

## LA TUTELA GIURISDIZIONALE VERSO LE SANZIONI ANTITRUST

di Paolo Lodi Pizzochero

SOMMARIO: 1. Le peculiarità della tutela pubblicistica *antitrust* nella configurazione, da parte di dottrina e giurisprudenza, del relativo sindacato giurisdizionale – 2. Le sanzioni nel quadro dei poteri dell'Agcm in materia di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante – 3. La necessità e le criticità di una tutela giurisdizionale effettiva – 4. L'evoluzione dell'intensità e delle tecniche del sindacato giurisdizionale sull'accesso al fatto e sulle valutazioni tecniche dell'Agcm: l'iniziale self-restraint del giudice amministrativo e la successiva apertura verso un controllo più penetrante e incisivo – 5. Il sindacato giurisdizionale sull'applicazione delle sanzioni – 6. I nuovi strumenti di tutela *antitrust*: il programma di clemenza – 7. (Segue) Le decisioni con impegni

1. *Le peculiarità della tutela pubblicistica antitrust nella configurazione, da parte di dottrina e giurisprudenza, del relativo sindacato giurisdizionale*

Come è noto, con la l. 10 ottobre 1990, n. 287, il nostro ordinamento giuridico è stato integrato con una disciplina *antitrust* nazionale, ossia una normativa finalizzata al controllo delle posizioni di potere di mercato e alla repressione degli abusi che esse possono generare, falsando o eliminando la concorrenza del mercato stesso. Questa legge ha demandato all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) la funzione di tutelare la struttura concorrenziale del mercato attraverso l'esercizio di poteri amministrativi istruttori e decisorii, in ordine al controllo preventivo delle concentrazioni e alla repressione delle fattispecie di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante. In particolare, tra questi poteri emerge in modo significativo quello di comminare sanzioni pecuniarie amministrative secondo modelli innovativi rispetto al panorama

delle amministrazioni pubbliche <sup>(1)</sup>. La l. n. 287/1990 ha affidato la tutela avverso i provvedimenti dell'Agcm alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e, fin dalla sua istituzione, è sorto il problema di garantire l'effettività di tale tutela giurisdizionale nei confronti dei titolari di situazioni giuridiche soggettive lese dai provvedimenti dell'Agcm o dalla mancata emanazione di questi ultimi. In generale, l'effettività della tutela giurisdizionale dipende dalla semplicità e certezza del diritto, dalla ragionevole durata del processo e da un effettivo sindacato del giudice che a sua volta dipende dal grado di intensità e dalle tecniche del sindacato stesso. Nel diritto nazionale *antitrust*, le peculiarità organizzative e specialistiche, sottese alla tutela pubblicistica della concorrenza, afferiscono a vari aspetti del diritto amministrativo e hanno inevitabilmente condizionato le interpretazioni della dottrina e della giurisprudenza.

In particolare, la configurazione del sindacato giurisdizionale è stata condizionata dall'accentuata indipendenza rispetto al potere politico ed economico riconosciuta (almeno sulla carta) all'Agcm, definita non a caso "il prototipo" <sup>(2)</sup> delle c.d. autorità amministrative indipendenti. Come più in generale potrebbe dirsi anche per le altre autorità amministrative indipendenti, la ragione dell'indipendenza dell'Agcm risiede nella peculiarità della missione affidata dal legislatore, che deve essere espletata non soltanto in modo imparziale, imponendo quindi all'Autorità di "comportarsi nei confronti di tutti i soggetti destinatari dell'azione amministrativa senza discriminazioni arbitrarie", ma anche in posizione di neutralità, ossia di "indifferenza dell'organo dagli interessi coinvolti" <sup>(3)</sup>. A sua volta, questa neutralità e l'indipendenza ad essa strumentale sarebbero spiegate dal fatto che "di fronte all'emergenza di esigenze nuove dell'ordinamento istituzionale, corrispondenti a interessi e valori sostanziali nuovi, si è dato mano alla creazione di modelli organizzativi e

<sup>(1)</sup> Diversamente da quanto previsto nella l. n. 689/1981 (artt. 17 e 18), nella l. n. 287/1990 non vige la distinzione tra organo che verifica l'infrazione e l'organo che, valutata la fondatezza del rilievo, infligge la sanzione, in quanto compete a un unico soggetto accertare la violazione e applicare la sanzione amministrativa pecuniaria.

<sup>(2)</sup> Cfr. M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, 83.

<sup>(3)</sup> Cfr. V. CAIANELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Il Foro amm.*, 1997, 1, 353.

procedimentali capaci di approntare tutele differenziate e più idonee al perseguimento delle esigenze stesse" <sup>(4)</sup>. Nel particolare caso della tutela oggettiva della concorrenza, la funzione neutrale assegnata all'Agcm si esplica in un'attività di controllo sul rispetto della normativa di cui alla l. n. 287/1990, prevalentemente composta da divieti di condotta nei confronti degli operatori economici.

Nei primi anni di applicazione della normativa *antitrust*, l'indipendenza dell'Agcm e la funzione di garante *super partes* della concorrenza assegnatale hanno spinto alcuni autori a sostenerne la natura giurisdizionale, sino a negare che i suoi atti fossero assoggettabili al regime impugnatorio degli atti amministrativi <sup>(5)</sup>. Questa ricostruzione non è stata accolta dalla giurisprudenza che, escludendo più in generale la funzione giurisdizionale delle autorità amministrative indipendenti, così come l'esistenza di una riserva di amministrazione nei loro confronti, ha stabilito che "i loro atti, pur quando siano emessi a seguito di procedimenti contenziosi, sono soggetti al sindacato dell'autorità giurisdizionale ordinaria o del giudice amministrativo, secondo le rispettive competenze" <sup>(6)</sup>.

<sup>(4)</sup> Cfr. F. LONGO, *Ragioni e modalità dell'istituzione delle autorità amministrative indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (cur.), *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, 13.

<sup>(5)</sup> Tra questi cfr. M. CLARICH, *Per uno studio*, cit., 88 ss. Per la qualificazione della natura giuridica delle autorità amministrative indipendenti in senso giurisdizionale cfr. C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in CASSESE, C. FRANCHINI (cur.), *I garanti delle regole*, cit., 37 ss.; S. CASSESE, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, in *Foro it.*, 1996, 1, 7 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, 228 ss.; R. GALBIATI, *Autorità garanti. Profili processuali*, in *Foro it.*, 1998, 5, 43 ss. Per la natura amministrativa di questi organismi, cfr. G. FALCON, *Il "primo", il "secondo" e il "terzo" garante nei settori dell'editoria e della radiodiffusione*, in F. BASSI, F. MERUSI (cur.), *Mercati e amministrazioni*, cit., 97; A. PERINI, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 1994, 1, 71 ss.; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. PREDIERI, *L'eromper delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, 224 ss.

<sup>(6)</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 29 luglio 2003, n. 11632, in *Foro it.*, 2004, 1, 131 ss. Più in generale, si ricorda che la Corte cost. (ord. 2 giugno 1995, n. 226) ha negato, con specifico riferimento al Garante della radiodiffusione e dell'editoria (poi divenuta Autorità per le garanzie nelle comunicazioni), che le autorità amministrative indipendenti fossero "potere dello stato" ai fini della legittimazione a sollevare conflitto di attribuzione.

Altre circostanze hanno influenzato il controllo giurisdizionale. Ha certamente giocato e gioca un ruolo fondamentale il fatto che la tutela *antitrust* sia subentrata nel nostro ordinamento in veste di fonte comunitaria e, solo successivamente, sia stata disciplinata dal legislatore nazionale con la l. n. 287/1990 in modo uniforme e coordinato al modello comunitario stesso, in funzione di garantire l'omogeneità e il coordinamento del diritto *antitrust* nazionale con il diritto *antitrust* europeo (secondo una logica di ripartizione delle competenze tra Agcm e Commissione europea per l'applicazione delle norme *antitrust* comunitarie che è mutata nel tempo) <sup>(7)</sup>. Inoltre l'Agcm, nell'irrogare le sanzioni *antitrust*, applica norme tecniche alle quali l'ordinamento attribuisce determinati effetti giuridici, implicando da parte dell'Agcm l'utilizzo di scienze economiche che sono caratterizzate dalla complessità degli strumenti di analisi necessari alla ricostruzione dei fatti da accertare e alla loro valutazione. A questa componente tecnica del procedimento e degli atti dell'Agcm il legislatore ha fatto corrispondere una composizione caratterizzata da un'elevata qualificazione e competenza tecnica, che hanno ulteriormente condizionato l'approccio della dottrina <sup>(8)</sup> e del giudice amministrativo <sup>(9)</sup>, di per sé

<sup>(7)</sup> È lo stesso art. 1, co. 1, a definire l'ambito di applicazione delle norme interne in via residuale rispetto a quelle comunitarie (co. 1), e a stabilire che l'interpretazione delle norme ivi contenute sulle intese, sugli abusi di posizione dominante e sulle concentrazioni di imprese, è effettuata "in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza" (co. 4). Il carattere filo-comunitario del sistema *antitrust* nazionale è stato accentuato dal processo di modernizzazione del diritto comunitario della concorrenza, che è culminato nell'adozione da parte del Consiglio del Regolamento CE n. 1/2003 del 16 dicembre 2002, relativo all'applicazione degli artt. 81 e 82 TCE in materia di intese e abusi di posizione dominante (ora sostituiti dagli artt. 101 e 102 TFUE), stabilendo la necessità di assicurare il c.d. level playing field in tutto il territorio dell'Unione europea, ossia un'area ove le autorità *antitrust* e i giudici nazionali applichino le norme comunitarie con coerenza ed effettività. A tal fine, con il regolamento del 2003, è stata creata una "rete" europea formata dalla Commissione e dalle autorità nazionali di concorrenza, per le quali il regolamento n. 1/2003 ha previsto una "stretta collaborazione", incentrata su meccanismi di cooperazione e di scambio di informazioni.

<sup>(8)</sup> In riferimento alle autorità amministrative indipendenti in generale, C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative*, cit., 37 ss., rileva come la loro tecnicità abbia di fatto portato il giudice amministrativo a limitarne il sindacato "alla verifica

tradizionalmente poco avvezzo all'utilizzo delle scienze economiche. Al riguardo, un ruolo determinante nella configurazione del sindacato *antitrust* è stato giocato dalla circostanza che l'esercizio dei poteri dell'Agcm comporta l'utilizzo di scienze economiche che, oltre ad essere complesse, presuppongono l'interpretazione dei c.d. "concetti giuridici indeterminati" <sup>(10)</sup>: indeterminati in quanto le norme alle quali tali concetti sono riferibili fanno dipendere certi effetti giuridici da circostanze la cui stessa sussistenza è oggetto di valutazioni appartenente a scienze inesatte, quindi intrinsecamente opinabili. All'opinabilità di tali valutazioni da cui inevitabilmente consegue l'indeterminatezza dei concetti giuridici che ne presuppongono il compimento, consegue che la ricostruzione dei fatti e l'applicazione delle norme giuridiche siano esse stesse tecnicamente opinabili, in quanto riducibili ad una serie di scelte in relazione ad un ventaglio di più soluzioni accettabili sulla base delle scienze utilizzate.

Nella l. n. 287/1990 questi concetti giuridici indeterminati sono anzitutto riferibili alle stesse attività la cui realizzazione costituisce illecito: l'art. 2, co. 2, della legge *antitrust* vieta le "intese restrittive della concorrenza", ossia quelle intese tra imprese che abbiano "per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante", elencando (in modo non esaustivo) alcune delle attività attraverso le quali si determinano i citati effetti anti-

della eventuale manifesta illogicità o ingiustizia dell'atto, dell'incoerenza interna o con atti adottati in altri casi identici, senza mai scendere nel merito dell'atto".

<sup>(9)</sup> Almeno nei primi anni di applicazione della l. n. 287/1990, come più dettagliatamente indicato *infra*, nel par. 4.

<sup>(10)</sup> In relazione a questa categoria concettuale, il T.A.R. Lombardia, Brescia, 11 ottobre 2004, n. 1266, ha ricordato che: "per descrivere il fatto produttivo di effetti giuridici, la norma può impiegare tecniche differenti: a) descrivere il fatto in maniera tassativa, fissandone direttamente tutti i termini mediante concetti giuridici determinati (l'età, la cittadinanza, la residenza); b) rinviare, per la sussunzione del fatto nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, mediante concetti giuridici indeterminati che vanno completati con elementi o criteri extragiuridici (ad es. la buona fede, la pericolosità, l'insalubrità, la bellezza d'insieme ecc.). Con la concretizzazione dei concetti giuridici indeterminati in relazione alle circostanze del caso concreto si garantisce una certa flessibilità dell'ordinamento giuridico in una duplice direzione: a) una maggiore adattabilità dello stesso alle circostanze del caso concreto, b) nel mantenere l'attualità delle norme nonostante il decorrere del tempo". Cfr. S. VENEZIANO, *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

concorrenziali<sup>(11)</sup>; l'art. 3, co. 1, della medesima legge, vieta poi "l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante", nonché più specificamente le fattispecie ivi elencate (sempre in termini non esaustivi)<sup>(12)</sup>. Un ulteriore concetto giuridico indeterminato, non espressamente definito dalla legge *antitrust* ma di primaria importanza ai fini della contestualizzazione delle condotte illecite ivi previste, è il "mercato rilevante", ossia l'ambito merceologico e geografico in riferimento al quale misurare il potere di mercato di una o più imprese e gli effetti del suo esercizio sulla concorrenza.

A ciò si aggiunga che il divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza non è stabilito dalla legge *antitrust* in modo assoluto, in quanto l'art. 4, co. 1, stabilisce che l'Autorità può autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato, "intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'articolo 2, che diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori e che siano individuati anche tenendo conto della necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale e connessi in particolare con l'aumento della produzione, o con il miglioramento qualitativo della produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico". In questi casi, il medesimo articolo prescrive che l'autorizzazione non possa comunque consentire restrizioni non strettamente necessarie al raggiungimento delle finalità ivi contemplate, né possa consentire che risulti eliminata la concorrenza da una parte sostanziale del mercato. Come è agevole osservare, l'applicazione di quest'ultima norma implica l'utilizzo di concetti giuridici indeterminati che vanno oltre la mera analisi degli effetti

(11) Ossia: "a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi, o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza".

(12) Ossia: "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".

distorsivi della concorrenza, coinvolgendo ulteriori profili del mercato, a loro volta identificabili come interessi pubblici.

## 2. Le sanzioni nel quadro dei poteri dell'Agcm in materia di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante

I poteri sanzionatori dell'Agcm in materia d'intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante si inseriscono nel quadro di altri tipi di poteri sempre funzionali alla tutela della concorrenza. Anzitutto, nel perseguire questi due diversi tipi di illeciti, l'Agcm ha a disposizione il generale potere d'indagine conoscitiva previsto dall'art. 12 della l. n. 287/1990, cui seguono, in caso di apertura dell'istruttoria nei confronti di imprese o enti per presunta infrazione agli articoli 2 o 3, i poteri, previsti dall'art. 14 della legge *antitrust* e consistenti nel "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 delle collaborazioni 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". Nel caso in cui, al termine dell'istruttoria, l'Agcm accertò il compimento di detti illeciti, l'art. 15, co. 1, della l. n. 287/1990, attribuisce un potere ordinatorio all'Agcm stabilendo che quest'ultima "fissa alle imprese e agli enti interessati il termine per l'eliminazione delle infrazioni stesse". Solo nel caso di accertamento di "infrazioni gravi", invece, l'Agcm tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, esercita un potere sanzionatorio in senso stretto<sup>(13)</sup>, ossia prettamente punitivo in quanto oltre alla diffida, il primo comma dell'art. 15<sup>(14)</sup> stabilisce che l'Autorità

(13) Il termine "sanzioni in senso stretto" è utilizzato da quegli autori (cfr G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, 40; E. CASETTA, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1997, Vol. XIII, 599) che, ponendo l'accento sul profilo punitivo, lo hanno utilizzato per distinguere le sanzioni pecuniarie da altri atti amministrativi che pur essendo spesso chiamati sanzioni sono più propriamente provvedimenti inibitori o misure di ripristino.

