

# DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

## La tutela giurisdizionale contro gli atti dell'AGCM in materia *antitrust*

**Sommario:** I. GIURISDIZIONE E COMPETENZA IN ORDINE ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE AVVERSO GLI ATTI ADOTTATI DALL'AGCM IN MATERIA *ANTITRUST*. – II. ASPETTI PROCESSUALI: IL RITO ABBREVIATO DISCIPLINATO DALL'ART. 119 C.P.A. – III. LE TIPOLOGIE DI ATTI ADOTTATI DALL'AGCM IMPUGNABILI INNANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO. – 1. I provvedimenti di rigetto e di accoglimento degli impegni. – 2. La tutela del terzo controinteressato. – IV. IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUGLI ATTI DELL'AGCM. – V. IL SINDACATO GIURISDIZIONALE SULLE SANZIONI.

### I. GIURISDIZIONE E COMPETENZA IN ORDINE ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE AVVERSO GLI ATTI ADOTTATI DALL'AGCM IN MATERIA *ANTITRUST*

L'individuazione del giudice, cui il legislatore affida la cognizione delle controversie relative agli atti adottati dall'AGCM, è operazione preliminare all'analisi e condizionante le soluzioni apprestate alle questioni inerenti alla tutela giurisdizionale garantita in relazione ai medesimi atti. Risposta a tale quesito è, in termini di giurisdizione, attualmente offerta dall'art. 133 del codice del processo amministrativo che, al comma 1, lett. l), afferma la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle «controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati [...] dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato».

Completa quanto disposto dall'art. 133, l'attribuzione delle controversie «aventi ad oggetto i provvedimenti dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato» alla competenza funzionale inderogabile del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, prevista dall'art. 135, comma 1, lett. b) c.p.a.

Il legislatore del codice ha in parte confermato ed in parte ridelineato il ruolo del giudice amministrativo nella cognizione delle controversie involgenti l'AGCM. Antecedentemente all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, la materia trovava disciplina nell'art. 33 del

la l. 10 ottobre 1990, n. 287 che, rubricato "Competenza giurisdizionale", al comma 1 (che ora rinvia al c.p.a. riguardo alla tutela giurisdizionale innanzi al giudice amministrativo) affidava i ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi adottati dall'autorità sulla base delle disposizioni di cui al titolo I («Norme sulle intese, sull'abuso di posizione dominante e sulle operazioni di concentrazione») ed al titolo IV («Norme sui poteri del Governo in materia di operazioni di concentrazione») della medesima legge alla cognizione del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, affermando la competenza funzionale del TAR Lazio.

A perfezionare il quadro di tutele, il comma 2 dell'art. 33 afferma, invece, la giurisdizione del giudice ordinario in ordine alle azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché ai ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV della l. n. 287/1990, individuando il giudice chiamato a conoscere della controversia nel tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'articolo 1 del d.lgs. 26 giugno 2003, n. 168, e successive modificazioni, ovvero la sezione specializzata in materia di impresa (ad esito delle modifiche operate dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27). Antecedentemente la cognizione di tali controversie era, invece, attribuita alla Corte d'appello competente per territorio.

Il codice del processo amministrativo ha, quindi, da un lato riconfermato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alle controversie involgenti atti in materia *antitrust*, adottati dall'AGCM. In particolare, viene riconfermata la cognizione del giudice amministrativo in materia di sanzioni, rispetto alle quali, come si vedrà, la sua giurisdizione è estesa al merito. Questa previsione si inserisce in un più generale ampliamento dei poteri cognitori del giudice amministrativo in ordine alle sanzioni,

essendo ricomprese nell'elenco di quelle devolute alla giurisdizione esclusiva anche fattispecie che in passato venivano conosciute dal giudice ordinario<sup>1</sup>.

Il codice del processo amministrativo, al contrario, ha espressamente escluso dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie inerenti ai rapporti di pubblico impiego contrattualizzato involgenti i dipendenti dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato: in tal modo ha corretto l'indirizzo interpretativo invalso fino al momento della sua entrata in vigore in giurisprudenza, la quale, prescindendo da un'analisi del regime pubblicistico o privatistico del singolo rapporto d'impiego, concludeva per la devoluzione di tutte le controversie relative a dipendenti dell'AGCM alla cognizione del giudice amministrativo.

L'affermazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine ai giudizi inerenti ai provvedimenti dell'AGCM (e delle altre autorità menzionate dall'art. 133, comma 1, lett. l) risolve a monte la questione della corretta individuazione della situazione giuridica soggettiva incisa dall'attività provvedimentale esercitata dall'autorità, consentendo al giudice amministrativo di conoscere tanto di interessi legittimi che di diritti soggettivi. La scelta operata dal legislatore risulta, peraltro, particolarmente opportuna a fronte del consistente dibattito svoltosi in dottrina in ordine alla qualificazione delle posizioni soggettive nei rapporti con l'AGCM: si è impedito, così, che tale controversa qualificazione possa condizionare l'individuazione del giudice competente a conoscere la causa.

## II. ASPETTI PROCESSUALI: IL RITO ABBREVIATO DISCIPLINATO DALL'ART. 119 C.P.A.

Se il giudice amministrativo, quindi, ha il compito di apprestare tutela nei confronti dei provvedimenti che l'AGCM

adotta in materia *antitrust*, prima di delimitare più precisamente l'oggetto del giudizio e le caratteristiche del sindacato di questo giudice sugli atti dell'autorità, deve darsi atto delle peculiarità processuali della sua cognizione in materia.

