

# DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

## Il procedimento *antitrust* dinanzi all'AGCM

**Sommario:** I. CARATTERI GENERALI DEL PROCEDIMENTO ANTITRUST AVANTI ALLA AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO. – II. PRE-ISTRUTTORIA. – III. FASE ISTRUTTORIA. – 1. AVVIO DEL PROCEDIMENTO. – 2. POTERI ISTRUTTORI. – IV. SUB-PROCEDIMENTO CAUTELARE. – V. SUB-PROCEDIMENTO IMPEGNI. – VI. PARTECIPAZIONE DI SOGGETTI TERZI. – VII. COMUNICAZIONE DELLE RISULTANZE ISTRUTTORI. – VIII. DIRITTI DI DIFESA DELLE PARTI. – 1. IL DIRITTO AD ESSERE SENTITI. – 2. L'ACCESSO AL FASCICOLO.

### I. CARATTERI GENERALI DEL PROCEDIMENTO ANTITRUST AVANTI ALLA COMMISSIONE EUROPEA

La disciplina dei procedimenti che si svolgono dinanzi all'Autorità, sia ai fini dell'accertamento della violazione degli articoli 101 e 102 TFUE, che degli artt. 2 e 3 della l. n. 287/90, si desume dal complesso di *più fonti normative*: da alcune disposizioni della l. n. 287/90; dal d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217, adottato ai sensi dell'art. 10 c. 5, l. n. 287/90 recante il regolamento sulle procedure istruttorie<sup>1</sup>, che disciplina le fasi del procedimento istruttorio, i poteri di indagine dell'Autorità e i diritti delle parti e dei terzi; dalle delibere con le quali l'Autorità ha adottato la Comunicazione per l'applicazione dell'articolo 14-*bis* l. 10 ottobre 1990, n. 287 (misure cautelari)<sup>2</sup>, la Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 l. n. 287/90 (programma di clemenza nazionale)<sup>3</sup>, la Comunicazione sulle Procedure di applicazione dell'art. 14-*ter* l. n. 287/90 (impegni)<sup>4</sup>.

Le citate Comunicazioni adottate dall'Autorità costituiscono da un lato un ele-

mento di trasparenza e di certezza del diritto per le imprese sottoposte agli accertamenti, dall'altro un vincolo per la stessa Autorità. Da ciò discende, secondo la giurisprudenza del giudice amministrativo<sup>5</sup>, che l'eventuale inosservanza delle disposizioni a cui la stessa Autorità si è autovincolata determina un vizio procedimentale idoneo a riverberarsi in un vizio di legittimità del provvedimento finale.

La disciplina del procedimento *antitrust*, che risulta dal complesso normativo appena descritto, presenta un *carattere di specialità* rispetto alla disciplina generale del procedimento amministrativo prevista dalla l. n. 241/90; tuttavia, come è stato osservato dalla dottrina e affermato dalla giurisprudenza, il complesso dei principi ricavabili dalla l. n. 241/90 si pone come canone interpretativo delle leggi di settore, eventualmente imponendo di non fermarsi ad una interpretazione letterale della *lex specialis*, ma di cercare, tra i significati e le interpretazioni possibili di un testo, quello che è meglio in grado di soddisfare le esigenze conoscitive e partecipative tutelate in via generale dal legislatore<sup>6</sup>.

Come si è visto *supra*, la disciplina nazionale è largamente ispirata alla corrispondente disciplina comunitaria, sicché, nonostante alcune differenze anche significative, si registra una certa specularità fra norme comunitarie e nazionali, che consente di utilizzare la giurisprudenza comunitaria quale utile parametro per verificare la legittimità e correttezza dei procedimenti svolti dinanzi all'Autorità.

Incidentalmente va rilevato che la

<sup>1</sup> Reg. in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della Concorrenza e del mercato, in Gazzetta Ufficiale del 9 luglio 1998, n. 158.

<sup>2</sup> Delibera AGCM 14 dicembre 2006, n. 16218 pubblicata sul sito istituzionale [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>3</sup> Delibera AGCM 15 febbraio 2007, n. 16472, successivamente modificata dalla Delibera AGCM 6 maggio 2010, n. 21092 pubblicata sul sito istituzionale [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>4</sup> Delibera AGCM 6 settembre 2012, n. 23863 - Procedure di applicazione dell'art. 14-*ter* l. 10 ottobre 1990, n. 287, in *Boll.* n. 35 del 17 settembre 2012.

<sup>5</sup> TAR Lazio, sez. I, 9 maggio 2011, n. 3964; 10 maggio 2010, n. 10572 confermata da Consiglio di Stato, sez. VI, 30 maggio 2011, n. 3230.

<sup>6</sup> Consiglio di Stato, VI, 12 novembre 2012, n. 7265.

riforma introdotta dal Reg. n. 1/03 richiederebbe un adeguamento della disciplina nazionale, con particolare riguardo all'abolizione del sistema di notifica delle intese, che rimane invece previsto a livello nazionale dall'art. 13 l. n. 287/90.

Lo scopo delle regole procedurali nazionali, così come quelle comunitarie, è quello di assicurare il pieno esercizio dei diritti di difesa delle imprese indagate, nel rispetto del principio c.d. di "parità delle armi", elaborato dalla giurisprudenza dell'Unione. A tale scopo, infatti, è volta la minuziosa regolamentazione dei poteri istruttori dell'Autorità, nonché dei diritti e facoltà delle parti, con particolare riguardo al diritto di essere sentiti e di accedere agli atti del fascicolo istruttorio, come si vedrà meglio nel prosieguo.

Anche a livello nazionale, come prima a livello comunitario, si è affermata la natura amministrativa del procedimento che si svolge dinanzi all'Autorità e, conseguentemente, l'impossibilità di applicare gli istituti e le norme di carattere processuale, sebbene la natura "contenziosa" delle procedure conferisca un ruolo centrale ai principi del contraddittorio e della partecipazione al procedimento delle imprese indagate, in una logica di tutela dei loro diritti di difesa<sup>7</sup>.

Il procedimento *antitrust* dinanzi all'Autorità si suddivide in tre fasi: *i*) la fase pre-istruttoria, che precede l'apertura formale del procedimento; *ii*) la fase istruttoria, che è volta ad acquisire gli elementi di prova utili all'accertamento della violazione ipotizzata in sede di avvio in contraddittorio con le parti; *iii*) la fase di chiusura del procedimento, con l'adozione del provvedimento finale.

## II. PRE-ISTRUTTORIA

La fase che precede l'apertura dell'istruttoria è caratterizzata dalla *informalità*, diversamente dalla corrispondente disciplina comunitaria. Infatti, né l'art. 12 c.c. 1, l. n. 287/90, né il Reg. sulle procedure istruttorie regolano nel dettaglio la

fase pre-istruttoria; a differenza della Commissione, in questa fase l'Autorità non dispone di poteri istruttori di accertamento. Ciò significa che, al fine di valutare la sussistenza del *fumus* della sussistenza della violazione ai fini di un eventuale avvio dell'istruttoria, l'acquisizione degli elementi utili è sostanzialmente rimessa alla collaborazione dei soggetti destinatari delle richieste di informazioni, non essendo queste assistite da poteri sanzionatori in caso di omessa o insufficiente risposta. Né, in questa fase, l'Autorità dispone di poteri ispettivi, che potranno essere esercitati solo dopo l'avvio del procedimento. La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che gli adempimenti posti in essere informalmente nella fase che precede l'avvio dell'istruttoria sono non solo legittimi, ma doverosi, rispondendo a criteri di economicità e buon andamento dell'attività amministrativa secondo cui l'avvio di un procedimento *antitrust*, in particolar modo a seguito di denuncia, deve essere preceduto da una prima delibazione degli elementi a disposizione<sup>8</sup>. L'Autorità può avviare un procedimento *ex officio* sulla base di istanze, segnalazioni, denunce di terzi interessati (pubbliche amministrazioni, privati, associazioni di consumatori – cfr. art. 12 c.c. 1, l. n. 287/90); di domande di ammissione al programma di clemenza; di elementi informativi in qualunque modo acquisiti e a sua disposizione. Anche una denuncia anonima può ritenersi idonea ad attivare i poteri pre-istruttori e istruttori dell'Autorità<sup>9</sup>.

