

Giovanni Luchena - Biancamaria Raganelli

Concorrenza e aiuti di Stato in Europa



Giappichelli

PREMESSA

Il contenuto del volume “Concorrenza e aiuti di Stato in Europa” è frutto di una selezione meditata e condivisa di alcuni argomenti ritenuti idonei a tracciare un filo rosso che si snoda in linea di continuità su un crinale di studio nel quale il contatto tra diritto europeo dell’economia e ordinamento nazionale può fungere da punto di raccordo o di potenziale contrasto tra due poli.

La normativa europea in materia economica interviene in più settori in modo pervasivo e, talvolta esclusivo, in uno scenario nel quale le interdipendenze strutturali e le sovrapposizioni regolamentari appaiono talvolta marginalizzare lo Stato quale attore nell’economia, “vittima”, per così dire, delle sue stesse inefficienze e dell’inerzia operativa manifestata.

Gli anni delle crisi, però, hanno restituito alla *action publique* un inaspettato ruolo d’iniziativa e di coordinamento in campo economico. Il contesto di riferimento offre allo Stato la possibilità di recuperare parte delle sue potestà in materia economica in una prospettiva parzialmente diversa rispetto a quella conosciuta a partire dagli anni cinquanta del secolo scorso.

Il volume intende fornire uno strumento di lettura critica dell’«universo» della disciplina della concorrenza e degli aiuti di Stato nei diversi risvolti privatistici e pubblicistici coinvolti. Lo stesso può risultare di ausilio non solo per gli esperti del settore, ma anche per coloro che intendano avviare lo studio di una materia di grande attualità, ricca di spunti di riflessione e di ricerca.

Il volume non ambisce ad una ricognizione esaustiva, per dir così, di tutti i possibili profili coinvolti, ma offre una lettura contemporanea dei temi trattati, con uno sguardo alle problematiche connesse alle varie situazioni di emergenza e crisi che attraversano i nostri tempi, nella consapevolezza che lo sviluppo dei temi indicati possa essere affrontato in altre occasioni con puntualizzazioni e approfondimenti diversi.

La prof.ssa Biancamaria Raganelli desidera ringraziare il *Centre d’études et de recherches de sciences administratives* dell’UNIVERSITÉ PARIS II PANTHÉON-ASSAS per l’invito, che le ha consentito di svolgere un periodo di ricerca e confronto di 3 mesi da Aprile 2022 e ha reso possibile la definizione di questo volume, nonché l’UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA TOR VERGATA per il supporto alla ricerca scientifica, all’internazionalizzazione e per il finanziamento “Beyond the Borders”.

Il prof. Giovanni Luchena ringrazia il suo Maestro prof. Francesco Gabriele

per l'affetto e gli insegnamenti ricevuti e il prof. Francesco Capriglione per aver creduto in lui.

Sia consentito ringraziare, infine, tutti coloro che hanno sostenuto con entusiasmo la pubblicazione di questo volume, l'Editore che ha creduto ancora una volta in noi e i nostri preziosi collaboratori, che hanno curato con dedizione la revisione delle bozze e incoraggiato il nostro lavoro (Manuela Caruso, Federica Marconi, Claudia Masciopinto, Stefania Cavaliere e Lorenzo Rodio Nico).

Gli autori

Capitolo I

La tutela della concorrenza in Europa

di *Biancamaria Raganelli*

Sommario: 1.1. La disciplina della concorrenza nel diritto europeo: reti e regole. – 1.2. I procedimenti europei in materia di concorrenza. – 1.3. *Due process of law*. – 1.4. La partecipazione ai procedimenti. – 1.5. Procedimenti sanzionatori e autorizzatori. – 1.6. Disciplina e vigilanza in materia di concorrenza in Italia: cenni. – 1.7. Alcuni spunti di riflessione.

1.1. La disciplina della concorrenza nel diritto europeo: reti e regole

In un'economia di mercato il funzionamento del sistema economico si fonda sui principi della libera iniziativa e concorrenza fra imprese.

Dai tempi di Adam Smith, il tema dello scopo e del ruolo dell'impresa all'interno del sistema economico e sociale è oggetto di costante dibattito. Si è al riguardo sostenuto che il sistema concorrenziale realizza l'interesse degli imprenditori a conseguire il profitto e al contempo l'interesse pubblico al più razionale impiego delle risorse e alla migliore soddisfazione dei bisogni.

Una prima disciplina organica si è sviluppata negli Stati Uniti a fine Ottocento, con lo Sherman Act. Successivamente, si è assistito ad una vera e propria proliferazione di iniziative legislative in materia, sia a livello internazionale che europeo.

In Europa, i riferimenti normativi si rinvergono nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)¹, nel protocollo n. 27 sul mercato interno e sulla concorrenza² e nel reg. (CE) n. 139/2004³ – e relative norme di attuazione – in tema di concentrazioni⁴.

¹ GU dell'Unione europea C 326/47 del 26 ottobre 2012. Artt. 101-109 TFUE.