Le controversie inerenti i provvedimenti adottati dalle autorità amministrative indipendenti, ivi compresa, quindi, l'AGCM, con esclusione dei giudizi relativi al rapporto di servizio con i dipendenti, sono sottoposte, ai sensi dell'art. 119, comma 1, lett. b) c.p.a. alla disciplina descritta dal medesimo art. 119 c.p.a.

Si tratta di un rito abbreviato comune a determinate materie, tra cui quella in esame, particolarmente celere, caratterizzato, in primo luogo, dal dimezzamento di tutti i termini processuali ordinari, fatta eccezione, nei giudizi di primo grado, per quelli di notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale, dei motivi aggiunti, nonché per i termini dell'appello cautelare indicati dall'art. 62, comma 1 c.p.a. e per quelli espressamente disciplinati dallo stesso art. 119 c.p.a.

È, poi, prevista una particolare disciplina in ordine alla tutela cautelare: in caso di richiesta di sospensione del provvedimento impugnato, infatti, il TAR, accertata la completezza del contraddittorio e, in caso negativo, dispostane l'integrazione, qualora, ad un primo sommario esame, ravveda profili di fondatezza del ricorso ed un pregiudizio grave ed irreparabile, fisserà con ordinanza la data dell'udienza di discussione del merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza, disponendo altresì il deposito dei documenti necessari e l'acquisizione delle eventuali altre prove occorrenti. Soltanto in caso di estrema gravità ed urgenza, con la stessa ordinanza che fissa la data dell'udienza di discussione del merito, il TAR può adottare

<sup>1</sup> Gli artt. 133, comma 1, lett. l), 135, comma 1, lettera c), e 134, comma 1, lettera c) c.p.a. sono, però, stati dichiarati incostituzionali dalla sentenza della Corte costituzionale 27 giugno 2012, n. 162, nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con cognizione estesa al merito e alla competenza funzionale del TAR Lazio, sede di Roma, le con-

troverse in materia di sanzioni irrogate dalla Consob; stessa sorte ha riguardato l'art. 4, comma 1, numero 19), dell'all. n. 4, del d.lgs. n. 104/2010, che aveva disposto l'abrogazione delle disposizioni del d.lgs. n. 58/1998 che prevedevano la giurisdizione del giudice ordinario in relazione alle sanzioni irrogate dalla Consob.

le opportune misure cautelari. Viene, peraltro, pur sempre fatta salva la facoltà del Tribunale di definire nel merito il giudizio in camera di consiglio, con sentenza in forma semplificata, nel caso in cui ricorrano le condizioni previste dall'art. 60 c.p.a.

La disposizione prevede, infine, la pubblicazione anticipata del dispositivo rispetto alla sentenza, su richiesta presentata nell'udienza di discussione, da almeno una delle parti del giudizio che dichiara di averne interesse. In questa ipotesi, il dispositivo è pubblicato con deposito in segreteria non oltre sette giorni dalla decisione della causa. In caso di pubblicazione del dispositivo, la parte potrà così chiedere la sospensione dell'esecutività dello stesso al Consiglio di Stato entro trenta giorni, con riserva dei motivi, da proporre entro trenta giorni dalla notificazione della sentenza o tre mesi dalla sua pubblicazione. La mancata richiesta di sospensione dell'esecutività del dispositivo non impedisce, peraltro, che la medesima richiesta venga presentata dopo la pubblicazione dei motivi.

### III. LE TIPOLOGIE DI ATTI ADOTTATI DALL'AGCM IMPUGNABILI INNANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO

La giurisprudenza, nella sua ordinaria attività di verifica preliminare della sussistenza delle condizioni dell'azione, ovvero dell'interesse e della legittimazione a ricorrere, si è pronunciata in ordine all'ammissibilità dell'azione avverso atti adottati dall'autorità diversi dai tradizionali provvedimenti di accertamento dell'illecito anticoncorrenziale e sanzionatori, sui quali ultimi nessun dubbio relativo all'impugnabilità sorge.

In applicazione dei principi generali del processo amministrativo, non possono essere ritenuti impugnabili quegli atti privi di carattere lesivo, quali gli atti endoprocedimentali aventi funzione me-

ramente propedeutica all'adozione di altri atti; in particolare, guardando allo specifico procedimento innanzi all'AGCM, gli atti di avvio e di chiusura dell'indagine conoscitiva svolta dall'autorità che, in sé, mancano di incidenza nei confronti delle situazioni giuridiche soggettive di cui l'indagato è titolare. Merita, però, menzione una risalente pronuncia del TAR Lazio<sup>2</sup>, che ha ritenuto ammissibile la contestazione dell'atto di avvio del procedimento istruttorio, nell'ipotesi in cui motivo della censura sia la stessa applicabilità della disciplina *antitrust* al soggetto sottoposto ad indagine.

1. *I provvedimenti di rigetto e di accoglimento degli impegni.* - Di attualità è la questione della impugnabilità del provvedimento di rigetto degli impegni presentati dal sottoposto alle indagini.

Ai sensi dell'art. 14-ter della l. n. 287/1990 entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della stessa legge o degli articoli 101 o 102 TFUE (disciplinanti le intese restrittive della libertà di concorrenza e l'abuso di posizione dominante), le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. 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.

Si è posta, quindi, la questione dell'impugnabilità del provvedimento dell'autorità di rigetto degli impegni presentati.

La questione è stata recentemente affrontata e risolta dal Consiglio di Stato<sup>3</sup> che, affermando di esaminare in modo diretto per la prima volta il tema solo in questa occasione, decisa in modo non uniforme dalla giurisprudenza di primo grado<sup>4</sup>, ha escluso la diretta impugnabilità dell'atto con cui l'AGCM rigetta la propo-

gnabilità del provvedimento di rigetto degli impegni.