(14) L'art. 15, co. 1, della legge *antitrust* è stato riformato dall'art. 11 l. 5 marzo 2001, n. 57, eliminando il minimo edittale della sanzione, e modificando la norma nella parte in cui, ai fini della determinazione della sanzione prendeva a riferimento la sola parte di fatturato relativa ai soli prodotti e servizi oggetto dell'intesa o dell'abuso, così amplificando la portata lesiva (e quindi l'efficacia deterrente) della sanzione pecuniaria.

dispone "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" (15).

Per quanto concerne il procedimento *antitrust*, l'art. 10, co. 5, l. n. 287/1990 ha demandato all'Agcm di stabilire, con regolamento da adottarsi con decreto del Presidente della Repubblica, "procedure istruttorie che garantiscono agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio e la verbalizzazione". L'Autorità ha provveduto in tal senso con il d.P.R. 10 settembre 1991, n. 471, successivamente sostituito con il d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217, con cui l'Agcm, prendendo come modello quanto disciplinato in ambito comunitario, ha regolato dettagliatamente le diverse fasi del procedimento, i poteri dell'Agcm e i diritti delle parti e dei terzi. Dalle norme del Regolamento del 1998 relative ai procedimenti di applicazione delle sanzioni in materia di intese e di abuso di posizione dominante, sono distinguibili le seguenti fasi: a) la fase pre-istruttoria, che, attivata a seguito di istanze, segnalazioni, denunce di terzi interessati, o d'ufficio a seguito delle analisi svolte dall'Autorità, precede la formale apertura del procedimento, ed è diretta a verificare sommariamente il fondamento della presunta violazione delle regole della concorrenza; b) la fase istruttoria, durante lo svolgimento della quale l'Autorità, nel contraddittorio, acquisisce gli elementi probatori esercitando i propri poteri di accertamento (richiesta di informazioni, ispezioni, perizie, analisi tecniche e consultazioni di esperti); c) la fase di chiusura del procedimento, che vede l'Autorità adottare il provvedimento finale.

I poteri sinora descritti come originariamente escogitati dal legislatore nel 1990 e il relativo schema procedimentale sono stati integrati dall'art. 14 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, in legge 4 agosto 2006, n. 248, che ha introdotto nella l. n. 287/1990 gli artt. 14-bis, 14-ter e il co. 2-bis dell'art. 15, rispettivamente

(15) Nella legge *antitrust*, all'ordine di sanzioni pecuniarie appena citate, che ben potrebbero essere definite le sanzioni *antitrust* principali in quanto colpiscono direttamente le condotte anticoncorrenziali gravi, si affianca un'altra serie composta sempre da sanzioni monetarie, ma definibili secondarie in poiché predisposte affinché siano resi effettivi i poteri esercitabili dall'Agcm nel corso di istruttoria (art. 14, co. 5) e quelli ordinatori nel caso in cui, al termine di questa, siano riscontrati illeciti *antitrust* non gravi.

dedicati alle misure cautelari (16) dell'Agcm, agli effetti sull'accertamento degli illeciti *antitrust* in caso di presentazione di impegni da parte delle imprese, e alla riduzione o non applicazione della sanzione in caso di collaborazione prestata dalle imprese.

Per quanto più interessa l'esercizio del potere sanzionatorio *antitrust*, il co. 2-bis dell'art. 15, stabilisce 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". In forza dell'art. 14-ter, co. 1, invece, entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione delle norme *antitrust* nazionali e dell'Unione europea, le imprese "possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria", e l'Agcm, "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". Al mancato rispetto degli impegni assunti in base all'art. 14-ter, co. 1, consegue, ai sensi del successivo comma, il potere dell'Agcm di irrogare "una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 per cento del fatturato". Ai sensi del terzo comma dell'art. 14-ter, inoltre, l'Agcm può riaprire d'ufficio il procedimento nei casi in cui: si modifica la situazione di fatto rispetto ad un elemento su cui si fonda la decisione; le imprese interessate contravvengono agli impegni assunti; la decisione si fonda su informazioni trasmesse dalle parti che sono incomplete inesatte o fuorvianti. In tal modo, sulla scia del processo di modernizzazione del sistema *antitrust* comunitario, sono stati attribuiti all'Agcm quegli ulteriori poteri in materia di misure cautelari e di impegni che, nei procedimenti finalizzati all'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE (ora artt. 101 e 102 TFUE), l'art. 5 del Regolamento CE n. 1/2003 prevede come possibili per le autorità di concorrenza degli Stati membri dell'Ue (art. 5) e riconosce espressamente alla Commissione europea (17). Anche l'istituto

(16) In particolare, "nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza", l'art. 14-bis, co. 1, prevede che l'Agcm, ove constatati ad un sommario esame la sussistenza degli illeciti anticoncorrenziali, possa adottare d'ufficio "misure cautelari" che in ogni caso, in forza del secondo comma dell'art. 14 bis, non possono essere rinnovate o prorogate. Prima del d.l. n. 223/2006, potere di prendere di adottare misure cautelari era attribuito all'Agcm con esclusivo riferimento alle concentrazioni (cfr. art. 17 della legge n. 287/1990).

(17) Cfr. artt. 8 per le misure cautelari e 9 per gli impegni.

del trattamento favorevole per le imprese disposte a cooperare con l'Agcm per far scoprire la violazione della disciplina in materia di intese è stato assimilato dal diritto *antitrust* comunitario, ove i programmi di clemenza sono stati introdotti dalla prassi della Commissione e da quest'ultima formalmente disciplinati (pur senza efficacia normativa) dapprima nella Comunicazione del 1996 relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese<sup>(18)</sup>, seguita dalle omonime Comunicazioni del 2002<sup>(19)</sup> e del 2006<sup>(20)</sup>, con cui la Commissione ha ridefinito le relative condizioni di applicabilità.

### 3. *La necessità e le criticità di una tutela giurisdizionale effettiva*

È noto che la previsione della l. n. 287/1990 sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è stata confermata con espresso riferimento a "tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori" dell'Agcm, dall'art. 133 Codice del processo amministrativo di cui all'Allegato 4 al d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, alla cui disciplina rinvia il nuovo testo dell'art. 33, co. 1, della l. n. 287/1990. Quindi, sotto il profilo della celerità del processo amministrativo, è possibile affermare che il legislatore è venuto incontro all'esigenza di garantire una tutela giurisdizionale effettiva, in considerazione dei tempi della giustizia penale e di quella civile. La devoluzione della giurisdizione esclusiva comporta l'affidamento agli organi di giustizia amministrativa della tutela nei confronti dei poteri esercitati dalle amministrazioni pubbliche non solo degli interessi legittimi ma anche dei diritti soggettivi dei cittadini. La scelta di concentrare la tutela di entrambi questi due tipi di situazioni giuridiche soggettive innanzi ad un unico ordine giurisdizionale in ragione della materia considerata soddisfa esigenze di semplificazione, certezza ed economia processuale. Ciò non di meno, tuttora parte della dottrina ritiene necessario soffermarsi sulla natura delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nell'esercizio dei poteri dell'Agcm, perché, a seconda che si tratti di diritto soggettivo o interesse legittimo, si avrebbero importanti conseguenze sul tipo di sindacato che il giudice conduce nei confronti

<sup>(18)</sup> Comunicazione del 18 luglio 1996, in GUCE, C207, 4.

<sup>(19)</sup> Comunicazione del 20 giugno 2002, in GUCE, C45, 3.

<sup>(20)</sup> Comunicazione dell'8 dicembre 2006, in GUCE, C298, 17.

del potere esercitato e sulla posizione che il precetto normativo assume rispetto a questo sindacato<sup>(21)</sup>.

Anche a prescindere dalla configurazione delle posizioni giuridiche soggettive interessate dall'esercizio del potere dell'Agcm in materia di intese e abuso di posizione dominante, il fatto che quest'ultimo sia esercitato da una autorità amministrativa indipendente rende necessario riflettere con attenzione sul controllo giurisdizionale. La necessità che il sindacato giurisdizionale sia il più penetrante possibile può, infatti, essere argomentata adottando una prospettiva attenta alla funzione di garanzia demandata all'Agcm così come ideata dal legislatore. Ricordando che questa funzione consiste nella tutela pubblicistica della struttura concorrenziale del mercato tramite un controllo indipendente e neutrale rispetto agli interessi e al potere economico e del potere politico, risulta corretto affermare che il controllo del giudice amministrativo dovrebbe essere tale da garantire che l'Agcm non sia, a sua volta, politicamente parziale<sup>(22)</sup>. In questi termini l'effettività del sindacato giurisdizionale sarebbe finalizzata a garantire questa neutralità che, in quanto necessaria ai fini della miglior tutela oggettiva della concorrenza, giustifica la stessa indipendenza dell'Agcm dal potere politico. In proposito, l'affermazione di un controllo effettivo da parte del giudice stata sostenuta in dottrina proprio per risolvere le problematiche che la mancanza di una copertura costituzionale e il deficit rappresentativo di queste autorità amministrative hanno sollevato in merito alla loro legittimazione.

Di fronte al rilievo che questi organismi, immuni per legge dal controllo governativo (e per alcuni anche al controllo del Parlamento)<sup>(23)</sup>, contrastano con i principi della separazione dei poteri e della responsabilità ministeriale, collocandosi al di fuori del circuito democratico della rappresentanza politica, la dottrina ha messo in evidenza la necessità che le autorità amministrative indipendenti traggano la loro legittimazione "dal carattere partecipato e democratico della loro azione e dalla sottoposizione dell'azione stessa al controllo

<sup>(21)</sup> In particolare, cfr. F. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze di mercato*, in *amm.*, 2008, 261. La Cassazione civile, sez. unite, 29 aprile 2005, n. 8882, è peraltro dichiarato manifestamente infondata, in riferimento all'art. 103 Cost. la questione di legittimità costituzionale dell'art. 33 della l. n. 287/1990 nella parte in cui devolveva direttamente alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la competenza giurisdizionale a conoscere dei ricorsi avverso i provvedimenti, tra cui quelli irrogativi di sanzioni amministrative pecuniarie, emessi dall'Agcm.

<sup>(22)</sup> Per questa interpretazione, cfr. ult. *op. cit.*, 262.

<sup>(23)</sup> Cfr. F. MERUSI, M. PASSARO, *Le Autorità indipendenti*, Bologna, 2011, 1

giudice, che, anche garantendo il predetto carattere, assicura la responsabilità delle autorità sotto il profilo costituzionale” (24).

Concentrandosi sul particolare tipo di attività amministrativa sottesa alla funzione demandata all'Agcm e ancor prima sull'impianto normativo dei poteri alla stessa conferiti per lo svolgimento di tale funzione, è altresì opportuno considerare come questa autorità si distingua rispetto ad altri soggetti pubblici che, insieme alla stessa, vengono fatti rientrare nel novero delle autorità amministrative indipendenti, ma rispetto alle quali è difficile impostare il problema del sindacato giurisdizionale in modo unitario, senza correre il rischio di incorrere in generalizzazioni fuorvianti. Differentemente da altre autorità amministrative indipendenti, come l'Autorità per l'energia elettrica e il gas (Aeeg) o la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob), è possibile affermare, seppur in termini di estrema sintesi, che l'Agcm non è stata istituita per svolgere una funzione di regolazione del mercato che, ponendosi come intervento ex ante di fissazione delle regole tramite l'adozione di regolamenti o di atti amministrativi generali, più facilmente può comportare l'esercizio di quella che viene chiamata “discrezionalità amministrativa”, ossia la ponderazione di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti dal

(24) Così M. CUNIBERTI, *Autorità amministrative indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007, 333 ss. In sintonia con questa ricostruzione, cfr. R. CHIEPPA, *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità amministrative indipendenti*, intervento tenuto in occasione del Convegno “Imparzialità e indipendenza delle Authorities nelle recenti dinamiche istituzionali e amministrative”, tenuto a Roma presso il Consiglio di Stato il 14 dicembre 2005, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ID., *Poteri esercitati, procedimento e contraddittorio davanti alle autorità indipendenti*, in G. PAOLO CIRILLO, R. CHIEPPA (cur.), *Le autorità amministrative indipendenti*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, XLI, Padova, 2010, 63 ss. Sulla necessità che l'esercizio dei poteri delle autorità amministrative indipendenti sia accompagnato da garanzie procedimentali, cfr. F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 2, 189 ss.; ID., *Democrazia e autorità indipendenti: un romanzo quasi giallo*, Bologna, 2000, 93-95, 27 e 33; M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., 65.; ID., *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 59 ss. In giurisprudenza, cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2201, per il quale “[l]’esercizio dei poteri regolatori da parte di Autorità poste al di fuori della tradizionale ripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall’art. 95 della Costituzione, è giustificato anche in base all’esistenza di un procedimento amministrativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative”.

perseguimento dell'interesse pubblico primario (25) che, nel caso dell'Aeeg e della Consob, è quello sotteso alla funzione regolatoria.

Sin dalla versione originaria della l. n. 287/1990, invece, emerge che l'Agcm è chiamata a svolgere una funzione di garanzia (26) della concorrenza contro le intese anticoncorrenziali e l'abuso di posizione dominante, attraverso l'esercizio di poteri che, per come sono stati disciplinati, non sembrano poter essere caratterizzati da connotati di discrezionalità amministrativa. L'esercizio di questi poteri è stato imposto dal legislatore del 1990, senza che la stessa Autorità possa esercitare un potere di scelta fondato su valutazioni comparative di interessi. In particolare, la funzione di garanzia della concorrenza demandata all'Agcm in materia di intese e abusi di posizione dominante si esplica nell'esercizio di poteri inibitori e sanzionatori che, proprio per il tipo di funzione esercitata, si dovrebbero basare su valutazioni di tipo tecnico-economico. Infatti, se è vero che l'Agcm esercita detti poteri scegliendo una tra più soluzioni tecniche tutte idonee, proprio perché opinabili (in quanto basate su scienze inesatte), a riempire il significato di questi concetti giuridici indeterminati (e di quegli altri che ne costituiscono a loro volta articolazione concettuale), questa situazione non deve essere confusa con quel margine di scelta che, in termini di valutazione comparativa di più interessi in funzione di un determinato interesse pubblico, contraddistingue invece l'attività amministrativa c.d. discrezionale.

L'unico potere di scelta che può compiere l'Agcm nell'ordinare di porre fine alle condotte illecite e nell'irrogare le sanzioni *antitrust* dovrebbe essere la scelta tecnica consentita dall'opinabilità delle scienze economiche utilizzate per compiere le proprie valutazioni. La necessità

(25) Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. II, 3° ed., Milano, 1993, 49-50, per il quale due sono i passaggi che, insieme, costituiscono l'esplicazione della discrezionalità amministrativa, ossia il “giudizio, come fissazione del valore comparativo degli interessi, e la volontà come scelta della soluzione imposta da tale valutazione” (*Il potere discrezionale cit.*, 166).

(26) Sul (problematico) raggruppamento delle autorità amministrative indipendenti in relazione alla distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di garanzia cfr. F. MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in F. BASSI, F. MERUSI (cur.), *Meriti e amministrazioni*, cit., 151 ss.; MANETTI, *Poteri neutrali*, cit., 135 ss.; R. PEREZ, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 115 ss.; G. AMATO, G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 659; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo*, cit., 168 ss.; M. CLARICH, *Per uno studio*, cit., 121 ss.

che l'esercizio delle funzioni *antitrust* dell'Agcm debba essere caratterizzato dal compimento di valutazioni tecnico-economiche e non politico-discrezionali sarebbe conseguente alla natura stessa delle funzioni dell'Autorità, le quali, piuttosto che nell'indirizzare e conformare l'attività economica dei privati, consistono nel vigilarli affinché siano rispettate le condizioni stabilite dal legislatore per lo svolgimento di tale attività. Più precisamente, secondo parte della dottrina, il carattere meramente tecnico delle valutazioni e delle scelte dell'Agcm non può essere inteso in senso fisiologico, ossia negando in termini descrittivi che le valutazioni e le conseguenti decisioni dell'Agcm possano avere un carattere potenzialmente politico-discrezionale, ma assume valore prescrittivo, nel senso di "affermazione dell'obbligo dell'Autorità di operare le sue scelte soltanto sulla base di apprezzamenti tecnici o comunque non politici" (27).

