

## Diritti di difesa e determinatezza dell'illecito antitrust

Fabio Cintioli

SOMMARIO: 1. I diritti di difesa tra procedimento amministrativo e accusa penale. – 2. Terzietà dell'Autorità e natura amministrativa del procedimento antitrust in Italia. – 3. Parità delle armi del procedimento antitrust (?) e controllo del giudice. – 4. Tipicità e determinatezza delle sanzioni: il rebus del diritto antitrust. – 5. La determinatezza a livello di fattispecie. – 6. Sintesi dei primi risultati. – 7. La prassi di AGCM e il principio di determinatezza a livello di fattispecie. – 8. Le tre dimensioni dei diritti di difesa e l'importanza della determinatezza a livello di fattispecie. – 9. Illeciti *per se* e *rule of reason*: l'impatto sulla determinatezza di fattispecie. – 10. Controllo del giudice e determinatezza della fattispecie.

### 1. *I diritti di difesa tra procedimento amministrativo e accusa penale*

I diritti della difesa sono un elemento centrale del procedimento antitrust. La dialettica tra contestazione e argomentazione difensiva è infatti il perno intorno al quale si snoda questo fenomeno e questo vale non soltanto per i principi del diritto nazionale e dell'U.E. ma anche per una esperienza comparata di livello globale<sup>1</sup>. Oggi la direttiva UE 2019/1 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, che ha disciplinato il regime dei poteri delle autorità nazionali di concorrenza dello spazio europeo, ha raccolto questa tradizione nel principio dell'art. 3, par. 2, dove si scrive che «Gli Stati membri provvedono a che l'esercizio dei poteri di cui al paragrafo 1 [appunto, i poteri del *public enforcement* antitrust] sia soggetto a garanzie adeguate per quanto concerne il diritto di difesa delle imprese, compresi il diritto di essere sentiti e il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice»<sup>2</sup>.

In Italia come in Europa i diritti di difesa si pongono al confine tra due esperienze giuridiche differenti: da un lato, quella del diritto amministrativo e che

<sup>1</sup> Per una raccolta di esperienze e prassi provenienti da vari ordinamenti, cfr. D.D. Sokol, A.T. Guzman, *Antitrust Procedural Fairness*, Oxford, 2019.

<sup>2</sup> Per un commento sui contenuti di tale direttiva, cfr. F. Ghezzi, B. Marchetti, *La proposta di direttiva in materia di Rete europea della Concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 1015 e ss.

si basa sulla concezione del procedimento amministrativo come struttura aperta alla partecipazione e intrisa del principio di pubblicità; dall'altro lato, quella che riconosce lo speciale rilievo della funzione sanzionatoria e del contenuto affittivo del provvedimento che chiude il procedimento e che, pur attingendo ad alcune esperienze proprie anch'esse del diritto amministrativo – come ad esempio i procedimenti disciplinari e quelli per l'applicazione di altre sanzioni amministrative, pecuniarie e non, da sempre ai confini di questa partizione dell'ordinamento – finisce per intercettare l'esperienza del contraddittorio del processo penale.

Ogni procedimento amministrativo è aperto alla partecipazione degli interessati e quello disciplinato dalla legge n. 287 del 1990, dal Regolamento comunitario n. 1 del 2003 e dalla citata direttiva 1/2019 è, anche ai fini del controllo giurisdizionale, un vero e proprio procedimento amministrativo.

La duplice funzione, collaborativa e difensiva, del diritto di partecipazione al procedimento gioca un ruolo cruciale anche in questa esperienza, pur così speciale. La deduzione di fatti e interessi che, pur orientati ai bisogni del partecipante, contribuiscono alla migliore conoscenza e comprensione dell'amministrazione e si rivelano di ausilio a quest'ultima, intercetta pienamente le dinamiche del contraddittorio antitrust. Sicché non può dirsi affatto estranea al nostro discorso. La seconda esperienza è quella che però meglio connota la nostra fattispecie. Riguarda infatti più direttamente l'esigenza di difendere i propri interessi e, nel porre all'attenzione del decidente fatti, acquisizioni probatorie e argomentazioni, mira anche a precostituire le condizioni per un'efficace futura difesa davanti al giudice che sarà chiamato a controllare la decisione dell'amministrazione. Il collegamento tra procedimento e processo, sappiamo, è costante e biunivoco: il procedimento serve al processo ma il processo serve anche al procedimento perché può tornare a orientarlo o nel singolo caso o con indicazioni che dal giudicato di annullamento indirizzano l'amministrazione per il futuro. È evidente che nel nostro caso la dimensione partecipativa dell'impresa coinvolta nel procedimento antitrust propende per il secondo polo. Questo è conseguenza della natura della funzione esercitata, quella sanzionatoria, prima ancora che del tipo di sanzioni da irrogare e del tipo di accertamenti da effettuare nel *public enforcement*.

La convergenza di elementi propri del diritto amministrativo e del diritto penale, del resto, è caratteristica che contraddistingue un potere sanzionatorio di diritto pubblico in una versione unificata e in maniera omogenea secondo le visioni più recenti<sup>3</sup>. Quanto poi alle sanzioni amministrative delle autorità indipendenti, è condiviso che il modello normativo della legge n. 689 del 1981, che più direttamente all'esperienza penalistica si ispira, non sia affatto autosufficiente,

---

<sup>3</sup> Cfr. S. Vernile, *Le sanzioni amministrative delle Autorità indipendenti tra diritto amministrativo e diritto penale*, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti* a cura di M. Allena, S. Cimini, *Dir. econ.*, 2013, 3, 69 ss.

perché concorre proprio la legge sul procedimento, n. 241 del 1990, a delineare il quadro, talora con l'applicazione diretta delle sue disposizioni e talora col soccorso del singolo principio da essa desumibile<sup>4</sup>.

Del resto, che il contraddittorio procedimentale si atteggi qui in modo particolare è patrimonio della tradizione giuridica italiana ed Europea ed è affermato dalla giurisprudenza, la quale percepisce questa particolarità come il bisogno di rafforzare il contraddittorio e, quindi, i diritti di difesa delle parti<sup>5</sup>.

Questa diversità, beninteso, è sempre stata molto chiara nell'esperienza italiana ed europea, benché alla prima sia stato sempre estraneo il modello di un *public enforcement* direttamente implementato da un'autorità avente effettivo carattere giurisdizionale nell'ordinamento costituzionale dello Stato membro. Il contraddittorio davanti ad AGCM è stato sin da principio strutturato come essenzialmente bilaterale, perché ha contrapposto l'Autorità all'impresa cui è contestato l'illecito, con una potenziale proiezione trilaterale dovuta all'intervento dei terzi, soprattutto di quelli che si dolgono della condotta sospetta di essere anticoncorrenziale e che, in verità, si pongono a fianco dell'Autorità nel procedimento. Questa configurazione ha dato al contraddittorio con l'impresa, appunto, un'evidente centralità e una spiccata funzione difensiva alla partecipazione.

## 2. *Terzietà dell'Autorità e natura amministrativa del procedimento antitrust in Italia*

L'assimilazione alla dimensione processualpenalistica e l'esaltazione dello scopo difensivo della partecipazione al procedimento sono diventati preponderanti per effetto della giurisprudenza della Corte EDU, la quale, com'è noto, ha assimilato il procedimento di *public enforcement* al processo penale<sup>6</sup>. Gli *Engels*

<sup>4</sup> Cfr. L. Donato, *Il procedimento sanzionatorio delle autorità indipendenti e le deroghe rispetto alla disciplina generale*, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 113 e ss., il quale osserva che l'occasionale prevalenza del modello del procedimento amministrativo generale su quello previsto dalla l. n. 689 del 1981 si spiega anche in virtù dell'esigenza di assicurare una piena collaborazione dell'incolpato nell'accertamento e qualificazione di fatti complessi; M. Monteduro, *I principi del procedimento nell'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Tessuto delle fonti e nodi sistematici*, ivi, 125 e ss.; F. Tuccari, *I principi del procedimento nell'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Profili e problemi nel prisma del contraddittorio*, ivi, 159 ss.

<sup>5</sup> Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596, il quale sottolinea la speciale funzione che assume il contraddittorio nei procedimenti sanzionatori. Sul rilievo speciale del contraddittorio in questa materia cfr. M. Clarich, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle autorità amministrative indipendenti*, *Dir. amm.*, 2004, 72 e ss.; M. Ramajoli, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano 1998. Sulla valenza peculiare del principio del contraddittorio nel caso del potere sanzionatorio delle autorità indipendenti, v. anche W. Troise Mangoni, *Il potere sanzionatorio della CONSOB*, Milano, 2012, 221 e ss.

<sup>6</sup> Si citano Corte EDU, *Menarini Diagnostics c. Italia*, II, 27 settembre 2011 (ric. 43509/08), in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 414; quanto al secondo, Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, II, 4 marzo 2014 (ric. 18640/10; 18647/10; 18663/10; 18668/10; 18698/10), in *Giur. comm.*, 2014, II, 543, nonché in *Giornale dir.*

*criteria* si addicono al procedimento antitrust perché qui si perseguono interessi di rilevante interesse generale e perché la sanzione, benché principalmente pecuniaria, ha un contenuto affittivo intenso, com'è vieppiù dimostrato dagli ulteriori effetti che derivano dall'accertamento della violazione antitrust: dal vincolo conformativo nascente dalla diffida (art. 15 l. n. 287 del 1990 e oggi art. 10, par. 1, direttiva 2019/1 cit.) al suo carattere vincolante ai fini dell'azione di danno nel *private enforcement* (art. 7 d.lgs. n. 3 del 2017); dalle conseguenze negative che l'ordinamento commina in settori speciali – penso, ad esempio, alle cause di esclusione nel *public procurement* ex art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016 – alla sanzione reputazionale, tanto impalpabile quanto effettiva nella dinamica dell'impresa, specie a causa dei codici di condotta spontaneamente assunti dalle imprese e che prevedono sovente conseguenze affittive a carico del *management*.