<sup>4</sup> Lo stesso Consiglio di Stato nella pronuncia cita in senso favorevole all'impugnabilità del provvedimento di rigetto, TAR Lazio, Roma, sez. I, 4 dicembre 2007, n. 12457, in *Foro amm. TAR*, 2007, 12, 3763 e *contra*, TAR Lazio, Roma, sez. I, 23 febbraio 2010, n. 2828, in [www.giustizia-amministra-](http://www.giustizia-amministra-)

<sup>2</sup> TAR Lazio, Roma, sez. I, 2 novembre 1993, n. 1549, in *Foro it.*, 1994, III, 146; in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993; in *Giur. merito*, 1994.

<sup>3</sup> Cons. St., sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4393, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 7-8, 2536, che ha annullato la sentenza TAR Lazio, Roma, sez. I, 16 novembre 2010, n. 33474, in *Foro amm. TAR*, 2010, 11, 3523, che aveva, al contrario, ammesso l'im-

sta di impegni formulata ai sensi dell'art. 14-ter della l. n. 287 del 1990.

Il Collegio, preliminarmente, valorizzando lo spirito di leale collaborazione e di partecipazione che caratterizza il segmento endoprocedimentale di presentazione ed esame degli impegni, ha ritenuto che la possibilità di adire l'autorità giudiziaria al fine di ottenere una tutela di carattere pieno ed effettivo – in applicazione di generali principi di natura processuale – debba essere riconosciuta direttamente in sede di impugnazione del provvedimento conclusivo dell'intero procedimento. Le eventuali illegittimità accedenti alla fase dell'esame (e del rigetto) degli impegni sono, infatti, idonee a riverberarsi con effetto viziante sul provvedimento finale, salve le violazioni di carattere meramente procedimentale, inidonee in quanto tali a determinare un diverso esito del procedimento ed a condizionare il contenuto del provvedimento.

La conclusione negativa in ordine all'impugnabilità del provvedimento di rigetto degli impegni è, però, accolta anche in applicazione delle regole volte alla verifica della sussistenza delle condizioni dell'azione. Ebbene, il Consiglio di Stato ha ravvisato il difetto di interesse a ricorrere in capo alle imprese, inteso «quale utilità a far ripristinare la situazione giuridica lesa dall'atto impugnato attraverso la mera rimozione dell'atto stesso, ovvero attraverso il ripristino del pregresso assetto di interessi reso possibile a seguito dell'attività conformativa resa necessaria dal giudicato di annullamento».

Viene, quindi, osservato che, anche a seguito del rigetto degli impegni, non si consolida in capo ai soggetti proponenti alcun pregiudizio di carattere definitivo; l'atto non è, infatti, idoneo a determinare un arresto procedimentale in senso proprio, ad incidere in senso definitivo sugli

*tiva.it* che, però, è riferita ad altra tipologia di impegni esaminati dall'AGCM (ex art. 8, comma 7, del d.lgs. n. 145/2007); in senso analogo a quest'ultima pronuncia, si veda altresì TAR Lazio, Roma, sez. I, 2 marzo 2011, n. 1918, in *Foro amm. TAR*, 2011, 3, 816. Sempre in senso contrario all'autonomia impugnabilità dell'atto di rigetto degli impegni, TAR Lazio, Roma, 13 luglio 2010, n. 24991, in *Foro amm. TAR*, 2010, 7-8, 2415, secondo cui «la determinazione negativa sugli impegni formulati

esiti dell'istruttoria, o a determinare in altro modo una effettiva compressione delle posizioni giuridiche del soggetto proponente. Come nel caso di avvio dell'istruttoria, il provvedimento di rigetto difetterebbe, quindi, di immediata lesività.

L'argomentazione, fondata sulla alta probabilità che, a seguito del rigetto degli impegni, l'autorità adotti un provvedimento sanzionatorio, non è, infine, ritenuta dirimente dal Consiglio di Stato. Mancano, infatti, all'atto di rigetto, le caratteristiche che hanno fatto ritenere, in altre ipotesi, autonomamente impugnabili gli atti endoprocedimentali: l'essere atti indirizzanti in modo ineluttabile la determinazione conclusiva o il costituire atti soprassessori, idonei a determinare un arresto procedimentale. In particolare, «il mero dato statistico relativo ai rapporti fra il rigetto degli impegni e l'adozione del provvedimento sanzionatorio non risulta idoneo a supportare l'immediato interesse all'impugnativa, difettando comunque la certezza che al primo farà certamente seguito il secondo di essi». In sintesi, il provvedimento di rigetto non ha alcun carattere di definitività né determina stabilmente l'esito del procedimento di accertamento dell'illecito anticoncorrenziale, in quanto l'attività valutativa ad esso sottesa coincide solo in parte con quella inerente all'adozione del provvedimento finale, «non potendosi ritenere che fra l'esito della prima fase (la decisione sulla proposta di impegni) e quello del procedimento complessivo sussista un nesso di presupposizione necessaria».

È stata, al contrario, riconosciuta l'ammissibilità dell'impugnazione dell'atto con cui l'autorità accoglie la proposta di impegni presentata dall'impresa sottoposta ad attività istruttoria. In proposito il TAR Lazio<sup>5</sup>, implicitamente riconoscendo l'impugnabilità dei provvedimenti di accogli-

dall'operatore professionale non è atto provvedimento immediatamente e autonomamente impugnabile, posto che esso si colloca nella fase del tutto preliminare, nella quale è stato soltanto comunicato l'avvio del procedimento e l'istruttoria è in corso, onde non è dato nemmeno di conoscere se il procedimento esiterà nell'adozione di un provvedimento sanzionatorio».

