



Dipartimento di Giurisprudenza Cattedra di Diritto Processuale Amministrativo

L' Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e i
poteri del giudice amministrativo

RELATORE

Chiar.mo

Prof. Salvatore Alberto Romano

Candidato

Gregorio Calabresi

Matr. 119663

CORRELATORE

Chiar.mo

Prof. Bernardo Giorgio Mattarella

ANNO ACCADEMICO 2016/2017

Indice

Introduzione	4
Capitolo I - L'antitrust come fenomeno economico, sociale e giuridico	7
1. Concorrenza: cenni di teoria economica	7
2. La concorrenza nel linguaggio giuridico	11
3. L'iniziativa economica privata nella Costituzione	12
4. La concorrenza e il mercato nell'ordinamento dell'Unione Europea	15
5. L'ancoraggio costituzionale della tutela della concorrenza...	18
Capitolo II – L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come Autorità indipendente e i suoi poteri.....	24
1. L'avvento e il fondamento giuridico delle Autorità indipendenti.....	24
2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato	28
3. Natura e funzioni dell'AGCM	29
4. Organizzazione e funzionamento	33
5. Gli ambiti di intervento	34
6. I rapporti con le altre Autorità.....	47
7. Il procedimento	51
7.1. La fase pre-istruttoria e l'attivazione dell'Autorità.....	53
7.1.1. Le denunce e gli accertamenti d'ufficio.....	54
7.1.2. I programmi di clemenza	55
7.2. Fase istruttoria.....	57
7.2.1. I poteri di accertamento	57
7.2.2. I diritti delle imprese interessate e dei terzi	61
7.2.3. I poteri cautelari	66

7.2.4. La comunicazione delle risultanze istruttorie e l'audizione finale.....	70
7.3. Le decisioni dell'Autorità.....	71
7.3.1. Le sanzioni.....	79
Capitolo III - I rapporti tra poteri dell'AGCM e quelli del giudice amministrativo	82
1. Il controllo giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità	82
2. Il riparto di giurisdizione	85
3. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo	89
4. Le azioni esperibili.....	93
5. Gli atti impugnabili	96
6. La legittimazione a ricorrere	98
6.1. La legittimazione straordinaria dell'Autorità	106
7. La competenza del TAR del Lazio	112
8. Il sindacato del giudice amministrativo	114
8.1. La sentenza "Menarini"	126
8.2. Il sindacato esteso al merito	133
9. La motivazione delle sentenze sui provvedimenti dell'Autorità.....	138
Conclusioni	143
Bibliografia	151

Introduzione

L'oggetto della tesi attiene ai rapporti tra i poteri del giudice amministrativo e quelli dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

AmMESSO che al giudice amministrativo è attribuita la giurisdizione in ordine ai provvedimenti dell'Autorità, il problema che si pone è fino a che punto debba giungere il controllo giurisdizionale.

La questione viene in rilievo a causa delle peculiari caratteristiche del soggetto che adotta tali provvedimenti, che è un'Autorità indipendente, del tipo di attività svolta dall'AGCM, ossia l'esercizio di competenze, oltre che giuridiche, anche tecniche e specialistiche in applicazione di scienze non esatte, e della complessità dei provvedimenti stessi.

Il tema è molto attuale perché, essendo il compito dell'AGCM quello di tutela del mercato e della concorrenza e il ruolo del giudice amministrativo quello di giudice della "nuova economia", intesa come economia di mercato, viene in rilievo quello che è stato ed è il più importante fattore di crescita economica degli ultimi decenni ossia l'apertura dei mercati.

La concorrenza, infatti, stimola l'innovazione, favorendo una maggiore produttività e lo sviluppo economico. Essa, inoltre, consente una migliore efficienza nel sistema ed una riduzione dei costi che si sostanzia nella conseguente riduzione dei prezzi. Questa va a beneficio non solo dei consumatori, ma anche delle imprese che utilizzano determinati *input* nel ciclo produttivo il cui prezzo tende così a diminuire. In senso opposto, un forte potere di mercato delle imprese a monte frena la crescita e lo sviluppo delle imprese a valle. Inoltre, la concorrenza obbliga i manager delle imprese a seguire la via dell'innovazione che potrebbe essere esclusa qualora, invece, le imprese avessero maggiore potere di mercato. Deve ritenersi che attualmente, infatti, l'innovazione costituisce il principale fattore di crescita economica.

Il meccanismo ora enunciato non potrebbe però operare correttamente se l'azione dell'AGCM, che è istituzionalmente responsabile del corretto funzionamento dei mercati, non si svolgesse in modo corretto e lineare, sì da rendere certe e prevedibili le conseguenze delle azioni degli operatori economici. A questo punto viene in rilievo l'importanza fondamentale dell'attività svolta dal giudice amministrativo, che deve operare per fornire una tutela giurisdizionale

effettiva, piena e soddisfacente, contribuendo in tal modo alla creazione di un sistema organico di regole sulla base delle quali possono, o meglio devono, orientare la propria azione sia gli operatori economici che l'Autorità.

Al fine di comprendere meglio la questione, nel primo capitolo sarà analizzato in termini generali il tema della concorrenza sia dal punto di vista economico che, soprattutto, dal punto di vista giuridico. Verrà inoltre analizzato l'art. 41 Cost. al fine di fornirne un'interpretazione compatibile con l'ingresso della concorrenza fra i principi del nostro ordinamento, di diretta derivazione dai principi fondamentali del diritto dell'Unione Europea. Infatti, il presupposto fondamentale per la creazione del mercato interno dell'Unione è costituito proprio dalla tutela della concorrenza che è garantita direttamente dai Trattati.

Sarà poi affrontato il problema dell'ancoraggio costituzionale della tutela della concorrenza che, come si vedrà, può ritenersi definitivamente risolto dalla riforma del Titolo V della Costituzione (Legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3), che ha previsto espressamente tale materia fra quelle di competenza esclusiva dello Stato.

Nel secondo capitolo verranno analizzate le caratteristiche e la natura dell'Autorità, le ragioni che hanno portato alla sua istituzione, i poteri ed i compiti dell'AGCM e le relative modalità di esercizio. Ciò è imprescindibile per la comprensione di come è stato in passato, e come è attualmente, esercitato il controllo giurisdizionale da parte del giudice amministrativo. Infatti, la natura dell'Autorità che emana il provvedimento e le modalità con cui lo stesso viene emanato sono elementi che in una certa misura influenzano le modalità del sindacato il quale presenta delle peculiarità rispetto a quello normalmente operato in ordine provvedimenti della pubblica amministrazione "in senso stretto".

Infine, nel terzo capitolo verrà esaminato il nucleo centrale del problema, posto che vi debba essere un controllo giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità, quale sia il giudice dotato di giurisdizione. Una volta risolte tali questioni, si passerà ad analizzare il tipo di giurisdizione esercitato dal giudice amministrativo e quali siano i soggetti legittimati a ricorrere. Dopo un *excursus* sulla legittimazione straordinaria dell'Autorità all'impugnativa, l'esame si focalizzerà sull'evoluzione del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti *antitrust* che ha subito una svolta fondamentale con la sentenza Menarini della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Questa pronuncia verrà analizzata nel dettaglio in quanto presenta degli spunti importanti che sono poi stati

recepiti dai giudici nazionali, i quali sono passati gradualmente da un atteggiamento di (quasi) deferenza nei confronti dell'Autorità ad un sindacato pieno e completo, mantenendo però sempre una posizione di equilibrio al fine di evitare di sconfinare nel merito e di sostituire quindi la propria valutazione a quella (pur sempre opinabile) operata dall'AGCM.

Infatti, è fondamentale per il corretto funzionamento del sistema che vi sia un costante equilibrio che garantisca al tempo stesso due opposte esigenze: da un lato, la garanzia della posizione dell'Autorità quale amministrazione indipendente dotata di un alto tasso di imparzialità e tecnicità e, dall'altro, la tutela degli interessi degli operatori economici. Il giudice dunque non deve sostituirsi all'AGCM operando un sindacato esteso al merito (se non nel caso espressamente consentito di modificazione dell'entità della sanzione), ma al tempo stesso deve esercitare un controllo pieno sui fatti posti a fondamento della valutazione e delle conseguenti determinazioni dell'Autorità sempre nel rispetto dei limiti di opinabilità delle valutazioni tecniche.

Capitolo I - L'antitrust come fenomeno economico, sociale e giuridico

Sommario: 1. Concorrenza: cenni di teoria economica 2. La concorrenza nel linguaggio giuridico 3. L'iniziativa economica privata nella Costituzione 4. La concorrenza e il mercato nell'ordinamento dell'Unione Europea 5. L'ancoraggio costituzionale della tutela della concorrenza.

1. Concorrenza: cenni di teoria economica

La concorrenza, secondo un'accezione ampia, costituisce quella situazione di mercato caratterizzata da un'ampia libertà di accesso all'attività d'impresa, dalla possibilità di libera scelta per i consumatori e dalla *chance* per ciascuno di sfruttare le migliori opportunità offerte dal mercato senza restrizioni imposte dallo Stato né vincoli derivanti da accordi fra imprese.

Vi sono in realtà diverse nozioni della concorrenza nel pensiero economico. La prima, che è propria della maggior parte degli appartenenti al pensiero classico, attribuisce a tale fenomeno il carattere di processo di selezione. Stigler enfatizza questo aspetto fino al punto di affermare che lo stesso Darwin abbia ripreso il concetto di "*competition*" da Malthus. Questa interpretazione, che può essere definita come dinamica, è stata poi ripresa nella corrente austriaca da Schumpeter e Hayek. La scuola di Chicago, a sua volta, considera la concorrenza come un processo dinamico attraverso cui vengono selezionate le imprese più efficienti. Le caratteristiche principali di questa concezione sono l'introduzione di innovazioni e la libertà di entrare in un mercato, mentre non è rilevante il numero delle imprese presenti. Inoltre, il monopolio viene considerato parte del processo concorrenziale perché il potere di mercato sui concorrenti è una normale conseguenza per l'impresa che ha innovato¹.

¹ M. MOSCA, *Concorrenza classica nel pensiero marginalista*, in Atti del Convegno Nazionale STOREP, 2005, p. 3.

Una seconda lettura della concorrenza, intesa come processo dinamico, è quella che viene attribuita ai classici dai neoricardiani, secondo i quali non vi sarebbero prezzi di equilibrio, ma solo “centri di gravità” intorno ai quali fluttuano i prezzi di mercato.

Una terza interpretazione del tema della concorrenza è quella dei neoclassici, per i quali la concorrenza perfetta deve essere identificata come equilibrio nel lungo periodo. I neoclassici ritengono che non vi sia discontinuità tra il concetto di concorrenza classico e quello neoclassico perché vedono anche il primo come statico considerando Smith come un antesignano della teoria dell’equilibrio economico generale.

Tra i classici con la loro visione dinamica ed i neoclassici con la loro visione statica si pongono, in una fase che si potrebbe definire di passaggio, i marginalisti. Secondo il Pantaleoni, nella sua opera *Principii di economia pura*, la concorrenza è caratterizzata dall’unicità del prezzo che non dipende dal numero di imprese presenti sul mercato, bensì dalla quantità di merce offerta². Egli afferma inoltre che la differenza tra monopolio e concorrenza sta nel fatto che l’impresa monopolista può avere interesse a fissare prezzi diversi rispetto a quelli delle imprese concorrenti. Prosegue poi affermando che, mentre al monopolista conviene limitare l’offerta per la massimizzazione del profitto che da ciò gli deriva, un’impresa che concorre nel mercato non ha alcuna beneficio a limitare la quantità della propria produzione perché ciò andrebbe a beneficio dei concorrenti dovendo poi vendere una quantità minore a prezzi più alti³. Pantaleoni, come riferisce Mosca, trattando della concorrenza di prezzo in un mercato in cui non vi è libertà di entrata e un certo numero di imprese, afferma che se le imprese sono poche la situazione è simile ad un monopolio; al contrario, se sono numerose ed in concorrenza tra loro, il prezzo calerà fino al limite in cui le imprese avranno maggior profitto ad impiegare le loro risorse in un’altra attività⁴.

Un altro marginalista italiano, il De Viti de Marco, ha un’idea di concorrenza che si basa sulla capacità delle imprese presenti sul mercato di innovare per produrre a costi minori. Questa attitudine ad innovare può condurre temporaneamente ad una situazione di monopolio. Inoltre, nello studio di un settore

² M. PANTALEONI, *Principi di economia pura*, Barbera, Firenze, 1889.

³ M. PANTALEONI, *op. cit.*

⁴ M. MOSCA, *op. cit.*, p. 5.

come quello telefonico, egli si rese conto come in tal caso sia difficile l'entrata di altre imprese nel mercato a causa di barriere di natura tecnologica, per cui sostenne che un sistema con attribuzione periodica di licenze per l'esercizio dell'attività fosse la soluzione migliore perché creava un monopolio solo temporaneo.

Secondo Pareto la libera concorrenza è soltanto una situazione limite che nella realtà non si verifica mai in quanto dovrebbe essere caratterizzata dal fatto che il prezzo e il costo di produzione tendono a divenire uguali e dunque l'imprenditore non realizza né guadagno, né perdita⁵. Tutto ciò porta ad un meccanismo di entrata e di uscita dal mercato che avviene con il fine di impiegare risorse in attività più remunerative. Non si verificherà mai dunque lo stato limite perché vi saranno sempre dei prezzi superiori ai costi di produzione e le imprese, incoraggiate dagli utili ricavati, aumenteranno la produzione. D'altra parte, vi saranno prezzi inferiori ai costi di produzione e le imprese in questo caso ridurranno la produzione. Quindi, con il mutare delle quantità offerte sul mercato varieranno a loro volta gli equilibri. La migliore approssimazione nella realtà dello stato limite è dunque una costante oscillazione dei prezzi rispetto al costo di produzione. Bisogna inoltre ricordare che per Pareto l'introduzione di un'innovazione al fine di ridurre il costo di produzione da parte di un imprenditore genera per quest'ultimo un profitto che ha carattere temporaneo. Nel *Manuale* di Pareto si rinviene poi un'importante distinzione: da una parte, il caso in cui le imprese siano *price taking*, che identifica la concorrenza perfetta; dall'altra, quello in cui le imprese possano modificare i prezzi e in tal modo si crea una situazione di monopolio⁶.

Un altro economista che fornisce un'interessante prospettiva sul tema della concorrenza è il Barone, il quale nel suo *Principi di economia politica* afferma che in una situazione concorrenziale le imprese che producono più a basso costo andranno a sostituire quelle che hanno costi più alti⁷. Inoltre, egli sostiene che se le imprese sono troppo numerose la concorrenza ne riduce il numero fino a giungere anche ad una sola impresa. Essa però non può essere considerata monopolista perché la sua posizione è potenzialmente e costantemente minacciata dai concorrenti che possono in qualsiasi momento entrare nel mercato. La concorrenza comunque tende a far raggiungere al mercato ed alle imprese la loro dimensione

⁵ V. PARETO, *Cours d'économie politique*, Librairie F.Rouge, Lausanne, 1897.

⁶ V. PARETO, *Manuale di economia politica con una introduzione alla scienza sociale*, Società editrice libraria, Milano, 1906.

⁷ E. BARONE, *Principi di economia politica*, Zanichelli, Bologna, 1936.

ottimale attraverso questa “guerra”, come viene più volte definita dall’autore, che in tal modo evidenzia una situazione dinamica di rivalità tra le imprese.

Nelle teorie dei quattro economisti passati in rassegna si può ritrovare quindi l’idea dinamica di concorrenza che era propria degli economisti classici, i quali vedevano la concorrenza come un processo dinamico basato su capacità innovativa e libertà di entrata nel mercato.

Se si prendono in considerazione i punti di contatto fra le diverse prospettive dei marginalisti italiani è evidente come in tutte sia presente questa dimensione dinamica. Le caratteristiche comuni più rilevanti sono che le imprese hanno potere di mercato perché in grado di variare i prezzi; gli imprenditori svolgono attivamente un ruolo di innovatori; la situazione di monopolio che si crea a seguito dell’innovazione introdotta dall’impresa ha carattere temporaneo ed è funzionale allo sviluppo del processo concorrenziale; sussiste la minaccia di entrata nel mercato di concorrenti potenziali. Si può, dunque, riconoscere come nei marginalisti italiani manchi una visione statica della concorrenza, in quanto non viene riconosciuto come sussistente uno dei requisiti essenziali di questo tipo di approccio costituito dalla perfetta informazione. Come si è potuto notare, questi autori si rifanno ad una visione dinamica del fenomeno concorrenziale senza però tenere conto dello stesso fenomeno dal punto di vista statico. Questo è dovuto probabilmente al fatto che i marginalisti sentono un’esigenza di realismo che li ha spinti ad esaminare maggiormente il processo dinamico invece delle condizioni statiche che determinano l’equilibrio⁸.

Tuttavia bisogna ricordare che, ad esclusione del De Viti de Marco, gli altri autori innanzi menzionati si occupano della distinzione tra analisi statica e dinamica. Il Barone, partendo da una situazione di equilibrio statico del mercato, suppone l’intervento di una causa perturbatrice che poi tenderà a riportare il mercato ad un successivo equilibrio definendo questo metodo come statica comparata.

Anche il Pareto nel *Manuale* distingue in tre parti lo studio dell’economia pura: una parte statica, una dinamica che studia la successione degli equilibri ed infine un’altra dinamica che studia i continui movimenti del fenomeno economico⁹.

⁸ M. MOSCA, *op. cit.*, p. 13.

⁹ V. PARETO, *Manuale di economia politica con una introduzione alla scienza sociale*, 1906.

Infine, il Pantaleoni prima di analizzare i fenomeni dinamici della concorrenza, definisce l'equilibrio iniziale come una posizione statica da cui poi muoveranno gli elementi destinati a turbare l'equilibrio statico¹⁰.

Per concludere questa sommaria analisi economica del fenomeno concorrenziale, in particolare dal punto di vista dei marginalisti italiani, si può notare che ciò che li interessa maggiormente è la dinamica in quanto maggiormente legata alla realtà¹¹. Infatti, per usare le parole del Pantaleoni, “i fenomeni dinamici saranno nella pratica commerciale e industriale di gran lunga il più comune oggetto di interessamento”¹².

2. La concorrenza nel linguaggio giuridico

La concorrenza, nata come fenomeno economico e di mercato rilevante nei rapporti tra le imprese, ha presto iniziato ad essere analizzata anche quale fenomeno giuridico in seguito all'esigenza avvertita dai pubblici poteri di intervenire nell'economia mediante lo strumento regolatorio. Nel 1890 il Congresso degli USA approvò la prima legge in materia *antitrust*: lo *Sherman act*.

Nell'ottica dell'analisi giuridica la concorrenza può essere considerata in due differenti prospettive: la libertà di concorrenza e la concorrenza effettiva. La prima individua il regime in cui ciascun soggetto ha libertà di iniziativa economica; la seconda riguarda il funzionamento reale di un mercato. Si distingue, inoltre, tra concorrenza soggettiva, ossia la libertà del singolo di entrare ed operare nel mercato, e concorrenza oggettiva, nel senso che la pluralità di operatori presenti sul mercato garantisce i consumatori¹³.

Altra differenza, che già è stata evidenziata trattando il fenomeno nella prospettiva economica, è quella che intercorre fra concezione statica e dinamica di concorrenza. Nel primo caso la concorrenza si realizza quando sono presenti numerosi operatori economici in uno stesso mercato, che non può essere influenzato dagli stessi poiché detengono una quota di mercato troppo bassa che non permette

¹⁰ M. PANTALEONI, *Di alcuni fenomeni di dinamica economica*, in “Giornale degli economisti”, 1909.

¹¹ M. MOSCA, *op. cit.*, p. 15.

¹² M. PANTALEONI, *op. cit.*, 1909.

¹³ M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, in “Giur. Cost.”, 2005, p. 1429.

loro di variare i prezzi. La concezione dinamica, al contrario, considera la concorrenza come rivalità tra imprese che agiscono per ottenere una posizione migliore nel mercato al fine di avere dei vantaggi economici, a scapito delle rivali¹⁴.

La “tutela della concorrenza” o la “promozione della concorrenza” sono due espressioni ricorrenti nel lessico giuridico che si riferiscono entrambe ad un concetto oggettivo di concorrenza come bene giuridico tutelato. In particolare, con la scuola di Chicago, negli ultimi decenni vi è stata un’evoluzione della politica della concorrenza che ha portato ad accentuarne il valore di strumento necessario per garantire l’efficienza del sistema economico.

In tal senso, il concetto di concorrenza effettiva si basa su tre elementi fondamentali: la mancanza di barriere artificiali all’ingresso al mercato; l’esistenza di un’effettiva libertà di scelta dei consumatori; l’esistenza di un effettivo processo competitivo dinamico, caratterizzato da innovazioni tecniche e commerciali.¹⁵

Un altro concetto importante che riguarda la concorrenza dal punto di vista generale è la distinzione che la dottrina opera tra concorrenza “nel mercato” e concorrenza “per il mercato”. La prima si ha quando più operatori economici agiscono nel mercato allo stesso tempo. In questo caso l’esercizio dell’attività è sottoposto solitamente ad un semplice provvedimento di autorizzazione non discrezionale con la finalità di verifica del possesso dei requisiti tecnici ed economici prescritti dalla legge. Al contrario la concorrenza “per il mercato” si ha quando per diverse ragioni, che possono essere di carattere tecnico o economico, un’attività si presta ad essere svolta in modo efficiente da un unico gestore. La scelta del gestore avviene, quindi, non in base ad un’autorizzazione, bensì con il rilascio di una concessione a seguito di una procedura competitiva a cui possono partecipare su un piano di parità tutti i potenziali interessati. Viene così a crearsi una sorta di mercato “artificiale” limitato alla scelta del gestore cui viene attribuito un diritto speciale o di esclusiva a limitato nel tempo, fino cioè alla scadenza prevista dalla concessione ed alla nuova procedura competitiva.¹⁶

3. L’iniziativa economica privata nella Costituzione

¹⁴ F. GOBBO, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2001, p.13.

¹⁵ M. LIBERTINI, *op. cit.*, pp. 1430 ss.

¹⁶ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 368 ss.

Solo con l'avvento delle cosiddette Costituzioni borghesi intorno al 1700 in Europa è stata per la prima volta riconosciuta la libertà di iniziativa economica dei privati, con il corrispondente principio di, almeno tendenziale, astensione dell'intervento pubblico.¹⁷

La Costituzione italiana nel 1947 ha espressamente previsto la libera iniziativa economica dei privati all'art. 41 ove è affermato che:

“L’iniziativa economica privata è libera.

Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.”

In sede di Assemblea Costituente tale disposizione aveva formato oggetto di vivaci discussioni e confronti tra le differenti visioni dei rapporti tra Stato ed economia. In particolare, si era creato un conflitto tra la visione social-comunista, quella cattolica e quella liberale. Nella III sottocommissione furono dibattuti i temi relativi all'attribuzione di poteri autorizzatori dell'attività d'impresa e alla pianificazione economica. Contrariamente a ciò che si potrebbe pensare non vennero invece discusse le regole del mercato e della concorrenza¹⁸. La soluzione che prevalse fu quella di un compromesso tra le diverse correnti di pensiero che si erano trovate a confrontarsi, soluzione che è stata definita di “larvato dirigismo”¹⁹. La tesi, che successivamente si è affermata come maggioritaria, pur ritenendo molto ampi gli spazi lasciati al legislatore, esclude ogni forma di pianificazione economica vera e propria. Ciò deriva anche al dato letterale dell'art. 41, che adopera il termine “programmi” in luogo di “piani”, mostrando come in realtà la programmazione sia lo strumento costituzionalmente privilegiato per la disciplina pubblicistica dell'economia. Nel corso degli anni vi sono state, infatti, diverse leggi settoriali di programmazione economica ed anche una di carattere generale²⁰, che però non è mai stata attuata integralmente.

La soluzione compromissoria emerge dalla stessa struttura dell'art. 41. Si può, infatti, notare come al primo comma vi sia una garanzia costituzionale per

¹⁷ F. GALGANO, Artt. 41-43, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1982, pp.1 ss.

¹⁸ G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in “Quaderni Costituzionali”, 1992, p. 13.

¹⁹ G. AMATO, *op. cit.*, p.12.

²⁰ Legge 27 luglio 1967, n. 685 recante norme in tema di approvazione del programma economico nazionale per il quinquennio 1966-1970.

l'iniziativa economica privata, mentre il secondo e il terzo comma predispongono delle garanzie costituzionali per i pubblici poteri con il fine di sottoporre il diritto d'impresa a potestà pubblicistiche se entrano in gioco interessi pubblici. In particolare, le espressioni "utilità sociale" e "fine sociale", presenti nell'art. 41, sono ritenute in grado di individuare qualsiasi interesse pubblico. Questa interpretazione è stata elaborata da Massimo Severo Giannini e tuttora resta una perfetta sintesi della previsione costituzionale in esame²¹.

È dunque evidente che l'art. 41 originariamente intendeva bloccare la possibile affermazione di politiche ispirate al collettivismo volute da determinate forze politiche in sede costituente e non occuparsi invece del mercato e della concorrenza.

La risultanza del compromesso che si era venuto a formare era costituita dall'iniziativa economica privata da un lato tutelata (comma 1) e dall'altro limitata, in quanto soggetta a controlli ed orientamenti pubblicistici (commi 2 e 3). Vi è quindi questa ambivalenza che nei rapporti tra potere pubblico e imprese impronta la dinamica dello schema "autorità/libertà"²².

Alla luce di tali considerazioni, nella Costituzione il diritto d'impresa non si dovrebbe configurare come diritto inviolabile della persona ma, al contrario, ci si chiede se non sia da ritenere un mero interesse. Parte della dottrina, partendo dal testo dell'art. 41, è giunta ad ipotizzare una "funzionalizzazione" dell'attività d'impresa²³.

Quest'ultima tesi non è, però, condivisa dalla Corte Costituzionale, in quanto, ove si accogliesse, si finirebbe per affidare l'iniziativa economica privata alle scelte insindacabili del legislatore, mentre nessuno può essere costretto, anche se ciò fosse previsto da una legge, ad avviare una qualsiasi attività economica. Inoltre, i limiti all'iniziativa economica privata non possono essere tanto gravosi da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dell'attività stessa.

Si è dunque ritenuto che il modello previsto dall'art. 41 sia quello di un "economia mista", in cui vi è convivenza di soggetti pubblici e privati, senza che sia possibile per gli uni sopprimere gli altri e viceversa. Questo modello costituisce

²¹ M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1992, pp. 175 ss.

²² G. AMATO, *op. cit.*, p.12.

²³ U. BELVISO, *Il concetto di iniziativa economica privata nella Costituzione*, in "Rivista di diritto civile", 1961, pp. 152-153.

espressione di un “modello economico della democrazia sociale”²⁴, in quanto gli strumenti di governo dell’economia forniti allo Stato dai commi secondo e terzo dell’art. 41 sono da raccordare con l’art. 3, secondo comma, della Costituzione ed il suo “progetto di trasformazione sociale” in cui trova esplicitamente espressione il concetto di dignità sociale²⁵; il nucleo essenziale di esso, tuttavia, è stato sempre limitato a quei valori tutelati direttamente dalla Costituzione, come ad esempio la libertà personale, l’ambiente e la libertà di espressione. In questo modo si vuole evitare che la legislazione, limitando la libertà di iniziativa economica privata, possa avere una carica finalistica generale e totalizzante in grado di superare la libertà stessa.

4. La concorrenza e il mercato nell’ordinamento dell’Unione Europea

Il principio di concorrenza e di mercato è stato sviluppato inizialmente a livello comunitario con il Trattato di Roma del 1957. Con esso è stata dettata una disciplina a livello sovranazionale che ha determinato un notevole impatto sull’ordinamento nazionale.

Le disposizioni maggiormente rilevanti del Trattato che riguardano il tema della concorrenza e del mercato erano contenute sia negli articoli 2 e 3²⁶, i quali individuano le *policies* generali che la Comunità è tenuta a seguire e promuovere per l’istituzione di un mercato comune mentre negli articoli 85-94 (ora 101-109 TFUE) sono individuate vere e proprie regole per la tutela della concorrenza. In

²⁴ G. BOGNETTI, *Il modello economico della democrazia sociale e la Costituzione della Repubblica*, in G. Miglio (a cura di), *Verso una nuova Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 162 ss.

²⁵ M. LUCIANI, voce Economia nel diritto costituzionale, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, UTET, Torino, 1990, p.382.

²⁶ L’art. 2 disponeva che: “*la Comunità ha il compito di promuovere nell’insieme della Comunità, mediante l’istituzione di un mercato comune, uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, un miglioramento del tenore di vita, la più stretta relazione tra gli Stati.*” L’art. 3, comma 1, lettera f): “*ai fini enunciati all’articolo 2, l’azione della Comunità comporta, alle condizioni e secondo il ritmo previsti dal presente trattato: (...) f) un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno.*”

queste disposizioni sono previste le diverse figure di illecito concorrenziale tra cui le intese, gli accordi, le pratiche concordate e l'abuso di posizione dominante²⁷.

Non è stato però solo grazie ai Trattati che si è sviluppato il diritto antitrust a livello comunitario; numerosi sono stati infatti gli interventi della Corte di giustizia che ne ha delineato con la sua giurisprudenza molti aspetti sostanziali. Ciò ha indotto la dottrina a definire questa branca del diritto come “massimamente giurisprudenziale”²⁸.

Con il Trattato di Maastricht del 1992 la concorrenza, che inizialmente rientrava tra le *policies* comunitarie, assurge a vero e proprio *principio* con lo scopo di informare tutto l'ordinamento comunitario. La maggiore differenza sta nel fatto che una *policy* consiste in uno standard che deve essere considerato l'obiettivo da raggiungere. Un *principio* invece ha carattere maggiormente generale ed astratto tale da fungere da clausola legale ed ermeneutica per le altre norme dell'ordinamento²⁹.

Molto importanti sono anche due interventi normativi più recenti in questo settore. L'adozione del Regolamento n. 1/2003 è stata la conseguenza della necessità di rispondere ad un mercato interno sempre più integrato, soprattutto rispetto agli anni '60 quando era stato adottato il regolamento precedente. Con tale intervento si è ridimensionato il ruolo della Commissione che ora interviene solo nei casi di violazioni più gravi, mentre le autorità e le giurisdizioni nazionali hanno acquisito una posizione sempre più importante nell'applicazione uniforme delle regole della concorrenza. Un'altra importante novità introdotta da tale regolamento è la transizione da un sistema fondato su divieti ad un sistema di liceità ed eccezioni direttamente applicabili.

Altre novità rilevanti sono state introdotte con il Trattato di Lisbona del 2009 che all'art. 3 comma 1 non fa più riferimento alla “concorrenza falsata” (ex art. 3, comma 1, lett. g)) bensì allo “sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso

²⁷ Disposizioni attuate e specificate anche da regolamenti comunitari tra cui Regolamento CE n. 17/1962 del Consiglio e Regolamento CE n. 1/2003 del Consiglio.

²⁸ F. MUNARI, *La legge 10 ottobre 1990, n. 287 e il diritto comunitario della concorrenza*, in “Contratto e impresa”, 1992, p. 627.

²⁹ M. DE BENEDETTO, *Il principio di concorrenza nel mercato italiano*, in “Rivista della Scuola superiore dell'economia e delle finanze”, 2010, p. 3.

sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente” (art. 3, comma 3, TUE).

Le norme a tutela della concorrenza, tuttavia, non sono scomparse. Per quanto riguarda il TFUE restano invariate le regole antitrust previste ora dagli artt. 101-109; a queste si aggiunge l'art. 120 con la previsione che “gli Stati membri e l'Unione agiscono nel rispetto dei principi di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza favorendo un'efficace allocazione delle risorse conformemente ai principi di cui all'art. 119”. In tema di concorrenza è importante anche il riferimento del Protocollo n. 27 sul mercato interno e sulla concorrenza, il quale nel suo unico considerando dispone che: “il mercato interno ai sensi dell'articolo 3 del trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata” e “a tal fine l'Unione adotta, se necessario, misure in base alle disposizioni dei trattati, ivi compreso l'art. 352 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea”. Si deve, dunque, ritenere che la tutela della concorrenza, con il Trattato di Lisbona, abbia raggiunto un livello di generalità e di astrazione maggiore rispetto al passato e che ora permei non solo l'ordinamento europeo ma anche gli ordinamenti nazionali.

La tutela della concorrenza e del mercato, a livello europeo, è attuata in misura maggiore attraverso i controlli sul mercato rispetto ai controlli sulle singole imprese. L'attenzione dunque si sposta sul mercato e non riguarda più direttamente la tutela dell'iniziativa economica privata. Non si può infatti ritenere che quest'ultima ricomprenda in sé la tutela della concorrenza poiché essa è inerente alle “sfere di azione, protette contro l'intervento dello Stato”³⁰. La concorrenza, al contrario, riguarda i rapporti tra imprenditori, cioè tra soggetti che esercitano la libertà di iniziativa economica ed ha un carattere orizzontale opposto alla prima figura che ha invece carattere verticale³¹.

Nel sistema europeo la concorrenza viene considerata come un elemento fondamentale del progresso economico ma non l'unico, e comunque non una condizione essenziale come avviene per la concezione concorrenziale statunitense. Inoltre, che la concorrenza non abbia, almeno nell'applicazione giurisprudenziale, un carattere assoluto, è riscontrabile in alcune recenti pronunce della Corte di

³⁰ N. IRTI, *Iniziativa privata e concorrenza (verso la nuova Costituzione)*, in “Giurisprudenza Italiana”, IV, 1997.

³¹ N. IRTI, *op. cit.*

giustizia in cui vi è un bilanciamento con altri principi e valori tra cui l'armonia e l'equilibrio dello sviluppo economico, nonché un alto livello di protezione sociale ed occupazionale³².

La concorrenza deve essere quindi in grado di portare al progresso tramite un bilanciamento tra l'iniziativa economica privata e l'intervento dello Stato che è chiamato a svolgere il ruolo di garante dei meccanismi di mercato³³.

5. L'ancoraggio costituzionale della tutela della concorrenza

Il punto d'incontro tra la disciplina europea della tutela della concorrenza e quella nazionale dell'iniziativa economica privata si è avuto con la legge 287/1990 recante "Norme a tutela della concorrenza e del mercato" con un notevole ritardo rispetto a Germania, Francia, Regno Unito e quasi un secolo dopo gli Stati Uniti³⁴. Secondo Cassese³⁵ la lentezza dell'Italia ad adottare una disciplina antitrust è stata dovuta al modello di sviluppo adottato in Italia dal fascismo e utilizzato fino alla fine degli anni '80 del secolo scorso, che si fondava su un forte intervento pubblico in un sistema produttivo nazionale affetto da una strutturale debolezza. Sul finire degli anni '80, sotto la spinta delle liberalizzazioni e privatizzazioni impressa dalla Comunità europea e con lo sviluppo del processo di integrazione a livello europeo, è maturata l'idea che lo stato di crisi in cui versava l'industria pubblica fosse dovuto agli eccessivi interventi statali che si sono susseguiti negli anni. Allo stesso tempo le direttive di liberalizzazione in alcuni settori tra cui i servizi di pubblica utilità e l'applicazione delle regole comunitarie in tema di aiuti di Stato hanno consentito numerosi interventi di riassetto in molti settori dell'economia nazionale. È quindi grazie ad una nuova visione sul ruolo dello Stato nell'economia che si è potuto riconoscere alla concorrenza ed al mercato la funzione di meccanismo ordinatore dei comportamenti degli imprenditori.

A questo riguardo è utile prendere in esame due fenomeni che si sono verificati e che sono stati esaminati dalla dottrina: la privatizzazione "fredda" e "calda". La prima, c.d. "formale", si ha quando l'ente pubblico viene trasformato in società per azioni con il capitale posseduto interamente dallo Stato.

³² Corte di Giustizia, C 180-184/1998.

³³ M. DE BENEDETTO, *op. cit.*, p. 4.

³⁴ Sherman Act, 1890.

³⁵ S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2001.

Successivamente, si è assistito ad una privatizzazione, c.d. “sostanziale”, attraverso la dismissione delle quote precedentemente in mano pubblica.

È intervenuto, inoltre, il fenomeno delle liberalizzazioni in molti settori in cui prima, in base alla disciplina nazionale, vigeva il regime di riserva legale. Entrambi questi fattori hanno portato ad accendersi il dibattito sull’introduzione di una disciplina nazionale che regolasse la concorrenza tra imprese che si è avuta con la legge n. 287/1990. Bisogna, tuttavia, precisare che, in particolare per quanto riguarda la privatizzazione “calda”, il processo ha avuto luogo per la gran parte dopo il 1990.

Per quanto riguarda questo tema particolarmente rilevanti sono i commi 1 e 4 dell’art. 1 della citata legge i quali da un lato dispongono che questa sia in attuazione dell’art. 41 della Costituzione e, allo stesso tempo, fanno riferimento a fattispecie comunitarie ed a principi dell’ordinamento comunitario da seguire nell’interpretazione.³⁶

Parte della dottrina ha definito questa legge come una norma “a gestazione comunitaria” affetta da “strabismo costituzionale”, in quanto solo forzatamente si possono riportare i principi della concorrenza e del mercato al disposto dell’art. 41 Cost.³⁷

Altro aspetto problematico della norma è dato dal comma 4 dell’art. 1 della stessa legge che fissa come canone ermeneutico i principi dell’ordinamento comunitario come una sorta di “rinvio in bianco”³⁸. Si viene a creare in questo modo una particolare situazione in cui vi è una norma ordinaria (legge n. 287/1990), in attuazione di una norma costituzionale (art. 41 Cost.), che prevede l’interpretazione secondo i principi di un altro ordinamento, pur costituendo la norma costituzionale una norma di principio e un canone interpretativo³⁹. Per tali motivi vi è la possibilità

³⁶ L’art. 1 rubricato “*Ambito di applicazione e rapporti con l’ordinamento comunitario*” al comma 1 dispone che: “*le disposizioni della presente legge in attuazione dell’articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese che ricadono nell’ambito di applicazione degli articoli 65 e/o 66 del Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell’acciaio, degli articoli 85 e/o 86 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (CEE), dei regolamenti CEE o di atti comunitari con efficacia normativa equiparata*”. Al comma 4 prevede che: “*l’interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell’ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza*”.

³⁷ N. IRTI, *op. cit.*

³⁸ F. MUNARI, *op. cit.*, p. 527.

³⁹ M. DE BENEDETTO, *op. cit.*, p. 4.

che si venga a creare un conflitto tra una norma fondamentale dell'ordinamento nazionale e la disciplina europea⁴⁰.

Al fine di risolvere il possibile conflitto tra i due ordinamenti si sono formati due orientamenti dottrinali precedenti alla riforma del titolo V della parte II della Costituzione (Legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3). Il primo, che è quello maggioritario, si basa sull'interpretazione fornita della Corte Costituzionale dell'art. 11, che è stato ritenuto idoneo ad introdurre nel nostro ordinamento norme europee senza necessità di fare ricorso alla procedura di cui all'art. 138 della Costituzione. Infatti sarebbero state cedute delle parti di sovranità nazionale in favore della Comunità, in particolare in materia di attività economiche. La conclusione di tale ragionamento è che l'art. 41, terzo comma, in quanto in contrasto con il principio di concorrenza, non sarebbe più utilizzabile dallo Stato⁴¹, perché, per coordinare e indirizzare l'attività economica a fini di utilità sociale attraverso programmi pubblici, sarebbe necessario derogare al predetto principio.

Altro orientamento, invece, considera la disciplina antitrust non come un'attuazione dell'art. 41, primo comma, e, dunque, a tutela dell'iniziativa economica privata, bensì come un limite a quest'ultima. La tutela della concorrenza andrebbe quindi collegata al terzo comma dell'art. 41, e in particolare all'utilità sociale. Secondo questa interpretazione, quindi, la tutela della concorrenza, con i divieti ed i limiti che essa comporta, non si può ritenere che sia a garanzia della libertà d'iniziativa economica privata che va a limitare, ma soltanto a garanzia dei valori che superano tale libertà⁴².

Con la riforma del titolo V della Costituzione, tuttavia, la legge cost. n. 3 del 2001 ha espressamente e formalmente riconosciuto il principio della tutela della concorrenza. Questo ha infatti portato ad una perdita di attualità delle precedenti interpretazioni sul rapporto tra l'art. 41 e la disciplina comunitaria.

L'art. 117, comma 2, lettera e)⁴³, richiama tra le competenze legislative esclusive dello Stato la tutela della concorrenza. Bisogna ricordare come questa sia

⁴⁰ Corte di Giustizia, C 198/01.

⁴¹ M. DE BENEDETTO, *op. cit.*, p. 5.

⁴² G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in "Rivista di diritto civile", 1993, p. 543.

⁴³ L'art. 117, comma 2, lett. e) Cost. dispone che: "lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: (...) e) moneta, tutela del risparmio e dei mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; perequazione delle risorse finanziarie;".

in realtà solo apparentemente una materia: infatti non è individuato l'oggetto della competenza, ma gli scopi che tramite essa vanno perseguiti.

La dottrina ha qualificato la tutela della concorrenza come una “materia-non materia” che identifica una competenza legislativa dello Stato in termini finalistici, in funzione, cioè, del fine e non dell'ambito di incidenza⁴⁴. Gli atti adottati alla base della tutela della concorrenza possono quindi incidere su materie diverse, fra cui anche quelle di competenza residuale delle Regioni come, ad esempio, il commercio, l'industria o l'artigianato. Tuttavia, allo stesso tempo, nulla può impedire alle Regioni di legiferare in materie di loro competenza perseguendo il fine di tutela concorrenziale⁴⁵. In questo modo si viene a creare la possibilità di conflitti tra norme regionali e norme statali, i quali sono risolti dalla Corte Costituzionale con criteri sostanziali e non formali. Vi è dunque prevalenza della disciplina che, in base al suo contenuto e non al soggetto da cui proviene, più intensamente persegue la competenza finalistica. Si ritiene quindi che la funzione del legislatore statale sia quella di fissare degli standard minimi uniformi che sono derogabili dalle Regioni con una disciplina più garantista⁴⁶.

Un'altra particolarità delle competenze finalistiche - come la tutela della concorrenza - riguarda la loro duttilità⁴⁷. Infatti il rapporto tra legge statale e regionale non è prestabilito in modo rigido ma è la legge statale di volta in volta a governare il rapporto tra competenze statali e regionali. Questa potrà, tanto fermarsi

⁴⁴ A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 163

⁴⁵ Corte Cost. sent. n. 203/2008 è molto chiara su questo tema: “D'altra parte, proprio perché la promozione della concorrenza ha una portata generale, o “trasversale”, può accadere che una misura che faccia parte di una regolamentazione stabilita dalle Regioni nelle materie attribuite alla loro competenza legislativa, concorrente o residuale, a sua volta abbia marginalmente una valenza pro-competitiva. Ciò deve ritenersi ammissibile, al fine di non vanificare le competenze regionali, sempre che tali effetti siano marginali o indiretti e non siano in contrasto con gli obiettivi delle norme statali che disciplinano il mercato, tutelano e promuovono la concorrenza”.

⁴⁶ Corte Cost. sent. n. 307/2009: “In questo contesto si inserisce la disposizione regionale impugnata, la quale, peraltro, in riferimento al solo servizio di erogazione idrica, prevedeva una disciplina parzialmente differente, consentendo solo l'affidamento mediante gara pubblica. Le norme statali, tanto quelle vigenti all'epoca dei fatti, quanto le attuali, sono, come si nota, meno rigorose di quelle poste dalla Regione. Occorre allora stabilire se la Regione, in tema di tutela della concorrenza, possono dettare norme che tutelano più intensamente la concorrenza, rispetto a quelle poste dallo Stato. Al riguardo, deve considerarsi che la Costituzione pone il principio, insieme oggettivo e finalistico, della tutela della concorrenza, e si deve, pertanto, ritenere che le norme impuginate, in quanto più rigorose delle norme interposte statali, ed in quanto emanate nell'esercizio di una competenza residuale delle Regioni, quella relativa ai “servizi pubblici locali”, non possono essere ritenute in contrasto con la Costituzione”.

⁴⁷ A. D'ATENA, *op. cit.*, p. 165

alla fissazione dei principi fondamentali, quanto spingersi fino al dettaglio, sempre in coerenza con il fine assegnato alla competenza⁴⁸ e limitando l'intervento statale a ciò che sia necessario per il perseguimento della tutela della concorrenza nel rispetto del principio di proporzionalità⁴⁹.

Si può notare quindi come le regole e il principio di concorrenza, oltre a valere per le imprese (divieto di intese dirette a tenere i prezzi più alti rispetto al livello dato dal libero scambio o a ripartizioni del mercato, divieto di abusi di posizione dominante, divieto di fusioni o acquisizioni di controllo tali da ostacolare la competizione sul mercato), si trasformino sempre più chiaramente in vincoli anche per il legislatore statale e regionale. Entrambi infatti sono tenuti ad osservarli nel porre la regolazione economica nazionale pena l'illegittimità costituzionale⁵⁰.

Come già ricordato, molti autori hanno parlato di una costituzionalizzazione della disciplina della concorrenza, dato che l'espressione "tutela della concorrenza" è entrata formalmente nel nostro testo costituzionale⁵¹. Tra questi anche il Tesauero, già Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che, in occasione dell'audizione del 5 dicembre 2001 presso la Commissione affari costituzionali del Senato, ebbe a riconoscere che l'introduzione in Costituzione della tutela della concorrenza fosse stata "una novità" di grande rilievo per il fatto stesso che le parole "concorrenza" e "mercati" entrano nella Costituzione. E le parole di per sé hanno un significato, specie in un testo costituzionale".

