

MARGHERITA RAMAJOLI

IL CONTRADDITTORIO NEL PROCEDIMENTO ANTITRUST (*)

in **Dir. proc. amm., fasc.3, 2003**

Sommario: 1. Struttura e funzione del contraddittorio nel procedimento antitrust. - 2. Il tentativo di equiparazione delle garanzie procedurali antitrust alle garanzie giurisdizionali. - 3. I caratteri delle fattispecie previste dalle norme antitrust. - 4. Il divieto di modifica della contestazione e la sua applicabilità al procedimento antitrust. - 5. Centralità della tutela amministrativa in materia antitrust e necessità di interpretare in maniera rigorosa il principio del contraddittorio.

1. È un dato di comune osservazione che la disciplina del contraddittorio nel procedimento amministrativo antitrust (1) sia maggiormente raffinata che nel procedimento amministrativo ordinario.

Per quanto riguarda la struttura di tale contraddittorio, esso è garantito mediante molteplici modalità, previste e regolate dalle diverse ed eterogenee fonti di disciplina del procedimento antitrust (2).

In primo luogo, il contraddittorio è garantito attraverso la comunicazione dell'avvio dell'istruttoria, la quale deve avvenire con notificazione secondo le modalità previste dal codice di procedura civile e non è derogabile neppure per particolari esigenze di celerità del procedimento, come, invece, dispone l'art. 7, comma 1, della legge n. 241 del 1990, per i procedimenti amministrativi in generale (art. 14, comma 1, art. 16, comma 4, legge n. 287 del 1990; art. 6, commi 1-7, d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217) (3).

In secondo luogo, esso è assicurato dalla facoltà di accesso ai documenti formati o stabilmente detenuti dall'Autorità, sia pure con taluni limiti, individuati vuoi da fonti normative (art. 7, comma 2, lett. *b*, art. 13, commi 1-12, d.P.R. n. 217 del 1998), vuoi dalla successiva elaborazione giurisprudenziale (4).

Il contraddittorio è poi garantito dalla possibilità di essere sentiti, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, nonché di produrre memorie, deduzioni, pareri e documenti (art. 14, comma 1, legge n. 287 del 1990; art. 7, comma 2, lett. a, comma 3, d.P.R. n. 217 del 1998) (5).

Infine - e soprattutto, come si avrà modo di notare in seguito -, il contraddittorio è garantito dalla comunicazione delle risultanze istruttorie alle imprese da parte del collegio, una volta verificata la non manifesta infondatezza delle proposte formulate dagli uffici in relazione agli elementi probatori acquisiti (art. 14, comma 1, d.P.R. n. 217 del 1998, mentre l'istituto non era previsto dal precedente regolamento di cui al d.P.R. 10 settembre 1991, n. 461).

Per quanto riguarda poi la funzione assolta dal contraddittorio nel procedimento antitrust, essa è una funzione di garanzia in senso lato: non solo garanzia-difesa per le imprese, né solo garanzia-collaborazione per tutti coloro che, diversi dai destinatari del provvedimento finale, hanno titolo a partecipare al procedimento (6), ma anche garanzia in una prospettiva ordinamentale.

Infatti, viene dettata una tutela procedimentale per così dire potenziata, nel tentativo di fornire una legittimazione a soggetti quali l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che sono indipendenti dal potere politico ed estranei rispetto al tradizionale circuito democratico (7). Come è stato efficacemente detto, la legittimazione delle autorità indipendenti non discende dalla democrazia politica, bensì dalla democrazia procedimentale (8) e, quindi, il contraddittorio è in grado di offrire una base di legittimazione all'Autorità antitrust.

2. Vi è, dunque, una particolare aspettativa di garanzia procedimentale in materia antitrust e l'esito ultimo di questa aspettativa è ravvisabile nel tentativo di assimilare le garanzie che fornisce il procedimento amministrativo davanti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato alle garanzie giurisdizionali.

In quest'ottica, parte della dottrina ha parlato di struttura contenziosa dell'attività antitrust, di utilizzo di un modulo processuale, di processualizzazione del procedimento presso l'Autorità, di contraddittorio paraprocedurale (9).

Il tentativo di estendere anche al procedimento amministrativo antitrust il contraddittorio paritario proprio dei procedimenti giurisdizionali caratterizza non solo la posizione di una parte della dottrina, ma anche quella delle imprese

destinatario dei provvedimenti dell'Autorità garante, come risulta dalle censure dalle medesime proposte e dalla concezione che esse mostrano di avere del diritto di difesa.

Tuttavia, la giurisprudenza amministrativa ha sottolineato, con riferimento a vari aspetti relativi alla tutela dell'interessato, la non assimilabilità delle garanzie offerte dal procedimento antitrust alle garanzie di tipo giurisdizionale e, quindi, la non applicabilità automatica al procedimento antitrust delle norme proprie dei procedimenti giurisdizionali.

Ad esempio, il giudice amministrativo ha affermato che non viola la garanzia del contraddittorio l'estromissione delle imprese interessate dalla fase di espletamento del subprocedimento peritale, del quale le parti possono avere conoscenza solo attraverso la relazione finale redatta dall'incaricato, a differenza di quanto dispone il più garantista art. 194 c.p.c. (10); oppure, che non esiste un divieto di autoincriminazione, o, in altri termini, un diritto delle imprese di non testimoniare contro se stesse, il quale non consentirebbe all'Autorità di chiedere ed ottenere informazioni dalle imprese nei cui confronti si svolge il procedimento (11); che non vi è un ordine procedimentale vincolato che imponga la fissazione dell'audizione finale delle parti in data posteriore a quella del deposito delle memorie (12); infine, che non sono applicabili le norme processuali in tema di sospensione dei termini in periodo feriale, potendosi fare ricorso a tale disciplina esclusivamente per gli atti e i procedimenti giurisdizionali (13).