<sup>5</sup> TAR Lazio, Roma, sez. I, 10 maggio 2010, n. 10571, in *Foro amm. TAR*, 2010, 5, 1679.

mento degli impegni, ha affermato l'interesse di un'associazione a tutela dei consumatori ad impugnare un atto appartenente a questa categoria - adottato nella fattispecie in relazione ad un'ipotesi di abuso di posizione dominante - qualora si ravvisi la sussistenza di un interesse quantomeno di tipo risarcitorio all'accoglimento del ricorso<sup>6</sup>. Poiché tale accoglimento determinerebbe l'obbligo, in capo all'AGCM, di proseguire l'istruttoria in ordine al paventato illecito anticoncorrenziale in relazione al quale gli impegni sono stati presentati ed accolti, essendo inoltre il procedimento in materia di abuso di posizione dominante volto primariamente ad accertare l'infrazione, il TAR ha concluso nel senso che non possa escludersi un interesse del terzo ricorrente a che, in esito alla conclusione del procedimento, la condotta tenuta sia considerata illecita; ciò a prescindere dagli effetti immediati che un tale tipo di accertamento produca sui rapporti contrattuali esecutivi della condotta contestata già in essere tra il soggetto che ha commesso l'infrazione e soggetti terzi.

2. *La tutela del terzo controinteressato.* - L'impugnabilità dei provvedimenti di accoglimento degli impegni introduce il tema della tutela giurisdizionale apprestata al soggetto terzo, controinteressato rispetto al procedimento di accertamento dell'illecito anticoncorrenziale da parte dell'AGCM.

La giurisprudenza, infatti, ha indagato in ordine all'interesse ed alla legittimazione a ricorrere di tali soggetti rispetto ai c.d. "provvedimenti negativi", ovvero alle determinazioni con cui l'autorità dispone l'archiviazione di una denuncia, decide di

non vietare comportamenti comunicati dalle imprese o autorizza operazioni di concentrazione. Analoghe questioni si pongono nel caso in cui l'autorità rimanga inerte rispetto a segnalazioni di comportamenti anticoncorrenziali.

Inizialmente la giurisprudenza negava legittimazione a ricorrere in queste ipotesi<sup>7</sup> anche nei riguardi delle imprese concorrenti nel medesimo settore di mercato. Due le argomentazioni poste a sostegno di tale disconoscimento di legittimazione: in primo luogo, veniva negato che tali soggetti fossero titolari di una situazione giuridica soggettiva di diritto soggettivo o di interesse legittimo, vantando, al contrario, un interesse indifferenziato rispetto alla generalità dei cittadini. Alla base di questa conclusione vi è l'idea che i poteri conferiti all'autorità siano tesi a garantire la tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica e, quindi, non siano volti a tutelare posizioni di singoli soggetti partecipanti al mercato, che si assumono lesi dai comportamenti posti in essere dai concorrenti e non sanzionati o inibiti dall'AGCM. In sintesi, il singolo, che non è destinatario diretto dell'attività istituzionale dell'autorità, se indubbiamente ne può avvertire gli effetti, è titolare di una sfera giuridica non incisa in via immediata e diretta dall'attività medesima<sup>8</sup>. Soltanto i soggetti che siano diretti destinatari delle deliberazioni finali dell'AGCM vanterebbero, pertanto, un interesse qualificato. Inoltre, trattandosi di procedimenti repressivi, con specifico riferimento al terzo denunciante, si osservava che l'aver sollecitato l'apertura del procedimento e la partecipazione allo stesso non assumessero rilevanza alcuna,

<sup>6</sup> L'Avvocatura erariale, infatti, aveva contestato l'interesse a ricorrere dell'Associazione non tanto facendo leva sulla natura del provvedimento di accoglimento degli impegni impugnato, quanto evidenziando che l'eventuale riapertura del procedimento da parte dell'autorità e la sua conclusione con un provvedimento di accertamento e di diffida sarebbero state prive di utilità, non potendo l'AGCM interferire, con i suoi poteri, sull'esecuzione di contratti pienamente efficaci, stipulati nel frattempo dal soggetto sottoposto ad accertamento dell'infrazione e inerenti all'oggetto dell'illecito.

<sup>7</sup> In tal senso Cons. St., sez. VI, 30 dicembre 1996, n. 1792, in *Foro amm.*, 1996, 3383; TAR Lazio, Roma, sez. I, 13 luglio 1999, n. 1558, in *Foro*

*amm.*, 2000, 1884; Id., 15 ottobre 1998, n. 2952; Id., 29 settembre 1998, n. 2746; Id., 23 dicembre 1997, n. 2216. In particolare TAR Lazio, Roma, sez. I, 7 settembre 2001, n. 7286, in *Foro amm.*, 2001, 2490, ha concluso nel senso che «tutti gli altri soggetti diversi da quelli direttamente incisi, imprese concorrenti o consumatori, sono titolari di un mero interesse diffuso, indifferenziato, rispetto alla posizione di pretesa della generalità dei cittadini a che le autorità preposte alla repressione dei comportamenti vietati attuino correttamente e tempestivamente i poteri, a tale specifico fine, conferiti dall'ordinamento».