Tuttavia, in senso opposto, è stato notato che non sarebbe possibile basare sull'art. 117 il fondamento costituzionale del principio di tutela della concorrenza perché il suddetto articolo è collocato nella Parte II della Costituzione e riguarda il riparto di competenze. Non si può quindi modificare in modo surrettizio, tramite norme sul riparto di competenze, il Titolo III, Parte I della Costituzione che si occupa dei rapporti economici⁵². Ad avviso di chi scrive, tale tesi non risulta tuttavia accoglibile nella sua interezza, posto che il testo costituzionale deve essere

⁴⁸ Corte Cost. sent. n. 14/2004.

⁴⁹ Corte Cost. sent. n. 272/2004.

⁵⁰ M. D'ALBERTI, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in "Diritto Amministrativo", 2005, 705 ss.

⁵¹ M. CAMMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in "Le Regioni", n. 6, 2001, p. 1274.

⁵² L. BUFFONI, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in "Le istituzioni del federalismo", 2003, p. 346.

interpretato nella sua globalità, portando a sistema i vari principi che emergono dal tenore letterale della carta.

Altra novità introdotta dalla riforma del titolo V, che interessa il rapporto tra disciplina nazionale ed europea ed ha portato al superamento degli orientamenti precedenti, è il primo comma dell'art. 117, il quale prevede che la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni debba essere esercitata nel rispetto non solo della Costituzione ma anche dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Si ha quindi una modificazione del titolo giustificativo della tutela della concorrenza per cui non è più necessario invocare le limitazioni di sovranità previste dall'art. 11⁵³. In tal modo la Corte Costituzionale ha la possibilità di decidere direttamente sulla legittimità costituzionale della legge nazionale per contrasto con l'ordinamento europeo. Potrà quindi utilizzare come parametro di costituzionalità riguardo all'iniziativa economica privata disciplinata dall'art. 41 anche i principi e le regole di diritto europeo relative alla tutela della concorrenza e del mercato.

In conclusione, si può affermare che l'art. 41, nonostante la sua natura compromissoria, è stato idoneo a fornire una cornice costituzionale adeguata anche a svolte così profonde e repentine come l'apertura verso il mercato che si è manifestata nell'ordinamento italiano. Il merito maggiore di questa norma costituzionale è stato forse quello di aver consentito un'interpretazione "evolutiva" di tale disposizione, in grado di adeguarsi ai tempi e agli eventi senza renderne necessaria la riscrittura.

⁵³ G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (delle regioni e dello Stato)*, in "Diritto pubblico", 2002, p. 985.

Capitolo II – L’Autorità garante della concorrenza e del mercato come Autorità indipendente e i suoi poteri

Sommario: 1. L’avvento e il fondamento giuridico delle Autorità indipendenti 2. L’Autorità garante della concorrenza e del mercato 3. Natura e funzioni dell’AGCM 4. Organizzazione e funzionamento 5. Gli ambiti di intervento 6. I rapporti con le altre Autorità 7. Il procedimento 7.1. Fase pre-istruttoria e attivazione dell’Autorità 7.1.1. Le denunce e gli accertamenti d’ufficio 7.1.2. I programmi di clemenza 7.2. Fase istruttoria 7.2.1. I poteri di accertamento 7.2.2. I diritti delle imprese interessate e dei terzi; 7.2.3. I poteri cautelari 7.2.4. La comunicazione delle risultanze istruttorie e l’audizione finale 7.3. Le decisioni dell’Autorità 7.3.1. Le sanzioni.

1. L’avvento e il fondamento giuridico delle Autorità indipendenti

Le Autorità indipendenti sono state autorevolmente definite come “*enti od organi pubblici dotati di sostanziale indipendenza dal Governo, caratterizzati da autonomia organizzatoria, finanziaria e contabile e dalla mancanza di controlli e di soggezione al potere di direttiva dell’esecutivo, forniti di garanzia di autonomia nella nomina, nei requisiti soggettivi e nella durata delle cariche dei vertici ed aventi funzione tutoria di interessi costituzionali in campi socialmente rilevanti*”⁵⁴. Pur trattandosi più di una descrizione che di una definizione, essa ha il pregio di enunciare le caratteristiche che connotano la figura in esame e può costituire un punto di inizio per l’analisi dell’istituto.

⁵⁴ G. AMATO, *Le Autorità indipendenti nella Costituzione economica*, in AA. VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 16.

L'espressione "Amministrazioni indipendenti" è stata utilizzata per la prima volta nella relazione della commissione per la riforma della Pubblica Amministrazione presieduta da Franco Piga nel 1987, in cui si segnalava la necessità di verificare anche la funzionalità di tale strumento operativo, visti i buoni risultati che esso aveva già dato in altri ordinamenti⁵⁵.

I primi modelli di "Autorità amministrative indipendenti" applicate nel panorama giuridico italiano risalgono agli anni '70 e '80: con l'emancipazione della Banca d'Italia dal Ministero del Tesoro, con l'istituzione e la ristrutturazione della CONSOB (Legge 4 giugno 1985, n. 281) e la creazione dell'Isvap⁵⁶ (Legge 12 agosto 1982, n. 576). Esse peraltro solo in un secondo momento furono qualificate sotto il profilo giuridico con la attuale denominazione e inoltre, pur essendo figure già note all'ordinamento, solo negli anni '90 si porranno con maggiore forza all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza nonché dello stesso legislatore. È infatti l'ultimo governo Andreotti (1991-1992) - con il sorgere di gravi problemi economici e quindi con la necessità di dismettere imprese e beni pubblici per reperire nuove risorse - a dare avvio a una nuova fase in cui le Autorità indipendenti di fatto cominciarono a divenire protagoniste della vita economica e amministrativa del paese. In questa fase nascono l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Legge 10 ottobre 1990, n. 287), la Commissione di garanzia sul diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali (Legge 12 giugno 1990, n. 146), l'Autorità per l'informatica nella Pubblica Amministrazione (Decreto legislativo 12 febbraio 1993, n. 39), l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (Legge 11 febbraio 1994, n. 109) nonché l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (Legge 14 novembre 1995, n. 481).

Sembra dunque corretto affermare che il modello istituzionale delle Autorità indipendenti si presenti in Italia come strettamente correlato sul piano economico-sociale al processo di liberalizzazione dell'economia, indotto a sua volta dall'ingresso nella Comunità Europea dove uno dei principi fondanti è proprio quello della libera concorrenza. Esse rappresentano così la risposta istituzionale all'apertura al mercato di determinati settori, non solo economici, in cui occorre non "amministrare" ma "regolare": trattasi di settori in cui gli interessi devono

⁵⁵ In "Relazione sulla Riforma dell'amministrazione centrale", 1985, Commissione per la modernizzazione delle istituzioni.

⁵⁶ Ora IVASS, ai sensi del decreto legge del 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla legge del 7 agosto 2012, n. 135.

appunto essere lasciati liberi, pur nel rispetto di regole comuni da parte di tutti gli operatori (siano essi pubblici o privati).

La proliferazione delle Autorità in un così breve lasso di tempo risulta peraltro strettamente connessa a un cambio di paradigma nella cultura del Paese, tendente a sostituire lo statalismo tradizionale con i nuovi valori tipici del contesto comunitario (libera circolazione, regole di mercato, tutela del consumatore, della salute, della concorrenza, dell'ambiente).

Ad avviso di una parte della dottrina⁵⁷, non può altresì dirsi estranea al fenomeno delle Autorità indipendenti la profonda riforma del riparto delle funzioni tra centro e periferia, con la conseguente dismissione di competenze statali verso la creazione di quello che doveva essere, nell'intenzione di molti, uno Stato policentrico delle autonomie⁵⁸. Con la sostituzione parziale dell'amministrazione diretta dello Stato da parte della funzione di indirizzo e coordinamento il ruolo dell'amministrazione centrale è mutato ed ha favorito la creazione e la proliferazione di Autorità indipendenti.

Per quanto concerne il problema del fondamento giuridico delle Autorità si è posto il problema della loro collocazione nel quadro costituzionale. La Carta costituzionale non ne prevede infatti espressamente l'esistenza, per cui da più parti sono stati sollevati dubbi circa la compatibilità sia con l'art. 95 che con l'art. 101 Cost.⁵⁹

L'art. 95 Cost prevede infatti, un modello di amministrazione in base al quale i Ministri sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei Ministri e individualmente degli atti dei loro dicasteri: si può così prospettare il rischio che settori rilevanti vengano amministrati da soggetti pubblici che - in quanto svincolati dalla direzione e dal controllo del Governo - finiscano per essere privi di legittimazione democratica. A tal proposito, si è ritenuto che le citate

⁵⁷ M. SANINO, *L'approdo dell'esperienza delle Autorità indipendenti a oltre venti anni dalla loro istituzione*, Cedam, 2015, p. 6.

⁵⁸ A. D'ATENA, *op. cit.*, p. 81 ss.

⁵⁹ L'art. 95 della Costituzione dispone che *"Il Presidente del Consiglio dei ministri dirige la politica generale e ne è responsabile. Mantiene l'unità di indirizzo politico ed amministrativo, promuovendo e coordinando l'attività dei ministri.*

I ministri sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei ministri, e individualmente degli atti dei loro dicasteri.

La legge provvede all'ordinamento della Presidenza del Consiglio e determina il numero, le attribuzioni e l'organizzazione dei ministri";

L'art. 101 della Costituzione prevede che *"La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge"*.

disposizioni costituzionali contengano quale presupposto il fatto che l'ente pubblico costituisca il "braccio operativo" del Governo ai fini dell'attuazione dell'indirizzo politico. Da qui nascerebbe il potere, in capo all'Esecutivo, di imporre agli enti pubblici il proprio indirizzo politico-amministrativo mediante gli strumenti della direzione, vigilanza e controllo di gestione, al fine di scongiurare il rischio che le istanze programmatiche poste dal governo siano poi sostanzialmente neutralizzate. Tale rischio sarebbe naturalmente massimo nel caso di istituzionalizzazione di burocrazie pubbliche "indipendenti" (dal governo), ove il rapporto di dipendenza sia sostituito dal riconoscimento dell'indipendenza e della terzietà.

È stato tuttavia osservato che il concetto di amministrazione come apparato dipendente dal Governo, desumibile dall'art. 95 Cost., non escluda comunque *in toto* la compatibilità costituzionale di moduli amministrativi indipendenti rispetto al Governo e al potere politico, in ragione delle particolari funzioni ad essi assegnate (come ad esempio quelle regolatoria e paragiurisdizionale). Ciò troverebbe copertura costituzionale in una serie di disposizioni della Carta fondamentale, diverse dall'art. 95 ma da interpretare in via sistematica in relazione allo stesso. *In primis*, l'art. 97, comma 1, Cost., il quale prevede la riserva di legge in materia di organizzazione dei pubblici uffici e del buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione; inoltre, l'art. 97, comma 3, Cost., il quale impone l'osservanza delle procedure concorsuali per l'accesso ai pubblici impieghi; ancora, l'art. 98 Cost., che espressamente pone i pubblici impiegati al servizio esclusivo della nazione. In aggiunta a questo, risulta pacifico come non soltanto gli interessi tutelati attraverso l'istituzione delle Autorità indipendenti affondino le loro radici nella Costituzione ma che la stessa forma giuridico-amministrativa di "Autorità indipendente" costituisca il modello organizzativo più appropriato ai fini della garanzia di interessi economico-sociali costituzionalmente tutelati. La corretta gestione dei cosiddetti "settori sensibili", infatti, può essere garantita esclusivamente da organismi del tutto indipendenti dal Governo e dai poteri economici. Emerge così, sul piano giuridico-amministrativo, lo spazio vitale di una parte peculiare del potere amministrativo, non subordinato al potere politico ma regolato direttamente dalla legge.⁶⁰

⁶⁰ P. DE LISE, *Indagine conoscitiva sulle Autorità indipendenti, Audizione alla Commissione affari costituzionali della Camera dei Deputati*, Roma, 2011, p. 3.

Quanto ai dubbi in merito al contrasto con l'art. 101 Cost. - soprattutto per ciò che riguarda le funzioni paragiudizionali talvolta riconosciute alle Autorità quali soggetti, pur indipendenti ma comunque estranei all'ordine giudiziario⁶¹ - si è osservato come la norma costituzionale si limiti a prevedere l'obbligo a che il potere giudiziario goda sempre dell'ultima parola in merito alle vicende conflittuali, senza che possa riconoscersi autorità di cosa giudicata a determinazioni di autorità diverse. Ciò non osta alla possibilità che un'autentica indipendenza strutturale e funzioni contenziose siano conferite a soggetti diversi dalla magistratura. La legittimità dei c.d. "poteri giustiziali" delle Autorità indipendenti si profila dunque come strettamente connessa da una parte all'indipendenza delle stesse rispetto al potere esecutivo e dall'altro alla necessaria assoggettabilità delle decisioni da esse adottate al vaglio giurisdizionale.

La mancanza di responsabilità politica e di soggezione nei confronti del Governo nonché l'indipendenza delle Autorità, infatti, debbono trovare nel nostro sistema istituzionale dei contrappesi, costituiti, da una parte, dal controllo giurisdizionale e, dall'altra, dalle garanzie del giusto procedimento. Queste ultime peraltro assumono una valenza peculiare, posto che l'obbligo di rispettare i principi di un contraddittorio rafforzato, della trasparenza, della motivazione, della sindacabilità giurisdizionale delle decisioni consente di sottolineare la diretta riconducibilità dell'attività degli enti in esame alla legge e ai principi generali amministrativi. In altri termini, le Autorità, in assenza di soggezione e di responsabilità nei confronti del Governo, trovano in questo modo una sorta di legittimazione, attraverso le garanzie del giusto procedimento e mediante il controllo in sede giurisdizionale⁶².

Sulla base alle riflessioni fino ad ora esposte, emerge innanzitutto la compatibilità costituzionale del modello giuridico delle Autorità indipendenti rispetto agli artt. 95 e 101 Cost. e si individua la collocazione giuridico-amministrativa delle stesse all'interno dell'ordinamento generale dello Stato.

2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato

⁶¹ M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra Costituzione formale e Costituzione materiale*, in "Riv. Trim. dir. proc. civ.", 1985, p. 163.

⁶² M. CLARICH, *Op. cit.*, p. 340.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) è stata istituita con la legge 10 ottobre 1990, n. 287 che l'ha specificamente preposta all'applicazione delle regole della concorrenza, con il compito di intervenire per reprimere le condotte anticoncorrenziali attuate dalle imprese sul mercato (come le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante)⁶³ ed esercitare un controllo preventivo sulle operazioni di concentrazione tra imprese⁶⁴. Ma all'AGCM sono attribuite anche funzioni ulteriori rispetto alle due aree di attività appena richiamate. Esse infatti ricomprendono da una parte (*ex art. 21 della legge n. 287/1990*) anche l'attività consultiva e di segnalazione al Parlamento, al Governo e alle P.A. in ordine all'adozione di leggi e di provvedimenti amministrativi nonché di iniziative legislative e regolamentari idonei ad incidere sulla concorrenza,⁶⁵ dall'altra (*ex d.lgs. del 2 agosto 2007, n. 146*) la competenza in materia di pratiche commerciali scorrette nonché di pubblicità ingannevole e comparativa nei rapporti tra professionisti *ex d.lgs. del 2 agosto 2007, n. 145*.

È da ultimo opportuno ricordare come il legislatore abbia altresì attribuito all'Autorità sia il compito di applicare in sede decentrata le norme europee sulla concorrenza (c.d. competenze esterne) sia poteri generali di intervento in materia *antitrust* (all'interno dell'ordinamento italiano), con la parziale esclusione del solo settore bancario. Secondo lo schema definito dalle norme all'interno dell'ordinamento le varie autorità settoriali sono chiamate a fornire un contributo tecnico al lavoro dell'AGCM, così da consentire l'applicazione della normativa in tema di concorrenza tenendo conto delle specificità dei diversi settori.

3. Natura e funzioni dell'AGCM

Il modello astratto di Autorità indipendente - precedentemente illustrato - risulta fondato sulla triplice caratteristica dell'indipendenza rispetto all'esecutivo, della preposizione alla cura di interessi collettivi di particolare rilievo e delle garanzie proprie del giusto procedimento. Ad avviso di una parte della scienza giuridica, l'AGCM rappresenterebbe il modello concreto maggiormente coerente con il modello astratto. Conferma di ciò verrebbe dalla medesima legge istitutiva: nelle

⁶³ Artt. 2 e 3 della legge n. 287/1990.

⁶⁴ Art. 6 della legge n. 287/1990.

⁶⁵ Artt. 21 e 22 della legge n. 287/1990.

parti in cui definisce la tipologia degli interessi alla cui tutela l'Autorità è preposta, la natura delle funzioni, gli strumenti attraverso i quali esercita tali funzioni, nonché le modalità di organizzazione e funzionamento.

L'Autorità è chiamata a garantire un interesse primario costituzionalmente tutelato, costituito dalla "libera concorrenza", vista, come già ricordato nel primo capitolo, quale espressione del principio di libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 della Costituzione. La natura di questo interesse giustifica, dunque, la riconosciuta posizione di indipendenza all'interno dell'ordinamento.

In merito alle modalità di esercizio delle funzioni, l'AGCM ha il compito di svolgere la propria attività in una posizione di totale affrancamento da ogni forma di ingerenza politico-amministrativa. Le funzioni di prevenzione e di repressione di comportamenti limitativi della concorrenza infatti, non comportano alcun legame funzionale con l'apparato governativo. La mancanza di un controllo governativo non comporta tuttavia il venir meno di qualsiasi tipo di controllo: l'attività della stessa infatti, ai sensi dell'art. 33 della legge n. 287 del 1990, è sottoposto al controllo del giudice nonché all'ulteriore verifica che si manifesta nella presentazione al Parlamento della relazione annuale sull'attività istituzionale⁶⁶.

Per quanto riguarda la natura delle funzioni esercitate dall'Autorità, queste possono ricondursi alla emanazione di decisioni in merito a specifiche fattispecie: essenzialmente un'attività di valutazione di determinati atti o comportamenti qualificati in termini di liceità o illiceità.

L'accertamento degli illeciti concorrenziali costituisce il nucleo centrale dei poteri che la legge riconosce all'AGCM. Tali poteri sono "procedimentalizzati", come ordinariamente previsto per l'attività amministrativa degli enti pubblici. Ciò risponde all'esigenza di rispettare il principio di legalità e di assicurare la presenza di garanzie essenziali - quali il diritto al contraddittorio e il diritto al pieno esercizio dei diritti di difesa - a conferma della posizione di indipendenza dell'Autorità nell'esercizio di funzioni decisorie. L'autonomia dell'AGCM non è comunque limitata solo ad aspetti caratterizzanti le funzioni svolte ma si estende anche a profili di carattere organizzativo, gestionale e contabile⁶⁷.

⁶⁶ Art. 23 della legge n. 287/1990.

⁶⁷ M. DE BENEDETTO, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Il Mulino, Bologna, 2000.

Le nuove, al tempo, caratteristiche dell'AGCM e le modalità di esercizio della sua attività hanno portato allo sviluppo di un ampio dibattito in merito al possibile inquadramento nell'ambito delle amministrazioni tradizionali.

Parte della dottrina aveva ritenuto che l'attività dell'AGCM, per le sue caratteristiche e per la natura delle funzioni da essa esercitate, potesse essere assimilata a quella del giudice⁶⁸. Tre sono le specificità invocate a sostegno di questa ricostruzione: l'indipendenza, che avrebbe una rilevanza ed un significato diversi rispetto all'imparzialità propria della generalità delle pubbliche amministrazioni; le funzioni di *adjudication* consistenti nel qualificare un certo atto o comportamento in termini di liceità o illiceità, assimilabile all'attività posta in essere dal giudice; le caratteristiche del procedimento davanti all'Autorità, che, al pari di altri procedimenti amministrativi sanzionatori è sostanzialmente di tipo para-giurisdizionale per l'ampio spazio dato al contraddittorio. Conseguentemente all'individuazione di queste caratteristiche si attribuiva all'AGCM la natura di un organo "quasi-giurisdizionale": privo poteri propriamente riconducibili alla discrezionalità amministrativa ma che applica la legge – la quale lascia comunque ampissimo spazio alla discrezionalità tecnica – ai fini del soddisfacimento di un interesse pubblico generale (nel caso di specie la tutela della concorrenza e del mercato), svolgendo un'attività di carattere sostanzialmente neutro.

Tale tesi lascia in realtà aperte alcune questioni rilevanti. *In primis*, quella relativa all'inquadramento costituzionale di un organo così peculiare, in considerazione del divieto esplicito di creare nuovi giudici speciali posto dall'art. 102 Cost. Inoltre, il tema relativo alle modalità di esercizio delle funzioni dell'Autorità, che si sostanzia nel cumulo in capo al medesimo soggetto di funzioni istruttorie e decisorie. Tale questione, in particolare, da una parte evidenzia la presenza di un contrasto col requisito della terzietà (proprio della funzione giurisdizionale e idoneo a garantire l'imparzialità del giudice, non solo rispetto alle parti della controversia ma anche rispetto ad altri giudici che hanno già emesso un giudizio ovvero espresso una valutazione in un diverso momento decisionale dello stesso procedimento) dall'altra contribuisce a rafforzare l'idea dell'Autorità indipendente quale parte del potere amministrativo, seppur con caratteristiche

⁶⁸ L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 63.

peculiari. Al pari delle amministrazioni tradizionali infatti, l'AGCM, all'esito del procedimento istruttorio, è tenuta ad assumere un provvedimento espresso, nel rispetto del principio di imparzialità posto dall'art. 97 Cost., e vede le decisioni assunte sottoposte al controllo dell'autorità giurisdizionale.

Dalle prime elaborazioni teoriche sulla natura dell'AGCM sembravano, in buona sostanza, emergere caratteristiche sostanzialmente ibride tra la funzione amministrativa e quella giurisdizionale, senza essere completamente assimilabile né all'una né all'altra. La successiva evoluzione della cultura giuridica, sia in dottrina che in giurisprudenza,⁶⁹ hanno poi consentito il consolidarsi di un orientamento molto più deciso che qualifica l'Autorità come organismo di natura amministrativa. In particolare il Consiglio di Stato in un parere del 27 aprile 1998 ha riconosciuto che l'Autorità *“è costituita intorno ad un nucleo centrale rappresentato da un'attività di qualificazione giuridica di atti e fatti rispetto alle regole che governano il mercato, in tema di concorrenza e di pubblicità ingannevole, esercitata da un organo dotato di un grado di indipendenza più accentuato rispetto ad altre autorità”* evidenziando allo stesso tempo il fatto che essa non ha una *“posizione di indifferenza verso gli interessi coinvolti”*. Il Consiglio di Stato non condivide l'idea di un'Autorità sostanzialmente neutrale ed equidistante tra l'interesse privato delle imprese e l'interesse pubblico di tutela della concorrenza, come se si trattasse di un giudice tenuto a dare esclusiva applicazione alla legge.

In questo contesto il giudice amministrativo si è occupato della distinzione delle diverse fasi dell'attività svolta dall'Autorità, specificando la natura dei poteri e delle funzioni, nel corso del procedimento istruttorio e (all'esito dello stesso) al momento della definizione. Inizialmente l'AGCM procede all'accertamento dei fatti, seguito da una fase di contestualizzazione delle norme che vanno interpretate per individuare gli elementi costitutivi dell'illecito contestato⁷⁰. Va ricordato che l'interpretazione ha la finalità di individuare e delimitare quei concetti giuridici indeterminati di cui la legge si avvale: fra questi rientrano, ad esempio, la nozione di mercato rilevante, di intesa restrittiva e di pratica abusiva.

⁶⁹ TAR Lazio, Sez. I, 15 aprile 1999, n. 873.

⁷⁰ Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 maggio 2002, n. 2199; Consiglio di Stato, VI, 2 marzo 2004, n. 926.

Una volta concluso da un lato l'accertamento del fatto e dall'altro questo processo interpretativo, l'AGCM procede ad applicare le sanzioni previste dalla legge. Essa, nel corso di tutto il procedimento, opera come autorità amministrativa indipendente che si contraddistingue per la qualificazione tecnica dei componenti senza essere politicamente indirizzata e godendo di competenza esclusiva nell'applicare le norme poste a tutela della concorrenza⁷¹. Alla luce di quanto fino ad ora esposto, risulta maggiormente evidente in base a quali ragioni ermeneutiche il Consiglio di Stato non abbia condiviso l'orientamento di quanti sostenevano che l'AGCM rivestisse carattere di organismo giurisdizionale nell'esercizio delle sue funzioni.

4. Organizzazione e funzionamento

Sotto il profilo organizzativo l'AGCM è un organo collegiale formato dal Presidente e da due membri nominati con determinazione d'intesa dai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica. Il Presidente deve essere scelto tra persone di notoria indipendenza che abbiano ricoperto cariche istituzionali di responsabilità e rilievo. Solitamente i membri del Collegio sono selezionati fra i magistrati del Consiglio di Stato, della Corte dei Conti, della Corte di Cassazione ovvero fra professori universitari ordinari o fra personalità provenienti da settori economici dotate di riconosciuta professionalità.

Sotto il profilo temporale i membri dell'Autorità sono nominati per sette anni e non possono essere confermati. La durata in carica maggiore rispetto ai cinque anni previsti per le Camere e l'impossibilità della riconferma per garantire un maggiore scollamento dal circuito politico-rappresentativo, rispondono all'esigenza di garantire una maggiore indipendenza.⁷²

I componenti dell'Autorità non possono altresì esercitare, a pena di decadenza, alcuna attività professionale o di consulenza, né possono essere amministratori o dipendenti di enti pubblici o privati, né ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura, proprio per evitare che si possa configurare un qualsiasi conflitto di interessi teso a comprometterne l'indipendenza.

⁷¹ *Relazione annuale dell'Autorità*, 2004, in www.agcm.it/relazioni-annuali.

⁷² Art. 10, commi 2 e 3, della legge n. 287/1990.

Per definire la propria struttura organizzativa interna, l'AGCM ha adottato il Regolamento⁷³ concernente l'organizzazione e il funzionamento, previsto dall'art. 10, comma 6, della legge n. 287/1990. Tale regolamento contiene la disciplina del funzionamento dell'Autorità, del trattamento economico e giuridico del personale, dell'ordinamento delle carriere e della gestione delle spese, ovviamente nei limiti di quanto previsto dalla legge istitutiva.

Il Presidente si avvale di un Gabinetto composto dal Capo di Gabinetto, due assistenti e tre addetti alla segreteria. Direttamente dal Presidente dipendono la Direzione relazione esterne e rapporti istituzionali e quella per gli affari giuridici e il contenzioso. Agli altri uffici, invece, sovrintende il Segretario generale che ha il compito di coordinarne l'attività. Gli uffici più rilevanti sono la Direzione generale per la concorrenza, la Direzione generale per la tutela del consumatore e la Direzione per il conflitto di interessi.

L'indipendenza dell'Autorità è inoltre rafforzata dalla possibilità che la stessa ha di autofinanziarsi mediante i contributi delle imprese regolate ai sensi dell'art. 6 della legge n. 287/1990.

5. Gli ambiti di intervento

La missione istituzionale dell'AGCM si sostanzia principalmente in una funzione di controllo delle regole della concorrenza da parte delle imprese. In particolare tre sono le fattispecie di cui si occupa: intese restrittive della concorrenza, abusi di posizione dominante e controllo delle concentrazioni tra imprese.

Al fine di valutare se la condotta di una o più imprese rivesta o meno carattere anticoncorrenziale, è essenziale stabilire se le imprese che sono ritenute responsabili della condotta medesima abbiano o meno un "potere di mercato". Questo consiste essenzialmente nella capacità dell'impresa di apportare un aumento del prezzo di un prodotto in maniera profittabile senza che ciò porti ad una diminuzione delle vendite. Il potere di mercato, dunque, va determinato tenendo conto del rapporto con le altre imprese che si trovano in una situazione di diretta e attuale concorrenza. È necessario a questi fini fare riferimento ad un ambito, merceologico e geografico, entro cui l'impresa interagisce con i concorrenti: è il

⁷³ Delibera n. 26126 del 20 luglio 2016 pubblicata nell'Edizione Speciale del Bollettino, supplemento al n. 27/2016 del 4 agosto 2016.

c.d. “mercato rilevante”. Tale concetto appare in realtà di difficile determinabilità sotto il profilo squisitamente giuridico. Ad esso infatti la legge n. 287/1990 non fa che generici riferimenti senza però dettarne i parametri di valutazione da utilizzare per una corretta definizione.

È stata dunque l’Autorità stessa – sulle orme della giurisprudenza della CGUE - ad individuare autonomamente i parametri, anche attingendo a contributi da parte della scienza economica: i principali sono la sostituibilità dal lato della domanda e la sostituibilità dal lato dell’offerta.

Per sostituibilità dal lato della domanda si intende il grado di fungibilità di un determinato prodotto con altri prodotti che la domanda ritiene sostitutivi in relazione a tre caratteristiche essenziali: funzione d’uso⁷⁴, le caratteristiche⁷⁵ e il prezzo⁷⁶. Questa è la caratteristica prevalente per determinare il mercato rilevante, in quanto risulta evidente come sia proprio il vincolo concorrenziale ciò che più tende ad influenzare la politica commerciale delle imprese.

La sostituibilità dal lato dell’offerta consiste nella capacità di un’impresa di sostituire la propria produzione di un determinato bene con il bene di riferimento senza investimenti eccessivamente alti e in un breve periodo di tempo. Questo porta a considerare parte dello stesso mercato rilevante beni affini e comunque fabbricati attraverso l’utilizzo della stessa tecnologia.

La sostituibilità dal lato della domanda è, tuttavia, il criterio principale, pur dovendosi sempre tener conto di quella dal lato dell’offerta.

Un altro concetto importante ai fini di una migliore definizione delle categorie giuridico-economiche di “mercato rilevante” e di “potere di mercato” è la c.d. “concorrenza potenziale”. Questa si qualifica come la possibilità per imprese che operino al di fuori del mercato rilevante - ad esempio producendo lo stesso bene in un'altra area geografica - di svolgere una pressione concorrenziale sulle imprese

⁷⁴ Caso *Test diagnostici per il diabete* (AGCM, 30 aprile 2003, Boll. n. 18/2003): mercato rilevante individuato nell’insieme dei test diagnostici con la stessa funzione d’uso, cioè la rivelazione della glicemia, sulla base di sistemi similari.

⁷⁵ Ad esempio, il mercato dei diritti televisivi relativi ad eventi sportivi (diritti sportivi premium) formano un mercato rilevante separato ed autonomo per la loro capacità di attirare altissimi livelli di audience e di incrementare il numero degli abbonati alle pay tv (AGCM, 13 maggio 2002, *Groupe Canal+/Stream*, Boll. n. 19/2002).

⁷⁶ Per differenza di prezzo sono stati ritenuti compresi nel medesimo mercato rilevante le modalità di trasporto interregionale via autobus e treno, mentre da tale mercato è stato escluso il trasporto aereo alla luce della differenza di prezzo che fa venire meno il carattere della sostituibilità (AGCM, 11 luglio 2002, *Sita/Viaggi e turismo Marozzi*, Boll. n. 28/2002).

operanti all'interno dello stesso, a patto che non vi siano costi eccessivi per l'ingresso. Qualora infatti vi fossero ostacoli di particolare consistenza per l'ingresso di nuove imprese in un determinato mercato rilevante, aumenterebbe inevitabilmente il rischio che l'esistenza di un potere di mercato non possa essere neutralizzato dalla concorrenza potenziale. In questa logica ben si comprende come le barriere di ingresso, che possono avere natura giuridica o economica, siano strettamente connesse alla presenza della concorrenza potenziale.

La nozione di mercato rilevante, in conclusione, deve consentire di identificare una zona geograficamente delimitata dove le imprese che producono un determinato prodotto si trovano in un rapporto di concorrenza diretta e attuale. Due sono quindi le dimensioni di cui si compone questa nozione: merceologica e geografica. Con la prima si intende la determinazione di tutti i beni considerati fungibili e sostituibili dal consumatore; con l'altra si vuole identificare, per un certo prodotto, un'area geografica in cui le imprese, per le caratteristiche fisiche o per la natura del prodotto⁷⁷, si trovino in concorrenza fra loro.

Il primo ambito di intervento dell'Autorità è costituito dalle intese. In ogni ordinamento giuridico in cui sia presente una disciplina antitrust è previsto il divieto di formare delle intese restrittive della concorrenza da parte delle imprese che operano nello stesso mercato rilevante. Va peraltro rilevato che le intese possono allo stesso tempo favorire la competitività in virtù di una serie di benefici che generano a vantaggio dei consumatori: si pensi ad esempio a due imprese, anche concorrenti, che decidano di formare una *joint venture* oppure a un accordo tra produttore e distributore in cui il secondo si obblighi a rispettare determinati requisiti qualitativi e di immagine avendo garantita una esclusiva territoriale. È dunque necessario individuare in concreto se l'intesa possa essere effettivamente qualificata come restrittiva della concorrenza. L'art. 2 della legge n. 287/1990 ha l'obiettivo di vietare quei comportamenti che, anche per la detenzione da parte delle imprese di un certo potere di mercato, possano variare gli equilibri concorrenziali in modo consistente.

La nozione di intesa che rileva ai fini dell'applicazione del divieto, include gli accordi fra imprese, le pratiche concordate, le deliberazioni di consorzi e le associazioni di imprese. La normativa, inoltre, elenca una serie non tassativa di

⁷⁷ AGCM, 24 maggio 2001, *Granarolo/Centrale del latte di Vicenza* in cui le caratteristiche del prodotto (latte fresco) portano a determinare la natura locale del mercato.

intese “tipiche”, fra cui rientrano quelle volte alla fissazione di prezzi, alla limitazione della produzione o degli accessi al mercato, alla compartimentazione del mercato, alla discriminazione delle condizioni commerciali applicate, all'imposizione di prestazioni supplementari estranee all'oggetto dei contratti.

Un'ulteriore rilevante distinzione è quella tra “intese orizzontali” e “intese verticali”. Le prime sono messe in atto dai partecipanti ad uno stesso mercato, in quanto coinvolgono imprese in genere direttamente concorrenti e sono suscettibili di tramutarsi facilmente in comportamenti lesivi per i consumatori (ad es. l'aumento dei prezzi o la riduzione delle quantità). Le seconde riguardano invece tipicamente stadi successivi della produzione e vendita di un prodotto - esempio tipico sono i c.d. “accordi di distribuzione” - e sono generalmente sottoposte a uno scrutinio meno severo da parte dell'Autorità, poiché non coinvolgono imprese direttamente concorrenti e spesso portano a guadagni di efficienza generando effetti procompetitivi. La giurisprudenza deve a tal proposito compiere un procedimento ermeneutico basato su una duplice valutazione: accertare, in primo luogo, se l'intesa sia realmente restrittiva e danneggi la concorrenza; in secondo luogo se un eventuale danno non venga controbilanciato dall'aumento del benessere per i consumatori. Si tratta di un'indagine spesso complicata e difficile: essa assolve tuttavia a una funzione di notevole rilevanza, posto che le intese di cui si tratta possono effettivamente produrre un migliore impiego delle risorse e un aumento dell'efficienza, giustificando in tal modo l'applicazione dell'esenzione dal divieto sancito dall'art. 2 della legge n. 287/1990. In alcuni casi, tuttavia, anche queste possono creare effetti lesivi della concorrenza, generalmente distinti in *intra-brand* (fra distributori di uno stesso produttore) ed *inter-brand* (fra produttori di marche differenti).

Altro campo di intervento dell'Autorità è l'abuso di posizione dominante. Questa pone delle problematiche particolari in quanto da una parte ogni impresa aspira a ottenere una posizione di monopolio che le consenta potenzialmente di massimizzare il profitto; d'altro canto, proprio questo costituisce un incentivo per ogni impresa a competere con le altre, al fine di aumentare il proprio potere di mercato, creando così un meccanismo virtuoso di concorrenza e innovazione.

Come già rilevato nel capitolo precedente, in cui si è dato conto anche della teoria economica di riferimento, se dal punto di vista statico concorrenza e monopolio sono due concetti diametralmente opposti, dal punto di vista dinamico

questo continuo scontro fra imprese per l'ottenimento di una posizione dominante costituisce il propulsore del processo concorrenziale che è animato dalla creazione e dalla distruzione del potere di mercato.

Questo meccanismo può considerarsi fisiologico ma vi sono alcune situazioni in cui un'impresa potrebbe utilizzare in modo illegittimo il potere di mercato acquisito per estromettere dal mercato gli altri concorrenti e applicare delle condizioni tipiche del monopolio con gravi danni per i consumatori. Il problema applicativo principale delle disposizioni che regolano questa fattispecie sta nella oggettiva difficoltà di riconoscere quando una condotta sia anticompetitiva e quando, invece, sia una condotta volta a massimizzare l'efficienza senza ledere i consumatori.

La legge n. 287/1990 prevede all'art. 3 il divieto di abuso di posizione dominante riproducendo quasi testualmente l'art. 82 del TUE. Per ricavare una nozione di tale concetto è utile far riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, secondo cui *“una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori”*.⁷⁸ Trattasi quindi di una situazione in cui un'impresa può, in virtù del suo potere di mercato, decidere le proprie strategie commerciali senza influenze esterne. A questa nozione ha aderito anche l'AGCM a livello nazionale.⁷⁹

Altro aspetto fondamentale è stabilire quando vi sia concretamente una condotta abusiva da parte dell'impresa in posizione dominante. A tal scopo deve aversi presente che le norme antitrust esistono per tutelare la concorrenza, non “il concorrente”. Il procedimento di valutazione dell'abusività della condotta prende le mosse da una necessaria verifica della razionalità economica della condotta dell'impresa in posizione dominante: se questa è tesa a migliorare l'efficienza aziendale con risvolti benefici per i consumatori, non vi è una condotta abusiva; se il solo obiettivo è quello di estromettere dal mercato i concorrenti danneggiandoli,

⁷⁸ Corte di Giustizia, 13 febbraio 1979, *Hoffmann La Roche/Commissione*, C-85/76; 14 febbraio 1978, *United Brands/Commissione*, C-27-76.

⁷⁹ AGCM, 14 giugno 2000, *Stream/Telepiù*, Boll. n. 23/2000; 7 luglio 1999, *Pepsico Foods/Coca-Cola Italia*, Boll. n. 49/1999.

allora la condotta è certamente abusiva. L'art. 3 della legge n. 287/1990, inoltre, prevede una serie di condotte abusive con una elencazione esemplificativa⁸⁰.

Altro importante ambito di intervento dell'AGCM è il controllo delle concentrazioni di imprese. In particolare, è previsto un controllo di tipo preventivo, volto cioè ad evitare che si crei una struttura di mercato pregiudizievole per la concorrenza, che non potrebbe risolversi con un'azione *ex post* attraverso l'applicazione delle norme della concorrenza sul divieto di intese o di abusi di posizione dominante. La situazione che si viene a creare in caso di concentrazioni è una struttura del mercato in cui le imprese tendono a competere in misura minore, ma ciò non implica che necessariamente porranno in essere comportamenti anticoncorrenziali. Da una parte dunque non potranno dar seguito alla concentrazione senza una valutazione positiva da parte dell'Autorità; dall'altra lo stesso controllo, proprio poiché preventivo, dovrà essere caratterizzato da un'estrema celerità. I tempi lunghi potrebbero infatti penalizzare la libertà d'iniziativa economica e in generale compromettere lo sviluppo e la produttività.

Sotto il profilo strutturale la fattispecie in esame è da individuare in ogni operazione che porti una modifica durevole della "struttura delle imprese coinvolte", intendendo come tale una modifica stabile nel controllo di una o più imprese. In particolare il TAR del Lazio, nella sentenza n. 16975/2004, *Aviapartner/Società Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna*, ha ribadito il principio secondo cui la nozione di controllo ai fini della normativa antitrust⁸¹ è più

⁸⁰ L'art. 3 della legge n. 287/1990 dispone che "È vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato:

a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose;
b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori;
c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;
d) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi".

⁸¹ L'art. 7 della legge n. 287/1990 prevede che "Ai fini del presente titolo si ha controllo nei casi contemplati dall'articolo 2359 del codice civile ed inoltre in presenza di diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono, da soli o congiuntamente, e tenuto conto delle circostanze di fatto e di diritto, la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle attività di un'impresa, anche attraverso:

a) diritti di proprietà o di godimento sulla totalità o su parti del patrimonio di un'impresa;

ampia rispetto a quella di cui all'art. 2359 c.c.⁸², affermando che: *“ne consegue, da un lato, che nel diritto della concorrenza occorre tenere conto della situazione concreta in cui versano le realtà imprenditoriali in quanto la norma fa riferimento non solo alle circostanze di diritto ma anche a quelle di fatto, sicché occorre valutare l'effettiva sostanza dei rapporti quale derivante dalla concreta volontà delle parti, dall'altro, che la nozione di controllo non può intendersi ristretta all'ipotesi di influenza dominante nell'assemblea ordinaria, vale a dire al potere di imporre in autonomia decisioni strategiche, ma deve estendersi anche all'ipotesi di c.d. controllo negativo in cui la società “controllante”, pur non potendo imporre da sola scelte strategiche, è comunque in grado di impedire l'adozione di tali scelte.*

Quanto alle operazioni che integrano la concentrazione vi sono tre diverse ipotesi: la fusione di due o più imprese indipendenti; l'acquisizione da parte di un'impresa del controllo esclusivo o congiunto di un'altra impresa o parte di questa; la costituzione di un'impresa comune da parte di due o più imprese indipendenti. Un altro aspetto rilevante sta nel valutare quando una concentrazione dia luogo ad una sostanziale riduzione della concorrenza da cui possono derivare effetti pregiudizievoli per il mercato e per i consumatori. Il criterio utilizzato è denominato come “test di dominanza” e prevede che una concentrazione possa essere vietata laddove costituisca o rafforzi una posizione dominante in modo tale da ridurre in maniera sostanziale e durevole la concorrenza.

b) diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono un'influenza determinante sulla composizione, sulle deliberazioni o sulle decisioni degli organi di un'impresa.

2. Il controllo è acquisito dalla persona o dalla impresa o dal gruppo di persone o di imprese:

a) che siano titolari dei diritti o beneficiari dei contratti o soggetti degli altri rapporti giuridici suddetti;

b) che, pur non essendo titolari di tali diritti o beneficiari di tali contratti o soggetti di tali rapporti giuridici, abbiano il potere di esercitare i diritti che ne derivano”.

⁸² L'art. 2359 c.c. dispone che *“Sono considerate società controllate:*

1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;

2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;

3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta; non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa”.

All'AGCM, a complemento di questi poteri nei tre ambiti predetti, sono stati attribuiti alcuni poteri volti alla sollecitazione dell'attività legislativa e regolamentare tenendo in adeguata considerazione le esigenze della concorrenza e del mercato. In particolare, l'Autorità può segnalare al Governo, al Parlamento e alle amministrazioni pubbliche i casi in cui atti normativi o provvedimenti amministrativi introducano restrizioni della concorrenza che non siano giustificate in base ad esigenze di interesse generale⁸³. È altresì riconducibile a questo ambito di poteri conoscitivi - finalizzati a garantire al Parlamento, al Governo e alle pubbliche amministrazioni un ausilio nell'adeguamento dell'ordinamento ai principi della concorrenza - il potere di indagine previsto dall'art. 12, comma 2, della legge n. 287/1990, che permette all'AGCM di svolgere indagini conoscitive in settori che appaiono caratterizzati da una situazione di alterazione della concorrenza.

Fra i compiti dell'Autorità rientra anche la tutela del consumatore sulle pratiche commerciali scorrette così come sono qualificate dal Codice del consumo (D.lgs. n. 206/2005) agli artt. 22 ss. che comprendono in questa nozione: *“qualsiasi azione, omissione condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale, ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto”*. Non è peraltro richiesto che la pratica abbia prodotto un qualche effetto lesivo, risultando sufficiente che essa sia idonea ad indurre il consumatore medio ad

⁸³ L'art. 21 della legge n. 287/1990 dispone che *“Allo scopo di contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del mercato, l'Autorità individua i casi di particolare rilevanza nei quali norme di legge o di regolamento o provvedimenti amministrativi di carattere generale determinano distorsioni della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato che non siano giustificate da esigenze di interesse generale.*

2. L'Autorità segnala le situazioni distorsive derivanti da provvedimenti legislativi al Parlamento e al Presidente del Consiglio dei Ministri e, negli altri casi, al Presidente del Consiglio dei Ministri, ai Ministri competenti e agli enti locali e territoriali interessati.