L'influenza della menzionata giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che ha applicato la Convenzione EDU al fine di dare un assetto processualpenalistico al procedimento, ha fatto sentire i suoi effetti soprattutto sul terreno dell'organizzazione soggettiva e istituzionale dell'Autorità italiana, come sappiamo. Dal momento che il rispetto delle garanzie previste dall'art. 6 CEDU sulla c.d. accusa penale richiede, tra l'altro, il requisito della terzietà del soggetto decisore rispetto a chi sostiene l'accusa, dovendosi altrimenti recuperare questa lacuna attraverso un successivo controllo giurisdizionale in grado di rispettare la soglia della *full jurisdiction*, l'Autorità stessa ha proposto di configurare il proprio procedimento come trilaterale: da un lato la contestazione mossa dagli Uffici guidati dal Segretario generale, dall'altro lato l'impresa accusata di una condotta illecita, in

---

*amm.* 2014, 1053, con nota di M. Allena, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi CEDU*. Questa seconda sentenza è diventata definitiva il 7 luglio 2014 a seguito del rigetto di richiesta del rinvio alla Grande Camera avanzata dal Governo della Repubblica italiana. Sui temi sollevati da queste due sentenze e, prima ancora, sul rilievo che l'art. 6, par. 1, CEDU assume nei riguardi dei procedimenti amministrativi sanzionatori nazionali, cfr. M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; Id., *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU, per il procedimento e il processo amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 2012, 569 e ss.; sia concesso anche richiamare il mio F. Cintioli, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 507 e ss.; G.M. Flick, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?* (*"Materia penale, giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse"*), *Riv. soc.*, 2014, 953; E. Follieri, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, *Dir. proc. amm.*, 2014, 685 e ss.; F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018 III ed.; Id., *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 337 e ss.; Id., *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, *Dir. proc. amm.*, 2013, 669 e ss.; Id., R. Perna, *Le système italien de contrôle judiciaire des décisions des ARN à la suite de l'affaire Menarini*, *www.giustamm.it*, 10 giugno 2014; M. Siragusa, C. Rizza, *Violazione delle norme antitrust, sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'autorità di concorrenza e diritto fondamentale a un equo processo: lo "status dell'arte" dopo le sentenze Menarini, Kme e Posten Norge*, *Giur. comm.*, 2013, 408 e ss.; Wouter P.J. Wils, *The compatibility with Fundamental Rights of the EU Antitrust Enforcement System in Which the European Commission Acts Both as Investigator and as First-Instance Decision Maker*, *World Competition*, Vo. 37, Issue 1, March 2014.

posizione terza e centrale il Collegio dell'Autorità a simboleggiare una posizione sostanzialmente giudiziale e terza, per l'appunto. Questo assetto avrebbe provocato una definitiva configurazione trilaterale del procedimento che avrebbe segnato uno scarto ancor più netto dalla dimensione amministrativa per avvicinarsi nettamente a quella giurisdizionale. Questo tipo di organizzazione era già in qualche misura evocata dal d.P.R. n. 217 del 1998, che ha scandito le fasi dell'istruttoria in modo da concluderla con una contestazione delle risultanze istruttorie a firma del Segretario generale – basata su una valutazione di non manifesta infondatezza del Collegio – e da prevedere, di seguito, l'audizione finale nella quale agli Uffici spetta di sostenere l'accusa nel contraddittorio con le parti e al Collegio di decidere in posizione terza. L'influenza della CEDU ha indotto l'Autorità a consolidare questo tipo di struttura. L'Autorità lo ha esplicitato quando ha scelto di proporsi come giudice *a quo* davanti alla Corte costituzionale.

Senonché, come sappiamo, proprio dalla Corte costituzionale è giunto un richiamo alla realtà organizzativa dell'Autorità, tutt'oggi imperniata sul saldo raccordo tra Collegio ed Uffici; sicché l'ambizione della terzietà quasi-giudiziale è rimasta sulla carta e la Corte ha ribadito la qualificazione amministrativa del procedimento ed ha attribuito al potere sanzionatorio dell'Autorità il contrassegno della discrezionalità amministrativa<sup>7</sup>. Possiamo allora dire che la struttura trilaterale dell'audizione finale non sopprime il cordone ombelicale tra le direzioni istruttorie e il Collegio dell'Autorità.

### 3. *Parità delle armi del procedimento antitrust (?) e controllo del giudice*

Questo percorso non ha mai scalfito, tuttavia, l'importanza della funzione difensiva nel contraddittorio, né una certa sua specialità rispetto al modello classico della partecipazione amministrativa.

Che essa sia centrale – bilaterale o trilaterale che sia il procedimento – è un punto fuori discussione.

Certo è che questo recente dibattito che ha preso le mosse dalla giurisprudenza CEDU per finire davanti alla Corte costituzionale italiana ha viaggiato al livello delle grandi questioni classificatorie, senza troppo scendere al concreto: a cosa, ad esempio, serva la difesa e che tipo di garanzie debbano esservi collegate. Che fosse così è più che comprensibile, anche perché le classificazioni hanno il

---

<sup>7</sup> Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13, in *Giur cost.*, 2019, 1, 95, con note di M. Midiri, *Autorità garante della concorrenza e amministrazione: una troppo drastica assimilazione* e G. Grasso, *La (pretesa) natura esclusivamente amministrativa delle Autorità amministrative indipendenti chiude la porta del giudizio in via incidentale all'Autorità antitrust. Considerazioni a margine della sentenza n. 13 del 2019 della Corte costituzionale.*

loro peso: definire l'Autorità come un quasi-giudice e riconoscerle un attributo di terzietà è premessa significativa di molti ragionamenti impegnativi per il giurista, tutti da prospettare a valle.

Tuttavia, adesso è tempo anche di dare un contenuto più chiaro ai diritti di difesa in questo speciale procedimento amministrativo.

A questo proposito torna in gioco il punto di partenza: appunto la classificazione del procedimento di *public enforcement* come procedimento amministrativo.

Ci si potrebbe chiedere infatti se questa premessa possa essere utile o meno per definire i contenuti della difesa e per renderli effettivi.

La tentazione che potrebbe emergere è quella di pensare che l'esperienza italiana (ed Europea) delle garanzie partecipative e del diritto alla buona amministrazione (di cui all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) non sia esattamente quella che può servire allo scopo e che anzi il rischio è che questa strada possa provocare una dequotazione dei diritti di difesa, che sarebbero ridotti al rango delle mere pretese partecipative procedurali tutelate in Italia dalla legge generale n. 241 del 1990. Per raggiungere un grado soddisfacente di effettività – potrebbe esser osservato in questa linea di pensiero – si dovrebbero invece rileggere i diritti di difesa utilizzando gli strumenti che provengono da altro tipo di esperienze, come quella processualpenalistica o quella di un diritto antitrust europeo o addirittura globale che fa della *procedural fairness* un baluardo dell'azione di *public enforcement*<sup>8</sup>. Quest'ultima lettura, nel segnare l'abbandono del modello del procedimento amministrativo, ci guiderebbe verso un sistema di parità delle armi, nel quale al potere dell'accertamento della condotta illecita da parte degli Uffici si contrapporrebbe un esercizio – di efficacia sostanzialmente eguale – affidato alla difesa delle parti. Un sistema nel quale l'accertamento della verità sarebbe, alla fine, la risultante di uno sforzo opposto delle parti avverse, ma finalizzato a un risultato comune. La naturale appendice di questa concezione sarebbe quella di un controllo processuale posteriore sulla decisione sanzionatoria dell'Autorità affidato a un giudice che esercitasse un vero e proprio giudizio sul rapporto, inteso come rapporto “di diritto privato”, ossia una verifica a tutto campo e senza limitazioni valutative di quel che è stato accertato dall'Autorità, al fine di stabilire se quella data condotta sia davvero un illecito e se essa sia stata correttamente provata in tutte le sue componenti<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Cfr. D.D. Sokol, *The Case for Global Best Practices in Antitrust Due Process and Procedural Fairness*, in *Antitrust Procedural Fairness*, cit., 4 e ss.

<sup>9</sup> Per l'idea che il processo amministrativo sulle decisioni antitrust possa essere un sindacato pieno sul rapporto inteso come rapporto di diritto privato, G. Greco, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 999. Per una prospettiva differente, seguita nelle pagine che seguono, sia concesso di richiamare il mio F. Cintioli, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust, e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7 del decreto legislativo n. 3 del 2017)*, *Dir. proc. amm.*, 1207 ss.

In verità, non credo che questo approdo sia corretto, né tantomeno auspicabile, e non lo è in quanto non corrispondente alla realtà dell'esperienza dell'ordinamento e della sua "possibile" attuazione. Non credo, quindi, che l'inquadramento del *public enforcement* nelle griglie del procedimento amministrativo sia inutile o addirittura pregiudizievole. Tutt'altro. Postulare che possa nel procedimento esservi una vera e completa parità delle armi tra accusa e difesa significa trascurare non soltanto che il potere di accertamento degli Uffici non è mai scisso dalla concomitante valutazione del Collegio, dato che gli uni e l'altro compongono una unità indissolubile come si è visto, ma anche che la legge affida un potere pubblico unilaterale all'Autorità e che esso resta, con tutte le particolarità del caso, un potere amministrativo anche molto penetrante. Partire dal riconoscimento di questo potere, quindi, non significa ridurre il tenore della difesa, ma al contrario renderla effettiva. Le parti non sono pari, dunque.

È solo partendo dalla constatazione che esiste eccome il potere che un'amministrazione intende esercitare per raggiungere un dato risultato – nei fatti magari corrispondente ad una scelta contingente di *policy* sulla concorrenza, valutazione oggi esplicitamente ammessa dall'art. 4, comma 5, della direttiva UE - *ECNPlus* n. 1 del 2019 – che si potranno avere ricadute sul piano del contraddittorio difensivo. Riconoscere il potere implica sottoporlo a tutte quelle garanzie che nel procedimento tendono a bilanciarlo con i diritti dell'impresa incolpata e che nel successivo processo possono sfociare nel controllo sul suo modo di esercizio, per assicurare il rispetto delle forme e dei binari che l'ordinamento ha imposto. L'Autorità, benché indipendente, impersona un interesse pubblico specifico che riguarda la concorrenza e il mercato e, per quanto essa debba temperarlo con altri interessi pubblici in gioco, non corrisponde all'interesse che viene attuato dall'organo giurisdizionale nell'esercizio della sua funzione costituzionale. È proprio la menzionata facoltà di adottare una propria linea di *policy* che, oggi, mette definitivamente in crisi il mito della c.d. neutralità dei fini. In altre parole, l'Autorità nel *public enforcement* è amministrazione ed è solo riconoscendo che essa è titolare di un potere amministrativo che si potrà dare ai diritti di difesa un contenuto in grado di concorrere ad accertare la verità – riconoscendovi persino una funzione collaborativa alla partecipazione – e di porre le premesse per un controllo giurisdizionale efficace. Quest'ultimo controllo, infatti, non potrà mai essere pienamente ripetitivo e sostitutivo di tutte le valutazioni e gli accertamenti che l'Autorità ha compiuto e travasato nella sua decisione, sovente illustrati in qualche centinaio di pagine; e pensare che possa esserlo è solo illusione. Potrà però il giudice verificare, tra l'altro, il modo in cui il potere è stato esercitato nel dialogo coi diritti della difesa: se ne ha tenuto davvero conto, se ha effettuato gli accertamenti istruttori richiesti, se ha valutato sino in fondo e con serenità le prove a discol-

pa esibite nel procedimento. Infatti, se per un verso il giudice non deve spingersi sino a ripetere il procedimento e sostituirsi in tutte tali valutazioni – perché deve rispettare l'attribuzione normativa del potere all'Autorità – per altro verso può e deve annullare la decisione se risultasse una manchevolezza rispetto a tale doverosa considerazione dei diritti di difesa.