Con riguardo alla *durata della fase pre-istruttoria*, il giudice amministrativo ha ritenuto che non possa riscontrarsi alcuna compromissione del diritto di difesa delle parti derivante dal ritardo con cui l'Autorità procede all'avvio, evidenziando che il lasso temporale che intercorre tra l'arrivo della segnalazione e l'avvio dell'istruttoria si configura come necessario a valutare la sussistenza di un *fumus* di un infrazione<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> TAR Lazio, sez. I, 15 aprile 1999, n. 873.

<sup>8</sup> Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2002, n. 652; 30 agosto 2002, n. 7451; 27 gennaio 2004, n. 3729.

<sup>9</sup> Cons. St., sez. VI, 29 settembre 2009, n. 5864.

<sup>10</sup> Cons. St., sez. VI, 3 marzo 2009, n. 1012; 2 marzo 2009, n. 1190.

Qualora l'Autorità ritenga che non sussistono elementi sufficienti per avviare un procedimento istruttorio, adotta una decisione di archiviazione che viene comunicata al denunciante. La decisione di archiviazione non preclude all'Autorità di potersi attivare in futuro in presenza di ulteriori elementi informativi sulla medesima fattispecie o se mutino le circostanze di fatto o di diritto su cui si fonda l'archiviazione. Anche il giudice amministrativo nazionale, dopo un primo orientamento negativo ormai superato, si è conformato alla giurisprudenza comunitaria, ammettendo la legittimazione dei soggetti denunciati ad agire avverso la decisione di archiviazione. I giudici hanno precisato che il denunciante può far valere l'interesse a che l'Autorità prenda in esame e si pronunci sulla sua denuncia, e non l'interesse ad ottenere l'avvio del procedimento<sup>11</sup>. Il Consiglio di Stato ha altresì evidenziato che l'Autorità, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica non è tenuta ad approfondire specificamente ogni punto della segnalazione dell'illecito, essendo sufficiente che esamini complessivamente il tema posto alla sua attenzione, cogliendone le linee portanti e dandone conto<sup>12</sup>.

Nelle ipotesi in cui gli Uffici dell'Autorità, sulla base degli accertamenti effettuati, ritengano che sussista una *fumus* di violazione, sottopongono la proposta al Collegio, che adotta il provvedimento formale di avvio del procedimento istruttorio.

### III. FASE ISTRUTTORIA

1. *L'avvio del procedimento*. – Il provvedimento di avvio del procedimento deve contenere gli elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni, il termine di conclusione del procedimento, il responsabile del procedimento, nonché il termine entro il quale le parti possono chiedere di essere sentiti dagli Uffici (cfr. art. 6 d.P.R. n. 217/98). L'indicazione degli

“*elementi essenziali* in merito alle presunte infrazioni” è volta a consentire alle parti di avere contezza delle presunte violazioni loro contestate e di porle conseguentemente in grado di difendersi. Va tuttavia evidenziato che la contestazione formulata in sede di avvio si fonda sugli elementi al momento disponibili ed è dunque necessariamente sommaria. Sul punto, la giurisprudenza ha costantemente affermato che «l'analiticità delle argomentazioni riguarda la fase conclusiva del procedimento, che costituisce l'esito della fase istruttoria, mentre non sempre può caratterizzare la fase di avvio, nella quale, invece, devono essere con precisione identificati i soli profili delle condotte delle imprese oggetto dell'indagine, al fine di mettere in grado le stesse di poter proficuamente partecipare all'istruttoria»<sup>13</sup>. Con specifico riferimento alla definizione del mercato rilevante contenuta nel provvedimento di avvio, il TAR ha evidenziato che «non può ritenersi immutabile l'ipotesi delimitativa prospettata nella comunicazione di avvio del procedimento, che vale soltanto a identificare le coordinate generali, merceologiche e geografiche, del mercato, doverosamente suscettibili di precisazione e specificazione in funzione delle acquisizioni istruttorie successive»<sup>14</sup>.

Con riguardo al *termine di conclusione del procedimento*, per le intese e gli abusi esso è fissato di volta in volta dall'Autorità in relazione alle peculiarità del caso di specie ed è prorogabile, prima della scadenza e con adeguata motivazione, al fine di garantire all'Autorità massima libertà nell'esercizio dei poteri istruttori<sup>15</sup>. Qualora nel corso del procedimento l'Autorità intenda contestare alle stesse parti nuove infrazioni connesse con l'oggetto del procedimento adotta un provvedimento di *ampliamento oggettivo* dell'istruttoria oppure qualora l'Autorità intenda contestare la medesima infrazione ad altri soggetti adotta un *provvedimento di ampliamento soggettivo*, fermo restando che ciò non

<sup>11</sup> TAR Lazio, sez. I, 9 aprile 2001, n. 3056; 28 marzo 2002, n. 2369.

<sup>12</sup> Cons. St., sez. VI, 17 aprile 2007, n. 1738.

<sup>13</sup> Tra le altre, TAR Lazio, sez. I, 17 novembre 2011, nn. 8945, 8952, 8954 e 8955.

<sup>14</sup> TAR Lazio, sez. I, 24 dicembre 2011, n. 10180.

<sup>15</sup> Cons. St., sez. VI, 12 novembre 2003, n. 7265.

può pregiudicare i termini per la difesa delle parti coinvolte nell'istruttoria.

Il *responsabile del procedimento* cura il corretto svolgimento dell'attività istruttoria e pone in essere gli incumbenti procedurali, nonché decide in merito alle istanze di accesso agli atti e alle istanze di riservatezza presentate dalle parti.

Secondo la giurisprudenza prevalente, peraltro conforme a quella comunitaria, il provvedimento di avvio dell'istruttoria ha natura di atto endoprocedimentale e, poiché privo di autonomia e immediata lesività, non è autonomamente impugnabile. Eventuali vizi potranno dunque essere fatti valere in sede di impugnazione del provvedimento finale.

Si segnala tuttavia una sentenza del giudice di primo grado, il quale ha ritenuto che l'autonoma impugnazione dell'atto di avvio del procedimento e di autorizzazione delle ispezioni possa essere eccezionalmente ammessa laddove «rigorosamente circoscritta all'an dell'esercizio del potere amministrativo non potendo involgere il *quomodo* dello stesso», essendo così «le censure ammissibili [...] solo e soltanto quelle afferenti alla competenza dell'Autorità ad avviare lo stesso, vale a dire alla prospettata carenza in concreto del potere, laddove gli altri vizi dedotti, relativi alle modalità di esercizio del potere, devono ritenersi invece non immediatamente ed autonomamente lesivi e, quindi, in questa sede inammissibili, in quanto, una volta che l'Autorità abbia legittimamente avviato il procedimento avendone competenza, gli stessi possono essere fatti valere in sede di eventuale impugnazione del provvedimento conclusivo del procedimento, sulla cui legittimità possono refluire con efficacia viziante»<sup>16</sup>.

2. *Poteri istruttori*. – I poteri istruttori dell'Autorità sono modellati su quelli della Commissione e disciplinati nel dettaglio dal Regolamento sulle procedure istruttorie sia con riguardo alle *modalità*

*di esercizio* che alle *regole poste a garanzia* dei soggetti investigati.

L'Autorità può innanzi tutto *richiedere di fornire informazioni o esibire documenti*, in ogni momento dell'istruttoria, a chiunque ne sia in possesso, imprese, enti o persone (cfr. art. 14 c.c. 2, l. n. 287/90). La richiesta deve contenere gli elementi puntualmente indicati dall'art. 9 Reg. sulle procedure istruttorie al fine di porre il destinatario in grado di comprendere il contesto a cui si riferisce la stessa, lo scopo, i termini e le modalità con cui la richiesta deve essere soddisfatta e, infine, le sanzioni applicabili in caso di rifiuto, omissione o ritardo, senza giustificato motivo, o nel caso in cui siano fornite informazioni o esibiti documenti non veritieri. A quest'ultimo riguardo è stato osservato che l'importo delle sanzioni irrogabili risultano complessivamente di lieve entità ed appaiono inadeguate a garantire un efficace *enforcement* della disciplina<sup>17</sup>.