3. L'Autorità, ove ne ravvisi l'opportunità, esprime parere circa le iniziative necessarie per rimuovere o prevenire le distorsioni e può pubblicare le segnalazioni ed i pareri nei modi più congrui in relazione alla natura e all'importanza delle situazioni distorsive”. L'art. 22 prevede, sempre a questo riguardo, che: *“L'Autorità può esprimere pareri sulle iniziative legislative o regolamentari e sui problemi riguardanti la concorrenza ed il mercato quando lo ritenga opportuno, o su richiesta di amministrazioni ed enti pubblici interessati. Il Presidente del Consiglio dei Ministri può chiedere il parere dell'Autorità sulle iniziative legislative o regolamentari che abbiano direttamente per effetto:*

a) di sottomettere l'esercizio di una attività o l'accesso ad un mercato a restrizioni quantitative;

b) di stabilire diritti esclusivi in certe aree;

c) di imporre pratiche generalizzate in materia di prezzi e di condizioni di vendita”.

assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti adottato⁸⁴. Non è dunque sufficiente che la condotta del professionista sia caratterizzata da contrarietà alla diligenza professionale, pur restando quest'ultimo un profilo di valutazione della fattispecie. L'Autorità ha inoltre chiarito l'indispensabilità, ai fini dell'integrazione della fattispecie, di una condotta del professionista non attuata solo nei confronti di un soggetto determinato bensì nei confronti di un numero indefinito di consumatori⁸⁵.

È opportuno ricordare che esistono diverse tipologie di pratiche commerciali scorrette: le pratiche commerciali ingannevoli e le pratiche commerciali aggressive. Le prime si dividono a loro volta in azioni e omissioni e sono caratterizzate dal fatto di contenere informazioni non rispondenti al vero o, pur offrendo informazioni di fatto corrette, di ingenerare confusione nel consumatore medio incidendo sulla sua capacità di scelta⁸⁶.

⁸⁴ TAR Lazio, Sez. I, 8 aprile 2009, n. 3722.

⁸⁵ AGCM, 16 ottobre 2008, *Tele2/Contratti a distanza*, Boll. n. 39/2008 in cui l'Autorità afferma che *“sembra rientrare nella nozione di pratica commerciale scorretta ogni condotta posta in essere da un professionista prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto, o servizio, che si connota per caratteristiche tali da poter essere astrattamente replicata nei confronti di una categoria generalizzata di consumatori, a prescindere dal numero di soggetti che in concreto ne siano stati destinatari e dalle vicende contrattuali circoscritte al rapporto tra il professionista ed il singolo utente”*.

⁸⁶ L'art. 21 del Codice del consumo prevede che *“è considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso:*

a) l'esistenza o la natura del prodotto;

b) le caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilità, i vantaggi, i rischi, l'esecuzione, la composizione, gli accessori, l'assistenza post-vendita al consumatore e il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal suo uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto;

c) la portata degli impegni del professionista, i motivi della pratica commerciale e la natura del processo di vendita, qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all'approvazione dirette o indirette del professionista o del prodotto;

d) il prezzo o il modo in cui questo è calcolato o l'esistenza di uno specifico vantaggio quanto al prezzo;

e) la necessità di una manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione;

f) la natura, le qualifiche e i diritti del professionista o del suo agente, quali l'identità, il patrimonio, le capacità, lo status, il riconoscimento, l'affiliazione o i collegamenti e i diritti di proprietà industriale, commerciale o intellettuale o i premi e i riconoscimenti;

g) i diritti del consumatore, incluso il diritto di sostituzione o di rimborso ai sensi dell'articolo 130 del presente Codice. (...)”.

Per quanto riguarda le omissioni queste sono considerate ingannevoli quando il professionista omette o comunque presenta in maniera poco chiara le informazioni che potrebbero indurre il consumatore medio ad adottare un'azione che non avrebbe intrapreso⁸⁷.

La nozione di “pratica commerciale aggressiva” si riferisce a quella condotta che nella fattispecie concreta limita considerevolmente la libertà di scelta del consumatore. Essa deve includere l'utilizzo da parte del professionista di molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento.⁸⁸ All'art. 25 del Codice del consumo sono poi previsti degli elementi che devono essere presi in considerazione nel determinare se vi siano state molestie o coercizione. Fra questi rientrano i tempi, il luogo, la natura e la persistenza oltre al ricorso alla minaccia fisica o verbale.

La legge n. 287/1990 prevede inoltre l'intervento dell'Autorità in caso di separazione societaria delle imprese che operano in regime di monopolio e che esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale, laddove intendano operare in settori diversi⁸⁹.

L'AGCM è competente inoltre in materia di pubblicità ingannevole e comparativa limitatamente ai rapporti tra professionisti così come è previsto dall'art. 14 della Direttiva 2005/29/CE che ha modificato la Direttiva

⁸⁷ L'art. 22 del Codice del consumo dispone che “È considerata ingannevole una pratica commerciale che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induce o è idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

2. Una pratica commerciale è altresì considerata un'omissione ingannevole quando un professionista occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti di cui al comma 1, tenendo conto degli aspetti di cui al detto comma, o non indica l'intento commerciale della pratica stessa qualora questi non risultino già evidente dal contesto nonché quando, nell'uno o nell'altro caso, ciò induce o è idoneo a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. ...”.

⁸⁸ L'art. 24 del Codice del consumo prevede che “È considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”.

⁸⁹ Art. 8, comma 2 bis, della legge n. 287/1990 introdotto dall'art. 11 della legge 5 marzo 2001 n. 57.

84/450/CEE⁹⁰. La limitazione ai soli rapporti tra professionisti ha portato all'espunzione della disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa dal Codice del consumo. Si pone tuttavia il problema di possibili interferenze tra la disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa da un lato e quella delle pratiche commerciali sleali dall'altro. Secondo una parte della dottrina vi sarebbe un rapporto di specialità e reciproca esclusione tra le fattispecie: una volta avviata un'istruttoria ai sensi del Codice del consumo, questa avrà carattere assorbente rispetto all'avvio di un procedimento per violazione del d.lgs 145/2007, e viceversa.⁹¹ Altri autori invece ritengono preferibile la tesi del rilievo cumulativo, poiché una pratica che sia scorretta nei confronti dei consumatori è difficile negare che sia lesiva anche degli altri professionisti concorrenti.⁹² Il rilievo critico da apportare a questa tesi sta nel possibile cumulo di sanzioni che andrebbe a violare il principio del *ne bis in idem*.

Altro compito dell'Autorità è quello di vigilare sui conflitti di interesse in cui possono incorrere i titolari di cariche di Governo. La legge del 20 luglio 2004, n. 215 attribuisce all'AGCM la competenza in materia, definendo la situazione di "conflitto di interesse"⁹³ e prevedendo una serie di funzioni e poteri per l'accertamento delle situazioni di incompatibilità e per la vigilanza sul rispetto dei conseguenti divieti⁹⁴. La stessa legge all'art. 7 prevede anche delle funzioni in materia in capo all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

Ulteriore funzione dell'AGCM è prevista dal decreto legge 24 gennaio 2012 n. 1 recante "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività" (così come modificato dal d.l. n. 29/2012 e convertito, con modificazioni, dalla l. n. 62/2012) il quale all'art. 5 *ter* attribuisce il compito di formulare il "*rating* di legalità" delle imprese operanti sul territorio nazionale.

⁹⁰ Recepita nell'ordinamento italiano con il d.lgs. 145/2007.

⁹¹ A. GENOVESE, *L'enforcement e le tutele*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, Cedam, Padova, 2008, pp. 218 ss.

⁹² G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa: il d.lgs. 2007, n. 145*, in "Studium iuris", 2007, pp. 1307 ss.

⁹³ L'art. 3 della legge n. 215/2004 definisce il conflitto di interessi come quella situazione che si ha "quando il titolare di cariche di governo partecipa all'adozione di un atto, anche formulando la proposta, o omette un atto dovuto, trovandosi in situazione di incompatibilità ai sensi dell'articolo 2, comma 1, ovvero quando l'atto o l'omissione ha un'incidenza specifica e preferenziale sul patrimonio del titolare, del coniuge o dei parenti entro il secondo grado, ovvero delle imprese o società da essi controllate, secondo quanto previsto dall'articolo 7 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, con danno per l'interesse pubblico".

⁹⁴ Art. 6 della legge n. 215/2004.

Queste devono avere un fatturato minimo di due milioni di euro e per l'attribuzione del rating possono essere richieste informazioni a tutte le pubbliche amministrazioni. Del rating attribuito si dovrà poi tenere conto nell'erogazione dei finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni e in sede di accesso al credito bancario⁹⁵.

Lo stesso decreto legge n. 1 del 2012 all'art. 62 prevede un'ulteriore competenza dell'Autorità. Il comma 8 infatti attribuisce all'AGCM la vigilanza sull'applicazione delle disposizioni del medesimo art. 62 in tema di disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari e l'irrogazione delle sanzioni ivi previste, ai sensi della legge 24 novembre 1981, n. 689.

A tal fine, l'Autorità può avvalersi del supporto operativo della Guardia di Finanza. L'AGCM provvede d'ufficio o su segnalazione di qualunque soggetto interessato all'accertamento delle violazioni delle disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 del suddetto articolo.

Un'altra competenza dell'Autorità concerne l'abuso di dipendenza economica, ossia quella situazione in cui si trova una impresa fornitrice nei rapporti commerciali con un'altra impresa che sia in grado di determinare un eccessivo squilibrio tra doveri e obblighi. La legge 18 giugno 1998 n. 192 nel disciplinare la subfornitura nelle attività produttive dispone al comma 3 bis dell'art. 9 che *“ferma restando l'eventuale applicazione dell'articolo 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'AGCM può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia*

⁹⁵ L'art. 5 ter della legge n. 62/2012 dispone che *“Al fine di promuovere l'introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato è attribuito il compito di segnalare al Parlamento le modifiche normative necessarie al perseguimento del sopraindicato scopo anche in rapporto alla tutela dei consumatori, nonché di procedere, in raccordo con i Ministeri della giustizia e dell'interno, alla elaborazione ed all'attribuzione, su istanza di parte, di un rating di legalità per le imprese operanti nel territorio nazionale che raggiungano un fatturato minimo di due milioni di euro, riferito alla singola impresa o al gruppo di appartenenza, secondo i criteri e le modalità stabilite da un regolamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Al fine dell'attribuzione del rating, possono essere chieste informazioni a tutte le pubbliche amministrazioni. Del rating attribuito si tiene conto in sede di concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni, nonché in sede di accesso al credito bancario, secondo le modalità stabilite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro dello sviluppo economico, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Gli istituti di credito che omettono di tener conto del rating attribuito in sede di concessione dei finanziamenti alle imprese sono tenuti a trasmettere alla Banca d'Italia una dettagliata relazione sulle ragioni della decisione assunta”*.

rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso”.

Più recenti sono invece le competenze attribuite all’Autorità dalla legge di stabilità per il 2016⁹⁶ in tema di società *benefit*, pagamenti commerciali e squilibrio nei contratti pubblici conclusi da un soggetto aggregatore.

Il primo compito dell’AGCM a seguito dell’introduzione di questo nuovo tipo di società è quello di assicurare il rispetto da parte delle stesse delle norme in materia di pubblicità ingannevole e delle disposizioni del codice del consumo⁹⁷.

Per quanto concerne il secondo aspetto, l’Autorità deve vigilare sull’applicazione corretta e sul rispetto degli obblighi previsti dal regolamento europeo n. 751 del 2015⁹⁸ in materia di pratiche commerciali⁹⁹.

Infine, il terzo profilo riguarda i contratti pubblici conclusi da un soggetto aggregatore relativi a contratti e forniture ad esecuzione continuata o periodica. L’art. 1, comma 511, della legge 208 del 2015 prevede infatti che *“per l’adesione dei singoli contraenti, (...) qualora si sia verificata una variazione nel valore dei beni, che abbia determinato un aumento o una diminuzione del prezzo complessivo in misura non inferiore al 10 per cento e tale da alterare significativamente l’originario equilibrio contrattuale, come accertato dall’autorità indipendente preposta alla regolazione del settore relativo allo specifico contratto ovvero, in mancanza, dall’AGCM, l’appaltatore o il soggetto aggregatore hanno la facoltà di richiedere (...) una riconduzione ad equità o una revisione del prezzo medesimo”*.

Si segnala inoltre il d.d.l. concorrenza¹⁰⁰ che prevede ulteriori compiti per l’Autorità in materia di premi assicurativi, di distribuzione cinematografica, di disciplina transitoria dei prezzi del gas e dell’energia, di apertura di nuovi impianti e sviluppo del *non oil*.

⁹⁶ Legge 28 dicembre 2015, n. 208 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2016)*).

⁹⁷ Art. 1, comma 384 della legge 28 dicembre 2015, n. 208.

⁹⁸ Regolamento UE n. 751/2015 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2015 in materia di commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta.

⁹⁹ Art. 1, comma 900 della legge 28 dicembre 2015, n. 208.

¹⁰⁰ Disegno di legge C. 3012-B. Ora in esame alla Camera e trasmesso dal Senato il 5 maggio 2017.

6. I rapporti con le altre Autorità

Si è in precedenza rilevato come l'ordinamento riconosca all'AGCM poteri di intervento generali ai fini dell'applicazione della normativa antitrust, di regola senza limiti di settore o soggettivi. Esistono tuttavia dei casi in cui il legislatore ha creato un regime speciale. Queste eccezioni portano al coinvolgimento nell'applicazione della disciplina della tutela della concorrenza anche di autorità settoriali.

Nel settore bancario in passato la competenza generale dell'AGCM risultava molto circoscritta. Il legislatore aveva previsto una competenza molto ampia della Banca d'Italia,¹⁰¹ cui accedeva un potere essenzialmente consultivo dell'AGCM consistente in un parere obbligatorio ma non vincolante. In questo modo il legislatore aveva l'obiettivo di conciliare le esigenze della tutela della concorrenza con quelle ugualmente importanti specifiche del settore bancario, fra cui la stabilità finanziaria necessaria per garantire il dovere costituzionale alla tutela del risparmio. L'Autorità di settore appariva peraltro più idonea ad esercitare il controllo sulla tutela della concorrenza nel mercato del credito anche considerando la disponibilità in capo alla stessa (in virtù di altre attribuzioni) di flussi di informazioni privilegiate utili ai fini dell'analisi antitrust e della successiva applicazione della normativa. La previsione legislativa di cui all'art. 20 della legge n. 287/1990 portava comunque con sé una serie di incertezze in ordine alla ripartizione delle competenze in materia antitrust nel settore bancario tra AGCM e Banca d'Italia. Tali incertezze derivavano essenzialmente dal fatto che il criterio usato per la ripartizione delle competenze era di tipo soggettivo: il legislatore aveva cioè voluto escludere dal controllo dell'AGCM le imprese che svolgevano attività bancaria, cioè attività di raccolta del risparmio tra il pubblico e di esercizio del credito, per porle sotto la vigilanza anche a fini concorrenziali all'autorità di settore cui era già affidata la vigilanza prudenziale.

¹⁰¹ L'art. 20, comma 3, della legge n. 287/1990 disponeva che *“I provvedimenti delle autorità di vigilanza di cui ai commi 1 e 2, in applicazione degli articoli 2,3,4 e 6, sono adottati sentito il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10, che si pronuncia entro trenta giorni dal ricevimento della documentazione posta a fondamento del provvedimento. Decorso inutilmente tale termine l'autorità di vigilanza può adottare il provvedimento di sua competenza”*.

Dopo la legge n. 287 del 1990 tuttavia, il settore del credito e dei servizi finanziari ha subito un'enorme espansione e una fortissima trasformazione. Il Testo Unico Bancario (TUB) e il Testo Unico della Finanza (TUF) hanno prodotto entrambi una notevole riforma della disciplina: il primo in materia di regolamentazione dell'attività creditizia, il secondo in tema di servizi d'investimento e di attività di intermediazione mobiliare.

La situazione così mutata ha fatto emergere i limiti del criterio soggettivo sancito dalla legge n. 287/1990. Esso ha perso il carattere identificativo di uno specifico settore di attività e per ovviare alle difficoltà di applicazione di detto criterio, in questo contesto nuovo, l'AGCM e la Banca d'Italia avevano individuato, in via ermeneutica, un criterio differente e più efficace fondato sul mercato in cui le condotte e le operazioni suscettibili di integrare fattispecie rilevanti ai fini antitrust dispiegano il loro effetti¹⁰². Tale nuovo criterio tuttavia non si è rivelato del tutto soddisfacente ai fini della risoluzione di ogni possibile conflitto tra Banca d'Italia e AGCM rispetto ai propri ambiti di intervento. Esso, infatti, prevedendo una doppia valutazione della medesima fattispecie da parte di due distinte Autorità avrebbe potuto dare luogo a considerazioni difformi e creare una situazione di ripartizione della competenza sulla medesima fattispecie, dovendo la Banca d'Italia prendere in considerazione gli effetti sul mercato bancario e l'AGCM gli effetti sugli altri mercati.

Successivamente, con il rafforzarsi delle argomentazioni favorevoli ad un cambiamento del sistema di attribuzione delle competenze nel settore bancario, il Consiglio di Stato ha stabilito il principio generale in base al quale le competenze della Banca d'Italia dovevano essere interpretate in via restrittiva e, dunque, come eccezione alla competenza generale dell'AGCM secondo la *ratio* della disciplina di cui alla legge n. 287/1990¹⁰³. Il principio così enunciato dal giudice amministrativo sembrava avere un valore generale e precettivo che però è stato disatteso dalla Banca d'Italia poiché, come si può notare da numerosi provvedimenti adottati in seguito alla pronuncia del Consiglio di Stato, essa continuava a ritenersi competente nel caso in cui fosse coinvolta nella fattispecie una banca senza tener conto del

¹⁰² Questo criterio si basava sull'ora abrogato art. 20, comma 7, della legge n. 287 del 1990 secondo cui "*fatto salvo quanto disposto nei commi precedenti, allorché l'intesa, l'abuso di posizione dominante o la concentrazione riguardano imprese operanti in settori sottoposti alla vigilanza di più autorità, ciascuna di esse può adottare i provvedimenti di propria competenza*".

¹⁰³ Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 ottobre 2002, n. 5640.

mercato su cui l'operazione produceva i suoi effetti. Non senza considerare che, in alcuni casi, la Banca d'Italia aveva anche valutato preventivamente operazioni di concentrazioni di imprese finanziarie che non svolgevano la loro attività in mercati riservati alle banche.

Il Legislatore è infine così nuovamente intervenuto con la legge sul risparmio del 2005 (legge 28 dicembre 2005, n. 262), apportando alcune modifiche all'art. 20 della legge n. 287/1990: è stata così attribuita alla competenza esclusiva dell'AGCM la valutazione di fattispecie riguardanti le intese e gli abusi di posizione dominante nel settore bancario. Nel caso delle concentrazioni la previsione normativa è differente, in quanto è richiesta la valutazione dell'AGCM per ciò che concerne i profili della tutela della concorrenza e quella della Banca d'Italia per ciò che attiene ai profili della sana e prudente gestione.

Per quanto concerne il settore dell'editoria e della radiodiffusione, inizialmente la legge n. 287/1990 aveva adottato un sistema simile a quello previsto nel settore bancario. Era attribuita al Garante per la Radiodiffusione e l'Editoria (autorità di settore) la competenza sull'applicazione della disciplina *antitrust*, mentre l'AGCM aveva solo un potere consultivo. In seguito, con l'istituzione dell'Autorità per le Garanzie delle Comunicazioni, la disciplina è mutata poiché la legge istitutiva di tale autorità (legge 31 luglio 1997, n. 249) attribuisce all'AGCM il potere di applicare tutte le norme concorrenziali. Non viene però del tutto escluso l'intervento dell'AGCOM: questa è infatti tenuta a fornire un parere obbligatorio sui provvedimenti adottati in applicazione della legge n. 287/1990 nei confronti degli operatori del settore delle comunicazioni. Il Consiglio di Stato si è inoltre espresso sulla rilevanza sostanziale di questo parere dell'autorità di settore, da cui l'Autorità non può discostarsi se non fornendo una "adeguata motivazione"¹⁰⁴. Di fatto, l'attributo "adeguata" connesso al sostantivo "motivazione" anche solo logicamente non ha alcun senso; meno ancora ne ha se tale attributo costituisce una qualità specifica di un elemento giuridico. È ovvio che un provvedimento amministrativo debba essere motivato, in base a quanto previsto dall'art. 3 della legge 241/1990; altrettanto ovvio è però che se la motivazione non fosse adeguata, essa è come non esistesse. Ricorrendo all'etimologia delle parole, si capisce perché: l'aggettivo "adeguato" deriva dal verbo "adeguare", che proviene dal latino ed esattamente dalla composizione della preposizione *ad* e il verbo *aequare*". Il

¹⁰⁴ Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271.

significato è, dunque, “rendere eguale”: in poche parole, adeguare vuol dire rendere due oggetti o due concetti il più possibile uguali, pareggiarli. Ma l’adeguamento, di per se stesso - implicando il pareggiamento tra almeno due termini di paragone - richiede il confronto: in tal caso il confronto consiste nel fatto che l’Autorità di settore ha obbligo di rendere conto, in sede di motivazione del provvedimento, in modo particolarmente dettagliato delle ragioni che ne hanno orientato l’azione in una direzione diversa rispetto a quella suggerita dall’AGCM, “pareggiando” con la forza delle proprie argomentazioni la forza opposta realizzata dal percorso logico-giuridico seguito dall’Autorità antitrust.

Sul tema dei rapporti tra AGCM e altre autorità di settore sono inoltre intervenute recentemente due sentenze dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che riguardano in particolare il settore delle comunicazioni. Le sentenze n. 3 e 4 del 2016 hanno apportato sostanziali innovazioni al precedente orientamento che, basandosi sul principio di specialità, negava la competenza dell’AGCM ad applicare la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette (Codice del consumo) in un settore dove la tutela dei consumatori fosse disciplinata da normativa settoriale la cui applicazione spetti all’autorità di settore.¹⁰⁵ Il nuovo orientamento del giudice amministrativo prevede che, nel caso in cui una pratica scorretta o aggressiva, pur integrando un illecito previsto dalla normativa di settore, integri allo stesso tempo una fattispecie più grave e ampia di illecito anticoncorrenziale non regolata settorialmente, sia competente l’AGCM sulla base del principio della gravità dell’illecito. Il Consiglio di Stato ha affermato dunque che nel caso di conflitto di competenza tra l’AGCM e un’autorità di settore questo vada risolto, non sulla base del criterio della specialità (che potrebbe risultare troppo rigido), bensì mediante un’analisi caso per caso che non ometta di tener conto della peculiarità e della complessità della fattispecie concreta. Inoltre il giudice nazionale ha richiamato la giurisprudenza europea secondo cui vige il principio di indifferenza dell’UE sull’articolazione delle competenze amministrative all’interno degli Stati membri¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 9 febbraio 2016, n. 3; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 9 febbraio 2016, n. 4.

¹⁰⁶ Corte di Giustizia, sentenza 25 maggio 1982, Commissione delle Comunità europee c. Regno dei Paesi Bassi, causa C-96/81, in Raccolta 1982, p. 1791; sentenza 17 giugno 1986, Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio, causa 1/86, in Raccolta 1987, p. 2797; sentenza 13 dicembre 1991, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana, causa C-33/90, in Raccolta 1991, p. I-5987

Nel settore delle assicurazioni è invece previsto che l'Autorità applichi la disciplina *antitrust* sentito il parere obbligatorio ma non vincolante dell'autorità di settore che in questo caso è l'ISVAP (ora, IVASS, ai sensi del decreto legge del 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla legge del 7 agosto 2012, n. 135).

Quest'ultimo è dunque tenuto a esprimersi in funzione di supporto e di conoscenza in un settore in cui vi sono particolari meccanismi di funzionamento e una regolamentazione molto complessa e vasta.

Sulla natura e la valenza del parere che l'IVASS è tenuto a rendere, il giudice amministrativo ha operato una distinzione. Per quanto riguarda le valutazioni riferite direttamente alla disciplina e alle peculiarità del settore regolato è richiesto, nel caso in cui l'AGCM voglia discostarsi, una motivazione particolarmente esauriente. Al contrario, se le valutazioni dell'autorità di settore riguardano l'applicazione delle norme concorrenziali l'Autorità potrà prescindere senza un onere di motivazione così gravoso poiché si tratta di valutazioni attinenti competenze dirette dell'AGCM¹⁰⁷.

7. Il procedimento

La disciplina del procedimento di fronte l'AGCM ha una importanza e un ruolo essenziali. Attraverso il procedimento si vuole infatti garantire una tutela della concorrenza dotata di effettività e, allo stesso tempo, di un elevato grado di trasparenza e garanzia. In dottrina si è sviluppato un ampio dibattito sui procedimenti di fronte all'Autorità, riguardante in particolar modo la natura dell'AGCM come amministrazione indipendente, rapportata alle specificità di un procedimento caratterizzato dalle funzioni di accertamento e sanzionatoria degli illeciti concorrenziali. Parte della dottrina ha infatti, considerato tra le più importanti funzioni dell'Autorità quella dell'accertamento e della qualificazione di atti e fatti in termini di liceità/illiceità riferendosi alla c.d. attività paragiurisdizionale. L'aspetto peculiare dei procedimenti in materia concorrenza riguarda il fatto che ci si basa sull'applicazione ad un caso concreto di una regola di diritto nel corso di una procedura quasi-giurisdizionale la quale ricorda l'esperienza nordamericana dell'*adjudication*¹⁰⁸. Tale tesi tuttavia non è da

¹⁰⁷ Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

¹⁰⁸ M. CLARICH, *Op. cit.*, p.344.

condividere con riferimento al fatto che pone in primo piano il carattere giurisdizionale dell'Autorità stessa della quale invece va sempre ricordata la natura amministrativa.

La legge istitutiva dell'AGCM contiene poche disposizioni riguardanti il procedimento poiché all'art. 10, comma 5, affida ad un apposito regolamento la previsione di procedure istruttorie volte a garantire agli interessati la conoscenza degli atti del procedimento, un adeguato contraddittorio e la verbalizzazione delle operazioni compiute. Le fonti giuridiche in cui ritrovare la disciplina procedimentale sono essenzialmente due: la legge n. 287/1990 e il decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998 n. 217 che ha sostituito il Regolamento del 1991¹⁰⁹. Il D.p.r. n. 217/1998 ha introdotto una regolamentazione specifica delle varie fasi del procedimento, delle garanzie delle parti e dei terzi e dei poteri dell'AGCM.

Queste norme procedimentali sono, quanto alla loro natura giuridica, qualificabili come norme speciali rispetto alla disciplina generale del procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241/1990. La disciplina speciale non prevede espressamente l'applicazione della legge generale sul procedimento amministrativo, questa può tuttavia essere comunque utilizzata qualora preveda ulteriori garanzie.¹¹⁰

Per quanto concerne le caratteristiche più importanti del procedimento, va innanzitutto ricordato che - data la natura amministrativa dell'AGCM - le procedure hanno carattere amministrativo e l'attività ha natura inquisitoria (essendo rimessa ad essa tanto la raccolta delle prove dell'illecito concorrenziale quanto l'individuazione dell'infrazione commessa).

La natura amministrativa del procedimento porta inoltre, ad escludere l'applicabilità di norme e di istituti di carattere giurisdizionale che non siano compatibili con lo stesso. Tuttavia, data la natura contenziosa delle procedure assumono tuttavia una posizione centrale il principio del contraddittorio e della partecipazione, i quali, peraltro, non assumono però la tipica funzione che hanno nel procedimento amministrativo, ossia di collaborazione con l'amministrazione, ma piuttosto hanno finalità di garanzia e di tutela dei diritti di difesa. A questo

¹⁰⁹ D.p.r. 10 settembre 1991, n. 461.

¹¹⁰ G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. PREDIERI (a cura di), *Le Autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Passigli Editori, Firenze, 1997, pp. 145 ss.

proposito si parla, infatti di contraddittorio rafforzato con le parti nel corso del procedimento poiché esse possono presentare osservazioni, in forma scritta e orale, per garantire la declinazione del principio del contraddittorio consistente nella “parità delle armi”, che comporta l’osservanza e il rispetto dei diritti di difesa delle parti.

Il principio del contraddittorio rileva inoltre sotto un diverso profilo, relativo all’assenza di una previsione legislativa che separi formalmente funzione istruttoria e funzione decisoria dell’Autorità. Questa mancanza è stata, però, in parte colmata dal Regolamento di procedura n. 217/1998, che ha introdotto un criterio basato sulla ripartizione delle funzioni tra uffici e collegio. Ai primi spettano le funzioni propriamente istruttorie, mentre spetta al collegio composto dal presidente e da due membri la funzione decisoria. Questa separazione prevista dal regolamento è però solo tendenziale, in quanto in alcuni casi il collegio è competente anche nella fase istruttoria: per lo svolgimento di importanti attività istruttorie come ispezioni e perizie o, nella fase di contestazione delle risultanze istruttorie, dove è garantita alle parti la possibilità di avere un’audizione finale di fronte al collegio.

Vanno ora analizzate le singole fasi del procedimento che si suddivide in fase pre-istruttoria, che precede l’apertura del procedimento; fase istruttoria in cui sono acquisiti gli elementi probatori; fase di chiusura del procedimento, che si conclude con l’adozione del provvedimento finale.

7.1. La fase pre-istruttoria e l’attivazione dell’Autorità

La fase di pre-istruttoria è quella che precede l’apertura formale di un procedimento in cui l’Autorità agisce o per la repressione di un illecito o per stabilire se una determinata intesa non è lesiva della concorrenza. Nella prima ipotesi l’Autorità acquisisce dai terzi o d’ufficio la *notizia criminis* e, a seguito di una delibazione sommaria, verifica se la presunta violazione sia fondata in modo tale da giustificare l’istituzione di un procedimento istruttorio. Nella seconda ipotesi, invece l’Autorità riceve una comunicazione dalle imprese parti dell’intesa¹¹¹.

¹¹¹ Art. 13 della legge n. 287/1990.

7.1.1. Le denunce e gli accertamenti d'ufficio

L'attivazione dell'AGCM ai fini dell'accertamento di illeciti concorrenziali, può avvenire a seguito di istanze, segnalazioni, denunce di terzi interessati o autodenunce sulla base di programmi di clemenza, ovvero d'ufficio a seguito di una valutazione degli elementi acquisiti. Si può dare luogo a un procedimento d'ufficio volto ad accertare l'illecito se l'iniziale valutazione dell'Autorità abbia dato esito positivo sull'esistenza dei presupposti per lo svolgimento di un'istruttoria formale.

Le denunce dei terzi - solitamente pubbliche amministrazioni, privati, associazioni rappresentative dei consumatori - sono lo strumento più importante tramite il quale l'AGCM viene a conoscenza degli illeciti concorrenziali. Questi, essendo infatti fattispecie molto complesse, sarebbero difficili da individuare in altro modo. La legge consente, dunque, ai privati di rivolgersi all'Autorità; tuttavia non prevede nulla riguardo agli obblighi di quest'ultima nei confronti della denuncia presentata. L'AGCM è però comunque tenuta ad esaminare gli elementi che ha a sua disposizione al fine di verificare se vi siano i presupposti per l'avvio dell'istruttoria¹¹². Non vi è un dovere di provvedere dell'AGCM, ma vi è un obbligo di valutazione dell'Autorità che non può rimanere inerte una volta ricevuta una segnalazione.

La fase di pre-istruttoria ha quindi ad oggetto i presupposti per l'apertura della fase istruttoria vera e propria. Essa ha carattere preliminare ed informale e può assumere una intensità e una valenza diverse a seconda della fattispecie concreta. Spesso sono richieste delle attività alquanto complesse che consistono nell'acquisire e verificare i vari elementi che provengono dai soggetti interessati ossia denunciante, denunciati e terzi. Un ulteriore elemento che conferma il carattere informale di questa fase procedimentale sta nel fatto che non ne è predeterminata dalla legge la durata e non è previsto un termine entro il quale l'Autorità deve avviare l'istruttoria. L'AGCM, inoltre, non ha il potere di creare obblighi nella sfera giuridica dei soggetti coinvolti, mentre è rimessa alla collaborazione spontanea degli interessati la messa a disposizione delle

¹¹² Art. 14 della legge n. 287/1990.

informazioni poiché non è prevista dalla legge nessuna modalità specifica di assunzione degli elementi conoscitivi¹¹³.

L'importanza di questa fase preliminare di valutazione ai fini dell'apertura di un procedimento formale o dell'archiviazione degli atti è stata rilevata anche dalla giurisprudenza che la ritiene doverosa in quanto risponde ai principi di economicità e buon andamento della pubblica amministrazione¹¹⁴. Va comunque osservato che nel caso in cui l'Autorità disponga l'archiviazione degli atti nulla vieta che in futuro, in presenza di nuovi elementi o mutate le circostanze di fatto o di diritto, l'AGCM possa attivarsi nuovamente.

7.1.2. I programmi di clemenza

L'AGCM può anche attivarsi quando un'impresa che sia parte di un'intesa o di una pratica concordata si "autodenunci": l'incentivo all'"autodenuncia" è rappresentato dalla possibilità, di cui godono le imprese che facciano emergere un cartello destinato a restare segreto, di avvalersi dei c.d. "programmi di clemenza" (*leniency programs*).

Questi - per la prima volta adottati negli USA nel 1978 - permettono all'impresa di ottenere, in cambio della collaborazione fornita all'Autorità, dei benefici graduati a seconda della rilevanza delle informazioni fornite: si va dall'immunità totale ad una riduzione della sanzione più o meno rilevante.

Questo strumento riveste notevole rilevanza nella repressione degli illeciti concorrenziali: esso da una parte consente alle istituzioni di servirsi di un membro del cartello per ottenere informazioni che sarebbe altrimenti difficile reperire; dall'altra rappresenta uno scoraggiamento in sé alla formazione di cartelli. Le imprese aderenti al cartello infatti, si troverebbero comunque ad essere destabilizzate nel perseguimento della strategia di mercato, in considerazione dell'incertezza e dei sospetti tra le medesime partecipanti, determinati proprio dalla possibilità per ciascuna di denunciare il cartello beneficiando del programma di clemenza.

¹¹³ L'art. 10, comma 4, della legge n. 287/1990 dispone che l'Autorità ha il diritto di "corrispondere con tutte le pubbliche amministrazioni e con gli enti di diritto pubblico, e di chiedere ad essi, oltre a notizie e informazioni, la collaborazione per l'adempimento delle sue funzioni".

¹¹⁴ Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 652/2001.

A livello nazionale il programma di clemenza è previsto dall'art. 15, comma 2 bis, della legge n. 287/1990¹¹⁵ il quale dispone che: *“l'Autorità, in conformità all'ordinamento comunitario, definisce con proprio provvedimento generale i casi in cui, in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza, la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata ovvero ridotta nelle fattispecie previste dal diritto comunitario”*. Questa disposizione lascia ampi margini all'Autorità nel definire l'ambito di applicazione del programma di clemenza. L'AGCM, ai fini di specificare tale fattispecie, ha emanato nel 2007 una Comunicazione sulla non imposizione e riduzione delle sanzioni ai sensi dell'art. 15, comma 2 bis.¹¹⁶

Come per i programmi di clemenza stabiliti a livello europeo, anche quello nazionale ha ad oggetto le intese segrete volte alla limitazione della produzione o delle vendite, alla ripartizione dei mercati o alla fissazione di prezzi di acquisto e di vendita. Sono inoltre sostanzialmente analoghe al sistema europeo le condizioni richieste per ottenere i benefici, nonché le modalità procedurali. La differenza maggiore tra i due sistemi consiste nel fatto che sulla base del programma di clemenza nazionale l'AGCM può concedere l'impunità anche alle imprese che abbiano costretto i concorrenti più deboli ad aderire all'intesa.

Per conseguire l'impunità all'impresa è richiesta la presentazione di una domanda di ammissione al programma di clemenza contenente informazioni e documenti probatori che forniscano all'Autorità prove decisive sull'esistenza di un cartello di cui l'AGCM non possedeva informazioni sufficienti per provarne l'esistenza. È necessario dunque che l'impresa fornisca dettagliatamente tutte le informazioni sulle caratteristiche dell'intesa, fra cui la natura, gli scopi, le modalità dell'intesa, la durata e i soggetti partecipanti. Una volta presentate le domande sono esaminate secondo l'ordine cronologico.

Nel caso in cui le informazioni fornite dall'impresa nella domanda non siano decisive per la scoperta di un cartello ma comunque siano utili per rafforzare l'impianto probatorio di un'indagine in corso, l'impresa denunciante può ottenere una riduzione dell'ammenda. La riduzione è stabilita discrezionalmente

¹¹⁵ Introdotto dal d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248.

¹¹⁶ *Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990 n. 287*, 15 febbraio 2007, n. 287, Provvedimento n. 16472.

dall'Autorità in base all'importanza del contributo dell'impresa, mentre la Comunicazione stabilisce soltanto il limite massimo alla riduzione che è del 50% della sanzione prevista dalla legge.

È prevista infine un'ulteriore tipologia di beneficio che è la c.d. immunità parziale. Quest'ultima si ha quando l'impresa denunci ulteriori fatti illeciti che aumentino la gravità della violazione, per i quali essa può beneficiare dell'immunità parziale.

7.2. Fase istruttoria

Dalla fase pre-istruttoria si passa alla fase formalmente istruttoria tramite una delibera di avvio del procedimento ai sensi dell'art. 14, comma 1, della legge n. 287/1990¹¹⁷. L'Autorità provvede a deliberare l'avvio del procedimento quando - sulla base degli accertamenti svolti e delle informazioni che abbia ottenuto - ritenga che vi sia una violazione degli articoli 2 o 3 della legge n. 287/1990. Il Regolamento di procedura stabilisce poi nel dettaglio il contenuto minimo del provvedimento di avvio dell'istruttoria che deve indicare gli elementi essenziali delle presunte infrazioni.

Il provvedimento va inoltre notificato alle imprese interessate e ai soggetti titolari di un interesse qualificato tra cui rientrano coloro che hanno presentato denunce finalizzate all'apertura dell'istruttoria.

Successivamente alla notifica l'Autorità può esercitare tutti i poteri di accertamento previsti dalla legge n. 287/1990.

7.2.1. I poteri di accertamento

I poteri di cui è dotata l'Autorità - molto simili a quelli previsti a livello europeo per la Commissione europea - sono molto incisivi in quanto volti ad investigare e ad accertare infrazioni complesse, riguardanti soprattutto intese poste in essere segretamente, la cui esistenza risulta difficile da provare. In concreto i poteri di

¹¹⁷ La legge 287/1990 all'art. 14, comma 1, prevede che *“l'Autorità, nei casi di presunta infrazione agli articoli 2 o 3, notifica l'apertura dell'istruttoria alle imprese e agli enti interessati (...)”*.

indagine si sostanziano in richieste di informazioni, ispezioni, perizie, analisi economiche e consultazione di esperti.

L'Autorità può richiedere in qualsiasi momento dell'istruttoria informazioni a imprese, enti o persone che ne abbiano la disponibilità.¹¹⁸ Le informazioni richieste debbono comunque essere attinenti all'accertamento dell'illecito concorrenziale, in particolar modo rispettose dei principi di necessità e di proporzionalità della richiesta che a tal fine dovrà essere motivata, anche in modo generico, dall'Autorità.

Bisogna inoltre porre in evidenza che non sono soltanto le imprese parti del procedimento ad essere soggette all'obbligo di fornire le informazioni rilevanti; anche i terzi che siano in possesso di documenti utili sono obbligati a rivelarli per il solo fatto di possederli.

Una particolare ipotesi di richiesta di informazioni riguarda le imprese che siano in possesso di documenti dai quali possa risultare la loro responsabilità. In questi casi si deve ritenere applicabile il principio del divieto di autoincriminazione così come stabilito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, secondo cui non si possono obbligare le imprese a fornire informazioni da cui deriverebbe la loro responsabilità poiché la prova dell'illecito concorrenziale deve essere sempre fornita dall'autorità competente che a livello europeo è la Commissione.¹¹⁹

L'Autorità gode altresì del potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie alle imprese che non forniscano le informazioni richieste ovvero forniscano informazioni false. La sanzione sembra tuttavia inadeguata: essa risulta infatti, di lieve entità se commisurata all'importanza di questo mezzo istruttorio ai fini della repressione degli illeciti. Parrebbe pertanto opportuno sottolineare l'opportunità di una rivisitazione nel *quantum* della stessa, quantomeno nel massimo edittale (attualmente pari 51.645 euro).¹²⁰

¹¹⁸ L'art. 14, comma 2, della legge n. 287/1990 dispone che *"l'Autorità può in ogni momento dell'istruttoria richiedere alle imprese, enti o persone che ne siano in possesso, di fornire informazioni e di esibire documenti utili ai fini dell'istruttoria; disporre ispezioni al fine di controllare i documenti aziendali e di prenderne copia, anche avvalendosi della collaborazione di altri organi dello Stato; disporre perizie e analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria"*.

¹¹⁹ Corte di Giustizia, 18 ottobre 1989, *Orkem*, C-374/87.

¹²⁰ P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Mulino, Bologna, 2011, p. 407.

Un altro importante mezzo istruttorio è costituito dalle ispezioni, che si sostanziano in un accertamento *in loco* presso le imprese, senza preavviso alle stesse, e costituisce il più incisivo mezzo istruttorio di cui l'Autorità avvalersi, in modo particolare quando le attività investigate dall'AGCM siano caratterizzate dalla segretezza, come nel caso delle intese.

Le norme principali in tema di ispezioni sono l'art. 14, comma 2, della legge n. 287/1990 (che permette all'Autorità ispezionare le imprese per il controllo dei documenti aziendali dei quali può anche prendere copia) e l'art. 10, comma 5, del Regolamento di procedura (che specifica i poteri del soggetto attivo dell'ispezione, prevedendo che il funzionario dell'AGCM possa avere accesso a tutti i locali, terreni e mezzi di trasporto dell'impresa e richiedere informazioni e spiegazioni orali). Da queste disposizioni viene in evidenza come l'Autorità non disponga di un potere di perquisizione nei confronti delle imprese, le quali sono tenute a collaborare mettendo a disposizione i documenti richiesti. Nel caso di opposizione all'ispezione da parte delle imprese coinvolte nel procedimento, l'Autorità può comunque avvalersi della Guardia di Finanza che è dotata di poteri coercitivi.

L'AGCM ha la facoltà di disporre ispezioni in qualsiasi momento dell'istruttoria e nei confronti di tutti i soggetti che ritenga in possesso di documenti rilevanti per il procedimento senza però poter accedere a domicili privati.¹²¹ Il funzionario che svolge l'ispezione deve presentare all'impresa un atto scritto in cui, a garanzia del privato, venga specificato l'oggetto e la finalità dell'ispezione. Altro aspetto affrontato dalla giurisprudenza riguarda i documenti che possono essere acquisiti nel corso dell'ispezione stessa. A questo riguardo i giudici amministrativi hanno ritenuto ammissibile l'acquisizione di documenti non direttamente riferibili all'istruttoria in corso, i quali siano però rilevanti dal punto di vista di un'ulteriore illecito concorrenziale. Questo orientamento si basa sulla possibilità di non poter reperire i documenti con una nuova ispezione da svolgersi a seguito dell'apertura formale dell'istruttoria per tale procedimento¹²².

L'art. 10, comma 4, del Regolamento di procedura dispone quale possa essere l'oggetto dell'ispezione, prevedendo che *“per documento si intende ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni ed informali, formati e utilizzati ai*

¹²¹ Non solo le imprese parti del procedimento.

¹²² Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

fini dell'attività dell'impresa, indipendentemente dal livello di responsabilità e rappresentatività dell'autore del documento, nonché ogni documento prodotto o contenuto su supporto informatico”.

Un particolare profilo inerente alle ispezioni che l’Autorità può svolgere nei confronti delle imprese è quello delle comunicazioni tra l’impresa e i suoi legali: queste sono coperte da riservatezza e dunque sottratte all’attività investigativa dell’AGCM. La Corte di Giustizia dell’Unione Europea ha riconosciuto il principio di riservatezza della corrispondenza tra cliente e avvocato come espressione e garanzia del diritto di difesa poiché si va ad instaurare un rapporto fiduciario, all’interno del quale deve essere garantita la possibilità di rivolgersi con piena libertà al proprio avvocato. Questa particolare forma di tutela è tuttavia esclusa nel caso in cui si tratti di corrispondenza con i legali interni all’impresa. Pur mancando un’esplicita previsione del c.d. *legal privilege* in materia *antitrust*, la Corte di Giustizia lo ha considerato come un principio comune degli Stati membri e questo ha portato l’AGCM ad applicarlo nella prassi.

Nel caso di rifiuto o omissione di informazioni sono altresì applicate le sanzioni previste dall’art. 14, comma 5, della legge n. 287/1990.¹²³ Secondo il Regolamento di procedura non costituiscono giustificato motivo di rifiuto l’opposizione di vincoli di riservatezza o di esigenze di autotutela contro il rischio di sanzioni amministrative¹²⁴.

Ulteriore mezzo istruttorio a disposizione dell’Autorità è costituito dalle perizie, le analisi economiche e le consultazioni di esperti riguardanti ogni elemento utile per il procedimento in corso.¹²⁵ Il contributo degli esperti in una materia

¹²³ La disposizione prevede che “*con provvedimento dell’Autorità, i soggetti richiesti di fornire gli elementi di cui al comma 2 sono sottoposti alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a cinquanta milioni di lire se rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti ovvero alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a cento milioni di lire se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri. Sono salve le diverse sanzioni previste dall’ordinamento vigente*”.