In conclusione, l'esperienza del procedimento amministrativo rimane una delle due facce della medaglia sulla quale i diritti di difesa vanno assestati. L'altra è quella del contraddittorio tipico del giudizio sanzionatorio, su tutti quello penale. L'una e l'altra proiettano le loro conseguenze sulla fase del controllo processuale posteriore, sul quale dovremo tornare in conclusione.

#### 4. *Tipicità e determinatezza delle sanzioni: il rebus del diritto antitrust*

Procediamo oltre allora e tentiamo di definire quali siano i contenuti dei diritti di difesa nel procedimento per poi stabilire che rilievo debbano avere nel corso del *public enforcement*.

Si inizia così a cogliere il perno del ragionamento: difesa da che cosa e contro che cosa? Un conto è partecipare, altro è difendersi. Chi partecipa fornisce un proprio contributo all'amministrazione, che ha il compito di curare gli interessi della Comunità e non è casuale, tra l'altro, che alcuni dei primi inquadramenti di AGCM ne avessero sottolineato proprio il collegamento con lo Stato-Comunità anziché con lo Stato-apparato<sup>10</sup>. Chi partecipa al procedimento espone argomenti anche in chiave difensiva potenziale, ma nel senso che li collega ad uno stimolo per l'amministrazione a motivare, a prendere posizione su un certo punto di vista, anche al fine di poter chiedere al giudice, dopo, un sindacato su quella motivazione. Chi partecipa, dunque, può temere un esito sfavorevole del procedimento, ma la difesa si mescola ad una prospettiva di dialogo con l'amministrazione. Chi si difende invece, si difende da qualcosa di specifico, ossia vuole evitare una determinata conseguenza – la sanzione – che l'ordinamento riconnette ad una certa condotta. Chi si difende dunque si oppone a quella sanzione e misura il proprio argomentare sul rischio della sanzione, il che equivale a dire che si difende in relazione ad una data condotta che gli viene contestata come illecito.

La difesa quindi si misura e si qualifica in funzione della sua relazione concettuale con una determinata condotta.

Introduciamo così il collegamento con alcuni concetti propri dell'illecito di diritto pubblico, non solo quello penale ma anche amministrativo: quello di tipi-

<sup>10</sup> Mi riferisco soprattutto al pensiero di V. Caianiello, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, *Foro amministrativo* 1997, nonché in *Istituzioni e liberalismo*, Soveria Mannelli, 2005, 115 ss.



cià e nominatività, che postula che la condotta vietata sia identificata e qualificata da una norma di legge puntuale; quello di tassatività e necessaria determinatezza, che postula che la condotta vietata sia dalla legge descritta in maniera chiara e precisa, sì da assicurarne la prevedibilità, e che vieta la sua applicazione analogica<sup>11</sup>.

Questi principi hanno una valenza di carattere generale e rispondono a valori fondamentali di garanzia dei diritti e delle libertà, che hanno radice nella Costituzione. Restando sul terreno degli illeciti amministrativi – e dunque senza ancora utilizzare l'equiparazione del procedimento antitrust all'accusa penale introdotta dalla CEDU a proposito dell'art. 6 cit. – è effettivamente dubbio che l'art. 25, comma 2, Cost., possa essere invocato in via diretta, dato che esso riguarderebbe solo il diritto penale. Nonostante ciò, sembra però pacifico nel dibattito che un fondamento costituzionale debba esservi anche nel nostro caso. In primo luogo, viene in gioco l'art. 97 Cost., lì dove richiama il principio di imparzialità, che per essere effettivamente assicurato presupporrebbe sia tipicità sia determinatezza degli illeciti, sia lo stesso principio di legalità sostanziale, desunto nei confronti della p.a. dal combinato disposto degli artt. 23, 41 (quanto alla riserva di legge ivi enunciata), 97, 101, 103 e 113 Cost. Tra l'altro, proprio quest'ultima disposizione proietta il principio di legalità verso il terreno processuale ed esige, secondo una consolidata prospettiva teorica, che la legalità sia garanzia di raffrontabilità: concreta possibilità offerta al giudice di comparare il contenuto del provvedimento (nel nostro caso, l'infrazione sanzionata) con lo schema predefinito nella legge (nel nostro caso, quel che la legge prevede sia effettivamente vietato). Infine, non va dimenticato che è stata la stessa Corte di Strasburgo ad affermare che la garanzia prevista dall'art. 7 CEDU (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), si deve far valere, oltre che nel divieto di applicazione retroattiva e di estensione in via analogica, anche nella necessità che il singolo possa comprendere *ex ante* quali atti ed omissioni lo renderebbero responsabile e quale sanzione gli verrebbe comminata. Quindi, la giurisprudenza della Corte EDU, oltre ad equiparare il procedimento antitrust al processo penale, ha anche chiarito che la Convenzione impone il requisito della necessaria determinatezza della fattispecie<sup>12</sup>.

Tutto questo riguarda la configurazione generale del rapporto tra autorità e individuo ed irrorà il relativo procedimento nonché il sistema di protezione

---

<sup>11</sup> Sul principio di necessaria determinatezza, cfr. C.E. Paliero, A. Travi, *Sanzioni amministrative*, voce, *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, in part. par. 12; F.F. Tuccari, in *La sanzione amministrativa – Principi generali*, a cura di A. Cagnazzo e S. Toschei, Torino, 2012, 248 e ss. V. anche il riferimento al principio di determinatezza nel quadro di una visione più ampia riferita al vigore dei principi penalistici rispetto al potere sanzionatorio delle autorità indipendenti, P. Pantalone, *Principio di legalità e favor rei nelle sanzioni amministrative*, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 32 e ss.

<sup>12</sup> Sul principio di determinatezza e sul suo fondamento costituzionale, cfr. S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2017, 231 e ss. sempre su tale principio S.L. Vitale, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, 2018, 149 e ss.

dei diritti. Entro questa ampia cornice il ragionamento riguarda specificamente anche il diritto di difesa. Per difendersi occorre che sia ben definita la condotta che è oggetto dell'accusa. La correlazione tra tassatività e determinatezza e diritti di difesa è dunque il punto centrale del nostro discorso.

Entriamo così nel vero e proprio rebus del diritto antitrust come diritto sanzionatorio.

Sappiamo bene infatti che la tipicità della fattispecie e la sua determinatezza, se è tratto irrinunciabile del diritto penale e del diritto sanzionatorio amministrativo così come esemplificato nella disciplina della legge n. 689 del 1981 (anzitutto nell'art. 1), non si propone certo allo stesso modo nel diritto della concorrenza. La condotta illecita è descritta nelle norme, italiane come europee, in termini generali e vive di una tipicità di secondo grado, la quale risulta dalla sequenza dei precedenti e da un *case law* che non può che essere in continua evoluzione<sup>13</sup>. Per un verso, la necessaria determinatezza è un tratto che deve riguardare ogni tipo di condotta cui l'ordinamento collega una sanzione di tipo pubblicistico, per altro verso il diritto antitrust sin dalla sua nascita negli Stati Uniti nasce per provvedere a situazioni flessibili, indefinite, in corso di variabile assestamento, così come flessibile e in movimento è il mercato, sicché non è predefinibile nel diritto positivo tutto quel che è vietato. Basterebbe oggi agganciarci al dibattito sull'utilizzabilità del diritto antitrust per intervenire sulle distorsioni nei mercati digitali e sulle manifestazioni di potere di alcune piattaforme *web* per dimostrare quanto la variabilità, l'adattamento e l'innovazione siano tratti caratteristici degli illeciti antitrust<sup>14</sup>. La legge contiene una descrizione a maglie larghe dell'illecito e l'esperienza nelle decisioni delle autorità di *public enforcement* e dei giudici si sostanzia nel delineare fattispecie secondarie, ritagliando la norma di base in tanti segmenti, e la prassi nel corso del tempo va cercando la determinatezza (*i.e.* la distinzione di quel che è vietato e di quel che è consentito) catalogando ciascun tipo di condotta. Nascono così concetti come prezzi predatori, come *margin squeeze*, come abuso di struttura, come fascio di intese verticali, come *killer acquisitions*, solo per fare qualche esempio.

D'altra parte, il diritto antitrust ha anche cercato propri rimedi al deficit di determinatezza e prevedibilità. In fondo, proprio a questo è servita la distinzione, nata negli Stati Uniti e divenuta patrimonio globale del diritto della concorrenza,

---

<sup>13</sup> In chiave critica su tali profili Cimini, *Il potere sanzionatorio*, cit.

<sup>14</sup> La letteratura sul rapporto tra nuovi poteri di mercato nei mercati digitali e la funzione antitrust è ormai vastissima. Qui ci si limita a citare, tra i molti contributi, A. Ezrachi, M.E. Stucke, *Virtual Competition*, Harvard, 2016; T. Wu, *The Curse of Bigness – Antitrust in the New Gilded Age*, Columbia, 2018; S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, 2019.

tra illeciti *per se rule* e illeciti da scrutinare secondo la *rule of reason*<sup>15</sup>. I primi corrispondono ad altrettante condotte considerate gravi e, pertanto, certamente vietate una volta che la condotta rientri effettivamente in un dato schema. I secondi invece toccano una sfera di confine tra lecito e illecito e quindi potranno esser tali ed effettivamente vietati solo qualora l'analisi economica ne abbia confermato la lesività al *consumer welfare*. Così la serie degli illeciti *per se*, in qualche modo, rispetta il canone della determinatezza, mentre lì dove campeggia la *rule of reason* l'incertezza è maggiore ma alla difesa – come diremo – dovrà esser data maggiore possibilità di azione nel confronto basato sull'analisi economica, così come dovrà esser puntualmente rispettato dall'Autorità il principio dell'onere della prova nonché apprestata una valutazione di non gravità quando l'illecito non fosse comunque prevedibile<sup>16</sup>.

### 5. *La determinatezza a livello di fattispecie*

Riassumendo, la tipicità è molto attenuata perché la legge non riesce a distinguere ciò che è vietato da ciò che non lo è. E la determinatezza della fattispecie è attuata a livello di singola decisione, quasi con una concomitante creazione di una *regula juris* valida direttamente nel caso concreto. Sennonché i principi generali vogliono che la determinatezza sia propria della legge che individua la condotta illecita – in modo chiaro e preciso – e non del singolo provvedimento sanzionatorio.

Quest'ultimo assetto esemplifica perciò una violazione del principio di necessaria determinatezza, perché accetta la premessa logica che la fattispecie non è previamente determinata nella legge.