Ma vi è soprattutto un aspetto in cui le istanze di garanzia hanno premuto in maniera caratteristica. Esso attiene alla invocazione della necessaria corrispondenza tra contestazione e decisione finale dell'Autorità antitrust, corrispondenza che è un principio cardine del contraddittorio di tipo giurisdizionale.

Questo principio trova accoglimento anche nell'ordinamento amministrativo, con riferimento ai procedimenti sanzionatori, proprio per derivazione dal processo penale (14).

Il principio di corrispondenza tra contestazione e decisione finale è stato invocato anche e specialmente in materia antitrust, sia per quella particolare aspettativa di garanzia cui si è accennato in precedenza, sia per il carattere afflittivo e in senso lato sanzionatorio che presenta l'attività antitrust.

Il carattere afflittivo si riscontra non solo nei procedimenti relativi ad intese restrittive della libertà di concorrenza ed abusi di posizione dominante, ma anche nei procedimenti relativi a concentrazioni restrittive della libertà di concorrenza. Infatti, questi ultimi tipi di procedimento hanno una natura composita, sicuramente autorizzatoria in senso lato (artt. 6, 16 e 18 della legge), ma parimenti afflittiva, anzi pesantemente afflittiva (15).

Il profilo in questione è, dunque, decisivo per valutare i caratteri di specificità della tutela nel procedimento amministrativo antitrust rispetto alla tutela nei procedimenti amministrativi tradizionali.

3. Il problema della corrispondenza tra contestazione e decisione finale si inquadra all'interno del problema più generale della qualificazione del procedimento amministrativo antitrust, che nelle posizioni giurisprudenziali ha finora oscillato tra il modello inquisitorio proprio del procedimento sanzionatorio e il modello tradizionale di amministrazione attiva (16).

Emblematica a tal riguardo è la soluzione che la giurisprudenza ha fornito sulla questione circa la natura delle norme antitrust.

Il Consiglio di Stato ha affermato originariamente che le fattispecie descritte dalle norme antitrust sono di stretta interpretazione. Questo perché le norme a tutela della concorrenza devono essere interpretate alla luce dei principi generali relativi alle sanzioni amministrative, di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689, primo tra tutti il principio di legalità, secondo cui nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge, che si applica soltanto nei casi e per i tempi in essa considerati (art. 1, commi 1 e 2, legge n. 689 del 1981). È, quindi, necessaria un'interpretazione degli artt. 2 e seguenti della legge antitrust «secondo criteri di rigore che assicurino certezza del diritto, consapevolezza dell'illiceità della condotta e prevedibilità della sanzione» (17).

Nel caso di specie l'impostazione così adottata è servita a riconoscere l'illegittimità del provvedimento dell'Autorità che ha considerato «accordi» comportamenti che, eventualmente, avrebbero potuto essere qualificati come «pratiche concordate», in quanto posti in essere da soggetti non abilitati ad assumere impegni a nome dell'impresa (18). In questa maniera si viene a condannare la posizione dell'Autorità che muove, invece, da una nozione ampia di accordo restrittivo e dall'idea che la volontà convergente possa essere manifestata «anche in modo

informale attraverso dipendenti», al fine di evitare che la tutela della concorrenza possa essere elusa attraverso atti e condotte che, pur senza rilievo formale, possano nascondere intenti anticoncorrenziali.

Il giudice amministrativo è, quindi, partito da una posizione di particolare rigore formale, dichiaratamente ispirata alla contiguità, alla assimilabilità del procedimento antitrust rispetto a quello sanzionatorio.

Tuttavia, la rigidità di questa posizione si è via via sciolta nella sempre maggiore consapevolezza delle decisive differenze esistenti tra procedimento sanzionatorio e procedimento antitrust. Si arriva così all'orientamento, sempre espresso dal Consiglio di Stato, secondo cui le norme in materia di concorrenza non sono affatto di stretta interpretazione.

Occorre aver esclusivo riguardo «al dato sostanziale dell'accertamento di comportamenti collusivi tra le imprese», essendo la finalità della normativa antitrust di «colpire ogni condotta, non previamente identificabile, che abbia oggetto o effetto anticoncorrenziale». Il rinvio alla legge n. 689 del 1981 non può determinare una «sostanziale restrizione» delle ipotesi di cui agli artt. 2 e 3 della legge n. 287 del 1990, «che peraltro non attengono ai soli aspetti sanzionatori (solo per i quali opera il rinvio), ma anche a quelli inibitori, con la conseguenza che il richiamo al principio della stretta interpretazione non appare applicabile alla normativa antitrust» (19).

Nel caso di specie, le affermazioni compiute hanno condotto alla conclusione secondo cui in materia antitrust non presenti alcuna utilità la distinzione tra le ipotesi di accordo e quelle di pratica concordata, in precedenza sostenuta dalla medesima sezione (20).

Ma soprattutto dall'orientamento in questione è ricavabile un principio più generale, che valorizza «il margine di incertezza che può esservi nell'applicazione delle nozioni di intesa, accordo, pratica concordata, abuso di posizione dominante» (21).

L'incertezza applicativa delle norme antitrust allontana il procedimento antitrust dal procedimento sanzionatorio, in quanto questa caratteristica contrasta con il tipico principio di legalità esistente in materia sanzionatoria, inteso come principio di determinatezza della fattispecie (22).

L'originaria posizione del Consiglio di Stato è stata così superata (23) e attualmente è pacifico che, sotto il profilo in esame, la giurisprudenza consideri la funzione dell'attività dell'Autorità antitrust sostanzialmente di amministrazione attiva e non meramente sanzionatoria.

4. Da questi elementi pare, quindi, che vi sia un progressivo distacco del procedimento antitrust dalla logica sanzionatoria.

L'assimilazione del procedimento antitrust al procedimento di amministrazione attiva è altresì visibile dalla consolidata giurisprudenza secondo cui la garanzia del contraddittorio nei procedimenti antitrust non è violata se gli elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni, che devono essere contenuti nell'atto di avvio dell'istruttoria (art. 6, comma 3, d.P.R.), sono costituiti da una semplice «indicazione sommaria degli elementi di fatto contestati e delle conseguenze giuridiche che, secondo l'Autorità, ne derivano» (24).