¹²⁴ L’art. 10, comma 3, del D.p.r. 30 aprile 1998, n. 217 dispone che “*In ogni caso, non costituisce giustificato motivo di rifiuto o di omissione, ai fini delle sanzioni previste dall’articolo 14, comma 5, della legge, l’opposizione:*

a) di vincoli di riservatezza o di competenza imposti da regolamenti aziendali o prescrizioni interne, anche orali;

b) di esigenze di autotutela dal rischio di sanzioni fiscali o amministrative;

c) di esigenze di tutela del segreto aziendale o industriale, salvo i casi in cui l’Autorità riconosca particolari esigenze segnalate al riguardo”.

¹²⁵ L’art. 11, comma 1, del D.p.r. 30 aprile 1998, n. 217 stabilisce che “*in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell’istruttoria, il collegio autorizza le perizie e analisi statistiche*

complessa come quella degli illeciti concorrenziali è fondamentale poiché questi sono in grado di coadiuvare l'Autorità fornendo analisi di contenuto prettamente tecnico-economico sugli elementi già acquisiti, ad esempio determinando il mercato rilevante o elaborando dati attraverso metodi statistici.

È da escludere che in questi casi si debbano applicare le norme del codice di procedura civile sulla perizia e consulenza tecnica poiché si tratta di procedimenti amministrativi e non giurisdizionali regolati dalla legge n. 287/1990.¹²⁶

Nonostante si tratti di un procedimento amministrativo, come ha evidenziato la dottrina, esso ha carattere quasi-giurisdizionale. Ciò viene in rilievo anche in questo caso, posto che l'art. 11, comma 2, del Regolamento di procedura prevede un contraddittorio con le parti interessate nel caso di svolgimento di una perizia o un'analisi economica. Alle parti è infatti consentito di formulare le proprie osservazioni eseguendo autonomi accertamenti e accedendo ai documenti istruttori.

L'AGCM compiere le attività istruttorie necessarie nel corso del procedimento può inoltre avvalersi della Guardia di Finanza, instaurandosi una sorta di collaborazione istituzionale.¹²⁷ In questo modo l'Autorità può avvalersi dell'ausilio di un'amministrazione che ha funzioni di polizia specializzata in violazioni di carattere economico-finanziario: i rapporti tra le due istituzioni sono peraltro disciplinati dal 1997 da uno specifico protocollo d'intesa.

7.2.2. I diritti delle imprese interessate e dei terzi

La partecipazione al procedimento è disciplinata dettagliatamente dal D.p.r. 30 aprile 1998, n. 217. La norma opera una distinzione fondamentale tra i soggetti cui è stato notificato il provvedimento di apertura dell'istruttoria e gli altri soggetti ammessi successivamente ad intervenire nel procedimento. La differenza tra queste due categorie di soggetti sta nel diritto per i primi, e non per gli altri, di avvalersi di un contraddittorio orale e di essere sentiti in audizioni con l'Autorità.

ed economiche, nonché la consultazione di esperti, proposte dagli uffici” confermando quanto previsto dall'art. 14 della legge n. 287/1990: l'Autorità può “disporre perizie e analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria”.

¹²⁶ TAR Lazio, Sez. I, 15 aprile 1999, n. 873.

¹²⁷ L'art. 8 del D.p.r. 30 aprile 1998, n. 217 prevede infatti che “ai sensi dell'articolo 54, comma 4, della legge 6 febbraio 1996, n. 52, l'Autorità può avvalersi della collaborazione della Guardia di Finanza”.

I soggetti che sono parti del procedimento in corso e coloro che hanno un interesse diretto, immediato e attuale possono presentare memorie scritte, documenti e formulare deduzione così come disposto dal regolamento di procedura.¹²⁸ Essi hanno inoltre il diritto di comparire di fronte all'Autorità per audizioni formali, tramite il proprio rappresentante legale o un procuratore speciale.¹²⁹ È possibile poi per le parti farsi assistere nel corso dell'audizione da propri consulenti senza che ciò comporti la sospensione dell'audizione.¹³⁰ Bisogna infine ricordare che la prima audizione successiva all'apertura dell'istruttoria si tiene dinanzi agli uffici istruttori, mentre l'audizione finale si svolge di fronte al collegio.¹³¹

Un'ulteriore garanzia alle imprese che partecipano all'istruttoria è costituita dal diritto di accedere ai documenti in possesso dell'Autorità. In questo modo viene garantito il contraddittorio specialmente sotto il profilo della "parità delle armi" in quanto si consente alle imprese di fornire il proprio punto di vista in ordine alle violazioni addebitate. Secondo quanto previsto dalla legge n. 287/1990 all'art. 10, comma 5, devono essere adottate *"procedure istruttorie che garantiscono agli*

¹²⁸ L'art. 6, comma 4, del D.p.r. 30 aprile 1998, n. 217 dispone che *"il provvedimento di avvio dell'istruttoria è notificato alle imprese e agli enti interessati, nonché ai soggetti che ai sensi dell'articolo 12, comma 1, della legge, avendo un interesse diretto, immediato ed attuale, hanno presentato denunce o istanze utili all'avvio dell'istruttoria. Qualora l'istruttoria riguardi imprese che operano nel settore assicurativo, ne è data immediata comunicazione all'ISVAP"*.

¹²⁹ L'art. 14, comma 1, della legge n. 287/1990 prevede innanzitutto che *"l'Autorità, nei casi di presunta infrazione agli articoli 2 o 3, notifica l'apertura dell'istruttoria alle imprese e agli enti interessati"* e prosegue disponendo che: *"i titolari o legali rappresentanti delle imprese ed enti hanno diritto di essere sentiti, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, nel termine fissato contestualmente alla notifica ed hanno facoltà di presentare deduzioni e pareri in ogni stadio dell'istruttoria, nonché di essere nuovamente sentiti prima della chiusura di questa"*.

¹³⁰ L'art. 7, commi 3 e 4, del D.p.r. 30 aprile 1998, n. 217 dispone che *"i soggetti ai quali è stato notificato il provvedimento di avvio dell'istruttoria, ai sensi dell'articolo 6, comma 4, hanno diritto di essere sentiti ai sensi dell'articolo 14, comma 1, della legge. Nel corso delle audizioni i soggetti interessati possono comparire in persona del proprio rappresentante legale oppure di procuratore speciale munito di apposita documentazione giustificativa del potere di rappresentanza. Essi possono altresì farsi assistere da consulenti di propria fiducia, senza tuttavia che l'esercizio di tale facoltà comporti la sospensione dell'audizione"*.

¹³¹ L'art. 14, commi 5 e 6, del D.p.r. 30 aprile 1998, n. 217 prevede, a riguardo dell'audizione finale, che *"le imprese e gli enti interessati hanno diritto di essere sentiti dinanzi al collegio. A tal fine, essi devono far pervenire apposita richiesta entro cinque giorni dal ricevimento della comunicazione delle risultanze istruttorie. A seguito di detta richiesta, il collegio fissa la data della audizione, che è comunicata alle imprese. Il collegio può inoltre sentire gli altri soggetti che hanno preso parte al procedimento, e ne facciano motivata richiesta"*.

interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio e la verbalizzazione” senza però specificare nulla in materia di accesso agli atti. La disciplina in materia di accesso nei procedimenti per illeciti concorrenziali è dettata in maniera dettagliata dal regolamento di procedura che si basa sull’esperienza maturata a livello europeo dalla Commissione.

Quanto alla disciplina dettata dal regolamento di procedura, il diritto di accesso viene garantito alle imprese interessate, ad eventuali intervenienti e denunciati successivamente all’inizio dell’istruttoria e, dunque, nel corso della stessa. Questo però non sta a significare che l’accesso al di fuori dell’istruttoria sia escluso; al contrario, l’accesso va garantito anche a soggetti estranei al procedimento istruttorio e inoltre può essere esercitato anche nei confronti di atti sulla cui base l’Autorità abbia deciso di non avviare l’istruttoria. La giurisprudenza amministrativa ha comunque limitato tale facoltà ai casi in cui i documenti siano necessari ai fini della difesa dall’impresa tutelando in caso contrario il diritto alla riservatezza con la negazione dell’accesso¹³². Bisogna inoltre ricordare che dal punto di vista oggettivo l’art. 13, comma 1, del D.p.r. 30 aprile 1998, n. 217 fa riferimento *“ai documenti formati o stabilmente detenuti dall’Autorità nei procedimenti concernenti intese, abusi di posizione dominante ed operazioni di concentrazione”*.

Un altro aspetto importante di cui tener conto in materia di accesso ai documenti consiste nella individuazione di eventuali limiti all’accesso. Questi sono individuati dal regolamento di procedura che si occupano di contemperare due diverse esigenze: da un lato, quella ad un contraddittorio pieno che garantisca l’esercizio dei diritti di difesa; dall’altro, quella di tutelare la riservatezza delle informazioni che potrebbero pregiudicare gli interessi delle imprese. Le norme del D.p.r. 30 aprile 1998, n. 217 pongono una distinzione in ordine alla riservatezza, a seconda che si tratti di informazioni riservate o di informazioni qualificabili come segreti commerciali. Nel primo caso l’accesso è consentito qualora sia necessario per assicurare il diritto al contraddittorio.¹³³ Nel secondo caso invece (cioè in presenza di documenti contenenti segreti industriali) è prevista generalmente

¹³² Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 gennaio 2001, n. 191.

¹³³ L’art. 13, comma 2, del D.p.r. 30 aprile 1998, n. 217 dispone che *“qualora i documenti di cui al comma 1 contengano informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario, relative a persone ed imprese coinvolte nei procedimenti, il diritto di accesso è consentito, in tutto o in parte, nei limiti in cui ciò sia necessario per assicurare il contraddittorio”*.

l'esclusione dal diritto all'accesso, il quale è tuttavia ammesso nel caso in cui tali informazioni diano prova di un illecito ovvero siano essenziali ai fini della difesa dell'impresa.¹³⁴ Ad ogni modo in entrambi i casi il regolamento di procedura richiede che siano adottati tutti i provvedimenti necessari affinché le informazioni non siano divulgate.¹³⁵

Un regime particolare per i documenti interni è quello previsto dal comma 5 dell'art. 13 del regolamento di procedura il quale prevede che: *“sono sottratti all'accesso le note, le proposte ed ogni altra elaborazione degli uffici con funzione di studio e di preparazione del contenuto di atti”*. Inoltre l'AGCM può, ai sensi dell'art. 13, comma 6, D.p.r. 30 aprile 1998, n. 217, escludere l'accesso *“i verbali delle adunanze del collegio, nonché i documenti inerenti a rapporti tra l'Autorità e le istituzioni dell'Unione europea, nonché tra l'Autorità e gli organi di altri Stati o di altre organizzazioni internazionali, dei quali non sia stata autorizzata la divulgazione”*.

Il regolamento di procedura prevede un particolare sub-procedimento per l'individuazione dei documenti da considerare riservati. Per questi, come è già stato rilevato, vale un regime particolare che limita l'accesso dei terzi. L'impresa, perché venga applicato tale regime, deve inoltrare all'Autorità una richiesta motivata di riservatezza, in cui si indicano i documenti che l'impresa stessa ritiene che debbano essere mantenuti riservati. A seguito della richiesta il responsabile del procedimento, se intende negare la riservatezza dei documenti, è tenuto a comunicarlo agli interessati con provvedimento motivato¹³⁶.

È infine possibile per l'Autorità differire l'accesso con il fine di garantire l'esercizio dell'attività investigativa svolta con particolare riguardo alla fase

¹³⁴ L'art. 13, comma 3, del D.p.r. 30 aprile 1998, n. 217 con riferimento ai segreti commerciali prevede che *“i documenti che contengono segreti commerciali sono sottratti all'accesso. Qualora essi forniscano elementi di prova di un'infrazione o elementi essenziali per la difesa di un'impresa, gli uffici ne consentono l'accesso, limitatamente a tali elementi”*.

¹³⁵ Così è disposto dall'art. 13, comma 4, del D.p.r. 30 aprile 1998, n. 217.

¹³⁶ L'art. 13, commi 7 e 8, del D.p.r. 30 aprile 1998, n. 217 prevede che *“i soggetti che intendono salvaguardare la riservatezza o la segretezza delle informazioni fornite devono presentare agli uffici una apposita richiesta, che deve contenere l'indicazione dei documenti o delle parti di documenti che si ritiene debbano essere sottratti all'accesso, specificandone i motivi.*

L'ufficio, ove non ritenga sussistenti gli elementi di riservatezza o di segretezza adottati a giustificazione delle richieste di cui al comma 7, ne dà comunicazione agli interessati con provvedimento motivato”.

antecedente l'apertura dell'istruttoria.¹³⁷ Negli ultimi due commi dell'art. 13 del regolamento di procedura sono specificate le modalità dell'esercizio del diritto d'accesso per il quale è prevista una richiesta scritta e motivata.¹³⁸

La possibilità di prendere parte al procedimento è ammessa, seppure in maniera più limitata, anche per soggetti differenti dalle imprese parti del procedimento. È consentita, infatti, la partecipazione di soggetti portatori di interessi pubblici o privati quali, ad esempio, concorrenti o clienti e di associazioni rappresentative dei consumatori. È tuttavia richiesto che ai consumatori possa derivare un danno diretto, immediato e attuale dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria e che essi presentino una richiesta motivata di partecipazione entro trenta giorni dalla pubblicazione del provvedimento di inizio del procedimento.¹³⁹ I soggetti che partecipano all'istruttoria in qualità di intervenuti nel procedimento, hanno diritto a presentare memorie scritte e documenti, ma non hanno diritto ad essere ammessi all'audizione orale davanti all'Autorità (che spetta esclusivamente alle imprese parti del procedimento). L'art. 14, comma 6, del regolamento di procedura prevede peraltro la valutazione discrezionale dell'Autorità in ordine all'ammissione o meno di tali soggetti all'audizione finale per prospettare il loro punto di vista sulla vicenda in esame.

Per quanto riguarda lo svolgimento dell'istruttoria, sia la legge n. 287/1990 che il D.p.r. 30 aprile 1998, n. 217 contengono disposizioni al fine di assicurare un trattamento riservato delle informazioni confidenziali raccolte dall'AGCM.

È previsto in via generale dalla legge il segreto d'ufficio sui documenti raccolti che non siano già di evidenza pubblica.¹⁴⁰ Questa previsione è posta non esclusivamente a tutela delle imprese, bensì del funzionamento dell'intero sistema che si fonda sui poteri dell'Autorità, spesso molto penetranti, che sovente portano all'acquisizione di informazioni di carattere delicato riguardanti le strategie delle imprese, che nel caso in cui venissero rese pubbliche, potrebbero arrecare un grave

¹³⁷ Art. 13, comma 10, del D.p.r. 30 aprile 1998, n. 217.

¹³⁸ L'art. 13, commi 11 e 12, del D.p.r. 30 aprile 1998, n. 217 dispone che *“il diritto di accesso si esercita mediante richiesta scritta e motivata, sulla quale il responsabile del procedimento provvede entro trenta giorni, informandone il collegio. Il collegio determina, con delibera da pubblicarsi nel bollettino, le modalità di esercizio del diritto di accesso, nonché i costi di riproduzione”*.

¹³⁹ Art. 7, comma 1, lett. b), del D.p.r. 30 aprile 1998, n. 217. Trattasi, peraltro, di un termine ordinario.

¹⁴⁰ L'art. 14, comma 3, della legge n. 287/1990 prevede che *“tutte le notizie, le informazioni o i dati riguardanti le imprese oggetto di istruttoria da parte dell'Autorità sono tutelati dal segreto d'ufficio anche nei riguardi delle pubbliche amministrazioni”*.

pregiudizio alle imprese stesse. È inoltre previsto un segreto d'ufficio in senso soggettivo posto a carico dei funzionari dell'Autorità.¹⁴¹

Il regolamento di procedura interviene poi a rinforzare i vincoli di riservatezza posti dalla legge n. 287/1990, prevedendo un doppio regime del segreto d'ufficio sulle informazioni raccolte dall'AGCM nel corso dell'istruttoria.¹⁴² In primo luogo dispone che le informazioni possano essere utilizzate solo per lo scopo per le quali siano state richieste, rifacendosi alla disciplina vigente a livello europeo. In secondo luogo stabilisce l'opponibilità del segreto nei riguardi di tutte le pubbliche amministrazioni - fatti salvi l'obbligo di rapporto in materia penale - quando si tratti di reati perseguibili d'ufficio e la collaborazione con la Commissione europea. Queste disposizioni ammettono comunque il diritto di accesso nei limiti che sono stati descritti e fa ovviamente salvo il regime di pubblicità delle decisioni dell'AGCM.

7.2.3. I poteri cautelari

Inizialmente all'AGCM erano attribuiti poteri cautelari solo in materia di concentrazioni di imprese ai sensi dell'art. 17, comma 1, della legge n. 287/1990, il quale dispone che *"l'Autorità, nel far luogo all'istruttoria di cui all'articolo 16, può ordinare alle imprese interessate di sospendere la realizzazione della concentrazione fino alla conclusione dell'istruttoria"*. Mancando una specifica disposizione attributiva di poteri cautelari per i procedimenti volti all'applicazione della disciplina nazionale in tema di intese ed abusi, era difficile individuare tali poteri nel sistema normativo in quanto - essendo molto invasivi della sfera giuridica delle imprese - erano ritenuti soggetti al principio di tipicità dei poteri.

La mancanza di una disciplina espressa è ancora più evidente in quanto l'art. 33, comma 2, della legge n. 287/1990 attribuiva al giudice ordinario il potere di emettere provvedimenti d'urgenza nel caso di illeciti concorrenziali. La lacuna

¹⁴¹ Art. 14, comma 4, della legge n. 287/1990.

¹⁴² L'art. 12 del D.p.r. 30 aprile 1998, n. 217 afferma che *"le informazioni raccolte in applicazione della legge e del presente regolamento possono essere utilizzate soltanto per lo scopo per il quale sono state richieste e, ai sensi dell'articolo 14, comma 3, della legge, sono tutelate dal segreto d'ufficio anche nei riguardi delle pubbliche amministrazioni, fatti salvi gli obblighi di denuncia di cui all'articolo 331 del codice di procedura penale e quelli di collaborazione con le istituzioni delle Comunità europee di cui agli articoli 1, comma 2, e 10, comma 4, della legge n.287/90"*.

normativa era posta in maggior rilievo dal Regolamento dell'Unione Europea n. 1 del 2003,¹⁴³ il quale prevede espressamente poteri cautelari ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e ss. del TUE in capo alla Commissione europea ed alle Autorità nazionali istituite per la tutela della concorrenza.

È proprio questa previsione normativa di livello europeo ad aver contribuito in maniera determinante al cambiamento di orientamento da parte dell'AGCM, la quale, nella decisione 15 giugno 2005, Boll. n. 23/2005 c.d. caso *Merck*, ha adottato misure cautelari in applicazione dell'art. 5 del Regolamento n. 1/2003 in un procedimento che si basa sull'applicazione dell'art. 82 del Trattato. L'Autorità ha dunque proceduto all'esercizio di poteri cautelari pur in assenza di una base giuridica nazionale, sul rilievo che l'apertura del procedimento fosse avvenuta in applicazione dell'art. 82 TUE e che l'art. 5 del Regolamento 1/2003 fosse direttamente applicabile nell'ordinamento nazionale. L'AGCM ha inoltre messo in luce come sulla base della normativa nazionale generale sul procedimento amministrativo, in particolare ai sensi dell'art. 7, comma 2, della legge n. 241/1990¹⁴⁴, vi è la possibilità che la pubblica amministrazione adotti provvedimenti in via cautelare per tutelare l'interesse pubblico in modo efficace, tenendo conto dei principi di buon andamento e efficacia dell'azione amministrativa. Questa prospettazione dell'Autorità è stata in seguito confermata anche dal giudice amministrativo che ha rigettato la tesi del ricorrente.¹⁴⁵

¹⁴³ L'art. 8 del Regolamento 1/2003 stabilisce che *“nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza la Commissione può, d'ufficio, ove constati prima facie la sussistenza di un'infrazione, adottare mediante decisione misure cautelari.*

Le decisioni adottate ai sensi del paragrafo 1 sono applicabili per un determinato periodo di tempo e possono, se necessario ed opportuno, essere rinnovate”. Ai sensi dell'art. 5 del medesimo Regolamento: *“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: (...) disporre misure cautelari (...).”*

¹⁴⁴ La norma dispone che *“nelle ipotesi di cui al comma 1 resta salva la facoltà dell'amministrazione di adottare, anche prima della effettuazione delle comunicazioni di cui al medesimo comma 1, provvedimenti cautelari”.*

¹⁴⁵ TAR Lazio, Sez. I, n. 1713/2006 ha avallato la tesi dell'Autorità confermando la diretta applicabilità dell'art. 5 del Regolamento n. 1/2003. Ha al contrario rigettato la tesi del ricorrente secondo cui l'unico potere cautelare ammesso è quello del giudice ordinario ai sensi dell'art. 33 della legge n. 287/1990, affermando che sono diversi i presupposti per le due tutele, che sono complementari e non l'una sostitutiva dell'altra: quella della Corte d'Appello è infatti volta alla tutela dei diritti soggettivi dei singoli, mentre quella dell'AGCM è posta a garanzia dell'assetto concorrenziale del mercato.

Il legislatore nazionale è infine intervenuto nel 2006 con l'introduzione dell'art. 14 *bis* nella legge n. 287/1990 con decreto legge n. 223/2006, convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248.¹⁴⁶ Tale disposizione ha fornito una base giuridica certa per l'esercizio dei poteri cautelari dell'Autorità anche nei procedimenti in materia di intese e abusi. Essa ha inoltre disciplinato la procedura e le sanzioni in modo unitario, per conferire all'esercizio di questi poteri i caratteri dell'efficacia e dell'effettività. L'AGCM si è avvalsa da subito della possibilità di adottare misure cautelari utilizzando tale strumento in modo più frequente rispetto a quanto non fosse stato previsto a livello europeo.¹⁴⁷ Risulta ad ogni modo evidente la connessione molto stretta esistente tra la disposizione di livello europeo e quella nazionale, come si può notare dalla formulazione stessa delle due norme, pur essendo presenti alcune differenze di tipo procedurale.

Il tratto che accomuna entrambe le discipline è la mancanza della concreta individuazione delle misure cautelari adottabili. Ciò lascia dunque ampia libertà alla Commissione e all'Autorità nelle loro determinazioni, che peraltro debbono avvenire sempre nel rispetto dei principi di necessità e proporzionalità. Inoltre, avendo i poteri cautelari una finalità conservativa, le misure adottate non possono andare oltre - come contenuto ed estensione - rispetto alle determinazioni assunte con il provvedimento finale¹⁴⁸.

I presupposti per l'esercizio dei poteri cautelari sono il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*, come previsto generalmente per i provvedimenti d'urgenza.

Per la sussistenza del requisito del *fumus* è richiesto dalla giurisprudenza comunitaria che a seguito di un accertamento sommario sia ritenuta probabile la presenza di un illecito concorrenziale. Per quanto attiene al grado di probabilità richiesto per l'applicazione delle misure cautelari, è necessario tenere conto della struttura del procedimento dinanzi all'AGCM: è infatti richiesto che la probabilità

¹⁴⁶ L'art. 14 bis della legge n. 287/1990 prevede che “*nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza, l'Autorità può, d'ufficio, ove constati ad un sommario esame la sussistenza di un'infrazione, deliberare l'adozione di misure cautelari.*

Le decisioni adottate ai sensi del comma 1 non possono essere in ogni caso rinnovate o prorogate.

L'Autorità, quando le imprese non adempiano a una decisione che dispone misure cautelari, può infliggere sanzioni amministrative pecuniarie fino al 3 per cento del fatturato”.

¹⁴⁷ AGCM, 14 settembre 2006, Boll. n. 35-36/2006; 27 settembre 2006, Boll. n. 37/2006.

¹⁴⁸ A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 174.

debba essere maggior di quella che ha portato l’Autorità ad aprire la procedura ai sensi dell’art. 14 della legge n. 287/1990, ma comunque inferiore a quella necessaria per l’adozione del provvedimento finale che si deve fondare sull’esito di un’istruttoria piena e completa.

Il requisito del *periculum in mora* comporta, a livello europeo, che la misura venga adottata per prevenire un pregiudizio grave e irreparabile per la concorrenza. Nella prassi hanno comunque assunto rilievo sia i pregiudizi che possono essere provocati alle imprese che chiedono l’applicazione delle misure cautelari che al funzionamento del mercato in generale. Quanto alla tutela delle imprese, non è necessario che sia in pericolo la loro sopravvivenza ma è sufficiente che gli effetti causati dalla condotta anticompetitiva non siano eliminabili con il provvedimento che chiude il procedimento.

L’Autorità nazionale nei confronti delle posizioni adottate a livello europeo ha ripreso quello che è richiesto per l’accertamento del *fumus*. Per quanto riguarda il *periculum in mora*, invece, l’AGCM si è discostata (seppure in maniera lieve) dall’orientamento europeo: a livello nazionale il danno grave e irreparabile è stato quasi esclusivamente riferito ai danni che possono essere causati ai consumatori nel corso del procedimento e non anche a quelli che possono derivare per il funzionamento del mercato concorrenziale.

Per ciò che riguarda la procedura, va innanzitutto ricordato che il procedimento deve sempre svolgersi in contraddittorio tra le parti con la sola eccezione ammessa nel caso di estrema gravità e urgenza. In quest’ultima situazione l’AGCM può infatti adottare misure cautelari contestualmente all’instaurazione del contraddittorio, salvo poi riesaminare e modificare la misura a seguito delle osservazioni presentate dalle parti.

Il procedimento di adozione delle misure cautelari può essere attivato esclusivamente d’ufficio dall’Autorità, la quale non è tenuta a dare seguito alle richieste presentate in tal senso dai denunciati.

Un’ulteriore differenza tra la disciplina europea e quella nazionale va individuata nella durata e nelle sanzioni previste in caso di violazione delle misure. A livello europeo è ammesso il rinnovo delle misure cautelari, qualora sia ritenuto necessario e opportuno, senza che sia prevista una durata massima delle stesse;¹⁴⁹ la legge n. 287/1990 all’art. 14 *bis* dispone invece che in nessun caso le misure

¹⁴⁹ Art. 8, para 2, Regolamento CE n. 1/2003.

possano essere rinnovate. Ad ogni modo se l'Autorità non stabilisce espressamente un termine per l'efficacia delle misure queste si esauriscono automaticamente con l'adozione del provvedimento finale.

In caso di violazione di una misura cautelare, la differenza dal punto di vista sanzionatorio tra l'ordinamento italiano e quello comunitario consiste essenzialmente nella previsione di una sanzione più lieve da parte del legislatore nazionale (che fissa come limite edittale massimo il 3% del fatturato dell'impresa) a fronte di una sanzione più considerevole prevista dal Regolamento n. 1/2003 (fino al 10% del fatturato).

7.2.4. La comunicazione delle risultanze istruttorie e l'audizione finale

Il regolamento di procedura n. 217 del 1998 ha introdotto la comunicazione delle risultanze dell'istruttoria alle imprese parti del procedimento: istituto posto a tutela del contraddittorio. In particolare è previsto che gli uffici comunichino alle imprese il termine di chiusura dell'istruttoria e le risultanze di questa almeno trenta giorni prima rispetto alla scadenza del termine.¹⁵⁰ Questa comunicazione deve indicare gli elementi di fatto e probatori che l'AGCM ha reperito nel corso dell'istruttoria e sui quali baserà la propria decisione finale. La comunicazione deve inoltre contenere la valutazione giuridica della fattispecie contestata anche se tale valutazione potrà essere disattesa dell'Autorità in fase di decisione senza che però possa essere modificata l'imputazione perché altrimenti si avrebbe una lesione del diritto di difesa.¹⁵¹ La comunicazione è di notevole importanza anche per il fatto che il provvedimento di avvio dell'istruttoria che l'AGCM è tenuta ad emettere, quando si conclude la fase pre-istruttoria, non contiene delle informazioni sufficientemente precise per garantire il diritto di difesa. Il che è dovuto al carattere informale e all'assenza di poteri di accertamento penetranti nella fase pre-istruttoria.

¹⁵⁰ L'art. 14, commi 1 e 2, del D.p.r. 30 aprile 1998, n. 217 dispone che *“il collegio, verificata la non manifesta infondatezza delle proposte formulate dagli uffici in relazione agli elementi probatori acquisiti, autorizza l'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie alle imprese.*

Gli uffici comunicano ai soggetti di cui all'articolo 6, comma 4, il termine di chiusura dell'istruttoria, nonché le risultanze di quest'ultima, almeno trenta giorni prima della scadenza del termine stesso”

¹⁵¹ Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 gennaio 2008, n. 102.

A seguito della comunicazione le imprese sono poste in una posizione che consente una difesa piena ed effettiva di fronte all'Autorità con la presentazione di memorie e documenti oltre alla richiesta di essere sentite all'audizione finale.

Un aspetto molto rilevante dell'istituto sta nella idoneità della comunicazione a vincolare l'Autorità nella sua decisione finale. La giurisprudenza, adottando un criterio sostanziale, ha ritenuto possibile che l'Autorità vari l'addebito purché la variazione non comporti una lesione del diritto di difesa e che dunque vi sia sostanziale corrispondenza tra l'illecito contestato e quello accertato.¹⁵²

La comunicazione va resa nota personalmente o con altre idonee modalità ai denunciati e ai denunciati, i quali possono presentare memorie fino a cinque giorni prima che scada il termine finale dell'istruttoria. In questo modo si evita che memorie difensive possano giungere al collegio quando è ormai avviata la fase decisoria.

L'art. 14, comma 1, della legge n. 287/1990 stabilisce il diritto delle imprese di essere sentiti di fronte all'Autorità. Questa previsione è stata in seguito specificata dal regolamento di procedura che ha previsto espressamente l'audizione finale che, a causa della sua rilevanza, deve svolgersi di fronte al collegio. Il collegio può inoltre sentire anche altri soggetti che siano intervenuti nel corso del procedimento qualora abbiano presentato una richiesta motivata.

L'audizione costituisce dunque il momento conclusivo dell'istruttoria e determina il passaggio alla fase finale del procedimento di accertamento dell'illecito concorrenziale ossia alla fase decisoria.

7.3. Le decisioni dell'Autorità

L'Autorità, una volta conclusa l'istruttoria, può adottare una serie di decisioni che per la maggior parte coincidono con quelle adottabili dalla Commissione a livello europeo. Si tratta sempre di decisioni obbligatorie e vincolanti per le parti che sono tenute a rispettarle. L'AGCM è inoltre tenuta a motivare adeguatamente le proprie decisioni nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, e in relazione alla loro capacità di incidere direttamente sulle situazioni giuridiche dei soggetti destinatari

¹⁵² Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 marzo 2001, n. 1699; VI, 12 febbraio 2001, n. 652.

della stessa. La giurisprudenza amministrativa ha chiarito a questo riguardo che nella decisione devono essere espliciti i presupposti di fatto e le ragioni di diritto su cui si fonda la decisione ma non ritiene necessaria una motivazione che analizzi analiticamente gli argomenti delle parti se la motivazione stessa permetta di ricostruire il percorso logico giuridico seguito.¹⁵³ Una prima tipologia di decisioni che l'Autorità può adottare sono le c.d. decisioni di compatibilità. Può infatti accadere che in alcuni casi l'AGCM ritenga che, sulla base delle risultanze istruttorie, il comportamento dell'impresa non integri un illecito concorrenziale. Questo particolare tipo di decisione dunque avrà la finalità di accertare la compatibilità della fattispecie con le regole *antitrust*.

È necessario comunque operare una distinzione tra la decisione di compatibilità e il caso in cui l'Autorità termini la fase istruttoria ritenendo che non vi siano prove adeguate e sufficienti dell'illecito. In quest'ultimo caso infatti non viene affermata positivamente la compatibilità di un determinato comportamento con le norme concorrenziali e dunque si potrà ingenerare legittimo affidamento nell'impresa sulla liceità della sua condotta. Questo potrebbe tuttavia accadere nel caso di decisione di compatibilità, quindi la giurisprudenza ha precisato che dovrà comunque tenersene conto ai fini dell'attenuazione della sanzione se in momento successivo viene accertato l'illecito.¹⁵⁴ L'Autorità infatti mantiene comunque intatto il suo potere di intervento per l'accertamento dell'infrazione, qualora, ad esempio, si verifichi un mutamento degli elementi già acquisiti o vengano acquisiti nuovi elementi probatori.

Un ulteriore tipo di decisione che l'Autorità può adottare è quella di accertamento e inibitoria dell'illecito. Innanzitutto l'AGCM, qualora ravvisi una violazione di norme concorrenziali, è tenuta a fissare un termine per le imprese per l'eliminazione dell'infrazione secondo quanto stabilito dell'art. 15, comma 1, della legge n. 287/1990. Si tratta in questo caso dell'esercizio di un potere ordinatorio dell'Autorità che con la fissazione di tale termine diffida l'impresa a rimuovere il comportamento illecito. Alla scadenza del suddetto termine senza che sia stata eliminata l'infrazione, l'AGCM è tenuta ad adottare un altro provvedimento, espressione dell'esercizio del potere sanzionatorio. Per quanto concerne la diffida dell'Autorità è importante rilevare come quasi sempre per eliminare l'illecito

¹⁵³ Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 1397/2006.

¹⁵⁴ Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 102/2008.

concorrenziale, non sia sufficiente per l'impresa la cessazione di un determinato comportamento che con immediatezza faccia venire meno la violazione, ma sia richiesta una condotta positiva che comporti l'adozione di tutti gli atti necessari (misure organizzative, strutturali o negoziali).

L'eliminazione dell'illecito concorrenziale quindi richiede spesso attività complesse che devono essere eseguite affinché la situazione di fatto venga adeguata a quella di diritto così come stabilita dall'Autorità nella diffida. La legge n. 287/1990 dunque prevede un sistema "a doppio grado": in materia di intese e abusi l'art. 15, commi 1 e 2, stabilisce che vi debba essere una previa diffida alle imprese e un successivo accertamento dell'ottemperanza a tale diffida funzionale a un'eventuale sanzione.¹⁵⁵

Si è posta a tale riguardo una questione sulla possibilità per l'Autorità di indicare positivamente i comportamenti che le imprese devono adottare per eliminare l'illecito nella diffida. A livello europeo è ammesso dall'art. 7 del Regolamento 1/2003 che la Commissione possa indicare le misure da seguire per rimuovere l'illecito sempre nel rispetto del principio di proporzionalità. A livello nazionale, pur non essendo presente una norma di legge a tale riguardo, la giurisprudenza è intervenuta più volte sul tema ammettendo la specificazione di determinate misure da parte dell'Autorità. Inizialmente il giudice amministrativo ritenne che la diffida comportasse il dovere per l'impresa al comportamento dalla stessa ritenuto più idoneo a rimuovere la violazione delle norme *antitrust*.¹⁵⁶ Successivamente lo stesso giudice ha parzialmente modificato tale orientamento, giungendo ad affermare che la possibilità di imporre obblighi di *facere* particolari alle imprese costituisce un corollario del potere di diffida che ne consente la necessaria flessibilità di intervento¹⁵⁷.

A seguito di tali interventi giurisprudenziali la situazione creata richiede che per l'ammissibilità dell'imposizione nella diffida di condotte positive avvenga sulla base di un bilanciamento dei diversi interessi. Questi si sostanziano da un lato nella

¹⁵⁵ P. FATTORI - M. TODINO, *Op. cit.*, Mulino, Bologna, 2011, p. 430.

¹⁵⁶ Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 5368/2004 in cui il giudice amministrativo afferma che la diffida non avere un contenuto specifico per non rischiare che l'applicazione del diritto *antitrust* abbia carattere dirigistico e sia in contrasto con la libertà d'impresa.

¹⁵⁷ Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 424/2008: il giudice, pur annullando le misure specifiche che erano state previste dall'Autorità per contrasto con il principio di proporzionalità in quanto ritenute eccessive, ha affermato la possibilità per l'AGCM di adottare la misura adeguata tra quelle possibili per far venir meno l'illecito.

rimozione dell'infrazione e dall'altro nella tutela delle imprese da azioni troppo intrusive da parte dell'Autorità. Come già ricordato, questa ponderazione si deve fondare sul principio di proporzionalità così come è stato elaborato dalla giurisprudenza amministrativa che ha sviluppato una tripartizione dello stesso: (1) idoneità che si ha nel caso in cui il mezzo adoperato consenta di raggiungere l'obiettivo perseguito; (2) necessarietà che consiste nella scelta, tra tutte le modalità astrattamente idonee, di quella che impone il minor sacrificio possibile al privato; (3) adeguatezza, la quale richiede una certa tollerabilità della limitazione posta sulla sfera del privato in relazione all'obiettivo da raggiungere.¹⁵⁸

Va inoltre ricordato che la fissazione del termine entro il quale l'impresa deve rimuovere la condotta anticoncorrenziale è rimessa interamente alla discrezionalità dell'Autorità. Il termine ovviamente deve essere rapportato alla tipologia di interventi che le imprese devono porre in essere e appare dunque variabile in relazione alla natura delle misure e ai presupposti di fatto e di diritto.

L'esito della fase istruttoria non è tuttavia necessariamente quello dell'adozione di un provvedimento di diffida da parte dell'Autorità. Quest'ultima infatti potrebbe riscontrare nel corso dell'istruttoria che il comportamento lesivo si sia esaurito naturalmente o che le imprese si siano impegnate a eliminarlo.

È inoltre ammesso che l'AGCM adotti decisioni di mero accertamento, pur non essendo queste ultime previste espressamente dalla legge n. 287/1990. Questa tipologia di decisioni ha la funzione di accertare la presenza di un illecito, salva poi l'eventuale applicazione delle sanzioni previste. L'importanza di tali decisioni sta nel fatto che tutelano da una parte l'esigenza di certezza del diritto e dall'altra gli interessi dei terzi danneggiati dall'infrazione. Nonostante il venir meno dell'illecito concorrenziale, l'Autorità è tenuta ad adottare una decisione meramente dichiarativa nel caso in cui sussista un interesse specifico. Questo interesse sussiste in ogni caso qualora si tratti di gravi violazioni della disciplina della concorrenza, poiché altrimenti verrebbe meno l'effettività della tutela e si renderebbe più agevole per le imprese l'adozione di condotte anticoncorrenziali.

Un altro tipo di decisione che può essere adottate dall'Autorità è quello di accettazione degli impegni. Il decreto legge n. 223/2006, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248 (c.d. decreto Bersani), ha introdotto l'art. 14 *ter* il quale dispone che “*entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento*

¹⁵⁸ Consiglio di Stato, VI, n. 424/2008; M. CLARICH, *Op. cit.*, p. 150.

della violazione degli articoli 2 o 3 della presente legge o degli articoli 81 o 82 del Trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione". Questa disposizione è stata introdotta al fine di armonizzare la disciplina nazionale con quella europea che già prevedeva tale possibilità all'art. 9 del Regolamento n. 1 del 2003.

La possibilità per l'Autorità di adottare tale tipo di decisioni ha il fine di evitare un accertamento completo e formale dell'illecito concorrenziale: questo può essere così risolto non solo in tempi più brevi ma anche con l'impiego di minori risorse, le quali possono essere destinate all'accertamento di infrazioni più gravi escluse dall'ambito di applicazione degli impegni.

La decisione di accettazione degli impegni consente dunque di terminare anticipatamente il procedimento senza giungere all'accertamento dell'infrazione e con l'esclusione delle sanzioni previste. In questo modo si possono conciliare due interessi differenti: da una parte, quello dell'impresa ad evitare una decisione che accerti la propria responsabilità sia per ragioni di immagine che per evitare il risarcimento dei danni a favore di terzi; dall'altra, l'interesse dell'AGCM ad evitare di impiegare tempo e risorse in illeciti che possono essere rimossi rapidamente tramite gli impegni. Questi peraltro devono essere tenuti distinti da istituti diversi quali i programmi di clemenza - caratterizzati dalla loro premialità - in quanto l'illecito viene accertato grazie alla collaborazione dell'impresa che poi beneficerà dell'esenzione o comunque della riduzione della sanzione.

L'ampia utilizzazione di questo istituto da parte dell'Autorità ha portato alla necessità di porre dei confini, al fine di assicurarne un'applicazione corretta. Il procedimento di accettazione degli impegni è a iniziativa della parte che, nel corso dell'istruttoria, deve proporre delle misure da adottare spontaneamente di tipo sia strumentale che comportamentale per la rimozione dell'illecito.

L'Autorità è successivamente intervenuta con una disciplina più dettagliata resa necessaria dall'indeterminatezza dell'art. 14 *ter* della legge n. 287/1990. Queste disposizioni riguardano sia le modalità di presentazione degli impegni che la loro valutazione da parte dell'AGCM e sono contenute in una Comunicazione sulle

procedure di applicazione dell'art. 14 *ter*, approvata con provvedimento dell'Autorità n. 16015 del 12 ottobre del 2006.

È previsto dalla legge il limite temporale di tre mesi dall'inizio dell'istruttoria, entro il quale le parti possono presentare gli impegni. La *ratio* di questo termine tuttavia non è chiara, anche perché manca una previsione analoga a livello europeo. Le ragioni di questa limitazione sono state rinvenute nell'opportunità di evitare comportamenti scorretti da parte delle imprese, le quali possano presentare impegni anche alla chiusura dell'istruttoria traendone vantaggio, e nella necessità di coordinare tale disciplina con quella prevista dall'art. 15, comma 2 *bis*, della legge n. 287/1990 per i programmi di clemenza. La giurisprudenza amministrativa ha infatti evidenziato l'importanza del rapporto tra i "programmi di clemenza" e gli "impegni" in quanto, se fosse possibile per un'impresa il passaggio da una collaborazione con l'Autorità volta all'adesione ad un programma di clemenza alla domanda di impegni con la chiusura del procedimento ormai imminente, i primi resterebbero privi di una qualunque efficacia, essendo più conveniente per l'impresa ottenere una decisione di accettazione di impegni.¹⁵⁹

La stessa giurisprudenza tuttavia, considera questo termine come avente natura sollecitatoria, perché comunque l'Autorità deve avere acquisito - al momento della decisione sugli impegni - elementi sufficienti per valutarli correttamente. Tali elementi potrebbero emergere anche dopo i tre mesi dall'inizio del procedimento¹⁶⁰.

L'impresa, una volta presentati formalmente gli impegni, ha diritto a ottenere una deliberazione da parte dell'Autorità sulla non manifesta infondatezza degli stessi. Se tale deliberazione ha esito positivo l'AGCM la rende nota ai terzi, i quali possono formulare osservazioni tramite la pubblicazione sul bollettino ufficiale¹⁶¹.

Va inoltre ricordato un ulteriore aspetto di questa disciplina che riguarda l'ampia discrezionalità che va riconosciuta all'Autorità nell'accettazione degli impegni. L'AGCM deve infatti garantire l'applicazione delle norme *antitrust* senza lasciare la possibilità alle imprese di adottare comportamenti anticoncorrenziali anche gravi che poi restino non sanzionati. La giurisprudenza amministrativa, per

¹⁵⁹ TAR Lazio, Sez. I, n. 2902/2008; I, n. 5578/2008.

¹⁶⁰ TAR Lazio, Sez. I, n. 2902/2008.

¹⁶¹ Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14 *ter* della legge n.287/1990, approvata con provvedimento AGCM n. 16015 del 12 ottobre 2006.

tale ragione, esclude l'ammissibilità dell'accettazione di impegni nel caso in cui l'infrazione compiuta dall'impresa sia qualificata dall'Autorità nel corso dell'istruttoria come "molto grave".¹⁶² L'Autorità, in particolare, ha ritenuto non ammissibili richieste di impegni nel caso in cui la fattispecie riscontrata nel caso concreto fosse quella di un'intesa orizzontale e segreta per la ripartizione del mercato e la fissazione dei prezzi.¹⁶³

È importante evidenziare che - data l'ampia discrezionalità dell'Autorità in materia - è ammesso anche che anche a fronte di una valutazione tecnica positiva circa l'idoneità degli impegni a correggere l'illecito, gli stessi impegni non vengano poi accettati. Ad es. l'AGCM potrebbe ritenere necessaria la creazione di un precedente stabile o semplicemente potrebbe non voler escludere l'applicazione delle sanzioni, facendo venir meno la funzione deterrente.

Nel caso in cui l'Autorità non accetti gli impegni e prosegua l'istruttoria fino a giungere alla sua conclusione (che solitamente termina con l'accertamento dell'illecito) è possibile che vengano poi in concreto adottate le stesse misure che erano state proposte come impegni dalle imprese sanzionate.

Le decisioni rilevano altresì sotto un altro profilo importante: quello della loro sindacabilità da parte del giudice. Tale sindacabilità che deve essere analoga e incisiva come quella che si ha nel caso di decisioni di accertamento dell'illecito senza però dimenticare le particolarità che caratterizzano gli impegni.¹⁶⁴

Vi sono infatti dei criteri elaborati dalla giurisprudenza sulla base dei quali vanno valutate le decisioni di accettazione di impegni assunte dall'AGCM. Innanzitutto essi, per essere considerati legittimi, devono prevedere condotte che eliminino l'illecito concorrenziale in modo certo. In particolare l'Autorità ha richiesto - in una decisione confermata dal giudice amministrativo - che i requisiti fondamentali degli impegni siano essenzialmente tre: (1) devono avere un'esecuzione piena; (2) devono essere adottati tempestivamente; (3) la loro attuazione dev'essere facilmente verificabile.¹⁶⁵

Il giudice amministrativo ha inoltre evidenziato lo stretto rapporto che vi è tra procedimento istruttorio e impegni stabilendo che, in via generale, la decisione

¹⁶² TAR Lazio, Sez. I, n. 12457/2007; Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 424/2008.

