



Sanzioni antitrust e giudice amministrativo, prima e dopo Menarini (*)

di

Mario Midiri*

SOMMARIO: 1. Le sanzioni antitrust: linee in tensione. - 2. La considerazione del dato economico sostanziale e il superamento del criterio di stretta interpretazione. - 3. Sanzione e salvaguardia del mercato concorrenziale: la giurisprudenza recente. - 4. Orientamenti generali, prevedibilità della sanzione, deterrenza nel caso concreto. - 5. Le criticità esistenti.

1. Le sanzioni antitrust: linee in tensione.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha riaperto il dibattito sulle garanzie essenziali da osservare nel procedimento antitrust e sulla pienezza del sindacato sulle sanzioni, affidato al giudice amministrativo¹.

* Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli Studi di Modena - Reggio Emilia - Dipartimento di Giurisprudenza.

Questo contributo è la rielaborazione della relazione svolta al convegno della Association Internationale de Droit Pénal *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, Modena, 30 marzo-1° aprile 2017.

¹ Art. 33 della legge n. 287/1990: il g.o. ha cognizione delle sole azioni di nullità e di risarcimento del danno. Il richiamo che l'art. 31 della legge n. 287/90 fa alla legge n. 689/81 è circoscritto alle sole disposizioni sostanziali e non a quelle in materia di giurisdizione, secondo quanto chiarito da Cass. sez. un., 5 gennaio 1994, n. 52, facendo leva sull'inciso "in quanto applicabili" nella clausola di rinvio alle disposizioni della legge 24 novembre n. 689 del 1981. Il Consiglio di Stato ha poi utilizzato il richiamo all'art. 23, comma 11, della l. 689/81 per affermare la sua giurisdizione estesa al merito sulle sanzioni pecuniarie irrogate dall'AGCM: v. ora l'art. 134, comma 1, lettera c), c.p.a. (che non è norma attributiva della giurisdizione, nel senso che deve preesistere altrove - (oggi nell'art. 133 c.p.a.) una specifica disposizione che attribuisca al g.a. la cognizione sulle contestazioni di sanzioni pecuniarie. In altri termini, nei casi in cui sussiste la giurisdizione del g.a., questi ha gli stessi poteri del g.o. per la rideterminazione delle sanzioni, e cioè i poteri previsti dall'art. 23 legge n. 689/1981 (con la sentenza il giudice può rigettare l'opposizione, ponendo a carico dell'opponente le spese del procedimento o accoglierla, annullando in tutto o in parte l'ordinanza o modificandola anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta). Per l'affermazione che il g.a. può ridurre la sanzione, in caso di violazione di legge, illogicità, travisamento dei fatti, ed anche iniquità, v. Cons. Stato, VI, 20 marzo 2001, n. 1671, *Caldaie*, punto 12.3.1, in *Dir. e giust.*, 2001, 81; fa riferimento ad un sindacato di merito, Cons. Stato, VI, 30 agosto 2002, n. 4362, in *Foro amm.*

Già da tempo erano emersi punti di tensione tra l'efficacia dell'azione antitrust e le istanze di garanzia. E' bene allora volgere indietro lo sguardo, e richiamare alcuni passaggi essenziali.

Istituita, con la legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, sorge una prima, rilevante questione: se assimilare il procedimento antitrust, e le sanzioni adottate al suo esito, alla normativa generale in tema di sanzioni amministrative (legge 24 novembre 1981, n. 689) o riconoscere uno spazio peculiare al procedimento antitrust e alla finalità di deterrenza da esso perseguite.

Con vivo rammarico degli studiosi del diritto antitrust, il Consiglio di Stato segue inizialmente la prima opzione e riconduce gli illeciti antitrust (artt. 2 e 3, legge n. 287 del 1990) al sistema delle sanzioni amministrative e ai principi che lo informano, primo tra tutti il principio di legalità. Nella sentenza 29 novembre 1996, n. 1792, la VI Sezione ricorda che nessuno può essere assoggettato a sanzione amministrativa 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). Il Consiglio di Stato reclama l'osservanza di «criteri di rigore che assicurino certezza del diritto, *consapevolezza dell'illiceità della condotta* e prevedibilità della sanzione»²; censura quindi la nozione ampia di *accordo restrittivo* accolta dall'Agcm e la sanzione irrogata³.

CDS, 2002, 1837; ulteriori richiami della giurisprudenza risalente in Roberto CHIEPPA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità antitrust*, in *Diritto proc. amm.*, 2004, 1060 ss.; E. FRENI, *Il sindacato giurisdizionale sulle sanzioni*, in M. FRATINI (a cura di), *Le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011, 853 ss. La scelta di affidare al giudice amministrativo il controllo giurisdizionale delle decisioni della Agcm non era invero scontata. Il disegno di legge elaborato da Guido Rossi e da altri senatori della Sinistra indipendente nel 1988 (atto Senato, X leg., n. 1012, artt. 23-24) prevedeva l'istituzione di una sezione specializzata presso ogni Corte d'appello "con competenza esclusiva per le cause relative alla violazione delle norme della presente legge", e il ricorso in Cassazione, in modo da concentrare presso il giudice ordinario l'intera gamma delle controversie antitrust, sia quelle relative al danno da condotta anticoncorrenziale, sia il *judicial review* sulle sanzioni comminate dalla Autorità indipendente.

² Su Cons. Stato, sez. VI, sent. 29 novembre 1996, n. 1792 v. le critiche mosse da M. LIBERTINI, *Pratiche concordate e accordi nella disciplina della concorrenza*, in *Giornale dir. amm.*, 1997, 443, e D. LIANTONIO, *Accordi, addio! Antitrust e giustizia amministrativa*, in *Foro it.*, 1997, III, 213. Nel valutare la posizione assunta dal Consiglio di Stato bisogna ricordare lo stato della giurisprudenza di legittimità in tema di qualificazione delle sanzioni amministrative: v., ad es., sui criteri di commisurazione della sanzione amministrativa pecuniaria ex art. 11, l. n. 689/1981, Cass., sez. I, 23 giugno 1987, n. 5489: essi comportano «valutazioni assai simili a quelle che competono al giudice penale in ordine alla commissione delle pene inflitte per i

La linea così seguita si espone a plurimi rilievi critici⁴: essa lascia aperto un pericolosissimo varco ai comportamenti elusivi delle imprese, così vanificando l'efficacia dell'azione antitrust. Il formalismo con cui il Consiglio di Stato interpreta il concetto di *accordo* (art. 2, l. n. 287/1990), come atto che richiede «l'espressione di volontà da parte di un soggetto abilitato ad assumere impegni in nome della società stessa», stride con la giurisprudenza della Corte di giustizia, pure citata in motivazione⁵.