In considerazione del difetto di rappresentatività dell'Agcm, questa ricostruzione è fondata sul principio per cui soltanto gli organi politicamente rappresentativi o le autorità soggette al potere di indirizzo e controllo di questi ultimi possono assumere scelte politiche attraverso le quali ricercare le misure più adatte al soddisfacimento di quell'interesse pubblico che tali organi o autorità hanno concorso a definire concretamente sulla base di astratte indicazioni legislative (28). La necessità che, in ragione della propria indipendenza e neutralità, le valutazioni e le scelte dell'Agcm rimangano di tipo tecnico-economico può essere condivisa per

(27) Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Le scelte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato tra tecnica e politica: il caso delle essential facilities*, in *Concorrenza e mercato*, 1998, 464-465.

(28) Cfr. ult. *op. cit.* Più in generale, sulla negazione della titolarità di poteri amministrativi politico-discrezionali in capo alle autorità amministrative indipendenti, cfr. anche G. VESPERINI, *Le funzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1990, 1, 422; V. CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle "amministrazioni indipendenti"*, in F. BASSI, F. MERUSI (cur.), *Mercati e amministrazioni*, cit., 26; M. CLARICH, *Per uno studio*, cit., 115 ss. e 129 ss.; L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (cur.), *I garanti*, cit., 55 e 61; C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative*, cit., 41; F. G. SCOCA, *Giudice amministrativo*, cit., 264-265. Tra gli autori contrari a questa ricostruzione, cfr. G. AMORELLI, *L'amministrazione con funzioni regolatorie: le autorità di disciplina della concorrenza sul piano interno e comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1991, 954 ss.; Per una impostazione intermedia e problematica, cfr. G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo*, cit., 145 ss.; G. DE MINICO, *Antitrust e Consob. Obiettivi e funzioni*, Padova, 1997, 270 ss.

entrambi i diversi tipi di poteri sopra richiamati (29), anche se dev ricordarsi che, nei casi di violazioni non gravi, il potere di diffidare le imprese, imponendo loro l'obbligo di porre fine alle condotte illecite è stato accompagnato, nella prassi dell'Autorità, dall'adozione di parte di quest'ultima di ordini a contenuto positivo nei confronti delle imprese, che sono espressione di un potere ordinatorio. Nell'esercitare quest'ultimo tipo di potere, a differenza di quanto accade per le diffide a contenuto negativo o per le sanzioni, l'Agcm svolge una serie di valutazioni che vanno oltre il mero accertamento dell'oggetto e degli effetti degli illeciti *antitrust*, per riflettersi in un prospettiva futura al fine di definire il contenuto positivo di detti ordini.

Sennonché, anche in questo caso, non sembra entrare in gioco una vera e propria discrezionalità politico-amministrativa, quanto invece una "logica amministrativa" (30), i cui margini di opinabilità tecnica sono accentuati dal fatto che la legge non specifica quali parametri tecnici adottare per esercitare questo potere ordinatorio dell'Agcm, se non quelli indirettamente ricavabili dalle norme sugli illeciti *antitrust*. In questa logica, l'opinabilità delle valutazioni si riverbera in un'operazione creativa dell'Autorità che, ciononostante non pare potersi definire politico-discrezionale, assumendo comunque le sembianze di una decisione tecnica, atteso che l'Autorità "è posta in una posizione di neutralità e di indifferenza rispetto agli interessi in campo, nel senso che essa generalmente non cura interessi pubblici diversi da quello relativo al rispetto delle regole proprie dell'ordinamento particolare di cui è ente esponenziale massimo, se non esclusivo" (31). Il rischio di confondere la discrezionalità amministrativa con la discrezionalità

(29) Cfr. R. LOMBARDI, *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. amm.*, 1995, 4, 629 ss., che, in riferimento alle potestà sanzionatorie della Consob e dell'Isvap, individua, "nell'assenza di una discrezionalità amministrativa pura", il tratto comune riscontrabile nell'esercizio di entrambe le potestà.

(30) Cfr. M. RAMAJOLI, *Giurisdizione e sindacato sulle sanzioni pecuniarie antitrust dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir. proc. amm.* 2005, 2, 334-33 sostiene che "nella l. n. 287 del 1990 sono compresenti una logica amministrativa e una logica sanzionatoria non agevolmente distinguibili tra loro".

(31) Così, in riferimento alle autorità amministrative indipendenti generalmente considerate, CIRILLO, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., 46, che, *op. ult. cit.*, 41 s

tecnica sarebbe quindi intensificato dal maggiore grado di opinabilità che caratterizza le valutazioni tecniche <sup>(32)</sup>.

Un discorso a parte, invece, merita la disciplina in materia di deroghe al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza, in quanto l'interesse pubblico della tutela della concorrenza del mercato viene messo a confronto, entro determinati limiti legislativi volti a impedire l'eliminazione di quest'ultima, con altri interessi pubblici del mercato e dei consumatori (miglioramenti nelle condizioni di offerta, concorrenzialità sul piano internazionale, aumento della produzione, progresso tecnico etc.). In questo caso, la logica amministrativa cambia, poiché l'Autorità è chiamata a porre in essere un giudizio comparativo tra più interessi pubblici e privati in funzione del perseguimento di un interesse pubblico principale, che rimane la tutela della concorrenza, e sembrerebbe potersi avvalorare la natura politico-discrezionale dell'attività decisionale posta in essere <sup>(33)</sup>. Ciononostante, ricordando nuovamente il carattere neutrale dell'Agcm, dovrebbe concludersi che, nell'effettuare questo giudizio comparativo, l'Autorità debba essere il più possibile indifferente agli interessi coinvolti per limitare la sua discrezionalità amministrativa.

Occorre altresì tenere presente che nel caso delle sanzioni amministrative pecuniarie comminate dall'Agcm, proprio perché si tratta di attività infliggente un male (economico) nei confronti dei suoi

<sup>(32)</sup> Come più ancora potrebbe sostenersi nel caso delle misure prescritte dall'Agcm in materia di concentrazioni. Tuttavia, anche in questo caso, come evidenziato in dottrina, la discrezionalità dell'Agcm non sarebbe propriamente amministrativa, ma tecnica. Così, M. FILIPPELLI, in *Le misure correttive per abusi di posizione dominante e cartelli tra imprese nel diritto della concorrenza*, in G. GHIDINI, MARCHETTI, M. CLARICH, F. DI PORTO, (diretta da), *Concorrenza e mercato: antitrust, regulation, consumer welfare, intellectual property*, Milano, 2011, 609-610.

<sup>(33)</sup> Cfr. G. AMATO, *Le Autorità indipendenti nella costituzione economica*, in ID. (cur.), *Regolazione e garanzia del pluralismo: le autorità amministrative indipendenti, Quaderni della Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 15, che sostiene che il potere di esenzione delle intese restrittive non dovrebbe essere attribuito ad un organo tecnico, ma politico; LAZZARA, *Discrezionalità tecnica ed autorità indipendenti*, in *Annuario 2002*, a cura dell'A.I.D.A., Milano, 2003, 339 ss., 357 ss., per il quale la diffida è da considerarsi discrezionale nella misura in cui manifesta la volontà dell'amministrazione di reagire e contemperare le esigenze riparatorie con il rispetto dell'autonomia privata.

destinatari, emergono le esigenze garantistiche tipiche di questo genere di decisioni amministrative, per il quale rileva con particolare intensità il rispetto del principio di legalità. A tal riguardo, l'incompletezza fisiologica ad un tessuto normativo disegnato per essere il più flessibile possibile, come quello della l. n. 287/1990, e le problematiche scaturenti dall'elevata complessità tecnica e dal carattere polisemico dei concetti giuridici coinvolti si ripercuotono notevolmente sulla certezza del diritto e sulla tipicità dei poteri. L'idea, per cui il controllo giurisdizionale e la partecipazione procedimentale siano funzionali alla legittimazione dell'Agcm in compensazione del difetto della sua copertura costituzionale e della sua estraneità al circuito democratico andrebbe adattata al fatto che le sanzioni *antitrust*, a differenza di quanto può dirsi per le sanzioni comminate dalle autorità di regolazione, non sono precedute da un'attività di specificazione delle norme poste dal legislatore. Nel caso dell'Agcm, deputata ad applicare quanto dettato dalla l. n. 287/1990, il rispetto del principio di legalità è notevolmente complicato dal fatto che la genericità con cui tale legge è stata formulata non permette all'amministrazione di eseguirle meccanicamente quanto stabilito dal legislatore, ma la coinvolge inevitabilmente nel riempimento di significato dello stesso parametro legislativo.

Quindi, tenendo conto che la normativa *antitrust* non predetermina dettagliatamente l'azione amministrativa, è comprensibile come la giurisprudenza e la dottrina abbiano affrontato il problema delle garanzie dei destinatari di questa azione compensando l'indebolimento della "legalità sostanziale" con il rafforzamento della "legalità procedurale" <sup>(34)</sup>. In quest'ottica, la giurisprudenza, cui spetta controllare il rispetto della legalità procedurale ma anche di quella sostanziale, sia che si tratti di diritti soggettivi che di interessi legittimi, non potrebbe autolimitare il proprio controllo sulle sanzioni dell'Agcm sino a mettere a repentaglio il nucleo minimo di tipicità del potere sanzionatorio e di certezza del diritto, soprattutto nel caso di una normativa come quella *antitrust*, ove gli illeciti sono definiti in modo vincolante per l'Autorità, ma sono destinati ad essere riempiti di significato da quest'ultima in

<sup>(34)</sup> Cfr. L. TORCHIA, *Vent'anni di potere antitrust: dalla legalità sostanziale alla legalità procedurale nell'attività dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in [www.irpa.eu](http://www.irpa.eu), 3.

contraddittorio con le parti nel corso del procedimento, quindi successivamente alla loro previsione legislativa, non potendo, tuttavia, nemmeno essere accertati in modo del tutto scientificamente inopinabile.

Ai fini dell'irrogazione delle sanzioni *antitrust*, l'Agcm, oltre a riempire di significato tecnico i concetti economici indeterminati attraverso un'attività di valutazione tecnica (in passato più spesso riferita al termine ambiguo "discrezionalità tecnica")<sup>(35)</sup>, deve svolgere un'attività d'interpretazione della norma attraverso la quale riempire questi concetti anche di significato giuridico. Pare quindi doppiamente corretto affermare che il giudice possa e anzi debba controllare la legittimità delle sanzioni dell'Agcm, ricostruendo e interpretando pienamente il fatto senza autolimitarsi nella valutazione giuridica del fatto medesimo. Sulla base di queste ragioni, per le quali sarebbe necessario riflettere attentamente sulla adeguatezza della tutela giurisdizionale *antitrust* e sulla scorta di quanto ricordato circa il carattere vincolato e tecnico delle sanzioni dell'Agcm, la verifica della effettività del controllo giurisdizionale deve essere condotta tenendo a mente che non si controlla un potere amministrativo discrezionale. In altre parole, il giudice si trova a giudicare un'attività ove l'amministrazione non ha spazi di scelta in merito all'interesse pubblico tutelato, ma soltanto in riferimento a quelle particolari valutazioni tecniche che risultino tra loro parimenti accettabili sul piano scientifico, senza che ciò possa riflettersi sul sindacato di legittimità del giudice nel senso di limitare quest'ultimo.

4. *L'evoluzione del sindacato giurisdizionale sull'accesso al fatto e sulle valutazioni tecniche dell'Agcm: l'iniziale self-restraint del giudice amministrativo e la successiva apertura verso un controllo più penetrante e incisivo*

I primi dodici anni di applicazione della l. n. 287/1990 sono stati segnati da un atteggiamento di self-restraint delle corti amministrative nei confronti dell'accesso al fatto e delle valutazioni tecniche dell'Agcm. Questo atteggiamento è ben evidente nel Consiglio di Stato, sez. VI, 14

<sup>(35)</sup> Frequentemente il relativo "margine di scelta" la portava ad essere confusa con la discrezionalità amministrativa.

marzo 2000, n. 1348<sup>(36)</sup>, riguardante un caso di abuso di posizione dominante nel mercato del cemento. Nel giudizio di appello aveva assunto particolare importanza l'individuazione geografica del mercato rilevante, in quanto il TAR Lazio ne aveva dato un'interpretazione diversa dall'Agcm, sostituendo le valutazioni di quest'ultima con proprie. Su questo punto il Consiglio di Stato ha stabilito che *provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sono sindacabili, giudizio, per vizi di legittimità, e non di merito*, e che *"[p]urché si rimani nell'ambito dei vizi di legittimità, il sindacato giudiziale non incontra limiti, poteri essere esercitato, oltre che in relazione ai vizi di incompetenza e violazione di legge, anche in relazione a quello di eccesso di potere in tutte le sue forme"*. Tuttavia, il Consiglio di Stato ha aggiunto che, qualora si eccepisse il vizio di eccesso di potere *"il giudice [...] può solo verificare se il provvedimento impugnato appaia logico, congruo, ragionevole; correttamente motivato e istruito, ma non può anche sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità, e a questa riservate"*.

Il self-restraint del giudice amministrativo è stato successivamente rimodulato nella sentenza 23 aprile 2002, n. 2199<sup>(37)</sup>, con cui la seconda sezione del Consiglio di Stato, in riferimento ad un caso di intese restrittive della concorrenza nel mercato assicurativo, ha avuto modo di precisare l'ambito del sindacato giurisdizionale amministrativo rispetto alle varie fasi nelle quali si articola l'attività di controllo dell'Agcm, e corrispondono le diverse parti dei provvedimenti sanzionati adottati<sup>(38)</sup>. Per quanto riguarda la "fase di accertamento dei fatti",

<sup>(36)</sup> In *Giust. civ.*, 2000, 1, 2169, con nota di M. ANTONIOLI, *Brevi riflessi sullo spettro del sindacato devoluto al giudice amministrativo in tema di abuso di posizione dominante e di individuazione geografica del mercato rilevante*.

<sup>(37)</sup> In *Giur. comm.*, 2003, 2, 170, con nota di R. CARANTA, *I limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*.

<sup>(38)</sup> Ossia: a) una prima fase, ove i fatti vengono accertati; b) una seconda fase, nella quale la norma a tutela della concorrenza viene contestualizzata facendo riferimento ai concetti giuridici indeterminati di mercato rilevante, abuso di posizione dominante e intese restrittive della concorrenza comportando la necessità, quindi, di un'esatta individuazione degli elementi costitutivi dell'illecito contestato, in quanto *"le norme in materia di concorrenza non sono di stretta interpretazione"*, ma colpiscono il dato sostanziale costituito e comportamenti collusivi tra le imprese, non previamente identificabili, che abbiano oggetto effetto anticoncorrenziale<sup>40</sup>; c) una terza fase, in cui i fatti accertati vengono

Consiglio di Stato ha sostenuto il potere del giudice amministrativo di "pieno accesso al fatto", in modo tale da essere idoneo, nel contempo, alla tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi. Secondo il Consiglio di Stato, i fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell'Agcm possono senza dubbio essere pienamente verificati dal giudice amministrativo sotto il profilo della verità degli stessi, con ciò dando per presupposta la valutazione degli elementi di prova raccolti dall'Agcm e delle prove a difesa offerte dalle imprese senza che l'accesso al fatto del giudice possa subire alcuna limitazione<sup>(39)</sup>. Una certa "deferenza" del giudice amministrativo d'appello, invece, è riemersa in riferimento alla "fase di contestualizzazione della norma *antitrust*" e alla successiva "fase di confronto con i fatti accertati". Per queste due fasi, il Consiglio di Stato ha premesso che l'Agcm esercita, almeno in parte, "un'attività discrezionale di carattere tecnico e non amministrativo", sostenendo che una discrezionalità di tipo amministrativo sarebbe ipotizzabile, al più, per i provvedimenti di dispensa o di deroga di cui agli artt. 4 e 25 della l. n. 287/90. In particolare, il Consiglio di Stato ha evidenziato che le valutazioni tecniche dell'Agcm non si fondano su regole scientifiche esatte e inopinabili ma sono il frutto di scienze inesatte ed opinabili, prevalentemente economiche. In questi casi, la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un "controllo intrinseco", avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione.

Ciononostante, il giudice d'appello ha affermato che il sindacato giurisdizionale amministrativo non può essere di tipo forte, ossia tale da tradursi in un potere sostitutivo del giudice, fino a sovrapporre la valutazione tecnica opinabile di quest'ultimo a quella

confrontati con il parametro come sopra contestualizzato; d) un'ultima fase, ove vengono applicate le sanzioni previste dalla legge.