¹⁶³ AGCM, 15 novembre 2006, Boll. n. 4/2007.

¹⁶⁴ La decisione di accettazione degli impegni infatti si basa su un'ipotesi istruttoria meno completa di quella che si nel caso di una procedura ordinaria di accertamento dell'illecito.

¹⁶⁵ TAR Lazio, Sez. I, n. 2900/2008; AGCM 15 novembre 2006, Boll. n. 4/2007.

con accettazione di impegni non debba eccedere quella che sarebbe la misura adottata con una decisione di accertamento dell'illecito.¹⁶⁶ L'elemento centrale della fattispecie resta dunque la proporzionalità della misura proposta come impegno e la realizzazione dell'obiettivo di rimuovere l'illecito concorrenziale.¹⁶⁷

Per quanto riguarda la natura giuridica di tali decisioni, parte della dottrina ritiene che siano accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento.¹⁶⁸ Altri invece evidenziano come l'accordo che vi è tra impresa e Autorità sia semplicemente il presupposto per l'adozione del provvedimento.¹⁶⁹ Una volta adottata la decisione di accettazione degli impegni infatti, al contrario di un accordo (che produce effetti esclusivamente tra le parti) questa può produrre effetti - di cui risponde l'Autorità - anche nei confronti dei terzi.

In caso di mancato rispetto degli impegni è prevista una sanzione il cui limite massimo è fissato nel 10% del fatturato realizzato nel corso dell'esercizio precedente.¹⁷⁰ Un'ulteriore conseguenza cui dà luogo il mancato rispetto degli impegni è la possibilità da parte dell'AGCM di riaprire d'ufficio il procedimento.

Un'ultima questione si è posta in tema di ricorribilità dei provvedimenti di diniego dell'Autorità in ordine agli impegni proposti. Il giudice amministrativo ha ammesso la possibilità per l'impresa di ricorrere direttamente avverso tale provvedimento ma anche avverso il provvedimento di accettazione degli impegni da parte dei terzi che si ritengono lesi.¹⁷¹

Un altro tipo di decisioni previste dall'art. 4 della legge n. 287/1990 - che possono essere adottate dall'AGCM - sono quelle di autorizzazione in deroga che però sono utilizzate sempre meno frequentemente dall'Autorità.

La disposizione prevede che a una serie di condizioni (tra cui il miglioramento delle condizioni di offerta, il beneficio per i consumatori e il carattere indispensabile delle restrizioni) possa essere permessa una deroga per un periodo di tempo limitato. Per quanto riguarda gli effetti, tale decisione comporta la liceità temporanea dell'intesa e l'impossibilità di applicare sanzioni. Come previsto dall'art. 7, comma 4, del regolamento di procedura tuttavia, la stessa

¹⁶⁶ TAR Lazio, Sez. I, n. 4994/2009.

¹⁶⁷ TAR Lazio, Sez. I, n. 4994/2009 che richiama sul punto Consiglio di Stato, VI, n. 5156/2002.

¹⁶⁸ A. POLICE, *Op. cit.*, Torino, 2008, p. 173.

¹⁶⁹ P. FATTORI - M. TODINO, *Op. cit.*, Mulino, Bologna, 2011, p. 443.

¹⁷⁰ Art. 14 ter, comma 2, della legge n. 287/1990.

¹⁷¹ Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 424/2008.

decisione non ha mai carattere retroattivo: di conseguenza l'AGCM non potrà in nessun caso sanare la situazione pregressa con tale provvedimento.

L'emanazione o meno del provvedimento di cui si tratta resta nella discrezionalità dell'AGCM, la quale in questo caso - come rilevato dalla giurisprudenza - esercita discrezionalità amministrativa in quanto opera una vera e propria comparazione tra interessi pubblici e privati.¹⁷²

Per quanto concerne la durata, l'Autorità può fissare un termine più o meno lungo in modo da consentire alle imprese di guadagnare dei vantaggi dall'esenzione. Il termine inoltre può essere rinnovato ma sempre a seguito di un'istruttoria approfondita sulla persistenza di tutte le condizioni richieste dalla legge.

Bisogna infine ricordare come l'autorizzazione possa essere revocata nel caso di comportamenti posti in essere dalle imprese contrari a quanto previsto nell'esenzione oppure nel caso in cui si verifichi un cambiamento essenziale nei presupposti che avevano portato all'emanazione del provvedimento.¹⁷³

7.3.1. Le sanzioni

Ulteriore potere di cui dispone l'Autorità è quello di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nel caso di comportamenti delle imprese che siano gravemente lesivi delle regole di concorrenza.

L'art. 15, comma 1, della legge n. 287/1990 dispone che *“se a seguito dell'istruttoria di cui all'articolo 14 l'Autorità ravvisa infrazioni agli articoli 2 o 3, fissa alle imprese e agli enti interessati il termine per l'eliminazione delle infrazioni stesse. Nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, determinando i termini entro i quali l'impresa deve procedere al pagamento della sanzione”*.

È possibile evincere da questa disposizione che - oltre al potere di diffida dell'Autorità - è previsto in via accessoria anche un potere sanzionatorio con la

¹⁷² Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 giugno 2004, n. 3865.

¹⁷³ Art. 4, comma 2, della legge n. 287/1990.

funzione di garantire un'effettività maggiore all'applicazione delle norme *antitrust*, sia per la singola infrazione che per perseguire obiettivi più ampi orientando il comportamento delle imprese.

Ambedue le finalità sono raggiunte anche tramite la deterrenza creata dalle sanzioni che possono essere irrogate. Queste possono raggiungere anche valori molti alti. In particolare la legge 5 marzo 2001, n. 57 ha modificato l'art. 15 della legge n. 287/1990, eliminando il riferimento al limite minimo delle sanzioni e anche il riferimento al fatturato a cui si rapportava la sanzione medesima (prodotti oggetto dell'intesa o dell'abuso). È infatti previsto esclusivamente un limite massimo della sanzione - non può superare il 10% dell'intero fatturato dell'impresa ottenuto nell'esercizio precedente¹⁷⁴ - che tuttavia crea una maggiore deterrenza rispetto al passato: da una parte, la sanzione si rapporta al fatturato complessivo (e non a quello dei soli prodotti interessati, come prevedeva la precedente normativa), ma allo stesso tempo l'eliminazione del limite minimo concede maggiore flessibilità all'Autorità nella valutazione del singolo caso ai fini della determinazione della sanzione più adeguata.

Per quanto riguarda la quantificazione della sanzione da applicare nel caso concreto, l'Autorità opera sulla base dei criteri stabiliti sia dall'art. 15 della legge n. 287/1990 che dall'art. 11 della legge n. 689/1981.¹⁷⁵ Innanzitutto l'AGCM stabilisce la sanzione sulla base della gravità e della durata della violazione; successivamente applica le aggravanti e le attenuanti. Le prime si hanno ad esempio nel caso in cui l'impresa abbia avuto un ruolo organizzativo o di promozione dell'intesa mentre le altre vengono applicate in caso di collaborazione delle imprese.¹⁷⁶ Un ulteriore motivo di riduzione della sanzione è la situazione di crisi

¹⁷⁴ L'art. 15, comma 2, della legge n. 287/1990 prevede che *“in caso di inottemperanza alla diffida di cui al comma 1, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato ovvero, nei casi in cui sia stata applicata la sanzione di cui al comma 1, di importo minimo non inferiore al doppio della sanzione già applicata con un limite massimo del dieci per cento del fatturato come individuato al comma 1, determinando altresì il termine entro il quale il pagamento della sanzione deve essere effettuato. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa fino a trenta giorni”*.

¹⁷⁵ Legge 24 novembre 1981, n. 689, recante norme in materia di sanzioni amministrative, dispone all'art. 11 *“nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche”*.

¹⁷⁶ AGCM, 25 febbraio 2009, Boll. n. 8/2009.

in cui si potrebbe trovare l'impresa. L'AGCM tuttavia ritiene che la situazione (di carattere eccezionale) che consenta la riduzione, possa verificarsi solo nel caso in cui l'impresa sia in perdita da almeno tre esercizi.¹⁷⁷

Per ciò che concerne, da ultimo, il profilo dell'impugnabilità delle sanzioni è opportuno ricordare che queste sono soggette al sindacato del giudice, come stabilito dall'art. 33, comma 1, della legge n. 287/1990¹⁷⁸.

¹⁷⁷ P. FATTORI - M. TODINO, *Op. cit.*, Mulino, Bologna, 2011, p. 460.

¹⁷⁸ Le modalità del sindacato del giudice su tali provvedimenti saranno esaminate nel dettaglio al paragrafo 8.2. del capitolo successivo.

Capitolo III - I rapporti tra poteri dell'AGCM e quelli del giudice amministrativo

Sommario: 1. Il controllo giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità 2. Il riparto di giurisdizione 3. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo 4. Le azioni esperibili 5. Gli atti impugnabili 6. La legittimazione a ricorrere 6.1. La legittimazione straordinaria dell'Autorità 7. La competenza del TAR del Lazio 8. Il sindacato del giudice amministrativo 8.1. La sentenza "Menarini" 8.2. Il sindacato esteso al merito 9. La motivazione delle sentenze sui provvedimenti dell'Autorità.

1. Il controllo giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità

Come è già stato rilevato nel primo capitolo, è sempre più radicata la tendenza a considerare la competizione tra gli attori del mercato come uno strumento di sviluppo e di crescita. Inizialmente la protezione di questi valori era affidata ad una normativa di settore ed a soggetti con funzioni di controllo e con poteri ignoti all'ordinamento italiano; successivamente, con la costituzionalizzazione della concorrenza, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. e), introdotto dalla riforma del Titolo V di cui alla legge costituzionale n. 3 del 2001.

Inoltre, numerosi rapporti giuridici, prima esclusi dall'applicazione delle regole della concorrenza hanno dovuto recepirle, soprattutto per l'influenza del diritto europeo.

La Corte Costituzionale, in diverse pronunce, ha rilevato che la tutela della concorrenza non è una materia ben definita, ma, essendo riferibile a più materie ed oggetti diversi, va considerata come una materia "trasversale"¹⁷⁹.

La tutela della concorrenza, col passare del tempo, ha permeato sempre di più l'ordinamento, divenendo, tramite l'intervento del legislatore, un principio regolatore di numerosi settori, quali l'affidamento e l'esecuzione dei contratti

¹⁷⁹ Corte Cost. n. 272/2004; n. 401/2007; n. 430/2007; n. 203/2008.

pubblici, l'esercizio delle professioni, l'erogazione e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

L'attuazione dei principi concorrenziali compete, da un lato, all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che è tenuta a vigilare sul rispetto della concorrenza nei mercati, dall'altro al giudice amministrativo, che esercita la funzione giurisdizionale in ordine alle determinazioni dell'Autorità.

Va ricordato inoltre che l'AGCM fa parte della categoria di soggetti definiti quali Autorità indipendenti, che esercitano funzioni pubbliche a tutela degli interessi generali, tra cui appunto l'applicazione della disciplina *antitrust*. La loro istituzione è derivata principalmente dal passaggio dal modello di Stato imprenditore a quella di Stato regolatore che ha una stretta connessione con i fenomeni della liberalizzazione del mercato e della privatizzazione di molti settori pubblici.

L'AGCM e le altre Autorità indipendenti si sono affermate nel nostro ordinamento nonostante l'assenza di una espressa previsione costituzionale. Come è già stato esposto, anche in mancanza di un ancoraggio costituzionale, sussiste comunque la necessità di garantire la neutralità, la tecnicità e la funzionalità delle Autorità attraverso diversi strumenti, fra cui il procedimento di nomina dei componenti, le incompatibilità, il peculiare rapporto con il Parlamento.

L'assenza di responsabilità politica delle Autorità e della loro soggezione al Governo deve essere controbilanciata con strumenti diversi. I contrappesi all'indipendenza delle Autorità sono essenzialmente di due tipi: le garanzie del giusto procedimento e il controllo giurisdizionale.

Con riguardo all'AGCM, le garanzie del procedimento sono già state considerate nell'esame delle diverse procedure che si svolgono di fronte all'Autorità, mentre del controllo giurisdizionale si tratterà in questo capitolo.

La sottoposizione al controllo del giudice degli atti dell'Autorità fa sì che essa debba essere considerata non soltanto un'aggiunta imposta dal legislatore, bensì come un innesto coerente e necessario nell'evoluzione dei tempi nell'ordinamento attuale¹⁸⁰.

¹⁸⁰ P. DE LISE, *Il contributo della giurisdizione amministrativa alla cultura antitrust*, in C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 71 ss.

Al fine di rendere l'istituzione e i poteri dell'AGCM bilanciati nei rapporti con le altre istituzioni preesistenti e coerenti con i principi costituzionali sulla tutela giurisdizionale è stato necessario per il legislatore, che ha considerato l'Autorità come un soggetto centrale e fondamentale del nuovo modello di Stato regolatore, introdurre il controllo giurisdizionale.

Esclusa la natura di organo giurisdizionale dell'Autorità, in considerazione del divieto di istituire di giudici straordinari o giudici speciali (ex art. 102, comma 2, Cost.), inizialmente si era dubitato della giustiziabilità degli atti delle Autorità in quanto si riteneva che queste dovessero essere escluse dal controllo del giudice in virtù della loro indipendenza e neutralità, oltre che della natura "paragiurisdizionale" dei provvedimenti adottati; tuttavia, è necessario tener conto del disposto degli artt. 24 e 113 della Costituzione¹⁸¹ che hanno introdotto nel sistema il principio secondo cui contro gli atti adottati da un qualsiasi soggetto avente natura amministrativa (come l'Autorità) è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi. Si può infatti ritenere che, pur mancando nella Costituzione una previsione espressa che preveda il modello delle Autorità indipendenti, queste sono ammesse nell'ordinamento nazionale purché non vi siano "zone franche"¹⁸² tali da permettere che le autorità svolgano la loro attività non solo senza responsabilità politica, ma anche in assenza del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti che emanano. Al riguardo va rilevato, inoltre, che la tutela giurisdizionale nel nostro ordinamento non è soltanto una tecnica di garanzia delle situazioni giuridiche, ma è prevista dalla Costituzione come un diritto fondamentale che non può essere in nessun caso conculcato.

Va ancora ricordato quanto rilevato in precedenza, e cioè che una volta riconosciuta la natura amministrativa, seppur peculiare, dell'AGCM, gli atti posti in essere dalla stessa sono veri e propri provvedimenti amministrativi che incidono direttamente sulla sfera giuridica degli interessati, per cui non possono essere sottratti al sindacato del giudice.

È importante inoltre evidenziare che il procedimento davanti all'AGCM è caratterizzato da alcuni aspetti particolari, analizzati nel capitolo precedente, fra cui

¹⁸¹ L'art. 24, comma 1, della Costituzione dispone che: "*tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*". A questa disposizione va collegato l'art. 113 il quale prevede che: "*contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa*".

¹⁸² P. DE LISE, *Op. cit.*, pp. 71 ss.

la corrispondenza tra contestazione e decisione finale e il principio del contraddittorio, che prima di essere espressamente previsti dal legislatore erano stati mutuati in giurisprudenza dalla disciplina europea.

2. Il riparto di giurisdizione

La norma fondamentale, contenuta nell'art. 33, comma 1, della legge n. 287/1990, come modificato dal d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 e dall'art. 2, comma 2, del d.l. n. 1/2012, convertito, con modificazioni, nella legge 24 marzo 2012, n. 27, recante "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività", dispone che: "*la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata dal codice del processo amministrativo*", operando dunque un rinvio esplicito al c.p.a.¹⁸³. Il giudice amministrativo, dinanzi al quale devono essere impugnati i provvedimenti dell'Autorità, è il TAR del Lazio in primo grado, con possibilità di appello al Consiglio di Stato.

L'attribuzione alla giurisdizione amministrativa delle controversie in questione, disposta espressamente dalla legge, è senz'altro corretta, fermo restando che pur trattandosi di giurisdizione esclusiva essa è pur sempre giurisdizione di legittimità, non estesa al merito, il che rileva in particolare ai fini dell'esame del vizio di eccesso di potere che, pur essendo un vizio di legittimità, a volte può sfociare, indebitamente, nel campo del merito.

Su una posizione opposta vi è parte della dottrina favorevole a seguire l'esempio di altri ordinamenti affidando il sindacato al giudice ordinario. Ciò per garantire un controllo giurisdizionale non più limitato al vaglio di pura legittimità che tutela in modo meno incisivo le situazioni giuridiche dei privati¹⁸⁴.

Inizialmente si erano poste delle problematiche nello svolgimento del processo davanti al giudice amministrativo nel quale la fase cautelare riveste un ruolo fondamentale e per questo appare in contrasto con la complessità e delicatezza delle questioni tecnico-economiche trattate dall'AGCM. I problemi erano però anche ascrivibili alla scarsa conoscenza dei giudici di un settore così specifico e tecnico e alla conseguente difficoltà nell'esaminare le complesse decisioni

¹⁸³ Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

¹⁸⁴ P. MARZOLINI, *Problemi in tema di tutela giudiziale antitrust, art. 33, comma 2, l. 10.10.1990 n. 287*, in "La nuova giurisprudenza civile commentata", n. 4, 2009, p. 168.

dell’Autorità. Il giudice amministrativo ha però risolto questa situazione iniziale con una migliore comprensione della materia e con l’applicazione dei principi sviluppati a livello europeo. Un ulteriore contributo è stato dato dal legislatore nazionale che con la legge n. 205/2000 e con il codice del processo amministrativo ha riformato tale processo, rendendo fra l’altro più celere la trattazione del merito¹⁸⁵ e consentendo al giudice amministrativo di avvalersi di tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile (con le sole esclusioni di confessione e giuramento) nelle materie di giurisdizione esclusiva fra cui rientrano i procedimenti in tema *antitrust*¹⁸⁶ (art. 63, comma 5, c.p.a.).

Tale contrasto si giustificava perché inizialmente si era incerti sulla qualificazione della situazione giuridica dei soggetti incisi dai provvedimenti dell’Autorità, nel senso che appariva determinante ai fini del riparto di giurisdizione la configurazione di tale situazione come diritto soggettivo o interesse legittimo.

Infatti la Costituzione, agli articoli 24, 103 e 113, da una parte fonda il riparto di giurisdizione tra g.o. e g.a. sulla natura della posizione giuridica fatta valere, che può essere un diritto soggettivo o un interesse legittimo, dall’altra attribuisce ad entrambe le posizioni lo stesso grado di tutela, che deve essere piena ed effettiva¹⁸⁷.

In entrambe le situazioni vi è un bene della vita che è protetto dall’ordinamento che i titolari di tali situazioni tendono a conseguire in alcuni casi o a conservare in altri. Questo è il cosiddetto “lato interno”¹⁸⁸ del rapporto ossia tra il titolare e il bene della vita.

Sul “lato esterno” del rapporto vi sono delle notevoli differenze tra la situazione di diritto soggettivo e quella di interesse legittimo. Infatti la situazione giuridica soggettiva del privato è qualificabile come diritto soggettivo nel caso in cui l’amministrazione si trovi sullo stesso piano del soggetto titolare della posizione

¹⁸⁵ P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 463.

¹⁸⁶ Art. 7 della legge n. 205/2000 (oggi abrogato dal d.lgs. n. 104/2010) il quale prevedeva che: “il giudice amministrativo, nelle controversie di cui al comma 1, può disporre l’assunzione dei mezzi di prova previsti dal Codice di procedura civile, nonché della consulenza tecnica d’ufficio, esclusi l’interrogatorio formale e il giuramento. L’assunzione dei mezzi di prova e l’espletamento della consulenza tecnica d’ufficio sono disciplinati, ove occorra, nel regolamento di cui al regio decreto 17 agosto 1907, n. 642, tenendo conto della specificità del processo amministrativo in relazione alle esigenze di celerità e concentrazione del giudizio”.

¹⁸⁷ Corte Cost. 6 luglio 2004, n. 204.

¹⁸⁸ P. DE LISE, *Op. cit.*, pp. 71 ss.

giuridica in questione in quanto essa non agisce in via autoritativa, ma *iure gestionis*, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario. Nel caso, invece, di attività *iure imperii*, la pubblica amministrazione agisce nell'esercizio di un potere autoritativo che ha la finalità di soddisfare e tutelare un interesse pubblico primario nei confronti del quale il titolare della situazione giuridica può vantare una posizione differenziata e qualificata¹⁸⁹¹⁹⁰.

Alla luce di queste considerazioni non può che giungersi alla conclusione che la posizione del soggetto destinatario del provvedimento *antitrust* è, solitamente, quella di interesse legittimo poiché risulta evidente che l'AGCM agisce attraverso l'esercizio di poteri autoritativi, spesso molto penetranti, per la tutela di interessi pubblici come la tutela della concorrenza e quella dei consumatori.

Al riguardo è opportuno ricordare che gli interessi legittimi possono essere distinti in pretensivi e oppositivi. Nel primo caso il titolare dell'interesse legittimo tende ad ottenere una posizione di vantaggio tramite l'esercizio del potere amministrativo. In materia *antitrust* si può fare riferimento, ad esempio, alla posizione del soggetto che contesta la determinazione di un procedimento che si è chiuso con l'accettazione degli impegni da parte dell'Autorità¹⁹¹. L'interesse legittimo oppositivo, invece, si ha quando l'esercizio del potere amministrativo va ad incidere in modo negativo sulla sfera giuridica del destinatario, che è portato a intraprendere le azioni che possano contrastare l'esercizio di tale potere. In questo contesto l'esempio più evidente è la posizione di colui che sia destinatario di un provvedimento di tipo sanzionatorio o inibitorio.

Consegue che il giudice deputato a eseguire il controllo sull'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione che incide nella sfera giuridica del privato destinatario è il giudice amministrativo.

Tale conclusione è avallata anche dalla giurisprudenza civile. La Corte di Cassazione ha infatti rilevato, nelle sentenze pronunciate a Sezioni Unite 29 aprile 2005, n. 8882 e 17 marzo 2008, n. 7063 che anche se la materia non fosse stata

¹⁸⁹ M. CLARICH, *Op. cit.*, p. 130.

¹⁹⁰ Nel caso di atti vincolati della p.a., anche *iure imperii*, si viene a configurare in capo al privato una situazione di diritto soggettivo soltanto, però, quando il vincolo all'attività amministrativa è posto a protezione dell'interesse del cittadino (vi sono casi in cui invece il vincolo è dettato nell'interesse della p.a. e dunque al privato è riconosciuto solo un interesse legittimo cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen. 5 luglio 1999, n. 18).

¹⁹¹ Art. 14 ter, legge n. 287/1990.

affidata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, quest'ultimo sarebbe stato comunque competente in virtù della giurisdizione generale di legittimità sui provvedimenti *antitrust* poiché essi rappresentano l'esplicazione dell'esercizio di un potere autoritativo e discrezionale della pubblica amministrazione per la cura di un interesse pubblico.

Per contestare la giurisdizione del giudice amministrativo non è possibile affermare che le imprese che operano nel mercato siano titolari di posizioni giuridiche qualificabili come diritti e quindi non degradabili ad interessi legittimi dall'esercizio del potere amministrativo. L'errore di fondo di tale tesi consiste nel ritenere che l'interesse legittimo sia una figura minore rispetto al diritto soggettivo. La risalente teoria della degradazione da diritto a interesse da tempo non è più accettata¹⁹², atteso che con la Costituzione le predette situazioni soggettive ricevono un trattamento di pari dignità e soprattutto una tutela piena ed effettiva¹⁹³. Da ciò consegue che, l'esercizio del potere amministrativo non fa degradare il diritto soggettivo ad interesse legittimo, ma quando si concreta in un atto esso ha ad oggetto direttamente l'interesse legittimo dell'impresa cui spetta comunque una tutela piena ed effettiva da parte giudice amministrativo.

Del resto l'attribuzione compiuta dalla legge delle controversie in questione alla giurisdizione del giudice amministrativo trova fondamento nella tipologia di sindacato che tale giudice, di regola, esercita. Si tratta infatti di un controllo di legittimità sulla base del quale, una volta riscontrati vizi di legittimità, il giudice deve annullare il provvedimento con efficacia *ex tunc*¹⁹⁴. Gli effetti prodotti dalla decisione del giudice sono qualificabili come ripristinatorio della situazione precedente e conformativo della situazione di fatto a quella di diritto¹⁹⁵. È stata inoltre più recentemente ammessa la possibilità, in presenza di determinati presupposti, di provvedere oltre che alla reintegrazione in forma specifica anche al risarcimento del danno¹⁹⁶.

Come è stato già ricordato, in materia di tutela della concorrenza nella maggior parte dei casi la situazione giuridica fatta valere è quella di interesse legittimo, per cui il giudice istituzionalmente competente è quello amministrativo,

¹⁹² M. CLARICH, *Op. cit.*, p. 125.

¹⁹³ Articoli 24, 103 e 113 della Costituzione.

¹⁹⁴ Art. 34 d.lgs 2 luglio 2010, n. 104.

¹⁹⁵ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 309.

¹⁹⁶ Art. 34 del d.lgs 2 luglio 2010, n. 104.

anche se, in taluni casi, i provvedimenti dell’Autorità possono incidere su diritti soggettivi, talvolta espressamente previsti dalla Costituzione, quale la libertà di iniziativa economica.

Affidare il sindacato al giudice ordinario comporterebbe il rischio che lo stesso, potendo esercitare un sindacato anche nel merito, si sostituisca all’Autorità nell’esercizio del potere ad essa spettante, con una inammissibile contitolarità del potere stesso. Questo rischio non si verifica quando il controllo sia esercitato dal giudice amministrativo, poiché la sua giurisdizione è limitata al controllo di legittimità, salvo alcuni casi particolari che devono essere espressamente previsti – e che nella materia in esame non lo sono – di giurisdizione estesa al merito¹⁹⁷.

Questi argomenti giustificano la disciplina normativa che attribuisce al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, ossia anche nei casi in cui vengono in rilievo i diritti soggettivi, la materia *antitrust*. Infatti, se prevedesse diversamente, sarebbe in contrasto con il riparto operato dall’art. 103 della Costituzione che qualifica come giudice naturale degli interessi legittimi il giudice amministrativo.

3. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo

L’art. 33, comma 1, della legge n. 287/1990, dispone che *“la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata dal codice del processo amministrativo”*. Questo all’art. 133, comma 1, lett. l), c.p.a. prevede che *“le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati”*, adottati dalle Autorità indipendenti – e, in particolare, dall’AGCM – sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Questo tipo di giurisdizione è stata espressamente prevista dal legislatore per le controversie in materie in cui si configurano situazione giuridiche di interesse legittimo strettamente connesse a situazioni di diritto soggettivo. La giurisdizione esclusiva può dunque essere ritenuta come “complementare” rispetto alla giurisdizione generale di legittimità.

¹⁹⁷ P. DE LISE, *Op. cit.*, pp. 71 ss.

La Corte Costituzionale è intervenuta in tema di giurisdizione esclusiva, in particolare con l'importante pronuncia n. 204 del 2004. Al riguardo la Corte ha affermato che la previsione della giurisdizione esclusiva non solo non è in contrasto con quanto disposto dall'art. 103 della Costituzione ma costituisce applicazione di esso, sempre che la materia cui si riferisce sia connessa anche solo in via mediata all'esercizio di un potere amministrativo. È quindi necessario che si tratti di materie, come quella *antitrust*, in cui sia presente una posizione di interesse legittimo cui è strettamente connesso una posizione di diritto soggettivo. La Corte in tale pronuncia ha infatti censurato il legislatore nell'attribuzione eccessiva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di blocchi di materie completamente slegati da qualsiasi posizione di interesse legittimo.

La giustificazione della giurisdizione esclusiva adottata dalla Corte Costituzionale è – ripetesì – quella per cui la giurisdizione esclusiva è ammessa nelle materie in cui le posizioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo siano strettamente connesse e condizionate dall'esercizio del potere amministrativo.

Il giudice amministrativo si trova quindi a sindacare i provvedimenti dell'Autorità nel tentativo di bilanciare due diverse ma ugualmente importanti esigenze. La prima è quella di garantire la tutela giurisdizionale operando un sindacato di pura legittimità non esteso al merito. Da ciò emerge anche la differenza del sindacato del giudice ordinario sull'autonomia privata e quello del giudice amministrativo sulla discrezionalità amministrativa.

La seconda esigenza che viene in rilievo è quella di salvaguardia del plesso amministrativo ed in particolare di quello dell'Autorità.

In materia *antitrust* il giudice si trova normalmente di fronte a situazioni di interesse legittimo, che rientrano nella giurisdizione generale di legittimità; la previsione della giurisdizione esclusiva in tale materia costituisce una sorta di “clausola di salvaguardia” della giurisdizione del giudice amministrativo nei casi in cui emergano dei diritti soggettivi, sempre che questi siano strettamente connessi ad interessi legittimi¹⁹⁸.

In via generale è inoltre importante ricordare che la giurisdizione esclusiva non va confusa con la giurisdizione estesa al merito.

¹⁹⁸ P. DE LISE, *Op. cit.*, pp. 71 ss.

Infatti pur trattandosi per entrambe di previsioni di specifiche materie (ipotesi tassativamente indicate), la giurisdizione esclusiva incide sul cosiddetto limite esterno della giurisdizione, accrescendo l'estensione della giurisdizione amministrativa a scapito di quella ordinaria con l'attribuzione alla prima anche del sindacato sui diritti soggettivi.

La giurisdizione estesa al merito, invece, rileva per ciò che è considerato come un limite interno, ossia concerne i poteri che il giudice può esercitare nel suo sindacato. In sede di giurisdizione estesa al merito vi è la possibilità per il giudice di valutare anche i profili attinenti all'opportunità, convenienza, equità e utilità, finendo in tal modo per sostituirsi all'amministrazione. Si tratta di profili particolarmente delicati che solitamente sono intangibili dal giudice in quanto sono al di fuori della legittimità del provvedimento e sono sottoposti ad una sorta di riserva in favore dell'amministrazione, che il giudice è autorizzato a superare¹⁹⁹.

In materia *antitrust* la giurisdizione estesa al merito sussiste in un'ipotesi particolare che sarà esaminata più approfonditamente in seguito. Si tratta del sindacato esercitato dal giudice amministrativo sulle sanzioni pecuniarie che possono essere irrogate dall'AGCM qualora venga accertata un'intesa restrittiva della concorrenza o un abuso di posizione dominante. L'art. 31 della legge n. 287/1990, infatti, richiama l'art. 23 della legge 698/1981 in materia di sanzioni amministrative, che prevede la possibilità per il giudice di annullare in tutto o in parte il provvedimento sanzionatorio o anche di modificare lo stesso nella parte in cui si definisce l'ammontare della sanzione.

In conclusione, la previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di tutela della concorrenza, oltre ad avere una funzione pratica importante che è quella di evitare dubbi sulla scelta del giudice dotato di giurisdizione rendendone più semplice e diretta la individuazione, appare anche in un certo senso "naturale" sia alla luce della particolarità della materia che in relazione all'espansione della giurisdizione esclusiva che si è avuta anche in altri settori²⁰⁰.

¹⁹⁹ A. TRAVI, *Op. cit.*, p. 188.

²⁰⁰ L'art. 133 del d.lgs 2 luglio 2010, n. 104 che al comma 1, lett c), ad esempio, include tra le materie sottoposte a giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "*le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico*

Il giudice naturale dell'interesse pubblico dell'economia si può dunque identificare nel giudice amministrativo che ha assunto il ruolo di "controllore" del garante della concorrenza in uno Stato che si è trasformato da imprenditore a regolatore.

Deve peraltro ricordarsi che la Corte Costituzionale con le sentenze 27 giugno 2012, n. 162 e 5 aprile 2014, n. 94, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 133, comma 1, lett. l), 134, comma 1, lett. c) e 135, comma 1, lett. c, c.p.a., nella parte in cui attribuivano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito, e competenza funzionale del TAR del Lazio le controversie in materia di sanzioni irrogate, rispettivamente, dalla Commissione nazionale per le società e la borsa e dalla Banca d'Italia.

La prima delle citate sentenze ha innanzitutto rilevato come la delega sia, avuto riguardo ai canoni della giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 76 Cost., sufficientemente specifica e determinata e quindi idonea a circoscrivere i pur necessari margini di discrezionalità del legislatore delegato, per cui ha dichiarato non fondata la relativa questione di legittimità costituzionale.

Entrambe le sentenze hanno poi dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione della delega, delle disposizioni impugnate, perché intervenute in modo innovativo sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, senza tenere conto – secondo quanto prescritto dalla legge di delega – della giurisprudenza della Corte di Cassazione, che aveva affermato che la giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori emanati dalle predette Autorità spettasse al giudice ordinario (Corti d'appello per la CONSOB e Corte d'appello di Roma per la Banca d'Italia)²⁰¹.

servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità".

²⁰¹ Questa conclusione, o almeno la motivazione che la sorregge, non appare del tutto soddisfacente. L'attribuzione della giurisdizione in materia al giudice ordinario era espressamente prevista dalla legislazione anteriore (per la CONSOB, gli articoli 187 e 195, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e, per la Banca d'Italia, l'art. 145, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385); il codice l'aveva modificata (devolvendola al giudice amministrativo), sulla base del principio di concertazione delle tutele, attesa la stretta connessione esistente tra potere di vigilanza, già sottoposto alla giurisdizione amministrativa esclusiva, e potere sanzionatorio. Sembrava quindi corretta la scelta, adottata dal c.p.a. nell'intento di ovviare a una ingiustificata frammentazione delle tutele, di considerare la materia in termini unitari e di attribuirla complessivamente alla giurisdizione esclusiva, come avviene per gli altri provvedimenti dell'AGCM (ex art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a.).

4. Le azioni esperibili

Le azioni esperibili dinanzi al giudice amministrativo dal soggetto che ricorre avverso i provvedimenti *antitrust* sono essere di vario tipo.

Generalmente l'azione che viene esperita è quella di annullamento del provvedimento di diffida o sanzionatorio emesso dall'Autorità da parte di colui che si ritiene leso dal provvedimento stesso. Si tratta di un'azione costitutiva che può portare all'annullamento totale o parziale del provvedimento di cui è dedotta l'illegittimità.

Sono inoltre ammissibili azioni di mero accertamento che la giurisprudenza ha ritenuto proponibili fin dal 1993, ad esempio nel caso in cui l'interessato ricorra avverso il provvedimento di avvio dell'istruttoria contestando la sussistenza del potere dell'AGCM nei suoi confronti²⁰². In questo caso vi è una situazione di diritto soggettivo la cui tutela spetta comunque al giudice amministrativo in virtù della già richiamata giurisdizione esclusiva. Il giudice amministrativo ha affrontato in questo caso particolare il tema dell'interesse a ricorrere contro un provvedimento di apertura dell'istruttoria. L'interesse è stato ritenuto sussistente in quanto il provvedimento in questione permetteva l'esercizio dei poteri dell'Autorità. La giurisprudenza successiva ha confermato che l'azione di accertamento riguarda non tanto i presupposti oggettivi che legittimano l'Autorità ad avviare formalmente l'istruttoria, quanto direttamente la sfera soggettiva dei poteri dell'AGCM²⁰³.

Sempre in tema di azione di accertamento va ricordata la legge n. 15 del 2005 che ha introdotto l'art. 21-*septies* della legge n. 241 del 1990. La disposizione prevede fra le azioni di nullità anche quella di accertamento del difetto assoluto di attribuzione. Quest'ultima, sulla base della giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione, rientra non nella giurisdizione del giudice amministrativo ma in quella del giudice ordinario²⁰⁴.

Sussiste invece sempre giurisdizione amministrativa qualora si tratti di accertare vizi di incompetenza o di violazione di legge in ordine all'assenza di potere da parte dell'Autorità poiché spettante ad altra autorità. Si verifica dunque un diverso trattamento su azioni che sono in ogni caso di accertamento²⁰⁵.

²⁰² TAR Lazio, Sez. I, 4 novembre 1993, n. 1549.

²⁰³ TAR Lazio, Sez. I, 5 agosto 2000, n. 6606; 7 agosto 2000, n. 6614.

²⁰⁴ Corte di Cassazione, Sez. Un., 28 febbraio 2007, n. 4630.

²⁰⁵ P. FATTORI - M. TODINO, *Op. cit.*, p. 465.

I casi in cui potrebbe trovare applicazione un'azione di mero accertamento sono piuttosto rari e fra questi vi è quello in cui si ritenga che la condotta del soggetto ricorrente non sia tra quelle soggette alla legge n. 287/1990. Questa situazione si verifica nel momento in cui l'attività non possa essere qualificata come di impresa o qualora si ricada in un'ipotesi di deroga alle norme *antitrust* prevista espressamente dall'art. 8, comma 2, della legge n. 287/1990.

Va infine analizzato il tema della responsabilità dell'AGCM per i danni che può arrecare ai privati con l'esercizio dei propri poteri. Questa particolare tematica può essere ricondotta alla più generale questione della risarcibilità degli interessi legittimi.

Si era peraltro già manifestato, sul piano normativo, l'orientamento, fondato soprattutto sul diritto comunitario, tendente ad ammettere la risarcibilità del danno a particolari ipotesi di lesione di interessi legittimi.

Ciò avvenne, dapprima con l'art. 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142 (legge comunitaria per l'anno 1991), che ammise il risarcimento del danno per lesioni subite a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle relative norme interne di recepimento. Quanto alla giurisdizione, fu adottata la soluzione del c.d. doppio binario (in seguito superata alla stregua del principio della concentrazione delle tutele), prevedendo che la domanda di risarcimento fosse proponibile dinanzi al giudice ordinario dopo aver ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo da parte del giudice amministrativo.

Successivamente, l'art. 35 del d.lgs. 31 marzo del 1998, n. 80 attribuì al giudice amministrativo il potere di disporre il risarcimento del danno nelle controversie attribuite alla sua giurisdizione esclusiva, mentre la generalizzazione della tutela risarcitoria degli interessi legittimi si ebbe con l'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, poi recepito nel codice del processo amministrativo, che oggi prevede all'art. 30 la possibilità di proporre l'azione risarcitoria sia contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento sia in maniera autonoma.

L'annosa questione sulla risarcibilità degli interessi legittimi è stata risolta in via definitiva dalla celebre sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 500 del 1999, con la quale fu superata la giurisprudenza precedente che si era "pietrificata" sulla impossibilità di ammettere il risarcimento per lesione di interesse legittimo. Il precedente orientamento si fondava sull'interpretazione dell'art. 2043 cod. civ. come norma secondaria volta a sanzionare una condotta

vietata da altre norme primarie. Con questa pronuncia invece è mutata l'interpretazione data all'art. 2043, che viene considerato come norma primaria per la quale è rilevante esclusivamente l'esistenza di una lesione ad un interesse giuridicamente rilevante senza la necessità di altre norme primarie che lo prevedano espressamente. In sintesi, la Cassazione ha rilevato che fra gli interessi che la norma in questione tutela vi sono, oltre ai diritti soggettivi anche gli interessi legittimi sia pretensivi che oppositivi, sempre che a questi sia correlato l'interesse ad un bene della vita che subisca un danno per effetto del provvedimento. Va inoltre ricordato che per gli interessi legittimi oppositivi sussiste sempre una lesione della sfera giuridica del destinatario del provvedimento e dunque, se quest'ultimo è illegittimo, deve essere ammessa la risarcibilità. Al contrario, nel caso di interessi legittimi pretensivi il risarcimento del danno è ammesso solo a seguito dell'esito positivo di un giudizio prognostico, basato su un criterio di normalità, per stabilire se si tratti di una mera aspettativa non tutelabile o se invece, sulla base della normativa di settore, risulta esservi una situazione giuridicamente protetta.

Tornando specificamente alla materia *antitrust* è opportuno evidenziare una posizione alquanto restrittiva del giudice a riconoscere la responsabilità dell'Autorità. Una pronuncia dove ciò appare evidente è la 8238/2004 del TAR del Lazio in cui il giudice amministrativo esclude la responsabilità dell'Autorità affermando che la sola illegittimità ed il conseguente annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento non sono sufficienti per l'accoglimento della richiesta di risarcimento del danno. Il giudice richiede l'esistenza di tutte le condizioni previste dalla legge, fra cui vi sono anche l'elemento della colpa, del danno e della sua riconducibilità causale alla condotta dell'Autorità. Il TAR del Lazio in questa pronuncia ha imposto dei limiti restrittivi ai requisiti della colpa e del nesso di causalità affermando che entrambi non possono considerarsi presenti qualora non siano stati violati dall'AGCM gli obblighi di diligenza e di perizia nello svolgimento della sua attività. L'onere della prova a carico del destinatario del provvedimento che intende avanzare pretese risarcitorie è dunque particolarmente gravoso in quanto consiste nella dimostrazione che l'Autorità abbia agito in modo arbitrario, negligente o imperito.

La posizione del giudice amministrativo a vagliare attentamente, senza eccessiva prodigalità, i casi di responsabilità dell'Autorità, potrebbe risultare coerente con la volontà di evitare discrasie all'interno dei poteri dello Stato, anche

in base al principio cardine di leale collaborazione. Una posizione diversa, potrebbe infatti avere riflessi negativi in termini di certezza del diritto da parte degli operatori economici.

5. Gli atti impugnabili

La disposizione fondamentale a cui fare riferimento per l'individuazione degli atti dell'AGCM che possono essere impugnati di fronte al giudice amministrativo è il già menzionato art. 133 della legge n. 287/1990. In questa norma si fa riferimento a tutti gli atti adottati sulla base delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV della stessa legge.

Come si è già avuto modo di accennare il testo vigente dell'art. 33 della legge n. 287/1990 dispone che *“la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata da codice del processo amministrativo”*; questo all'art. 133, comma 1, lett. l), prevede che le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti dell'AGCM (esclusi quelli inerenti ai rapporti di pubblico impiego privatizzati) sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Si può dunque procedere alla indicazione dei provvedimenti impugnabili. Essi possono distinguersi in due categorie: quelli adottati per i casi di intese tra imprese e abusi di posizione dominante e quelli previsti in materia di concertazioni di imprese²⁰⁶.

A) Fra i primi sono compresi i provvedimenti di diffida e di sanzione previsti dall'art. 15, comma 1, della legge n. 287/1990, cui vanno aggiunti il caso in cui sia adottato un provvedimento di incompatibilità con le norme sulla concorrenza a seguito di comunicazione volontaria di un'intesa e quello di rigetto da parte dell'AGCM di una richiesta di autorizzazione in deroga o di revoca dell'autorizzazione stessa per il venir meno delle condizioni richieste dalla legge²⁰⁷.

Altri provvedimenti sanzionatori che possono essere impugnati dinanzi al giudice amministrativo sono quelli adottati ai sensi degli articoli 15, comma 2, e 14, comma 5, della legge n. 267/1990. La prima disposizione prevede la possibilità per l'Autorità di adottare provvedimenti sanzionatori in caso di inottemperanza alla diffida, mentre l'altra prevede il potere sanzionatorio in capo all'AGCM qualora vi

²⁰⁶ P. FATTORI - M. TODINO, *Op. cit.*, p. 466.

²⁰⁷ Art. 4, legge n. 287/1990.

sia il rifiuto o l'omissione a fornire le informazioni e i documenti richiesti nonché la trasmissione di documenti o informazioni false.

Per quanto concerne i programmi di clemenza di cui si è trattato nel secondo capitolo, si possono verificare delle ipotesi particolari quanto al regime previsto per la loro impugnabilità. Infatti, nel caso in cui sia adottato un provvedimento negativo in risposta alla domanda di clemenza e non sia ancora stato avviato alcun procedimento di accertamento dell'illecito concorrenziale, l'atto può essere impugnato di fronte al giudice. Se, al contrario, la domanda di clemenza fosse stata inizialmente accettata ma successivamente si sia verificata la violazione delle condizioni previste nel programma stesso e questa sia stata accertata da un provvedimento dell'Autorità, quest'ultimo non sarebbe immediatamente impugnabile in quanto avente natura endoprocedimentale. In questo caso l'impresa interessata può impugnare il provvedimento finale adottato alla chiusura del procedimento di infrazione.

B) Per quanto riguarda le concentrazioni di imprese, gli atti impugnabili previsti dalla legge n. 287/1990 sono, in particolare: i provvedimenti di divieto di concentrazione²⁰⁸, quelli di sospensione temporanea²⁰⁹, quelli correttivi adottati ai sensi dell'art. 18, comma 3, ed infine quelli previsti dall'art. 6, comma 2. In quest'ultimo caso si tratta di determinazioni dell'Autorità adottate all'esito dell'istruttoria che autorizzano la concentrazione prescrivendo le misure necessarie per evitare le conseguenze indicate dal comma 1 dello stesso art., fra cui la riduzione sostanziale e durevole della concorrenza. Le imprese interessate dal provvedimento condizionato, pur essendo stata autorizzata la concentrazione, possono avere ugualmente interesse all'impugnativa tendente ad ottenere condizioni più favorevoli di quelle imposte dall'Autorità²¹⁰.

Sempre in tema di concentrazioni la giurisprudenza ha posto in evidenza che gli atti preparatori ed infraprocedimentali non possono essere impugnati in nessun caso. Questo principio si fonda sulla mancata produzione di effetti esterni da parte di atti che hanno natura meramente prodromica che quindi non sono idonei ad incidere nella sfera giuridica dell'interessato. Da ciò consegue che l'atto di inizio del procedimento adottato ai sensi dell'art. 16, comma 4, della legge n. 287/1990

²⁰⁸ Art. 6 legge n. 297/1990.