<sup>8</sup> In questi termini TAR Lazio, Roma, sez. I, 1 agosto 1995, n. 174.

in quanto la partecipazione procedimentale si differenzia dalla legittimazione processuale, sicché la prima non determina automaticamente la seconda.

L'indirizzo giurisprudenziale descritto è stato, poi, rivisitato da successive pronunce del Consiglio di Stato<sup>9</sup>, in un'ottica di maggiore garanzia del principio costituzionale e comunitario dell'effettività della tutela giurisdizionale. La giurisprudenza non è, però, giunta ad un'indiscriminata estensione della legittimazione a ricorrere nei confronti dei provvedimenti negativi dell'autorità. Al contrario, alla base del mutamento d'indirizzo vi è stata la considerazione di dover dare applicazione anche in questa materia ai principi generali in tema di condizioni dell'azione e di dover verificare la sussistenza dei requisiti necessari per individuare una situazione di interesse legittimo.

Ebbene, l'impresa concorrente, operante nello stesso settore di mercato, non può essere considerata, invero, paragonabile agli indistinti appartenenti alla collettività, vantando, invece, un interesse personale e individuale al rispetto della normativa *antitrust*. Per tali soggetti, invero, l'intervento o il mancato intervento dell'AGCM rispetto ad un illecito anticoncorrenziale commesso da un diretto concorrente determina un vantaggio o uno svantaggio immediato e direttamente riferibile alla propria sfera giuridica.

Infine, di recente, il Consiglio di Stato ha, altresì, riconosciuto espressamente la legittimazione a ricorrere avverso il provvedimento di archiviazione disposto dall'AGCM a seguito di denuncia di un illecito *antitrust*, ad un'associazione a tutela dei consumatori<sup>10</sup>. Dando atto dell'evoluzione giurisprudenziale intervenuta in materia e dei principi che la hanno sorretta, viene osservato che l'affidamento all'AGCM di una "tutela oggettiva della concorrenza" non esclude certo che la salvaguardia dell'interesse generale ad un as-

setto concorrenziale del mercato si traduca, sul piano concreto, in misure adottate a tutela anche dei consumatori, lesi dal comportamento anticoncorrenziale posto all'esame dell'autorità. Pertanto, non viene condivisa la tesi che, muovendo dalla considerazione di base della funzionalizzazione del potere autoritativo alla definizione dell'interesse generale, limita la tutela offerta ai consumatori, «terzi controinteressati, incisi dall'assetto di mercato creato o tollerato dall'Autorità», alla fase procedimentale, con atti di impulso e di intervento, o a quella, ritenuta non sostituiva né sempre equivalente, qualora ne ricorrano i presupposti, dell'azione innanzi al giudice civile ai sensi dell'art. 33, l. 10 ottobre 1990, n. 287.

#### IV. IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUGLI ATTI DELL'AGCM

Per i provvedimenti di accertamento di illeciti anticoncorrenziali e comminanti sanzioni nei confronti delle imprese non si è posta questione in ordine alla loro astratta impugnabilità da parte dei soggetti destinatari, data la chiara lesività del loro contenuto. Problemi interpretativi sono, invece, sorti relativamente all'intensità del sindacato del giudice amministrativo sul percorso motivazionale adottato dall'autorità. Problematica condizionata dalla necessità di garantire una tutela piena ed effettiva ai destinatari del provvedimento, da un lato, e di escludere un'eccessiva ingerenza, che sfociasse in una sostituzione, del giudice nell'analisi svolta dall'autorità, in un settore, peraltro, caratterizzato da un elevato tecnicismo e dal riferimento a concetti giuridici indeterminati.

Le prime pronunce del giudice amministrativo sono state fortemente attente a focalizzare l'oggetto del sindacato sui soli profili di legittimità, evidenziando l'assoluto divieto del giudice di sindacare il merito della decisione (ad eccezione del pro-

<sup>9</sup> Il mutamento di indirizzo è riconducibile a Cons. St., sez. VI, 14 giugno 2004, n. 3865, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 1804.

<sup>10</sup> Cons. St., sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3751, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 6, 2082, che ha riformato TAR Lazio, Roma, sez. I, 23 febbraio 2006,

n. 1373, in *Foro amm. TAR*, 2006, 2, 580. Si veda, altresì, Cons. St., sez. VI, 3 febbraio 2005, n. 280, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 2, 462, che aveva già riconosciuto la legittimazione a ricorrere ad un'associazione dei consumatori in tema di pubblicità ingannevole.

filo sanzionatorio). Tale sindacato avrebbe, quindi, potuto estendersi a tutti e tre i tradizionali vizi dell'atto, ivi compreso l'eccesso di potere ma, onde evitare sconfinamenti in sfere riservate all'autorità, tale verifica doveva essere limitata alla logicità, congruenza, ragionevolezza e correttezza della motivazione adottata a sostegno del provvedimento<sup>11</sup>.

Se, quindi, può ravvisarsi in una prima fase un atteggiamento "timido" dei giudici amministrativi rispetto alle valutazioni operate dall'AGCM, successivamente la giurisprudenza del Consiglio di Stato, parzialmente modificando la propria posizione, ha meglio chiarito in che termini dovesse intendersi limitato il sindacato del giudice sui provvedimenti dell'autorità, specificando in quale misura, al contrario, dovesse riconoscersi comunque una piena facoltà dell'organo giudicante di verificare la correttezza del provvedimento.