In questa sede deve ritenersi applicabile il c.d. divieto di autoincriminazione, nei termini stabiliti dalla Corte di Giustizia, secondo cui, al fine di garantire il rispetto dei diritti di difesa, non può imponersi alle imprese l'obbligo di fornire risposte attraverso le quali sarebbero indotte a confessare l'esistenza della trasgressione, che deve essere provata invece dalla Commissione<sup>18</sup>. In tal senso è orientato anche il giudice nazionale<sup>19</sup>.

L'*ispezione* costituisce uno strumento istruttorio fondamentale a disposizione dell'Autorità e particolarmente incisivo per i soggetti che vi sono sottoposti. L'art. 10 Reg. sulle procedure istruttorie pone una serie di garanzie volte ad assicurare il rispetto dei diritti di difesa ed evitare interventi arbitrari o sproporzionati. Sul punto, si segnala che il giudice amministrativo ha respinto la tesi secondo cui il potere ispettivo dell'Autorità, così come disciplinato dall'art. 14 c.c. 2, l. n. 287/90, sarebbe in contrasto con l'art. 8 CEDU<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> TAR Lazio, sez. I, 26 gennaio 2012, nn. 864-865.

<sup>17</sup> FATTORI - TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010, p. 407.

<sup>18</sup> C. giust. CE, 18 ottobre 1989, *Orkem*, C-374/87.

<sup>19</sup> TAR Lazio, sez. I, 5 luglio 2001, n. 6139 confermata da Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

<sup>20</sup> Cons. St., sez. VI, 11 aprile 2006, n. 1999. Si segnala inoltre TAR Lazio, sez. I, 26 gennaio 2012, nn. 864 e 865, che ha ritenuto manifesta-

*L'ispezione è autorizzata dal Collegio e i funzionari che svolgono l'ispezione esercitano i loro poteri su presentazione di un atto scritto, che precisi l'oggetto dell'accertamento, nonché le sanzioni che possono essere irrogate nel caso in cui, nel corso dell'accertamento ispettivo, non vengano fornite le informazioni o esibiti i documenti richiesti. Con riguardo alla scelta di esercitare il potere ispettivo il giudice ha ritenuto che «l'esercizio del potere ispettivo è una facoltà attribuita all'Autorità dalla legge, non soggetta ad alcun onere motivazionale, e la valutazione di opportunità di procedere a ispezione o ad altra forma di richiesta di documenti attiene al merito amministrativo ed è insindacabile in sede giurisdizionale, atteso che, diversamente, il giudice si sostituirebbe del tutto, sovrapponendo le sue valutazioni di opportunità, all'autorità amministrativa nell'esercizio del relativo potere»<sup>21</sup>.*

Va poi segnalato che il giudice ritiene ammissibile l'acquisizione, nell'ambito di un'istruttoria in corso, di documenti non direttamente pertinenti con la violazione contestata, senza che a tal fine possa pretendersi l'apertura di una nuova istruttoria o l'estensione di quella già avviata; l'opposta tesi condurrebbe infatti alla irragionevole conseguenza di impedire l'acquisizione di documentazione rilevante ai fini *antitrust* per consentirla solo dopo l'apertura di un'istruttoria, che peraltro, si dovrebbe basare su elementi non più acquisibili, con il rischio oltretutto di non ritrovare successivamente quegli elementi informativi suscettibili di dimostrare un comportamento anticoncorrenziale dell'impresa<sup>22</sup>.

Quanto all'utilizzo di elementi istruttori nei confronti di imprese non destinatarie dell'avvio del procedimento, il Consiglio di Stato ha precisato che l'art. 8 d.P.R. n. 217/1998, se pure impedisce all'Autorità di esercitare poteri istruttori nei confronti

di imprese che non hanno ancora ricevuto la notifica dell'avvio del procedimento «certo non preclude all'Autorità di utilizzare elementi istruttori legittimamente acquisiti presso soggetti già destinatari della notificazione nei confronti di imprese terze, in quel momento ancora estranee al procedimento, per l'assenza nei loro confronti di significativi indizi». In breve, «se nel corso di un accertamento ispettivo presso un'impresa già destinataria della notificazione, si rinvergono documenti da cui emerge la responsabilità di altre imprese, tali documenti possono essere utilizzati anche nei confronti di dette imprese, fino a quel momento estranee al procedimento»<sup>23</sup>.

Nello svolgimento dell'attività ispettiva svolta dall'Autorità collaborano i militari della Guardia di Finanza, i quali agiscono avvalendosi dei poteri di indagine previsti di fini dell'accertamento dell'imposta sul valore aggiunto e delle imposte sui redditi. Nel caso di opposizione dell'impresa all'ispezione vi è dunque la possibilità di procedere attraverso l'attivazione dei poteri coercitivi della Guardia di Finanza.

Nel corso dell'ispezione i soggetti interessati possono farsi assistere da consulenti di propria fiducia, senza tuttavia che l'esercizio di tale facoltà possa comportare la sospensione dell'attività ispettiva (cfr. art. 10 c.c. 6 d.P.R. n. 217/98). Nonostante l'assenza di una previsione normativa esplicita, deve ritenersi che anche in sede di accertamento ispettivo svolto dall'Autorità debba trovare protezione il c.d. *legal privilege*, ovvero il diritto alla riservatezza delle comunicazioni tra l'impresa e i propri consulenti legali esterni nei limiti individuati dalla giurisprudenza comunitaria. In questo senso sembra orientato anche il giudice nazionale, il quale, richiamandosi agli orientamenti giurisprudenziali comunitari sul punto, ha ricordato che «il *legal privilege* copre gli atti interni nella misura in cui gli stessi riprodu-

mente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in merito al citato art. 14, comma 2, l. 287/1990, affermando che, in proposito, è sufficiente porre in rilievo, da un lato, che il potere ispettivo è previsto dalla legge per finalità costituzionalmente rilevanti, dall'altro, che

l'esercizio dello stesso è immediatamente sindacabile in sede giurisdizionale.

<sup>21</sup> TAR Lazio, sez. I, 26 gennaio 2012, nn. 864 e 865, cit.

<sup>22</sup> Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

<sup>23</sup> Cons. St., sez. VI, 16 settembre 2011, n. 5171.

cano il testo o il contenuto di comunicazioni con avvocati indipendenti”, non potendosi ravvisare tale condizione nella “documentazione contenente solo accenni generici a questioni di interesse legale»<sup>24</sup>.

Ai fini dell'accertamento istruttorio, l'Autorità può avvalersi del potere di disporre *perizie, analisi economiche e consultazione di esperti* in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria. L'art. 11 Reg. procedure istruttorie prevede a tal fine il contraddittorio con le parti che devono essere poste in grado di presentare il proprio punto di vista in merito ai risultati<sup>25</sup>.

#### IV. SUB-PROCEDIMENTO CAUTELARE

Il potere dell'Autorità di adottare misure cautelari è stato introdotto dall'art. 14 c.c. 1 d.l. 4 luglio 2006, n. 223 convertito, con modifiche, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248. Detta previsione ha colmato una lacuna nel nostro ordinamento, adeguando il sistema nazionale di *enforcement* a quello comunitario. Vi sono tuttavia da segnalare alcune differenze tra la disciplina nazionale – art. 14-*bis* l. n. 287/90 – e quella comunitaria – art. 8 Reg. n. 1/03. Una prima differenza riguarda la *durata dell'ordine cautelare*: mentre il citato art. 8 prevede che le decisioni della Commissione «sono applicabili per un determinato periodo e possono, se necessario e opportuno, essere rinnovate», l'art. 14-*bis* dispone che le decisioni dell'Autorità «non possono essere in ogni caso rinnovate o prorogate». Non è ben chiara la *ratio* che ha indotto il legislatore nazionale a prevedere un divieto di rinnovo o di proroga non previsto dal legislatore comunitario. Secondo alcuni lo scopo è

quello di evitare abusi nell'utilizzo dello strumento cautelare<sup>26</sup>; secondo altri l'intento è invece quello di garantire i diritti di difesa delle parti e la celerità del procedimento, ponendo un argine all'eccessivo prolungamento dell'efficacia di misure fondate su un accertamento sommario, che possono incidere in modo penetrante sulle posizioni giuridiche soggettive dei soggetti interessati<sup>27</sup>. È stato osservato che, in ogni caso, dovrebbe ritenersi ammissibile un provvedimento di secondo grado con contenuto di revoca o di riduzione del dispositivo del provvedimento cautelare precedentemente adottato<sup>28</sup>. Nella prassi, l'Autorità non indica un termine di efficacia delle misure cautelari. Al riguardo è stato osservato che la data finale dovrebbe ritenersi allora quella coincidente con la data fissata per la conclusione dei procedimenti<sup>29</sup>.

