

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 09/06/2011

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/31756-tutela-giurisdizionale-e-legittimazione-ad-agire-nel-procedimento-antitrust>

Autore: Cavagnoli Simone

Tutela giurisdizionale e legittimazione ad agire nel procedimento Antitrust

Tutela giurisdizionale e legittimazione ad agire nel procedimento *Antitrust*.

- 1. Il procedimento istruttorio dell' Autorità. 1.1. I diritti delle imprese interessate e dei terzi nel procedimento istruttorio Antitrust e il diritto a presentare memorie e di essere sentiti.**
- 2. Tutela giurisdizionale e legittimazione ad agire. 2.1. Cenno ai precedenti orientamenti della giurisprudenza: dalla tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica alla garanzia di posizioni individuali dei soggetti fruitori del mercato. 2.1.1. Esercizio del potere amministrativo e lesione di posizioni giuridiche sostanziali e differenziate alla luce della Sentenza del Consiglio di Stato sezione VI del 14 Maggio 2004, n. 3865. 2.2. La competenza del Tar per il Lazio.**

1. Il procedimento istruttorio dell' Autorità.

La disciplina delle regole in materia di abusi di posizione dominante, concentrazioni e di intese restrittive della concorrenza, contenute nella legge 10 Ottobre 1990, n.287¹ rivestono un ruolo di primaria importanza al fine di garantire una strutturazione del mercato improntata su un adeguato livello di effettività in un contesto di trasparenza e certezza giuridica.

Le disposizioni concernenti la disciplina dei procedimenti in materia di intese ed abusi di posizione dominante vengono affidate dalla legge 287 del 1990² ad un apposito regolamento, da adottarsi con Decreto del Presidente della Repubblica³ che ha introdotto una minuziosa regolamentazione delle varie fasi procedurali, dei poteri dell' Autorità e dei diritti delle parti e dei terzi⁴.

In questa ottica, la legge n. 241/90 sul procedimento amministrativo ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi contenente istituti e principi di carattere generale viene in rilievo qualora le disposizioni in essa contenute prevedano garanzie ulteriori non contemplate, ma nemmeno escluse dalla normativa settoriale speciale che regola l' attività procedimentale, ne consegue che laddove la legge n. 287/90 ed il regolamento di procedura contengano norme speciali queste debbano ritenersi prevalenti rispetto a quelle dettate dalla legge n. 241/90⁵.

Ciò che caratterizza queste procedure è l' essere largamente ispirate alla corrispondente disciplina comunitaria, in particolari ai Regolamenti disciplinanti l' applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato da parte della Commissione, anche in ottemperanza al principio di cooperazione operativa esistente tra la Commissione CE e le autorità nazionali.

Le procedure istruttorie si configurano come procedimenti di carattere amministrativo, data la natura amministrativa dell' Autorità e delle funzioni ad essa attribuite, ne discende il carattere amministrativo e non giurisdizionale dei procedimenti istruttori, ove trovano applicazione i principi del contraddittorio e della partecipazione al procedimento delle imprese comparse in giudizio, in

¹ Recante: "Norme per la Tutela della concorrenza e del mercato".

² Mediante il richiamo operato dall' art. 10 comma 5.

³ Dpr 30 Aprile 1998, n. 217 recante: "Norme in materia di procedure istruttorie di competenza dell' Autorità garante della concorrenza e del mercato".

⁴ Queste disposizioni costituiscono inoltre gli strumenti di applicazione degli art. 81 e 82 del trattato CE.

⁵ Così G. Morbidelli, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. Predieri (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze ,1997.

una logica di tutela dei loro diritti di difesa, con una contestuale apertura alla partecipazione nel procedimento di soggetti terzi diversi dalle parti.

Nel prosieguo sarà presa in considerazione la seconda fase del procedimento innanzi all' Autorità, la fase istruttoria propriamente detta , in particolare quella concernente il contraddittorio e i diritti dei soggetti interessati e dei soggetti terzi.

1.1. I diritti delle imprese interessate e dei terzi nel procedimento istruttorio antitrust e il diritto a presentare memorie e ad essere sentiti.

Qualora l' Autorità a seguito degli accertamenti svolti e degli elementi acquisiti, riscontri violazioni delle disposizioni di legge contenute nel testo n. 287/90, ai sensi dell' art. 14 comma 1 delibera l' avvio del procedimento dando corso alla fase istruttoria .