Pur concedendo che occorre “*tener conto*” dei principi dell'ordinamento comunitario richiamati dall'art. 1, comma 4, l. n. 287/1990, la decisione del 1996 attrae le sanzioni antitrust nella disciplina generale della legge n. 689/1981, assoggettandole ai “criteri di rigore” desunti dall'art. 3 di detta legge (certezza del diritto, consapevolezza della illiceità della condotta, prevedibilità della sanzione). Impostazione difficilmente sostenibile nel quadro istituzionale del mercato unico europeo, garantito dal fondamento costituzionale offerto dall'art. 11 Cost.: la legge n. 287/1990 si apre, d'altronde, con il rinvio ai principi europei.

reati [...] coerenti con il modello di sanzione punitiva di tipo essenzialmente penalistico adottato dal legislatore». La legge n. 689/1981 avrebbe dunque conferito specifico rilievo all'attività sanzionatoria rispetto alle altre funzioni amministrative: essa è qualificata non dalla ponderazione e cura di interessi, ma dalla «portata punitiva nei confronti del responsabile della violazione medesima e per la finalità di prevenzione speciale e generale, in modo del tutto analogo alla sanzione penale» (v., in sintesi, P. CERBO, *Sanzioni amministrative*, in S. CASSESE (a cura), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, 5424 ss.).

³ Nella decisione impugnata innanzi al g.a. (*Lloyd Assicurazioni*), l'Agcm aveva sostenuto che la volontà convergente può essere manifestata «anche in modo informale attraverso dipendenti», seppur non formalmente abilitati ad assumere impegni a nome dell'impresa. Il Consiglio di Stato obietta che siffatti comportamenti erano semmai da qualificare come «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. Stato, sez. VI, 29 novembre 1996, n. 1792, cit.

⁴ Per cui v. sopratt. LIBERTINI, *Pratiche concordate e accordi nella disciplina della concorrenza*, cit.

⁵ Corte giust. CE, sent. 11 gennaio 1990, in C 277/87, *Sandoz*, richiede, sì, la riferibilità del patto illecito al soggetto destinatario della sanzione, ma chiarisce che nel caso di accordo restrittivo della concorrenza l'imputabilità è realizzata dalla conclusione del patto da parte di un soggetto autorizzato ad agire *per conto della società*.

2. La considerazione del dato economico sostanziale e il superamento del criterio di stretta interpretazione.

La giurisprudenza si evolve in pochi anni.

Si afferma quale fattore essenziale il «dato sostanziale dell'accertamento di comportamenti collusivi tra le imprese».

Fine della normativa antitrust è di «colpire ogni condotta, non previamente identificabile, che abbia oggetto o effetto anticoncorrenziale» (v., fra le varie, Cons. Stato, VI sez., sentenze 2 marzo 2001, n. 1189; 20 ottobre 2001, n. 1671; 10 marzo 2006 n. 1271). Quanto al rinvio alla legge n. 689 del 1981, presente all'art. 31 della legge n. 287/1990⁶, il Consiglio di Stato osserva che esso non può determinare la «sostanziale restrizione» delle fattispecie di cui agli artt. 2 e 3 della legge n. 287 del 1990; disposizioni che, oltretutto, non attengono ai soli aspetti sanzionatori (solo per questi opera il rinvio alla legge n. 689/81), ma anche a quelli inibitori.

Il richiamo al principio della stretta interpretazione non si applica alla normativa antitrust⁷.

Quanto alla nozione di "intesa", essa è oggettiva, tipicamente comportamentale, e non formale: nella logica dell'art. 2, I. n. 287/1990 quello che importa è l'effettività del contenuto anticoncorrenziale.

⁶ «Per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della presente legge si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689».

⁷ Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1189, e *ivi* il superamento della tesi secondo cui - 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». Nella giurisprudenza successiva, il Consiglio di Stato si sofferma anche sull'art. 12 della legge n. 689/81 («Le disposizioni di questo Capo si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, anche quando questa sanzione non è prevista in sostituzione di una sanzione penale») e rileva che la clausola di salvaguardia *ivi* prevista opera in tutti i casi in cui una disposizione di legge (ovvero una fonte regolamentare da quest'ultima abilitata) rechi una disciplina puntuale del procedimento sanzionatorio affatto incompatibile rispetto a quella prevista in via generale dalla legge del 1981. Non occorre dunque necessariamente una deroga espressa al fine di rendere operante una disposizione volta a regolare in modo differenziato e con carattere di specialità la materia delle sanzioni amministrative in un determinato settore dell'ordinamento: Cons. Stato, sez. VI, 21 gennaio 2013, n. 306.

Più in generale, si prende atto del *margin*e d'incertezza che sussiste nella concreta applicazione delle nozioni di intesa, accordo, pratica concordata, abuso di posizione dominante⁸.

E' palese il netto distacco dal quadro ricostruttivo precedentemente accolto: il procedimento antitrust assume un rilievo specifico rispetto alla generalità dei procedimenti amministrativi sanzionatori. Recede, in questo particolare ambito, il principio di determinatezza della fattispecie⁹.

3. Sanzione e salvaguardia del mercato concorrenziale: la giurisprudenza recente.

La salvaguardia delle condizioni del mercato concorrenziale emerge in ulteriori pronunce come la chiave di volta per la corretta qualificazione degli atti di sanzione. Esaminiamo due sentenze del Consiglio di Stato: la n. 3291/2015 e la n. 1673 del 2014, entrambe della VI sezione.

La sentenza n. 3291/2015 riprende in esame il rinvio, contenuto nell'art. 31, l. n. 287/1990, alle disposizioni della legge n. 689 del 1981, capo I, sezioni I e II, « *in quanto applicabili* ». La clausola legislativa di compatibilità impone di considerare l'obiettivo difficoltà di accertare siffatte violazioni e l'esigenza di ricondurre a ordine i comportamenti anticoncorrenziali, specie se gravi o molto gravi, in modo tale da rendere effettivo il precetto di legge. Ancora: le misure antitrust hanno non solo una funzione, *de praeterito*, retributiva di sanzione, ma anche la caratteristica, *de futuro*, di regolazione pubblica delle attività economiche, a tutela delle condizioni generali di concorrenza. Questo secondo tratto è considerato «primario»¹⁰.

⁸ Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2001, n. 1671, *diritto*, specialm. ai nn. 3.2. e 8.1.

⁹ V., innanzitutto. M. RAMAJOLI, *Il contraddittorio nel procedimento antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 665 ss. e, sulla utilizzazione nella legge antitrust di concetti giuridici indeterminati, ID., *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, *passim* e specialm. 310-319; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005; v., altresì, P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria: alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, in *Dir. amm.*, 2015, 767 ss.