²⁰⁹ Art. 17, comma 1, legge n. 287/1990.

²¹⁰ P. FATTORI - M. TODINO, *Op. cit.*, p. 467.

non è impugnabile in via autonoma. Infatti l'effettiva lesione di un interesse giuridicamente tutelato si ha solo nel momento in cui viene adottato il provvedimento finale. La stessa giurisprudenza ha ammesso che qualora sussista l'interesse, può essere impugnato contestualmente al provvedimento conclusivo anche quello di avvio del procedimento²¹¹. Di notevole rilevanza, sempre in tema di impugnazione degli atti di avvio del procedimento, sono due pronunce del TAR del Lazio²¹² che ha ammesso l'autonoma impugnazione alle seguenti condizioni: *“le censure ammissibili [...] solo e soltanto quelle afferenti alla competenza dell’Autorità ad avviare lo stesso, vale a dire alla prospettata carenza in concreto del potere, laddove gli altri vizi dedotti, relativi alle modalità di esercizio del potere, devono ritenersi invece non immediatamente ed autonomamente lesivi e, quindi, in questa sede inammissibili, in quanto, una volta che l’Autorità abbia legittimamente avviato il procedimento avendone competenza, gli stessi possono essere fatti valere in sede di eventuale impugnazione del provvedimento conclusivo del procedimento, sulla cui legittimità possono refluire con efficacia viziante”*.

6. La legittimazione a ricorrere

Dal punto di vista generale la legittimazione a ricorrere è una delle due condizioni generali (insieme all'interesse ad agire) per l'azione nel processo amministrativo di cui il giudice deve verificare la sussistenza al fine di potere poi passare all'esame del merito della questione. La legittimazione a ricorrere è solitamente ritenuta sussistente qualora il soggetto privato sia titolare di un interesse legittimo o, nei casi di giurisdizione esclusiva, anche di un diritto soggettivo. Inoltre la giurisprudenza tende a ritenerla sussistente quando vi è l'effettiva titolarità di una posizione qualificata e differenziata con la conseguenza che il giudice qualora accerti l'assenza di tale posizione dichiara il ricorso inammissibile. La pronuncia del giudice di inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione a ricorrere dunque non va qualificata come una sentenza di rito, bensì, almeno per alcuni aspetti²¹³, va assimilata ad una sentenza di merito in quanto comporta un accertamento di insussistenza della posizione soggettiva di ordine sostanziale.

²¹¹ TAR Lazio, Sez. I, 20 febbraio 2004, n. 1631.

²¹² TAR Lazio, Sez. I, 26 gennaio 2012, n. 864 e 865.

²¹³ Ad esempio l'idoneità del giudicato a produrre effetti “esterni” al processo.

La legittimazione a ricorrere quindi è positivamente accertata nei casi di una posizione soggettiva qualificata e differenziata e quindi solitamente di interesse legittimo. Tale interesse è sussistente tutte le volte in cui un provvedimento produca direttamente effetti sulla sfera giuridica di un privato, vi sono tuttavia alcune ipotesi in cui è più incerta la sussistenza o meno della legittimazione a ricorrere come nel caso di soggetti terzi non incisi direttamente dal provvedimento. In quest'ultimo caso infatti è necessario stabilire se la loro posizione sia qualificata e differenziata rispetto a quella degli altri privati. Va ricordato inoltre che vi sono dei casi particolari in cui la legittimazione a ricorrere non è direttamente connessa alla titolarità di un interesse qualificato ma è fondata su una semplice condizione formale del concorrente come ad esempio per le azioni popolari per le quali è sufficiente la qualità generica di cittadino²¹⁴.

Il tema della legittimazione ad agire riveste una posizione rilevante in quanto consente, con l'individuazione dei soggetti legittimati a ricorrere di fronte al giudice amministrativo avverso i provvedimenti *antitrust*, la delimitazione della portata della tutela giurisdizionale.

Inoltre si tratta di un aspetto che ha subito un'evoluzione nell'interpretazione da parte del giudice amministrativo che inizialmente si discostava dalle soluzioni accolte a livello europeo. I giudici europei nei confronti delle decisioni della Commissione in materia di tutela della concorrenza hanno tendenzialmente adottato una posizione aperta in tema di legittimazione ad agire, ad esempio ammettendola per il soggetto denunciante contro il provvedimento di archiviazione adottato dalla Commissione. In seguito, anche il giudice amministrativo nazionale si è allineato a questa posizione delle corti sovranazionali ammettendo l'impugnazione anche da parte di soggetti interessati non direttamente destinatari del provvedimento dell'Autorità. decisione²¹⁵.

Il presupposto che aveva portato la giurisprudenza amministrativa ad un orientamento che limitava i soggetti legittimati a ricorrere ai destinatari del

²¹⁴ A. TRAVI, *Op. cit.*, p. 194.

²¹⁵ Inizialmente il giudice comunitario ha svincolato la legittimazione ad agire contro i provvedimenti della Commissione dalla previa partecipazione dell'interessato al procedimento (Tribunale 11 luglio 1996, T-528/93, T-542/93). In seguito si è ammessa la legittimazione a presentare ricorsi anche a soggetti che non rientrano tra i destinatari dell'atto (Tribunale 8 ottobre 2002, T-185/00, T-216/00). Successivamente i giudici comunitari hanno confermato la legittimazione ad agire al soggetto non destinatario del provvedimento che sia inciso in modo diretto e immediato dal provvedimento (Tribunale 11 luglio 2007, T-170/06 punti 39-41).

provvedimento dell’Autorità, è la finalità cui i poteri dell’AGCM sono destinati, ossia la tutela dell’interesse pubblico ad un mercato aperto alla concorrenza e alla tutela dell’iniziativa economica che si svolge in tale mercato e non invece delle posizioni individuali dei singoli soggetti che operano nel mercato stesso²¹⁶.

Da tale premessa derivava si deduceva interpretativamente che tutti i soggetti diversi dai destinatari diretti del provvedimento non fossero titolari di una posizione giuridica tale da legittimarli a ricorrere. La posizione di tali soggetti era infatti qualificabile come un interesse indifferenziato a che l’azione amministrativa sia svolta correttamente e per le finalità a cui è preposta²¹⁷.

Questa posizione assunta inizialmente dal giudice amministrativo è stata favorita anche dal fatto che, nei procedimenti amministrativi sanzionatori o comunque repressivi, quali quelli in materia di tutela della concorrenza, colui che ha denunciato l’illecito non viene ad essere parte necessaria del procedimento. Vi sono state infatti pronunce costanti che disponevano l’inammissibilità dei ricorsi proposti dai denunciati o dai terzi nelle diverse aree di competenza dell’Autorità²¹⁸.

La giurisprudenza infatti, pur avendo posto in evidenza che il terzo concorrente può essere toccato in via indiretta dalle decisioni adottate dall’AGCM, ha sempre considerato rilevante, ai fini della legittimazione ad agire solo la sfera giuridica incisa direttamente dal provvedimento. Inoltre, la legittimazione ad agire non poteva essere neppure riconosciuta in virtù del fatto che il terzo avesse partecipato al procedimento amministrativo. Il solo fatto di essere intervenuto nel procedimento infatti non poteva essere considerato come titolo acquisitivo della legittimazione a ricorrere, essendo partecipazione procedimentale e legittimazione processuale due elementi distinti²¹⁹.

Questo orientamento però è criticabile, come già ricordato in precedenza, per la sua incompatibilità con i principi europei che si basano sulla garanzia di una tutela effettiva per tutti i soggetti per i quali si producono gli effetti del

²¹⁶ P. FATTORI - M. TODINO, *Op. cit.*, p. 468.

²¹⁷ P. FATTORI - M. TODINO, *Op. cit.*, p. 469.

²¹⁸ In tema di intese restrittive della concorrenza: TAR Lazio, Sez. I, 23 dicembre 1997, n. 2216 e 28 marzo 2002, n. 2369. In materia di abusi di posizione dominante vi sono TAR Lazio, Sez. I, 29 settembre 1998, n. 2746 e 9 aprile 2001, n. 3056. Rilevanti sulle concentrazioni d’imprese sono le pronunce TAR Lazio, Sez. I, 26 settembre 2001, n. 7797; 7 settembre 2001, n. 7286; 15 ottobre 1998, n. 2952 e 3 dicembre 2002, n. 420. Infine per quanto concerne la pubblicità ingannevole: TAR Lazio, Sez. I, 5 maggio 2001, n. 3858.

²¹⁹ Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 dicembre 1996, n. 1792 e 20 aprile 2000, n. 2185

provvedimento. Non è solo, tuttavia, l'orientamento europeo a non rendere condivisibile questo iniziale orientamento adottato dai giudici amministrativi nazionali, ma anche la stessa legge n. 287/1990 che all'art. 12, comma 1, prevede la possibilità di soggetti terzi di svolgere un'attività di denuncia, e il D.p.r. n. 217/1998 che all'art. 7, comma 1, dispone che possono intervenire nell'istruttoria *“i soggetti portatori di interessi pubblici e privati, nonché le associazioni rappresentative dei consumatori, cui possa derivare un pregiudizio diretto, immediato ed attuale dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria o dai provvedimenti adottati in esito alla stessa”*. È già stato rilevato che questi poteri di iniziativa e di intervento nel procedimento vanno tenuti distinti dalla legittimazione a ricorrere. È necessario però considerare che tali poteri sono stati previsti in quanto la sfera giuridica dei soggetti titolari degli stessi è suscettibile di essere incisa in maniera diretta dal provvedimento. Ferma restando comunque la possibilità per il giudice di valutare caso per caso se sussistano degli interessi sostanziali dei terzi lesi dalla decisione dell'Autorità, riconoscendo agli stessi la possibilità di tutelarli in via giurisdizionale²²⁰.

Attualmente il predetto orientamento può ritenersi superato poiché vi sono state numerose pronunce che hanno adottato una visione di carattere più sostanzialistico, andando a verificare caso per caso sia se la situazione giuridica del terzo verta strettamente in materia di tutela della concorrenza che in tema di pubblicità ingannevole. In quest'ultimo campo la VI Sezione del Consiglio di Stato, nella sentenza 1° marzo 2002, n. 1258, ha ammesso la legittimazione a ricorrere del soggetto denunciante in quanto nel caso di specie vi era una lesione specifica causata dalla pubblicità ingannevole.

Per quanto riguarda più strettamente la tutela della concorrenza, una prima evoluzione dell'orientamento giurisprudenziale si è avuta quando il TAR del Lazio, pur non ammettendo il ricorso da parte del terzo, ha riconosciuto di poter individuare nelle citate disposizioni normative le basi su cui fondare anche l'individuazione di un interesse individuale dotato di qualificazione giuridica e quindi idoneo a fondare la legittimazione attiva²²¹.

Successivamente il giudice amministrativo si è pronunciato di nuovo sulla questione ammettendo il ricorso del terzo concorrente. La tesi accolta dalla

²²⁰ P. FATTORI - M. TODINO, *Op. cit.*, p. 470.

²²¹ TAR Lazio, Sez. I, 3 marzo 2003, n. 3861.

giurisprudenza si basa su una sorta di recepimento della posizione tradizionalmente sostenuta a livello comunitario per cui la limitazione apposta al diritto di azione ai soggetti concorrenti è ingiustificata se questi subiscono dal provvedimento dall’Autorità una lesione diretta dei loro interessi²²².

È in seguito intervenuto anche il Consiglio di Stato che in una importante pronuncia ha posto in evidenza gli aspetti principali riguardanti la questione della legittimazione a ricorrere²²³. Innanzitutto i giudici amministrativi hanno mostrato propendere per un orientamento meno restrittivo: tale posizione si fonda su una maggiore considerazione delle posizioni giuridiche che i singoli hanno nel caso concreto, evitando di incorrere in ingiustificate limitazioni della tutela che siano in contrasto con il principio di effettività della tutela stessa, la quale ricopre un ruolo fondamentale sia a livello sia europeo che costituzionale. Il Consiglio di Stato infatti afferma che, in caso contrario, *“si verifica, infatti, la non accettabile conseguenza dell’insindacabilità dei provvedimenti dell’Autorità da parte di coloro che non sono i destinatari diretti dell’attività della stessa. A discapito dell’effettività della tutela giurisdizionale, principio immanente nel sistema e che riceve protezione a livello costituzionale; laddove il principio è desumibile da diverse disposizioni (artt. 24, 103, 111 e 113 della cost.), le quali assicurano tutela integrale alla situazione soggettiva del privato, ed è tipico dell’ordinamento di uno Stato democratico. Tra l’altro, l’accesso alla tutela giurisdizionale costituisce uno dei principi fondamentali dell’Unione europea (UE)”*.

Nella stessa pronuncia il Consiglio di Stato ha ricondotto la questione della tutela dei terzi alle condizioni generali per l’azione nel processo amministrativo: l’interesse a ricorrere da una parte e la legittimazione a ricorrere che si sostanzia nella titolarità di un interesse legittimo dall’altra. Infatti, come viene ribadito dai giudici amministrativi *“la circostanza che l’Autorità sia tenuta a perseguire l’interesse pubblico alla tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica non è in grado di escludere, in linea di principio, che anche soggetti terzi a quelli immediatamente lesi dai provvedimenti finali possono vantare interessi, pretesivi o oppositivi, suscettibili di ricevere protezione giuridica. E l’interesse delle imprese terze rispetto a un’intesa restrittiva della libertà di concorrenza è oggetto di valutazione positiva da parte dell’ordinamento”*.

²²² TAR Lazio, Sez. I, 24 febbraio 2004, n. 1715.

²²³ Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 giugno 2004, n. 3865.

La prima delle condizioni generali dall'azione si fonda sulla possibilità per il soggetto di ottenere attraverso una pronuncia favorevole un risultato utile. Si tratta anche solo di un vantaggio potenziale che quindi ai fini dell'ammissibilità del ricorso non deve risultare certo. Inoltre l'interesse deve essere caratterizzato da tre fondamentali attributi che sono la personalità²²⁴, l'attualità²²⁵ e la concretezza²²⁶. In mancanza di uno dei suddetti requisiti il giudice è costretto a constatare la carenza di interesse ed a ritenere il ricorso inammissibile²²⁷.

L'ulteriore elemento richiesto dall'ordinamento affinché si possa ammettere il ricorso di un soggetto terzo avverso un provvedimento *antitrust* è la sussistenza di una posizione di interesse legittimo, che si fonda sulla presenza dei caratteri della differenziazione e della qualificazione. La differenziazione si ha quando la posizione assunta dal soggetto interessato deve essere distinta rispetto a quella di tutti gli altri e questo può aversi, ad esempio in materia urbanistica, in base a diversi elementi come la *vicinitas* in materia edilizia. Non è tuttavia sufficiente che l'interesse sia solo differenziato ma è necessario che questo rientri tra quelli che l'ordinamento intende tutelare, integrando anche il carattere della qualificazione²²⁸.

Applicando quanto sopra esposto alla specifica materia *antitrust* ed alla citata pronuncia del Consiglio di Stato²²⁹, il primo requisito viene considerato soddisfatto qualora si tratti di imprese terze concorrenti. A queste ultime infatti può derivare una situazione di vantaggio o di svantaggio a seconda del tipo di provvedimento adottato, pure nel caso in cui quest'ultimo sia diretto ad altre imprese. Da ciò deriva che esse sono titolari di un interesse personale, individuale e concreto e dunque dell'interesse ad agire²³⁰.

Quanto al secondo elemento ossia la sussistenza della legittimazione a ricorrere e, dunque, dell'interesse legittimo è necessario verificare la compresenza della differenziazione e della qualificazione. Il primo requisito è soddisfatto poiché le imprese terze concorrenti che rivestono una posizione certamente differenziata

²²⁴ Il vantaggio deve riferirsi specificamente e direttamente al ricorrente.

²²⁵ L'interesse deve sussistere al momento del ricorso e deve permanere fino al momento della decisione altrimenti il ricorso viene dichiarato inammissibile per sopravvenuta carenza di interesse.

²²⁶ L'interesse va rapportato al danno effettivamente verificatosi nei confronti del ricorrente.

²²⁷ A. TRAVI, *Op. cit.*, p. 197.

²²⁸ M. CLARICH, *Op. cit.*, p. 141.

²²⁹ Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 giugno 2004, n. 3865.

²³⁰ Consiglio di Stato, n. 1113/2005; TAR Lazio, Sez. I, n. 3301/2008.

rispetto agli altri soggetti nei confronti del provvedimento dell'AGCM, essendo incise dal provvedimento stesso pur non essendone le destinatarie.

Per quanto concerne la qualificazione va evidenziata la notevole evoluzione dell'orientamento giurisprudenziale. Il Consiglio di Stato ha infatti affermato che l'interesse delle imprese concorrenti in presenza di un'intesa restrittiva della concorrenza è qualificato poiché vi sono numerose garanzie procedurali – delle quali beneficiano naturalmente anche le imprese terze con le caratteristiche di cui sopra - che fanno emergere tale aspetto. Fra queste il giudice amministrativo ha individuato, oltre ai già citati art. 12, comma 1, ed art. 7, comma 1, della legge n. 287/1990, anche l'art. 14, comma 2, che prevede la notifica dell'apertura dell'istruttoria e l'art. 14, commi 5 e 6, che garantiscono il diritto di essere sentiti al momento dell'audizione finale che si ha al termine dell'istruttoria.

I giudici amministrativi proseguono affermando che *“è vero che la partecipazione del terzo al procedimento, e comunque la previsione di garanzie procedurali in suo favore, non fa solo per questo acquisire la legittimazione a ricorrere”*. Infatti è stato, in numerose occasioni sostenuto che *“la natura delle situazioni giuridiche soggettive non muta per effetto dell'intervento nel procedimento amministrativo (questa sezione, 29 agosto 2002, n. 4343 e sez. IV, n. 2185/2000)”*.

In conclusione, però, il Consiglio di Stato dispone che *“se il terzo è titolare di una posizione giuridica sostanziale differenziata (da quella della generalità degli appartenenti alla collettività) e qualificata (dall'ordinamento giuridico), e la posizione subisce una lesione - personale, attuale e concreta - dall'esercizio del potere amministrativo, non può non ammettersi la legittimazione all'impugnativa del provvedimento; atto, questo, che costituisce la manifestazione dell'esercizio del potere”*.

In altri termini, una volta riconosciuta al terzo una posizione giuridica di questo tipo, è necessario garantire anche la tutela giurisdizionale qualora egli subisca un pregiudizio dal provvedimento dell'Autorità. Le sole garanzie procedurali espressamente previste dalla legge non sono sufficienti a soddisfare l'esigenza di una tutela piena ed effettiva.

Nel caso giurisprudenziale che ha definitivamente superato la posizione per cui ai terzi non era riconosciuta legittimazione a ricorrere, i giudici amministrativi

hanno ammesso l'impugnazione da parte del terzo ritendendo sussistenti tutti i requisiti richiesti²³¹.

In una pronuncia più recente²³² il Consiglio di Stato ha riconosciuto la legittimazione a ricorrere da parte di una impresa terza che non poteva concorrere sullo stesso mercato che aveva ad oggetto l'intesa di cui si occupava il provvedimento dell'AGCM. Questo poiché nel caso di specie il mercato rilevante era quello delle scommesse per il quale è necessario un titolo concessorio. All'impresa, nonostante la mancanza di tale titolo, è stata riconosciuta la legittimazione a ricorrere in quanto i giudici hanno ritenuto che comunque fosse configurabile una posizione giuridicamente tutelata qualificata e differenziata. Tale posizione giuridica è stata ammessa in quanto si trattava di un'impresa già presente in maniera rilevante sul mercato europeo delle scommesse e dunque potenzialmente interessata all'ingresso sul mercato italiano nel settore in cui si era verificata l'intesa.

Un'ulteriore rilevante sentenza concernente la legittimazione a ricorrere dei terzi è stata pronunciata in materia di pubblicità ingannevole²³³. In questo caso il Consiglio di Stato ha riconosciuto i consumatori come controinteressati nei confronti del provvedimento dell'AGCM e conseguentemente ha ammesso la legittimazione ad agire delle associazioni di consumatori per la tutela degli interessi di questi ultimi.

In materia di tutela della concorrenza in alcuni casi è stata negata la legittimazione a ricorrere delle associazioni per motivi diversi. In un caso il giudice amministrativo le aveva ritenute prive di legittimazione in quanto mancava la rappresentanza dei singoli associati direttamente incisi dalla decisione²³⁴. In un altro caso l'associazione non aveva dimostrato in modo sufficiente di essere portatrice di un interesse particolare e differenziato²³⁵. Nonostante tali pronunce che non hanno ammesso la legittimazione a ricorrere delle associazioni, la dottrina sostiene che il principio elaborato in tema di pubblicità ingannevole sia applicabile anche in questo campo sempre che ne ricorrano tutte le condizioni da accertare volta per volta da parte del giudice²³⁶.

²³¹ Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 giugno 2004, n. 3865.

²³² Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 ottobre 2007, n. 6469.

²³³ Consiglio di Stato, n. 280/2005.

²³⁴ Consiglio di Stato, n. 1738/2007.

²³⁵ TAR Lazio, Sez. I, n. 2307/2007.

²³⁶ P. FATTORI - M. TODINO, *Op. cit.*, p. 473.

6.1. La legittimazione straordinaria dell’Autorità

L’art. 21 bis della legge n. 287/1990 ha introdotto una rilevante novità tra i poteri dell’AGCM riconoscendo all’Autorità la legittimazione ad agire contro numerosi atti. La disposizione è stata immessa nell’ordinamento dall’art. 35 del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201²³⁷ e dispone, al comma 1, che *“l’Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato”*. Un precedente legislativo di questo particolare potere va ritrovato nel potere di agire in giudizio che spettava in origine al Garante per l’editoria, mentre un potere dello stesso tipo è stato assegnato all’Autorità dei trasporti in materia di provvedimenti sul servizio taxi²³⁸.

La norma è caratterizzata da un elevato grado di generalizzazione che permette dunque all’Autorità di impugnare qualsiasi atto adottato da una pubblica amministrazione in violazione delle norme di tutela della concorrenza. Questo profilo della disposizione, da una parte, ha fatto sorgere a numerosi problemi di applicazione pratica in quanto a causa del limitato organico dell’Autorità diviene arduo controllare tutti i provvedimenti amministrativi adottati nei diversi settori del mercato che possano incidere negativamente sulla concorrenza. Dall’altra parte, avendo la norma una portata generale, essa ha la funzione di rafforzare il ruolo dell’AGCM fra le pubbliche amministrazioni e di evidenziare il valore primario che viene dato al valore della concorrenza cui devono informarsi tutti i provvedimenti adottati dalle pubbliche amministrazioni. Inoltre, con l’introduzione di questa norma, se viene letta come un’apertura alla legittimazione pubblica ad agire “nell’interesse della legge”, si va a rafforzare il ruolo del giudice amministrativo come garante della giustizia nell’amministrazione²³⁹.

Questa disposizione è in linea con la visione che ha il diritto europeo delle Autorità nazionali di tutela della concorrenza che, ai sensi dell’art. 15, comma 3,

²³⁷ D.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (c.d. decreto “salva Italia”).

²³⁸ L’art. 37 d. l. 6 dicembre 2011, n. 201 (c.d. decreto “salva Italia”).

²³⁹ M. A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell’AGCM nell’art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, in *federalismi.it*, n. 12 del 13/06/2012, p. 1.

del regolamento n. 1 del 2003 CE, vengono considerate come *amici curiae*. Infatti in base a tale norma le autorità nazionali possono presentare osservazioni al giudice nazionale ed intervenire in merito a questioni sull'applicazione degli articoli 101 e 102 de TFUE. Il citato art. 15 lascia comunque la possibilità al legislatore nazionale di conferire alle Autorità nazionali poteri di intervento più ampi.

Su questa linea si pone l'introduzione dell'art. 21 bis della legge n. 287/1990 che non si limita ad ampliare i poteri di intervento, bensì trasforma l'Autorità da mero interveniente a possibile legittimato a ricorrere.

Questa innovazione ha inoltre avuto la funzione di colmare quelle lacune nelle garanzie che si erano formate²⁴⁰, limitando il controllo pubblico sugli atti stessi ai casi di responsabilità amministrativa e contabile. Parte della dottrina infatti considerava insufficienti i controlli affidati ai privati, mediante la proposizione del ricorso giurisdizionale. Non si può affidare ai privati il compito di essere “gendarmi” dell'ordinamento in una materia quale la concorrenza nella quale si possono configurare numerosi provvedimenti anticoncorrenziali qualificabili come semplici atti organizzativi²⁴¹. In relazione a tali provvedimenti è difficile riconoscere ai privati una lesione diretta della loro sfera giuridica. Con la previsione della legittimazione straordinaria si sono dunque superati dei possibili vuoti di tutela che altrimenti si sarebbero potuti creare²⁴².

Un diverso profilo da esaminare riguarda il fondamento costituzionale di questo istituto che era rinvenuto nell'art. 120 della Costituzione con riferimento al principio di leale collaborazione tra le pubbliche amministrazioni. Peraltro parte della dottrina ha riconosciuto in caso di grave violazione la sussistenza di un interesse sostanziale, personale e qualificato del soggetto tenuto a svolgere una funzione di controllo sull'applicazione di determinate norme poste a tutela di un interesse pubblico²⁴³. In materia *antitrust* questi presupposti sussistono in quanto il soggetto è appunto individuabile nell'Autorità, le norme applicabili sono

²⁴⁰ Con la riforma del Titolo V della Costituzione (legge Cost. 3/2001) sono venuti meno i controlli sugli atti degli enti territoriali. Sugli atti statali si è avuta la riforma del controllo preventivo della Corte dei conti che ha ridotto il numero degli atti sottoposti a controllo preventivo di legittimità (legge 14 gennaio 1994 n. 20, come modificata dal d.l. 23 ottobre 1996 n. 543, convertito dalla legge 20 dicembre 1996 n. 639).

²⁴¹ Affidamenti *in-house*.

²⁴² M. A. SANDULLI, *Op. cit.*, p. 7.

²⁴³ G. GRECO, *Il modello comunitario della procedura d'infrazione e il deficit di sindacato di legittimità dell'azione amministrativa in Italia*, in “Rivista italiana di diritto pubblico comunitario”, 2010.

principalmente quelle contenute nella legge n. 287/1990 e l'interesse pubblico da tutelare è ovviamente la tutela della concorrenza.

In questo modo l'istituto appare coerente con il dettato costituzionale, posto che l'Autorità è per legge titolare della garanzia della tutela di un interesse sostanziale che si "soggettivizza" in capo alla stessa.

Questo interesse si configurerebbe come un interesse legittimo e verrebbe leso qualora siano adottati atti in contrasto con la disciplina *antitrust*. Tale interesse è presente in quanto sussistono sia i requisiti della qualificazione (presente in quanto oggetto di tutela da parte dell'ordinamento) e della differenziazione (in quanto differente rispetto alla totalità degli altri soggetti)²⁴⁴. Per quanto concerne invece la seconda condizione generale dell'azione amministrativa, ossia l'interesse ad agire, la suddetta tesi non soddisfa i requisiti necessari per la sua configurabilità (un vantaggio personale, attuale e concreto per l'Autorità). Peraltro, i requisiti dell'interesse processuale, in quanto previsti da una legge di rango primario, si deve ritenere che possano essere derogati da un'altra successiva legge dello stesso rango.

Inoltre occorre ritenere che il principio di effettività della tutela giurisdizionale cui è informato il processo amministrativo e le norme che lo regolano non debbono essere osservati solo quando si tratta di garantire tutela ad un interesse del singolo, ma anche, come nel caso della tutela della concorrenza, si tratti di un interesse superindividuale oggetto di protezione da parte dell'ordinamento che ne affida la cura ad un soggetto appositamente istituito in una posizione di indipendenza dal Governo. Sono infatti proprio questa caratteristica e la missione affidatale a far sì che sia giustificata la scelta del legislatore di attribuire all'Autorità questa legittimazione processuale.

Per quanto concerne un presunto contrasto con la Costituzione, esso è superato da una lettura del ruolo del giudice amministrativo data dal combinato disposto degli articoli 100 e 103 della Costituzione che riconosce poteri giurisdizionali al Consiglio di Stato e agli altri organi della giustizia amministrativa²⁴⁵. La legittimazione processuale dell'Autorità trova una sua dimensione naturale in questo contesto che concorrere alla tutela delle posizioni soggettive dei terzi che siano stati lesi da atti di altre pubbliche amministrazioni.

²⁴⁴ M. A. SANDULLI, *Op. cit.*, p. 8.

²⁴⁵ Corte Cost. sent. n. 204/2004.

Ad avviso di una parte della dottrina²⁴⁶ si potrebbe parlare di una sorta di “pubblico ministero della concorrenza” nel giudizio amministrativo. Va peraltro precisato che non si può confondere il ruolo proprio del pubblico ministero, che esercita l’azione nel solo interesse del rispetto della legge senza essere titolare di alcun interesse particolare, con il ruolo dell’Autorità che in ogni caso agisce per un interesse specifico, costituito dalla tutela della concorrenza presentando una certa somiglianza con il ruolo del Procuratore della Corte dei conti nell’azione per danno erariale.

Quanto alla disciplina dettata dall’art. 21 bis della legge 287/1990 è necessario porre l’accento sull’ampiezza della formulazione della norma, che fa riferimento a qualsiasi atto di carattere normativo, generale o particolare adottato dalla p.a. in violazione delle norme poste a tutela della concorrenza. Il carattere di eccezionalità della disposizione tuttavia tende a limitarne il campo di applicazione ai casi in cui sia ipotizzabile un contrasto con l’ordinamento positivo senza consentire un approccio di tipo sostanzialistico che comprenda qualsiasi lesione del benessere dei privati.

Le disposizioni che possono essere violate, consentendo il ricorso dell’Autorità, sono innanzitutto gli articoli 101 e 102 del TFUE che sono le fonti principali del diritto *antitrust*. L’Autorità ha inoltre la facoltà di agire nel caso di violazione del regolamento europeo n. 1 del 2003²⁴⁷ sempre in materia di concorrenza. Inoltre si ritiene che anche nel caso di atti adottati in violazione delle norme sugli aiuti di Stato²⁴⁸ l’AGCM possa esercitare l’azione di fronte al giudice amministrativo qualora l’illegittimità degli aiuti sia già stata accertata dalla Commissione europea²⁴⁹. Un ulteriore campo di intervento dell’Autorità è individuato dalla dottrina nel settore delle procedure concorsuali anche qualora siano formalmente rispettate le norme concorrenziali, ma dal punto di vista sostanziale si eludono i principi che informano la disciplina *antitrust*²⁵⁰.

Un altro importante aspetto della disposizione in esame riguarda il riferimento alle pubbliche amministrazioni quali soggetti da cui devono provenire

²⁴⁶ M. A. SANDULLI, *Op. cit.*, p. 9.

²⁴⁷ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l’applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato.

²⁴⁸ Articoli 107 ss. TFUE.

²⁴⁹ F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21 bis della legge n. 287 del 1990)*, giustiziamm.it.

²⁵⁰ A sostegno di tale tesi vi è anche il rinvio al titolo V del libro IV del c.p.a.

gli atti che l'Autorità può impugnare. In sostanza dunque si tratta delle pubbliche amministrazioni identificate dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, per cui vanno esclusi gli organismi di diritto pubblico e le imprese pubbliche che sono assimilabili alle pubbliche amministrazioni solo ad alcuni fini e non sono del tutto identificabili con le stesse²⁵¹.

L'art. 21 bis della legge n. 287/1990 contiene altri due commi: il comma 2 il quale dispone che l'Autorità, se riscontra la violazione da parte di un provvedimento di una pubblica amministrazione delle regole di concorrenza, deve emanare entro sessanta giorni un parere motivato che indichi gli specifici profili delle violazioni rilevate. La pubblica amministrazione interessata può conformarsi alle indicazioni del parere entro sessanta giorni e, nel caso in cui le disattenda, l'Autorità può proporre il ricorso, tramite l'Avvocatura dello Stato, nei trenta giorni successivi.

Questione dibattuta che riguarda questa disposizione è il carattere necessario o meno del parere dell'Autorità ai fini della proposizione del ricorso.

La tesi prevalente in dottrina è quella che ritiene necessaria l'adozione del parere ai fini dell'ammissibilità del ricorso. A favore di questa opinione vi è anche la circostanza che si tratta di un ricorso contro un'altra pubblica amministrazione con cui l'Autorità si deve rapportare nel rispetto del principio costituzionalmente tutelato della leale collaborazione il quale richiede che vi sia "dialogo" tra i soggetti pubblici interessati. In aggiunta a questo elemento a favore della tesi maggioritaria vi è anche il dato testuale che sembra orientato a qualificare il parere come necessario.

La tesi opposta si fonda invece sul fatto che in una siffatta materia è richiesta una maggiore flessibilità. L'interpretazione dell'art. 21 bis su cui tale tesi si fonda è quella di considerare il primo comma come attributivo della legittimazione a ricorrere e quindi della possibilità di proporre il ricorso immediatamente mentre il secondo comma prevedrebbe una modalità alternativa che l'Autorità può adottare qualora lo ritenga opportuno.

La soluzione migliore alla questione, come sostenuto da autorevole dottrina (Giovagnoli) pare essere la prima: qualora si accogliesse la soluzione che ammette il ricorso diretto infatti, non sarebbe più giustificato il termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso. Tale termine è invece stato previsto proprio per le

²⁵¹ Corte di Cassazione, Sez. Un., 22 dicembre 2011, n. 28329.

modalità particolari della procedura che assegnano già sessanta giorni per formulare il parere e ulteriori sessanta giorni per le osservazioni della pubblica amministrazione destinataria del parere stesso²⁵².

In ultimo, il terzo comma dell'art. 21 bis dispone l'applicazione delle norme del libro IV, titolo V, del d.lgs. n. 104/2010 al giudizio che ha inizio con il ricorso dell'AGCM. Questo rinvio esplicito all'applicazione di tale disciplina normativa pone, tuttavia, dei problemi in quanto nel titolo V del libro IV non si fa riferimento ad una sola tipologia di rito speciale.

Da una parte, infatti, vi è l'art. 119 del c.p.a. che prevede un rito speciale per alcune materie particolari ossia quelle economicamente e politicamente ritenute più sensibili tra cui anche il caso delle controversie sui provvedimenti delle autorità indipendenti. Le particolarità di questo rito speciale sono il dimezzamento dei termini processuali, fatta eccezione del termine per la proposizione del ricorso, e un maggior rigore nell'adozione delle misure cautelari.

Dall'altra è previsto dagli articoli 120 e ss. un rito caratterizzato da un grado di specialità ancora più elevato che si applica nel caso di controversie sugli atti di affidamento di lavori, servizi e forniture.

Il comma 3, dell'art. 21 bis, della legge n. 287/1990 non specificando nulla al riguardo lascia aperta la questione del rito da applicare. Una possibile soluzione sarebbe quella di considerare di normale applicazione la disciplina meno complessa posta dall'art. 119 mentre solo nel caso in cui l'Autorità instauri un giudizio in materia di appalti applicare gli art. 120 e ss²⁵³.

A questa incertezza si aggiunge il fatto che non vi è alcuna previsione legislativa che individui il giudice competente, dovendosi dunque escludere la competenza funzionale del TAR del Lazio cui sono invece attribuite tutte le controversie sugli atti delle autorità indipendenti in materia di tutela della concorrenza, contratti e telecomunicazioni in ragione della necessità di ricondurre di fronte allo stesso giudice questioni su provvedimenti di carattere altamente tecnico posti a tutela di interessi economici primari²⁵⁴.

²⁵² R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21 bis legge n. 287/1990*, relazione al convegno tenutosi presso l'Università degli studi di Milano il 27 settembre 2012, p. 17.

²⁵³ M. A. SANDULLI, *Op. cit.*, p. 9.

²⁵⁴ Art. 135 d.lgs. n. 104/2010.

Un'ultima questione riguarda il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato che è obbligatorio per l'AGCM qualora proponga un ricorso²⁵⁵. Questa specificazione potrebbe tuttavia sembrare superflua poiché il r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611 prevede all'art. 1 che tutte le amministrazioni dello Stato debbano avvalersi obbligatoriamente del patrocinio dell'Avvocatura. Alla luce di questa disposizione, una volta che l'Autorità è stata qualificata come pubblica amministrazione, seppur con delle caratteristiche peculiari, dovrà applicarsi tale regola generale.

La funzione di tale precisazione operata dall'art. 21 bis si esplica nel caso in cui il ricorso dell'AGCM venga presentato avverso un'altra amministrazione dello Stato. Infatti anche quest'ultima si dovrebbe avvalere del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, ma in tal modo si verrebbe a creare un conflitto di interessi, venendosi a configurare uno di quei casi eccezionali, che ai sensi dell'art. 5 del r.d. n. 1611 del 1933 deve essere risolto lasciando la possibilità ad una delle amministrazioni di scegliere un avvocato del libero foro. Al riguardo va rilevato che l'Autorità ha adottato un bando e formato un elenco dei professionisti del libero foro proprio per i casi di cui all'art. 21 bis, per cui sembra da ritenere che debba essere l'Autorità ad avvalersi del patrocinio di un libero professionista. In tal modo la disposizione dell'art. 21 bis, comma 2, (*“l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso...”*) va interpretata solo come facoltà per l'AGCM di avvalersi dell'Avvocatura dello Stato.

7. La competenza del TAR del Lazio

L'art. 33, comma 1, della legge n. 287/1990, nel testo ora vigente, fa espresso rinvio al codice del processo amministrativo, con riferimento alle norme che disciplinanti la tutela dinanzi al giudice amministrativo qualora venga presentato ricorso avverso un provvedimento dell'AGCM. Il riferimento al codice del processo amministrativo, in tema di individuazione del giudice amministrativo competente, comporta che si debba porre l'attenzione sull'art. 135 del codice stesso che al comma 1, lett. b), attribuisce *“alla competenza inderogabile del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, salvo ulteriori previsioni di*

²⁵⁵ Art. 21 bis, comma 2, legge n. 287/1990.

legge: (...) b) le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato (...)”.

In virtù di questa disposizione tutte le controversie riguardanti i provvedimenti adottati dall'Autorità sono devolute alla competenza funzionale inderogabile del TAR del Lazio, sede di Roma.

Prima dell'emanazione del codice del processo amministrativo la situazione non era così chiara in quanto l'art. 33 della legge n. 287/1990, prevedendo la competenza del TAR del Lazio, non specificava se si trattasse di una competenza territoriale o funzionale. La diversa qualificazione giuridica della competenza avrebbe comportato una differenza fondamentale: nel primo caso, infatti, la competenza sarebbe stata derogabile e la parte interessata avrebbe dovuto eccepire tempestivamente con regolamento preventivo di competenza il vizio della competenza territoriale, che in ogni caso non avrebbe viziato la sentenza; nella seconda ipotesi invece la competenza è inderogabile e di conseguenza la sentenza di un TAR diverso da quello indicato come competente dalla legge è viziata. Con il codice del processo amministrativo questa differenza tra competenza territoriale e funzionale è venuta meno in quanto ora sono entrambe inderogabili. Questa scelta è stata adottata dal legislatore per evitare il fenomeno comunemente definito come *forum shopping*. La dottrina, comunque, anche prima dell'espressa previsione dell'art. 135, comma 1, lett. b) del c.p.a., era favorevole alla natura funzionale e dunque inderogabile della competenza sia in ragione della formula letterale perentoria previgente²⁵⁶ che, soprattutto, per il rispetto della *ratio* della disposizione che intendeva evitare la frammentazione dei giudizi di fronte a TAR differenti²⁵⁷.

La ragione della previsione di tale competenza va individuata nell'esigenza di avere un unico foro quale “giudice del mercato”. Per avere il miglior sindacato possibile sui provvedimenti *antitrust* è infatti richiesta una visione d'insieme sull'economia nazionale e sulle discipline di liberalizzazione e regolazione.

La funzione della previsione di un unico giudice competente nel primo grado di giudizio è quella, oltre che di economia processuale in quanto non è necessario stabilire per ogni provvedimento dell'AGCM quale sia il TAR competente, di evitare oscillazioni giurisprudenziali e quindi di assicurare

²⁵⁶ “*I ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi (...) devono essere proposti davanti al Tribunale amministrativo regionale del Lazio*”

²⁵⁷ P. FATTORI - M. TODINO, *Op. cit.*, p. 474.

omogeneità nelle modalità di sindacato giurisdizionale. Quest'ultima funzione è anche la più importante in quanto soddisfa l'esigenza dell'Autorità e delle imprese di vedersi garantite la certezza del diritto e la costanza della giurisprudenza nei tempi brevi che sono richiesti nelle dinamiche di mercato.

Le decisioni dei giudici in materia *antitrust* rivestono una particolare importanza in termini economici. Esse possono incidere infatti profondamente sulle scelte strategiche ed economiche delle imprese nonché sull'opportunità o meno di effettuare un determinato investimento. Per queste ragioni l'Autorità, da una parte, ha interesse ad avere un solo giudice alle cui decisioni conformarsi nell'applicazione e nell'interpretazione delle norme, d'altra parte, le imprese possono operare le loro scelte sulla base di un orientamento giurisprudenziale tendenzialmente costante e coerente. L'obiettivo finale di questa disciplina si può individuare nella nomofilachia, ossia della garanzia dell'applicazione della legge in modo uniforme, che in tal modo si ha già dal primo grado di giudizio²⁵⁸.

8. Il sindacato del giudice amministrativo

Una volta che si aderisce alla tesi per cui le determinazioni delle Autorità sono provvedimenti amministrativi a tutti gli effetti, deve esserne ammesso il sindacato giurisdizionale. Esso, come rilevato in precedenza, spetta al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva.

Il ruolo che assume in questo settore il giudice è reso ancora più rilevante dal fatto che le Autorità hanno una natura peculiare che le pone in una posizione di indipendenza dal potere politico e dagli indirizzi del Governo.

Il compito del sindacato del giudice, che deve essere in ogni caso "equilibrato", è quello di "sostegno" e di "aiuto", *in primis*, alle Autorità e inoltre agli interessati per orientarli nelle loro scelte.

Il contributo del giudice, che è non solo giuridico ma anche culturale per assolvere pienamente alla sua funzione di "sostegno", deve tendere sempre alla tutela e all'applicazione dei valori che emergono a livello europeo e costituzionale. Nell'assolvere tale compito è di fondamentale importanza che il giudice trovi una

²⁵⁸ P. DE LISE, *Op. cit.*, pp. 71 ss.

corretta misura soprattutto in campi pressoché inesplorati dalla giurisprudenza amministrativa.

In via preliminare, occorre tenere conto che si tratta di un sindacato alquanto complesso, poiché il giudice si trova a dover utilizzare simultaneamente competenze giuridiche ed economiche per la delimitazione di concetti giuridici indeterminati quali, ad esempio, in materia *antitrust*, il mercato rilevante, l'intesa restrittiva della concorrenza e l'abuso di posizione dominante.

Alle Autorità spetta pertanto anche il compito di “contestualizzare” le norme da applicare che – come si è detto – spesso fanno riferimento a concetti giuridici non completamente determinati dal legislatore e, pertanto, sono definiti in modo più concreto (contestualizzati) dalle Autorità, facendo ricorso a regole scientifiche spesso opinabili perché inerenti a scienze non esatte, quali quella economica.

Per quanto concerne in particolare l'AGCM, alla quale va anche riconosciuta la possibilità di disapplicare il diritto interno contrastante con le norme europee di tutela della concorrenza²⁵⁹, è evidente come i poteri provvedimentali, affidati a tale Autorità, possono implicare nella sostanza importanti scelte di valore circa la contestualizzazione delle norme di principio poste a tutela della concorrenza, anche mediante l'utilizzo dei principi da tempo affermati nella materia dalla giurisprudenza europea.

Inoltre è necessario operare una distinzione tra le diverse funzioni delle Autorità indipendenti tenendo distinta quella di regolazione da quella sanzionatoria.

Questo elemento, che è stato messo in luce dalla dottrina,²⁶⁰ persegue l'obiettivo di porre su piani distinti le principali funzioni che possono svolgere le Autorità indipendenti con la conseguenza di differenziare anche il tipo e l'intensità del sindacato giurisdizionale.

Le attività di regolazione sono svolte principalmente dalle autorità di settore, come ad esempio la Banca d'Italia, che pongono delle regole di comportamento che sono vincolanti per i soggetti che si trovano ad operare in quel determinato mercato. La regolazione, sostanziandosi in un'attività di natura mista - in parte normativa ed in parte amministrativa - è svolta *ex ante* dalle Autorità che fissano regole finalizzate ad eliminare le barriere per ottenere mercati il più possibile efficienti e

²⁵⁹ Corte di giustizia, 9 settembre 2003, Causa C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi

²⁶⁰ R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in *giustizia-amministrativa.it*.

orientati alla libera concorrenza. Questo potere solitamente non è legislativamente definito ma si tratta di un potere di scelta che le Autorità spesso esercitano in spazi non regolati dalla legge tenendo conto delle esigenze di mercato.

I relativi atti, pur essendo sostanzialmente normativi, vanno ascritti a quelli propri della funzione amministrativa (atti amministrativi in senso tecnico: artt. 2, 4, 5, legge n. 2248/1865, all. e); art. 26, t.u., Cons. St.) per quanto concerne le modalità della loro adozione (che seguono principi e regole dell'azione amministrativa), che il sindacato giurisdizionale cui sono sottoposti (a tutela dei soggetti che per effetto di quegli atti possono essere lesi nei loro diritti o interessi protetti).