A seguito del provvedimento di avvio dell' istruttoria indirizzato tanto alle imprese interessate quanto ai soggetti titolari di un interesse qualificato che abbiano presentato denunce utili all' avvio dell' istruttoria, l' Autorità può esplicare i suoi poteri di accertamento ex art. 14 comma 2 della legge, venendo così ad instaurare la fase del contraddittorio con le parti.

L' art. 14 comma 1 della legge a tutela della concorrenza e del mercato prevede un generale diritto al contraddittorio, orale e scritto, che si estrinseca nel diritto delle imprese interessate di essere sentite, nonché nel loro diritto di presentare deduzioni e pareri in ogni fase dell' istruttoria stessa.

La specifica disciplina prevista per le procedure istruttorie è invece rimessa dall' art. 10 comma 5⁶ della l. 287/90 al regolamento di procedura di cui al d.p.r. n. 217/98 che ne regola in dettaglio le varie fasi procedurali.

Il regolamento pone inoltre una distinzione fondamentale con riguardo ai soggetti cui è attribuito il diritto al contraddittorio orale, riservando solo a quelli a cui è stato notificato il provvedimento di avvio dell' istruttoria⁷ il diritto di essere sentiti in apposite audizioni.

Ai soggetti ai quali è stato notificato il provvedimento di avvio dell' istruttoria ai sensi dell' art. 6 comma 4 del regolamento di procedura è inoltre dato diritto di presentare memorie scritte, documenti, deduzioni e pareri, nonché di essere sentiti in formali audizioni.

Infine, il d.p.r. n. 217/98 prevede l' apertura del procedimento *antitrust* anche a soggetti diversi dalle imprese interessate e dal denunciante, sebbene in termini rigorosi.

Possono infatti intervenire nell' istruttoria anche soggetti portatori di interessi pubblici o privati⁸ nonché le associazioni rappresentative dei consumatori, cui possa derivare un pregiudizio diretto, immediato ed attuale dalle infrazioni oggetto dell' istruttoria o dai provvedimenti adottati in esito alla stessa, questi soggetti hanno facoltà di presentare memorie scritte, documenti, deduzioni e pareri e di accedere ai documenti, ma non hanno diritto ad essere sentiti, salvo autorizzazione espressa dell' Autorità nell' ambito della sola audizione finale.

⁶ Nella parte in cui garantisce agli interessati *“la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio e la verbalizzazione”*.

⁷ Comprensivo delle imprese sospettate di avere posto in essere violazioni di legge quanto dei soggetti denunciati che abbiano presentato elementi utili all' avvio del procedimento.

⁸ Es. clienti, fornitori, concorrenti delle imprese interessate.

2. Tutela giurisdizionale e legittimazione ad agire.

Il modello legislativo introdotto dal legislatore in materia *antitrust* si fonda da una parte sulla attribuzione all' Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di accertare infrazioni alla disciplina *antitrust*, affidando rispettivamente per il primo grado e poi per il grado di appello, rispettivamente al Tar del Lazio e al Consiglio di Stato.

Dall' altra approntando una tutela civilistica autonoma ad opera della Corte d' Appello competente territorialmente in relazione ad azioni di nullità, risarcimento del danno e a ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione di disposizioni della legge *antitrust*.

Venendo al tema della legittimazione ad agire occorre innanzitutto individuare i soggetti legittimati ad impugnare i provvedimenti dell' Autorità, tema particolarmente rilevante ed altrettanto controverso che contribuisce a modellare la portata della tutela giurisdizionale nella forma del ricorso avverso i provvedimenti dell' Autorità.

I giudici nazionali hanno adottato negli anni soluzioni differenziate e talvolta opposte a quelle che andavano ad affermarsi nelle corti comunitarie con riferimento alla legittimazione ad agire nei confronti delle decisioni della Commissione in materia di concorrenza⁹, solo recentemente vi è stato un recepimento delle pratiche comunitarie ad opera del TAR del Lazio e del Consiglio di Stato che hanno dato una profonda evoluzione nel senso di estendere il diritto ad impugnare a soggetti diversi dai destinatari diretti del provvedimento.

Le risalenti pronunce in merito¹⁰ sottolineavano l' assunto per il quale sebbene il singolo concorrente che non sia destinatario diretto dell' attività istituzionale dell' Autorità ne possa indubbiamente avvertire gli effetti, questi è però titolare di una posizione giuridica che non è immediatamente e direttamente incisa dall' attività medesima, in rapporto alla quale rileva la sola situazione soggettiva propria dell' impresa destinataria dell' atto.