¹⁰ Cons. Stato, sent. n. 3291/2015, richiama la sentenza della VI sez., 22 luglio 2014, n. 3893, dove si evidenzia che "l'attività accertativa non è istantanea, ma presuppone una serie di atti conoscitivi, a finalità patentemente regolatoria, nell'ambito dei quali non è individuabile quello a cui attribuire con la dovuta certezza l'effetto di costituire il momento iniziale della decorrenza del termine decadenziale". E' difficilmente compatibile con la natura delle misure antitrust la rigida previsione di un termine di cinque anni, come quello individuato dall'art. 28

Il giudice amministrativo rinviene dunque un nesso essenziale tra l'atto sanzionatorio e la complessiva funzione antitrust¹¹. Il che vale tanto più dopo le novelle del 2006 che hanno introdotto l'istituto degli impegni in luogo di sanzione e i programmi di clemenza (*leniency*)¹². L'esigenza punitiva, sottesa all'applicazione della sanzione, potrebbe dunque recedere in concreto. Questi sviluppi spingono la dottrina ad accentuare il nesso strumentale dell'atto sanzionatorio rispetto alla funzione di salvaguardia del mercato concorrenziale¹³: viene dato rilievo primario all'effetto utile alla disciplina antitrust¹⁴ e alla capacità di deterrenza.

La seconda sentenza, meritevole di approfondimento, è la n. 1673/2014, sul caso Esselunga/CoopEstense, in tema di abuso di posizione dominante. Dove è interessante rilevare il peso della giurisprudenza europea e gli sviluppi ad opera del giudice nazionale.

Ricorda il Consiglio di Stato che l'art. 102 TFUE e l'art. 3 l. n. 287 del 1990 vietano l'abuso di posizione dominante, ma non ne forniscono la definizione. L'elenco di condotte riportate dall'art. 102 TFUE non è esaustivo; è un numero aperto, che non

della legge n. 689 del 1981 per «le violazioni indicate dalla presente legge» quale termine di prescrizione «dal giorno in cui è stata commessa la violazione» per «il diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni», funzionale alla mera retribuzione sanzionatoria di comportamenti individuali e priva di apprezzamenti proporzionali a un dato mercato rilevante. A ciò si accompagnano la considerazione del carattere tendenzialmente permanente dell'illecito anticoncorrenziale (carattere ripetuto dell'azione; bene protetto essenzialmente immateriale). La prescrizione decorre dalla cessazione della permanenza (art. 158, primo comma, cod. pen.); lo stesso evento, da cui decorre il termine, non è facilmente identificabile nel tempo.

¹¹ Non ci si può soffermare, in questa sede, a valutare come il g.a. usi qui il lemma "regolazione": verosimilmente nel senso lato di salvaguardia delle condizioni del mercato concorrenziale.

¹² V., sugli impegni, l'art. 14-ter, inserito nella legge n. 287/1990 dal decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modifiche, in l. 4 agosto 2006, n. 248. Il citato d.l. n. 223/2006 ha inserito in seno all'art. 15 della l. n. 287/1990 il comma 2-bis sulla *leniency* ("L'Autorità, in conformità all'ordinamento comunitario, definisce con proprio provvedimento generale i casi in cui, in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza, la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata ovvero ridotta nelle fattispecie previste dal diritto comunitario"). Su questi due istituti v. *infra*, nel testo, al n. 4.

¹³ Sullo stato della dottrina, v., da ult., P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria*, cit. Utile il *paper* curato da M. ALLENA, S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in *www.bocconi.eu*. (2015).

¹⁴ Per una specifica applicazione di tale principio v. *infra*, n. 4 del testo, a proposito del possibile scostamento della decisione sanzionatoria rispetto agli *Orientamenti generali* assunti dalla stessa Autorità.

esaurisce le modalità di sfruttamento abusivo di posizione dominante contrastanti con il Trattato.

Sulla base della consolidata giurisprudenza comunitaria (Tribunale Ue, sentenze 29 marzo 2012, causa T-336/07, *Telefonica*; 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin*; 17 dicembre 2003, causa T-219/99), la prova dell'oggetto e quella dell'effetto anticoncorrenziale si confondono tra loro. Se si dimostra che lo scopo perseguito dal comportamento di un'impresa dominante è di restringere la concorrenza, un tale comportamento è di per sé pregiudizievole, in quanto può anche comportare tale effetto; la circostanza secondo cui il risultato voluto non sia stato raggiunto non è sufficiente ad escludere la sussistenza di un abuso di posizione dominante. L'illecito, in altri termini, si perfeziona con la condotta anticoncorrenziale, purché di suo idonea a turbare il corretto funzionamento del mercato: basta la mera potenzialità dell'effetto restrittivo. Il Consiglio di Stato richiama le sentenze della Corte di giustizia 9 aprile 2012, causa C-549/2012 P, *Tomra* (per accertare un abuso di posizione dominante è sufficiente che il comportamento abusivo dell'impresa dominante miri a restringere la concorrenza, ovvero che sia tale da avere, o da poter avere, un tale effetto) e 6 dicembre 2012, causa C-457/10, *Astrazeneca* (è sufficiente un effetto anticoncorrenziale potenziale)¹⁵.

Il Consiglio di Stato affronta, poi, la questione della condotta anticoncorrenziale che risulti lecita in altri ambiti dell'ordinamento. Risolve il punto sulla base delle caratteristiche economiche della condotta stessa, in rapporto agli interessi concreti cui essa è orientata. Come chiarito dalla Corte del Lussemburgo in *Astrazeneca*, il carattere abusivo di un comportamento alla luce dell'art. 102 TFUE non è escluso dalla sua conformità ad altre normative: gli abusi di posizione dominante consistono, per lo più, proprio in comportamenti leciti alla luce di altri settori dell'ordinamento, diversi dal diritto alla concorrenza¹⁶.

¹⁵ Secondo *AstraZeneca*, la condotta dell'impresa in posizione dominante può essere ritenuta abusiva se: 1) sia inserita nell'ambito di una strategia escludente; 2) non vi siano giustificazioni oggettive; 3) vi sia un limitato grado di discrezionalità da parte della pubblica amministrazione. Il fatto che l'obiettivo restrittivo perseguito non sia stato in realtà raggiunto non è di suo sufficiente a ritenere che dichiarazioni ingannevoli siano inidonee a produrre effetti e che non vadano perciò sanzionate.

¹⁶ Analog., Cons. Stato, VI, 12 febbraio 2014, n. 693, caso Pfizer.

Si impone una visione sistemica della tutela del mercato dai comportamenti distortivi: affinché tale tutela sia effettiva, occorre valutare le condotte «per quello che economicamente significano, adeguandole alla utilità economica che perseguono: considerandole come stretti atti economici, in rapporto agli interessi concreti cui sono orientate»; assumendole nella loro dimensione utilitaristica, prescindendo dalle attribuzioni formali che possono caratterizzarle alla luce di altri ordinamenti di settore¹⁷.

Sulla base di queste premesse, la decisione dell'Agcm che commina la sanzione supera tutte le censure di legittimità che le erano state mosse. Altrettanto accade per gli ordini con i quali l'Autorità ha imposto alle imprese misure - sia comportamentali che strutturali - dirette ad eliminare gli effetti delle infrazioni, nel rispetto del principio di proporzionalità¹⁸.