Da ultimo, l'allontanamento del procedimento antitrust dal modello sanzionatorio emerge anche con riferimento propriamente al tema della mutazione della contestazione nel corso del procedimento antitrust, pur con la necessaria precisazione che la materia è, comunque, ancora fluida e alla ricerca di una qualche sistemazione.

Il punto fermo che è possibile raggiungere attualmente è che il giudice amministrativo riconosce il potere dell'Autorità antitrust di mutare l'addebito, affermando l'insussistenza di alcun vizio procedurale nel caso di estensione dell'indagine a profili diversi da quelli oggetto della comunicazione di avvio del procedimento (25).

Ciò che complica il quadro è, però, il fatto che la giurisprudenza riconosce questo potere utilizzando motivazioni molto diverse tra loro, facenti leva su principi espressivi di divergenti concezioni dell'attività antitrust.

In alcune occasioni si giustifica il contrasto tra l'oggetto del provvedimento di avvio e quello di chiusura dell'istruttoria mediante il riferimento ai principi di speditezza e di economicità dell'azione amministrativa, nonché ad esigenze di completezza del procedimento.

Infatti, viene legittimata l'estensione delle indagini dell'Autorità ad aspetti nuovi ed autonomi rispetto a quelli originariamente considerati nell'atto di avvio dell'istruttoria, dal momento che, «diversamente opinando, si perverrebbe all'illogica conclusione che l'Autorità, ogni qualvolta nel corso dell'istruttoria viene a conoscenza di atti e fatti che, seppur prima di allora ignoti, sono comunque connessi con l'oggetto dell'istruttoria formale avviata, dovrebbe, comunque, procedere a nuova ed autonoma contestazione agli interessati, in contrasto con quei principi di speditezza e economicità dell'azione amministrativa che ognora devono trovare applicazione». Ancora, si afferma che «le esigenze di completezza del procedimento - la cui soddisfazione costituisce, a ben vedere, la miglior garanzia degli interessi delle parti tutte del procedimento - comportano, in sintesi, che il procedimento deve essere necessariamente integrato durante il suo corso» (26).

In particolare, nel caso di specie si è consentito di passare dalla contestazione nei confronti delle maggiori case discografiche agenti sul mercato italiano di accordi relativi alla fissazione di listini prezzo dei supporti fonografici alla contestazione di accordi aventi per oggetto la realizzazione di *compilations* o di dischi singoli, ovvero l'adozione di regole di comportamento nella scritturazione degli artisti, ovvero, ancora, i rapporti da intrattenere sia con gli organismi televisivi, sia con la grande e la piccola distribuzione.

L'invocazione dei principi di speditezza e di economicità dell'attività amministrativa, in uno con le esigenze di completezza dell'istruttoria, rende qui particolarmente evidente la già sottolineata assimilazione del procedimento antitrust a quello di amministrazione attiva.

Tuttavia, altre volte la giurisprudenza pare discostarsi da questo modello, mostrando una maggiore prudenza nello scegliere i principi che possano giustificare la modifica della contestazione da parte dell'Autorità. Talvolta, difatti, si è seguito un percorso argomentativo facente leva sul carattere accessorio dei nuovi elementi contestati, considerandoli estranei al *thema decidendum*.

È chiaro, però, che in questa maniera il giudice amministrativo non viene a legittimare una modifica dell'indagine nel corso della fase istruttoria. Più cautamente, il giudice ritiene che in sede di comunicazione delle risultanze istruttorie possano essere contestati nuovi elementi solo se essi «non costituiscono

né nuove infrazioni da contestare, né indizi diretti della pratica concordata», bensì siano «elementi accessori del più ampio contesto di collaborazione tra le imprese, ma estranei al *thema decidendum*» (27).

Va, comunque, detto che la suddetta spiegazione appare debole, o, per lo meno, appare debole con riferimento al caso di specie, il quale è il medesimo già in precedenza considerato. Si tratta, infatti, dell'estensione dell'indagine a profili ulteriori e diversi da quelli oggetto della comunicazione di avvio del procedimento (accordi per fissare i prezzi dei CD), quali lo scambio di informazioni per il rilancio di CD singoli, per la vendita di supporti fonografici alle edicole e per corrispondenza, nonché per la realizzazione di *compilations*. L'accessorietà tra le due tipologie di accordo è quantomeno dubbia, dato che i nuovi elementi sono stati considerati, in primo grado, come inclusi, mentre in secondo grado, come estranei al *thema decidendum*.

Infine, vi è un terzo principio di cui fa applicazione la giurisprudenza al fine di ritenere che l'Autorità *antitrust* non abbia violato il contraddittorio nel caso di discrasia tra contestazione iniziale e decisione finale. Si tratta del principio di continenza, «ampiamente esplorato dalla giurisprudenza processual-penalistica» (28).

Il principio di continenza consentirebbe la comprensione del fatto sanzionato nell'originario addebito, come nel passaggio dall'accusa di intesa restrittiva a quella di pratica concordata, che è *species* dell'intesa restrittiva e, pertanto, compresa nella contestazione originaria (29), oppure nel caso di restrizione temporale del periodo considerato rispetto all'iniziale ipotesi di lavoro (30).

Nell'ottica giurisprudenziale, anche in questo caso, come nel precedente in cui si invocava il carattere accessorio dei nuovi elementi contestati, non si verificherebbe un mutamento dell'imputazione, bensì una semplice restrizione dell'imputazione originaria (31).

