, con accessivo obbligo di dare comunicazione

all'Autorità entro novanta giorni dalla notifica del presente provvedimento delle iniziative definite al riguardo.

F. CONCLUSIONI

Come sopra individuata la limitata accoglibilità della proposta impugnativa – e riservate all'Autorità le consequenziali determinazioni – rileva conclusivamente il Collegio la presenza di giusti motivi per compensare fra le parti costituite le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio – Sezione I – ACCOGLIE, nei limiti di cui in motivazione, il ricorso indicato in epigrafe e, per l'effetto, ANNULLA l'impugnata determinazione dell'Autorità per la Garanzia della Concorrenza e del Mercato n. 15604 del 14 giugno 2006, limitatamente alla disposizione di cui al punto c) del dispositivo.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 24 gennaio 2007, con l'intervento dei seguenti magistrati:

Pasquale DE LISE – Presidente

Roberto POLITI – Consigliere, relatore, estensore

Roberto CAPONIGRO – Primo Referendario

IL PRESIDENTE

IL MAGISTRATO ESTENSORE