L'atto di diffida adottato ai sensi dell'art. 15 l. n. 287 del 1990 è dunque valorizzato nella sua funzione inibitoria - funzionale alla reintegrazione delle condizioni di concorrenza - e in quella ripristinatoria, alla luce del c.d. principio dell'effetto utile¹⁹. Finalità della diffida non è solo di eliminare i comportamenti oggetto dell'intesa illecita, ma anche di rimuovere le conseguenze anticoncorrenziali dell'intesa e di intimare alle imprese di astenersi dal porre in essere analoghi comportamenti per il futuro. Se non è possibile eliminare l'illecito di cui qui si tratta perché oramai esso si è verificato, va ripristinata la situazione incisa, secondo la teoria della differenza²⁰.

¹⁷ Cons. Stato, sent. n. 1673/2014, cit., *diritto*, n. 3: "Diversamente, alcuni comportamenti potrebbero sfuggire all'operatività della tutela della concorrenza e al divieto di distorsione del mercato: ad esempio, le condotte elusive o quelle di abuso; e più ancora se ne sottrarrebbero i comportamenti tipizzati o comunque leciti sotto altri e diversi punti di vista. L'effetto di sistema che ne deriverebbe sarebbe quello di un intervento di garanzia intermittente e claudicante, a dispetto del carattere sistemico del mercato".

¹⁸ Verificando, in particolare: l'idoneità, cioè il rapporto tra mezzo e obiettivo; la necessità e cioè l'assenza di altri mezzi idonei, ma tali da incidere in misura minore sulla condizione della singola impresa; l'adeguatezza e cioè la tollerabile restrizione degli interessi dell'impresa privata in una prospettiva di valutazione comparativa.

¹⁹ "La sua funzione è di ottenere che, nello specifico mercato rilevante negativamente inciso e ristretto da un illecito anticoncorrenziale, siano ripristinate condizioni simili o quanto meno analoghe a quelle che vi si sarebbero potute riscontrare in assenza d'infrazione": sent. n. 1673/14, *diritto*, n. 5.

²⁰ La diffida va considerata secondo il c.d. principio dell'effetto utile, avendo la funzione di ottenere che nel mercato inciso siano ripristinate in forma il più possibile specifiche condizioni simili a quelle che si sarebbero verificate in assenza dell'infrazione. Si richiama, sul punto, Cons. Stato, VI, 6 novembre 2006, n. 6522. AGCM aveva ordinato a CoopEstense di porre fine

4. Orientamenti generali, prevedibilità della sanzione, deterrenza nel caso concreto.

Come ben si vede dalla giurisprudenza sopra richiamata, sanzioni pecuniarie e prescrizioni comportamentali e strutturali sono tutte finalizzate alla reintegrazione delle condizioni del mercato concorrenziale, nella prospettiva dell'effetto utile e della capacità deterrente della complessiva azione antitrust.

Come si concilia questa prospettiva con il principio della prevedibilità delle sanzioni amministrative²¹? Che dire della pretesa, concordemente avanzata dalle Autorità antitrust europee, a partire dalla Commissione, di usufruire di un margine di flessibilità rispetto agli stessi orientamenti generali da esse adottati²² La spiegazione

agli effetti della infrazione contestata, di astenersi in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto della infrazione accertata e di rendersi promotrice di "un processo di collaborazione che conduca, entro e non oltre sei mesi dalla notifica del presente provvedimento, alla formulazione di un Piano condiviso che consenta il recupero e la riqualificazione urbana del comparto e, conseguentemente, l'avvio di attività commerciali da parte del concorrente".

²¹ Su cui v., con attenzione a Corte EDU, sentenza Contrada, M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, in www.federalismi.it, 2017, n. 4.

²² La Commissione UE rivendica il potere di discostarsi dai propri *Orientamenti generali*, in quanto strumento orientativo; né si ritiene obbligata a preannunciare la possibilità di un cambiamento. Lo scostamento può essere giustificato sulla base di « considerazioni generali di politica della concorrenza non direttamente connesse alle particolari circostanze del procedimento ». Essa ritiene che il potere sanzionatorio può ispirarsi ad una determinata « politica repressiva ». Questa flessibilità ha trovato riconoscimento nella giurisprudenza UE: Trib. I Gr. CE, Sez. IV, 15 marzo 2006, causa T-15/02; Trib. I Gr. UE, Sez. II, 9 dicembre 2014, causa T-83/10, punto 305 e ss.; Trib. I Gr. UE, Sez. III, 27 giugno 2012 (causa T-439/07) - Coats Holdings Ltd, in Foro amm., CdS, 2012, 6, 1424: « L'autolimitazione del potere discrezionale della Commissione risultante dall'adozione degli orientamenti, infatti, non è incompatibile con il mantenimento di un margine di discrezionalità sostanziale. Gli orientamenti contengono vari elementi di flessibilità che consentono alla Commissione di esercitare il proprio potere discrezionale in conformità alle disposizioni dei regolamenti nn. 17 e 1/2003, come interpretate dalla Corte. Pertanto, nei settori in cui la Commissione ha conservato un potere discrezionale, per esempio in ordine all'importo di partenza o alla percentuale di maggiorazione in funzione della durata, il controllo di legittimità operato su tali valutazioni si limita a quello dell'assenza di errore *manifesto* nella valutazione. Il potere discrezionale della Commissione ed i limiti che essa vi ha apportato peraltro non pregiudicano, in linea di principio, l'esercizio, da parte del giudice, della sua competenza estesa al merito, che lo abilita a sopprimere, ridurre o maggiorare l'importo dell'ammenda inflitta dalla Commissione. Ne consegue che la mera circostanza che la Commissione si sia riservata una possibilità di maggiorazione dell'importo dell'ammenda in funzione degli anni di infrazione, che, per le infrazioni di lunga durata, può giungere fino al 10% dell'importo adottato per la gravità dell'infrazione, non la obbliga affatto a fissare tale percentuale in funzione dell'intensità delle attività dell'intesa o degli effetti della

fornita è la seguente: i vincoli formali del calcolo della sanzione possano sminuire la capacità deterrente nel caso concreto. E' per questa ragione che i nuovi "Orientamenti per il calcolo delle ammende", adottati nel 2006 dalla Commissione UE, mirano ad allentare detti vincoli, per evitare che le imprese possano valutare esattamente la progressione repressivo-sanzionatoria²³.

L'uso di questa flessibilità, comunque, deve essere motivato di volta in volta, e l'Autorità dovrà dimostrare che sussiste, in concreto, una stringente esigenza di assicurare l'effetto utile della disciplina antitrust²⁴.