Quest'ultima giurisprudenza è espressione di una posizione intermedia, sia perché ritiene ammissibile la mutazione dell'addebito solo entro limiti ristretti, sia perché non fa riferimento ai principi propri dell'amministrazione attiva, pur considerando corretta la possibilità per l'Autorità *antitrust* di una «contestazione iniziale alternativa o subordinata» di tutte le ipotesi, stante quel margine di incertezza che

vi può essere nell'applicazione delle nozioni di intesa, accordo, pratica concordata e abuso di posizione dominante, cui si è già fatto cenno in precedenza.

5. In definitiva, dalle pronunce in tema di modifica dell'addebito paiono emergere due distinti filoni giurisprudenziali, la cui diversità non dipende solo dalle motivazioni addotte per legittimare un'estensione dell'indagine nel corso dell'istruttoria, ma, più a monte, è legata ad una differenza esistente sul piano sostanziale.

È possibile individuare un orientamento estremo, facente leva sui principi di rapidità e di economicità dell'azione amministrativa, il quale ammette con larghezza la possibilità di modificare la contestazione nel corso del procedimento, e un orientamento più cauto, che individua un limite penetrante al potere dell'Autorità di estendere la propria indagine a profili ulteriori rispetto a quelli inizialmente precisati, limite ravvisabile nell'accessorietà oppure nella continenza della nuova fattispecie contestata.

Alla base di quest'ultimo orientamento vi è l'idea che la natura delle norme antitrust, con la loro incertezza applicativa, è tale per cui non è possibile seguire integralmente il modello sanzionatorio, che impone una perfetta eguaglianza tra contestazione e decisione finale. Tuttavia, e contemporaneamente, l'orientamento in questione riconosce che l'attività antitrust non è assimilabile totalmente alla tradizionale attività amministrativa con i suoi principi di flessibilità e di informalità, perché la stessa disciplina normativa configura un contraddittorio particolarmente tutelato, che lo allontana dall'ordinario contraddittorio amministrativo.

Come si è notato al paragrafo iniziale, le fonti di disciplina del procedimento antitrust prevedono il contraddittorio come diritto di difesa in senso tecnico, come dialettica delle parti, come possibilità di dedurre e di controdedurre. Si tratta di un tipo di contraddittorio distante dal contraddittorio generale amministrativo così come delineato dall'art. 10 della legge n. 241 del 1990, il quale si manifesta essenzialmente nella facoltà di accesso ai documenti e nella possibilità di presentare memorie scritte e documenti che devono essere valutati dall'amministrazione nel caso in cui siano pertinenti all'oggetto del procedimento. Nel procedimento antitrust il contraddittorio non si esaurisce in questi poteri, ma consiste principalmente nel potere di controdedurre alle affermazioni dell'Autorità in virtù della comunicazione delle risultanze istruttorie.

In questa logica, dunque, coerente con il complessivo sistema risulta l'orientamento che circoscrive il potere in capo all'Autorità di modifica dell'indagine, mentre non appare corretto, in quanto idoneo a frustrare l'effettività del contraddittorio, l'orientamento largheggiante nel riconoscere, senza limiti, la possibilità di mutare l'addebito originario.

Del resto, criticabile, in quanto lesivo del contraddittorio, appare pure un altro filone giurisprudenziale, favorevole ad ammettere il mutamento dell'addebito persino dopo la comunicazione delle risultanze istruttorie. Anche in quest'ultimo caso la peculiarità del contraddittorio nel procedimento antitrust risulta oscurata.

Spesso nella giurisprudenza ricorre l'affermazione in base alla quale ciò che conta ai fini del rispetto del principio del contraddittorio nel procedimento antitrust è che l'interessato, nonostante la modifica della contestazione, sia stato posto in condizione di difendersi (32). Tuttavia, quando la divergenza di contestazioni riguarda non più l'atto di comunicazione delle risultanze istruttorie rispetto alla deliberazione di avvio dell'istruttoria, ma, ben più gravemente, il provvedimento finale rispetto all'atto di comunicazione delle risultanze istruttorie (33), è evidente che non viene rispettata neppure una benché minima garanzia di contraddittorio (34).

In una prospettiva di carattere generale, il procedimento davanti all'Autorità garante è un momento di tutela fondamentale degli interessati in materia antitrust. La fase amministrativa è essenziale, nel senso che una tutela incisiva degli interessati si ottiene solo nel procedimento amministrativo. Infatti, la successiva tutela giurisdizionale risulta inevitabilmente tardiva in materia antitrust, essendo il fattore temporale fondamentale in campo economico (35).

Ma, affinché la tutela in via amministrativa della concorrenza sia effettiva, occorre interpretare in senso forte il principio del contraddittorio nel procedimento antitrust, rendendo l'interessato tempestivamente in grado di esercitare i suoi poteri di «difesa preventiva». Il principio del contraddittorio, se applicato in maniera rigorosa, non dovrebbe, dunque, consentire all'Autorità di prendere in considerazione violazioni diverse da quelle sulle quali i soggetti interessati hanno avuto modo di far conoscere per tempo le loro posizioni. La regola del contraddittorio deve garantire non la semplice possibilità, ma l'effettività del contraddittorio, per assolvere alla sua finalità, particolarmente qualificata - come si

è visto - nel caso dell'Autorità garante, la cui legittimazione non va ravvisata nella rappresentanza politica, bensì nel modo di prendere le decisioni.

Un vero contraddittorio, che consenta alle imprese di presentare utilmente e nei tempi opportuni le proprie osservazioni e le proprie difese - insieme ad una reale distinzione tra attività istruttoria e attività deliberativa all'interno del medesimo procedimento davanti all'Autorità (36) -, è indispensabile al fine di rendere il modello amministrativo di tutela antitrust idoneo a soddisfare il diritto delle parti interessate ad una decisione equa e imparziale.

Note:

(*) Relazione al convegno «Autorità indipendenti e tutela della concorrenza tra diritto interno e diritto comunitario», Milano, 29 novembre 2002, organizzato dal Centro di studi sulla giustizia dell'Università degli Studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza.