<sup>(39)</sup> Il giudice di appello ha ricordato come, ormai, anche nei giudizi di legittimità, l'ammissibilità dei c.d. "vizi sintomatici estrinseci" all'atto ha portato a ritenere che il giudice amministrativo possa conoscere le questioni di fatto la cui risoluzione è necessaria per verificare l'esistenza dei vizi dell'atto impugnato; ha fatto notare come l'introduzione dello strumento della C.T.U. nel processo amministrativo, dapprima per la sola giurisdizione esclusiva, abbia fatto cadere anche quelle limitazioni di tipo processuale che venivano richiamate come basi della limitazione del sindacato giurisdizionale amministrativo.

dell'Agcm<sup>(40)</sup>. In altre parole, il giudice non può modificare l'impostazione generale seguita dall'Agcm nello svolgere una determinata indagine e nelle conseguenti valutazioni ad essa rimesse. L'esclusione del sindacato c.d. "forte" è stata giustificata dal fatto che "la distinzione tra il carattere di opinabilità dei giudizi tecnici (attratti nella cognizione del giudice) e i profili della opportunità (sottratti al sindacato) non è così netta in presenza di valutazioni complesse dell'amministrazione e dell'applicazione dei concetti giuridici indeterminati".

In queste due fasi, quindi, il Consiglio di Stato ha ammesso esclusivamente un "controllo di tipo debole", ove al giudice spetta solo di verificarne la legittimità, anche sotto il profilo delle regole tecniche applicate, delle indagini e delle valutazioni condotte dall'Agcm<sup>(41)</sup>. In particolare, le cognizioni tecniche eventualmente acquisite grazie al consulente tecnico vengono utilizzate dal giudice soltanto per effettuare "un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione amministrativa"<sup>(42)</sup>.

<sup>(40)</sup> Il Consiglio di Stato (pur indicandone erroneamente il numero) giunge a questa conclusione applicando al caso i principi dallo stesso formulati nella sentenza CdS, sez. IV, 4 aprile 1999, n. 601 (in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 182, con note di M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, 185, e di LAZZARA, "Discrezionalità tecnica", cit., 212), con cui è stata affermata l'estensione del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della p.a.

<sup>(41)</sup> Il Consiglio di Stato ha esemplificato la "debolezza" del sindacato affermando che "il giudice non può sostituire l'individuazione del mercato rilevante operata dall'Autorità, ma può verificarne la correttezza secondo quanto detto in precedenza; parimenti il giudice non può sostituire la specificazione del parametro normativo violato a quella dell'Autorità, né può modificare l'impostazione dell'indagine, e quindi del provvedimento, ma solo verificarne la legittimità; basti pensare alla scelta (legittima) operata nel presente provvedimento dall'Autorità di non indagare gli effetti concreti della pratica contestata, limitandosi all'accertamento dell'oggetto anticoncorrenziale e degli effetti potenziali".

<sup>(42)</sup> Per il Consiglio di Stato, tale assenza del potere sostitutivo corrisponderebbe ai principi di "efficienza e buon andamento dell'amministrazione" stabiliti dall'art. 97 Cost., nonché alla peculiarità della tutela amministrativa della concorrenza di essere caratterizzata da una "particolare composizione e qualificazione tecnica, oltre che da un elevato grado di autonomia e indipendenza". Nella stessa sentenza n. 2199/2002, il Consiglio di Stato, pur ritenendo in astratto ammissibile l'utilizzo della C.T.U., ha precisato che "non è ammissibile far "ripercorrere" dal C.T.U. le complesse valutazioni rimesse in prima battuta all'amministrazione e sottoposte poi, con gli anzidetti limiti, al sindacato giurisdizionale". Secondo il Consiglio di Stato, infatti, tramite tale mezzo

Successivamente, l'impostazione di auto-limitazione dimostrata dal giudice amministrativo nel controllo verso l'Agcm è stata temperata con la sentenza 2 marzo 2004, n. 926<sup>(43)</sup>, in riferimento ad un'intesa restrittiva della concorrenza nella fornitura del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto al personale dipendente delle pubbliche amministrazioni. Il giudice d'appello ha precisato il significato dell'espressione "sindacato debole" sulla base della premessa per cui, nonostante l'esclusività della giurisdizione del giudice amministrativo, questa rimane una "giurisdizione che agisce quale istanza di ricorso", secondo la definizione di cui al Regolamento CE n. 1/2003. Confermando la natura di "giudizio di tipo impugnatorio", il Consiglio di Stato, ha affermato che compete al giudice di verificare se il potere spettante all'Agcm sia stato correttamente esercitato, sottolineando altresì che si tratta di un potere vincolato da concetti giuridici indeterminati e/o da norme tecniche, il cui esercizio comporta valutazioni complesse rimesse in prima battuta all'Agcm. Di conseguenza, al giudice amministrativo spetta di verificare ex post l'operato dell'Agcm senza incontrare "alcun limite", ossia "potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame".

Fatta questa premessa, il Consiglio di Stato ha precisato che, con l'espressione "sindacato di tipo debole", non ha inteso limitare il proprio potere di piena cognizione sui fatti oggetto di indagine e sul processo valutativo mediante il quale l'Agcm applica alla fattispecie concreta la regola individuata, ma ha inteso solo porre un limite finale alla statuizione del giudice, il quale "non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere". Pertanto, "[i]l giudice non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve solo stabilire se la valutazione complessiva operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di "contestualizzazione" della norma posta a tutela della

probatorio può soltanto essere delegato al consulente "l'accertamento sotto il profilo tecnico di un ben individuato presupposto del fatto o comunque gli potrà essere chiesto un ausilio finalizzato ad ampliare la conoscenza del giudice con apporti tecnico-specialistici (ben delimitati nel quesito) appartenenti a campi del sapere caratterizzati da obiettiva difficoltà". Cfr. anche Cons. Stato, IV, 6 ottobre 2001, n. 5287.

<sup>(43)</sup> In *Foro it.*, 2005, 3, 6 ss., con nota di S. BASTIANON, *Dai buoni pasto ai "concetti giuridici indeterminati"*. Ovvero: come cambia il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'autorità antitrust.

concorrenza che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro "contestualizzato". Il Consiglio di Stato, in una sedicente prospettiva di armonizzazione con il sistema comunitario, è infine arrivato a sostenere che le modalità con cui il giudice amministrativo ha affrontato la questione del sindacato giurisdizionale degli atti dell'Agcm sono apparse molto simili a quelle del giudice comunitario.

La giurisprudenza successiva ha privilegiato un sindacato intrinseco, effettivo, particolarmente penetrante ma non sostitutivo<sup>(44)</sup>. Il limite rappresentato dall'impossibilità del giudice di sostituirsi all'Agcm è stato successivamente confermato dalla giurisprudenza, che sembrerebbe averlo individuato in quell'ambito di opinabilità tecnica che, pur presupponendo la completezza dell'accesso al fatto e la correttezza e congruità delle valutazioni tecniche condotte dall'Agcm, rimarrebbe incomprimibile in quanto pur sempre fisiologico alle scienze inesatte<sup>(45)</sup>.

<sup>(44)</sup> Il Consiglio di Stato, sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 515 (in *Foro amm. CDS*, 2007, 2, 594), ha chiarito come "il giudice amministrativo possa sindacare senza alcun limite tutte le valutazioni tecniche, anche riferite all'individuazione del mercato rilevante, compiute dall'Autorità". La sesta Sezione avrebbe inteso "abbandonare la terminologia, utilizzata in precedenza, "sindacato forte o debole"; per porre l'attenzione unicamente sulla ricerca di un sindacato, certamente non debole, tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale si coniuga con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non a esercitare un potere in materia antitrust, ma di verificare - senza alcuna limitazione - se il potere a tal fine attribuito all'Autorità antitrust sia stato correttamente esercitato". Secondo questa interpretazione, "il giudice amministrativo può sindacare senza alcun limite tutte le valutazioni tecniche, il sindacato è pieno e particolarmente penetrante e si estende sino al controllo dell'analisi economica o di altro tipo compiuta dall'Autorità potendo il giudice amministrativo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame". L'orientamento prospettato dal Consiglio di Stato, quindi "esclude limiti alla tutela giurisdizionale dei soggetti coinvolti dall'attività dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, individuando quale unica preclusione l'impossibilità per il giudice di esercitare direttamente il potere rimesso dal legislatore all'Autorità". Corrispondentemente, il Consiglio di Stato, sez. VI, 17 dicembre 2007, n. 6469.

<sup>(45)</sup> Il Consiglio di Stato, nella sentenza 8 febbraio 2008, n. 424, ha precisato che "il giudice amministrativo, a differenza di quello penale, non decide ma controlla la correttezza della decisione, sicché non sbetta a lui condividerla, ma sol-

### 5. Il sindacato giurisdizionale sull'applicazione delle sanzioni

Per quanto riguarda il sindacato del giudice amministrativo sull'an dell'applicazione della sanzione *antitrust* e sulla relativa determinazione del quantum, la giurisprudenza del Consiglio di Stato è stata caratterizzata dall'affermazione di una "giurisdizione piena" del giudice amministrativo in applicazione dell'art. 23 della l. n. 689/81. Particolarmente significativa al riguardo, se letta come indicativa dell'orientamento del Consiglio di Stato prima dei passaggi interpretativi segnati dalle sentenze nn. 2199/2002 e n. 926/2004, è la sentenza 20 marzo 2001, n. 1671<sup>(46)</sup>, con cui il Consiglio di Stato, in merito alla pretesa sproporzione della sanzione da parte delle imprese appellanti, aveva chiarito la clausola di rinvio dell'art. 31 della l. n. 287/1990 al capo, I, sezioni I e II della l. n. 689/1981<sup>(47)</sup>, e stabilito che "la graduazione della sanzione tra il minimo e il massimo edittali costituisce un apprezzamento di fatto che spetta all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, e in relazione al quale è prevista una giurisdizione piena del giudice, che ha il potere di modificare la misura della pena, e anche di ridurla (art. 23, L. n. 689 del 1981)"<sup>(48)</sup>. Il Consiglio di Stato ha anche precisato che l'esercizio del potere di modifica dell'atto amministrativo da parte del giudice presuppone pur sempre che sia stata riscontrata una illegittimità o "una inopportunità dell'operato dell'autorità amministrativa", operato che, pertanto, è sindacabile da parte del giudice amministrativo in caso di violazione di legge, illogicità, travisamento dei fatti e iniquità.

Una parte della dottrina aveva allora messo in evidenza il fatto che, fino a quando al giudice amministrativo non fosse stato riconosciuto il potere di rivalutare le scelte tecniche compiute dall'Agcm, né quello di applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla

verificarne la validità". Nel senso di escludere un sindacato di tipo sostitutivo, del resto, si è espressa anche la Cass. civ., sez. un., 17 marzo 2008, n. 7063.

<sup>(46)</sup> D&G, 2001, 17, 81 ss.

<sup>(47)</sup> Secondo il Consiglio di Stato, a norma dell'art. 11, della l. n. 689/1981, applicabile anche alle sanzioni per gli illeciti anticoncorrenziali in virtù dell'espresso richiamo contenuto nell'art. 31, della l. n. 287/1990, nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria "si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche".

<sup>(48)</sup> Cfr. anche Consiglio Stato, sez. VI, 24 maggio 2002, n. 2869 (in *Foro amministrativo*, CDS 2002, 1329 ss.), oltre alla sentenza n. 2199/2002.

fattispecie concreta sottoposta al suo giudizio, il suo potere di modificare la misura della pena sarebbe risultato essere sostanzialmente limitato nonostante le affermazioni di principio di cui alla successiva giurisprudenza<sup>(49)</sup>. È possibile osservare come, prima della sentenza n. 515/2007, il giudice amministrativo controllasse che la decisione sul se e sul quanto delle sanzioni *antitrust* fosse congrua e proporzionata rispetto al quanto accertato e valutato dall'Agcm in termini di gravità degli illeciti senza però arrivare a controllare in modo penetrante la valutazione sulla gravità, né tendenzialmente, prima della sentenza n. 926/2004, l'accesso al fatto<sup>(50)</sup>.

Nel corso del tempo, il controllo del giudice amministrativo sulle valutazioni poste alla base delle sanzioni irrogate si è dimostrato particolarmente forte, pur senza travalicare il ruolo istituzionale dell'Agcm. Nel confermare che il sindacato sulle sanzioni pecuniarie irrogate dall'Autorità è pieno e può giungere fino alla sostituzione della sanzione irrogata dall'Autorità anche attraverso un giudizio di merito sulla congruità della sanzione, il Consiglio Stato, sez. VI, 30 agosto 2002, n. 4362, ha precisato che "il sindacato del giudice amministrativo sull'attività discrezionale di natura tecnica, esercitata dall'Autorità *antitrust*, è un sindacato, che, come già detto, non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del "concetto indeterminato

<sup>(49)</sup> Cfr. M. RAMAJOLI, *Giurisdizione e sindacato*, cit. 345-346, che rileva come "il parziale e limitato riconoscimento di una giurisdizione piena non consente di garantire un'adeguata tutela ai singoli". Ciò che, per l'A., manca alla tutela sanzionatoria per definirsi adeguata è "il punto di attacco, la premessa, ossia la possibilità di un sindacato pieno sui presupposti applicativi della sanzione stessa".

<sup>(50)</sup> Ancora nella sentenza n. 2199/2002, ad es., il Consiglio di Stato, dopo aver affermato che, nell'esercizio del sindacato, è inammissibile far ripercorrere a consulente tecnico d'ufficio le complesse valutazioni tecniche rimesse in prim battuta all'Agcm, ha precisato che questo non vale per il sindacato sulle sanzioni pecuniarie irrogate dall'Autorità, poiché in quel caso "è consentito invece al giudice amministrativo un controllo più penetrante". Sul piano dei principi giuridici coinvolti, il Consiglio di Stato ha evidenziato la diversa natura del sindacato del giudice amministrativo sulle sanzioni pecuniarie irrogate dall'Agcm, stabilendo che "la tutela giurisdizionale deve essere riconosciuta in maniera piena, tenuto conto della vigenza, in materia di sanzioni pecuniarie, del principio di legalità, che tutela il diritto del privato a non subire imposizioni patrimoniali al di fuori dei casi previsti dalla legge (art. 23 Cost.)".

*all'operato dell'Autorità, potendo però il giudice censurare le valutazioni tecniche, compreso il giudizio tecnico finale, che, attraverso un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica, appaiono inattendibili*".

Con specifico riferimento alla quantificazione delle sanzioni, è però interessante osservare come il Consiglio di Stato abbia adattato il proprio sindacato sulle sanzioni dopo che l'art. 15 della legge n. 287/90, come modificato dall'art. 11, co. 4 della legge n. 57/2001, ha eliminato una percentuale minima della sanzione. Questa modificazione normativa, secondo la sesta Sezione, ha "ampliato il margine di discrezionalità dell'Autorità", implicando "la necessità di una più adeguata motivazione della quantificazione della sanzione pecuniaria da irrogare, attraverso l'indicazione di criteri di ordine generale o in alternativa mediante specifiche e più approfondite spiegazioni relative ai singoli casi anche confrontati con le sanzioni già irrogate". Successivamente, il Consiglio di Stato, sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5368<sup>(51)</sup>, si è concentrato sull'effetto punitivo delle sanzioni *antitrust* (a suo tempo messo in evidenza dal CdS n. 926/2004)<sup>(52)</sup>, affermando che "la devoluzione della materia delle sanzioni *antitrust* al giudice amministrativo non può comportare certo una riduzione di tutela rispetto a quanto previsto innanzi al giudice ordinario in materia di sanzioni pecuniarie". "[L]impugnazione delle sanzioni pecuniarie infatti determina una controversia, quanto alla misura della sanzione, sulla pretesa alla tutela del diritto soggettivo a non subire l'imposizione di prestazioni patrimoniali eccedenti quanto previsto dalla legge in materia di prestazioni imposte".

Occorre soffermarsi sul fatto che l'art. 134, co. 1, del Codice del processo amministrativo, ha stabilito che il giudice amministrativo "esercita la propria giurisdizione con cognizione estesa al merito [...] nelle controversie aventi ad oggetto le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti". In particolare, ora che l'art. 134, co. 1, del Codice del processo amministrativo, fa espressamente riferimento al "merito", occorre verificare come la giurisprudenza amministrativa abbia effettivamente inteso questa espressione. Più precisamente occorre

<sup>(51)</sup> In *Foro amm. CDS*, 2005, 4, 1201, con nota di M. GIORDANO, *Il Consiglio di Stato e il sistema delle sanzioni antitrust*.