Inoltre, come anticipato, l'Autorità può ritenere preferibile la rinuncia alla sanzione nel caso di impegni idonei a far cessare la condotta anticoncorrenziale, usufruendo a tal fine di un margine di apprezzamento discrezionale sulla loro accettazione, sottratto a rivalutazione in sede giurisdizionale²⁵. Si pensi, poi, ai programmi di clemenza, dove il "pentimento" di una delle imprese partecipanti al cartello evita o riduce la sanzione: l'intervento sulla sanzione non è un "premio" al pentimento, ma un semplice strumento per aumentare le probabilità di confessione e, quindi, di scoperta del cartello; non vengono in rilievo argomenti di giustizia

medesima, ovvero della gravità dell'infrazione. Infatti, compete alla Commissione scegliere, nell'ambito del suo potere discrezionale, la percentuale di maggiorazione che intende applicare per la durata dell'infrazione.

²³ Le linee guida del 2006 prevedono un incremento dell'ammenda, proporzionato alla durata dell'infrazione e, più precisamente, che l'importo sia moltiplicato per il relativo numero di anni; con la conseguenza che gli illeciti di lunga durata potranno essere sanzionati più gravemente.

²⁴ L'AGCM nelle "Linee guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90" al punto 34 prevede che "le specifiche circostanze del caso concreto o l'esigenza di conseguire un particolare effetto deterrente possono giustificare motivate deroghe dall'applicazione delle presenti Linee Guida, di cui si dà espressamente conto nel provvedimento che accerta l'infrazione". Il principio di prevedibilità della sanzione viene così temperato dalla motivata esigenza di assicurare l'effetto utile della disciplina.

²⁵ V. la giurisprudenza europea sul margine di discrezionalità della Commissione nei procedimenti in materia di concorrenza: Corte giust., sent. 11 luglio 1985, causa 42/84, Remia/Commissione (Racc. pag. 2545, punto 34); v., inoltre, sentenze 17 novembre 1987, cause riunite 142/84 e 156/84, British American Tobacco e Reynolds Industries/Commissione (Racc. pag. 4487, punto 62), nonché 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Aalborg Portland e a./Commissione; grande sez., sent. 29 giugno 2010, C-441/07 P, *Alrosa*. Sull'estesa discrezionalità dell'Autorità v. P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria*, cit., 767 ss. Se viene valorizzata la posizione di neutralità dell'Autorità nella linea prospettata già da E. CAIANIELLO, non si dovrebbe invero parlare di discrezionalità in senso proprio, non essendovi ponderazione di interessi (*Le Autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997). Sulla questione v., ampiamente, A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, Giappichelli, 2007.

retributiva, ma esigenze empiriche dell'azione antitrust, con la possibilità di misurare *ex ante* la convenienza economica della cooperazione²⁶.

5. Le criticità esistenti.

La disciplina primaria, le prassi europee e la giurisprudenza portano dunque ad un ampliamento della discrezionalità della Commissione e delle Autorità nazionali (Cons. Stato, sent. n. 4362 del 2001). In questa chiave sono da leggere le modifiche apportate alla legge n. 287/1990, che estendono il margine di valutazione dell'Autorità, con effetti di parziale deformalizzazione del procedimento²⁷, particolarmente evidente nella fase di valutazione degli impegni.

L'istituto degli impegni, come riconosciuto dalla legge antitrust e dalla giurisprudenza, sembra dunque confermare il nesso di strumentalità tra *sanzione* e *l'interesse generale* affidato in cura all'Agcm, già ravvisato dalla giurisprudenza.

La sanzione antitrust è così ricondotta alla funzione primaria affidata all'Autorità, non per mere ragioni formali, ma perché essa ha un ruolo strumentale, di presidio degli stessi interessi ad essa devoluti²⁸. In questa chiave ben si spiega che l'atto di accettazione degli impegni basti a chiudere il procedimento: l'Autorità rinuncia – allo stato degli atti – all'esercizio del potere sanzionatorio. La potestà sanzionatoria risulta in questo caso recessiva - rispetto alla finalità ripristinatoria²⁹,

²⁶ Sul calcolo economico dei benefici nei programmi di clemenza, v. la chiara sintesi di F. DENOZZA, *I programmi di clemenza*, in F. CINTIOLI, F. DONATI (a cura di), *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, Torino, Giappichelli, 2007, 89 ss.

²⁷ M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in F. CINTIOLI, G. OLIVIERI (a cura di), *I nuovi strumenti di tutela antitrust: misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, Milano, Giuffrè, 2007, 57 ss.; LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria*, cit.

²⁸ A tal proposito, autorevole dottrina intravede - per le sanzioni comminate da Autorità indipendenti - la ripresa della risalente indicazione (F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, IV ediz., Padova, 1959, 155; ID., *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, relazione al XXVI Convegno di scienza dell'amministrazione, in POTOTSCHNIG, a cura di *Le sanzioni amministrative*, Milano 1982, 33 ss.) della sanzione come espressione di autotutela. V. in questo senso A. TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2014, 627 ss.: "il dibattito avviato in questi ultimi anni anche nel nostro Paese sui modelli di 'enforcement' rispetto alle amministrazioni indipendenti testimoni[a] un recupero sostanziale, seppur non sempre consapevole, proprio della prospettiva di Benvenuti".

²⁹ Sulla qualificazione dell'atto di accettazione (o di rigetto) degli impegni v. Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2011, n. 4393, *MasterCard.*, alla luce di Corte giust. UE, sentenza della Grande Sezione 29 giugno 2010, C-441/07 P, *Alrosa*. In dottrina, v., *ex multis*, F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in *Giur. comm.*, 2008, 110; A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, in *Dir. amm.*, 2010, 503; A. PERA,

anche se - come osservato in sede di giustizia comunitaria - gli impegni si valutano nella prospettiva, aperta al futuro, della loro idoneità a modificare in senso concorrenziale l'assetto di mercato, mentre la sanzione ha per oggetto comportamenti già messi in opera.

In questa chiave possono anche giustificarsi i programmi di clemenza.

Tutto ciò porta ad escludere una separatezza dell'atto sanzionatorio rispetto alla complessiva funzione di salvaguardia del mercato concorrenziale, demandata alla Agcm; il momento sanzionatorio si iscrive nella prospettiva pragmatica di come garantire efficacemente il funzionamento del mercato concorrenziale; esso si pone allora in termini assai distanti dalla strumentazione propria del diritto penale.

Non mancano dubbi sulla compatibilità di tale tendenza, specie se spinta fino alle estreme conseguenze, con i principi di legalità e di giustiziabilità.

Proprio in tema di impegni, un certo imbarazzo si ravvisa nella stessa giurisprudenza amministrativa. Si prenda ad esempio la sentenza *Mastercard* (sent. 20 luglio 2011, n. 4393): il Consiglio di Stato, nella riconosce, sì, che caratterizzazione prevalente della fase di presentazione e valutazione degli impegni è - secondo l'indirizzo affermatosi in ambito europeo - "l'individuazione di soluzioni condivise e il meno possibile volte all'anticipazione o alla sollecitazione del contenzioso in sede giurisdizionale". Ma aggiunge che *ragioni sistematiche non consentono, nell'ordinamento interno, una integrale deprocedimentalizzazione di detta fase*³⁰.