(1) Nel corso dell'esposizione si farà riferimento esclusivo al procedimento amministrativo antitrust che si svolge davanti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. È sì vero che nel nostro ordinamento non è solo quest'ultima autorità competente ad applicare la legge 10 ottobre 1990, n. 287, essendolo anche la Banca d'Italia (art. 20, comma 2, della legge) e, in passato, pure il Garante per la radiodiffusione e l'editoria (art. 20, comma 2, della legge, ora abrogato dall'art. 1, comma 6, lett. c, n. 9 della legge 31 luglio 1997, n. 249); tuttavia, il procedimento davanti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato può essere considerato il modello generale di procedimento antitrust. Infatti, la legge n. 287 del 1990 detta quello che è stato definito (G. Falcon, Il «primo», il «secondo» ed il «terzo» garante nei settori dell'editoria e della radiodiffusione, in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di F. Bassi e F. Merusi, Milano, 1993, 69 ss., 92-93; A. Pajno, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Bologna, 1996, 107 ss., 110, 132 ss.) uno statuto operativo comune delle varie autorità indipendenti allorché esse operano quali autorità garanti in materia di concorrenza, stabilendo all'art. 20, comma 8, che le procedure previste per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato si estendono anche ad altre autorità di vigilanza, quando queste sono chiamate a dare attuazione al dettato normativo della legge antitrust. Apparentemente, un discorso a parte meriterebbe il settore delle comunicazioni sonore e televisive. Infatti, esso è sottoposto, oltre alla disciplina

antitrust generale, ad una disciplina antitrust speciale, contenuta all'art. 2 della legge n. 249 del 1997, la cui attuazione è rimessa alla competenza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Tuttavia, anche il procedimento che si svolge davanti a quest'ultima autorità è stato modellato in via regolamentare (delibera dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 26 del 1999) pressoché totalmente sulla falsariga del procedimento generale antitrust. Di conseguenza, con riferimento a qualsivoglia settore, il procedimento davanti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato assurge a modulo generale di tutela in via amministrativa del mercato concorrenziale.

(2) Si va, infatti, dalla legge n. 287 del 1990 con i suoi due regolamenti (di organizzazione e di procedura) alla legge 7 agosto 1990, n. 241, dalla disciplina comunitaria in materia di concorrenza (cfr. art. 1, comma 4, legge n. 287 del 1990) alle copiose regole elaborate dalla giurisprudenza; sulle fonti di disciplina del procedimento antitrust e sui complessi rapporti intercorrenti tra le medesime cfr. A. Pajno, L'esercizio di attività, cit., 119 ss.; R. Garofoli, Procedimento, accesso e autorità indipendenti, in Foro amm., 1998, 3335 ss., 3348 ss.; A. Predieri, I procedimenti amministrativi, in Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti, Torino, 1999, 29 ss., 31 ss.; S. Cassese, Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti, ivi, 37 ss.; L. Maruotti, Il contraddittorio nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti, ivi, 43 ss.; M. D'Alberti, Procedimenti «generali» e «singolari»: problemi attuali e miglioramenti possibili, ivi, 91 ss.; F. Merusi, Democrazia e autorità indipendenti, Bologna, 2000, 83 ss.; G. Morbidelli, Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti, in Scritti di diritto pubblico dell'economia, Torino, 2001, 165 ss., 222 ss.

(3) La giurisprudenza ha chiarito che la mancata comunicazione dell'apertura dell'istruttoria non è sanata dalla concessione alle imprese di un termine estremamente breve alla vigilia della conclusione del procedimento (Cons. St., sez. VI, 30 dicembre 1996, n. 1791, in Cons. Stato, 1996, 2015).

(4) Per quanto attiene a quest'ultima, in numerose occasioni essa ha cercato di ricavare alcune regole pratiche dal principio di carattere generale in base al quale, qualora i documenti contengano informazioni riservate, il diritto di accesso è consentito «nei limiti in cui ciò sia necessario per assicurare il contraddittorio» (art. 13, comma 2, del d.P.R.), e, qualora i documenti contengano segreti commerciali, essi sono sottratti all'accesso, a meno che «forniscano elementi di prova di un'infrazione o elementi essenziali per la difesa di un'impresa» (art. 13, comma 3, del d.P.R.); in tema cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, 16 settembre 1996, n. 1547, in Foro it.,

1997, III, 403; T.A.R. Lazio, sez. I, 16 settembre 1996, n. 1548, in Trib. amm. reg., 1996, 361; T.A.R. Lazio, sez. I, 15 aprile 1999, n. 873, ivi, 1999, 1622; T.A.R. Lazio, sez. I, 14 gennaio 2000, n. 103, in Foro amm., 2000, 2828; Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652, ivi, 2001, 556; Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2001, n. 1671, in Cons. Stato, 2001, 723, nonché, per esteso, in www.giustizia-amministrativa.it.

(5) Sul ruolo del contraddittorio orale, rispetto a quello del contraddittorio scritto, si veda M. D'Alberti, La «visione» e la «voce»: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi, in Riv. trim. dir. pubbl., 2000, 1 ss., spec. 28 ss.; in tema cfr. altresì M. Clarich, Qualità dell'amministrazione e giustizia amministrativa, in Dir. pubbl., 2001, 271 ss., che indica quale esempio di amministrazione pubblica che soddisfa i requisiti di «qualità» del procedimento amministrativo l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, proprio in quanto offre una garanzia piena del contraddittorio.