Al pari non assumeva alcuna rilevanza il fatto che il ricorrente fosse intervenuto nel procedimento, essendo la sua posizione carente di titolarità di interesse legittimo pertanto il mero fatto della partecipazione non poteva costituire titolo acquisitivo di legittimazione attiva al ricorso.

Tuttavia il rilevato convincimento interpretativo non ha trovato convincimento nella dottrina e nella giurisprudenza successiva, che ha incentrato opposti motivi basati sul fatto che sebbene all' Autorità siano affidati cure della funzione pubblica di tutela della concorrenza questo non possa necessariamente escludere il configurarsi di una relazione giuridicamente rilevante tra l'

⁹ La giurisprudenza comunitaria ha infatti riconosciuto non solo l' interesse ad agire del denunciante, ma anche la legittimazione del soggetto direttamente ed individualmente interessato al provvedimento impugnato in ragione di sue qualità particolari o di una specifica situazione di fatto, svincolando la legittimazione ad agire dalla previa partecipazione dell' interessato al procedimento.

¹⁰ Tra le prime si possono ricordare: Consiglio di Stato, Sez. VI del 30 Dicembre 1996, n. 1972; TAR Lazio, 23 Dicembre 1997, n.2216, *Accordo Concessionario Pubblicità*.

organismo di controllo e soggetti terzi diversi dai destinatari diretti del provvedimento finale adottato.

Lasciava infatti alquanto dubbiosi sul piano della semplice intuizione l' affermazione per cui un terzo concorrente, direttamente leso da una pratica anticoncorrenziale fino in ipotesi estreme a portare l' espulsione di questo dal mercato, abbia, rispetto ad una inerzia da parte dell' Autorità un interesse indifferenziato assimilabile a quello di qualunque altro cittadino.

Ed in effetti come ha osservato la dottrina che si è occupata del tema¹¹, la configurabilità di un interesse legittimo in capo a soggetti diversi dai destinatari diretti di una decisione dell' Autorità trova supporto in specifiche previsioni della normativa nazionale in tema di concorrenza, la quale individua una categoria determinata di soggetti qualificati portatori di garanzie giurisdizionali nei confronti dell' esplicazione dei poteri di competenza dell' Autorità¹².

Negli anni recenti anche sull' onda degli orientamenti giurisprudenziali in ambito comunitario, sembrò molto più convincente fondare la legittimazione non sulla qualifica di denunciante, ma su quella di soggetto portatore di un interesse particolare e differenziato che si assuma essere leso dalla mancata adozione di un provvedimento repressivo da parte dell' Autorità.

Il primo segnale di superamento dell' orientamento restrittivo, arrivò ad opera del giudice amministrativo nella causa SFIR¹³ ove pur negandosi l' ammissibilità del ricorso nel caso di specie, si ritenne tuttavia di poter individuare nelle previsioni normative di cui all' art. 12 comma 1 della legge 287/90 taluni indici di attribuzione ai soggetti terzi concorrenti, di un interesse individuale, personale e dotato di qualificazione normativa, idoneo di per sé a fondare la legittimazione ad agire.

In una successiva pronuncia del 2004¹⁴ in decisiva evoluzione verso l' attuale orientamento, il giudice amministrativo di primo grado ha riconosciuto l' ammissibilità di un ricorso presentato da un soggetto terzo concorrente, basando le sue convinzioni sulla natura di giurisdizione di diritto soggettivo della giustizia amministrativa che non ammette compressioni al diritto di azione volta a negare la legittimazione ad agire a coloro che lamentino in ragione del provvedimento impugnato una lesione diretta dei propri interessi¹⁵.

Merita inoltre un cenno la tutela *antitrust* innanzi all' autorità giudiziaria ordinaria¹⁶, con specifico riguardo al problema della legittimazione ad agire, incentrando l' esame sui potenziali

¹¹ A. Scognamiglio, *La legittimazione del denunciante ad impugnare le delibere di non avvio dell' istruttoria e di archiviazione adottate dall' AGCOM*, in "Il Foro Amministrativo".

¹² I riferimenti sono all' art. 12, comma 1 della legge 287/90 e all' art. 7, comma 1, del d.p.r. n. 217/98, che individua i partecipanti all' istruttoria nei "*soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché le associazioni rappresentative dei consumatori, cui possa derivare un pregiudizio diretto immediato ed attuale dalle infrazioni oggetto dell' istruttoria o dai provvedimenti adottati in esito alla stessa*".