Le decisioni con impegni e il rilievo per l'antitrust private enforcement, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L. F. Pace, Napoli, 2013, 379.

³⁰ V. dunque i seguenti passaggi "in chiaroscuro" di Cons. Stato, sentenza n. 4393/2011, cit., *diritto*, n. 4.2. ss.: detto approccio "è in toto compatibile con la più recente evoluzione dell'ordinamento comunitario e della prassi applicativa della Commissione europea nella sua veste di Autorità antitrust al livello UE (...) la fase di esame degli impegni nell'ambito delle istruttorie di dimensione comunitaria (art. 9 del Reg. (CE) n. 1/2003) si è andata negli anni più recenti viepiù caratterizzando con crescenti connotati di flessibilità ed informalità, finendo per favorire piuttosto le occasioni di dialogo collaborativo, che non l'adozione di atti formali oggetto possibile di impugnativa in sede giurisdizionale (in tal senso, il documento di consultazione dal titolo "Best practices on the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU" - marzo 2010). Addirittura, i più recenti orientamenti della Commissione sono nel senso di omettere (nel caso in cui la proposta di impegni non appaia meritevole di accoglimento) l'adozione di un qualunque provvedimento formale di rigetto, limitandosi alla pura e semplice prosecuzione del procedimento di indagine a suo tempo avviato. In definitiva, l'orientamento comunitario sembra muoversi nella direzione di una *sostanziale deprocedimentalizzazione della fase di valutazione degli impegni* (in particolare, laddove l'avviso sul punto da parte dell'Esecutivo UE sia di segno negativo). Ora, *non si ritiene sistematicamente*

E soprattutto, vi è ora l'impatto della giurisprudenza di Strasburgo che individua nelle sanzioni antitrust chiari tratti di sostanziale afflittività. Nella sentenza *Menarini*³¹ la Corte EDU rileva che l'AGCM, vigilando sugli accordi restrittivi della concorrenza e gli abusi di posizione dominante, "incide sugli interessi generali della società normalmente tutelati dal diritto penale" (*Stenuit c. Francia*, rapporto della Commissione del 30 maggio 1991, serie A n. 232 A, § 62). Aggiunge che la sanzione inflitta si basa su norme aventi uno scopo sia preventivo che repressivo (*Jussila c. Finlandia* [GC], n. 73053/01, CEDU 2006-XIII, § 38). Essa non poteva essere sostituita con una pena detentiva in caso di mancato pagamento, ma ha comunque sia natura repressiva di una irregolarità, che preventiva, avendo lo scopo di dissuadere la società dal reiterare la condotta. "Tenuto conto dell'elevato importo della sanzione pecuniaria inflitta" (sei milioni di euro), la Corte ne afferma, stante la gravità, la natura penale³².

possibile che l'ordinamento interno si muova per intero nella medesima direzione; tuttavia appare auspicabile che esso non si muova (in base a una sorta di "errore pendolare" e volgendo in senso diametralmente opposto rispetto alla linea di indirizzo tracciata dalla Commissione UE) verso un irrigidimento in senso formalisticamente provvedimentale della fase di proposizione ed esame degli impegni la quale deve pur sempre risultare caratterizzata in via prioritaria dal dialogo e dalla cooperazione fra le parti" (corsivo ns.).

³¹ Corte EDU, sent. 27 settembre 2011 su ricorso n. 43509/08, *Menarini Diagnostics srl c. Italia*, specialm. ai nn. 39-42.

³² *Menarini* richiama quali precedenti la sent. *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984, § 52, serie A n. 73, § 54, e, a contrario, *Inocêncio c. Portogallo* (dec.), n. 43862/98, CEDU 2001 I. La sentenza trascura – se non addirittura ignora – la pur cospicua giurisprudenza del Lussemburgo e, specificamente, quella nazionale sul rapporto sanzione-attività antitrust. Più convincente quanto osserva la Corte EDU a proposito delle cospicue sanzioni comminabili dalla Consob in base alle modifiche del TUF del 2005: caso di "penale mascherato", "frode delle etichette" rispetto ai criteri Engel, secondo la ormai celebre sentenza 4 marzo 2014, *Grande Stevens*. Non è privo di interesse quanto rilevato da Cass., sez. II, 24 febbraio 2016, n. 3656 a proposito delle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia: *considerati l'ammontare più ridotto rispetto a quelle irrogate dalla Consob e l'assenza di sanzioni accessorie, esse non rivestono "carattere penale" e non pongono pertanto problemi di compatibilità con la CEDU. Sul test di 'eccedenza' rispetto alla finalità meramente risarcitoria o reintegratoria della misura, per attestarne la funzione punitiva, v. P. CERBO, Le sanzioni amministrative 'punitiva', in questi Atti. Reputa ammissibile ed anche opportuna una disciplina in cui prevalga "il profilo della gestione amministrativa degli interessi in gioco, anche con profili risarcitori o restitutori, senza la strumentazione propria del diritto penale", D. PULITANÒ, La Corte costituzionale sul ne bis in idem (commento di C. cost. n. 200/16), in Cass. pen., 2017, 70 ss., corsivo ns. In termini non dissimili, LAZZARA, Funzione antitrust e potestà sanzionatoria, cit.: "spetta al legislatore – anche in base alle indicazioni della Corte EDU – evitare di ricorrere al modello «sanzione amministrativa» allorché la «punizione» abbia rilievo prevalente o assorbente, quando non sussiste più un legame (se non occasionale) tra funzione amministrativa attiva (di vigilanza e controllo) e potestà sanzionatoria"* (corsivo ns.). Com'è ben noto, la sentenza della Corte EDU 8 giugno 1976, *Engel*, enuclea addita tre criteri d' identificazione della materia penale

Se questi passaggi vengono letti in coerenza con il complessivo andamento della sentenza³³, ci si accorge, invero, che essi si legano strettamente alla necessità di assicurare un sindacato giurisdizionale pieno ed effettivo - valorizzando la giurisdizione estesa al merito che l'art. 134, comma 1, lettera c), c.p.a. già attribuisce al nostro giudice amministrativo³⁴ - e di fornire alle parti piena salvaguardia nel corso del procedimento.

E in effetti, superando l'ambiguità di talune pronunce che avevano prospettato la distinzione tra un sindacato "debole" e un sindacato "forte"³⁵, il giudice amministrativo sembra ora incamminarsi verso la *full jurisdiction* richiesta dalla giurisprudenza di Strasburgo, con piena conoscenza dei fatti e delle evidenze

(alternativi, non cumulativi): la qualificazione formale nel diritto nazionale; la natura dell'illecito; la natura e il grado di severità della sanzione.