Nell'attività di regolazione il sindacato del giudice amministrativo è influenzato principalmente da due fattori che sono, da una parte, l'assenza di legalità sostanziale e, dall'altra il deficit di democraticità che caratterizza le Autorità. Il primo elemento consiste nella mancanza di confini ben limitati ai poteri regolatori attribuiti dal legislatore il quale sovente non fissa neppure dei criteri generali. Il secondo deriva dall'assenza di un legame delle Autorità con il circuito politico-rappresentativo. Queste due peculiarità, in un certo senso "negative", sono state affrontate dalla giurisprudenza con l'introduzione del concetto di legalità procedurale. Infatti, ad una diminuzione della legalità sostanziale deve corrispondere una maggiore legalità procedurale consistente in maggiori garanzie del contraddittorio e di partecipazione al procedimento. L'altra conseguenza, che deriva dalla mancanza di norme di legge sufficientemente precise tali da limitare il campo d'azione della regolazione, richiede una maggiore attenzione da parte dei giudici in ordine al vizio di eccesso di potere rispetto alla violazione di legge, in quanto spesso manca il parametro legislativo cui rapportare gli atti di regolazione. L'eccesso di potere nelle sue figure sintomatiche è divenuto dunque lo strumento principale del sindacato sui provvedimenti delle Autorità, che devono essere rispettosi dei principi, fra gli altri, di coerenza, proporzionalità, adeguatezza e logicità.

L'altra funzione, particolarmente rilevante, è quella sanzionatoria, nell'esercizio della quale l'AGCM deve accertare e sanzionare gli illeciti concorrenziali con i propri provvedimenti. Questa attività, come è noto, consiste nel controllo *ex post* di comportamenti che pregiudicano le dinamiche del libero mercato, accertando la sussistenza degli elementi prescritti dall'ordinamento per l'irrogazione della sanzione e, in caso di riscontro positivo, applicando la sanzione

stessa. In materia *antitrust*, tuttavia, la situazione è più complessa in quanto spesso, come si è detto, vengono in rilievo concetti giuridici indeterminati che il legislatore non ha specificato a sufficienza, ed è quindi richiesta una delicata attività di individuazione e di accertamento degli elementi costitutivi dell'illecito da parte dell'Autorità che deve delimitarne caso per caso il campo di applicazione.

L'AGCM, al fine di precisare i confini di applicazione delle norme sanzionatorie, deve fare riferimento alle regole tecniche fornite dalla scienza economica che sono dotate di un certo margine di opinabilità²⁶¹. L'Autorità, infatti, oltre ad operare una valutazione basata sulla discrezionalità amministrativa e quindi sulla ponderazione dei diversi interessi pubblici che vengono in rilievo e sul bilanciamento di essi con quelli dei privati, spesso esercita la c.d. discrezionalità tecnica²⁶², che implica valutazioni che richiedono particolari competenze extragiuridiche.

Si possono infatti presentare dei casi, quali ad esempio l'inibizione di intese restrittive o l'abuso di posizione dominante, in cui l'AGCM svolge un'attività che consiste nell'esercizio della discrezionalità tecnica, la quale comporta che, una volta rilevata la presenza degli elementi costitutivi della fattispecie con l'applicazione delle regole tecnico-economiche, la sanzione deve essere necessariamente applicata. In altre ipotesi, piuttosto rare, ipotesi, invece, può accadere che, oltre all'esercizio della discrezionalità tecnica, l'Autorità si trovi ad esercitare la discrezionalità amministrativa, il che si verifica allorché vi è la necessità di operare una scelta sull'opportunità di una determinata misura per la cura degli interessi pubblici (come avviene nel caso delle misure imposte dall'Autorità ai soggetti partecipanti ad una concentrazione autorizzata)²⁶³.

In questo caso il giudice si trova di fronte all'esercizio anche della discrezionalità amministrativa, il che comporta un sindacato basato sugli ordinari criteri utilizzati soprattutto con riferimento all'eccesso di potere nelle sue molteplici figure sintomatiche, mentre per quanto riguarda il sindacato del giudice sull'esercizio di discrezionalità tecnica è da rilevare un'evoluzione del fenomeno che nel tempo ha consentito di accrescere l'incidenza e l'intensità del controllo.

²⁶¹ P. FATTORI - M. TODINO, *Op. cit.*, p. 475.

²⁶² Parte della dottrina ritiene corretto parlare di valutazioni tecniche più che di discrezionalità tecnica in quanto manca l'elemento volitivo che invece è caratterizzante della discrezionalità in senso proprio ossia quella amministrativa. Cfr. M. CLARICH, *Op. cit.*

²⁶³ P. DE LISE, *Op. cit.*, pp. 71 ss.

La questione del sindacato del giudice amministrativo ha subito un'importante evoluzione nella giurisprudenza. In passato infatti si riteneva che il giudice non potesse operare un sindacato pieno in quanto quest'ultimo comporta l'esercizio della discrezionalità tecnica da parte del giudice stesso che conduce comunque ad un risultato opinabile. In conseguenza, essendo entrambe le valutazioni – quella dell'amministrazione e quella del giudice – opinabili non vi sarebbe alcun motivo per preferire l'una all'altra. Si era dunque giunti ad affermare che il giudice potesse esclusivamente verificare “dall'esterno” l'attività di esercizio della discrezionalità tecnica per rilevare se essa fosse affetta da vizi logici o incongruenze, attraverso le modalità di accertamento dell'eccesso di potere come avviene nel caso di esercizio di discrezionalità amministrativa²⁶⁴.

La svolta che ha portato al definitivo superamento di tale orientamento è dovuta alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601. Con tale pronuncia i giudici amministrativi hanno inteso rafforzare e rendere più incisivo l'intervento del giudice di quanto non fosse in passato, portando al superamento dell'equiparazione tra il sindacato sulla discrezionalità tecnica e quello sulla discrezionalità amministrativa. Per la prima volta infatti la giurisprudenza ha ammesso non più solo il sindacato c.d. “estrinseco” da parte del giudice, ossia quello volto alla censura della soluzione adottata dall'amministrazione, quando è evidentemente non sostenibile nemmeno di fronte ad un soggetto non esperto della materia, ma un sindacato c.d. “intrinseco”, per il quale il giudice, pur non potendo spingersi fino al punto di sostituirsi all'amministrazione, può verificare se le valutazioni tecniche siano state effettuate secondo criteri corretti ed attendibili. In altri termini, ciò comporta che, per evitare il giudizio negativo del giudice, la soluzione adottata dall'Autorità deve essere attendibile anche per un esperto della materia di cui si tratta.

Va inoltre rilevato che vi potrebbero essere più soluzioni tecniche attendibili, per cui se quella adottata dall'amministrazione rientra fra queste il giudice non può sostituirla con la sua solo perché non la condivide. Occorre infatti tener distinta l'attendibilità dalla “condivisibilità” e, nel caso in cui la scelta tecnica sia attendibile, il giudice non può “farsi amministratore”, imponendo la sua valutazione allorché non esiste una soluzione univoca ma residuano comunque nella norma margini di elasticità.

²⁶⁴ M. CLARICH, *Op. cit.*, p. 121.

Va inoltre ricordato che con l'emanazione del codice del processo amministrativo è stato disciplinato dettagliatamente lo strumento della consulenza tecnica d'ufficio di cui può avvalersi il giudice²⁶⁵ che era in precedenza già stato introdotto dall'art. 16 della legge n. 205/2000²⁶⁶. Ciò ha consentito al giudice di avvalersi di esperti che, in contraddittorio con le parti, acquisiscano tutti gli elementi tecnici necessari per risolvere la controversia. Il ricorso alla consulenza tecnica è comunque limitato ai casi in cui la stessa sia indispensabile²⁶⁷, ma, nonostante ciò, ha permesso di circoscrivere ancora di più i limiti del sindacato del giudice sulla discrezionalità tecnica in quanto in precedenza si avvertiva la mancanza di strumenti adeguati per questo tipo di sindacato che richiede particolari conoscenze²⁶⁸.

In seguito alla citata sentenza del Consiglio di Stato n. 601/1999, la giurisprudenza si è attestata costantemente sull'operare il tipo di sindacato così come descritto. Peraltro, per quanto concerne il sindacato degli atti delle Autorità indipendenti come l'AGCM, i giudici amministrativi hanno adottato un atteggiamento differente sulla base delle motivazioni che saranno analizzate in seguito.

In via preliminare va ricordata la tesi su cui si è basato l'orientamento dei giudici nazionali che è la c.d. *deference doctrine* che ha le sue risalenti origini nella giurisprudenza degli Stati Uniti. Questa soluzione è, come fa intendere il termine *deference*, orientata ad una maggiore deferenza nei confronti delle valutazioni tecniche operate dalle autorità indipendenti limitandosi ad un sindacato di ragionevolezza. In particolare la prima decisione che ha esposto tale orientamento è il caso *Chevron*²⁶⁹ della Corte Suprema degli Stati Uniti, secondo la quale i giudici

²⁶⁵ Art. 67 del d.lgs. n. 104/2010.

²⁶⁶ Prima ancora era stato previsto solo per la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80.

²⁶⁷ L'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 104/2010 privilegia la verifica, disponendo che *“qualora reputi necessario l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche, il giudice può ordinare l'esecuzione di una verifica ovvero, se indispensabile, può disporre una consulenza tecnica”*.

²⁶⁸ A. TRAVI, *Op. cit.*, p. 268.

²⁶⁹ *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984). In questo caso la *Environmental Protection Agency* aveva il compito di interpretare il concetto di fonte fissa di inquinamento che il *Clean Air Act* del 1977 non definiva in modo sufficientemente preciso. L'interpretazione data dall'EPA è stata quella di riferirlo allo stabilimento industriale nel suo complesso. La *Natural Resources Defense Council* invece forniva un'interpretazione più restrittiva del concetto posto in modo così indeterminato dalla legge affermando che lo stesso si debba riferire ad ogni singolo dispositivo di emissione presente nello stabilimento. Attraverso l'adozione di questa seconda

non possono considerare negativamente la valutazione compiuta da un'agenzia solo perché ritengono l'interpretazione da loro compiuta migliore. Gli unici casi in cui il giudice può sostituire la propria valutazione a quella dell'amministrazione si verificano quando quest'ultima è palesemente contraria all'intento del legislatore o quando è irragionevole.

Gli aspetti caratterizzanti delle Autorità indipendenti che hanno indotto i giudici amministrativi ad operare un sindacato meno intenso sono l'indipendenza e la competenza tecnica, oltre alla loro presunta natura paragiurisdizionale²⁷⁰. Infatti le Autorità indipendenti (fra cui l'AGCM) sarebbero state istituite per affidare alle stesse alcune funzioni altamente tecniche che si era preferito non attribuire al giudice. Da ciò si traeva la conseguenza che sarebbe stato ingiustificato attribuire in ultimo alla cognizione del giudice gli atti di tali Autorità, titolari di funzioni di carattere tecnico. Questa posizione, pur dovendosi considerare errata ed oggi superata, per molto tempo ha influenzato il dibattito come si può evincere anche dal fatto che il d.d.l. n. 2934 del 10 dicembre 1997 presentato dal governo al Senato nel corso della XIII legislatura, poi divenuto la legge n. 205 del 2000, prevedeva all'art. 5, espunto prima dell'approvazione, che *“Nell'esercizio della giurisdizione esclusiva, ove prevista nei confronti degli atti delle autorità amministrative indipendenti, il giudice amministrativo conosce, oltre che dell'incompetenza e della violazione di legge, esclusivamente del palese errore di apprezzamento e della manifesta illogicità del provvedimento impugnato”*.

Con questa disposizione veniva dunque escluso che il giudice amministrativo potesse utilizzare il vizio dell'eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche. Era peraltro evidente il contrasto della citata disposizione con l'art. 113 della Costituzione che al comma 2 impedisce che la tutela giurisdizionale sugli atti amministrativi – fra cui, va ribadito, rientrano anche quelli adottati dall'AGCM – possa essere circoscritta in rapporto alla tipologia degli atti o al tipo di vizi fatti valere in giudizio, il che comporta l'incostituzionalità delle norme che limitano il ricorso al giudice amministrativo a determinati vizi di legittimità.

interpretazione si sarebbero ridotte drasticamente le emissioni, tuttavia tra le due possibilità, essendo entrambe compatibili con la norma e ragionevoli, i giudici devono rispettare quella adottata dall'EPA in quanto si tratta di un'agenzia che ha maggiori competenze tecniche ed esperienza rispetto ai giudici ed è strettamente dipendente dal circuito politico-amministrativo.

²⁷⁰ M. CLARICH, *Op. cit.*, p. 344.

Il tentativo di escludere, almeno in parte, l'eccesso di potere è stato probabilmente dovuto all'intenzione del legislatore di contenerne la portata, soprattutto con riguardo a determinate figure sintomatiche tali da consentire delle valutazioni che sfiorano il merito o addirittura rientrano in esso.

Gli effetti della dottrina della deferenza si sono ripercossi anche nella giurisprudenza nazionale la quale inizialmente ne ha risentito fortemente; essa, peraltro, negli ultimi anni ha subito un'evoluzione che ha favorito un nuovo tipo di approccio al sindacato degli atti dell'AGCM, anche grazie alla giurisprudenza della CEDU²⁷¹. Per avere un quadro più completo dell'evolversi del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità è utile ripercorrere i passi più importanti di questa evoluzione.

Inizialmente, il Consiglio di Stato riteneva che un sindacato basato sull'eccesso di potere come vizio tipico dell'attività discrezionale dell'amministrazione avrebbe portato ad un controllo troppo intenso sulle scelte dell'Autorità, dovendosi dunque al giudice limitare alla verifica della logicità, congruità e ragionevolezza del provvedimento. In particolare questo approccio, in linea con la criticata linea dottrinale, è stato elaborato con riguardo ai limiti del controllo del giudice sulla definizione di mercato rilevante²⁷².

Il giudice amministrativo ha sviluppato ulteriormente la questione facendo riferimento alla peculiarità dei provvedimenti dell'AGCM. Infatti, nella sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2119 è stata rilevata l'esigenza di un sindacato che tenga conto della complessità degli atti, che sono stati suddivisi in varie parti, corrispondenti alle fasi del controllo svolto dall'Autorità. La prima fase è quella dell'accertamento dei fatti; la seconda consiste nel contestualizzare la norma *antitrust*, che solitamente fa riferimento a concetti giuridici indeterminati che richiedono una incisiva attività ermeneutica dell'AGCM con l'individuazione degli elementi costitutivi dell'illecito concorrenziale; la terza fase comporta l'operazione di confronto tra la norma contestualizzata dall'Autorità ed i fatti come accertati dalla stessa; la quarta fase, infine, riguarda l'applicazione delle sanzioni nel caso in cui la fase antecedente abbia avuto esito positivo.

²⁷¹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 27 settembre 2011, ricorso n. 43509/08, A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia.

²⁷² Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 marzo 2000, n. 1348; 20 marzo 2001, n. 1671; 26 luglio 2001, n. 4418. Questa posizione è stata ripresa anche in tempi più recenti in TAR, Sez. I, 20 febbraio 2008, n. 1542; 13 marzo 2008, n. 2312; 7 aprile 2008, n. 2900.

Nella stessa pronuncia il giudice amministrativo ha chiarito che l'attività svolta dall'Autorità ha carattere tecnico e non discrezionale, essendo frutto di scienze economiche per loro natura non certe bensì opinabili²⁷³. Di conseguenza il giudice conosce e verifica i fatti posti a fondamento dell'atto valutando tutti gli elementi raccolti nel corso dell'istruttoria procedimentale dall'Autorità e quelli presentati dalle imprese interessate in loro difesa. Questo esame compiuto dal giudice non incontra alcun limite nella conoscenza degli aspetti fattuali, anche grazie alla già ricordata introduzione nel processo amministrativo della consulenza tecnica d'ufficio tra i mezzi istruttori a disposizione del giudice²⁷⁴. Il controllo del giudice amministrativo è quindi molto ampio e penetrante nella prima e nella seconda fase del procedimento che porta all'adozione della misura *antitrust*, mentre nelle altre fasi esso si può ridurre, anche notevolmente, in quanto entra in gioco la discrezionalità dell'Autorità.

Per quanto concerne il tipo di sindacato che il giudice può esercitare, sia in giurisprudenza²⁷⁵ che in dottrina si è adoperata la criticabile terminologia di sindacato "forte" e "debole". Il sindacato "forte" o "intrinseco" può essere utilizzato dal giudice nel caso di valutazioni tecniche non complesse, che non tutelano interessi di rango primario e non sono operate da autorità caratterizzate da un elevato grado di tecnicità. In questi casi il giudice può sostituire la propria determinazione a quella dell'amministrazione.

Se, invece, si tratta di valutazioni complesse, le quali sono caratterizzate dalla stretta connessione agli aspetti di merito (opportunità della scelta) e sono operate da un'autorità quale l'AGCM - che è dotata di un'elevata competenza tecnica - il sindacato esercitabile dal giudice è di tipo "debole" o "estrinseco". Ciò trova la sua giustificazione nell'esigenza di tutelare un interesse primario senza

²⁷³ Parte della dottrina opera inoltre un'ulteriore classificazione qualora vi sia esercizio di discrezionalità tecnica e distingue, da una parte, "l'accertamento tecnico" che si ha quando la conoscenza specialistica, che la norma richiede di utilizzare nel caso di specie, ha la capacità di tradursi in una legge scientifica generale caratterizzata dalla certezza (in questo caso il giudice non avrebbe alcuna limitazione nel suo sindacato), dall'altra, "la valutazione o apprezzamento tecnico" che invece corrisponde all'ipotesi rilevante nel caso del diritto *antitrust* in quanto si ha qualora la scienza applicabile non sia certa e residui un certo margine di opinabilità entro il quale l'Autorità può compiere la sua scelta. Cfr. A. LALLI, *Le autorità indipendenti: controllo giurisdizionale e indipendenza*, in *astrid-online.it*.

²⁷⁴ Prima era stato introdotta solo per la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80. Successivamente anche in ambito di giurisdizione generale di legittimità ai sensi della legge 21 luglio 2000, n. 205. Ora è regolata dall' art. 67 del d.lgs. n. 104/2010.

²⁷⁵ Consiglio di Stato 6 ottobre 2001, n. 5287.

sostituire la valutazione dell’Autorità con quella svolta dal giudice. Il sindacato quindi si deve limitare ad una verifica esterna ed indiretta della legittimità del giudizio tecnico attraverso lo strumento dell’eccesso di potere e, conseguentemente, solo nel caso di evidente deviazione dal dettato legislativo e di provvedimento affetto da macroscopica illogicità o da manifeste incongruenze.

Un’ulteriore classificazione, che è stata operata in passato al riguardo ed ha ulteriormente complicato la questione, è stata quella di distinguere sindacato “forte” e “debole” entrambi all’interno del “*genus*” del sindacato intrinseco. In questo caso il sindacato “intrinseco forte” presenta le medesime caratteristiche del sindacato “forte” descritto nel capoverso precedente, mentre, il sindacato “intrinseco debole” si differenzia da quello precedentemente descritto perché comporta comunque un controllo che il giudice opera “dall’interno” ossia ripercorrendo l’*iter* logico compiuto dall’amministrazione per verificare che non sia contraddittorio o irragionevole, senza comunque mai sostituirsi all’amministrazione quando questa è rimasta entro i limiti di opinabilità consentiti dalla norma²⁷⁶.

Sulla questione è intervenuta anche la Corte di Cassazione che ha inizialmente rilevato che il sindacato non può limitarsi ad essere meramente estrinseco, ma deve essere intrinseco ed il giudice si deve avvalere delle stesse regole e conoscenze tecniche applicate dall’Autorità anche tramite gli esperti della materia. Ha tuttavia precisato che, come già affermato dalla giurisprudenza amministrativa, il controllo non si può esprimere nella sostituzione del giudice all’amministrazione, nel senso che la soluzione tecnica acquisita tramite il consulente può essere utilizzata esclusivamente per un controllo sulla ragionevolezza e sulla coerenza della decisione²⁷⁷.

In una più recente pronuncia²⁷⁸ la Cassazione ha esaminato nuovamente il tema, affermando che alla soluzione precedentemente enunciata vada data continuità, ma con necessarie precisazioni, in quanto la distinzione tra controllo di legittimità “forte” e “debole” crea delle ambiguità. Infatti, in via di principio, questa differenziazione, soprattutto quando si tratta della tutela di un diritto soggettivo (si ricorda che la materia è attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice

²⁷⁶ Consiglio di Stato, 2 marzo 2004, n. 926.

²⁷⁷ Corte di Cassazione, Sez. Un., 29 aprile 2005, n. 8882; Sez. Un., n. 7063/2008.

²⁷⁸ Corte di Cassazione, Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013.

amministrativo) che a causa delle previsioni di cui agli articoli 24 e 113 della Costituzione “*mal si presta ad una simile graduazione d'intensità*”.

È di notevole importanza il riferimento che la Suprema Corte opera con riguardo alla pienezza della tutela giurisdizionale che non è garantita se il sindacato è “*limitato agli aspetti giuridico-formali dell'atto amministrativo, restandone esclusa ogni eventuale verifica dei presupposti di fatto*”. Dunque il rispetto di detto principio - pur non estendendosi al merito il sindacato sugli atti dell'Autorità e dunque non potendo il giudice sostituirsi all'AGCM - richiede che “*eventuali contestazioni in punto di fatto debbano essere risolte dal giudice, quando da tali contestazioni dipenda la legittimità del provvedimento amministrativo che ha inciso su posizioni di diritto soggettivo*”.

La Corte di Cassazione inoltre ha affermato che, nonostante si tratti di discrezionalità tecnica in quanto l'Autorità è chiamata ad applicare la legge che si riferisce a nozioni che non sono delineate in modo “*in tutto e per tutto puntuale*”, sostanziandosi in concreto in una valutazione di carattere tecnico. La Suprema Corte dunque si interroga sulla possibilità del giudice amministrativo di sindacare tali scelte tecniche qualora sia presentata impugnazione dal soggetto interessato.

La Corte in un primo passo della pronuncia sostiene che in via di principio non si può dare risposta totalmente negativa a tale quesito. Infatti, trattandosi di esercizio di discrezionalità tecnica che non è espressione di un potere della pubblica amministrazione (non determina “*l'affievolimento dei diritti soggettivi di coloro che dal provvedimento siano eventualmente pregiudicati*”), deve ammettersi la possibilità da parte di colui che lamenta una lesione del proprio diritto di chiedere l'accertamento del giudice sulla violazione o meno “*delle regole della buona tecnica*”.

Successivamente il giudice precisa che questo però non esaurisce la questione in quanto, se è vero che non si può escludere il sindacato del giudice sui criteri tecnici utilizzati, è altrettanto vero che, essendo il controllo di legittimità e non di merito, tale controllo “*è destinato ad arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione impedisce di individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento illegittimo*”.

Nella medesima pronuncia di particolare interesse è il riferimento all'ordinamento europeo nel quale il sistema è bilanciato con le seguenti modalità:

da una parte, si riconosce la competenza del Tribunale dell'Unione Europea ad esaminare tutti i fatti rilevanti posti alla base della decisione²⁷⁹; dall'altra, viene ribadito che spetta esclusivamente alla Commissione – che ha competenze molto simili a quelle dell'Autorità nazionale – compiere le valutazioni economiche in modo da garantire la concorrenza ed il funzionamento del mercato. Di conseguenza, come posto in rilievo dalla Corte di Giustizia²⁸⁰, il controllo che i giudici dell'Unione possono operare su tali valutazioni particolarmente complesse concerne le regole di procedura e di motivazione, la verifica dei fatti, l'insussistenza di errori manifesti di valutazione e di sviamento di potere.

Il Consiglio di Stato, intervenuto di recente sul tema, ha adottato una soluzione frutto dell'elaborazione degli orientamenti in precedenza esposti. La posizione seguita dai giudici amministrativi richiede che il sindacato sia pieno e particolarmente penetrante. Quest'ultimo infatti deve estendersi fino al controllo dell'analisi economica svolta dall'Autorità. Inoltre va superata la dicotomia tra sindacato “forte” e “debole”, tendendo a ricercare un sindacato, certamente non debole, che tenda ad un modello comune a livello europeo. Di particolare importanza in questo modello di controllo è il principio di effettività della tutela giurisdizionale che deve sempre essere rapportato alla specificità delle controversie. Al giudice spetta, dunque, non l'esercizio di un potere in materia di tutela della concorrenza, ma il controllo senza alcuna limitazione che l'AGCM abbia esercitato il potere, attribuitole a tale fine, in modo corretto. Infatti la posizione assunta dal Consiglio di Stato non prevede limiti alla tutela giurisdizionale dei soggetti coinvolti dall'attività dell'Autorità, pur escludendo la possibilità che il giudice eserciti in maniera diretta il potere rimesso dal legislatore all'AGCM²⁸¹.

In altri termini, quando si è in presenza di valutazioni tecniche, anche se queste si basano sui c.d. “concetti giuridici indeterminati”, la tutela giurisdizionale deve essere effettiva. Per il rispetto di tale principio il giudice non può operare un sindacato meramente estrinseco, nei termini in precedenza descritti, ma deve verificare intrinsecamente la valutazione anche avvalendosi, qualora fosse necessario, di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'Autorità²⁸².

²⁷⁹ Corte di Giustizia 3 maggio 2012, n. 285/11.

²⁸⁰ Corte di Giustizia 6 ottobre 2009, n. 501, 513, 515, 519/06.

²⁸¹ Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050.

²⁸² Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 4266.

Il sindacato infatti deve avvenire con piena cognizione dei fatti oggetto dell'indagine e del processo valutativo, mediante il quale l'Autorità applica al caso concreto la regola individuata. Tuttavia, se viene riscontrata la legittimità della valutazione alla stregua della corretta applicazione delle regole tecniche sottostanti, il giudice non può sindacare tale scelta in quanto in caso contrario si sostituirebbe indebitamente all'AGCM cui la legge attribuisce il potere esercitato²⁸³.

In conclusione, con specifico riguardo alla materia *antitrust*, il sindacato del giudice sulla discrezionalità tecnica dell'Autorità opera non solo con riferimento al vizio di eccesso di potere (logicità, congruità, ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza del provvedimento sanzionatorio e del relativo impianto motivazionale), ma anche tramite il controllo dell'attendibilità delle operazioni tecniche compiute, pur tenendo conto di quello che il Consiglio di Stato definisce come “*limite della relatività delle valutazioni scientifiche*”, essendo ammissibile la censura solo quando la valutazione va oltre l'ambito di opinabilità, al fine di evitare che tramite il giudizio essa sia sostituita da quella del giudice parimenti opinabile²⁸⁴.

8.1. La sentenza “Menarini”

Il problema del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'AGCM è stato avviato a soluzione dalla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) del 27 settembre 2011 – ricorso n.43509/08 – A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia.

Questa pronuncia ha fornito alla giurisprudenza nazionale un apporto rilevante, che ha permesso di giungere alla situazione descritta nel paragrafo precedente.

La questione che si è presentata di fronte ai giudici di Strasburgo era stata sollevata dal ricorso contro il Governo italiano proposto dalla società italiana A. Menarini Diagnostics Srl, la quale lamentava la violazione dell'art. 6, comma 1, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che prescrive la presenza nel sistema nazionale di un “piena giurisdizione”, ponendo una questione in termini di accesso alla giustizia²⁸⁵.

²⁸³ *Idem*.

²⁸⁴ Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302.

²⁸⁵ L'art. 6, comma 1, della CEDU prevede che “*ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale*”

È utile per comprendere meglio la vicenda fare un sintetico riferimento ai fatti precedenti il ricorso alla Corte EDU. La vicenda ha origine nel 2001, quando l'AGCM aveva avviato un procedimento contro la Menarini ed altre quattro per violazione dell'art. 2 della legge n. 287/1990. Il procedimento si concluse nel 2003 con l'irrogazione da parte dell'Autorità di una sanzione²⁸⁶ pecuniaria nei confronti della società di sei milioni di euro per aver partecipato ad un cartello avente come finalità la fissazione dei prezzi e la ripartizione del mercato.

Avverso l'applicazione di questa grave sanzione pecuniaria, che a detta dell'Autorità doveva avere una funzione di deterrente anche per le altre imprese operanti nel medesimo settore, la Menarini propose ricorso al TAR del Lazio, sostenendo di non aver partecipato ad alcun cartello e in particolare contestando la ricostruzione e la qualificazione dei fatti operate dall'Autorità. Inoltre eccepì anche l'incostituzionalità dell'art. 33 della legge n. 287/1990 nella parte in cui non prevedeva un controllo pieno sui provvedimenti dell'AGCM.

Il TAR respinse il ricorso, affermando che al giudice amministrativo spetta esclusivamente un controllo di legittimità sui provvedimenti dell'Autorità, non disponendo del potere di sostituirsi alla stessa. Ad avviso del TAR, esso era tenuto ad applicare le norme individuate dal provvedimento, oltre a non poter modificare i caratteri dell'istruttoria già svolta e, conseguentemente, il provvedimento impugnato. Di particolare rilevanza è l'affermazione dei giudici amministrativi che evidenzia *“certamente una perdita relativamente all'efficacia della difesa, dal momento che al giudice non è consentito effettuare un controllo intrinseco”*²⁸⁷.

La società impugnò la sentenza dinanzi al Consiglio di Stato, lamentando che non era stato preso in considerazione in alcun modo il comportamento effettivamente tenuto dalla società che era oggetto della sanzione, ritenendo valida la ricostruzione effettuata dall'Autorità. Il Consiglio di Stato con la sentenza della

indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia”.

²⁸⁶ Decisione del 30 aprile 2003.

²⁸⁷ Alla data della sentenza era ancora operata la distinzione tra sindacato estrinseco ed intrinseco.

VI sezione del 16 marzo 2006, n. 1397, rigettarono l'appello sulla base delle seguenti considerazioni. Innanzitutto il Consiglio di Stato rilevò che, nonostante si tratti un controllo di legittimità, ciò non comporterebbe, come affermato dalla ricorrente, la negazione del diritto di accesso alla giustizia in quanto il giudice ha la facoltà di valutare gli elementi posti a fondamento della determinazione dell'AGCM. Inoltre, nel caso di esercizio della discrezionalità tecnica, il giudice non può sostituirsi all'Autorità ma deve accertare se quest'ultima ha esercitato correttamente i poteri attribuitile dalla legge. Il controllo dunque doveva essere considerato di piena giurisdizione e non contrastante con il dettato costituzionale.

La Menarini propose ricorso per cassazione, ma la Suprema Corte, dichiarandolo inammissibile, riprese sostanzialmente le argomentazioni del Consiglio di Stato sostenendo che si tratta un sindacato di piena giurisdizione perché il giudice può accertare i fatti posti a base del provvedimento e che vi è sempre la possibilità per il giudice di valutare la coerenza e la ragionevolezza nell'esercizio del potere da parte dell'AGCM²⁸⁸. Questa era la situazione in seguito all'esaurimento dei tre gradi di giudizio interni.

Nell'esame della pronuncia dei giudici di Strasburgo occorre in primo luogo individuare la portata dell'art. 6, comma 1, CEDU, di cui la società ricorrente lamentava la violazione. Questa disposizione garantisce che la causa sia esaminata da un tribunale terzo ed imparziale, costituito per legge, che si pronunci sulla fondatezza o meno di ogni accusa penale rivolta nei confronti di qualunque soggetto.

Da tale disposizione si può rilevare un importante, anche se non decisivo, elemento su cui si è pronunciata la Corte EDU, ossia la natura di "accusa penale" della sanzione irrogata dall'Autorità. Da una parte, il Governo italiano ha sostenuto l'inapplicabilità nel caso di specie dell'art. 6, comma 1, CEDU affermando, anche sulla base di alcune decisioni della Corte stessa²⁸⁹, che i provvedimenti dell'AGCM rientrano fra le sanzioni amministrative in quanto adottate sulla base della legge n. 287/1990 e non di una legge penale; dall'altra, la società, richiamando un'altra decisione della Corte²⁹⁰ deduceva che, per la sua gravità ed il carattere tipicamente

²⁸⁸ Cassazione, Sez. Un., 17 marzo 2008, n. 7063.

²⁸⁹ Corte EDU, OOO Neste St. Petersburg, ZAO Kirishiavtoservice, OOO Nevskaya Toplivnaya, ZAO Transservice, OOO Faeton, OOO PTK-Service c. Russia, nn. 69042/01, 69050/01, 69054/01, 69055/01, 69056/01, 69058/01, decisione del 3 giugno 2004.

²⁹⁰ Corte EDU, Stenuit c. Francia, decisione del 27 febbraio 1992.

punitivo della sanzioni in materia di tutela della concorrenza, si tratti di un'accusa penale.

La soluzione adottata dalla Corte EDU si basa su tre criteri fondamentali che qualificano l'accusa penale: al riguardo si deve tener conto della qualificazione giuridica data al provvedimento nel diritto interno, della natura del provvedimento e infine della sua gravità. Tali criteri sono considerati alternativi, essendo sufficiente la sussistenza di uno solo di essi perché si possa configurare l'accusa penale che rende applicabile a questa fattispecie l'art. 6, comma 1, CEDU.

Il primo criterio non è soddisfatto in quanto il provvedimento è adottato dall'Autorità ai sensi della legge n. 287/1990 e non di una legge penale.

Per quanto concerne gli altri due requisiti la Corte ritiene che, pur non potendo la sanzione essere sostituita da una pena detentiva nel caso in cui la società non adempia, la natura del provvedimento è dichiaratamente preventiva e repressiva²⁹¹ e la gravità della sanzione (sei milioni di euro) è elevata. La presenza di questi due presupposti fa sì che, ad avviso della Corte EDU, deve ritenersi applicabile il citato art. 6, comma 1, della CEDU, disattendendo la posizione del Governo sul punto.

La Corte passa poi ad analizzare il merito della questione, ossia se la giurisdizione esercitata all'interno del sistema nazionale sia da considerarsi "piena" e quindi compatibile con il citato art. 6.

Riassumendo le posizioni espresse dalle parti, deve rilevarsi che, da una parte, il Governo sostiene che il sindacato esercitato dal giudice nonostante sia un controllo di legittimità e dunque non esteso al merito, non sia limitato agli aspetti formali. Il giudice ha infatti verificato in modo "pieno e particolarmente accurato" il provvedimento, potendo il controllo basarsi sulla ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica e di conseguenza portare all'annullamento della valutazione dell'AGCM qualora non soddisfatti i suddetti parametri.

Dall'altra parte, la Menarini sostiene che il controllo di legittimità esercitato dal giudice nazionale non soddisfatti i requisiti prescritti dall'art. 6, che invece richiede, nel caso di provvedimento di un'autorità non giurisdizionale quale l'AGCM, un controllo esteso al merito da parte di un giudice terzo ed imparziale.

²⁹¹ Preventiva perché si vuole scoraggiare la società interessata a mettere in atto tali comportamenti anticoncorrenziali; repressiva perché il provvedimento è finalizzato a sanzionare il comportamento oggetto dell'accertamento da parte dell'AGCM.

Il sindacato di legittimità, infatti, non consente al giudice, come si è detto, di sostituirsi all'Autorità. Ciò comporta secondo la società che si tratta di norme da qualificare come penali, il cui contenuto non è però ben definito dal legislatore che lascia un ampio spazio di valutazione all'AGCM nell'applicazione della "norma penale in bianco". In conclusione la società afferma che il controllo esercitato non fornisce una protezione sufficiente nei confronti dell'operato dell'Autorità.

La Corte EDU, nel risolvere la questione, premette che l'adozione di una sanzione avente natura penale da parte di un'autorità amministrativa indipendente come l'AGCM è compatibile con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, purché questa sia successivamente sottoposta al controllo da parte di un giudice dotato di piena giurisdizione. L'organo giudiziario deve, ai sensi dell'art. 6, comma 1, possedere determinati requisiti, individuati nella terzietà, imparzialità ed indipendenza. Nel caso di specie, essendo i provvedimenti *antitrust* materia di giurisdizione esclusiva, i giudici competenti sono, sia che si tratti di diritti soggettivi che di interessi legittimi, in primo grado, il TAR del Lazio e, in appello, il Consiglio di Stato, ai quali i giudici di Strasburgo hanno riconosciuto l'imparzialità, la terzietà nei confronti delle parti e l'indipendenza dal potere esecutivo, per cui tali organi giudiziari sono in linea con la suddetta disposizione.

La Corte poi, afferma, che il fatto che si tratti di un procedimento amministrativo, pur essendo qualificata la sanzione come penale ai fini dell'applicazione della Convenzione, comporta la possibilità per gli Stati di adottare delle modalità di applicazione delle garanzie previste dall'art. 6 anche in parte differenti a quelle previste in caso di procedimento penale in senso stretto.

La Corte EDU conclude affermando che i giudici amministrativi hanno esaminato nelle loro decisioni gli elementi di fatto e di diritto, oltre agli elementi di prova individuati dall'Autorità nel corso dell'istruttoria. Inoltre rileva che il controllo non è stato di mera legittimità, in quanto dal punto di vista sostanziale i giudici amministrativi hanno verificato il corretto esercizio del potere attribuito dalla legge n. 287/1990 all'AGCM: trattasi di un controllo che si basa sull'adeguatezza e sulla proporzionalità della sanzione che, se così non risulta, può essere annullata dal TAR o dal Consiglio di Stato a dimostrazione del fatto che la giurisdizione è piena ed il controllo non è meramente "estrinseco".

Pertanto va escluso ogni contrasto tra il controllo giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità e l'art. 6, comma 1.

La tale soluzione è stata adottata con il voto favorevole di sei dei sette membri del collegio giudicante. Nonostante la decisione adottata sia sostenuta da una netta maggioranza, appare opportuno riportare le opinioni su posizioni opposte, l'una concordante con la tesi sostenuta dalla Corte EDU, l'altra dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque.

Il Giudice Sajò, nella sua opinione concordante, afferma che, nonostante sia vero che nella giurisprudenza nazionale italiana sia visto con favore un controllo "debole", nel caso di specie i giudici amministrativi abbiano svolto un esame nel merito in conformità con l'art. 6, comma 1. Secondo il giudice ungherese, infatti, anche se il Consiglio di Stato nella sua sentenza ha utilizzato dei termini che possono ricondurre ad un controllo giurisdizionale debole, ciò che realmente ha valore è che "*sembra non aver agito come aveva annunciato di voler fare*". Da tale conclusione è evidente come prevalga l'aspetto sostanziale, ossia l'effettività della tutela, rispetto al profilo puramente formale per il quale invece è necessario utilizzare la terminologia prescritta dalla legge che viene interpretata dai giudici amministrativi nazionali.

Quanto alla *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque, questa risulta di notevole importanza perché, se fosse stata adottata, avrebbe alterato il sostanziale equilibrio interpretativo raggiunto nella giurisprudenza interna sul tema.

Il giudice portoghese afferma infatti che, non potendo il giudice amministrativo sostituirsi all'amministrazione nella valutazione tecnica compiuta dalla stessa, non vi è piena giurisdizione e dunque le modalità del giudizio previsto dall'ordinamento nazionale sui provvedimenti sanzionatori adottati dall'AGCM non sono conformi all'art. 6, comma 1, CEDU. Secondo la sua opinione, infatti, ciò che resta affidato alla decisione dell'Autorità e non dei giudici amministrativi è il nucleo centrale di ciò che dovrebbe essere un giudizio pieno, ossia la valutazione in sé. A sostegno di questa posizione il giudice richiama una serie di pronunce sia del Consiglio di Stato, fra cui la già citata 2119 del 2002 che riassumeva la giurisprudenza precedente sul tema con la ricordata distinzione in quattro fasi che della Corte di Cassazione, che nella sentenza n. 8882 del 2005 richiamata nel paragrafo precedente esclude in ogni caso il potere sostitutivo del giudice. Si tratta dunque di una posizione, seguita anche nelle decisioni del TAR del Lazio e del Consiglio di Stato sul caso di specie, che non consente un controllo sufficientemente incisivo per soddisfare i criteri dell'art. 6, comma 1, che possono

considerarsi raggiunti solo nel caso di un vero e proprio controllo sul merito. Secondo tale opinione, infatti, la distinzione tra sindacato “debole” e “forte” corrisponde ad un controllo di legittimità nel primo caso e ad un controllo esteso al merito nel secondo in cui il giudice può sovrapporre la propria valutazione a quella dell’Autorità. Nella sua *dissenting opinion*, inoltre, afferma che, al contrario di quanto sostenuto nell’opinione concordante, i giudici amministrativi hanno agito esattamente come hanno esposto in modo astratto a livello di principi, non esaminando a sufficienza la soluzione adottata e avallando un “*controllo interno che non costituisce una garanzia reale e pratica per i soggetti già condannati*”. Ciò che viene sottolineato è che il controllo effettuato è stato meramente formale e che in realtà non vi è stata alcuna valutazione indipendente da parte dei giudici. Questo si evince dal fatto che nelle decisioni del TAR e del Consiglio di Stato vi sono numerosissimi richiami ad espressioni utilizzate dall’Autorità. In particolare il giudice dissenziente afferma che una giurisdizione per essere definita piena ai fini dell’art. 6, comma 1, deve essere necessariamente esaustiva e dunque comportare non “*una semplice reformatio della decisione amministrativa contestata, ma piuttosto una revisio della causa*”. L’esaustività infatti è presente solo quando vengono posti sotto il controllo del giudice tutti gli elementi di fatto e di diritto su cui si basa il provvedimento. Inoltre viene rilevata una contraddittorietà tra l’affermazione che vi è una giurisdizione piena e quella per cui allo stesso tempo il giudice non può sostituire la propria valutazione a quella dell’AGCM. Il giudice amministrativo, che non può sindacare l’interpretazione dei concetti giuridici indeterminati posti dalle norme, finisce per doversi “*inchinare dinanzi alle onnipotenti autorità amministrative*”.

In un altro passaggio del suo ragionamento il giudice fa riferimento ad un aspetto fondamentale che però non ritiene sufficiente per giustificare la soluzione adottata dalla maggioranza dei componenti del collegio: si tratta della garanzia di efficienza della pubblica amministrazione e della complessità di valutazioni caratterizzate da un elevato grado di tecnicità che richiedono l’esercizio del potere sanzionatorio da parte di autorità indipendenti ma non possono garantire alle autorità l’ultima parola. Inoltre, viene criticata, affermando che non può giustificare un controllo meno incisivo da parte del giudice amministrativo, la visione, prospettata da molti, del carattere quasi giurisdizionale dell’Autorità che assieme

ad una parziale adesione alle regole del giusto processo nel procedimento istruttorio giustificerebbe tale tipo di giurisdizione meno penetrante.

In conclusione alla *dissenting opinion* il giudice portoghese, riconoscendo la necessità di garantire al giudice amministrativo un accesso al fatto pieno e l'opportunità di sostituire il proprio giudizio alle valutazioni effettuate dall'Autorità, auspica anche che l'art. 134, comma 1, lett. c) del d.lgs. 104 del 2010 possa essere interpretato con previsione di una giurisdizione estesa al merito in materia di sanzioni pecuniarie amministrative, comprese quelle adottate dalle autorità indipendenti, non solo per quanto concerne la determinazione dell'entità della sanzione ma anche per l'accertamento degli elementi di fatto e di diritto posti alla base della sanzione stessa²⁹².

Tale ultima considerazione è molto interessante in quanto, qualora venisse accolta, porterebbe ad un rovesciamento della attuale posizione della giurisprudenza. Questa non è da condividere pienamente anche se certi passaggi sono senz'altro corretti. Infatti è vero che non dovrebbe lasciarsi all'arbitrio dell'Autorità l'interpretazione e l'applicazione dei concetti giuridici indeterminati; tuttavia, dato che tale attività applicativa richiede un'elevata conoscenza tecnica, essa risulta notevolmente complessa ed il legislatore proprio per questi motivi non può dettare una disciplina esaustiva, la soluzione inevitabile è quella di riconoscere alle autorità indipendenti la possibilità di valutazione caso per caso e in conseguenza di modellare tali concetti in modo adeguato. Se fosse ammessa la giurisdizione sempre estesa al merito da parte del giudice amministrativo (in realtà lo è solo per le sanzioni pecuniarie *ex art.* 134, comma 1, lett c), si priverebbero le autorità di tale fondamentale funzione per la quale, essenzialmente, sono state istituite. Il sindacato del giudice dunque, pur restando sempre nei limiti della giurisdizione generale di legittimità, deve essere improntato ad una valutazione caso per caso, concretizzandosi in un controllo più o meno penetrante a seconda delle specifiche fattispecie.

8.2. Il sindacato esteso al merito

²⁹² G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in "Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico", 2015, p. 705.

In materia *antitrust* è riconosciuta al giudice amministrativo la possibilità di estendere il proprio sindacato, che in via generale è limitato agli aspetti di legittimità, al merito nelle controversie che riguardano il *quantum* della sanzione pecuniaria adottata dall'AGCM per effetto della violazione delle norme poste a tutela della concorrenza.