La seconda differenza tra la disposizione nazionale e quella comunitaria riguarda *l'ammontare della sanzione pecuniaria prevista in caso di inottemperanza all'ordine cautelare*. Infatti, l'art. 14-*bis* c.c. 3, prevede che il limite massimo applicabile è pari al 3% del fatturato dell'impresa inadempiente, mentre l'art. 23 § 2 Reg. CE n. 1/03 prevede un limite massimo del 10% del fatturato. La *ratio* della scelta del legislatore nazionale, anche in questo caso, non è chiara. Al riguardo, si è osservato che tale scelta sembra essere dovuta ad un giudizio di gravità attenuata della violazione, che, invece, nella sua oggettiva consistenza, è da considerarsi gravissima nell'equilibrio del sistema<sup>30</sup>.

Sul piano procedurale l'art. 14-*bis* l. n. 287/90 non ha introdotto alcuna disciplina specifica, limitandosi a prevedere che l'Autorità può adottare “d'ufficio” le misure cautelari. Sul punto vi è dunque

<sup>24</sup> TAR Lazio, sez. I, 3 settembre 2012, n. 7467.

<sup>25</sup> Il giudice amministrativo ha chiarito che non trovano applicazione in materia le norme del codice di procedura civile, atteso che la legge *antitrust* disciplina in via autonoma e speciale i mezzi istruttori di cui può avvalersi l'Autorità nell'ambito dei procedimenti che, pur avendo carattere contenzioso e richiedendo un attento rispetto del principio del contraddittorio, hanno carattere amministrativo e non giurisdizionale (Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652).

<sup>26</sup> ASSONIME, *I nuovi poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, Circ. n. 43/06, R. Soc. 07, 4.

<sup>27</sup> Faella, G. Comm. 07, II, 253.

<sup>28</sup> LIBERTINI, in *Poteri e garanzie del diritto antitrust*, a cura di BRUZZONE, Bologna, 2008, 54; Olivieri, *I poteri cautelari dell'Autorità garante*, in *20 Anni di Antitrust*, a cura di RABITTI - BEDEGONI - BARUCCI, p. 442.

<sup>29</sup> LIBERTINI, *op. cit.*, 54.

<sup>30</sup> LIBERTINI, *op. cit.*, 54.

una piena corrispondenza tra la disciplina nazionale e quella comunitaria, in quanto anche la Commissione non è soggetta ad un obbligo di adozione di misure cautelari a fronte di richieste in tal senso da parte dei denunciati<sup>31</sup>.

Con la Comunicazione relativa all'applicazione dell'art. 14-bis l. n. 287/90<sup>32</sup>, l'Autorità ha inteso definire l'ambito e le procedure per l'adozione delle misure cautelari tenendo conto, da un lato, dei principi generali dell'ordinamento nazionale e comunitario, e, dall'altro, delle indicazioni del giudice amministrativo in modo da garantire alle parti la possibilità di difendersi senza pregiudicare le esigenze di celerità proprie dell'istituto<sup>33</sup>.

La Comunicazione distingue tra *la procedura per l'adozione di misure cautelari* e *la procedura di misure cautelari nei casi di estrema gravità e urgenza*. Con riguardo alla prima ipotesi, qualora l'Autorità ritenga *prima facie* sussistenti i presupposti per l'adozione di misure cautelari, avvia il sub-procedimento, anche contestualmente all'avvio dell'istruttoria, indicando alle parti un termine, non inferiore a sette giorni, entro il quale esse possono presentare le proprie difese. È facoltà delle parti chiedere di essere sentite dinanzi al Collegio. L'Autorità, valutati gli elementi acquisiti, adotta il provvedimento cautelare e richiede alle parti di inviare un'informativa circa le iniziative adottate per conformarsi a detto provvedimento.

Con riguardo alla seconda ipotesi, e dunque nei casi di estrema gravità e urgenza tale da rendere indifferibile l'intervento, l'Autorità, anche contestualmente all'avvio dell'istruttoria, adotta misure cautelari provvisorie senza sentire prima le parti. Esse potranno presentare le proprie difese e chiedere di essere sentite dinanzi al Collegio entro il termine di sette giorni dalla notifica del provvedimento con cui è stata adottata la misura cautelare provvisoria. L'Autorità, valutate le di-

fese delle parti, può revocare oppure confermare le misure cautelari, deliberando in tal caso che le parti interessate inviino un'informativa circa le iniziative adottate per conformarsi alla misura.

Sul piano sostanziale, i *presupposti per l'adozione della misura cautelare* sono costituiti dal *fumus boni juris*, il quale sussiste qualora ad una prima sommaria valutazione della fattispecie l'esistenza dell'infrazione può ritenersi provata con un certo grado di probabilità, e dal *periculum in mora*, il quale sussiste qualora, ad una prima delibazione della fattispecie, l'urgenza di intervenire deriva dalla necessità di prevenire il rischio che, nelle more della conclusione del procedimento, possa produrre un danno grave e irreparabile per la concorrenza.

Sul *contenuto delle misure cautelari* si evidenzia che esso non è predeterminato dalla legge e che esso deve essere determinato in concreto dall'Autorità nel rispetto del principio di necessità, nel senso che non devono sussistere opzioni meno restrittive della libertà delle imprese per prevenire il rischio di un danno grave e irreparabile, nonché al principio di proporzionalità, nel senso che le misure imposte non devono risultare eccessive rispetto allo scopo. L'Autorità dunque individua nel caso concreto le misure più adeguate a prevenire il rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza, che possono avere sia un contenuto interdittivo che un contenuto positivo<sup>34</sup>.

## V. SUB-PROCEDIMENTO IMPEGNI

Il potere di adottare le decisioni con impegni è stato introdotto dalla l. 4 agosto 2006, n. 248, che ha convertito in legge con modifiche il d.l. n. 223/2006, che conferisce all'Autorità un potere analogo a quello già previsto dall'art. 9 Reg. n. 1/03 per la Commissione, in un'ottica di decentramento dell'applicazione del diritto *antitrust* comunitario e di armoniz-

<sup>31</sup> FATTORI - TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010, 423.

<sup>32</sup> Delibera AGCM 14 dicembre 2006, n. 16218.

<sup>33</sup> Si veda TAR Lazio, sez. I, 14 settembre 2007, n. 8592 sul potere dell'Autorità di adottare misure cautelari *inaudita altera parte*.

<sup>34</sup> Per una rassegna dei provvedimenti cautelari adottati dall'Autorità si veda STELLA, *Commento all'art. 14-bis della l. 287/1990*, in *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, a cura di MARCHETTI - UBERTAZZI, Quinta edizione.

zazione dei poteri dell'Autorità con quelli delle altre Autorità nazionali e comunitarie.

Il sub-procedimento per la valutazione degli impegni è disciplinato dall'art. 14-ter l. n. 287/90, nonché dalla Comunicazione adottata dall'Autorità al fine di rendere edotte le imprese circa le modalità di presentazione degli impegni e le procedure per la valutazione degli stessi, recentemente modificata alla luce delle indicazioni del giudice comunitario e nazionale<sup>35</sup>. Secondo la giurisprudenza del giudice amministrativo, l'Autorità si è autovincolata al rispetto della procedura di applicazione dell'art. 14-ter dalla stessa adottata e l'eventuale inosservanza di tali disposizioni determina inevitabilmente un vizio procedimentale idoneo a riverberarsi in un vizio di legittimità del provvedimento finale<sup>36</sup>.