<sup>(52)</sup> Per il quale il giudice amministrativo può spingersi fino alla sostituzione della sanzione irrogata dall'Agcm "anche attraverso un accertamento della congruità della sanzione", estensione che è stata giustificata tenendo conto anche della "diversità del potere esercitato dall'Autorità per l'applicazione di una sanzione amministrativa tipicamente punitiva, quale quella pecuniaria".

verificare se, facendo leva su tale espressione, il giudice amministrativo abbia colto occasione per configurare un sindacato di tipo sostitutivo sulle valutazioni poste alla base delle sanzioni *antitrust*. Al riguardo, sembra che il giudice amministrativo si sia effettivamente limitato a riconoscere nel Codice un mero consolidamento dell'orientamento giurisprudenziale sino a quel momento sviluppatosi in riferimento ai poteri esercitabili dal giudice delle sanzioni *antitrust*, ossia gli stessi del giudice ordinario per la rideterminazione della sanzione, previsti dall'art. 23 della l. n. 689/1981. In effetti, il Consiglio di Stato, sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 896<sup>(53)</sup>, riguardante sanzioni per intese su aumenti concertati del prezzo di cessione della pasta secca di semola, ha affermato che nell'applicazione delle norme ai fatti tali concetti vengono adattati al caso specifico attraverso una valutazione giuridica complessa da cui dipende la "contestualizzazione" delle fonti normative. Secondo il Consiglio "[n]on di rado tale operazione di contestualizzazione implica margini di opinabilità, atteso il carattere di concetto giuridico indeterminato di dette nozioni", e "[l] giudice amministrativo in relazione ai provvedimenti dell'AGCM esercita un sindacato di legittimità, che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio: pertanto, deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'AGCM sia immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate". L'ambito della giurisdizione di merito prevista dall'art. 134, co. 1, lett. C), del Codice del processo amministrativo, rimarrebbe quindi circoscritto entro il controllo della proporzionalità della sanzione, che a sua volta dipende dal controllo della corrispondenza della sanzione a quanto "legittimamente" ricostruito, interpretato e applicato dall'Agcm in merito alla fattispecie sanzionata. Laddove, infatti, residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, "il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'AGCM nella definizione del mercato rilevante, se questa sia, attendibile secondo la scienza economica, immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici, da vizi di violazione di legge", mentre "in applicazione dei poteri di cui il g.a. dispone in ordine alla quantificazione delle sanzioni pecuniarie irrogate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato propri di una giurisdizione di merito (ora espressamente riconosciuta dall'art. 134, comma 1, lett. c, c.p.a.) si può quindi procedere alla rideterminazione della sanzione, che appaia sproporzionata".

Da una disamina complessiva della più recente giurisprudenza, il giudice amministrativo, pur non travalicando il ruolo tecnico dell'Agcm,

<sup>(53)</sup> *Foro amm. CDS*, 2011, 2, 562 ss.

ha avuto modo di esprimere con sufficiente ampiezza il controllo sull'esercizio del potere sanzionatorio dell'Agcm, stabilendo importanti principi in tema di consapevolezza e intenzionalità dell'infrazione<sup>(54)</sup>, di gravità<sup>(55)</sup>, di quantificazione della sanzione<sup>(56)</sup>, di determinazione dell'importo di base dell'ammenda<sup>(57)</sup>, e di circostanze aggravanti e attenuanti<sup>(58)</sup>. Con particolare riguardo al quantum della sanzione, il CdS n. 3013/2011 ha espresso "l'auspicio che in futuro l'Autorità indichi esplicitamente, oltre all'importo finale della sanzione, anche gli elementi per la sua quantificazione, vale a dire l'ammontare del fatturato, la percentuale della sanzione base, la percentuale di sanzione irrogata per circostanze aggravanti o per converso le riduzioni per attenuanti, eventuali altri criteri di quantificazione utilizzati (secondo le indicazioni già date all'Autorità da Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2007 n. 6469, Lottomatica), in modo da consentire al Collegio una migliore e più celere comprensione dei fatti di causa". L'auspicio del Consiglio di Stato confermerebbe ancora una volta che il giudice amministrativo debba (poter) ripercorrere le valutazioni tecniche dell'Agcm.

#### 6. I nuovi strumenti della tutela antitrust: il programma di clemenza

Come ricordato, con il co. 2-bis dell'art. 15, della l. n. 287/1990, si è data una base normativa positiva all'utilizzo da parte dell'Agcm dei programmi di clemenza<sup>(59)</sup>, quegli istituti "premiali" finalizzati a far

<sup>(54)</sup> CdS n. 926/2004.

<sup>(55)</sup> CdS n. 896/2011; CdS, sez. VI, 31 gennaio, n. 710; CdS, sez. VI, 2 agosto 2011, n. 6917; Cds, sez. VI, 25 febbraio 2011, n. 1757.

<sup>(56)</sup> CdS n. 6469/2007.

<sup>(57)</sup> CdS, sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 6525.

<sup>(58)</sup> CdS n. 896/2011.

<sup>(59)</sup> In dottrina cfr. F. GHEZZI, *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust: l'utilizzo dei leniency programs nella lotta contro cartelli e intese hard core*, in *Concorrenza e mercato*, 2002, 228 ss.; M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust* (30. 10. 2006), in *www.giustizia-amministrativa.it*, ID., in *Dir. amm.*, 2007, 265 ss., e in F. CINTOLI, G. OLIVIERI (cur.), *I nuovi strumenti di tutela antitrust. Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, Milano, 2007; V. MELI, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano*, in *Mercato conc. reg.*, 2007, 201 ss.; J. BERTONE, M. MAGGIOLINO, *L'introduzione dei programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano: ragioni e prospettive*, in *Riv. soc.*, 2007, 1370 ss.; V. D'ANTONIO, *I programmi di clemenza in diritto antitrust: modelli teorici ed esperienze concrete*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 677 ss.; F. DENOZZA, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*

uscire allo scoperto intese vietate che, altrimenti, sarebbero difficili da accertare in quanto realizzate in segreto e attraverso modalità complesse. Originariamente, l'idea di incentivare le imprese a collaborare nella repressione dei cartelli, offrendo loro l'immunità o un significativo sconto sulle sanzioni pecuniarie, risale al diritto degli Stati Uniti che, per primi, hanno utilizzato i c.d. leniency programmes nel *public antitrust enforcement*, ottenendo buoni risultati nella lotta ai cartelli. Successivamente, questi strumenti *antitrust* sono stati utilizzati anche dalla Commissione europea che, da ultimo, ha riformato il proprio programma di clemenza con la citata Comunicazione del 2006 relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese. Diffondendosi prima in altri Paesi dell'Ue<sup>(60)</sup>, i programmi di clemenza sono stati introdotti anche nel nostro ordinamento giuridico e l'Agcm, nel disciplinarli, ha potuto trovare, in ambito comunitario, un altro modello cui ispirarsi, oltre al programma di clemenza della Commissione, ossia il Programma modello di trattamento favorevole<sup>(61)</sup> adottato il 29 settembre 2006 dalla ECN, e da quest'ultima recentemente rivisitato nel novembre del 2012. Sul piano squisitamente normativo, con le modifiche apportate dal d.l. n. 223/2006, a differenza delle imprese partecipanti all'intesa che non collaborano e per le quali proseguirà l'ordinario procedimento *antitrust* senza alcuno sconto di pena<sup>(62)</sup>, la funzione punitiva *antitrust* è stata subordinata all'obiettivo di individuare le intese anticoncorrenziali e impedirne la continuazione: il potere sanzionatorio dell'Agcm, nei

europeo, in *Giur. comm.*, 2008, 2, 1141 ss.; M. VATIERO, *Programma di clemenza. Alcuni spunti di riflessione*, in *Concorrenza e mercato*, 2008, 437 ss.

<sup>(60)</sup> Secondo i dati dell'ECN, aggiornati al 22 novembre 2012 e pubblicati su <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>, in ben 26 Stati membri dell'UE su 27, le rispettive Autorità nazionali della concorrenza hanno adottato i programmi di clemenza, rimanendo esclusa dalla lista solo Malta.

<sup>(61)</sup> ECN Model Leniency Programme: un modello formulato dai membri della Rete quale base di soft harmonization, raccogliendovi quelle che hanno ritenuto essere le più importanti regole sostanziali comuni da applicarsi nei rispettivi programmi di clemenza nazionali, per offrire più prevedibilità alle imprese. Nel riformare il proprio programma di clemenza con l'adozione della Comunicazione del 2006, la Commissione ha tenuto conto di quanto contenuto in questo modello predisposto dalla Rete.

<sup>(62)</sup> Salva, ovviamente, l'eventuale l'adozione di decisioni con impegni di cui all'art. 14-ter, della l. n. 287/1990.

particolari confronti dell'impresa che collabori con l'Agcm, non è più fatto dipendere soltanto dall'accertamento della gravità dell'infrazione, ma viene condizionato dal grado di effettiva collaborazione prestata dall'impresa, anche se poi la valutazione che l'Autorità è chiamata a compiere al riguardo non ha un fondamento legislativo che determina con precisione le condizioni e le modalità per le quali la collaborazione prestata determini il trattamento favorevole, lasciando che la predeterminazione di questi elementi sia regolata dall'Agcm<sup>(63)</sup>.

Ogni impostazione sul meccanismo premiale di cui al co. 2-bis dell'art. 15 della legge *antitrust* in termini problematici rischia di risultare in buona parte superata nel momento in cui si consideri che la decisione di riconoscere l'immunità all'impresa che denunci l'esistenza di un cartello di cui la stessa fa parte è stata adottata dall'Agcm antecedentemente al 2006 in mancanza, quindi, non solo di una disciplina nazionale di tipo regolamentare o provvedimento generale, ma addirittura senza una base normativa nazionale<sup>(64)</sup>. Su questa decisione si è anche espresso il giudice amministrativo che ne ha dichiarato la legittimità, facendo riferimento alla prassi della Commissione europea<sup>(65)</sup>.

<sup>(63)</sup> In proposito, pur essendo stato espressamente stabilito che l'Agcm regoli con proprio provvedimento generale il trattamento favorevole per le imprese "in conformità con l'ordinamento comunitario", e che possa operare la riduzione o la non applicazione della sanzione nelle "fattispecie previste dal diritto comunitario", la dottrina ha evidenziato come il primo dei due rinvii non sia tecnico in quanto, a differenza degli impegni, i programmi di clemenza non sono nemmeno menzionati nel Regolamento 1/2003, rimanendo, per quanto formalizzati nelle sue Comunicazioni, mera espressione della prassi della Commissione (Cfr. M. CLARICH, *I programmi*, cit.).

<sup>(64)</sup> Cfr. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina*, cit., 394, per i quali l'eliminazione del minimo edittale della sanzione pecuniaria da parte dell'art. 11, co. 4, della l. n. 57/2001, ha permesso all'Agcm di comminare sanzioni meramente "simboliche", con ciò fornendo una base normativa indiretta alla non applicazione delle sanzioni.

<sup>(65)</sup> A suo tempo, infatti, il TAR Lazio, Sez. I, 10 giugno 1996, n. 1902, aveva giustificato la mancata irrogazione della sanzione verso un'impresa che facendo parte di un'intesa nel settore degli esplosivi da mina, ne aveva denunciato l'esistenza, sulla base del fatto che "il comportamento della SME è stato valutato nell'ambito delle finalità della legge n. 287/1990, e l'esenzione è stata adeguatamente motivata con riferimento alla fattiva e decisiva collaborazione offerta per la scoperta delle intese vietate, alla stregua di un preciso orientamento comunitario in materia di non imposizione di ammenda nei casi di cartello". In casi simili, secondo il giudice di primo grado, "trova prevalenza il principio secondo cui occorre accordare prevalenza all'interesse dei consumatori e dei cittadini alla scoperta delle intese vietate rispetto all'interesse di irrogare ammende alle imprese che, collaborando con le autorità competenti,

Ciò ricordato, l'attribuzione all'Agcm del potere di disciplinare in un provvedimento di carattere generale le condizioni e le modalità con cui la medesima Autorità decide di concedere il trattamento favorevole dovrebbe essere letta positivamente, in quanto potenzialmente favorevole alla tipicità e certezza del diritto, ma anche al buon funzionamento dello stesso strumento premiale. Ciò a maggior ragione qualora si consideri che, a seguito della introduzione del co. 2-bis dell'art. 15 della legge *antitrust*, l'Agcm ha proceduto all'adozione della Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'art. 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, con delibera del 15 febbraio 2007, n. 16472, tenendo conto del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento dei fini, con il minor sacrificio possibile degli interessi dei destinatari. L'Agcm, infatti, ha fatto precedere l'adozione della Comunicazione del 2007 da un processo di consultazione pubblica sul progetto del programma di clemenza, anche se ciò non le è stato imposto dalla legge, a differenza di quanto, invece, è previsto dalla Legge sul risparmio del 2006<sup>(66)</sup> riguardo alla consultazione per i provvedimenti aventi natura regolamentare o di contenuto generale delle autorità indipendenti di regolazione dei mercati finanziari.

In modo più circoscritto di quanto stabilito dal programma di clemenza comunitario per il quale la Commissione, nella Comunicazione del 2006, fa riferimento ai "cartelli segreti", l'Agcm ha relegato l'ambito di applicazione della Comunicazione del 2007 alle "intese orizzontali segrete", anche se, come rilevato in dottrina, in considerazione della funzione strumentale delle intese verticali rispetto a quelle orizzontali, non si tratterebbe di una differenza sostanziale<sup>(67)</sup>. Per il resto, in linea con il programma di clemenza comunitario<sup>(68)</sup>, l'Agcm ha stabilito di applicare il

consentono di scoprire e di vietare cartelli o contribuiscono al raggiungimento di tali obiettivi (Comunicazione 96/C/207/04, in G.U.C.E., n. C207, 18 luglio 1996)". Il Consiglio di Stato ha confermato questa sentenza, stabilendo la legittimità della concessione dell'immunità "in considerazione del comportamento da essa tenuto prima e dopo l'avvio dell'istruttoria, in specie per quel che attiene al determinante contributo dalla stessa apportato alla scoperta delle intese". Successivamente, per un caso riguardante un'intesa nel mercato dei calcestruzzi, il TAR Lazio, Sez. I, 2 dicembre 2005, n. 12835, aveva ammesso l'applicabilità della Comunicazione Commissione del 2002.

<sup>(66)</sup> Art. 23 l. 28 dicembre 2005, n. 262.

<sup>(67)</sup> Cfr. V. MELI, *I programmi*, cit., 207.

<sup>(68)</sup> L'Agcm non ha espressamente escluso dal trattamento favorevole l'impresa che abbia promosso il cartello o quella che abbia di fatto costretto

proprio programma di clemenza anche nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica e con particolare riguardo ai c.d. cartelli hard core, ossia quelle intese "consistenti nella fissazione dei prezzi d'acquisto o di vendita, nella limitazione della produzione o delle vendite e nella ripartizione dei mercati": violazioni considerate molto gravi nel diritto *antitrust* comunitario, in quanto suscettibili di incidere significativamente sul benessere dei consumatori e di influenzare negativamente la competitività dell'intero sistema economico.

Nella Comunicazione del 2007, l'Agcm ha regolato la non applicazione e la riduzione delle sanzioni previste dall'art. 15 della legge *antitrust* per la violazione di quanto prescritto dall'art. 2 della l. n. 287/1990 o dall'art. 81 del Trattato CE, stabilendo una serie di condizioni generali che devono essere tutte soddisfatte per l'accesso al trattamento favorevole<sup>(69)</sup>, nonché quali ulteriori condizioni devono essere rispettate con particolare riferimento alla non applicazione e alla riduzione della sanzione<sup>(70)</sup>. Per l'immunità, l'Agcm (tra le varie condizioni) ha stabilito

altre imprese a parteciparvi, come invece stabilito dalla Commissione rispettivamente nella Comunicazione del 1996 e del 2002.

(69) In particolare: a) l'impresa deve porre fine alla propria partecipazione all'intesa immediatamente dopo aver presentato la domanda di trattamento favorevole, anche se l'Autorità può richiedere o consentire all'impresa di non sospendere taluni comportamenti, qualora ciò sia ritenuto necessario al fine di salvaguardare il buon esito dell'accertamento ispettivo; b) l'impresa deve cooperare con l'Autorità in modo completo e continuativo per l'intera durata del procedimento istruttorio, adottando una serie di comportamenti espressamente previsti nella Comunicazione; c) l'impresa che intenda presentare una domanda di trattamento favorevole non deve informare alcuno di questa sua intenzione, ad eccezione di altre autorità di concorrenza.