(6) Infatti, possono partecipare al procedimento antitrust, oltre alle imprese interessate, i soggetti che, «avendo un interesse diretto, immediato ed attuale», hanno presentato denunce (art. 6, comma 4, d.P.R.), i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché le associazioni rappresentative dei consumatori, «cui possa derivare un pregiudizio diretto, immediato e attuale dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria o dai provvedimenti adottati in esito alla stessa» (art. 7, comma 1, lett. b, d.P.R.). È possibile notare che l'aspetto collaborativo assolto dalla partecipazione è qui maggiormente accentuato rispetto al modello derivante dalla legge n. 241 del 1990. Hanno titolo a partecipare al procedimento antitrust non solo coloro cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, ma anche coloro cui possa derivare un pregiudizio dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria. Su un piano generale, critica l'allargamento del contraddittorio dalle imprese interessate a coloro che, con le loro istanze, hanno dato causa al procedimento A. Pajno, L'esercizio di attività in forme contenziose, cit., 140, coerentemente alla sua posizione secondo la quale l'Autorità garante sarebbe chiamata a risolvere un conflitto. Per una tesi diametralmente opposta cfr. A. Zito, Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust, Torino, 1998, spec. 195 ss. Con riferimento al legame tra legittimazione procedimentale e legittimazione processuale in materia antitrust la giurisprudenza è costante nel ritenere che tutti i soggetti diversi da quelli direttamente incisi dal provvedimento dell'Autorità siano titolari di un mero interesse indifferenziato rispetto alla posizione della generalità dei cittadini a che l'Autorità preposta alla repressione dei

comportamenti illeciti eserciti correttamente e tempestivamente i poteri conferiti; pertanto, il soggetto che ha segnalato l'illecito concorrenziale non è legittimato a dolersi della determinazione che l'Autorità assume al riguardo della presunta infrazione alla normativa antitrust; cfr., da ultimo, T.A.R. Lazio, sez. I, 28 marzo 2002, n. 2639, in Trib. amm. reg., 2002, 1363.

(7) Vi è un'ampia letteratura sul punto; cfr. A. La Spina e G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, 183 ss., nonché M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, 226 ss.; M. Clarich, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, cit., 9 ss., 18-19; A. Predieri, *I procedimenti amministrativi*, cit., 36; S. Cassese, *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, cit., 42; F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., 27 ss.

(8) S. Cassese, *Negoziazione e trasparenza*, cit., 42.

(9) Cfr., tra i tanti, M. Clarich, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, cit., 115 ss.; A. Pajno, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, cit., 107 ss.; F. Merusi, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 181 ss., 196 ss.

(10) «Il legislatore... ha conferito caratteristiche peculiari al procedimento antitrust e lo ha informato a principi comuni in genere a tutti i procedimenti amministrativi, i quali assicurano sostanzialmente la garanzia del contraddittorio attraverso la conoscenza degli atti interni del procedimento, specialmente se aventi natura e funzione istruttoria, come nella specie, soltanto dopo la loro formazione, tranne che apposta disposizione non consenta anche la partecipazione alla loro elaborazione» (T.A.R. Lazio, sez. I, 15 aprile 1999, n. 873, cit.). In senso analogo cfr. anche T.A.R. Lazio, sez. I, 11 dicembre 2000, n. 11485, in *Foro it.*, 2001, III, 299, secondo la quale «non è ravvisabile la ventilata illegittimità del d.P.R. n. 217 del 1998 per la parte che non prevede la partecipazione di consulenti di parte allo svolgimento della perizia... perché la disciplina impugnata non contrasta né con la l. n. 287 del 1990 né con i più generali principi di cui alla l. n. 241 dello stesso anno».

(11) Così Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Foro it.*, 2002, III, 482, con note di G. Scarselli, *Brevi note sui procedimenti amministrativi che si svolgono dinanzi alle autorità garanti e sui loro controlli giurisdizionali*, di F. Fracchia e C. Videtta, *La tecnica come potere*, di R. Pardolesi, *Sul «nuovo che avanza» in antitrust: l'illiceità oggettiva dello scambio d'informazioni*, e di C. Osti, *Brevi*

puntualizzazioni in tema di collusione oligopolistica. Infatti, nel testo integrale della sentenza (consultabile in www.giustizia-amministrativa.it), il giudice amministrativo afferma, richiamandosi alla giurisprudenza comunitaria (Corte Giust. CE, 18 ottobre 1989, C 374/87, Orkem, in Racc., 1989, 3283), che l'unico limite che l'Autorità incontra nell'esercizio dei propri poteri istruttori è costituito dal divieto di imporre ad un'impresa l'obbligo di fornire risposte attraverso le quali questa sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza della trasgressione, che invece deve essere provata dall'autorità. Di conseguenza, nell'ambito di una richiesta di informazioni, l'autorità «può obbligare un'impresa a fornirle tutte le informazioni necessarie per quanto attiene ai fatti di cui quest'ultima sia a conoscenza ed a comunicarle, se del caso, i relativi documenti di cui sia in possesso, anche se possono servire ad accertare che l'impresa stessa o un'altra impresa hanno tenuto un comportamento anticoncorrenziale».

(12) Cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, 15 aprile 1999, n. 873, cit.

(13) Così T.A.R. Lazio, sez. I, 15 aprile 1999, n. 873, cit.; nel caso di specie, le imprese avevano denunciato la compressione da parte dell'Autorità del diritto di difesa delle parti attraverso la fissazione di un termine per il deposito delle memorie difensive eccessivamente ristretto, tenuto anche conto della sua coincidenza con il periodo generalmente feriale.

(14) Cfr., per tutte, Cass., sez. I, 23 agosto 1996, n. 6408, in Foro it. Rep., 1996, voce Sanzioni amministrative e depenalizzazione, n. 104, secondo cui l'autorità amministrativa viola il precetto della corrispondenza tra contestazione e condanna quando pronuncia ordinanza-ingiunzione per un fatto non attribuito al trasgressore in sede di contestazione, in quanto si determina la lesione del diritto del contraddittorio.

(15) Il carattere afflittivo del procedimento antitrust è particolarmente evidente nel caso in cui l'operazione di concentrazione sia già stata realizzata, potendo l'Autorità prescrivere le misure necessarie a ripristinare condizioni di concorrenza effettiva, eliminando gli effetti distorsivi (art. 18, comma 3, della legge).