Il sub-procedimento per la valutazione degli impegni è avviato a seguito dell'*iniziativa delle parti*. Una prima questione che si è posta è quella della *natura del termine* previsto dall'art. 14-ter l. n. 287/90, il quale dispone che «entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli artt. 2 o 3 della presente legge o degli artt. [101 e 102 TFUE], le parti possono presentare impegni...». Un primo orientamento del giudice amministrativo si è espresso per la natura non perentoria, ma meramente sollecitatoria di detto termine, affermando che «la tempestività della presentazione degli impegni va rapportata, di volta in volta, alla fattispecie concreta e alla valutazione operata dalla stessa Autorità circa l'idoneità delle misure proposte ad eliminare i profili di illiceità»<sup>37</sup>. In dottrina si registrano posizioni diverse: vi è chi si è pronunciato per la natura non perentoria del termine<sup>38</sup> e chi invece si è espresso per la posizione opposta<sup>39</sup>. Nella citata Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14-ter l. n. 287/90, si

legge che le parti possono presentare, con congruo anticipo rispetto al termine di tre mesi previsto dalla legge, una versione non definitiva degli stessi. A seguito della presentazione della versione preliminare degli impegni – per la quale deve essere utilizzato l'apposito formulario – le parti possono chiedere di essere sentite dalla Direzione competente al fine di fornire precisazioni, chiarimenti e eventuali integrazioni necessarie alla comprensione del contenuto degli impegni proposti e della loro efficacia a risolvere i problemi anti-concorrenziali prospettati in sede di avvio dell'istruttoria. Viene precisato che entro il termine di tre mesi dall'avvio dell'istruttoria, come previsto dall'art. 14-ter l. n. 287/90, le parti interessate dovranno presentare la versione definitiva degli impegni proposti. L'Autorità si riserva comunque la possibilità di consentire in ipotesi eccezionali, sulla base di una motivata e tempestiva istanza di parte, la presentazione di impegni oltre il termine indicato. Sul punto, la Comunicazione precisa che la previsione del termine per la presentazione degli impegni «si giustifica alla luce della finalità della norma, che ha una funzione deflattiva, volta anche a realizzare l'economia procedimentale dell'azione amministrativa. Tale funzione è coerente con l'esigenza di indurre il destinatario dell'istruttoria dell'Autorità a presentare tempestivamente gli impegni idonei a rimuovere gli effetti della propria condotta, inibendo la prosecuzione della istruttoria». Si rileva dunque una chiara indicazione dell'Autorità a che gli impegni vengano presentati, nella versione definitiva, entro il termine di tre mesi dall'avvio dell'istruttoria.

*Spetta alle parti l'iniziativa della presentazione degli impegni e la definizione del contenuto degli impegni proposti.* Come precisato dalla giurisprudenza amministrativa, l'imposizione di obblighi all'impresa postula che gli impegni siano esat-

<sup>35</sup> Delibera AGCM 6 settembre 2012, n. 23863 - Procedure di applicazione dell'articolo 14-ter l. 10 ottobre 1990, n. 287, in *Boll.* n. 35 del 17 settembre 2012.

<sup>36</sup> TAR Lazio, sez. I, 9 maggio 2011, n. 3964.

<sup>37</sup> TAR Lazio, sez. I, cit., 9 maggio 2011, n. 3964.

<sup>38</sup> PERA, in *Poteri e garanzie del diritto antitrust*, a cura di BRUZZONE, 61.

<sup>39</sup> LIBERTINI, *Giorn. dir. amm.* 06, 1286; CINTIOLI, *G. comm.* 08, I, 119.

tamente quelli che l'impresa ha proposto, non potendo l'Autorità aggiungere ulteriori obblighi a quelli che l'impresa si è dichiarata pronta ad accettare. Più in particolare, il giudice ha affermato che «l'Autorità esercita un potere discrezionale nella valutazione degli impegni proposti, ma, se ritiene che detti impegni siano idonei a fare venire meno i profili concorrenziali in relazione ai quali ha avviato la procedura di accertamento, arresta il procedimento e rende obbligatori gli stessi senza avere la possibilità di aggiungere integrazioni non previste dall'impresa e, quindi, con la stessa non previamente concordate»<sup>40</sup>.

Successivamente alla presentazione degli impegni, nella loro versione definitiva, si apre dunque la fase di valutazione degli stessi.

Nel caso in cui l'Autorità ritenga di non esaminare gli impegni, in quanto tardivi o in quanto la condotta è suscettibile di integrare restrizioni gravi della concorrenza, o manifestamente inidonei a far venir meno i profili anticoncorrenziali dell'istruttoria, delibera il *rigetto* degli stessi, dandone comunicazione alla parte proponente. Da quel momento prosegue il procedimento principale – volto all'accertamento della sussistenza della violazione contestata in sede di avvio – sulla base delle regole procedurali che lo disciplinano.

Con riguardo al *provvedimento di rigetto degli impegni*, si è aperto un ampio dibattito in dottrina in merito all'ammissibilità della autonoma e tempestiva impugnazione di detto provvedimento. Detta questione non si è posta in ambito comunitario ove la prassi applicativa della Commissione è improntata alla sostanziale de-procedimentalizzazione della fase di valutazione degli impegni e non

viene adottato un formale provvedimento di rigetto (cfr. *Best practices* – marzo 2010). La dottrina si era inizialmente espressa per l'autonoma impugnazione del provvedimento di rigetto<sup>41</sup>, così come un primo orientamento giurisprudenziale. Il Consiglio di Stato ha invece escluso che il provvedimento di rigetto possa essere oggetto di autonoma impugnazione<sup>42</sup>. Il Consiglio di Stato, con ampia motivazione, ha accolto la tesi della natura endoprocedimentale del provvedimento di rigetto degli impegni, di per sé pertanto inidoneo ad incidere immediatamente e direttamente sulla posizione giuridica soggettiva delle imprese proponenti. Il provvedimento di rigetto, infatti, non determina un arresto procedimentale in senso proprio, ma si limita a determinare la prosecuzione dell'iter procedimentale (principale), il cui esito può avere diverse possibili conclusioni. La posizione assunta dal giudice di secondo grado, come dallo stesso rilevato, non priva l'impresa del diritto di far valere nella competente sede giurisdizionale eventuali vizi relativi alla fase di esame degli impegni. «Al contrario, siffatti vizi, concernendo una fase endoprocedimentale, si riverbereranno con effetto viziante sul provvedimento finale e potranno essere fatti valere in sede giudiziale, sia pure con i consueti limiti propri dei vizi di carattere procedimentale»<sup>43</sup>.

Nell'ipotesi in cui l'Autorità ritenga di procedere all'esame degli impegni proposti e li valuti non manifestamente infondati, con delibera, ne dispone la pubblicazione sul Bollettino e sul sito *internet* dell'Autorità entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine di tre mesi previsto per la presentazione degli impegni stessi. Con la pubblicazione degli impegni si apre la fase del c.d. *market test*,

<sup>40</sup> Tra le altre, TAR Lazio, sez. I, 11 luglio 2011, n. 6172; 3 settembre 2012, n. 7467.

<sup>41</sup> SIRAGUSA, in BARUCCI - RABITTO BEDOGNI, *20 anni di antitrust*, p. 399.

<sup>42</sup> Cfr. TAR Lazio, sez. VI, 16 novembre 2010, n. 33474, annullata da Cons. St., sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4393. Per completezza, si segnala la sentenza del TAR Lazio, 11 luglio 2011, n. 6172, nella quale il giudice, pur avendo escluso in linea di principio l'invalidità del provvedimento finale in ragione dell'illegittimità della decisione di rigetto

degli impegni, sotto il profilo della presenza di un effetto direttamente caducante, ha nel caso di specie annullato il provvedimento di rigetto degli impegni e – derivatamente – il provvedimento di chiusura (accertamento della violazione e sanzione) impugnato in via principale. Sulla sentenza è allo stato pendente appello e non risultano ad oggi altre pronunce del TAR nello stesso senso.