Proprio per questo è stato suggerito di recuperare la necessaria determinatezza mediante l'enunciazione preventiva dei criteri che aiutino a individuare la fattispecie illecita<sup>17</sup>. Si tratterebbe di pubblicare periodicamente altrettante linee guida formate sulla base delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza italiana ed europea. Dato che la fattispecie vietata è desumibile dal *case law* in evoluzione, di tale evoluzione l'Autorità potrebbe dar conto previamente, in modo da autolimitare il proprio potere sanzionatorio con la pubblicazione di apposite linee guida. Sennonché questo tipo di adattamenti non sono mai stati posti in essere.

<sup>15</sup> Sulle origini di questa distinzione, G. D'Attorre, *Una ragionevole concorrenza: il ruolo della "rule of reason" dopo la riforma del diritto antitrust comunitario*, *Giur. comm.*, 2004, I, 82 ss.

<sup>16</sup> Per una vivace ricostruzione storica e finalistica dell'attività antitrust in USA, cfr. T. Wu, *The Curse of Bigness, Antitrust in the New Gilded Age*, cit.

<sup>17</sup> Sui dubbi espressi in merito al rispetto del principio costituzionale di legalità in questo campo e su tali proposte correttive cfr. A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 183 e ss.

Ed è da riconoscere che non sarebbe agevole provvedere in questa direzione, dato che – anche a causa della nostra cultura giuridica di *civil law* – la giurisprudenza nazionale mostra ineliminabili tratti di oscillazione, specie per quanto concerne l’assessamento dei concetti chiave in materia di illecito antitrust.

Sicché la tipicità resta quella che si ricerca nel filone dei precedenti e nella terminologia antitrust. Sebbene questo insieme di dati possa sì fornire una chiave di orientamento, l’operatore economico non può però liberarsi da ogni incertezza.

Qui non interessa riflettere sul se questo sistema, specie nel lungo periodo, possa sopravvivere così, senza opportune rettifiche, né se si possa dire conforme a Costituzione (eventualmente anche alla luce della qualificazione degli indirizzi CEDU alla stregua di altrettante norme interposte *ex art.* 117, comma 1, Cost.). Interessa invece capire come questo assetto si rifletta sui diritti di difesa e come quindi essi debbano collocarsi nella sequenza che vede solitamente svolgersi, in prima battuta, il procedimento antitrust e in seconda battuta il processo amministrativo.

Le denunciate difficoltà non tolgono che tipicità e determinatezza – e soprattutto la seconda, magari declinata in modo differente – continuo anche per gli illeciti anticoncorrenziali. Per quanto da recuperare in chiave dinamica, per quanto variabili, sono irrinunciabili due obiettivi: (*i*) la ricerca di un ordine sequenziale casistico che distingua quel che è lecito da quel che è illecito; (*ii*) nel concreto procedimento, l’individuazione di quale condotta si assume possa costituire una violazione antitrust.

Il problema, allora, è quantomeno quello di consentire al sistema di funzionare in modo da recuperare la necessaria determinatezza dell’illecito vietato nella fattispecie che in concreto viene delineata nel procedimento di *public enforcement*.

Si tratta di spostare l’attenzione verso un concetto di determinatezza diverso: non più (o non solo) sul terreno della legge che prevede l’illecito, ma anche sul terreno del singolo procedimento e della sua concreta contestazione: parlerei così, da questo momento in avanti, di “determinatezza a livello della fattispecie”. Se la tipicità è attenuata, se la determinatezza della condotta vietata è quella solo che risulta dalla sequenza dei precedenti, è allora essenziale che una determinatezza e puntualità dell’infrazione sia assicurata nel singolo procedimento: grazie ad una contestazione puntuale, “chiusa”, precisa e determinata, che definisca il perché quella data condotta è illecita. L’esempio più utile viene ancora una volta dal diritto penale, nel quale ad una tipicità legislativa corrisponde sempre una tipicità riflessa negli atti processuali: sin dalla fase delle indagini penali il procedimento penale è imperniato su un capo d’imputazione che delinea e circoscrive con rigore una condotta e ne delimita i riferimenti oggettivi, soggettivi e temporali. Questa specificazione servirà allo sviluppo del diritto di difesa, come si dirà,

e consentirà tra l'altro la raffrontabilità tra la contestazione di una certa condotta e il tipo di condotte che sono state ritenute illecite nella sequenza dei precedenti.

## 6. Sintesi dei primi risultati

Prima di procedere oltre, fissiamo i primi risultati del ragionamento sinora condotto:

(i) i diritti di difesa nel procedimento di *public enforcement* sono il risultato di due filoni "culturali" diversi, entrambi utili e da conservare: il primo è quello che nasce dai diritti di partecipazione al procedimento amministrativo e che vede, come sue fonti principali, sul piano nazionale la legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo e sul piano europeo l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.; il secondo è quello che riguarda i principi fondamentali e le garanzie poste dalla CEDU sul processo penale e sul procedimento sanzionatorio;

(ii) il procedimento di *public enforcement* in Italia è un procedimento amministrativo nel quale l'Autorità, senza assumere una posizione di effettiva terzietà, si presenta munita di un potere parimenti amministrativo, sicché nel procedimento non può dirsi vi sia parità di armi, ma appunto un contraddittorio di tipo bilaterale che contrappone l'Autorità, la quale esprime un potere inquisitorio, all'impresa-parte cui viene contestata l'infrazione;

(iii) i diritti di difesa hanno anche lo scopo di contribuire alla ricerca della verità e si pongono in una dialettica che guarda oltre il procedimento stesso, verso l'eventuale fase giurisdizionale successiva, cui spetta anche il compito di vagliare la legittimità procedimentale;

(iv) il diritto sanzionatorio antitrust non riesce a rispettare con pienezza né il principio di tipicità né il principio di necessaria determinatezza dell'illecito, perché la legge rimane al livello di un'enunciazione generale e i caratteri della violazione sono destinati ad emergere nel concreto della fattispecie, sicché l'unico modo di fissare la cornice dell'illecito è quello di riferirsi alla sequenza casistica dei precedenti e quindi alla prassi delle autorità di concorrenza e della giurisprudenza; i suggerimenti di parte della dottrina volti a recuperare il principio di tipicità, data la ineliminabile genericità della fonte legislativa, grazie a criteri spontaneamente indicati *ex ante* dall'Autorità non hanno infatti avuto alcuno sviluppo;

(v) questa lacuna dev'essere colmata (anche) mediante il recupero di una "determinatezza a livello della fattispecie", in modo che il provvedimento sia fondato su una contestazione chiara, precisa e delimitata di una condotta identificata come violazione antitrust, sulla quale potranno commisurarsi i diritti di difesa.

## 7. *La prassi di AGCM e il principio di determinatezza a livello di fattispecie*

L'importanza della determinatezza di fattispecie era stata già colta sin dalla stesura del d.P.R. n. 217 del 1998, quando all'art. 14 ha previsto che l'istruttoria debba sfociare in una Contestazione delle Risultanze Istruttorie, che su di essa il diritto di difesa possa esser spiegato con produzione di memorie e documenti e che le posizioni contrapposte debbano infine essere illustrate al Collegio nell'audizione finale. La CRI dovrebbe proprio assolvere le funzioni della contestazione dell'illecito nel caso concreto e la difesa, dal canto suo, potrebbe su di essa misurare le proprie armi e ragioni.

La funzione di garantire la determinatezza della fattispecie che spetta alla CRI è stata poi consolidata dalla giurisprudenza amministrativa, la quale proprio in nome dell'integrità del contraddittorio e dei diritti di difesa ha sì concesso ad AGCM di pervenire ad un provvedimento sanzionatorio differente dall'atto di avvio, ma ha tendenzialmente negato che analoga diversità possa esser tollerata nel rapporto tra provvedimento e CRI. Il che equivale ad affermare che, una volta cristallizzato nella contestazione l'illecito ed acquisite le difese, all'Autorità non è concesso di introdurre modifiche direttamente nella sua decisione finale o perlomeno non sono ammesse modifiche di tipo sostanziale che vengano a svelare una riduzione effettiva dei diritti di difesa<sup>18</sup>.

Nonostante questo, non credo possa dirsi che il modello procedimentale abbia nei fatti sempre garantito una soddisfacente protezione del principio di determinatezza della fattispecie.

In primo luogo, la scansione cronologica prevista dall'art. 14 lascia dubitare che l'audizione finale possa svolgere una funzione anche solo assimilabile a quella di un dibattito processuale. Basti ricordare che le memorie delle parti – che sovente sono un documento molto ampio e complesso, al pari della CRI – è previsto che siano depositate solo pochi giorni prima dell'audizione finale, sicché si ha sovente la sensazione di un'obiettiva difficoltà per il Collegio ad averne piena cognizione in tempo utile per tale audizione. Spesso, poi, la CRI presenta molti elementi nuovi rispetto all'atto di avvio e talora anche spunti, affermazioni e deduzioni che non sono stati oggetto di precedente contraddittorio istruttorio e le difese sono costrette a raccogliere l'insieme degli elementi e dei dati che ne compongono l'ordito in tempi inevitabilmente brevi. Il procedimento con la comunicazione della CRI aumenta di spessore quanto ai contenuti della contestazione ma si restringe in una stretta difensiva che è troppo limitata per i tempi e i modi della dialettica. Forse è anche per questo che la percentuale di provve-

---

<sup>18</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3013, Id. 1° marzo 2012, n. 1192, TAR Lazio, sez. I, 24 dicembre 2011, n. 10180.

dimenti sanzionatori adottati dal Collegio sulle CRI proposte dagli Uffici rimane ancor oggi elevatissima.