(16) Anche il diritto comunitario fatica a trovare una collocazione adeguata al procedimento antitrust che si svolge davanti alla Commissione, con gli inevitabili riflessi che ciò comporta per quanto riguarda il profilo del rispetto dei diritti della difesa; sul punto cfr. M.C. Baruffi, La tutela dei singoli nei procedimenti amministrativi comunitari, Milano, 2001, 30 ss., secondo la quale il procedimento in questione, pur mantenendo carattere amministrativo, presenterebbe taluni elementi che in genere sono propri, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e

alla luce delle decisioni della Commissione europea dei diritti dell'uomo, di una «struttura processuale penale».

(17) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 29 novembre 1996, n. 1792, in *Gior. dir. amm.*, 1997, 443, con nota di M. Libertini, *Pratiche concordate e accordi nella disciplina della concorrenza*, e in *Foro it.*, 1997, III, 213, con nota di D. Liantonio, *Accordi, addio! Antitrust e giustizia amministrativa*.

(18) «La norma, infatti, prevede anche l'ipotesi delle pratiche concordate, per la cui configurabilità è irrilevante la prova del raggiungimento di accordi da parte di persone fisiche a ciò abilitate. Nel caso in esame, peraltro, non può prendersi in considerazione tale ipotesi, sia perché l'Autorità ha dichiarato di prescindere dall'accertamento di effetti restrittivi della concorrenza, sia perché comunque, in sede di giudizio di legittimità, non si potrebbe sostituire la qualificazione dei comportamenti sanzionati contenuta nel provvedimento impugnato» (Cons. St., sez. VI, 29 novembre 1996, n. 1792, cit.).

(19) Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1189, in *Cons. Stato*, 2001, 554.

(20) Afferma infatti Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1189, cit., che la distinzione tra accordi e pratiche concordate non è sempre indispensabile, «essendo ben più importante distinguere tra forme di collusione che ricadono nei divieti antitrust e semplici comportamenti paralleli privi di elementi di concertazione». Si ritiene altresì infondata la tesi secondo cui la distinzione tra le due figure assume rilevanza, dal momento che, mentre per gli accordi sarebbe sufficiente accertare l'oggetto anticoncorrenziale, per le pratiche concordate sarebbe sempre necessario verificare gli effetti restrittivi della concorrenza. «Anche le pratiche concordate sono possibili pur in assenza di effetti anticoncorrenziali, in quanto la pratica presuppone un comportamento dipendente dalla concertazione, ma non implica necessariamente che tale comportamento abbia l'effetto di impedire o falsare la concorrenza».

(21) Su questo margine di incertezza cfr. Cons. St., sez. VI, 20 ottobre 2001, n. 1671, cit.

(22) Sulla formulazione della legge antitrust, che fa ampiamente utilizzo di concetti giuridici indeterminati, di norme in bianco, di clausole generali, cfr., se si vuole, M. Ramajoli, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, 310-319. Sulla difficoltà di individuare in concreto le fattispecie vietate dalla legge antitrust cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, 8 gennaio 1998, n. 96, in *Foro it.*, 1998, III, 74, con nota di R. Pardolesi e G. Resta, «Non sono soltanto figurine...»: antitrust e nuove forme di proprietà intellettuale?; Cons. St., sez. VI, 17 febbraio 1999, n. 172, ivi, 2000, III,

251, con nota di R. Pardolesi e G. Resta, Di figurine da collezione, cartelli e trasferimento di monopolio.

(23) Cfr., da ultimo, Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, cit.

(24) In questo senso T.A.R. Lazio, sez. I, 1° agosto 1995, n. 1474, in Giur. it., 1996, III, 306, con nota di L. Persano, Le intese restrittive della concorrenza nel mercato assicurativo, e in Riv. it. dir. pubbl. com., 1996, 381, con nota di M. Antonioli, Procedimento, sanzioni pecuniarie e attività consultiva nella tutela della concorrenza e del mercato; T.A.R. Lazio, sez. I, 23 settembre 1996, n. 1576, in Foro amm., 1997, 885; T.A.R. Lazio, sez. I, 15 aprile 1999, n. 873, cit.; T.A.R. Lazio, sez. I, 14 gennaio 2000, n. 103, ivi, 2000, 2828.

(25) Anche il diritto comunitario ritiene ammissibili revisioni oppure aggiunte alla comunicazione degli addebiti originariamente effettuata; cfr., da ultimo, Trib. I grado, 28 febbraio 2002, T-86/95, Compagnie générale maritime e a./Commission, in www.curia.eu.int.

(26) Così T.A.R. Lazio, sez. I, 15 aprile 1999, n. 873, cit.: «non sembra revocabile in dubbio che - essendo scopo dell'istruttoria avviata dall'Autorità ex art. 14 della legge n. 287 del 1990 la verifica della eventuale sussistenza di una ipotesi di intesa restrittiva della libertà di concorrenza nel mercato discografico, in una delle sue possibili accezioni dell'accordo ovvero della pratica concordata - l'oggetto del procedimento inizialmente individuato potesse legittimamente arricchirsi, nel corso dello stesso, con elementi che presentassero aspetti di effettiva connessione con l'oggetto stesso».

(27) Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652, cit.

(28) Hanno applicato siffatto principio T.A.R. Lazio, sez. I, 31 maggio 2000, n. 4504, in Gior. dir. amm., 2001, 43, con nota di M. Argentati, La difficile concorrenza nel mercato della telefonia mobile: la vicenda Tim-Opi, e, nel suo testo integrale, in Trib. amm. reg., 2000, 1083; Cons. St., sez. VI, 22 marzo 2001, n. 1699, in Foro it., 2001, III, 385, con note di L. Lambo, Parallelismo consapevole e collusione nei mercati oligopolistici, e di S. Bastianon, Mercati oligopolistici, «conscious parallelism» e pratiche concordate: quale intesa tra Tim e Omnitel?; Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2001, n. 1671, cit.

(29) Così Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2001, n. 1671, cit.