<sup>43</sup> Cons. St., sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4393, cit.

che è volta a consentire ai terzi interessati di presentare le proprie osservazioni in merito all'idoneità e all'adeguatezza degli impegni proposti a risolvere i problemi concorrenziali oggetto dell'istruttoria. Il giudice amministrativo ha sottolineato la piena coerenza del principio, di ispirazione comunitaria ed espressamente richiamato nella Comunicazione dell'Autorità, secondo cui l'accettazione degli impegni deve essere preceduta da una fase di pubblicità e contraddittorio procedimentale, nell'ambito della quale gli interessati possono presentare osservazioni. Da ciò discende che la violazione di tale forma di pubblicità dà luogo ad un vizio procedimentale in grado *ex se* di inficiare la validità del provvedimento di accettazione degli impegni<sup>44</sup>.

I *terzi interessati* possono presentare le proprie osservazioni entro trenta giorni decorrenti dalla data di pubblicazione degli stessi sul sito *internet*. La Direzione competente, qualora lo ritenga necessario, può formulare richieste ai soggetti che possano fornire elementi utili alla valutazione degli impegni ed è tenuta ad informare tempestivamente le parti in merito all'esito del *market test*, rispetto al quale è consentito l'accesso.

Come indicato nella Comunicazione dell'Autorità, entro il termine di trenta giorni dalla scadenza del termine per la presentazione delle osservazioni dei terzi, ovvero sessanta giorni decorrenti dalla data di pubblicazione degli impegni stessi sul sito *internet* – le parti che hanno proposto gli impegni possono rappresentare per iscritto all'Autorità il proprio punto di vista in merito alle osservazioni presentate dai terzi. Al fine di tenere adeguatamente conto dell'esito del *market test*, le parti proponenti possono introdurre *modifiche accessorie agli impegni*, per una sola volta. Sul punto, la giurisprudenza ha chiarito che «le modifiche agli impegni possono essere effettivamente qualificate come accessorie in quanto non si tradu-

cono in un *quid novi* rispetto agli impegni iniziali, ma solo in una elaborazione ulteriore di uno degli impegni, esse non si possono configurare come elementi essenziali ai fini della complessiva valutazione di idoneità e dunque non sussiste l'obbligo di procedere nuovamente al *market test*»<sup>45</sup>. Quando invece le integrazioni non sono mere modifiche accessorie agli impegni iniziali, ma sono determinanti per l'adozione del provvedimento di accettazione, il principio di pubblicità impone che la loro accettazione sia preceduta dalla fase del contraddittorio<sup>46</sup>.

Nella propria Comunicazione, l'Autorità ha precisato che le modifiche accessorie devono essere strettamente connesse all'esito del *market test* e costituire quindi una «elaborazione ulteriore degli impegni già presentati». Al fine di contenere la durata del sub-procedimento della valutazione degli impegni, in un'ottica di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa, l'Autorità ha indicato che l'intera procedura di pubblicazione e valutazione degli impegni deve concludersi, fatte salve specifiche esigenze istruttorie, entro tre mesi dalla data di pubblicazione degli impegni, termine che è sospeso per il tempo necessario all'acquisizione del parere obbligatorio, laddove previsto.

Nelle ipotesi in cui l'Autorità ritenga gli impegni proposti idonei a risolvere le preoccupazioni concorrenziali prospettate in sede di avvio dell'istruttoria, chiude il procedimento con la decisione con cui accoglie gli impegni e li rende obbligatori.

## VI. LA PARTECIPAZIONE ALL'ISTRUTTORIA

L'art. 7 Reg. procedure istruttorie contempla *la facoltà di intervento* nel procedimento *antitrust* dei soggetti pubblici o privati, nonché delle associazioni di consumatori cui possa derivare un pregiudizio diretto, immediato e attuale dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria o dai provvedimenti adottati in esito alla stessa<sup>47</sup>. La

<sup>44</sup> Cons. St., sez. VI, 30 maggio 2011, n. 3230, conferma TAR Lazio, sez. I, n. 10571/2010. Nello stesso senso si è espressa anche la dottrina, cfr. LIBERTINI, *Giorn. dir. amm.* 6, 1288).

<sup>45</sup> TAR Lazio, sez. I, 9 maggio 2011, n. 3964.

<sup>46</sup> Cons. St., sez. VI, 30 maggio 2011, n. 3230.

<sup>47</sup> Cons. St., sez. VI, 10 febbraio 2006, n. 1271, secondo cui né i singoli consumatori, né le loro associazioni sono parti necessarie nei procedimenti dell'Autorità.

norma prevede che la richiesta motivata di intervento debba essere presentata entro *trenta giorni* dalla pubblicazione sul bollettino del provvedimento di avvio. Al riguardo, è stato osservato che la fissazione di un termine così ristretto non appare ragionevole, anche in considerazione dei termini ampi fissati per la conclusione del procedimento, essendo preferibile ritenere ammissibile una richiesta di intervento tardivo tutte che questa non causi un ingiustificato aggravamento del procedimento (FATTORI, in *Commentario breve alle leggi di proprietà intellettuale e Concorrenza*, p. 3053). In questo senso appare orientata anche la prassi dell'Autorità.

Per quanto attiene ai *diritti di partecipazione*, il Reg. distingue tra: le facoltà esercitabili dai soggetti intervenuti nel procedimento, per i quali è prevista la facoltà di presentare memorie scritte, documenti, deduzioni e pareri, nonché accedere ai documenti (contraddittorio scritto), e quelle esercitabili dai soggetti ai quali è stato notificato l'avvio dell'istruttoria (le imprese alle quali è stata contestata l'ipotesi di violazione e i soggetti denunciati), per i quali è ammessa anche la facoltà di essere sentiti in una apposita audizione (contraddittorio orale).

## VII. LA COMUNICAZIONE DELLE RISULTANZE ISTRUTTORIE

Un momento procedurale fondamentale per l'esercizio dei diritti di difesa delle parti è costituito *dall'invio della Comunicazione delle risultanze istruttorie* ai soggetti denunciati e denunciati previsto dall'art. 14 Reg. procedure istruttorie. La Comunicazione delle risultanze istruttorie assolve infatti allo scopo di consentire alle parti di conoscere gli elementi probatori su cui è fondata la contestazione mossa nei loro confronti, al fine di permettere loro di esprimere la propria posizione sulla veridicità e rilevanza dei fatti e

delle circostanze contestate prima della adozione del provvedimento finale. La comunicazione delle risultanze istruttorie corrisponde sostanzialmente alla contestazione degli addebiti tipica dei procedimenti che si svolgono dinanzi alla Commissione.

Il contenuto della Comunicazione delle risultanze istruttorie risulta più puntuale nella indicazione degli elementi essenziali di fatto e diritto su cui si fondano le contestazioni mosse alle parti rispetto al contenuto del provvedimento di avvio dell'istruttoria, che, come sopra visto, delinea in modo sommario le infrazioni contestate, non potendo l'Autorità esercitare poteri di accertamento nella fase preistruttoria<sup>48</sup>.

Come più volte affermato dalla giurisprudenza la fase istruttoria serve a individuare la corretta imputazione degli addebiti che si cristallizza con la comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI), al ricevimento della quale le parti hanno ampio margine per esercitare il diritto di difesa. Il provvedimento finale non può contenere imputazioni diverse da quelle contestate con tale comunicazione, che costituisce «la definitiva delimitazione dell'imputazione: ove emergessero ulteriori elementi nella fase procedimentale successiva, sarebbe necessario, per modificare l'imputazione, procedere a nuova contestazione, in quanto la decisione finale deve riferirsi alle imputazioni contestate, in analogia a quanto si verifica nel processo penale»<sup>49</sup>.

La ricostruzione dei fatti e la qualificazione giuridica effettuata nella Comunicazione delle risultanze istruttorie, quale atto degli Uffici, non intacca l'autonomia valutazione dell'Autorità in sede di adozione del provvedimento finale, potendo pertanto il Collegio giungere ad una differente determinazione in merito ad una specifica questione<sup>50</sup>. Il giudice ha altresì affermato che «la decisione non deve ne-

<sup>48</sup> Il giudice amministrativo ha ritenuto che assume particolare rilievo, ai fini della ricostruzione degli elementi di fatto e di diritto su cui si fonda la contestazione, la parte della comunicazione che contiene le «Valutazioni giuridiche» (Cons. St., VI, 30 agosto 2002, n. 7451).