In secondo luogo, non può dirsi che i provvedimenti di AGCM si facciano sempre carico di rispettare la determinatezza a livello di fattispecie. Se la distanza da tale principio si è fatta ormai piuttosto evidente nel settore parallelo delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette di cui agli artt. 19 e ss. del d.lgs. n. 206 del 2005, c.d. Codice del consumo – che restano estranee al presente scritto<sup>19</sup> – anche nelle sanzioni antitrust si registrano casi nei quali la lettura del provvedimento, se del caso esteso anche in centinaia di pagine, non lascia intendere con la dovuta chiarezza e precisione i confini della condotta che è stata ritenuta illecita. Talvolta si accentua il carattere complesso dell'illecito e questo non soltanto nei casi di intesa, nei quali effettivamente esiste una figura di carattere generale come l'intesa continuata e complessa, ma anche nei casi di abuso: la descrizione dell'illecito si snoda attraverso una lunga descrizione di fatti e di condotte non sempre tutte puntualizzate e non sempre è chiaro se i confini di esso siano quelli che risultano dal richiamo alla condotta che si sanziona, solitamente ripresa nelle "Valutazioni" che chiudono il provvedimento, o se invece essi restino permeabili a parziali narrazioni, a richiami documentali, a frange di condotta che qui e lì affiorano nel contesto del provvedimento. Alle volte, il recupero della condotta corrispondente all'illecito è talmente diluito in una lunghissima narrazione che la difesa non troverebbe il tempo e il modo materiale né in sede di audizione finale davanti al Collegio né davanti al Giudice amministrativo per abbracciarla, definirla e confutarla nella sua interezza<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Che nella prassi applicativa delle pratiche commerciali scorrette sia dato riscontrare una ancor più netta compressione del principio di tipicità e determinatezza risulta dalla lettura dei medesimi provvedimenti, i quali sono soliti desumere da un certo numero di episodi più o meno definiti una prassi (una pratica, per l'apunto) che si reputa però scorretta in termini generali e che viene riferita a pressoché tutti i consumatori, anche quando si tratta di platee molto vaste. Del resto, un indice eloquente del fatto che in questo campo il principio di determinatezza sia stemperato, se non eluso, è costituito dalla nota vicenda della sovrapposizione di competenze tra repressione delle pratiche commerciali scorrette da parte di AGCM e corrispondente intervento delle rispettive Autorità di regolazione, che ha dato luogo a noti conflitti tra le autorità ed a ben due sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e ad una sentenza della Corte di giustizia; un problema questo che, in verità, non può affatto dirsi del tutto sopito: v. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 11-16 del 2012; Id., 9 febbraio 2016, nn. 3-4; Corte di giustizia UE, sezione II, 13 settembre 2018, cause C-54/17 e C-55/17. È solo per completezza che si citano alcuni casi: il Provvedimento AGCM n. 27813 del 12 giugno 2019, *PS11319*. Il provvedimento ha contestato al gestore del servizio idrico regionale, di aver gestito scorrettamente le richieste dei clienti volte a segnalare la sussistenza di perdite idriche occulte e la conseguente richieste di sconto sulla fornitura idrica per la parte corrispondente a tali perdite. Tale contestazione, tuttavia, era stata formulata in maniera generica ed invertendo l'onere della prova imposto dalla regolazione settoriale esistente a carico del consumatore. Poi si menziona il Provvedimento AGCM n. 26019 dell'11 maggio 2016, *PS9883 - Problemi fatturazione*. Il provvedimento identifica condotte descritte quali inefficienze nella gestione dei reclami presentati dai clienti, senza puntualizzare in quali casi e a fronte di quali reclami la società sanzionata avrebbe gestito in maniera non corretta le richieste dei clienti.

<sup>20</sup> A testimonianza della difficoltà di poter rinvenire nel provvedimento sanzionatorio antitrust una puntuale e circoscritta definizione dell'illecito possono citarsi alcuni recenti casi. Ad es., il Provvedimento AGCM

Inoltre, quando le difese tendono a confutare l'uno o l'altro specifico comportamento che integra la condotta che secondo la CRI dovrebbe dar luogo all'illecito sanzionato, l'Autorità è solita replicare che questo tipo di tentativo è vano perché questo approccio, definito "atomistico", non coglie il vero punto di vista degli Uffici e la dimensione unitaria di un illecito che persisterebbe comunque. E questo benché, come si comprende, questo illecito unitario rimanga talora piuttosto indefinito, dai confini aperti. Insomma, la fattispecie è talora fuggevole e la difesa si trova in più di una occasione a doverla "inseguire" per commisurarvi le proprie confutazioni.

Dunque, ad avviso di chi scrive la prassi di AGCM non sembra sempre sufficientemente attenta al problema della determinatezza a livello della fattispecie. Manca un vero e proprio "capo di imputazione" e questo genera un doppio problema. Il primo è che ciò rende più difficile e meno attendibile la costruzione di quella prassi e di quella sequenza di precedenti che servono – come spiegato – a colmare il deficit di tipicità di questo illecito: un *case law* in tanto può esser ben ritagliato e idoneo a favorire prevedibilità e certezza per gli operatori economici in quanto si riesca ad ordinare una sequenza di casi ben dettagliati nei contenuti. Il secondo problema è quello dei diritti di difesa: solo da una contestazione

---

n. 27563 del 13 febbraio 2019, *I806-Affidamento appalti per attività antincendio boschivo*, pubblicato sul Bollettino n. 9/2019. In un unico procedimento sono stati contestati ben tre distinti illeciti in violazione dell'art. 101 TFUE, ossia un'intesa riferita alla partecipazione alle gare pubbliche per l'affidamento dei servizi antincendio boschivi, un'altra intesa riferita alla partecipazione alle gare pubbliche per l'affidamento dei servizi di elisoccorso, nonché una terza intesa avente ad oggetto la fissazione *ex ante* dei prezzi dei servizi con elicottero nell'ambito dell'associazione di categoria. Il tutto con incroci del rilievo probatorio reciproco tra l'uno e l'altro episodio. Poi si può menzionare il Provvedimento AGCM n. 27497 del 20 dicembre 2018, *I811-Finanziamenti auto*, pubblicato sul Bollettino n. 3/2019. Il provvedimento si è alla fine incentrato su una condotta realizzata, in asserita violazione dell'art. 101 TFUE, su un mercato (quello della vendita delle auto) diverso dal mercato rilevante (dei finanziamenti per la vendita delle auto) in cui la condotta delle banche *captive* di ciascun gruppo automobilistico si era verificata e nel corso della narrazione si riscontrano anche differenti notazioni circa il mercato nel quale si sarebbero effettuati degli scambi informativi in cui la condotta medesima si sarebbe sostanziata, con una sostanziale e frequente sovrapposizione dell'uno sull'altro. Si può altresì menzionare il Provvedimento AGCM n. 28495 del 22 dicembre 2020, *A523-Tickeone/Condotte escludenti nella vendita di biglietti*, pubblicato sul Bollettino n. 4/2021. L'Autorità ha ritenuto di accertare una violazione dell'art. 102 TFUE discostandosi dalla precedente prassi decisionale relativa alla definizione del mercato rilevante in cui erano state realizzate le condotte, ma soprattutto, pur riconoscendo la liceità di singole condotte considerate isolatamente, ha poi ricostruito un nesso di tipo psicologico-finalistico tra esse che ne avrebbe comportato la illiceità, la quale nel provvedimento si snoda attraverso centinaia di pagine e, in nome della complessità della condotta, si sottrae ad una puntuale contestazione di un "capo d'imputazione". Infine, si cita il Provvedimento AGCM n. 27993 del 12 novembre 2019, *I821-Affidamenti vari di servizi di vigilanza privata*, pubblicato sul Bollettino n. 50/2019. Nel corso del procedimento AGCM ha inizialmente contestato indistintamente la partecipazione ad un'intesa relativa a tutte le gare indette da soggetti pubblici e privati per i servizi di vigilanza privata, salvo poi contestare nel provvedimento finale la condotta tenuta rispetto solo ad alcune procedure di gara, le quali però, benché in numero molto ridotto rispetto all'insieme delle gare inizialmente prese in esame, sarebbero state tutte avvinte da un comune intento di turbare l'intero mercato dando così luogo alla figura dell'intesa unica e complessa. Lo Scrivente precisa di aver svolto attività di difesa delle incolpate in questi ultimi due casi.



impennata su una condotta ben definita ci si potrà difendere, altrimenti il diritto di difesa rischia di precipitare in una sorta di *probatio diabolica*.

L'unica risposta a problemi di questo tipo non può essere allora che il sindacato processuale di legittimità, per far valere le eventuali violazioni del principio di determinatezza della fattispecie, le quali potranno produrre altrettanti vizi di legittimità.

#### 8. *Le tre dimensioni dei diritti di difesa e l'importanza della determinatezza a livello di fattispecie*

Continuiamo così il ragionamento sui diritti di difesa. Una volta anticipato che una fattispecie di illecito ben definita è parametro indispensabile di riferimento per il loro stesso dispiegarsi, cerchiamo di comprendere che tipo di contenuti possano avere (il tema: difesa da che cosa?) e che tipo di riflessi tali diritti possano avere nella fase processuale posteriore.

Possiamo cercare di utilizzare una semplificazione unificante e distinguere tre principali contenuti dei diritti di difesa. Si tratta, evidentemente, di una distinzione di comodo e concettuale, perché nel concreto le tre dimensioni si mescoleranno tra loro.

(i) Il primo è il caso dell'attività difensiva che vuole persuadere l'Autorità che una certa condotta, così come compiutamente definita in punto di fatto, non costituisce un illecito. Non si contesta l'esito fattuale dell'istruttoria, ma si contesta la valutazione giuridica ed economica che vorrebbe ricondurre quella condotta ad una infrazione vietata. Il punto di riferimento è, da un lato, la fattispecie contestata e, dall'altro, l'elaborazione giuridica ed economica che nell'esperienza della Commissione, dell'Autorità e della giurisprudenza ha segnato il confine tra lecito e illecito.

(ii) Il secondo è il caso dell'attività difensiva che vuole persuadere l'Autorità che una certa condotta non può essere contestata perché non è stata correttamente ricostruita sul piano probatorio. La difesa intende provare che certi fatti posti a base della contestazione non sono accaduti o che certi fatti la cui assenza viene parimenti postulata come vera per assumere l'infrazione si sono invece verificati. E si deduce che, con questa correzione, viene meno la possibilità di identificare in quella data fattispecie un illecito. Una situazione analoga è quella in cui la difesa tenta di dimostrare che, pur esistendo una data condotta così come ricostruita in punto di fatto dagli Uffici, nondimeno non può essere affermato il profilo soggettivo di responsabilità, nel dolo o nella colpa; e questo anche al fine di evitare l'applicazione di una sanzione inducendo a qualificare l'illecito come non

grave, ad esempio quando esiste una disciplina regolatoria che a quella condotta avesse dato copertura.

(*iii*) Il terzo è il caso dell'attività difensiva che vuole dimostrare lacune istruttorie e/o probatorie, chiedere nuovi accertamenti o dedurre nuove prove che possono stimolare nuovi adempimenti procedurali. In questo tipo di difesa si manifesta in modo evidente quella dimensione collaborativa della partecipazione al procedimento che è propria della tradizione del diritto amministrativo. Dal momento che dovere dell'amministrazione (e anche di AGCM) è l'accertamento della verità, la difesa contribuisce a questo scopo e spinge a completare la latitudine dell'istruttoria. In questa attività difensiva si percepisce anche la proiezione verso la fase del controllo processuale, perché al giudice spetta di rilevare le più gravi violazioni del principio di proporzionalità o ragionevolezza nonché eventuali manchevolezze istruttorie.

Ebbene, queste tre proiezioni dei diritti di difesa dimostrano in modo tangibile che, per poter essere esercitate con effettività, esse presuppongono una fattispecie ben determinata. Se non si raggiungesse un grado sufficiente di determinatezza, se la condotta risultasse sfilacciata tra molti e non sempre coerenti paragrafi, se lasciasse in dubbio quali siano i confini, non sarebbe facile intraprendere nessuna delle tre strade appena illustrate.