¹³ TAR Lazio, I, 3 Marzo 2003, n. 3861/2003.

¹⁴ TAR Lazio, I, 24 Febbraio 2004, n. 1715, *Sagit – Contratti di distribuzione e vendita gelati*.

¹⁵ Lettura che rimanda ampiamente alle decisioni della giurisprudenza comunitaria volta ad ammettere il ricorso avverso le decisioni della Commissione da parte dei terzi interessati.

¹⁶ Corte d' Appello competente per territorio.

comportamenti collusivi tra imprese ed in particolare sulle ripercussioni nel mercato di tali pratiche così come evidenziate nella nota sentenza *RC Auto*¹⁷.

La particolarità di queste fattispecie sta nel fatto che i comportamenti illeciti siano stati compiuti da imprese che intrattengono un vasto numero di rapporti contrattuali con i consumatori sfociati in controversie di fronte alle autorità giudiziarie, tali da far concentrare la dottrina e la giurisprudenza sulla estensione del novero dei legittimati ad agire in controversie di questo tipo.

Nel noto caso la Cassazione giunse ad affermare che le azioni di nullità, risarcimento del danno e ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza¹⁸ non sarebbe esperibili dai consumatori finali e che quindi, i loro reclami non sarebbero soggetti alla regola disposta dalla stessa norma che individua la competenza delle Corti di Appello.

Tale pronuncia fece sorgere immediatamente preoccupazioni in ordine alla mole di contenzioso che ne sarebbe derivata.

Su reclamo di una delle imprese colludenti la Suprema Corte mise in discussione gli esiti della pronuncia, affermando la necessità di una statuizione definitiva in ordine ai criteri di applicazione della disposizione di cui all' art. 33, la terza Sezione sottolinea come essendo la competenza delle Corti di Appello individuata per materia, ad esse sembra spettare l' esame delle azioni di risarcimento danni e nullità derivanti da violazioni di disposizioni della legge 287/90, inoltre l' ordinanza prospetta anche una legittimazione all' azione ex art. 33 per il solo fatto che domandi la nullità dell' intesa o dei danni derivanti da pratiche anticoncorrenziali lasciando l' esame delle questioni di merito ad un successivo esame della Corte d' Appello.

2.1. Cenno ai precedenti orientamenti della giurisprudenza: dalla tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica alla garanzia di posizioni individuali dei soggetti fruitori del mercato.

Le risalenti pronunce giurisprudenziali dei giudici amministrativi di primo e secondo grado¹⁹ erano basate sull' assunto per cui i poteri concessi all' *authority* dalla legge 287/90 sono preordinati esclusivamente alla *"tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica nell' ambito del libero mercato, e non alla garanzia di posizioni, individuali o associate di soggetti fruitori del mercato"*, da questo assunto i giudici confermavano la titolarità - in campo a tutti i soggetti diversi da quelli direttamente incisi dai poteri dell' Autorità - di un mero interesse indifferenziato rispetto alla generalità dei cittadini.

Questo orientamento traeva fondamento dal più generale principio secondo cui, in tutti i procedimenti repressivi, il soggetto denunciante non ha legittimazione ad essere parte necessaria del giudizio amministrativo, tesi che condusse il giudice amministrativo a dichiarare inammissibili i ricorsi proposti da soggetti²⁰ diversi dai diretti destinatari del provvedimento finale, tanto in

¹⁷ Il caso ebbe ad oggetto un cartello sui prezzi delle polizze RC Auto realizzato dalle più importanti compagnie assicuratrici, per le pronunce cfr. Cassazione Civile I, 9 Dicembre 2002, n. 17475 ed ordinanza III, 17 Ottobre 2003, n. 15538.

¹⁸ Ex art. 33 comma 2 della legge 287/90.

¹⁹ Tra le prime Consiglio di Stato, Sez. VI, del 30 Dicembre 1996, n. 1972; TAR Lazio, I, 23 Dicembre 1997, n.2216, *Accordo concessionario di pubblicità*; TAR Lazio, I, 29 Settembre 1998, n.2746 ASSISTAL/SIP.

²⁰ Terzi e denunciati.

materia di intese restrittive della libertà di concorrenza quanto abusi di posizione dominante e concentrazioni, che nella confinata materia della pubblicità ingannevole.