(70) La riduzione delle sanzioni, invece, in misura di regola non superiore al 50%, è stata riferita dall'Agcm alle imprese che forniscono all'Autorità materiale probatorio relativo ad una infrazione rientrante nell'ambito di applicazione della Comunicazione del 2006, a condizione che le evidenze prodotte rafforzino in misura significativa, in ragione della loro natura o del livello di dettaglio, l'impianto probatorio di cui l'Autorità già disponga, contribuendo in misura apprezzabile alla capacità dell'Autorità di fornire la prova dell'infrazione. Ai fini della determinazione in misura adeguata, l'Agcm ha stabilito di prendere in considerazione la tempestività della collaborazione prestata dall'impresa, in relazione sia alla fase in cui è giunto il procedimento, sia al grado di collaborazione prestato dalle altre imprese, nonché la valenza probatorio del materiale prodotto. In ogni caso, secondo quanto dettato dall'Agcm, qualora il materiale probatorio presentato dall'impresa consenta all'Autorità di stabilire fatti nuovi e aggiuntivi che abbiano una rilevanza diretta ai fini

che questa abbia effetto nei confronti dell'impresa che "per prima" fornisca spontaneamente all'Autorità informazioni o prove documentali in ordine all'esistenza di un'intesa del genere contemplato dalla Comunicazione<sup>(71)</sup>.

Inoltre l'Agcm, a parte prescrivere che l'impresa che intenda beneficiare della non imposizione o della riduzione delle sanzioni debba presentare all'Autorità una domanda, corredata da informazioni e dai documenti rilevanti, ha specificato altre regole procedurali comuni molto importanti per un'applicazione efficiente del programma di clemenza. In tal senso, l'Agcm ha stabilito che le domande di trattamento favorevole in relazione ad una medesima intesa siano valutate dalla stessa "nell'ordine in cui esse pervengono"; che, prima della presentazione di una domanda di trattamento favorevole, l'impresa possa "contattare l'Autorità anche in forma anonima al fine di ottenere delucidazioni sulla presente comunicazione"; e che, su richiesta adeguatamente motivata dell'impresa, l'Autorità possa consentire la "presentazione di domande in forma orale": tutti elementi che danno alla procedura in questione flessibilità e certezza per le imprese, attraendole maggiormente a collaborare.

Per la valutazione della domanda volta ad ottenere la non imposizione delle sanzioni in particolare, l'Agcm ha stabilito che, verificata la sussistenza dei requisiti per l'immunità, detta domanda possa essere "accolta con decisione condizionata" al rispetto delle condizioni comuni per l'accesso al trattamento favorevole, mentre la decisione definitiva in ordine alla sussistenza dei presupposti per la non imposizione delle sanzioni venga assunta con il provvedimento finale di cui all'art. 14, co. 9, del D.P.R. n. 217/1998<sup>(72)</sup>.

del computo della sanzione, anche come circostanze aggravanti, tali fatti non saranno addebitati ai fini della determinazione della sanzione da applicarsi all'impresa che ha fornito tale materiale.

(71) L'Agcm ha condizionato l'immunità anche alla contestuale sussistenza di altre due particolari condizioni, ossia che, a giudizio dell'Autorità, in relazione alla natura e alla qualità degli elementi comunicati dal richiedente, tali informazioni o evidenze siano decisive per l'accertamento dell'infrazione; e che l'Autorità non disponga già di informazioni o di evidenze sufficienti a provare l'esistenza dell'infrazione. La Comunicazione indica nel dettaglio quali informazioni di regola devono essere fornite dall'impresa che intenda beneficiare della non imposizione delle sanzioni, tra cui anche una descrizione dettagliata dell'intesa.

(72) L'Agcm ha anche previsto che, qualora l'impresa si veda rigettare dall'Autorità la domanda volta a ottenere l'immunità, possa richiedere che l'Autorità consideri la propria domanda ai fini di una riduzione delle sanzioni.

L'inottemperanza delle condizioni generali di accesso al trattamento favorevole è espressamente sanzionata con l'esclusione dell'impresa da ogni beneficio disciplinato dalla Comunicazione in relazione all'intesa in questione. Anche l'accoglimento della domanda volta ad ottenere la riduzione delle sanzioni è stato subordinato dall'Agcm al rispetto, in ogni caso, di tutte le condizioni generali di accesso al trattamento favorevole, dovendo l'Autorità, anche in questo caso, assumere la decisione in ordine alla misura della riduzione delle sanzioni con il provvedimento finale di cui all'art. 14, co. 9, del D.P.R. n. 217/1998. Sulla scorta di quanto innovato dalla Commissione nella propria Comunicazione del 2006, quindi, consapevole del fatto che, in questa ideale competizione nel collaborare con l'Autorità, le imprese non sarebbero in grado di raccogliere tutti gli elementi e informazioni in loro possesso<sup>(73)</sup>, l'Agcm, incentivando quelle imprese che effettivamente abbiano permesso per prime l'individuazione di un cartello, ha stabilito che, su domanda adeguatamente motivata di un'impresa, l'Autorità possa "fissare un termine per il perfezionamento della domanda di trattamento favorevole, al fine di consentire all'impresa di fornire tutti gli elementi di prova" (c.d. richiesta di un marker)<sup>(74)</sup>.

La Comunicazione dell'Agcm del 2007 è stata sostituita da quest'ultima con Comunicazione adottata con provvedimento del 6

(73) È esemplificativo al riguardo quanto affermato dal TAR Lazio nella sentenza n. 36126 del 13 dicembre 2010, e più recentemente nelle sentenze non definitive nn. 8945, 8946, 8947, 8948, 8949, 8950, 8951, 8952, 8953 e 8954 del 17 novembre 2011, riguardanti un cartello nella vendita al dettaglio di prodotti cosmetici, in merito all'efficacia probatoria delle dichiarazioni dei leniency applicant e dei relativi riscontri da questi forniti: "È ben difficile che i partecipanti ad un accordo illecito lascino "prove scritte" da cui dedurre in modo certo e obiettivo l'esistenza e il funzionamento dell'accordo stesso, per cui non è possibile pretendere che il collaborante il quale confessi l'intesa debba fornire un riscontro probatorio vasto e del tutto corroborante le proprie affermazioni, che verosimilmente non esiste, perché in tal modo si porrebbero nel nulla le possibilità applicative della norma e si vanificherebbe la loro ratio, mentre deve ritenersi sufficiente che alle dichiarazioni si accompagni un qualche elemento documentale idoneo a fungere da indizio preciso e concordante con le dichiarazioni rese e soprattutto, anche in assenza di questi ultimi, deve ritenersi comunque necessario che sia l'Autorità, sulla base della propria articolata istruttoria, a vagliare l'attendibilità delle dichiarazioni".

(74) Infine, per snellire la procedura premiale in modo coordinato con la ripartizione di competenze tra la Commissione e l'Agcm, quest'ultima ha previsto la possibilità di presentare una domanda di trattamento favorevole "redatta in forma semplificata".

maggio 2010, n. 21092, con cui l'Autorità ha riprodotto il testo della precedente Comunicazione<sup>(75)</sup>, limitandosi a modificarlo e integrarlo per quanto riguarda il differimento dell'accesso alle dichiarazioni confessorie<sup>(76)</sup>.

Sul piano teorico, l'efficacia dei programmi di clemenza dipende dall'effettiva deterrenza delle sanzioni *antitrust* nei confronti delle imprese, che, a sua volta, dipende – secondo gli insegnamenti degli economisti del diritto – dalla combinazione ottimale tra il grado di probabilità di accertamento delle sanzioni atteso dalle imprese e l'entità della pena pecuniaria<sup>(77)</sup>. Senza entrare nel merito dell'analisi economica del diritto, è intuibile che, fino a quando la sanzione *antitrust* irrogabile cagioni un danno monetario potenzialmente inferiore ai benefici economici che possono essere conseguiti dal compimento dell'intesa, l'impresa sarà tentata a compiere tale tipo di illecito per trarne profitto, e ciò ancor più facilmente quando l'impresa si attenda che la probabilità di essere scoperta (e, quindi, sanzionata) sia bassa. Facendo leva sulla deterrenza delle sanzioni *antitrust*, i programmi di clemenza pongono le imprese

(75) Più precisamente l'Agcm ha anche specificato che la domanda di trattamento favorevole debba essere corredata da "significative" informazioni.

(76) L'Agcm è venuta incontro all'esigenza di risolvere il problema di funzionalità del programma di clemenza, rappresentato dal fatto che la trasparenza del procedimento di clemenza possa aumentare il rischio, per le imprese che collaborano con l'Agcm, di essere più facilmente condannate in sede giurisdizionale civile al risarcimento dei danni per violazione delle regole della concorrenza, svalorizzando così la collaborazione. A tale scopo, nella nuova Comunicazione è fatto divieto ai soggetti terzi, inclusi quelli intervenuti nel procedimento, di apprendere le deposizioni autoincriminanti e la documentazione allegata. Cfr. C. PESCE, *Il Programma di clemenza europeo e la tutela dei singoli*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, 145 ss.; C. LACCHI, *L'accesso dei soggetti lesi ai documenti acquisiti nei programmi antitrust di clemenza: la sentenza Pfleiderer*, in *Giust. civ.*, 2011, 2528 ss.

(77) Una corretta comprensione delle condizioni da cui dipende l'efficacia deterrente delle sanzioni *antitrust* deve essere condotta adottando una prospettiva economica del diritto, sulla scorta di quanto a suo tempo già sviluppato nell'ambito della c.d. law and economics degli Stati Uniti d'America, ove il sistema *antitrust* è caratterizzato anche dalla previsione di sanzioni penali, oltre che pecuniarie. In ambito nazionale, la dottrina ha evidenziato come l'inefficacia deterrente delle sanzioni pecuniarie dell'Agcm determinata dall'insufficienza della loro entità monetaria si rifletta negativamente sull'effettività della tutela della concorrenza (cfr., F. GHEZZI, *Strumenti e obiettivi dell'enforcement della disciplina delle intese: la recente esperienza italiana*, in *Riv. Soc.* 2008, 1305).

coinvolte nell'intesa vietata dinnanzi all'alternativa tra collaborare o non collaborare con l'Autorità. Nel fare questa scelta, le imprese non saranno soltanto condizionate dalla mera probabilità che l'Agcm, esercitando con efficienza i propri poteri di indagine, giunga ad accertare l'illecito, ma anche dalla probabilità che un'altra impresa partecipante all'intesa possa denunciare per prima l'intesa, riservandosi così il trattamento favorevole <sup>(78)</sup>.

Preso atto del meccanismo di amplificazione delle deterrenza *antitrust* sotteso ai programmi di clemenza, occorre tornare sul problema della potenziale discrezionalità politico-amministrativa delle valutazioni compiute dall'Agcm e su quelle che potrebbero essere le conseguenze sul sindacato giurisdizionale. Occorre chiedersi che tipo di valutazioni sia chiamata a svolgere l'Agcm rispetto alla decisione di "premiare" le imprese per la collaborazione concretamente prestata e, ancor prima, rispetto all'attività di regolazione del programma di clemenza. Per quanto riguarda il tipo di attività normativa posta in essere dall'Agcm nel regolare la non applicazione o riduzione della sanzione, non sembra potersi scorgere la possibilità che l'Agcm compia valutazioni politico-discrezionali simili a quelle attraverso le quali altre autorità amministrative indipendenti espletano funzioni più propriamente di regolazione. L'Autorità si è limitata a definire le condizioni tecniche e le regole procedurali da cui dipende la possibilità per le imprese di beneficiare dell'immunità o dello sconto di pena. Questa operazione normativa è rimasta circoscritta entro l'ambito della massimizzazione della tutela della concorrenza, senza poter essere assimilata ad una funzione di regulation, in quanto, a differenza di quanto accade per quest'ultima, l'Agcm non ha posto preventivamente in essere degli obblighi positivi immediatamente vincolanti per le imprese <sup>(79)</sup>.

<sup>(78)</sup> Come ricordato nelle sentenze non definitive del TAR Lazio nn. 8945-8954 del 2011, i *leniency programmes* costituiscono un efficace mezzo di destabilizzazione dei cartelli tra imprenditori: *"le imprese che partecipano ad un cartello (...) in un clima di incertezza in ordine ai comportamenti altrui, si trovano di fronte ad una scelta strategica, vale a dire mantenere gli impegni che nel lungo periodo massimizzano l'utile di tutti i membri, confidando che anche gli altri lo facciano, ovvero tradire gli impegni preferendo una logica di massimizzazione del profitto individuale nel breve periodo, sicché la stabilità di un cartello dipende dal grado di coesione e di fiducia reciproca che si crea tra i suoi partecipanti"*.

<sup>(79)</sup> Anche considerando che l'Agcm ben possa riformare il programma di clemenza nazionale, si tratterebbe pur sempre di rivalutare le regole del gioco in un'ottica prettamente economica del diritto, tesa alla massimizzazione

Anche le valutazioni attraverso le quali l'Autorità compie le sue decisioni sulla riduzione e sulla non applicazione della sanzione, secondo i parametri indicati dalla stessa Autorità ex ante, si dovrebbero risolvere nell'esercizio di una mera discrezionalità tecnica avente ad oggetto, in prima battuta, l'effettiva misura della collaborazione prestata dalle imprese nella individuazione delle intese e, successivamente, lo sconto che ne deriva sulla sanzione. Tale verifica non può che essere compiuta se non accertando l'illiceità della fattispecie concreta per la quale è stata prestata collaborazione: il procedimento di clemenza si innesta (attivandolo nei casi in cui l'impresa denunci la propria partecipazione a un cartello) nel procedimento sanzionatorio sulla base delle informazioni e della documentazione oggetto della collaborazione prestata, proseguendo con il procedimento sanzionatorio stesso, per ponderare gli effetti della collaborazione sull'accertamento dell'illecito al fine di ricavarne l'entità del trattamento favorevole. Se è corretto affermare che, ottenuta una verifica positiva della collaborazione prestata, la l. n. 287/1990 impone all'Autorità di esercitare il trattamento favorevole nei confronti delle imprese, pare ugualmente corretto sostenere che l'Agcm – in misura minore, ma similmente a quanto si è detto per l'irrogazione delle sanzioni *antitrust* – goda di un margine di discrezionalità tecnica nel compiere le sue valutazioni, potendo cioè scegliere entro un ventaglio di soluzioni parimenti accettabili, rispetto alle quali il giudice amministrativo non potrebbe sostituirsi, senza però con questo autolimitarsi nel ripercorrere queste valutazioni al fine di controllare la legittimità delle decisioni sul trattamento favorevole <sup>(80)</sup>.

dell'efficienza del programma di clemenza, senza doversi riconoscere alcuna scelta politico-amministrativa all'Autorità, sia perché questo renderebbe meno appetibile il meccanismo premiale per le imprese, sia perché metterebbe a repentaglio la certezza e la tipicità del potere sanzionatorio stesso.