Passando a qualche esempio, con la prima dimensione dell'attività difensiva si potrà contestare che il modo in cui sono stati calcolati i costi fissi ed i costi incrementali porti ad una fattispecie di prezzi predatori e di abuso escludente, oppure si potrà obiettare che quel tipo di sconti praticati dall'operatore dominante corrispondono al tipo degli sconti quantità e non agli sconti esclusiva e quindi rientrano nell'ambito di una condotta lecita. Ma ciò, appunto, presuppone che nella prima ipotesi sia stata puntualmente definita quale condotta si ritenga ricada nella predatorietà, con indicazione precisa del rapporto costi-prezzi e che nella seconda ipotesi parimenti sia puntualmente individuato quali pratiche scontistiche abbiano dato luogo alla condotta sotto investigazione.

Quanto alla seconda dimensione, di fronte ad una contestazione di intesa orizzontale "per oggetto", si potrà obiettare che alla luce di determinati fatti possa escludersi (ovvero che i fatti dedotti dall'Autorità non riescano a dimostrare che vi siano) quei potenziali effetti dannosi che ormai la giurisprudenza europea ed italiana richiedono quale condizione essenziale per la punibilità di un'intesa per oggetto (v. *infra*). Oppure, in caso di pratica concordata, si potrà fornire una spiegazione alternativa dell'elemento endogeno posto in rilievo dall'accusa<sup>21</sup>. Ancora

<sup>21</sup> Sui requisiti e sulla prova della pratica concordata come fattispecie composta da elemento esogeno (la condotta anomala) ed endogeno (il contatto qualificato tra i concorrenti, cfr. Corte di giustizia CE, 8 luglio 1999, causa C-199/92, *Huls*; Corte di giustizia UE, 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands*; Corte di giustizia CE, 8 luglio 1999, causa C-49/92P, *Anic*.

una volta, però, è indispensabile, perché la difesa possa trovare il suo giusto spazio, che la contestazione dica con chiarezza e senza oscillazioni sulla base di quali fatti si ritenga assolto il *test* di potenziale dannosità dell'oggetto anticoncorrenziale o che si prenda in considerazione la ragionevolezza della spiegazione alternativa rispetto alla motivazione posta a base dell'accusa.

Infine, per chiedere nuovi accertamenti istruttori e per dedurre prove è pure necessario che si sappia con esattezza in che cosa consista l'illecito, perché non soltanto non si riuscirebbe a comprendere come le prove nuove possano giocare a favore della difesa ma altrimenti sarebbe purtroppo molto agevole – benché elusivo – per gli Uffici affermare che quegli accertamenti istruttori in definitiva non sono utili per la definizione e/o confutazione dell'illecito che viene contestato.

Su quest'ultimo aspetto è bene fare una precisazione aggiuntiva.

Il rispetto del contraddittorio e dei diritti di difesa non è assicurato mediante la mera concessione di spazi difensivi. Dare atto nel provvedimento finale – secondo una tecnica che è ormai prassi costante – del fatto che sono state concesse alle difese audizioni, accessi e occasioni per argomentare difese è sicuramente cosa utile. Tale prassi deriva dall'esperienza dell'antitrust europeo e dalla nota giurisprudenza *Hoechst* secondo la quale il diritto di manifestare il proprio punto di vista “costituisce un elemento essenziale dei diritti di difesa”<sup>22</sup>. Sicché è certamente positivo che il provvedimento ne dia conto. Però ovviamente il dovere di accertamento degli Uffici non si può limitare a questo e deve estendersi ad una valutazione concreta del rilievo che possono avere quelle date richieste di accertamenti istruttori, ovvero la deduzione di quelle prove. Questo richiede un'attività di valutazione in positivo che, però, a sua volta, in tanto può esser svolta nel quadro di una corretta dialettica procedimentale in quanto sia esercitata in riferimento ad una fattispecie ben determinata. Questo profilo, del resto, è quello che salda ancor più procedimento e processo, perché se non vi fosse tale valutazione e se la sua mancanza non risultasse *aliunde* spiegabile – ad esempio perché si trattava di richieste istruttorie palesemente superflue, anche se, d'altra parte, per dire di una tale superfluità servirebbe comunque sempre il confronto con una fattispecie ben determinata – allora sarebbe compito del giudice amministrativo rilevare la lacuna istruttoria ed annullare il provvedimento per tale motivo.

La determinatezza della fattispecie, dunque, è requisito che dovrebbe esser assicurato rispetto alla CRI nel corso del procedimento antitrust.

---

<sup>22</sup> Proviene appunto dal diritto comunitario e dal diritto dell'Unione Europea una visione che si occupa soprattutto di concedere effettivi spazi alla difesa, ma è evidente che un tale principio implica anche il dovere dell'Autorità di valutare con altrettanta effettività quanto dedotto. Sul diritto ad essere sentiti degli interessati e dei terzi cfr. G. Bruzzone, A. Saija, in A. Frignani, S. Bariatti (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella UE*, Padova, 2012, 536 e ss.

I diritti di difesa di cui si parla infatti sono quelli propri del procedimento di *public enforcement* e presuppongono una netta contestazione quantomeno nella CRI.

Tuttavia, non è meno importante che tale determinatezza si ritrovi, com'è ovvio, nel provvedimento finale, perché altrimenti avremo il rischio fors'anche più grave che la difesa compromessa sia quella da svolgere davanti al giudice del ricorso. Se la violazione è sfrangiata in mille rivoli, descritta in paragrafi dall'andamento oscillante, imprecisa nei suoi confini – come purtroppo talora accade, meno frequentemente nel campo antitrust, più frequentemente nel settore delle pratiche commerciali scorrette come già spiegato – allora la difesa non riesce a trovare neppure un parametro rispetto al quale articolare le censure e vagliare l'effettivo disvalore. In un campo nel quale, oltretutto, la tipicità dell'illecito come abbiamo visto si deve snodare attraverso la serie dei precedenti nel *case law*, si comprende bene quanto essenziale sia la determinatezza del caso e della fattispecie illecita.

Per tali ragioni, la determinatezza della fattispecie non può che essere un requisito di legittimità, vuoi ai sensi dell'art. 1 della legge n. 689 del 1981, vuoi in conformità ai principi generali sull'illecito amministrativo desumibili sia dall'ordinamento interno sia dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali UE sia dall'art. 7 della Convenzione EDU: su tale requisito il giudice amministrativo è tenuto a vigilare col suo sindacato di legittimità, intervenendo ogniqualvolta non sia stato rispettato.

### 9. *Illeciti per se e rule of reason: l'impatto sulla determinatezza di fattispecie*

Deve anche esser detto che la determinatezza della fattispecie potrà giocare in maniera diversa a seconda del tipo di illecito che viene contestato, e questo vale anche per l'esercizio dei diritti di difesa.

Se è vero che il diritto antitrust sfugge al canone tradizionale della tipicità, è anche vero che ha cercato di rimediare a questo problema con percorsi alternativi come si è detto in precedenza.

Così, la distinzione tra illeciti *per se rule* ed illeciti da scrutinare con la *rule of reason*, pur provenendo dall'esperienza statunitense, non soltanto è entrata nel lessico del diritto della concorrenza europeo e italiano, ma è nella sostanza un modo per declinare in modo autonomo il principio di tipicità dell'illecito.

I primi sono non soltanto illeciti più gravi ma anche condotte che corrispondono ad altrettante violazioni che nella prassi si sono ormai consolidate e che sono trattate in modo tale che, quando solo vi sia una corrispondenza del caso concreto con quel tipo, allora l'illecito sarà certamente sussistente a prescindere

dalla valutazione del caso fatta secondo l'analisi economica e l'effettiva lesione del *consumer welfare*. Quindi, gli illeciti *per se rule*, da questo punto di vista, potremo dire che sono illeciti tipizzati. Non avremo un elenco normativo, evidentemente, ma disporremo comunque di una serie di precedenti che offrono un affidabile *standard* di tipicità.

Invece le altre infrazioni – ispirate alla *rule of reason* – sono quelle che più si avvicinano ad una vasta zona grigia tra il lecito e l'illecito. È per questi secondi che la tipizzazione è più lontana e più elevata l'incertezza nel segnare la linea di delimitazione. Sicché è soprattutto in questi casi che l'analisi economica gioca il suo ruolo.

Anche la linea tra infrazioni *per se* e infrazioni *rule of reason* è mobile, beninteso, ed alcuni casi giurisprudenziali recenti lo dimostrano, come ad esempio è accaduto nel caso *Intel*, nel quale la Corte di giustizia ha riconosciuto che fosse necessario l'ingresso di un'analisi economica e un'istruttoria più attenta che nel passato anche in relazione a pratiche di sconto articolato prevalentemente su congegni di esclusiva<sup>23</sup>. Tuttavia, si tratta di una mobilità che potremmo dire relativa e comunque rara. Sicché non elimina affatto il significato che la distinzione nelle due categorie di illeciti vuole fornire, né la sua utilità per l'operatore.

La determinatezza di fattispecie e i diritti di difesa operano perciò in maniera diversa nei due casi.

Questo perché, pensando alla prima enunciata proiezione della difesa (e facendo sempre riferimento all'elenco proposto nel paragrafo precedente), quando l'illecito contestato è un *per se rule* e quando esso è contestato in modo chiaro, potrà esservi una lineare strada difensiva volta a dimostrare che quella condotta non corrisponde in realtà ad un illecito *per se*. E quindi provare che, discostandosi da tale "tipo" così come segnato dalla serie dei precedenti, siffatta condotta è lecita o tutt'al più tale da rientrare nella categoria degli illeciti *rule of reason*, il che sposta il problema sulla verifica dei risultati ottenuti sul piano dell'analisi economica di quella medesima fattispecie<sup>24</sup>.

Nel caso di illeciti *per se* anche il posteriore sindacato giudiziale si conformerebbe allora in maniera peculiare, perché seguirebbe – per semplificare – perlopiù la logica della violazione e falsa applicazione di legge anziché quella dell'eccesso di potere e del controllo di ragionevolezza e proporzionalità: si deve accertare se quella condotta, sempre che sia stata provata, corrisponda o no al modello

---

<sup>23</sup> Corte di giustizia UE, Grande sezione, 6 settembre 2017, *Intel Corp. Inc. c. Commissione*, causa C-413/14P.

<sup>24</sup> Per un'efficace dimostrazione di come la collocazione di una data condotta nella tipologia *per se* ovvero in quella *rule of reason* sia destinata a cambiare di molto le modalità di accertamento e di prova, si pensi al modo in cui è stata risolta negli USA la vicenda degli e-book, nonché la posizione dominante di Amazon nel confronto con gli editori: cfr. A. Giannaccari, *Apple, Amazon e gli e-book. Una storia illecita, pro-competitiva, Mercato, concorrenza e regole*, 2016, 79 e ss.

vietato, in altre parole se raggiunge quella consolidata soglia di disvalore che consente di accertare l'illecito.