Un primo passo<sup>12</sup> nell'evoluzione dell'atteggiamento dei giudici amministrativi nei confronti dei provvedimenti dell'AGCM è avvenuto attraverso una più accurata verifica dello svolgimento dell'attività svolta dall'autorità, con il riconoscimento della natura atipica dei provvedimenti da questa adottati, articolati in più parti, corrispondenti alle diverse fasi di controllo svolte dall'AGCM. Essa, infatti, accerta preliminarmente i fatti, opera una "contestualizzazione" della norma a tutela della concorrenza che facendo riferimento a concetti giuridici indeterminati necessita di una esatta individuazione degli elementi costitutivi dell'illecito contestato, confronta i fatti accertati con il parametro contestualizzato ed infine applica le sanzioni qualora ravveda la sussistenza di un illecito anticoncorrenziale.

<sup>11</sup> In questo senso si vedano, TAR Lazio, Roma, sez. I, 7 settembre 2001, n. 7286, in *Foro amm.*, 2001, 2490; Cons. St., sez. VI, 26 luglio 2001, n. 4118, in *Foro amm.*, 2001, 2089; Id., 20 marzo 2001, n. 1671, *ivi.*, 2001, 625, che ha evidenziato come «i provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sono sindacabili, in giudizio, per vizi di legittimità, e non di merito. Purché si rimanga nell'ambito dei vizi di legittimità, il sindacato giudiziale non incontra limiti, potendo 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. Allorché, peraltro, viene

Ebbene, il Consiglio di Stato ha, in un primo tempo, chiarito che il limite del sindacato del giudice ai soli vizi di legittimità non preclude a questo un pieno accesso alla conoscenza dei fatti posti a fondamento della decisione dell'autorità. Nessun ostacolo, neppure di carattere processuale (a seguito dell'introduzione nel processo amministrativo dello strumento della C.T.U., sia nella giurisdizione esclusiva che in quella di legittimità) osta, infatti, alla possibilità che il giudice amministrativo verifichi pienamente la verità dei fatti sottesi al provvedimento impugnato.

Viene quindi affermato che, per esigenze di garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva, il sindacato del giudice amministrativo non possa essere meramente estrinseco, dovendosi, al contrario, estendere ad un controllo intrinseco. Ciò in quanto l'attività che l'AGCM svolge nelle fasi di contestualizzazione della norma a tutela della concorrenza e di confronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato non può qualificarsi come attività discrezionale di carattere amministrativo, bensì di carattere tecnico e le valutazioni tecniche non si fondano su regole scientifiche, esatte e non opinabili, ma sono il frutto di scienze inesatte ed opinabili (in prevalenza, di carattere economico) con cui vengono definiti i "concetti giuridici indeterminati".

In questa fase il Consiglio di Stato ha, poi, puntualizzato che il controllo, seppur "intrinseco", ovvero caratterizzato da un pieno accesso al fatto, debba rimanere pur sempre "debole": non deve, cioè, consistere in un potere sostitutivo del giudice tale da determinare una sovrapposizione della valutazione tecnica opinabile o del modello logico di attuazione del "concetto

dedotto, avverso i provvedimenti dell'Autorità, il vizio di eccesso di potere, il giudice, nell'ambito del suo sindacato, circoscritto alla sola legittimità dell'atto, e non esteso al merito delle scelte amministrative, 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»; Id., 14 marzo 2000, n. 1348, in *Foro amm.*, 2000, 933.

<sup>12</sup> Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, 977; Id., 1 ottobre 2002, n. 5156, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, 2505.

indeterminato” di quest’ultimo all’operato dell’autorità<sup>13</sup>. In sintesi, il giudice deve verificare direttamente i fatti posti a fondamento di tali provvedimenti ed esercitare un sindacato di legittimità sull’individuazione del parametro normativo da parte dell’autorità e sul raffronto con i fatti accertati; può, quindi, censurare le valutazioni tecniche, compreso il giudizio tecnico finale, che, attraverso un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica, appaiono inattendibili.

Maggiori chiarimenti sono, poi, giunti dalla giurisprudenza successiva che, per evitare possibili perplessità in ordine all’effettività della tutela giurisdizionale garantita attraverso un sindacato definito come “debole”, ha ulteriormente precisato in che termini il giudice amministrativo possa sindacare i provvedimenti dell’AGCM.

Con pronuncia del 2004 il Consiglio di Stato<sup>14</sup>, ribadita la natura “intrinseca” del sindacato, ha, in particolare, focalizzato la sua attenzione su due profili. In primo luogo, ha evidenziato che, pur se definita “esclusiva” la giurisdizione del giudice amministrativo in materia, il giudizio rimane di tipo impugnatorio ed al giudice spetta di verificare se l’autorità abbia correttamente esercitato il potere attribuitole dalla legge, attraverso un controllo a posteriori dell’operato della stessa.

In secondo luogo, ha ulteriormente precisato l’estensione del sindacato del giudice amministrativo, che giunge «sino al controllo dell’analisi economica compiuta dall’Autorità (potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei

concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame)».

Viene, quindi, chiarito l’equivoco sotteso all’utilizzo dell’espressione “sindacato debole” che non indica una limitazione alla piena cognizione del giudice sui fatti oggetto di indagine e sul processo valutativo, mediante il quale l’autorità applica alla fattispecie concreta la regola individuata, bensì un “limite finale” al potere decisorio dell’autorità giurisdizionale. Questa, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall’autorità in base a regole tecniche, anch’esse sindacabili, se ritiene le valutazioni dell’autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre, fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe essa la titolarità del potere. In altre parole non potrà sostituirsi ad un potere già esercitato ma dovrà controllare che la valutazione tecnica svolta dall’autorità nell’esercizio di tale potere sia corretta tanto nella fase di contestualizzazione della norma a tutela della concorrenza quanto in quella di confronto tra i fatti accertati e il parametro contestualizzato.