(30) Così T.A.R. Lazio, sez. I, 31 maggio 2000, n. 4504, cit.; e, in appello, Cons. St., sez. VI, 22 marzo 2001, n. 1699, cit.

(31) Anche se le ricorrenti hanno sottolineato che, ad esempio, la limitazione del periodo di riferimento per l'infrazione comporta una «modifica sostanziale

dell'addebito», «con particolare riguardo alla tipologia della condotta ed agli elementi probatori posti a base del giudizio di colpevolezza, con ciò incidendo negativamente sull'effettivo dispiegarsi del diritto di difesa».

(32) Cfr., ad esempio, Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652, cit., secondo cui «l'indicazione nell'atto conclusivo dell'istruttoria di nuovi elementi rispetto a quelli oggetto della comunicazione di avvio ha comunque consentito di difendersi sul punto sia in sede di memorie conclusive, sia durante l'audizione finale». Su un piano più generale, cfr. anche Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, cit., secondo cui «l'eventuale violazione dei diritti della difesa e i suoi effetti vanno esaminati in relazione alla rilevanza del vizio procedimentale dedotto nell'ambito di un complesso procedimento antitrust».

(33) Per un'ipotesi in cui l'Autorità avrebbe sanzionato condotte diverse da quelle contestate con l'atto di comunicazione delle risultanze istruttorie, avendo la determinazione finale, a fronte di un atto di comunicazione volto ad ipotizzare un unico comportamento protrattosi nel tempo, posto l'accento su tre episodi distinti ed autonomamente rilevanti, cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, 31 maggio 2000, n. 4504, cit., e, in appello, Cons. St., sez. VI, 22 marzo 2001, n. 1699, cit.

(34) Oltre al fatto che in questa maniera si viene a smentire in concreto la rilevanza pregnante ai fini di difesa solitamente attribuita alla comunicazione delle risultanze istruttorie; sull'importanza della comunicazione delle risultanze istruttorie cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, 11 dicembre 2000, n. 11485, cit., secondo cui la comunicazione delle risultanze istruttorie, adottata a conclusione delle indagini condotte dopo l'avvio dell'istruttoria, «ha per oggetto la precisazione degli addebiti che l'autorità intende formulare in base agli elementi probatori acquisiti e su di essi si apre il contraddittorio e si esercita il più ampio diritto di difesa».

(35) Ulteriore fattore che rende inidonea la tutela in via giurisdizionale a garantire gli interessi delle imprese è il fatto che, specie ultimamente, la giurisprudenza manifesta una certa qual deferenza nei confronti delle decisioni dell'Autorità, arrestandosi di fronte a valutazioni provenienti dalla medesima in maniera più rigorosa rispetto a quanto sia solita fare nei confronti delle decisioni di amministrazioni che operano in altri campi. Cfr., da ultimo, Cons. St., sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5156, in www.giust.it, 2002. È questo, comunque, un tema assai dibattuto e tutt'altro che pacificamente risolto, ma che non può essere trattato in questa sede; si rinvia, pertanto, sul punto, a F. Merusi, Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti, cit.; ed a R. Villata, Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti, in questa Rivista, 2002, 792 ss. Per quanto riguarda

l'inevitabile tardività della tutela giurisdizionale, essa è particolarmente evidente nel caso di operazioni di concentrazione. Il procedimento relativo alle concentrazioni comporta un giudizio prognostico da parte dell'Autorità, in quanto costituisce un intervento preventivo sul mercato - anche se non sempre, si pensi all'ipotesi contemplata all'art. 18, comma 2, della legge, cui si è già fatto in precedenza cenno -, mentre l'eventuale successivo intervento del giudice non è in grado di fornire alle imprese una tutela efficace (sul punto cfr., se si vuole, M. Ramajoli, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, cit., 373 ss.).

(36) La giurisprudenza ritiene legittima la partecipazione all'adunanza collegiale del responsabile dell'unità organizzativa competente a raccogliere i dati istruttori (art. 25 del regolamento di organizzazione), escludendo che lo stesso possa influenzare la votazione finale; cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, 15 aprile 1999, n. 873, cit.; T.A.R. Lazio, sez. I, 6 luglio 1999, n. 1520, in *Trib. amm. reg.*, 1999, 3029; Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1189, cit.; ma si veda anche, sia pure con riferimento al procedimento davanti non all'Autorità garante, bensì alla Consob, T.A.R. Lazio, sez. I, 10 aprile 2002, n. 3070, in *Foro it.*, 2002, III, 487, assai chiara nell'affermare che la partecipazione di un funzionario non formalmente convocato alla seduta di discussione dinanzi alla Consob costituisce elemento viziante della decisione consequenziale, qualora tale funzionario partecipi alla discussione con un ruolo attivo ben diverso da quello istruttorio. Nel caso di specie si è così osservato che «ancorché l'alta qualificazione dei componenti della commissione consenta di poter escludere - in linea di principio - che la presenza dei funzionari confinata allo svolgimento di funzioni istruttorie possa influenzare la decisione dell'organo collegiale, è evidente che la loro partecipazione alla discussione nei termini indicati costituisce un'anomalia viziante del procedimento collegiale in cui la discussione ha assunto lo stesso rilievo sostanziale della votazione finale». Per quanto attiene alla necessaria distinzione tra funzione inquirente e funzione decisoria nell'ambito del procedimento amministrativo antitrust si veda, sia pure con riferimento alla disciplina comunitaria, A. Pera e M. Todino, *Il sistema di tutela della concorrenza nell'ordinamento comunitario. Un'ipotesi di riforma*, in *Dir. comm. int.*, 1997, 413 ss., 434. Il problema della necessità di distinguere con precisione attività istruttoria e attività decisoria è poi aggravato dal fatto che la giurisprudenza riconosce la legittimità di una verbalizzazione per sintesi dell'attività antitrust. Infatti, non si richiede un'integrale verbalizzazione della discussione, essendo rilevante unicamente l'approvazione del testo definitivo del provvedimento (Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1189, cit.; Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, cit.).