Detto quindi che anche per gli illeciti *per se rule* rimane rilevante la seconda descritta proiezione dei diritti di difesa – quella volta alla confutazione dei fatti – per gli illeciti da vagliare secondo la *rule of reason* la prima proiezione risulterà forse meno utile. Dato che l'oscillazione tra lecito e illecito è più forte e maggiore la discrezionalità tecnica dell'Autorità, la difesa verosimilmente si concentrerà sulla seconda proiezione del diritto di difesa: quella relativa alla confutazione dei fatti. La verifica degli elementi di fatto diventerà centrale e si intreccerà sovente con l'analisi economica che vuole scoprire se il *consumer welfare* sia o meno stato inciso.

A quest'ultimo proposito è da ricordare che nel corso degli ultimi due decenni sicuramente il diritto europeo della concorrenza si è mostrato più aperto a valutare il rilievo sostanziale delle condotte e dei loro effetti e quindi più sensibile ai risultati dell'analisi economica.

Questa tendenza è quella che abbiamo riscontrato ad esempio a proposito degli abusi escludenti – e proprio il caso *Intel* testé menzionato è emblematico al riguardo – nonché a proposito delle intese anticoncorrenziali per oggetto, quando la giurisprudenza ha iniziato a non accontentarsi più di un'asettica anticoncorrenzialità desunta dall'oggetto inteso in senso formale e statico e a richiedere una concreta proiezione di quell'oggetto verso l'effetto anticoncorrenziale, secondo la logica della potenzialità del danno come accaduto recentemente nei casi *Cartes Bancaires* e *Budapest Bank*<sup>25</sup>.

Registriamo qui un allargamento della discrezionalità tecnica dell'Autorità, come detto. Ma si tratta di un allargamento che si dirige verso una restrizione delle fattispecie di illecito ed è questo un dato molto importante per la presente riflessione, perché ovviamente tocca da vicino i diritti di difesa. Se la sostanza economica della vicenda può ridurre la sfera della punibilità, è la difesa che se ne deve interessare. L'analisi economica serve perciò a stabilire se davvero si raggiunga quel disvalore che giustifica il divieto e la sanzione. E proprio questi rivoli di analisi economica diventano anch'essi centrali nella questione dei diritti di difesa.

Gli Uffici devono preoccuparsi di assolvere il *test* richiesto dalla giurisprudenza per assumere esistente l'illecito. La difesa, dal canto suo, potrà contestare che questo non sia stato fatto o che l'esito del *test* non raggiunga il livello prescritto per poter dire esistente una violazione. Ed ancora una volta per consentire questa dialettica è essenziale la determinatezza di fattispecie: qui rivolta a comprendere tali profili dell'analisi economica, con indicazione puntuale dei fatti e delle deduzioni che la riempiono di contenuti.

---

<sup>25</sup> Corte di giustizia UE, sez. III, 11 settembre 2014, *Groupment des cartes bancaires (CB) c. Commissione*, causa C-67/13 P.; Id., sez. V, 2 aprile 2020, *Budapest Bank Nyrt c. Commissione*, causa C-228/18.

Nel ripercorrere questo discorso sarebbe però errore grave dimenticare che la flessibilità e la capacità di innovare sono nondimeno prerogative irrinunciabili per il diritto antitrust. Basterebbe rinviare ancora una volta al vivacissimo dibattito su piattaforme, nuovi poteri di mercato nel *web* e *Big Data* per comprendere come la ricerca della linea distintiva tra lecito e illecito rimanga inevitabilmente oscillante. L'Autorità di *public enforcement* – perché questo è oltretutto un suo tratto tipico e più difficilmente riscontrabile nell'esperienza giurisprudenziale del *private enforcement* che più raramente potrà tempestivamente accogliere anticipazioni ed evoluzione dell'antitrust *infringement* – dev'essere capace di innovare, di individuare fattispecie di illecito nuove e, se del caso, scoprire l'illiceità antitrust in condotte che sino a poco prima erano state giudicate non punibili. È evidente però che in questi casi, anche per dare ai profili soggettivi di responsabilità (dolo e colpa) il loro giusto rilievo, l'elemento di novità dovrà essere dichiarato e valorizzato: mancando la prevedibilità dell'illecito, si dovrà verosimilmente sia escluderne la gravità sia evitare l'applicazione della sanzione pecuniaria<sup>26</sup>. Del resto, quando si parla di innovazione nella configurazione degli illeciti e di nuove linee di *policy* dell'Autorità si pensa proprio all'esigenza di fronteggiare fenomeni parimenti nuovi e alterazioni delle dinamiche di mercato sino allora imprevedibili, sicché quel che conta è poter accertare una condotta come illecita e vietarla per il futuro con la c.d. *diffida* anziché esibire l'effetto di deterrenza proprio della sanzione.

C'è un'altra cosa evidente, però, e ancor più significativa per il contenuto di questo scritto: che per poter esercitare questa flessibilità e per poter dunque delimitare il nuovo dal vecchio, per poter profilare le violazioni che si ritiene decisivo identificare per promuovere le politiche della concorrenza verso i nuovi poteri di mercato e verso condotte che prima non fossero ritenute critiche dal punto di vista antitrust, per distinguere i casi effettivamente gravi e prevedibili da quelli imprevedibili, è indispensabile provvedere – ancora una volta – alla “determinatezza di fattispecie”.

## 10. *Controllo del giudice e determinatezza della fattispecie*

Per concludere le nostre considerazioni sui diritti di difesa nel procedimento e sul principio di necessaria determinatezza della fattispecie non si può fare a meno di prendere in considerazione sia pur brevemente anche il versante processuale.

È necessario quantomeno ricordare le ultime tendenze e l'evoluzione più recente del dibattito, per verificare se possa assumere rilievo e in qual modo il ragionamento che si è portato avanti sin qui.

---

<sup>26</sup> A proposito dei riflessi che sul concreto regime di punibilità deve assumere l'eventuale carenza del profilo soggettivo di colpevolezza dell'autore della condotta, basta menzionare il notissimo caso relativo al *Consorzio Italiano Fiammiferi*, Corte di giustizia UE, 9 settembre 2003, causa C-198/01.

Il punto che ha continuato ad attrarre la maggiore attenzione riguarda lo spessore del sindacato che il giudice amministrativo è tenuto ad esercitare sulle valutazioni tecnico-economiche opinabili contenute nel provvedimento di AGCM<sup>27</sup>.

Sappiamo che si confrontano, in linea di massima, due tesi diverse.

Alcune ritengono che il processo non possa essere, per questa parte, una vera e propria ripetizione del procedimento e che il compito del giudice del ricorso sia quello di sottoporre tali valutazioni ad un controllo di ragionevolezza e proporzionalità: pur se dopo una completa e approfondita cognizione di tutta la vicenda controversa, sia in punto di fatto sia in punto di valutazioni economiche, si dovrebbe solo accertare se la soluzione data dall'Autorità al problema emerso nel procedimento – e dunque la configurazione della fattispecie di illecito secondo i criteri dell'analisi economica – rientri o meno nella ristretta gamma di soluzioni tecnicamente ragionevoli e proporzionate. Quando la risposta è positiva, il giudice non dovrebbe più preoccuparsi di sostituire un proprio giudizio a quello dell'Autorità. Quando è negativa, il giudice dovrebbe rilevare una illegittimità consequenziale e annullare il provvedimento<sup>28</sup>.

Altre tesi, più recentemente sospinte sia dalla giurisprudenza della Corte EDU sia dall'effetto vincolante che nel processo civile è affidato al provvedimento dall'art. 7 del d.lgs. n. 3 del 2017, ritengono invece che il giudice debba spingersi sino ad un giudizio sul rapporto inteso quale rapporto di diritto privato<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Tra i primi contributi a proposito dello spessore del sindacato del giudice amministrativo sulle autorità indipendenti e per riassumere il dibattito ricordiamo: G. Verde, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in G. Morbidelli (a cura di), *Funzione ed oggetto della giurisdizione amministrativa. Nuove e vecchie questioni*, Torino, 2000, 5 ss.; F. Denozza, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti "regolatrici"*, in *Mercato concorrenza regole*, 2000, 471 ss.; P. Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; ID., *Discrezionalità tecnica ed autorità indipendenti*, in *Annuario 2002 AIPDA*, Milano, 2003, 339 ss.; M.E. Schinaia, *Il giudice e le autorità indipendenti*, in *Cons. St.*, 2002, II, 1861; Id., *Il controllo giurisdizionale sulle autorità amministrative indipendenti*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 3160 ss.; F. Merusi, *Giustizia amministrativa e Autorità indipendenti*, in *Annuario 2002 AIPDA*, Milano, 2003, 175 ss.; R. Villata, *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, in *Annuario 2002 AIPDA*, Milano, 2003, 201 ss.; M. Clarich, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2002, 3858; A. Pajno, *Il giudice delle Autorità amministrative indipendenti*, in *L'evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Atti del XLVIII [XLIX] Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 18-20 settembre 2003, Milano, 2004, 341 ss.; R. Chieppa, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1042; sia concesso infine il richiamo a F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano 2005.

<sup>28</sup> A favore della tesi secondo cui il tratto dell'opinabilità delle valutazioni rimesse ad AGCM reca con sé i caratteri di un vero e proprio potere pubblico, A. Romano Tassone, *Situazioni soggettive delle amministrazioni indipendenti*, in *Annuario 2002 AIPDA*, Milano, 2003, 305 ss., in part. 322; ed anche in *Dir. amm.*, 2002, 459 ss. Sempre nel senso che il tipo di sindacato presupponga qui l'esistenza di un vero e proprio potere amministrativo e che quindi le posizioni soggettive tutelate siano altrettanti interessi legittimi, A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit. Propende invece per qualificare tale sindacato come un sindacato pieno per la tutela di diritti soggettivi, F.G. Scoca, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. amm.*, 2008, 257 ss.

<sup>29</sup> Per la tesi che preferisce un controllo sostitutivo di questa natura cfr. G. Greco, *L'accertamento delle violazioni*, op. cit. Per il dibattito che ha preso spunto dalla giurisprudenza CEDU, si rinvia alla nota 6.



In altre parole, il giudice dovrebbe verificare se quelle date valutazioni siano o meno conformi a legge e, per rispondere a questo interrogativo, dovrebbe spingersi a dare un proprio giudizio e una propria valutazione pienamente sostitutiva di quella dell'Autorità.