2.1.1. Esercizio del potere amministrativo e lesione di posizioni giuridiche sostanziali e differenziate alla luce della Sentenza del Consiglio di Stato sezione VI del 14 Maggio 2004, n. 3865.

Il passo decisivo verso il riconoscimento della legittimazione ad agire dei soggetti, si deve ad una recente pronuncia del Consiglio di Stato²¹.

Nella citata sentenza il Consiglio di Stato ha evidenziato che il ricostruito orientamento restrittivo soffre di una eccessiva generalizzazione, che non tiene conto della specificità delle diverse situazioni concrete e finisce per limitare il diritto alla tutela giurisdizionale, che determina la *“non accettabile conseguenza dell’ insindacabilità dei provvedimenti dell’ Autorità da parte di coloro che non sono i destinatari diretti della attività della stessa”*.

Ciò anche a discapito dei principi costituzionali dell’ accesso e dell’ effettività della tutela giurisdizionale, riconosciuti come fondamentali anche dall’ ordinamento comunitario.

In seconda battuta il Collegio ha ritenuto che la questione inerente la legittimazione ad impugnare decisioni dell’ *authority* da parte di terzi andasse ricostruita nell’ ambito delle condizioni dell’ azione e dei requisiti necessari per l’ individuazione di un interesse legittimo.

La titolarità di una posizione giuridica sostanziale e la lesione²² della stessa ad opera del potere amministrativo costituiscono infatti la condizione generale per agire innanzi al giudice amministrativo.

L’ interesse legittimo acquista così i criteri della differenziazione e della qualificazione.

L’ interesse legittimo differenziato deve ritenersi soddisfatto nei confronti delle imprese concorrenti, queste vantano infatti un interesse personale ed individuale e differenziato, al rispetto della normativa *antitrust* poiché dalle determinazioni dell’ Autorità, pur dirette ad altri, possono derivare uno svantaggio²³ o un vantaggio²⁴.

²¹ La sentenza conclude un episodio che iniziò con l’ adozione - da parte dell’ Autorità - di un provvedimento di autorizzazione in deroga, di una intesa conclusa tra Nokia e Marconi Mobile per la costituzione del Consorzio Securcomm, avente ad oggetto la promozione, progettazione e fornitura alle Forze di polizia italiane e ad soggetti terzi fornitori delle Forze di polizia di apparati di radiocomunicazione mobile.

Motorola, in qualità di impresa concorrente fornitrice di prodotti analoghi aveva ritenuto l’ autorizzazione all’ intesa pregiudizievole per la concorrenza e per la propria posizione di operatore nel mercato, ed aveva pertanto impugnato il provvedimento dinanzi al giudice amministrativo.

Il TAR Lazio nel 2003 con sentenza n. 863 dichiarò inammissibile il ricorso di Motorola, per carenza di interesse e difetto di legittimazione processuale, ribadendo il consolidamento restrittivo finora adottato.

²¹ Connotata dai caratteri della personalità, attualità e della concretezza.

²³ In presenza di deliberazioni autorizzatorie.

²⁴ In caso di provvedimenti inibitori e sanzionatori.

Il Collegio ha parimenti evidenziato che l'interesse delle imprese terze rispetto ad un'intesa restrittiva della concorrenza è senz'altro qualificato.

Ne consegue che se il terzo è titolare di una posizione giuridica sostanziale differenziata e qualificata e tale posizione subisce una lesione nell'esercizio del potere amministrativo, è necessario riconoscergli la legittimazione all'impugnativa del provvedimento al fine di garantire il pieno esercizio della tutela giurisdizionale.

La sopracitata pronuncia nel massimo grado di giudizio, induce a ritenere ormai superato l'orientamento che aveva fino ad ora escluso il diritto dei soggetti terzi ad impugnare le decisioni dell'Autorità.

2.2. La competenza del Tar per il Lazio.

La competenza del TAR del Lazio è definita concentrata, in quanto mira ad impedire che in relazione a ciascun provvedimento dell'*authority* debba essere di volta in volta stabilita la competenza di un altro tribunale amministrativo regionale, venendo così a formare una sorta di giudice specializzato.

La competenza esercita è di tipo funzionale²⁵, ed il metodo dei ricorsi accentrati permette una protezione avverso la frammentazione dei giudizi.

²⁵ La formula legislativa infatti recita *"i ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi devono essere proposti davanti al tribunale amministrativo regionale del Lazio"*.