Il Consiglio di Stato ha, infine, comparato il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell’AGCM con quello svolto dalla Corte di giustizia UE sugli atti della Commissione, evidenziandone l’uniformità<sup>15</sup>.

I canoni così individuati sono, ad oggi, parametri di intensità del sindacato generalmente applicati dalla giurisprudenza del giudice amministrativo<sup>16</sup>. Più volte, in particolare, le decisioni successive hanno

<sup>13</sup> La pronuncia evidenzia come «l’indice dell’assenza del potere sostitutivo deve ricercarsi soprattutto nelle esigenze di efficienza e buon andamento dell’amministrazione, di cui all’art. 97 Costituzione, e nella rilevanza della materia della tutela della concorrenza, affidata dal legislatore ad una Autorità amministrativa, caratterizzata da una particolare composizione e qualificazione tecnica, oltre che da un elevato grado di autonomia e indipendenza».

<sup>14</sup> Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 890. Negli stessi termini, Cons. St., 8 febbraio 2007, n. 515, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 2, 594.

<sup>15</sup> Evidenzia infatti il Consiglio di Stato nella decisione n. 926/2004 che «il sindacato della Corte

di Giustizia, esercitato sulle valutazioni economiche complesse fatte dalla Commissione, è stato espressamente limitato alla verifica dell’osservanza delle norme di procedura e di motivazione, nonché dell’esattezza materiale dei fatti, dell’insussistenza d’errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere (...) È anche vero che, al di là delle affermazioni di principio sopra descritte, i giudici comunitari hanno in realtà analizzato molto spesso in modo accurato le analisi economiche svolte dalla Commissione; ma ciò è quanto si ritiene possa fare anche il giudice amministrativo».

<sup>16</sup> Si vedano, Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 926, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 2, 562, secondo cui «Il giudice amministrativo [...] deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di

avuto cura di chiarire che, nell'ipotesi in cui residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'AGCM, se questi sono stati definiti in maniera attendibile secondo la scienza economica, ed il provvedimento sia immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici, da vizi di violazione di legge<sup>17</sup>.

#### V. IL SINDACATO GIURISDIZIONALE SULLE SANZIONI

Fortemente incisivo è, invece, il sindacato che il giudice amministrativo può svolgere sulle sanzioni irrogate dall'AGCM, che può giungere fino alla sostituzione della sanzione, anche per mezzo di una verifica della congruità della determinazione dell'autorità. Il legislatore ha, infatti, esteso la giurisdizione che G.A. in materia al merito, come evincibile dall'art. 134 c.p.a., secondo il quale «Il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto: [...] c) le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti e quelle previste dall'articolo 123». Occorre premettere che la disposizione presuppone, in ogni caso, che il giudice amministrativo possa sindacare la sanzione, in quanto munito di giurisdizione in materia; profilo pacifico con riferimento alle sanzioni *antitrust*, alla luce del chiaro dettato dell'art. 133, comma 1, lett. l) c.p.a. che attribuisce

la giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo su tutti i provvedimenti dell'AGCM «compresi quelli sanzionatori». Conseguentemente, l'art. 134 non potrebbe ritenersi norma attributiva *ex se* di giurisdizione al G.A.

Che il giudice amministrativo possa conoscere e giudicare in modo così ampio sulle sanzioni in materia *antitrust* non è, però, novità introdotta dal codice del processo amministrativo, che ha dato veste normativa all'interpretazione da tempo invalsa in materia nella giurisprudenza.

Nel precedente assetto legislativo, infatti, non vi era alcuna esplicita disposizione che affermasse che il sindacato sulle sanzioni *antitrust* fosse da annoverare tra le ipotesi di giurisdizione estesa al merito; al contrario si pose il problema, a monte, di chiarire quale giudice fosse munito di giurisdizione sul punto.

Tradizionalmente, infatti, secondo gli ordinari criteri di riparto di giurisdizione, il giudice amministrativo ha cognizione in ordine a quelle sanzioni aventi un carattere ripristinatorio, mentre i provvedimenti contenenti sanzioni punitive, aventi carattere afflittivo, sono conosciute dal giudice ordinario<sup>18</sup>.

In materia *antitrust*, la l. n. 287/1990, da un lato, all'art. 33, comma 1, affermava la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sui «ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi adottati dall'Autorità», dall'altro, all'art. 31, in materia di sanzioni, opera un parziale rinvio alla l. 24 novembre 1981, n. 689 (al capo I, sezioni I e II), ivi comprendendo le disposizioni che, nel disciplinare i rimedi giurisdizio-

essi operata dall'AGCM sia immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate»; Id., 3 aprile 2009, n. 2092, in *Rass. dir. farm.*, 2009, 4, 767; TAR Lazio, Roma, sez. I, 8 maggio 2007, n. 4123, in *Foro amm. TAR*, 2007, 5, 1642; Cons. St., sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 3, 941.

<sup>17</sup> Afferma ciò con riferimento al concetto di «mercato rilevante» Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 926, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 2, 562; negli stessi termini, Id., 3 aprile 2009, n. 2092, in *Rass. dir. farm.*, 2009, 4, 767; TAR Lazio, Roma, sez. I, 8 maggio 2007, n. 4123, in *Foro amm. TAR*, 2007, 5, 1642. Peraltro, su tale profilo si veda, altresì, TAR Lazio, Roma, sez. I, 27 marzo 2012, n. 2899, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che, dopo aver distinto la funzione del concetto di

«mercato rilevante» nell'illecito di abuso di posizione dominante e nelle intese e le conseguenze che tale differenza determina in ordine all'esercizio del potere dell'AGCM, che nell'ipotesi di abuso di posizione dominante deve essere connotato da un «particolare grado di attenzione e di rigore», ha censurato la motivazione addotta a sostegno di un provvedimento di archiviazione dall'autorità, in quanto non adeguata e sufficiente.