<sup>(80)</sup> Di discrezionalità parla espressamente il TAR Lazio, sez. VI, 11 aprile 2012, n. 3281, che, richiamando la costante giurisprudenza comunitaria, ha affermato che *"non tutte le informazioni trasmesse nell'ambito della domanda di clemenza e dei relativi allegati possono essere ritenute dall'Autorità decisive per l'accertamento dell'infrazione per la quale è stato determinato l'avvio dell'accertamento, potendo i leniency applicants fornire, in vista del meccanismo premiale, elementi ultronei, rispetto ai quali l'Autorità dispone di un certo margine discrezionale per valutare se la cooperazione di un'impresa sia stata determinante per la constatazione dell'esistenza di una infrazione (Corte di giustizia, sentenza 9 luglio 2009, Archer Daniels Midland Cn (Commissione))"*

7. (Segue) *Le decisioni con impegni*

Il problema della trasformazione dell'Agcm in autorità di regolazione è sorto anche in materia di impegni presentati dalle imprese per eliminare i profili anticoncorrenziali<sup>(81)</sup>. Anche se l'art. 14-ter della l. n. 287/1990 non contempla espressamente un potere normativo in capo all'Agcm, quest'ultima ha adottato tre diverse Comunicazioni, con cui ha regolato le procedure da adottarsi nell'applicazione dell'art. 14-ter, l. n. 287/1990, disciplinando aspetti fondamentali ai fini dell'efficiente funzionamento di questo ulteriore istituto premiale. Come per i programmi di clemenza, anche nel caso delle decisioni con impegni in materia di sanzioni *antitrust*, si è sviluppata una prassi applicativa dell'Agcm ancor prima di un loro formale riconoscimento normativo. Ciò è accaduto anche in ambito comunitario, dove la Commissione europea ne ha fatto informalmente ricorso, prima di prevedere espressamente, nel Reg. n. 1/2003, il potere di adottare *commitment decisions*: decisioni sul rendere vincolanti gli impegni proposti alla Commissione dalle imprese soggette agli accertamenti di quest'ultima per presunte

(81) Per uno studio sugli impegni, cfr. M. BOCCACCIO e A. SAJA, *La modernizzazione dell'antitrust. La decisione con impegni*, in *Mercato conc. reg.*, 2002, 285; L. LIBERTINI, *Le decisioni patteggiate nei procedimenti per illeciti antitrust* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, 1283; F. CINTIOLI, *Riflessioni sugli impegni antitrust, sulla funzione amministrativa e sull'art. 11 della legge sul procedimento*, 2007, 5, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); G. LECCISI, *Brevi note in tema di impegni antitrust*, in *Giust. amm.*, 2007, 3, 2; M. SIRAGUSA, E. GEURRI, G. FAELLA, *Gli impegni e le misure cautelari*, in *Fondazione CESIFIN, Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, Firenze, 2007; F. GHEZZI, *Strumenti e obiettivi dell'enforcement della disciplina delle intese: la recente esperienza italiana*, in *Riv. soc.*, 2008, 1395; MENGOZZI, *Decisioni con impegni e diritto comunitario*, in F. CINTIOLI, G. OLIVIERI (cur.), *I nuovi strumenti*, cit., 1 ss.; G. MORBIDELLI, *Impegni e principio di tipicità degli atti amministrativi*, in F. CINTIOLI, F. DONATI (cur.), *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, Torino, 2008, 1 ss.; A. PERA, *Le decisioni con impegni tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in G. BUZZONE (cur.), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust*, Bologna, 2008, 61 ss.; G. COLANGELO, *I rischi della concorrenza patteggiata: note a margine del caso Aci Global*, in *Dir. Industriale*, 2009, 353 ss.; C. LEONE, *Gli impegni antitrust al vaglio del Consiglio di Stato*, in *Foro amm. CDS*, 2010, 5, 1093; A. SCOGNA-MIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, in *Dir. amm.*, 2010, 503 ss.; F. RISSO, *Gli impegni per contrastare gli effetti distortivi della concorrenza: qualificazione giuridica e tutela giurisdizionale*, in *Foro amm. CDS*, 2012, 5, 1349 ss.; C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012.

pratiche anticoncorrenziali, con effetto di precludere il formale accertamento dell'illecito<sup>(82)</sup>.

Con la prima Comunicazione, adottata con provvedimento 12 ottobre 2006, n. 16015, l'Agcm ha previsto un procedimento flessibile attivabile ad istanza delle imprese soggette all'istruttoria avviata per l'accertamento della violazione delle norme nazionali e comunitarie in materia di intese e abusi di posizione dominante<sup>(83)</sup>. La Comunicazione del 2006 è stata modificata dall'Agcm, dapprima con delibera del 9 febbraio 2011, n. 22089, con cui sono state apportate alcune modifiche marginali<sup>(84)</sup>, ma con cui l'Agcm ha precisato anche alcuni importanti profili del procedimento<sup>(85)</sup>. A sua volta, la Comunicazione del 2011 è stata sostituita dall'Agcm con la Comunicazione del 2012, adottata con delibera del 6 settembre 2012, n. 23863, con cui è stato innovato quanto precedentemente indicato dall'Agcm riguardo ad aspetti procedurali altrettanto fondamentali<sup>(86)</sup>, cogliendo anche occasione per chiarire

(82) Inoltre, gli impegni sono stati utilizzati anche in materia di concentrazioni, dalla Commissione che li ha previsti nel Regolamento CE n. 4064/1989, e dall'Agcm pur se in assenza di un'espressa disposizione legislativa.

(83) In particolare è stato previsto che queste imprese possano presentare, mediante la compilazione di un formulario predisposto dall'Autorità, una "versione non definitiva degli impegni" con congruo anticipo rispetto al termine di tre mesi decorrenti dall'inizio dell'istruttoria (entro il quale le parti interessate devono, in ogni caso, far pervenire all'Autorità la "versione definitiva degli impegni proposti"), prevedendone, salvo il caso di rigetto per manifesta infondatezza degli impegni proposti, la pubblicazione, in modo tale da consentire ai terzi interessati di presentare le proprie osservazioni scritte al riguardo.

(84) Come la pubblicazione della versione definitiva degli impegni, oltre che sul sito internet, anche sul Bollettino di cui all'art. 26 della l. n. 287/1990.

(85) Nello specifico, in quest'altra Comunicazione è stato chiarito che, successivamente alla pubblicazione degli impegni, la Direzione competente formuli richieste di ulteriori informazioni quando in tal senso necessiti l'Autorità e non più direttamente la Direzione, come invece previsto nella precedente Comunicazione. L'Agcm ha anche stabilito di avere facoltà di decidere motivatamente sugli impegni fino all'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie alle imprese, senza, quindi, riprodurre l'indicazione della Comunicazione del 2006, per la quale, con la stessa delibera con cui è disposta la pubblicazione degli impegni, doveva anche essere determinato il termine entro il quale prendere la decisione.

(86) Con particolare interesse per la partecipazione procedimentale, con la Comunicazione da ultimo adottata, l'Agcm ha infatti previsto che, nella fase da ultimo indicata, dette parti "anche su propria istanza saranno sentite" dalla Direzione

importanti profili sostanziali: l'Agcm ha formalizzato quanto precedentemente confermato dalla prassi e dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria affermando che deve ritenersi "non opportuna l'adozione di decisioni concernenti impegni nei casi in cui il comportamento restrittivo o lesivo della concorrenza appare sufficientemente grave da far ritenere appropriata l'imposizione di una sanzione". L'Agcm ha anche specificato che gli impegni devono essere "suscettibili di attuazione piena e tempestiva, nonché facilmente verificabili e idonei a rimuovere efficacemente i profili anticoncorrenziali individuati nel provvedimento di avvio di istruttoria". Tenendo espressamente conto della "ampia discrezionalità" di cui la stessa Autorità gode nella valutazione degli impegni proposti dalle imprese, e di come tale discrezionalità sia "confermata dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale", l'Agcm ha stabilito che "gli impegni devono essere valutati anche in considerazione dell'interesse dell'Autorità al proseguimento del procedimento istruttorio". In particolare, nella Comunicazione "[r]esta fermo che le decisioni concernenti gli impegni devono accertare che l'intervento dell'Autorità non è più giustificato, senza giungere alla conclusione dell'eventuale sussistenza dell'infrazione"<sup>(87)</sup>.

Considerando che l'accettazione degli impegni e la chiusura dell'istruttoria escludono ex lege l'irrogazione delle sanzioni, occorre chiedersi se la previsione di questi impegni non abbia legittimato l'esercizio di una funzione di regolazione da parte dell'Agcm attraverso poteri di intervento manipolativo sul mercato, ossia oltre la mera funzione di controllo sul corretto svolgimento delle dinamiche

competente dell'Agcm al fine di fornire precisazioni, i chiarimenti, ma anche "le eventuali integrazioni", che fossero necessari per la comprensione del contenuto degli impegni proposti, nonché "della loro efficacia a risolvere i problemi anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria". Inoltre, l'Autorità si è riservata la possibilità di consentire in ipotesi eccezionali, sulla base di una motivata e tempestiva istanza di parte, la presentazione di impegni oltre il termine di tre mesi previsto dall'art. 14-ter, della l. n. 287/1990.

<sup>(87)</sup> Nella Comunicazione del 2012, anche il rigo degli impegni è regolato più chiaramente e i tempi del procedimento sono stati precisati. Anche la chiusura del procedimento è stata definita a priori dall'Agcm che ha stabilito che l'intera procedura di pubblicazione e valutazione degli impegni debba concludersi entro tre mesi dalla data di pubblicazione degli impegni, fatte salve specifiche esigenze istruttorie e prevedendo la sospensione del termine in caso di richiesta di pareri obbligatori per il tempo necessario all'acquisizione degli stessi. L'Agcm ha altresì stabilito che le modifiche accessorie agli impegni possano essere presentate "una sola volta".

competitive<sup>(88)</sup>. Occorre altresì chiedersi se non sia stato istituzionalizzato uno spazio di discrezionalità amministrativa in capo all'Agcm sull'applicabilità della sanzione per valutare come ciò possa riflettersi sul sindacato giurisdizionale. A quest'ultimo riguardo, pare condivisibile sostenere che l'idoneità degli impegni a far venir meno i profili anticoncorrenziali sia oggetto di una verifica che deve rimanere legata all'utilizzo di valutazioni tecniche, per le quali dovrebbe esercitarsi il medesimo tipo di sindacato prospettato dalla giurisprudenza in riferimento alla valutazioni tecniche poste a fondamento delle sanzioni *antitrust*. Ciò potrebbe essere argomentato affermando che, nel momento in cui l'Agcm si limita a valutare gli impegni presentati dalle imprese, non potendone integrare il contenuto con la previsione di ulteriori prescrizioni<sup>(89)</sup>, non pare poter operare una scelta creativa come invece accade per il caso delle prescrizioni che spesso integrano i provvedimenti inibitori *antitrust* dell'Agcm, né pare operare una scelta per la quale la legge impone la comparazione di diversi interessi pubblici, come invece accade per il caso delle esenzioni in materia di intese. Anche accogliendo questa ricostruzione, tuttavia, rimarrebbe da considerare il dato normativo di fatto rappresentato dall'art. 14-ter della legge *antitrust*, per il quale l'Agcm, valutata l'idoneità degli impegni, "può" e non "deve" rendere obbligatori gli impegni per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione, oltre al fatto che la Comunicazione del 2012 definisce "non opportuna" l'accettazione degli impegni nei casi di illeciti apparentemente gravi in misura sufficiente da far ritenere appropriata l'irrogazione della sanzione.

In proposito, è interessante ricordare quanto deciso dal Consiglio di Stato, sez. VI, 20 aprile 2011, n. 2438<sup>(90)</sup>, nel giudizio avente ad oggetto la sentenza con cui il giudice di primo grado ha riunito e respinto i ricorsi proposti da Wind Telecomunicazioni s.p.a. e Telecom Italia s.p.a. contro il provvedimento con cui l'Agcm ha sanzionato queste ultime per aver posto in essere distinti abusi di posizione dominante in violazione dell'art. 82 del Trattato CE (ora art. 102 TFUE). L'istruttoria che aveva

<sup>(88)</sup> Tra gli autori per i quali, in diversi casi, l'Agcm avrebbe assunto il ruolo di regolatore, cfr. G. COLANGELO, *I rischi della concorrenza*, cit. 353; A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni*, cit., 503.

<sup>(89)</sup> Cfr. Tar Lazio, sez. I, 19 novembre 2008, n. 10428, che ha chiaramente stabilito che gli impegni resi vincolanti dall'Autorità devono essere esattamente quelli che l'impresa ha proposto.

<sup>(90)</sup> In *Fam amm CDS 2011 A 1314* --

portato alla comminazione delle summenzionate sanzioni era stata avviata anche nei confronti di Vodafone s.p.a. nella sua qualità di operatore di rete mobile c.d. integrato<sup>(91)</sup>, tuttavia, quest'ultima società non è stata sanzionata in quanto si è vista accettare gli impegni che aveva presentato entro i termini previsti dalla legge. Secondo gli appellanti, con l'accettazione degli impegni proposti da Vodafone, l'Agcm avrebbe implicitamente concluso per la qualificazione di "non gravità" dell'illecito e, conseguentemente, per la non sanzionabilità dell'abuso anche nei loro confronti<sup>(92)</sup>. Tuttavia, il Consiglio di Stato ha rigettato quanto sostenuto da Telecom, sottolineando che il tredicesimo considerando dello stesso regolamento comunitario citato dall'appellante puntualizza che le decisioni concernenti gli impegni non sono "opportune" nei casi in cui la Commissione intende irrogare un'ammenda. Dalla formulazione testuale del suindicato considerando, il Consiglio di Stato ha desunto che la Commissione dispone di un "notevole margine di discrezionalità nel valutare se accettare le misure proposte dalle imprese rendendo obbligatoria una decisione ai sensi dell'art. 9 del Reg. n. 1/2003". Pertanto, "la valutazione preliminare di "gravità" dell'abuso costituisce unicamente un limite di opportunità da apprezzare nel valutare se adottare la decisione con impegni, non già, viceversa, un vincolo imposto ex lege, la Commissione e le [autorità antitrust nazionali] disponendo di ampia discrezionalità nell'individuazione delle proprie priorità di intervento"<sup>(93)</sup>. Che è quanto riconosciuto dalla giurisprudenza comunitaria, da quanto affermato dal Consiglio di Stato che cita in proposito la sentenza 11 luglio 2007, Alrosa c. Commissione, con cui il Tribunale di primo grado ha sostenuto che "la

<sup>(91)</sup> Ossia di operatore che fornisce servizi di comunicazione mobile attraverso infrastrutture di rete che utilizzano sulla base di risorse radio (frequenze) ad essi assegnate in via esclusiva.

<sup>(92)</sup> Ad avviso della ricorrente Telecom, condizione perché l'Agcm potesse concludere la procedura antitrust mediante l'accoglimento di un impegno era che la stessa non avesse ad oggetto infrazioni "gravi" che giustificassero l'applicazione di una sanzione.

<sup>(93)</sup> Nella stessa decisione il Tribunale di primo grado ha anche affermato che "l'obiettivo dell'art. 7, n. 1 del regolamento n. 1/2003 è lo stesso di quello perseguito dall'art. 9, n. 1, e coincide con l'obiettivo principale del regolamento n. 1/2003, che è quello di garantire un'efficace applicazione delle regole di concorrenza previste dal Trattato" (punto 95) e che "per il conseguimento di tale obiettivo la Commissione dispone di un margine di valutazione discrezionale nella scelta offertale dal regolamento n. 1/2003 di rendere obbligatorie gli impegni proposti dalle imprese interessate e di adottare una decisione ai sensi dell'art. 9 o di seguire la via prevista dall'art. 7, n. 1 del medesimo regolamento, che esige l'accertamento di un'infrazione".

Commissione non è mai tenuta, in forza dell'art. 9, n. 1 del regolamento n. 1/2003 a decidere di rendere obbligatori degli impegni piuttosto che ad agire ai sensi dell'art. 7 del medesimo regolamento"; e che "non è pertanto tenuta a fornire le ragioni per le quali degli impegni non le sembrano idonei ad essere resi obbligatori in modo da concludere il procedimento". Sentenza, in parte qua, non contraddetta dalla Corte di giustizia con la pronuncia della Grande Sezione 29 giugno 2010, n. C-441/07 P (Commissione c. Alrosa Company Ltd), con cui è stata confermata la sussistenza, in capo alla Commissione, di un ampio margine discrezionale nel determinarsi ai sensi dell'art. 9 del regolamento CE n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002. Quanto stabilito nella giurisprudenza appena citata, congiuntamente al fatto che "[l]'ampia discrezionalità [...] confermata dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale" nella valutazione degli impegni proposti dalle imprese viene espressamente richiamata anche in ambito nazionale nella più recente Comunicazione dell'Agcm, per la quale questi ultimi devono essere valutati "anche in considerazione dell'interesse dell'Autorità al proseguimento del procedimento istruttorio", sembrerebbe confermare che con l'istituto degli impegni si sia creata una parentesi procedimentale nel corso della quale l'attività (vincolata) sanzionatoria antitrust dipenda e sia preceduta da un'attività amministrativa discrezionale.