<sup>49</sup> Tra le altre, cfr. la giurisprudenza consolidata del Consiglio di Stato: Cons. St., sez. VI, sentenze 1 marzo 2012, n. 1192, 2 ottobre 2007, n. 5085 e 20 maggio 2011, n. 3013.

<sup>50</sup> Cons. St., sez. VI, 29 settembre 2009, n. 5864; TAR Lazio, sez. I, 22 ottobre 2008, n. 12535 e 12536.

cessariamente essere una copia della comunicazione degli addebiti, ma può (e, anzi, deve) tenere conto degli elementi che emergano dalla procedura amministrativa, senza che ciò sia in contrasto con il diritto di difesa (che è rispettato allorché la decisione non ponga a carico degli interessati infrazioni diverse da quelle precedentemente contestate, e prenda in considerazione soltanto fatti sui quali gli interessati hanno avuto modo di manifestare il proprio punto di vista)<sup>51</sup>.

Nella Comunicazione delle risultanze istruttorie, gli Uffici fissano alle parti un termine – almeno trenta giorni prima della chiusura della fase istruttoria – entro il quale esse possono presentare memorie scritte e documenti (cfr. art. 14 c.c. 2 Reg. procedure istruttorie)<sup>52</sup>.

### VIII. I DIRITTI DI DIFESA DELLE PARTI

1. *Il diritto ad essere sentiti.* – Il diritto ad essere sentito è sancito dall'art. 14 c. 5 Reg. procedure istruttorie, il quale stabilisce che le parti hanno diritto di essere sentite dinanzi al Collegio, presentando apposita richiesta che deve pervenire entro cinque giorni dal ricevimento della comunicazione delle risultanze istruttorie. A seguito di detta richiesta il Collegio fissa la data di audizione, che viene comunicata alle imprese.

L'audizione finale rappresenta l'occasione per le parti di esporre oralmente al Collegio le proprie osservazioni in merito alle contestazioni mosse nei loro confronti, anche completando le memorie scritte.

Per quanto riguarda il *diritto delle parti all'audizione*, esso è riconosciuto solo alle imprese alle quali sono contestate le violazioni, qualora presentino la richiesta con le modalità e i tempi sopra indicati.

A tale audizione hanno la facoltà di partecipare anche i denunciati e altre

parti ammesse a partecipare al procedimento. Nella prassi, l'Autorità ammette di regola tali soggetti a partecipare all'audizione.

Quanto alle *modalità di svolgimento* dell'audizione, essa, come detto, si svolge dinanzi al Collegio. All'audizione partecipano anche il Capo di Gabinetto, il Segretario Generale, il Consigliere giuridico, il Responsabile della Direzione istruttoria competente in relazione al procedimento di cui trattasi, il responsabile del procedimento, nonché ogni altro funzionario la cui presenza sia ritenuta utile allo svolgimento dell'audizione stessa<sup>53</sup>.

Dinanzi al Collegio, gli Uffici espongono gli addebiti prospettati nella Comunicazione delle risultanze istruttorie. Successivamente, le parti e gli altri soggetti ammessi a partecipare all'audizione espongono le proprie osservazioni e repliche, tenendo comunque conto di quanto già rappresentato nelle memorie scritte. Il giudice ha avallato la correttezza della prassi dell'Autorità che è solita assegnare un tempo indicativo per lo svolgimento delle difese orali<sup>54</sup>.

Il giudice amministrativo ha più volte affermato che «non sussiste un obbligo, per l'Autorità procedente, di diffondersi in un'analitica confutazione delle argomentazioni delle parti, essendo sufficiente, al fine di ritenere integrata la pienezza del contraddittorio e garantite le prerogative difensive delle parti, che le loro argomentazioni difensive siano state prese in esame ed adeguatamente considerate, senza necessità che alle stesse siano opposte diffuse controdeduzioni»<sup>55</sup>.

2. *L'accesso al fascicolo.* – Il diritto di accesso al fascicolo istruttorio si atteggia nel procedimento *antitrust* come strumento di tutela del diritto di difesa delle parti, in quanto consente loro di conoscere gli elementi di prova posti a fonda-

<sup>51</sup> TAR Lazio, sez. I, 16 marzo 2005, n. 12835).

<sup>52</sup> Nella prassi il termine concesso dall'Autorità è maggiore di quello minimo indicato al fine di garantire alle parti un tempo adeguato per replicare alle contestazioni, comunque compatibile con il termine fissato per la chiusura del procedimento.

<sup>53</sup> Si veda l'art. 18 del Reg. concernente l'orga-

nizzazione e il funzionamento dell'Autorità in *Boll.* n. 1/2013 del 21 gennaio 2013.

<sup>54</sup> Nel caso di specie, il Collegio aveva fissato un termine di venti minuti, cfr. Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

<sup>55</sup> Da ultimo, si veda TAR Lazio, sez. I, 21 giugno 2012, n. 5689.

mento delle contestazioni e di manifestare efficacemente il proprio punto di vista al riguardo<sup>56</sup>.

Il diritto di accesso al fascicolo nell'ambito del procedimento istruttorio è regolato dall'art. 13 Reg. procedure istruttorie, che si ispira alla corrispondente disciplina comunitaria e alla prassi seguita dalla Comunicazione. Pertanto, anche nel procedimento *antitrust* nazionale assumono rilievo sia la Comunicazione della Commissione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio<sup>57</sup> sia le indicazioni fornite dal giudice comunitario sul diritto di accesso agli atti el fascicolo della Commissione.

Il giudice nazionale ha ritenuto quindi applicabile anche dinanzi all'Autorità il principio c.d. della *parità delle armi*, elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, in base al quale l'impresa interessata deve avere una conoscenza del fascicolo comparabile a quella della Commissione, non potendo spettare a questa decidere da sola quali siano i documenti utili per la difesa delle imprese. L'utilizzo da parte della Commissione di documenti a carico delle imprese, non comunicati alle stesse, potrebbe comportare solamente l'inidoneità di tali documenti come mezzi di prova e, lungi dall'averne per effetto l'annullamento di tutta la decisione, avrebbe importanza soltanto qualora l'addebito possa essere provato unicamente con riferimento a tali documenti<sup>58</sup>.

L'eventuale violazione del diritto di difesa non determina di per sé l'illegittimità del provvedimento dell'Autorità. Il giudice infatti ha chiarito che è «alla luce degli addebiti effettivamente mossi dall'Autorità alle imprese interessate e alle difese svolte da quest'ultime che si può valutare la rilevanza per tale difesa dei documenti che non sono stati comunicati»<sup>59</sup>.

È onere delle parti interessate indicare i fatti e le circostanze poste dall'Autorità alla base del provvedimento e dagli stessi sconosciute al fine di accertare l'illegittimità del diniego di accesso, con conseguente lesione dei diritti della difesa<sup>60</sup>.

Sono *legittimate a presentare l'istanza di accesso* al fascicolo del procedimento istruttorio le imprese interessate, i soggetti denunciati e gli eventuali intervenienti.

Il diritto di accesso deve tuttavia essere temperato con l'opposto interesse alla salvaguardia della riservatezza delle informazioni, la cui indiscriminata rivelazione potrebbe arrecare pregiudizio alle imprese interessate. Tale temperamento deve essere effettuato sulla base delle regole contenute nel citato art. 13 Reg. procedure istruttorie, il quale individua i limiti al diritto di accesso.

Per quel che attiene all'accesso ai documenti contenenti *informazioni riservate* è previsto che «il diritto di accesso [sia] consentito, in tutto o in parte, nei limiti in cui ciò sia necessario per assicurare il contraddittorio» (art. 13 c. 2 Reg. procedure istruttorie).

Relativamente ai documenti contenenti *segreti commerciali* è sancita una generale inaccessibilità, fatta eccezione per il caso in cui tali documenti forniscano elementi di prova di un'infrazione o essenziali per la difesa di un'impresa. In questa ipotesi gli Uffici possono consentire l'accesso, ma solo limitatamente agli elementi di prova o essenziali alla difesa della parte.