<sup>18</sup> Sul punto si vedano, *ex multis*, Cass., sez. un., 27 ottobre 1978, n. 4892, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 242; TAR Sicilia, Palermo, 29 aprile 1988, n. 262, in *Dir. e giur. agr.*, 1989, 376; Cons. St., sez. IV, 18 novembre 1989, n. 793, in *Foro amm.*, 1989, fasc. 11; Id., 23 gennaio 1992, n. 92, in Cons. St., 1992, I, 29. Il principio è stato confermato da Cons. St., sez. V, 27 giugno 2012, n. 3786, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 6, 1629.

nali, affidano al giudice ordinario la cognizione delle controversie di opposizione alle ordinanze ingiunzioni che comminano sanzioni amministrative pecuniarie. Sicché si era posta la questione di quale delle due disposizioni dovesse ritenersi prevalente e, quindi, quale giudice fosse idoneo a conoscere del profilo sanzionatorio dei provvedimenti dell'AGCM<sup>19</sup>.

Prima del chiarimento operato dal legislatore nel 2010, già la Corte di cassazione a Sezioni Unite, in un giudizio per regolamento preventivo di giurisdizione<sup>20</sup>, ha concluso nel senso della sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche in materia di sanzioni *antitrust*.

Precisato, quindi, il profilo preliminare del giudice munito di giurisdizione, si pose la questione dell'applicabilità al giudizio avverso le sanzioni adottate dall'AGCM di quanto disposto dall'art. 23, comma 11, della l. n. 689/1981, rientrante tra quelle cui l'art. 31 della l. n. 287/1990 fa rinvio. Tale disposizione prevede, infatti, che il giudice non solo possa annullare in tutto o in parte il provvedimento sanzionatorio ma anche modificarlo anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta. Aderire alla tesi dell'applicabilità del comma 11 al giudizio innanzi al giudice amministrativo implicava, quindi, un forte ampliamento degli ordinari poteri cognitori e decisorio di quest'ultimo e, sostanzialmente, il riconoscimento di una nuova ipotesi di giurisdizione estesa al merito.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha concluso in senso favorevole a quest'ultima ricostruzione, valorizzando la compatibilità con i principi della legge n. 287/1990 dell'art. 23 della legge n. 689/1981 e la diversità del potere esercitato dall'autorità per l'applicazione di una sanzione amministrativa tipicamente punitiva, quale quella pecuniaria<sup>21</sup>. Considerazione rafforzata dall'ulteriore elemento che ad analoghe conclusioni sia giunta la

giurisprudenza comunitaria con riferimento al sindacato sulle sanzioni adottate dalla Commissione UE<sup>22</sup>.

Gli artt. 133, comma 1, lett. l) e 134, comma 1, lett. c) c.p.a. hanno, quindi, codificato principi ormai pacifici nella giurisprudenza nazionale, adeguando, al contempo, la legislazione interna alle linee tratteggiate in materia dall'ordinamento comunitario.

Peraltro, l'estensione al merito della giurisdizione del giudice amministrativo trova adeguata giustificazione nella natura e nelle caratteristiche del potere esercitato dall'autorità in ambito sanzionatorio. Una volta accertato l'illecito e stabilita, quindi, la sua sanzionabilità, l'AGCM è fortemente indirizzata nell'operazione di quantificazione dell'importo; in particolare, indicazioni chiare e puntuali emergono dalla Comunicazione 2006/C 210/02 della Commissione UE «Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003». Sicché la verifica operata dal giudice amministrativo circa la congruità della sanzione e l'eventuale intervento sostitutivo da quest'ultimo esplicito in virtù dell'estensione al merito della sua giurisdizione, sono pur sempre incisivamente condizionati da questi parametri.

ANNALaura LEONI

### Bibliografia

R. CARANTA, «I limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato», in *Giur. comm.*, 2003, p. 170; R. CHIEPPA, «La tutela giurisdizionale dei controinteressati rispetto ai provvedimenti di archiviazione e di autorizzazione dell'Autorità antitrust», in *Conc. merc.*, 2004, p. 137; G.P. CIRILLO - R. CHIEPPA, «Le autorità amministrative indipendenti», in *Trattato di diritto amministrativo*, (diretto da) G. Santaniello, vol. XLI, Padova, 2010; M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998; F.G. SCOCA, «Giudice amministrativo ed esigenze del mercato», in *Dir. amm.*, 2008, 2, p. 257.

ritenuto che ciò sia «anche coerente con le prospettive di armonizzazione del diritto della concorrenza, citate in precedenza, tenuto conto che l'art. 31 del reg. CE n. 1/2003 prevede che la Corte di Giustizia possa estinguere, ridurre o aumentare le ammende irrogate dalla Commissione, qualificando tale competenza giurisdizionale "di merito"».

<sup>19</sup> A favore della giurisdizione del giudice amministrativo si veda TAR Lazio, Roma, sez. I, 21 luglio 1993, n. 1157, in *Foro it.*, 1994, III, 147.

<sup>20</sup> Cass., sez. un., 5 gennaio 1994, n. 52, in *Foro amm.*, 1994, 1700.

<sup>21</sup> In questi termini, Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 890.

<sup>22</sup> Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926 ha