Tuttavia, l'ampia discrezionalità che, nella sentenza n. 2438/2011, il Consiglio di Stato riconosce all'Agcm nell'accettazione degli impegni (e nella conseguente chiusura dell'istruttoria) andrebbe valutata in relazione alla particolare posizione che la fase di accettazione degli impegni assume nel procedimento sanzionatorio antitrust nel suo complesso<sup>(94)</sup>. Al riguardo, il Consiglio di Stato, sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4393<sup>(95)</sup>, ha respinto la tesi secondo cui l'atto di rigetto degli impegni costituirebbe un provvedimento unilaterale idoneo ad esprimere una volizione definitiva da parte dell'Autorità. Al contrario, l'atto in questione (laddove di segno

<sup>(94)</sup> Sotto questo profilo, è interessante ricordare il T.A.R. Roma Lazio, sez. I, 9 maggio 2011, n. 3964 (in *Foro amm. TAR*, 2011, 6, 1918, con nota di E.A. RAFFAELLI, *Il difficile equilibrio tra public e private enforcement nell'applicazione del diritto antitrust*), per il quale "[g]li impegni previsti dall'art. 14 ter, l. n. 287 del 1990 non possono essere presentati ed accettati a fronte di condotte che hanno consumato i loro effetti a meno che, rispetto ad esse, non siano in grado di rimuovere questi ultimi con efficacia retroattiva. In sostanza, l'accettazione degli impegni richiede necessariamente la verifica della loro idoneità alla riparazione con efficacia retroattiva delle condotte poste in essere e già produttive di effetti potenzialmente lesivi della libera concorrenza".

<sup>(95)</sup> In *Foro amm. CDS*, 2012, 5, 1349 ss. con nota di F. RISO, *CE e antitrust*.

negativo), lungi dal costituire un arresto procedimentale in senso proprio, si limita a segnare la riconduzione di questa particolare fase procedimentale nel più ampio alveo di un unitario procedimento istruttorio il cui esito finale resta comunque aperto a ogni possibile soluzione. Sulla base di questa ricostruzione, il Consiglio di Stato ha negato l'impugnabilità del rigetto degli impegni, per ammetterla solo nel caso di accettazione degli stessi. In questa sentenza, con cui è stato riconosciuto il carattere endoprocedimentale piuttosto che subprocedimentale della fase degli impegni, il Consiglio di Stato ha anche avuto modo di chiarire la rilevanza dei principi enucleati dalla Corte di giustizia con la pronuncia della Grande Sezione 29 giugno 2010, per la quale *"la funzione amministrativa esercitata dalla Commissione europea (nella sua veste di Autorità antitrust comunitaria) in sede di decisione sugli impegni presenta un carattere parzialmente diverso rispetto a quella esercitata in sede di accertamento finale delle violazioni e di irrogazione delle sanzioni"*. In linea con questa interpretazione, il Consiglio di Stato ha affermato che *"il vaglio compiuto dall'A.G.C.M. in sede di decisione sulla proposta di impegni verta su aspetti e presupposti in parte diversi rispetto a quelli su cui verte la decisione finale osservando che il primo di tali scrutini verte essenzialmente sull'aspetto teleologico relativo all'idoneità degli impegni proposti a rimuovere gli effetti della condotta anticoncorrenziale, mentre il secondo di essi verte sul diverso aspetto – per così dire – "finale e sostanziale relativo alla sussistenza o meno dell'illecito antitrust in quanto tale"*.

Considerando poi che, nella maggior parte dei casi, prima della scadenza del termine per presentare gli impegni, i fatti non sono ancora accertabili nella loro completezza, e che, quindi, il giudizio che l'Agcm opera sulla gravità delle condotte anticoncorrenziali poste in essere è di tipo sommario (anche perché è la stessa legge che prescrive all'Agcm di *"chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione"* in caso di accettazione degli impegni), sembra proprio che la discrezionalità riconosciuta dalla giurisprudenza sia, per quanto con ampi spazi di opinabilità, pur sempre di tipo tecnico-economico, caratterizzando il raffronto che l'Agcm idealmente conduce pesando, da una parte, gli effetti (e la gravità) degli illeciti in termini sommariamente riconducibili agli impegni presentati, e, dall'altra, l'idoneità degli impegni a eliminare tali effetti. È in quest'ambito di valutazioni che pare debba propriamente manifestarsi la discrezionalità tecnica dell'Agcm, ossia un potere di scelta, non tanto sul sanzionare o meno, che dovrebbe essere un atto dovuto quando l'illiceità emerge fin da subito chiaramente in misura grave, quanto, invece, nel reputare che gli effetti degli illeciti *antitrust*, per quanto

potenzialmente gravi alla luce di una più completa istruttoria, siano neutralizzati dalle misure oggetto degli impegni<sup>(96)</sup>. In questo senso, la norma per la quale, in caso di valutazione positiva degli impegni, l'Agcm *"può"* chiudere l'istruttoria senza accertare gli illeciti, non andrebbe letta come norma legittimante un *"potere sanzionatorio discrezionale"*, ma un potere ordinatorio non vincolante, che deve essere esercitato prima dell'accertamento tecnico funzionale all'irrogazione delle sanzioni e che condiziona tale accertamento (e la conseguente risposta sanzionatoria) limitatamente alle ipotesi in cui la gravità degli illeciti non sia già rilevabile nella sua sostanza<sup>(97)</sup>. Il potere sanzionatorio *antitrust* resterebbe un potere il cui esercizio è vincolato alla gravità della condotta anticoncorrenziale, ossia ad un presupposto prefissato (seppur in modo giuridicamente indeterminato) dal legislatore, mantenendo altresì una posizione di preminenza rispetto al potere decisionale di accettazione degli impegni.

La preminenza del potere sanzionatorio sul potere di accettazione degli impegni può essere argomentata facendo riferimento agli aspetti funzionali sottesi ai due distinti ordini di poteri in una prospettiva unitaria alla tutela oggettiva della concorrenza<sup>(98)</sup>. Inoltre, il ruolo del potere

<sup>(96)</sup> Cfr. T.A.R. Roma Lazio, sez. I, 9 maggio 2011, n. 3964: *"gli impegni previsti dall'art. 14 ter, l. n. 287 del 1990 non possono essere presentati ed accettati a fronte di condotte che hanno consumato i loro effetti a meno che, rispetto ad esse, non siano in grado di rimuovere questi ultimi con efficacia retroattiva. In sostanza, l'accettazione degli impegni richiede necessariamente la verifica della loro idoneità alla riparazione con efficacia retroattiva delle condotte poste in essere e già produttive di effetti potenzialmente lesivi della libera concorrenza"*.

<sup>(97)</sup> Cfr. F. RISSO, *Gli impegni*, cit., 1363, per la quale, *"in ogni caso, il criterio in base al quale l'Autorità dovrebbe orientare la sua scelta è quello della gravità dell'infrazione"*, sostenendo che *"l'opportunità di accogliere la proposta di impegni sarebbe da escludere in caso di violazioni gravi in quanto la rinuncia ad applicare la sanzione verrebbe a privare la decisione dell'Autorità della sua efficacia deterrente diretta ed indiretta"*.

<sup>(98)</sup> Il ruolo degli impegni nel sistema antitrust non dovrebbe essere considerato tale da privilegiare l'accettazione da parte dell'Agcm a discapito della funzione punitiva. In un'ottica di efficienza del sistema antitrust, le sanzioni ben possono preservare l'interesse al libero gioco della concorrenza proprio quando consistano in punizioni che abbiano una misura afflittiva e una probabilità di irrogazione tali da far desistere le imprese dal compimento delle condotte vietate. Anche il buon funzionamento degli impegni dipende dall'effettiva deterrenza delle sanzioni, poiché non sarebbe efficiente un sistema antitrust per il quale l'ammontare delle sanzioni imposte fosse inferiore alle perdite conseguenti all'adozione degli impegni.

sanzionatorio è confermato dalla giurisprudenza comunitaria e, di riflesso, da quella nazionale, che ha ribadito sia la natura punitiva della sanzione, sia la sua efficacia deterrente<sup>(99)</sup>, oltre a escludere che le decisioni con impegni siano assimilabili agli accordi sostitutivi del provvedimento amministrativo<sup>(100)</sup>. Anche la più recente evoluzione della prassi dell'Agcm è sintomatica della posizione ancillare che le decisioni con impegni dovrebbero assumere rispetto alle sanzioni *antitrust*: negli ultimi due anni, l'Agcm ha dimostrato di ricorrere all'accettazione degli impegni meno facilmente di quanto fatto nei primi anni successivi all'introduzione dell'art. 14-ter. Nel corso dell'anno 2012 l'Agcm ha anche progressivamente incrementando l'entità delle sanzioni *antitrust*, con ciò allineandosi "nei fatti" agli Orientamenti comunitari adottati dalla Commissione europea con la Comunicazione nel 2006 (Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, par. 2, lett. a), del regolamento CE n. 1/2003)<sup>(101)</sup>.

Se è la funzione sanzionatoria a prevalere nel sistema *antitrust* nel suo complesso, considerando che, in forza della stessa legge *antitrust*, la prosecuzione dell'accertamento sanzionatorio può essere preclusa dall'adozione di decisioni con impegni, sembra corretto affermare che limitare il sindacato del giudice amministrativo su tali decisioni in ragione di una supposta discrezionalità amministrativa dell'Agcm rischia di compromettere indirettamente la legalità della funzione sanzionatoria stessa, di per sé destinata, invece, ad essere assoggettata ad un controllo giurisdizionale penetrante (nei limiti della opinabilità insita nei concetti tecnico-giuridici utilizzati). In favore di un controllo giurisdizionale *antitrust*, il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 424/2008, ha stabilito che

<sup>(99)</sup> Questo riconoscimento è chiaro nelle decisioni del Consiglio di Stato, nn. 926/2004, 5368/2004, così come nella successiva giurisprudenza (Cfr. Consiglio Stato, sez. VI, 17 dicembre 2007, n. 6469; 27 febbraio 2008, nn. 695 e 697; e n. 424/2008).

<sup>(100)</sup> Il Consiglio di Stato, sez. VI, 19 novembre 2009, n. 7307, ha stabilito che "la valutazione rimessa all'Autorità, lungi dal configurare un accordo tra le parti, integra, piuttosto, un provvedimento unilaterale, che valuta positivamente e rende giuridicamente efficace un atto endoprocedimentale di parte". Diversamente interpretando, il potere sanzionatorio dell'Agcm potrebbe essere considerato sostituibile con un potere di matrice mista, pubblicistica e privatistica, in possibile conflitto con la funzione amministrativa punitiva, di per sé esercitata tramite poteri vincolati.

<sup>(101)</sup> È significativo il richiamo alla funzione deterrente fatto in occasione della Presentazione al Parlamento della Relazione annuale sull'attività svolta nel 2011.

la discrezionalità che caratterizza la decisione dell'Agcm sugli impegni presentati dalle imprese "è comunque soggetta al sindacato giurisdizionale [...], con possibilità di contestare sia la mancata accettazione degli impegni, sia l'accettazione degli stessi". Secondo il Consiglio di Stato "lo stesso Reg. n. 1/03 (considerando 13), all'evidente fine di evitare che l'accettazione degli impegni diventi solo un modo per evitare la sanzione, diminuendone così l'efficacia deterrente, precisa che le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione (in questo caso, l'Autorità) intende comminare un'ammenda, inducendo a ritenere applicabile l'istituto soprattutto nei casi meno gravi"<sup>(102)</sup>. Secondo questa interpretazione, piuttosto che enfatizzare il concetto di "opportunità" onde mettere in risalto la discrezionalità dell'autorità preposta alla tutela della concorrenza, viene messo in evidenza come nel Regolamento siano valutate negativamente le decisioni con impegni nei casi in cui tale autorità intenda sanzionare, proprio per impedire che la funzione sanzionatoria venga messa in secondo piano. Può in ogni caso essere molto difficile individuare con precisione il confine tra quei casi in cui un illecito anticoncorrenziale può essere considerato grave senza che sia necessario procedere con quelle ulteriori attività che caratterizzano l'istruttoria *antitrust* dopo che siano trascorsi i tre mesi che, a decorrere dalla notifica dell'apertura di quest'ultima, hanno a disposizione le imprese per presentare gli impegni. Pur senza dimenticare che l'Agcm non procede alla formulazione degli impegni ma soltanto alla loro valutazione e accettazione, lo spazio di discrezionalità tecnica in questo caso è particolarmente accentuato in quanto tale valutazione complessa è rivolta al futuro.

In ragione dell'esigenza di conformità con l'ordinamento comunitario (lasciando da parte ogni indagine sulla fondatezza di una tutela giurisdizionale nazionale maggiormente effettiva) si deve completare ricordando che, nella sentenza della Corte di giustizia da ultimo citata (riportata in nota nella stessa Comunicazione dell'Agcm del 2012), è stabilito che il sindacato giurisdizionale sulle decisioni con impegni debba limitarsi al controllo dell'eventuale errore manifesto. Che questa interpretazione possa essere determinata dal grado di conoscibilità dei fatti che caratterizza la fase di presentazione degli impegni non può essere certamente tralasciato, anche se la dottrina ha avuto modo di rilevare come una simile impostazione rischi di

<sup>(102)</sup> Anche se poi lo stesso Consiglio di Stato ha ribadito che il sindacato del giudice non debba essere sostitutivo.

“modulare discrezionalmente (sino a elidere del tutto) il potere sanzionatorio”<sup>(103)</sup>, ponendo quest’ultimo in “posizione strumentale (e quindi secondaria) rispetto all’esigenza ripristinatoria del mercato”<sup>(104)</sup>. Una tale modulazione discrezionale e la posizione del potere sanzionatorio che ne deriva possono anche essere lette come conseguenza del cambiamento della tutela pubblicistica della concorrenza verso un sistema amministrativo indipendente di regolazione, ove l’Autorità venga legittimata a compiere scelte di politica della concorrenza ponendo regole vincolanti nei confronti degli operatori economici, in modo tale da indirizzarne e condizionarne ulteriormente l’operare nel mercato. In quest’ottica, tuttavia, si dovrebbe rimettere in discussione tutto il sistema della tutela pubblicistica della concorrenza nel suo insieme, indipendenza dell’Agcm compresa, valutando quelle che potrebbero essere le soluzioni di equilibrio tra la supposta funzione di regolazione dell’Agcm e la connessa (e rinnovata) funzione sanzionatoria, dovendo necessariamente rivisitare i principi giuridici che hanno sinora caratterizzato il potere attraverso il quale è stata esercitata quest’ultima funzione. Da questo punto di vista, quindi, gli impegni meritano decisamente più attenzione rispetto a quanto si potrebbe dire per i programmi di clemenza.

<sup>(103)</sup> In questi termini, F. GIULIANO, *Il caso «Arosas» e la proporzionalità nelle decisioni con impegni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 3, 250 ss.

<sup>(104)</sup> Così F. RISSO, *Gli impegni*, cit., 4398.

## IL DIRITTO DI ACCESSO AGLI ATTI DEI CONSIGLIERI COMUNALI E PROVINCIALI

di Paolo Marta

SOMMARIO: 1. I fondamenti costituzionali del diritto di accesso agli atti documentari amministrativi in generale – 2. Evoluzione storica delle disposizioni in tema di diritto di accesso dei consiglieri comunali e provinciali – 3. Contenuto e limiti – 4. La compatibilità fra diritto di accesso dei consiglieri e tutela della riservatezza – 5. Un problema particolare: l’accesso ai pareri legali – 6. Conclusioni

### 1. *I fondamenti costituzionali del diritto di accesso agli atti e documenti amministrativi in generale*

Prima di affrontare la ricostruzione della normativa che in questi anni ha regolamentato il diritto di accesso agli atti documentari amministrativi, è opportuno soffermarsi su una breve disamina degli orientamenti dottrinari e giurisprudenziali in merito ai principi costituzionali posti a fondamento della trasparenza dell’azione amministrativa. In dottrina si è affermato che il diritto di accesso agli atti trova il suo fondamento nella libertà di informazione di cui all’art. 21 Cost., intesa non solo come libertà di dare notizie ma anche come libertà di chiederle e riceverle<sup>(1)</sup>.

La giurisprudenza costituzionale ha deciso che la libertà di ricevere informazioni si concretizza nell’interesse alla rimozione di “ostacoli legali anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee”<sup>(2)</sup>. Secondo questa ricostruzione operata dal giudice delle leggi, la libertà costituzionale di informazione viene vista non solo dal versante attivo (come libertà

<sup>(1)</sup> In merito v. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Diritto di accesso e interesse pubblico*, Napoli, 2006, 12, ma anche P. BARILE, S. GRASSI, voce *Informazione (libertà di)*, in *Nss. Dig. It., Appendice*, IV, 1983, 196 ss, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, II, 959.

<sup>(2)</sup> Così, ad es., Corte Cost., sent. n. 105/1972.