Inizialmente ciò era possibile grazie al rinvio operato dall'art. 31 della legge n. 287/1990 alle disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge n. 689 del 1981 in materia di sanzioni amministrative. La giurisprudenza amministrativa aveva infatti ammesso l'applicabilità dell'art. 23, comma 11, della legge n. 689/1981 richiamando il principio costituzionale di cui all'art. 23 Cost., che impedisce la richiesta di prestazioni pecuniarie al di fuori dei casi previsti dalla legge, nonché le caratteristiche particolari del potere dell'AGCM quando adotta tali sanzioni²⁹³. Questo però era limitato ai casi in cui le sanzioni pecuniarie fossero state adottate in materia di accertamento di intese restrittive o abuso di posizione dominante, in quanto nel caso di sanzioni irrogate in seguito ad una pratica commerciale scorretta l'art. 23 della legge n. 689/1981²⁹⁴, che permetteva al giudice di modificare l'entità della sanzione, non era richiamato dal codice del consumo. Infatti l'art. 27, comma 13, del d.lgs. n. 206 del 2005 prevedeva la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e stabiliva che fossero applicabili solo alcune disposizioni della legge n. 689/1990 tra cui non era presente l'art. 23.

Va inoltre rilevato che l'ammissione da parte della giurisprudenza nazionale di un sindacato esteso al merito, almeno per quanto concerne le intese restrittive e gli abusi di posizione dominante, ha determinato l'adesione all'orientamento già vigente a livello europeo che ha sempre riconosciuto un controllo di merito sul *quantum* dei provvedimenti adottati dalla Commissione da parte della Corte di Giustizia²⁹⁵.

Quella finora descritta era la situazione antecedente all'introduzione del codice del processo amministrativo che prevede espressamente la giurisdizione estesa al merito per tutte le sanzioni amministrative pecuniarie la cui contestazione è devoluta al giudice amministrativo, comprese quelle adottate dalle autorità indipendenti.

²⁹³ R. CHIEPPA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità Antitrust*, in "Diritto processuale amministrativo", n. 1, 2004, p. 1060.

²⁹⁴ Abrogato dall'art. 34, comma 1, lett. c) del d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150.

²⁹⁵ Corte di Giustizia UE 16 novembre 2000, C-291/98 par. 70.

L'art. 134, comma 1, lett. c) del codice del processo amministrativo non vale dunque ad estendere al merito il sindacato sull'accertamento dei presupposti della sanzione stessa che resta un sindacato di legittimità. Non va infatti accolta l'interpretazione che in tal senso propone il giudice dissenziente nella sua opinione allegata alla sentenza Menarini²⁹⁶.

Un aspetto molto interessante della disciplina vigente a livello europeo è quello previsto dal Regolamento n. 1 del 2003 (di cui si è trattato nel precedente capitolo). La norma europea che regola il sindacato del giudice sull'ammontare delle sanzioni è l'art. 31 di tale regolamento. Esso non solo consente al giudice di cancellare o ridurre la sanzione pecuniaria ma prevede espressamente la possibilità di aumentare l'ammenda inflitta, ipotesi applicata anche in alcuni casi concreti²⁹⁷.

A livello nazionale, nonostante sia prevista astrattamente la possibilità per il giudice di modificare la sanzione rideterminandola, nella pratica, questo è avvenuto solo ai fini di una riduzione della sanzione. Infatti questo potere affidato dalla legge al giudice non è stato esercitato nemmeno nel caso in cui avrebbe potuto farlo ossia quando ha riconosciuto che la sanzione si appariva sproporzionata in quanto troppo lieve²⁹⁸. Questa tendenza appare tuttavia ingiustificata se si riconosce al giudice un pieno accesso alla quantificazione della sanzione in linea con l'art. 6 CEDU. Il giudice dunque non dovrebbe limitarsi a mitigare la sanzione ma operare anche in senso contrario quando necessario²⁹⁹. Peraltro, tale ipotesi non si è mai verificata in concreto anche per la funzione garantista che si tende ad attribuire al controllo pieno ed effettivo sulla quantificazione delle sanzioni.

È di notevole interesse comprendere in che modo sia esercitato dai giudici amministrativi il controllo esteso al merito.

Innanzitutto si può notare come a livello europeo la maggior parte delle volte questo controllo si sostanzia in un controllo di legittimità sulla base dei parametri prefissati negli orientamenti della Commissione del 2006 che hanno la finalità di stabilire le modalità di calcolo delle sanzioni. Occorre peraltro ricordare che il giudice deve comunque, senza tener conto del risultato cui può portare l'applicazione di tali criteri, esercitare un sindacato di merito e dunque può

²⁹⁶ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 27 settembre 2011, ricorso n. 43509/08, A. Menarini Dignostics Srl c. Italia.

²⁹⁷ Questo si è verificato ad esempio in Tribunale 12 dicembre 2007, T-101/05.

²⁹⁸ TAR Lazio 2 dicembre 2009, n. 12319.

²⁹⁹ A. ORECCHIO, *Il sindacato di merito sulle sanzioni delle autorità amministrative indipendenti. Il caso dell'antitrust*, in *federalismi.it*.

modificare la sanzione, anche aumentandola, nel modo in cui ritiene più giusto per il caso di specie sostituendosi all'amministrazione³⁰⁰.

Nell'ordinamento interno invece il giudice amministrativo inizialmente, pur riconoscendo l'applicabilità dell'art. 23 della legge n. 689/1990 tendeva ad ammettere in ogni caso una certa discrezionalità dell'Autorità. Quest'ultima, nello stabilire l'ammontare delle sanzioni, deve comunque attenersi a determinati elementi cui fa riferimento la legge n. 287/1990 che a sua volta richiama l'art. 11 della legge n. 689 del 1990, ossia la gravità del comportamento anticoncorrenziale, le azioni attuate per la rimozione o l'attenuazione della violazione, nonché le condizioni economiche del soggetto interessato³⁰¹. Inizialmente il giudice amministrativo, riconoscendo comunque che all'AGCM spettasse il potere di graduare la sanzione tra il minimo e il massimo edittale, affermava che il giudice stesso, in quanto dotato di piena giurisdizione, aveva il potere di modificare l'entità della sanzione, aggiungendo tuttavia che l'esercizio di tale potere deve essere preceduto dall'accertamento di profili di illegittimità o inopportunità dell'attività dell'Autorità³⁰². Questa posizione tuttavia non è da condividere in quanto sovrappone ad un sindacato che dovrebbe essere pieno e di merito un giudizio sulla legittimità e sull'opportunità del provvedimento dell'AGCM. In sentenze successive questa posizione è stata superata dai giudici amministrativi che affermando l'esercizio di un sindacato di merito in modo quasi apodittico, hanno riconosciuto a se stessi la possibilità di sostituire la sanzione dell'Autorità con quella da loro ritenuta adeguata³⁰³.

Nonostante questa presa di posizione sul sindacato di merito da parte dei giudici amministrativi, nella prassi si può notare che la modifica della sanzione è sempre ancorata al rilevamento da parte dei giudici di vizi quali la sproporzione, l'assenza di motivazione ed il travisamento dei fatti che lo trasformano in un giudizio di legittimità³⁰⁴.

Questo risultato è principalmente dovuto al fatto che innanzitutto non si tratta di discrezionalità "pura" bensì tecnica, inoltre, che l'Autorità, nella determinazione della sanzione, deve rispettare i limiti posti dalla legge, oltre alle

³⁰⁰ Tribunale UE 5 ottobre 2011, T-11/06.

³⁰¹ Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 agosto 2001, n. 1671.

³⁰² Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 agosto 2001, n. 1671.

³⁰³ Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 agosto 2002, n. 4362; Sez. VI, 24 maggio 2002, n. 2869; Sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5368.

³⁰⁴ Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 marzo 2015, n. 1104.

regole che l'AGCM si è autoimposta con l'adozione di Linee Guida³⁰⁵ in questa materia. La quantificazione della sanzione, come rileva la giurisprudenza³⁰⁶, rimane un'attività discrezionale, nell'esercizio della quale tuttavia l'Autorità è tenuta ad attenersi alle citate Linee Guida.

Queste ultime prevedono che il *quantum* di base della sanzione sia determinato in base ad una certa percentuale del valore delle vendite a seconda della gravità della violazione ma in ogni caso non superiore al 30%, moltiplicata per la durata del comportamento anticoncorrenziale dell'impresa interessata.

In primo luogo, questo criterio pone la questione della individuazione del valore delle vendite che è un parametro da riferire ai beni e servizi venduti che siano oggetto direttamente o indirettamente della violazione, tenendo conto del mercato rilevante e dell'ultimo anno di partecipazione all'illecito. Si può tuttavia verificare il caso in cui l'impresa interessata non fornisca i dati relativi al fatturato, per cui l'AGCM può utilizzare qualsiasi altro elemento rilevante ai fini della determinazione del valore dalle vendite.

In secondo luogo, l'Autorità deve stabilire quanto grave sia l'illecito concorrenziale sulla base di molteplici indici, fra cui la natura dell'infrazione, le condizioni del mercato, la rilevanza dell'effettivo impatto economico, la tipologia dei beni o servizi e gli effetti dannosi provocati al mercato o ai consumatori.

Inoltre, l'AGCM ha la possibilità di aumentare l'importo così ottenuto di un importo che va dal 15% al 25%, qualora lo ritenga necessario per aumentare l'effetto deterrente della sanzione.

Infine il *quantum* così ottenuto può essere modificato dall'Autorità in base ad aggravanti o attenuanti, quali il comportamento tenuto dall'impresa durante il procedimento istruttorio, il ruolo che questa ha avuto nell'infrazione e anche l'opera svolta per eliminare o comunque attenuare le conseguenze dell'illecito. Questi fattori attenuanti o aggravanti non possono in ogni caso portare ad una modifica superiore al 50% del *quantum* previamente stabilito.

I parametri cui si deve adeguare l'Autorità nella quantificazione della sanzione sono particolarmente stringenti e conseguentemente lo spazio per una valutazione in termini di opportunità sull'ammontare della sanzione è alquanto

³⁰⁵ Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'art. 15, comma 1, della legge 287/1990, 31 ottobre 2014.

³⁰⁶ Consiglio di Stato, Sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9565.

ristretto. Il giudice amministrativo quindi può compiere una rivalutazione vincolata a tali parametri, a meno che, come sembra più corretto, non si voglia aderire all'orientamento europeo che permette la sostituzione del *quantum* inizialmente previsto con l'importo ritenuto adeguato dal giudice, senza che vi sia la violazione dei criteri di quantificazione prestabiliti. Infatti, perché vi sia realmente un sindacato esteso al merito il giudice deve poter adottare un metodo autonomo rispetto a quello che l'Autorità è obbligata a rispettare e quindi determinare autonomamente la sanzione che ritenga opportuna³⁰⁷.

Per comprendere meglio la portata di questo sindacato è necessario considerare che in realtà al giudice non è data la possibilità di adottare criteri per la quantificazione della sanzione differenti da quelli dell'Autorità; da ciò consegue che il controllo di merito non è realmente tale. In concreto il sindacato del giudice amministrativo si configura come un controllo di legittimità sul *quantum* del provvedimento sanzionatorio che è supportato dal potere del giudice di sostituire l'importo della sanzione così come ottenuto da un corretto esercizio dei parametri di calcolo prefissati. I vizi di legittimità che possono essere riscontrati dal giudice comprendono anche le figure sintomatiche dell'eccesso di potere, fra cui, ad esempio, la mancanza di proporzionalità, ma ciò evidentemente non comporta che il controllo possa essere considerato di merito.

In conclusione quindi si può affermare che, nonostante l'art. 134, comma 1, lett. c) del codice del processo amministrativo preveda una giurisdizione estesa al merito sulle sanzioni delle autorità indipendenti fra cui vanno ricomprese quelle *antitrust*, si tratti di un sindacato di merito differente da come viene normalmente inteso almeno fino a che non si ammetta la possibilità per il giudice di sostituire la sanzione senza essere vincolato ad individuare eventuali vizi nell'esercizio dei criteri di calcolo.

9. La motivazione delle sentenze sui provvedimenti dell'Autorità

Per completare il quadro concernente il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'AGCM occorre considerare la motivazione delle sentenze del TAR e del Consiglio di Stato. Questo aspetto della decisione del giudice è molto

³⁰⁷ R. GIOVAGNOLI, *Judicial review of Antitrust decisions: Q&A*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, n. 1, 2015.

importante in un periodo quale l'attuale, in cui il giudice riveste un ruolo decisivo nella creazione di un sistema che risulti efficiente. La giustizia amministrativa infatti è gravata del compito di risolvere quelle situazioni di conflitto molto rilevanti sotto l'aspetto dell'assetto regolamentare e concorrenziale di numerosi settori dell'economia nazionale.

È necessario infatti che nell'attuale fase storica in cui sono ancora fortemente presenti gli effetti della crisi economica, i giudici amministrativi forniscano ai cittadini delle decisioni che non siano oscure, equivocate o poco comprensibili, bensì siano caratterizzate dalla massima tempestività, per quanto possibile, nonché da chiarezza espositiva e da intellegibilità in modo che siano comprensibili e valutabili dai destinatari, pur se non "addetti ai lavori". Tali esigenze, oltre che dai cittadini in quanto tali, sono ancor più avvertite dagli operatori economici, in quanto questi ultimi per agire in modo efficiente sul mercato e compiere investimenti, devono poter contare su un sistema giurisdizionale che funzioni correttamente in tempi brevi e che dia risposte per quanto possibile univoche. Trattasi infatti di condizioni essenziali per potere aspirare alla ripresa economica. Come è stato rilevato³⁰⁸ i tempi del processo devono adeguarsi ai tempi dell'economia, ossia le decisioni devono essere tempestive in particolar modo in settori economici in cui l'innovazione svolge un ruolo fondamentale tale da poter rendere inutili le decisioni che giungano in ritardo.

Questa riflessione vale in generale per l'intero sistema giurisdizionale italiano, compresa la giustizia civile, ma, a maggior ragione, è importante per la giustizia amministrativa, di cui si tratta in questa sede, in quanto la maggior parte dei settori dell'economia più importanti sono ad oggi regolati e monitorati da autorità indipendenti tra cui l'AGCM e per i loro provvedimenti è competente il giudice amministrativo che con il suo operato è tenuto a fornire risposte fondamentali sia all'Autorità che alle imprese le quali possono in tal modo orientare i loro comportamenti.

È evidente, pertanto, che la parte della sentenza che riveste grande importanza per assolvere a quella funzione di cui si è detto è la motivazione.

³⁰⁸ G. PITRUZZELLA, *Il punto di vista delle Autorità indipendenti*, Relazione al Convegno su "La motivazione delle sentenze del giudice amministrativo", Roma, Palazzo Spada, 14 novembre 2014 (in occasione di un incontro con il Conseil d'Etat).

Infatti la funzione della motivazione nella giustizia amministrativa è quella di dettare la regola che l'amministrazione è tenuta ad applicare nello svolgimento della sua attività³⁰⁹. Vista l'importanza della motivazione, l'espressione elaborata dall'illustre processualcivilista Salvatore Satta, secondo cui il giudicato si forma sulla motivazione che quindi può essere considerata come il dispositivo sostanziale, assume una valenza ancora maggiore nell'ambito della giustizia amministrativa. Il giudice amministrativo è tenuto a ricercare un equilibrio tra il complesso compito di determinare il perimetro dell'azione della pubblica amministrazione e quello di fornire una risposta univoca e rapida tale da rispettare le esigenze e i c.d. tempi dell'economia. A favore del giudice nazionale va comunque ricordato che mediamente il tempo occorrente per giungere ad una decisione in materia *antitrust* è inferiore rispetto a quello impiegato dalla Corte di Giustizia per decidere sui provvedimenti della Commissione.

Il giudice amministrativo si trova spesso, soprattutto in materia di concorrenza, di fronte a una disciplina normativa e a provvedimenti amministrativi molto complessi, per i quali non è agevole individuare e rendere chiara e comprensibile la regola da applicare. I provvedimenti dell'AGCM – come si è detto - sono infatti spesso caratterizzati dalla commistione dei criteri dettati dalla disciplina giuridica e di quelli previsti dalla scienza economica richiesti per l'interpretazione e l'applicazione del concetto giuridico indeterminato. Ciò comporta uno studio del settore di mercato interessato molto approfondito e l'esame di una enorme quantità di documenti, traducendosi il tutto in un atto sovente molto esteso all'esito di un procedimento complesso cui sono addetti dei soggetti altamente specializzati.

Ai provvedimenti dell'Autorità seguono spesso ricorsi altrettanto complessi; a questo aspetto, sicuramente negativo, si è cercato recentemente di porre un freno sia con l'espressa previsione nel codice del processo amministrativo del principio di sinteticità degli atti delle parti (e anche del giudice)³¹⁰ che con l'introduzione di un limite massimo di caratteri per il quale comunque può essere richiesta una deroga in caso di particolare complessità della questione³¹¹. Inoltre

³⁰⁹ G. PITRUZZELLA, *Op. cit.*

³¹⁰ Art. 3, comma 2, c.p.a.

³¹¹ Decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 22 dicembre 2016. Questo ha posto sia dei criteri di redazione che dei limiti dimensionali. Per quanto riguarda i secondi ha stabilito il limite di 70.000 caratteri (corrispondenti a circa 35 pagine nel formato previsto dai criteri redazionali) nel rito ordinario, nel rito abbreviato comune di cui all'art. 119 c.p.a., nel rito

nella materia della tutela della concorrenza spesso nelle relative controversie non sono coinvolti solo i soggetti destinatari dei provvedimenti e l'AGCM, bensì vi possono (o devono) intervenire soggetti diversi, come i concorrenti o altri che assumono la veste di controinteressati. I giudici amministrativi si trovano dunque di fronte ad un enorme numero di argomenti e documenti da esaminare ed il Collegio giudicante costituisce il “collo di bottiglia” di tutta questa complessa attività.

Egli è tenuto quindi a verificare i fatti posti a fondamento delle determinazioni dell'Autorità, dando conto delle censure mosse dal ricorrente e delle controdeduzioni dell'Autorità stessa e dei controinteressati.

Un supporto nello svolgimento tale compito deve essere fornito al giudice innanzitutto dall'AGCM, che sta cercando di utilizzare una tecnica di redazione delle decisioni più concisa ma che renda evidenti per il giudice gli argomenti fondamentali posti a base delle stesse in modo agevolarne l'esame. Questo compito per l'Autorità tuttavia non è agevole proprio in considerazione della complessità delle questioni, dei numerosi documenti da analizzare e delle teorie giuridiche e tecnico-economiche che sono utilizzate.

Va auspicato comunque che il provvedimento finale sia pienamente comprensibile dagli interessati e dal giudice, il quale possa poi adottare la decisione con un onere di motivazione meno gravoso³¹².

Altro contributo deve provenire dalle parti sia in termini di sinteticità degli atti, per quanto possibile, ma soprattutto nel non fornire una lettura “spezzettata”

appalti, nel rito elettorale di cui all'art. 130 e ss c.p.a. e nei giudizi di ottemperanza a decisioni rese nell'ambito di tali riti. Inoltre è previsto un limite anche per le memorie di replica che è di 20.000 caratteri (circa 10 pagine). Va ricordato inoltre che la deroga in considerazione della specificità della controversia deve essere espressamente autorizzate dal Presidente del Consiglio di Stato o del T.A.R. o da un magistrato a ciò delegato, con apposito decreto. Infatti la deroga è possibile qualora la controversia presenti questioni tecniche, giuridiche o di fatto particolarmente complesse ovvero attenga ad interessi sostanziali perseguiti di particolare rilievo anche economico, politico e sociale, o alla tutela di diritti civili, sociali e politici. Sono comunque fissati dei limiti anche qualora venga concessa la deroga ossia un massimo di 100.000 caratteri (corrispondenti a circa 50 pagine) per gli atti nel rito ordinario, nel rito abbreviato comune di cui all'art. 119, nel rito appalti, nel rito elettorale ex art. 129 c.p.a. e nei giudizi di ottemperanza a decisioni rese nell'ambito di tali riti (ordinariamente assoggettati al limite dei 70.000) e di 30.000 caratteri (circa 15 pagine) per le memorie di replica. Infine va ricordata la possibilità che il decreto in questione autorizzi un numero di caratteri ancora superiore, qualora le circostanze che giustificano la deroga ai limiti dimensionali siano di straordinario rilievo, tale da non permettere una adeguata tutela nel rispetto dei limiti dimensionali da esso previsti.

³¹² G. PITRUZZELLA, *Op. cit.*

del provvedimento, censurandone i singoli aspetti, in quanto è ormai principio consolidato che non è sufficiente indicare qualche elemento di dettaglio per ottenere una decisione favorevole, ma deve farsi riferimento al provvedimento del suo complesso, dimostrando l'inesatta applicazione al caso di specie dei principi giuridici o di altre scienze ovvero l'insufficienza o l'erroneità della motivazione³¹³.

Il compito che deve assolvere il giudice nel redigere la motivazione è quello di fornire dei principi chiari non solo per le imprese ma anche per l'AGCM che può così adeguare la sua funzione agli orientamenti giurisprudenziali³¹⁴. Questo vale in tutti i campi, ma particolarmente per la tutela della concorrenza, caratterizzata da un contesto economico in continuo mutamento e non ben definibile dal legislatore.

Pertanto il giudice amministrativo, fermo il principio di disponibilità del processo, è chiamato a non concentrarsi solo sui singoli aspetti sollevati dalle parti ma deve avere una visione che ponga una particolare attenzione alla sostanza del provvedimento oggetto di impugnazione.

In conclusione, una motivazione che sia concisa, chiara e completa ha la funzione non solo di soddisfare le predette esigenze ma anche di contribuire all'integrazione a livello europeo con la creazione di un *corpus* di principi in materia *antitrust* che possano essere applicati in modo uniforme in tutti gli Stati membri³¹⁵.

³¹³ Consiglio di Stato n. 1192/2012; n. 3026/2012; n. 5067/2012; n. 2722/2013; n. 4230/2014.

³¹⁴ Consiglio di Stato n. 693/2014.

³¹⁵ G. PITRUZZELLA, *Op. cit.*

Conclusioni

La tesi ha avuto la finalità di analizzare in maniera per quanto possibile esauriente le questioni riguardanti il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Un’analisi di questo tipo è stata resa possibile tenendo conto ed esaminando i rapporti che intercorrono tra i poteri del giudice e quelli dell’Autorità.

Al riguardo è stato indispensabile muovere dal fenomeno principale di cui si occupa l’AGCM, ossia la concorrenza.

Nel primo capitolo, la concorrenza è stata analizzata dal punto di vista economico poiché essa nasce innanzitutto come fenomeno dell’economia. Lo spunto per questa analisi si è basato principalmente sulle teorie dei marginalisti italiani e sulla loro visione di concorrenza che si pone tra quella dinamica dei classici e quella statica dei neoclassici. I quattro autori cui si è fatto riferimento (Pantaleoni, De Viti de Marco, Pareto e Barone) accolgono una visione dinamica della concorrenza che ritengono maggiormente aderente alla realtà, definendo, quindi, tale fenomeno come un processo dinamico basato su capacità innovativa e libertà di entrata nel mercato. I marginalisti italiani sono tuttavia consapevoli del fatto che vi sia anche una concorrenza c.d. “statica” che si fonda sull’equilibrio del mercato.

Dal punto di vista giuridico il fenomeno della concorrenza viene in rilievo per la prima volta nel 1890 negli USA con l’approvazione dello *Sherman act*. Ciò che l’ordinamento giuridico mira a garantire è la libera concorrenza nel mercato come modello di organizzazione economica in quanto ritenuto il più efficiente per lo sviluppo dell’economia.

In Italia le prime norme in tema di concorrenza sono state mutate dalla Comunità Europea, in quanto contenute già nel Trattato di Roma del 1957 e sono state in seguito sempre più rafforzate, producendo un notevole impatto sull’ordinamento nazionale tenuto a recepirle. Queste norme poste a tutela della concorrenza che sono culminate con l’emanazione, seppur tardiva rispetto ad altri Stati europei, della legge 10 ottobre 1990, n. 287. Quest’ultima ha sollevato in dottrina e in giurisprudenza un vivace dibattito sulla possibilità di rinvenire un fondamento costituzionale della concorrenza in mancanza di una espressa previsione nel testo originario della nostra Carta costituzionale. La legge n.

287/1990 infatti era stata emanata, come affermato dall'art. 1 della stessa, in attuazione dell'art. 41 della Costituzione il quale, pur garantendo la libertà di iniziativa economica privata, prevede ai commi 2 e 3 la possibilità di porre dei limiti a quest'ultima. Secondo l'opinione maggioritaria la tutela della concorrenza come principio fondamentale dell'Unione aveva comportato l'impossibilità per lo Stato di attuare il terzo comma dell'art. 41, ossia di coordinare e indirizzare l'attività economica a fini di utilità sociale attraverso programmi pubblici, in quanto sarebbe necessario derogare al predetto principio.

A seguito della riforma del Titolo V della Costituzione (Legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3) la tutela della concorrenza è stata espressamente riconosciuta come competenza esclusiva dello Stato; tuttavia, non essendo possibile individuare un unico oggetto su cui essa può incidere, la concorrenza viene considerata come una materia trasversale che può riguardare molteplici oggetti anche di competenza concorrente o residuale delle Regioni.

Nella parte finale del primo capitolo si pone dunque in evidenza che l'art. 41, nonostante sia stato ideato e scritto in un contesto politico-sociale in cui non era ancora venuta in rilievo la tutela della concorrenza, è stato in grado di creare una cornice costituzionale adeguata a cambiamenti così veloci e rilevanti quale il passaggio ad un modello di economia di mercato basato sulla tutela della concorrenza, come si è manifestato nell'ordinamento italiano. L'art. 41 ha infatti il pregio aver reso possibile un'interpretazione evolutiva che ha permesso alla Costituzione stessa di adeguarsi al mutare dei tempi e degli eventi senza richiedere necessariamente la riscrittura della norma in questione.

Al fine di comprendere nel modo migliore e più chiaro il rapporto tra il giudice amministrativo e l'AGCM è stato necessario esaminare le ragioni che hanno portato alla creazione di un'Autorità indipendente competente in materia *antitrust*, i poteri dell'Autorità e le modalità di esercizio di tali poteri.

L'istituzione nell'ordinamento italiano delle Autorità amministrative indipendenti (quali l'AGCM, la CONSOB, l'AGCOM, l'ISVAP fino alla più recente Autorità di regolazione dei trasporti) è fortemente connessa con lo sviluppo del processo di liberalizzazione dell'economia imposto dalla normativa comunitaria, di cui uno dei principi fondanti è rappresentato dalla libertà di concorrenza. L'ordinamento dunque si adegua all'apertura al mercato di determinati settori in cui però non viene meno la "regolazione" intesa come regole

sostanziali che conformano una determinata attività. Questi sono infatti settori economici in cui i soggetti che vi operano, siano essi pubblici o privati, devono rispettare delle regole comuni. Lo strumento, che viene utilizzato per poter regolare nel modo migliore tali settori ed evitare che vi sia conflitto di interessi tra lo Stato imprenditore e lo Stato regolatore, sono le Autorità indipendenti. Esse, peraltro, esercitano non soltanto funzioni di regolazione ma anche funzioni di controllo *ex post* sui comportamenti posti in essere dai soggetti che operano sul mercato, con il conseguente potere sanzionatorio.

L'AGCM è dotata principalmente del secondo tipo di funzioni, che hanno la finalità di garantire il corretto funzionamento del mercato e la tutela della concorrenza. È necessario che per svolgere nel modo migliore possibile tale compito l'Autorità sia indipendente dal Governo non solo dal punto di vista funzionale, ma anche organizzativo, gestionale e contabile. L'AGCM infatti ha un rapporto "privilegiato" con il Parlamento, il quale interviene nella procedura di nomina dei componenti dell'Autorità e al quale deve essere presentata la relazione annuale sull'attività svolta dall'Autorità stessa.

Una questione rilevante, affrontata nel secondo capitolo, per stabilire se vi debba essere controllo giurisdizionale sui provvedimenti *antitrust* e, se in caso di risposta affermativa, fino a che punto tale controllo può spingersi, è quella della natura giuridica dell'AGCM. Parte della dottrina infatti ha inizialmente considerato l'AGCM come un organo paragiurisdizionale in considerazione delle sue caratteristiche che la avvicinano a quelle di un vero e proprio giudice. Tale tesi non è da accogliere in quanto bisogna tener conto sia del divieto di istituzione dei giudici speciali di cui all'art. 102 Cost. che delle modalità di esercizio delle funzioni dell'Autorità che ricalca quelle previste dalla legge generale sul procedimento amministrativo (legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni e integrazioni), seppur con qualche particolarità come ad esempio un contraddittorio c.d. rafforzato. In conseguenza, all'AGCM va riconosciuta natura amministrativa, seppure con caratteristiche peculiari. L'Autorità, infatti, come le altre amministrazioni pubbliche, al termine dell'istruttoria deve adottare, nel rispetto del principio di imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost., un provvedimento, che è suscettibile in ogni caso di essere sottoposto al controllo del giudice competente.

Una volta riconosciuta la natura amministrativa dell'Autorità, è stato importante, ai fini della comprensione della tipologia di sindacato esercitato sulle sue determinazioni da parte del giudice, esaminare i poteri di intervento dell'Autorità e soprattutto le modalità con cui tali poteri sono esercitati.

Come già ricordato, il compito principale dell'AGCM è quello di esercitare una funzione di controllo sul rispetto delle norme *antitrust* da parte delle imprese. In particolare tre sono le fattispecie di cui essa si occupa: intese restrittive della concorrenza, abusi di posizione dominante e controllo delle concentrazioni tra imprese. Vi sono anche altre competenze dell'Autorità previste da norme diverse dalla legge n. 287/1990, fra cui si possono ricordare la tutela del consumatore e quella in materia di conflitto di interessi in cui possono incorrere i titolari di cariche di Governo. L'aspetto che maggiormente interessa è che si tratta in ogni caso di competenze su temi tecnici spesso non ben specificati dal legislatore che si affida a concetti giuridici indeterminati che l'AGCM ha il compito di interpretare e delimitare.

Per quanto concerne le modalità di esercizio di tali poteri, il procedimento si articola in una fase pre-istruttoria, che precede l'apertura del procedimento, una fase istruttoria in cui sono acquisiti gli elementi probatori ed infine una fase di chiusura del procedimento, che si conclude con l'adozione del provvedimento finale.

Le caratteristiche peculiari del procedimento, che lo distinguono dagli altri procedimenti amministrativi e che influenzano in un certo senso il sindacato da parte del giudice, sono il principio del contraddittorio e della partecipazione, i quali in questo caso hanno funzione di garanzia e di tutela dei diritti di difesa e non assumono quella di collaborazione con l'amministrazione che hanno solitamente. Infatti, al fine di garantire "la parità delle armi" tra le diverse parti del procedimento, queste ultime possono presentare osservazioni, in forma scritta o orale, attuando un contraddittorio rafforzato che comporta l'osservanza e il rispetto dei diritti di difesa delle parti. Un'altra importante declinazione del principio del contraddittorio è quella che richiede la separazione formale della funzione istruttoria da quella decisoria. Questa separazione era inizialmente assente, ma il Regolamento di procedura n. 217/1998 ha previsto la ripartizione delle funzioni tra uffici e collegio, assegnando ai primi le funzioni istruttorie, mentre all'altro (composto dal presidente e da due membri) la funzione decisoria. Si tratta tuttavia di una

ripartizione solo tendenziale, in quanto in alcuni casi il collegio è competente anche per l'istruttoria (come ad esempio per lo svolgimento di ispezioni e perizie).

Il nucleo principale della questione è esaminato nel dettaglio nel corso del terzo capitolo che tratta specificamente del rapporto tra i poteri dell'AGCM e quelli del giudice. Entrambi hanno infatti un ruolo fondamentale nell'attuare e nel garantire i principi *antitrust*, poiché, da un lato, l'Autorità deve vigilare sul rispetto delle norme poste a tutela della concorrenza da parte dei soggetti operanti sul mercato e, dall'altro, il giudice deve esercitare la funzione giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM. È opportuno a tale proposito ricordare che l'Autorità ha natura amministrativa e, quando emana provvedimenti, trattasi di veri e propri provvedimenti amministrativi. In conseguenza, questi ultimi non possono essere sottratti dal controllo del giudice che, ai sensi dell'art. 113 Cost., deve essere sempre garantito contro tutti gli atti della pubblica amministrazione, senza limitazioni di sorta.

Passando ad esaminare la questione del riparto di giurisdizione, questa è stata risolta in via legislativa con l'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva (comprensiva della cognizione delle lesioni sia dei diritti soggettivi che degli interessi legittimi) sui provvedimenti dell'AGCM.

Va inoltre rilevato che la giurisprudenza delle Sezioni Unite ha affermato che il giudice amministrativo sarebbe stato competente in ogni caso in virtù della giurisdizione generale di legittimità sui provvedimenti *antitrust* in quanto espressione dell'esercizio di un potere autoritativo della pubblica amministrazione per la cura di un interesse pubblico. Deve peraltro sommessamente osservarsi che nella materia *antitrust* sono configurabili anche veri e propri diritti soggettivi, per cui appare opportuna la previsione legislativa della giurisdizione amministrativa come giurisdizione esclusiva.

Una volta individuato il giudice dotato di giurisdizione è necessario esaminare come questo esercita il controllo sugli atti dell'AGCM.

Innanzitutto va rilevato che si tratta di giurisdizione esclusiva e dunque è sempre competente il giudice amministrativo sia che vengano in rilievo diritti soggettivi che interessi legittimi. Questa previsione legislativa inoltre non è stata censurata dalla Corte Costituzionale in quanto nella materia in questione le situazioni giuridiche di diritto soggettivo e quelle di interesse legittimo sono strettamente connesse e condizionate dall'esercizio del potere amministrativo.

La giurisdizione del giudice amministrativo inoltre resta nei limiti della giurisdizione di legittimità, salvo che per un caso particolare in cui è prevista la giurisdizione estesa al merito, ossia quello delle sanzioni pecuniarie per le quali è prevista la possibilità del giudice, oltre che di annullare in tutto o in parte il provvedimento, anche di modificare l'ammontare della sanzione prevista dallo stesso.

Il sindacato esercitato dal giudice amministrativo dunque è caratterizzato dalle peculiarità dei provvedimenti dell'AGCM e dalla natura di quest'ultima quale autorità indipendente. L'Autorità infatti, pur avendo natura amministrativa, possiede delle caratteristiche particolari che si riflettono sul controllo esercitato dal giudice, caratterizzato inizialmente – come si è detto – da un atteggiamento di “deferenza” nei confronti dell'Autorità.

Si parlava al riguardo di sindacato “debole” sui provvedimenti dell'AGCM in quanto essi erano considerati espressione di funzioni altamente tecniche e specialistiche, dotate di ampi margini di opinabilità. Infatti, essendo sovente tali provvedimenti espressione di discrezionalità tecnica, il giudice avrebbe dovuto limitarsi ad una verifica esterna e indiretta attraverso lo strumento dell'eccesso di potere, intervenendo solo in caso di evidente deviazione dal dettato legislativo, manifesta incongruenza o macroscopica illogicità senza mai sostituirsi all'Autorità, sempre che questa fosse rimasta entro i limiti di opinabilità previsti dalla norma.

L'evoluzione giurisprudenziale, anche a seguito dell'intervento della Corte EDU nella nota sentenza Menarini, ha subito un'importante svolta negli ultimi anni che ha permesso di approdare ad un traguardo soddisfacente. Il giudice amministrativo, infatti, ha superato le precedenti classificazioni di sindacato “debole” e “forte” o “intrinseco” e “estrinseco”, affermando il suo potere di avere sempre piena cognizione dei fatti oggetto del provvedimento e di verificare in modo adeguato le valutazioni dell'AGCM, avvalendosi, qualora necessario, anche di regole e tecniche appartenenti a scienze specialistiche, tenendo peraltro sempre conto del limite dell'opinabilità delle valutazioni scientifiche per evitare di sostituire la propria opinabile valutazione a quella dell'Autorità.

Il giudice amministrativo ha quindi il compito di trovare un equilibrio – non deferenza – nell'esercitare il suo sindacato in modo da scongiurare due pericoli opposti. Da un lato, vi è il rischio di permettere all'Autorità un ardore regolatorio che risulterebbe controproducente per la credibilità della tutela della concorrenza,

dall'altro, quello di un controllo esteso al merito delle decisioni, frustrando così la creazione di apparati indipendenti complessi caratterizzati da elevate conoscenze tecniche.

In altri termini, il giudice nell'esercizio del suo sindacato deve tenere conto del caso concreto e quindi esercitare un sindacato pieno e approfondito, ma deve avere anche la sensibilità di essere in grado di fermarsi al punto giusto per scongiurare la commistione del proprio ruolo con quello dell'AGCM.

In definitiva, il sindacato del giudice che si presenti come "equilibrato" ha anche la funzione di rendere più salda la posizione istituzionale e l'attività dell'Autorità che opera a tutela della concorrenza e più chiara e autorevole l'applicazione e l'interpretazione dei principi in materia *antitrust*. Il giudice amministrativo, tramite un sindacato di questo tipo, "sostiene" dunque il diritto della concorrenza che è di fondamentale importanza per la crescita e lo sviluppo del Paese.

Il giudice amministrativo va dunque considerato come il giudice della nuova economia, rispondendo così a due diverse ma essenziali necessità: da un lato, nell'attuale modello economico aperto e globalizzato gli interessi, in particolar modo quelli finanziari, non possono più essere adeguatamente protetti dalle norme dell'autonomia privata. La concorrenza ed il mercato infatti sono oggi tutelati in modo nuovo, soprattutto in ottica eurounitaria. Dall'altro lato, si deve considerare che i processi di liberalizzazione e di privatizzazione sono ormai uno strumento strategico di politica economica, costituendo un elemento fondamentale per la trasformazione dello Stato da "imprenditore" a "regolatore".

Questa trasformazione del ruolo dello Stato ha determinato anche la possibilità di qualificare il giudice amministrativo come "garante dei garanti" della concorrenza e della regolazione economica. Il giudice amministrativo, inoltre, pur essendo un giudice "generalista" – o forse proprio perché tale – ha una maggiore familiarità con i dati di contesto ed è portato a non assumere comportamenti tipici dei tecnici, che tendono a sostituirsi all'Autorità competente a provvedere.

Il ruolo del giudice amministrativo rileva inoltre dal punto di vista europeo in quanto, essendo l'influenza europea sul diritto della concorrenza molto incisiva, molte regole interpretative sono stati mutuate direttamente dal diritto dell'Unione. Infatti il giudice nazionale, con la combinazione delle norme europee, come interpretate e applicate dalla Corte di giustizia, della giurisprudenza della CEDU e

delle regole di diritto interno, ha elaborato un sistema di regole funzionali alla creazione di orientamenti univoci che costituiscono un attendibile punto di riferimento sia per l’Autorità che per gli operatori economici, garantendo, al contempo – come si è detto – una tutela rapida, effettiva e soddisfattiva.

È opportuno ricordare che, proprio a causa della centralità assunta nel nostro ordinamento dal diritto pubblico dell’economia, il giudice amministrativo assume un ruolo sempre più rilevante per lo sviluppo ed i cambiamenti che incidono sul sistema economico.

In conclusione, il giudice amministrativo, come giudice della “nuova economia”, deve difendere i cittadini e gli operatori economici dall’errato esercizio di strumenti incisivi in grado di ledere la sfera di libertà dei privati; deve garantire allo stesso modo il rapido perseguimento e la sicura soddisfazione dell’interesse pubblico qualora le doglianze dei privati siano infondate; deve assicurare che l’Autorità agisca sempre nel rispetto dei parametri di legittimità, imparzialità e buon andamento nonché secondo i principi di efficienza, efficacia ed economicità.

In altri termini, il giudice deve contribuire alla realizzazione di quella coesione sociale che è uno degli elementi fondamentali per il rafforzamento della democrazia e per la formazione di un rapporto di fiducia tra privati (cittadini e operatori economici) e amministrazione.

Bibliografia

Monografie

AMATO, G. *Le Autorità indipendenti nella Costituzione economica*, in AA. VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti*, Giuffrè, Milano, 1997.

BARONE, E. *Principi di economia politica*, Zanichelli, Bologna, 1936.

BOGNETTI, G. *Il modello economico della democrazia sociale e la Costituzione della Repubblica*, in G. Miglio (a cura di), *Verso una nuova Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1983.

CASSESE, S. *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2001.

CLARICH, M. *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2013.

D'ATENA, A. *Diritto regionale*, Giappichelli, Torino, 2013.

DE BENEDETTO, M. *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Il Mulino, Bologna, 2000.

DE LISE, P. *Il contributo della giurisdizione amministrativa alla cultura antitrust*, in C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Giappichelli, Torino, 2010.

FATTORI, P. - TODINO, M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2011.

GENOVESE, A. *L'enforcement e le tutele*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, Cedam, Padova, 2008.

GIANNINI, M. S. *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1992.

GOBBO, F. *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2001.

LUCIANI, M. voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, UTET, Torino, 1990.

MORBIDELLI, G. *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. PREDIERI (a cura di), *Le Autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Passigli Editori, Firenze, 1997.

PANTALEONI, M. *Principi di economia pura*, Barbera, Firenze, 1889.

PARETO, V. *Cours d'économie politique*, Librairie F.Rouge, Lausanne, 1897.

PARETO, V. *Manuale di economia politica con una introduzione alla scienza sociale*, Società editrice libraria, Milano, 1906.

POLICE, A. *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Giappichelli, Torino, 2008.

SANINO, M. *L'approdo dell'esperienza delle Autorità indipendenti a oltre venti anni dalla loro istituzione*, Cedam, Padova, 2015.

TORCHIA, L. *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996.

TRAVI, A. *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2014.

Altri scritti

AMATO, G. *Il mercato nella Costituzione*, in “Quaderni Costituzionali”, 1992.

BELVISO, U. *Il concetto di iniziativa economica privata nella Costituzione*, in “Rivista di diritto civile”, 1961.

BUFFONI, L. *La “tutela della concorrenza” dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in “Le istituzioni del federalismo”, 2003.

CAMMELLI, M. *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in “Le Regioni”, n. 6, 2001.

CHIEPPA, R. *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità Antitrust*, in “Diritto processuale amministrativo”, n. 1, 2004.

CINTIOLI, F. *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21 bis della legge n. 287 del 1990)*, giustiziamm.it.

CORSO, G. *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (delle regioni e dello Stato)*, in “Diritto pubblico”, 2002.

D'ALBERTI, M. *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in “Diritto Amministrativo”, 2005.

DE BENEDETTO, M. *Il principio di concorrenza nel mercato italiano*, in “Rivista della Scuola superiore dell'economia e delle finanze”, 2010.

DE CRISTOFARO, G. *La nuova disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa: il d.lgs. 2007, n. 145*, in “Studium iuris”, 2007.

DE LISE, P. *Indagine conoscitiva sulle Autorità indipendenti, Audizione alla Commissione affari costituzionali della Camera dei Deputati*, Roma, 2011.

GALGANO, F. Artt. 41-43, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1982.

GIOVAGNOLI, R. *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21 bis legge n. 287/1990*, relazione al convegno tenutosi presso l'Università degli studi di Milano il 27 settembre 2012.

GIOVAGNOLI, R. *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in giustizia-amministrativa.it.

GIOVAGNOLI, R. *Judicial review of Antitrust decisions: Q&A*, in “Rivista Italiana di Antitrust”, n. 1, 2015.

GRECO, G. *Il modello comunitario della procedura d'infrazione e il deficit di sindacato di legittimità dell'azione amministrativa in Italia*, in “Rivista italiana di diritto pubblico comunitario”, 2010.

IRTI, N. *Iniziativa privata e concorrenza (verso la nuova Costituzione)*, in “Giurisprudenza Italiana”, IV, 1997.

LALLI, A. *Le autorità indipendenti: controllo giurisdizionale e indipendenza*, in astrid-online.it

LIBERTINI, M. *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, in “Giur. Cost.”, 2005.

MARZOLINI, P. *Problemi in tema di tutela giudiziale antitrust, art. 33, comma 2, l. 10.10.1990 n. 287*, in “La nuova giurisprudenza civile commentata”, n. 4, 2009.

MOSCA, M. *Concorrenza classica nel pensiero marginalista*, in Atti del Convegno Nazionale STOREP, 2005.

MUNARI, F. *La legge 10 ottobre 1990, n. 287 e il diritto comunitario della concorrenza*, in “Contratto e impresa”, 1992.

NIGRO, M. *La pubblica amministrazione fra Costituzione formale e Costituzione materiale*, in “Riv. Trim. dir. proc. civ.”, 1985.

OPPO, G. *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in “Rivista di diritto civile”, 1993.

ORECCHIO, A. *Il sindacato di merito sulle sanzioni delle autorità amministrative indipendenti. Il caso dell'antitrust*, in federalismi.it.

PANTALEONI, M. *Di alcuni fenomeni di dinamica economica*, in “Giornale degli economisti”, 1909.

PITRUZZELLA, G. *Il punto di vista delle Autorità indipendenti*, Relazione al Convegno su “La motivazione delle sentenze del giudice amministrativo”, Roma, Palazzo Spada, 14 novembre 2014 (in occasione di un incontro con il Conseil d’Etat).

Relazione annuale dell’Autorità, 2004, in www.agcm.it/relazioni-annuali.

Relazione annuale dell’Autorità, 2017, in www.agcm.it/relazioni-annuali.

SANDULLI, M. A. *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell’AGCM nell’art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, in federalismi.it, n. 12 del 13/06/2012.

SIGISMONDI, G. *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in “Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico”, 2015.