Dopo esser rimasta saldamente negli anni vicina alla prima di tali due impostazioni, la giurisprudenza amministrativa è sembrata di recente avvicinarsi alla seconda. Mi riferisco al caso *Roche-Novartis*, nel quale il Consiglio di Stato ha mostrato di voler assegnare al proprio sindacato una profondità maggiore che non nel passato, anche se, in verità, nel caso di specie ha finito col confermare integralmente le ragioni di AGCM<sup>30</sup>. Riassumendo le novità di questo importante precedente, secondo il Consiglio di Stato il compito del giudice non sarebbe quello di accertare che la soluzione assegnata alla questione opinabile da AGCM rientri nel ristretto novero di quelle che possono dirsi attendibili e ragionevoli, ma dovrebbe cercare la soluzione maggiormente ragionevole e assumerla come parametro della propria decisione: se quella prescelta dall'Autorità fosse la più ragionevole, allora il provvedimento sarà legittimo, altrimenti, se non lo fosse, dovrà esserne dichiarata l'illegittimità. Per la precisione, il Consiglio di Stato ritiene che dal sindacato di "attendibilità" si debba passare al sindacato di "maggiore attendibilità".

Benché circoscritta alla verifica della soluzione più logica rispetto alle altre comunque logiche e attendibili, si comprende bene che questa sentenza, esigendo la ricerca di una soluzione che oltre ad esser ragionevole, anche alla luce della tecnica, appaia anche quella meglio posizionata rispetto ad altre pur parimenti plausibili, implica uno sconfinare oltre il sindacato di ragionevolezza. La risposta più ragionevole di tutte è una soltanto e quindi richiedere così tanto al giudice equivale, nella sostanza, ad affidargli un giudizio (pressoché) interamente sostitutivo.

In altre occasioni è stato sottolineato che il dibattito sul controllo giurisdizionale delle valutazioni tecniche e opinabili è alquanto sopravvalutato, perché nella maggioranza dei casi i ricorsi non sollecitano il giudice a sindacare questo tipo di aspetti quanto perlopiù questioni di mero fatto, egualmente decisive per la configurazione dell'infrazione antitrust. Sulle questioni di fatto, ovviamente, questi problemi non hanno ragion d'essere, perché non c'è motivo di ipotizzare limiti al sindacato e il giudice amministrativo deve assicurare una conoscenza e un accesso pieno ai fatti. Questo era valido prima, lo è ancor più dopo la previsione sull'effetto vincolante del provvedimento di AGCM verso il giudice civile ai sensi del citato art. 7 del d.lgs. n. 3 del 2017.

Inoltre, sono state espresse preoccupazioni che qui vanno ribadite: dietro una formula che dovrebbe apparentemente accrescere la tutela del ricorrente verso il potere dell'Autorità si potrebbe celare in realtà il pericolo di un suo vistoso depo-

---

<sup>30</sup> Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990.

tenziamento<sup>31</sup>. Infatti, se il giudice davvero dovesse effettivamente essere investito del compito di cercare la soluzione più ragionevole, potrebbe finire per trattare in modo diverso dal passato – e meno favorevole al ricorrente – proprio le censure che riguardano i profili di ragionevolezza e proporzionalità. Il ricorrente potrebbe ancora tentare di denunciare la irragionevolezza di una certa soluzione, ma il giudice potrebbe assumere un *habitus* che lo spinge verso un approfondimento sempre “finale” e totalizzante. Egli, in altre parole, potrebbe ritenere non più confacente al suo ruolo arrestare il giudizio ad una verifica di non ragionevolezza della risposta perché, dovendo comunque sostituirsi all’Autorità, anziché annullare per irragionevolezza e/o per difetto di motivazione o di istruttoria – se del caso restituendo gli atti alla stessa Autorità per colmare le lacune – egli andrebbe oltre, per stabilire quale sia la soluzione più ragionevole. Però, quest’ultimo compito è francamente spesso inesigibile per il giudice: perché egli non dispone né del tempo processuale, né delle risorse, né delle dirette competenze economiche, né della concreta possibilità di trasformare il processo amministrativo – che segue anche prassi celebrative inevitabilmente improntate a sintesi e celerità, sia nella misura degli scritti difensivi sia nella durata della discussione – in una replica del procedimento antitrust. Sicché la conclusione – *recte*, il pericolo – è che questa ricerca della soluzione più ragionevole finisca sovente e inevitabilmente in un ripiegamento sulla soluzione prescelta dall’Autorità, giudicata la più ragionevole nella difficoltà di trovarne un’altra che ad essa possa davvero sostituirsi.

Tali considerazioni spiegano il perché si debba guardare con qualche cautela a questo tipo di avanzamenti e dichiarazioni sul fronte dell’effettività della tutela.

Inoltre, esse si saldano proprio col discorso che si è qui svolto a proposito della determinatezza della fattispecie. Ampliare i confini del sindacato verso un’indagine a tutto tondo che debba trovare la soluzione più ragionevole al di là di quella individuata da AGCM implica il secondo rischio di accettare, in qualche modo, che la fattispecie non sia così ben determinata e individuata, in punto di fatto, in punto di diritto e in punto di analisi economica. Quanto più si ampliasse – benché anche solo come assunto concettuale – il processo verso una sorta di procedimento antitrust di secondo grado, tanto più allora potrebbe esservi la tentazione del giudice di concedere all’Autorità la facoltà processuale di ragionare, di assestare meglio i confini di quel che si è voluto contestare nel provvedimento e di integrare la motivazione nel giudizio e di recuperare così direttamente sulla scena processuale la determinatezza che fosse mancata.

Abbiamo spiegato il perché questo non sia possibile, per convergenti principi e regole di origine nazionale, di diritto dell’Unione europea e di diritto euro-

---

<sup>31</sup> Per questa tesi, devo rinviare al mio *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust*, cit.

peo convenzionale. La fattispecie dev'essere determinata già nel procedimento e sin dal momento della CRI, per consentire l'esercizio dei diritti di difesa.

Il principio dell'integrazione della motivazione in giudizio non potrà avere questo tipo di sviluppo in un giudizio che riguarda l'applicazione di sanzioni, addirittura considerate di tipo "penale" dal diritto europeo convenzionale. Il contraddittorio procedimentale è rafforzato quando si tratta di applicare sanzioni e poiché – come spiegato – il processo non è comunque in grado di replicare il procedimento, quelle garanzie difensive che sono state negate non possono di certo neppure esser recuperate *ex post*, avendo effetto direttamente invalidante.

Del resto, proprio il Consiglio di Stato ha anche recentemente affermato che la speciale sanatoria prevista dall'art. 21 *octies* della legge n. 241 del 1990 non può essere applicata per le carenze riferibili ai procedimenti delle autorità indipendenti<sup>32</sup>. Anzi, questo è stato affermato addirittura per atti non sanzionatori delle autorità di regolazione e dunque *a fortiori* non può che valere per le sanzioni irrogate da AGCM.

Quel che invece il giudice dovrà assicurare è un vaglio sul rispetto del principio di determinatezza della fattispecie, apprestando su questo un vigile sindacato. Il provvedimento che non assicurasse questo *standard* di legalità non potrebbe infatti dirsi legittimo. Questo principio, oltre ad integrare un preliminare requisito di legittimità del provvedimento, assicura un presupposto che si verrà a saldare con le tre dimensioni prima esaminate del diritto di difesa (al par. 7). Il giudice dovrà verificare se la fattispecie contestata corrisponda o meno ad una di quelle vietate, si tratti di illeciti *per se* o di illeciti ricostruiti secondo la *rule of reason*. Dovrà quindi verificare se i fatti sul cui accertamento o sulla cui inesistenza si è fondato il provvedimento siano rispettivamente veri e falsi o se invece siano fondate le ragioni della difesa, anche guardando a come queste ultime si siano spiegate nel procedimento. Dovrà infine verificare se gli accertamenti istruttori richiesti e non effettuati potessero o meno esser rilevanti e se le prove e gli argomenti difensivi dedotti dalle parti nel procedimento fossero stati effettivamente valutati e considerati nel tenore del provvedimento.

Tutto questo presuppone, come già detto più volte, una fattispecie compiutamente determinata. Seguire una strada diversa significherebbe concludere che i diritti difesa sono sì scritti nei codici ma non sempre presi davvero troppo sul serio. Anche per essi deve certamente valere il titolo di quel notissimo libro di Ronald Dworkin che ci permettiamo di adattare: *Taking Rights Seriously... in Antitrust Proceedings*.

---

<sup>32</sup> Cons. Stato, sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972, relativa all'annullamento di una delibera assunta da Consob, che valorizza il rilievo sostanziale e irrinunciabile, pena l'invalidità, del procedimento in tutte le decisioni delle autorità indipendenti.

*Diritti di difesa e determinatezza dell'illecito antitrust*

L'articolo esamina i diritti di difesa nel procedimento antitrust e la proiezione di tali diritti rispetto al processo. L'autore parte da due premesse: che nel procedimento non c'è parità delle armi tra le parti, perché l'Autorità è titolare di un potere pubblico; che il diritto antitrust, nel *public enforcement*, non può rispettare il principio di tipicità e di determinatezza della violazione, perché la legge deve restare necessariamente ampia. Però è essenziale che la determinatezza sia determinata a livello di fattispecie. Il principio di necessaria "determinatezza della fattispecie" è essenziale per dare un contenuto effettivo ai diritti di difesa, altrimenti vani e solo formali. L'autore riferisce di una prassi che non sempre assicura la determinatezza della fattispecie nel *public enforcement*. L'articolo spiega quali siano i contenuti del diritto di difesa e perché per il loro svolgimento effettivo è essenziale la determinatezza della fattispecie. Distingue anche tra illeciti *per se* e illeciti da valutare con la *rule of reason*. In conclusione, l'articolo esamina criticamente gli ultimi orientamenti del Consiglio di Stato a proposito del controllo della decisione più ragionevole e si collega così al principio di determinatezza della fattispecie e ai diritti di difesa sulla scena del processo.

*Defense Rights and antitrust infringement determination*

The Essay examines the Defense Rights in antitrust proceedings and the impact of these rights in the judicial review. The author starts from two assumptions: that in antitrust proceedings there is no equality of arms between the parties, due to the public power which the Authority is entitled with; that antitrust regulation, in the public enforcement ground, cannot respect the principle of typicality and the requirement of certainty of the infringement, due to the fact that antitrust regulation must remain broad and flexible. However, it is essential that the certainty and the limits of the infringement are granted at least at the level of the case. The "principle of certainty of the case" is essential to give an effective content to the rights of defense, otherwise reduced as merely and decorative procedural tools. The author refers to a practice that does not always ensure the respect of the requirement of certainty of the case in antitrust public enforcement. Thus, the article explains what the contents of the right of defense are and why the requirement of certainty of the case is essential for their effective implementation. It also distinguishes between *per se* infringements and infringements scrutinized under the *rule of reason*. Finally, the article critically examines the latest guidelines of the Council of State regarding the judicial search of the most reasonable solution and thus connects to the principle of certainty of the case and to the rights of defense on the stage of the judicial review.