In entrambe le ipotesi appena delineate, gli Uffici, nel consentire l'accesso ai documenti, devono tenere conto, adottando tutti i necessari accorgimenti, «dell'interesse delle persone e delle imprese a che le informazioni riservate o i segreti commerciali non vengano divulgati» (art. 13 c. 4 Reg. procedure istruttorie). È infatti principio generale quello secondo cui la garanzia del diritto di difesa della parte, realizzata mediante l'accesso, e dunque attraverso la conoscenza di tutti gli atti a disposizione dell'Autorità procedente, deve essere bilanciata con il legittimo interesse delle imprese alla tutela dei propri segreti aziendali. Analogamente, anche in ambito comunitario sono sottratti all'accesso i documenti che conten-

<sup>56</sup> TAR Lazio, sez. I, 13 marzo 2008, n. 2312.

<sup>57</sup> Com. 22 dicembre 2005, n. 2006/C325/07.

<sup>58</sup> Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 65;

17 dicembre 2007, n. 6469 e 29 settembre 2009, n. 5864; 15 marzo 2013, n. 1568.

<sup>59</sup> Cons. St., sez. VI, 17 gennaio 2008, n. 102.

<sup>60</sup> Cons. St., sez. VI, 2 settembre 2009, n. 1190.

gono «segreti d'affari», al fine di tutelare il «legittimo interesse di un'impresa a che talune indicazioni strategiche sui suoi interessi essenziali nonché sul mercato o sullo sviluppo delle sue attività non siano divulgate a terzi» (cfr. Comunicazione della Commissione 97/C23/03).

Il punto di equilibrio tra le due esigenze contrapposte (accesso e riservatezza) è stato indicato dal giudice nazionale, che si è pronunciato in modo conforme alla giurisprudenza comunitaria. In particolare, è stato chiarito che il principio della «parità delle armi» «non comporta che in ogni caso il diritto di accesso prevalga sulle esigenze di riservatezza, ma implica che debba essere consentito alle imprese di avere contezza del contenuto dell'intero fascicolo, con indicazione degli atti segreti e del relativo contenuto, e che in relazione ai documenti costituenti elementi di prova a carico o comunque richiesti dalle imprese per l'utilizzo difensivo a discarico la segretezza debba essere strettamente limitata alle c.d. parti sensibili. L'individuazione di queste ultime, poi, deve avvenire nell'ambito di un giudizio comparativo di bilanciamento di configgenti interessi, all'esito del quale deve comunque essere assicurata alle imprese oltre alla conoscenza dell'intero fascicolo attraverso le procedure del tipo di quelle indicate, l'effettiva conoscenza degli elementi di prova dell'infrazione o degli elementi essenziali per la difesa»<sup>61</sup>.

Nel consentire l'accesso ai documenti che contengono informazioni riservate o segreti commerciali gli Uffici devono adottare tutti gli accorgimenti necessari al fine di evitare la divulgazione di informazioni «sensibili» per le imprese, mediante l'omissione dei brani delicati nelle copie dei documenti o mediante la preparazione di versioni non riservate (art. 13 c. 4 Reg. procedure istruttorie).

Dalla giurisprudenza amministrativa emerge un'indicazione di cautela nel trattare le informazioni riservate, alla luce

della quale tali informazioni vanno rese accessibili solo se essenziali, e non semplicemente utili, all'esercizio del diritto di difesa e solo quando la prova dell'infrazione si fonda unicamente su di esse, dovendosi in quest'ultimo caso adottare i tutti gli accorgimenti sopra indicati necessari a far sì che la natura segreta dell'informazione in esso contenuta non venga sacrificata, o venga scarificata nella minore misura possibile<sup>62</sup>.

Sono infine sottratti all'accesso gli atti interni, ovvero le note, le proposte ed ogni altra elaborazione degli Uffici con funzione di studio e di preparazione del contenuto di atti (art. 13 c. 5 Reg. procedure istruttorie), mentre possono essere sottratti all'accesso, in tutto o in parte, i verbali delle adunanze del Collegio, i documenti inerenti a rapporti tra l'Autorità e le Istituzioni dell'Unione europea, nonché tra autorità e gli organi di altri Stati o di altre organizzazioni internazionali, dei quali non sia stata autorizzata la divulgazione (art. 13 c. 6 Reg. procedure istruttorie).

Le richieste di riservatezza possono essere formulate agli Uffici con apposita istanza motivata, che deve contenere l'indicazione dei documenti o parti di documenti che si ritiene debbano essere mantenuti riservati<sup>63</sup>. Il responsabile del procedimento deve pronunciarsi con provvedimento motivato. Il giudice ha chiarito che l'art. 13 Reg. procedure istruttorie, «laddove prevede un onere procedimentale a carico dei soggetti che intendono salvaguardare la riservatezza o la segretezza delle informazioni fornite [...], non esclude tuttavia, come è dato desumere dal [...] comma 4 dello stesso art. 13, che l'Autorità possa ritenere *ex officio* che talune informazioni afferiscano a dati sensibili o a segreti commerciali, assicurandone una adeguata protezione»<sup>64</sup>.

L'accesso può essere differito, con provvedimento motivato, fino a quando non sia non sia accertata la rilevanza dei documenti oggetto della richiesta ai fini

<sup>61</sup> In tal senso Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652; 17 gennaio 2008, n. 102. Analogamente, TAR Lazio, sez. I, 13 gennaio 2003, n. 80; 26 gennaio 2012, nn. 864-865; 3 settembre 2012, n. 7467, e 10 febbraio 2012, n. 1344.

<sup>62</sup> Cons. St., sez. VI, 17 gennaio 2008, n. 102.

<sup>63</sup> Si veda art. 13, comma 7, del Reg. sulle procedure istruttorie; Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2007, n. 6469.

<sup>64</sup> Cons. St., 6 settembre 2010, n. 6481.

della prova dell'infrazione e, comunque, non oltre la comunicazione delle risultanze istruttorie al fine di garantire il pieno esercizio del diritto di difesa. Successivamente all'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie, infatti, gli uffici rendono disponibile alle parti l'indice del fascicolo istruttorio, con la descrizione sommaria anche del contenuto dei documenti riservati o parzialmente riservati, dovendo comunque consentire l'accesso ai documenti su cui si fonda la prova della violazione.

Quanto alle *modalità di esercizio del diritto di accesso*, le parti possono presentare istanza scritta e motivata, sulla quale il responsabile del procedimento provvede entro trenta giorni. Il giudice amministrativo ha affermato che la mancata ostensione dei documenti nel corso del procedimento istruttorio, lamentata dalla ricorrente, «avrebbe dovuto essere fatta valere con l'apposita azione per l'accesso ai documenti amministrativi prevista dall'art. 116 c.p.a., mentre, in assenza di specifica richiesta durante il procedimento o di omessa proposizione della specifica azione avverso l'eventuale diniego, la circostanza non può essere utilmente evidenziata per invocare una lesione al prin-

cipio del contraddittorio ed al diritto di difesa»<sup>65</sup>.

SERENA STELLA

### Bibliografia

A. FRIGNANI - D. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996; CINTIOLI - OLIVIERI, *I nuovi strumenti di tutela antitrust: misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, Milano, 2007; A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008; G. BRUZZONE (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust*, Bologna, 2008; P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010; A. LALLI, *Il procedimento istruttorio e impegni*; M. MONTALBANO, *Le misure cautelari nel diritto antitrust*; G. ROMANO, «La comunicazione alle imprese delle risultanze istruttorie e l'audizione finale, e Il diritto di accesso ai documenti e la tutela della riservatezza», in A. CATRICALÀ - P. TROIANO (a cura di), *Codice commentato della Concorrenza e del mercato*, Torino, 2010; M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*; G. OLIVIERI, «I poteri cautelari dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato», in RABITTI BEDOGNI-BARUCCI (a cura di), *20 Anni di Antitrust*, Torino, 2010; P. FATTORI, *Procedure istruttorie dell'Agcm*; S. STELLA, *Istruttoria, Misure cautelari*, F. GHEZZI, «Impegni», in MARCHETTI - UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuali e concorrenza*, Padova, 2012.

<sup>65</sup> TAR Lazio, sez. I, 17 novembre 2011, n. 8944.