³³ La Corte conclude nel senso che il controllo sulla sanzione è stato di piena giurisdizione: il TAR e poi il Consiglio di Stato hanno potuto verificare l'adeguatezza della pena all'infrazione commessa e, ove necessario, avrebbero potuto sostituirla. "In particolare, il Consiglio di Stato, andando al di là di un controllo «esterno» sulla coerenza logica della motivazione della AGCM, ha respinto un'analisi dettagliata dell'adeguatezza della sanzione in relazione a parametri rilevanti, come la proporzionalità della sanzione stessa" (n. 66). La decisione della AGCM è stata quindi sottoposta al controllo a posteriori da parte di un giudice avente giurisdizione estesa al merito, pertanto nel caso di specie non può essere rilevata alcuna violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione. V. però l'opinione dissenziente del Giudice Pinto De Albuquerque, preoccupato del carattere "debole" del sindacato effettuato dal g.a. - soprattutto in ordine all'accertamento del fatto - quale risulta dalla giurisprudenza in tema di valutazioni opinabili per le quali non si dà potere sostitutivo del giudice, e tuttavia favorevolmente impressionato dalla previsione dell'art. 134, co. 1, lett. c), c.p.a. che attribuisce al g.a. giurisdizione estesa al merito.

³⁴ Il sindacato è svolto sulla base dei parametri di adeguatezza e proporzionalità della sanzione. V. sopratt. Cons. Stato, sez. VI, 22 luglio 2014, n. 3896: nella graduazione delle sanzioni occorre effettuare il bilanciamento fra i criteri della gravità della violazione, della dimensione e condizioni economiche dell'impresa, dell'opera volta ad attenuare l'infrazione. In base all'art. 7, comma 1, secondo periodo, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, "il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità". Se detto riferimento all'opinabilità fosse inteso come limite (esterno) al sindacato, si porrebbero dei problemi di effettività della tutela, problemi aggravati dal carattere vincolante dell'accertamento giurisdizionale amministrativo sul versante risarcitorio. Si deve allora intendere il riferimento all'opinabilità non come limite alla cognizione, "ma come divieto per il giudice di sostituire la valutazione dell'Autorità con la valutazione propria", fermo restando che il sindacato porta alla conoscenza piena dei fatti e delle evidenze istruttorie ed è pieno anche sulle valutazioni tecniche e sull'analisi economica: v. F. PATRONI GRIFFI, *Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it (2017).

³⁵ Utili richiami sul punto in S. PIVA, *Concetti giuridici indeterminati, sindacato del Giudice amministrativo e principi CEDU*, in *Federalismi.it*, n. 4/2017.

istruttorie, e un sindacato pieno anche sulle valutazioni tecniche e sull'analisi economica: si vedano, sul primo profilo (valutazione del fatto), la sentenza *TNT/Poste*³⁶, sul secondo (sindacato pieno delle valutazioni tecniche), la sentenza *Tariffe Traghetti Sardegna*³⁷. E vi è di più: il sindacato sulla opinabilità delle valutazioni tecniche tende ad evolversi verso un *sindacato di attendibilità*³⁸, meglio, di "maggiore attendibilità" della scelta conseguente alle valutazioni di ordine tecnico. Dette valutazioni sono sindacabili non al fine di sostituire la scelta del giudice a quella dell'autorità, ma al fine di verificare che la scelta effettuata sia quella "maggiormente attendibile anche in comparazione con altre scelte possibili, ivi comprese quelle offerte dai privati"³⁹.

Va tutto bene allora? Forse no.

Utile innovazioni sono da introdurre – nello spirito della giurisprudenza CEDU - nello svolgimento del procedimento innanzi all'Autorità.

E' del tutto evidente che il contraddittorio deve essere strutturato in modo da assolvere una finalità difensiva, e non di mera partecipazione e di rappresentanza degli interessi in gioco⁴⁰. Vengono qui in rilievo quattro criticità:

- a) l'effettiva separazione tra gli uffici istruttori e il Collegio decidente;
- b) l'accesso al fascicolo istruttorio;
- c) la possibile integrazione dell'impianto accusatorio iniziale;

³⁶ Cons. Stato, VI, 6 maggio 2014 n. 2302, dichiara illegittimo un provvedimento della Agcm, perché fondato sull'erroneo presupposto di fatto che il prezzo del servizio offerto dall'*incumbent* fosse inferiore a quello del concorrente. V. pure Cons. Stato, III, 2 ottobre 2015 n. 4616, sulla valutazione piena del fatto (nella specie costituito dalle condotte degli operatori economici nelle telecomunicazioni), anche se complesso e costituito da circostanze opinabili.

³⁷ Cons. Stato, VI, 4 settembre 2015 n. 4123, censura, in relazione all'incremento tariffario, il parametro del ricavo medio unitario adottato dall'Autorità, indicando come corretta un'analisi concreta dei prezzi reali. V., altresì, le ulteriori pronunce segnalate da PATRONI GRIFFI, *Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti*, cit.: Cons. Stato, VI, 12 giugno 2015 n. 2888, e VI, 9 agosto 2016 n. 3552, censurano le valutazioni tecniche alla base di scelte regolatorie dell'Autorità per l'energia, il gas e il servizio idrico; in relazione a un provvedimento AGCOM, Cons. Stato, III, 25 marzo 2013 n. 1645, afferma che il sindacato del giudice si estende anche all'accertamento dei fatti operato dall'Autorità sulla base di "concetti giuridici indeterminati" o di "regole tecnico-scientifiche opinabili", al fine di "evitare che la discrezionalità tecnica trasmodi in arbitrio specialistico".

³⁸ Non è evidentemente, la stessa cosa: come osserva PATRONI GRIFFI, *Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti*, cit., "l'opinabilità non esclude l'inattendibilità della soluzione prescelta".

³⁹ V. ancora PATRONI GRIFFI, *Il sindacato*, cit.; il corsivo è nostro.

⁴⁰ Come chiaramente riconosce – anche sulla scorta della giurisprudenza di Strasburgo – Cons. Stato, VI, 1596/15, in tema di regolamenti Consob.

d) la mancata individuazione nella comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI)⁴¹ del *quantum* sanzionatorio.

Gli uffici che comunicano le risultanze istruttorie sono formalmente distinti dal Collegio e godono di relativa autonomia (con i limiti che ora esamineremo). Nella fase finale - difesa rispetto alla CRI e audizione finale innanzi al Collegio - vi è formale separazione tra gli uffici istruttori e il Collegio decidente, e quindi potenziale dialettica tra essi.

Altri elementi depongono, però, nel senso della sostanziale unitarietà organizzativa.

Il Segretario generale sovrintende agli uffici e ne risponde al Presidente: egli è nominato dal Ministro dello Sviluppo Economico su proposta del Presidente (art. 11, regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità, approvato con delibera Agcm 24 maggio 2017, n. 26614). Le scelte organizzative interne di maggior rilievo spettano al Collegio. È il Collegio che delibera l'avvio dell'istruttoria qualora vi siano elementi di sussistenza di illecito anticoncorrenziale (art. 6, comma 1, del regolamento governativo). Durante l'istruttoria, gli uffici informano il Collegio sugli accertamenti svolti: è oggetto di discussione se quest'ultimo abbia un implicito potere di indirizzo⁴². La stessa CRI, prima di essere formalizzata e inviata alle parti, è sottoposta all'esame del Collegio, che verifica la non manifesta infondatezza delle proposte degli uffici in relazione agli elementi probatori acquisiti e, in caso positivo,

⁴¹ Il regolamento governativo approvato con d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 ("Regolamento recante norme in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato"), che prevede la CRI all'art. 14, non precisa quale ne sia il contenuto: la giurisprudenza amministrativa ha precisato che essa deve indicare gli elementi di fatto emersi e le prove acquisite, le contestazioni mosse all'impresa o alle imprese indagate, le infrazioni che appaiono addebitabili inclusa la durata, l'intenzione di procedere alla irrogazione di una sanzione (TAR Lazio, sez. I, 5 luglio 2001, n. 6139, *RcAuto*). Cfr. M. CLARICH, L. ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle autorità indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2013, 358 ss.

⁴² V. su questo F. CINTIOLI, *Giusto processo, Cedu e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 507 ss. In base all'art. 21, comma 1, del regolamento 24 maggio 2017, cit., "il Segretario Generale assicura periodicamente ogni informazione dell'Autorità, curando la presentazione da parte degli uffici di relazioni, sia di carattere generale, sia sull'andamento delle istruttorie e delle pratiche correnti". Il comma 2 demanda al SG il compito di stabilire puntualmente dette procedure informative con ordine di servizio, previamente approvato dell'Autorità. Infine (comma 3), il Segretario Generale convoca riunioni settimanali, finalizzate all'informazione dell'Autorità, a cui partecipano i responsabili delle unità organizzative ed il personale delle segreterie del Presidente, dei Componenti.

autorizza l'invio della comunicazione alle imprese (art. 14, comma 1, regolamento gov. 1998)⁴³. All'audizione finale partecipano il Capo di Gabinetto, il Segretario Generale, il responsabile della Direzione istruttoria competente in relazione al procedimento di cui trattasi, il responsabile del procedimento, nonché ogni altro funzionario la cui presenza sia ritenuta utile allo svolgimento dell'audizione stessa (art. 19, regolamento di organizzazione 2017).

La mancata individuazione - nella Comunicazione delle Risultanze Istruttorie - dei criteri di quantificazione della eventuale preclude, poi, alle parti di interloquire nel corso del procedimento su detti criteri: ciò non è coerente con la piena garanzia del contraddittorio endoprocedimentale⁴⁴. Da qui l'auspicio che l'Autorità modifichi la propria prassi, adeguandola a quella della Commissione, precisando nella comunicazione delle risultanze istruttorie) gli elementi su cui intende fondare la quantificazione della sanzione⁴⁵: le parti potranno così esercitare il diritto di difesa non soltanto in relazione all'*an*, ma anche al *quantum* sanzionatorio, nel corso del procedimento di fronte all'Autorità.

L'auspicato perfezionamento delle sequenze procedurali e le modifiche di prassi appaiono dunque opportune - e verrebbe da dire, necessarie - alla luce della

⁴³ Sulle fasi del procedimento, v. ancora CINTIOLI, *Giusto processo, Cedu e sanzioni antitrust*, cit., 507 ss. e, con analisi comparativa delle altre Autorità indipendenti, CLARICH, ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle autorità indipendenti*, cit.

⁴⁴ Corte giust. UE 18-12-2008, C101/07 e C-110/07, *Coop de France*, § 49: «la Commissione, quando dichiara espressamente, nella comunicazione degli addebiti, che vaglierà l'eventualità di infliggere ammende alle imprese interessate, indicando le principali considerazioni di fatto e di diritto che potrebbero implicare l'irrogazione di un'ammenda, quali la gravità e la durata della presunta infrazione ed il fatto che essa sia stata commessa «intenzionalmente o per negligenza», adempie il proprio obbligo di rispettare il diritto delle imprese al contraddittorio. Così operando, fornisce tutte le indicazioni necessarie per difendersi non solo circa gli addebiti contestati, ma anche contro l'inflizione di ammende».

⁴⁵ Come osserva CINTIOLI, *Giusto processo, Cedu e sanzioni antitrust*, cit. il problema diviene ancora più grave nel caso in cui le parti intendano avvalersi della possibilità di richiedere una riduzione della sanzione a causa della ridotta capacità contributiva. In carenza di indicazioni circa la sanzione irrogabile, e quantomeno sugli elementi su cui l'Autorità si baserà in fase di sua determinazione (attenuanti, aggravanti, *entry fee*), incombe sulla impresa d'individuare la soglia oltre cui la sanzione «pregiudicherebbe irrimediabilmente la redditività economica» e di argomentare affinché la sanzione sia congruamente ridotta.

spinta evolutiva di segno garantistico che viene dalla Corte di Strasburgo, come filtrata e mediata dalla giurisprudenza nazionale⁴⁶.

⁴⁶ Sull'attenzione del nostro giudice amministrativo alla giurisprudenza di Strasburgo v., se si vuole, il nostro *Tutela della concorrenza e giurisdizione*, Napoli, Ed. scientifica, 2013, 59 ss. In base alle "sentenze gemelle" del 2007 (Corte cost., sentenze nn. 348 e 349/07), le norme della Convenzione integrano l'ordinamento costituzionale alla duplice condizione che non contrastino con la Costituzione e che da esse derivi un *plus* di tutela per il sistema dei diritti fondamentali (sent. n. 317/09). Con la sent. n. 264/2012, la Corte oppone il limite della Costituzione all'ingresso del diritto convenzionale nell'ordinamento italiano, ribadendo il suo ruolo di "garante ultima": mentre la Corte EDU pronuncia "con effetti limitati al caso concreto e con approccio puntiforme", la Corte costituzionale assicura "una tutela dei diritti sistemica e non frazionata, inquadrandoli nella cornice pluralistica della Costituzione". Non sorprende che nella sentenza n. 193 del 2016 la Corte abbia escluso la sussistenza di un vincolo di matrice convenzionale per la previsione generalizzata, da parte degli Stati aderenti, del principio della retroattività della legge più favorevole, da trasporre nel sistema delle sanzioni amministrative, ritenendo che "il limitato riconoscimento della retroattività *in mitius*, circoscritto ad alcuni settori dell'ordinamento, risponde a scelte di politica legislativa in ordine all'efficacia dissuasiva della sanzione, modulate in funzione della natura degli interessi tutelati". Scelte che sono espressione della discrezionalità del legislatore nel configurare il trattamento sanzionatorio per gli illeciti amministrativi, sindacabili "solo laddove esse trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio, come avviene a fronte di sperequazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee non sorrette da alcuna ragionevole giustificazione".