² Versione consolidata del Trattato sull'Unione europea – Protocolli – Protocollo (n. 27) sul mercato interno e sulla concorrenza – GU 9 maggio 2008, n. 115, p. 0309.

³ Reg. (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (regolamento comunitario sulle concentrazioni) GU L 24 del 29 gennaio 2004, p. 1.

⁴ Si ha un'operazione di concentrazione quando si produce una modifica duratura del controllo a

Scopo principale della disciplina europea in materia di concorrenza è di consentire il corretto funzionamento del mercato interno dell'Unione quale fattore chiave per il benessere dei cittadini, delle imprese e della società dell'UE nel suo complesso. In tale prospettiva, il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) contiene norme volte a prevenire restrizioni e distorsioni sulla concorrenza nel mercato interno. Vieta gli accordi anticoncorrenziali tra imprese e gli abusi di posizione dominante, che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri. Le operazioni di fusione e acquisizione di dimensione europea sono controllate dalla Commissione e possono essere vietate qualora comportino una significativa riduzione della concorrenza. Sono inoltre proibiti gli aiuti di Stato salvo deroghe⁵. Pur con alcune eccezioni, la disciplina sulla concorrenza si applica anche alle imprese pubbliche, ai servizi pubblici e ai servizi di interesse generale.

La politica sulla concorrenza rappresenta uno strumento chiave per il conseguimento di un mercato interno libero e dinamico, nonché per lo sviluppo di un benessere economico comune; la stessa si applica anche alle imprese di paesi terzi che operano nel mercato interno. Include norme in materia antitrust, controllo delle concentrazioni, aiuti di Stato, servizi e imprese pubbliche.

La c.d. base giuridica della disciplina europea sulla concorrenza è costituita dagli artt. da 101 a 109 TFUE e il protocollo n. 27 sul mercato interno e sulla concorrenza; il regolamento sulle concentrazioni (regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio) e le relative norme di attuazione (regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione); gli artt. 37, 106 e 345 TFUE per le imprese pubbliche e gli artt. 14, 59, 93, 106, 107, 108 e 114 TFUE per i servizi pubblici, i servizi di interesse generale e i servizi di interesse economico generale; il protocollo n. 26 sui servizi di interesse generale; art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Più nel dettaglio, è previsto un generale divieto di intese restrittive (art. 101 TFUE) e di abuso di posizione dominante (art. 102 TFUE) e un controllo sulle concentrazioni⁶.

Salvo deroghe contemplate dai Trattati, sono altresì ritenuti incompatibili con il mercato unico – nella misura in cui incidano sugli scambi tra gli Stati membri – gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza (art. 107 TFUE).

seguito del fatto che due o più imprese procedono ad una fusione, oppure quando una o più persone che detengono il controllo di almeno un'impresa, o una o più imprese, acquistano direttamente o indirettamente il controllo dell'insieme o di parti di una o più imprese.

⁵ Vedi oltre nel testo.

⁶ Reg. (CE) n. 139/2004, cit.

Mantenere il mercato interno privo di distorsioni concorrenziali è altresì l'obiettivo perseguito dal Protocollo n. 27.

Le concentrazioni sono invece dichiarate incompatibili con il mercato unico allorquando ostacolano in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare attraverso la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante⁷.

Il diritto europeo, dunque, al fine di preservare e promuovere la pratica della concorrenza leale, vieta alle imprese di concordare i prezzi o ripartirsi i mercati; abusare della propria posizione dominante in un determinato mercato per escludere i concorrenti meno influenti; realizzare fusioni tali da assumere una posizione di controllo del mercato. La disciplina europea, nel suo insieme, è il risultato di un processo di modernizzazione di regole e procedure relative all'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, che per le ragioni che si esporranno di seguito, meriterebbe una revisione alla luce dell'evoluzione più recente dei principi e della giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte EDU. In tale contesto, è previsto un sistema decentrato di applicazione delle norme *antitrust* europee, nell'ambito del quale operano la Commissione europea, le autorità nazionali di concorrenza (ANC) e i giudici degli Stati membri in un rapporto di stretto coordinamento e raccordo.

Nel panorama delle reti amministrative istituite nell'Unione europea non si rinviene un modello unico di struttura, ma piuttosto una varietà di reti, distinte per finalità, tipologia di poteri esercitati, composizione interna, rapporti tra componente sovranazionale e nazionale e ambito di intervento. Viene qui in considerazione la c.d. rete europea della concorrenza (REC), che implica una collaborazione tra autorità *antitrust* nazionali e Commissione europea ai fini di un'applicazione efficace delle regole della concorrenza all'interno dell'Unione europea.

In tale ambito, diversi soggetti coinvolti nelle funzioni di *enforcement* godono di ampi poteri. La Commissione e le ANC da un lato e i giudici dell'altro svolgono ruoli diversi afferenti rispettivamente al *public e private enforcement*. La procedura di applicazione delle regole *antitrust* è disciplinata dai reg. europei n. 1/2003⁸ e n. 773/2004⁹.

All'interno della Commissione, è la direzione generale della Concorrenza (DG Concorrenza) la principale responsabile dell'esercizio di questi poteri, che sono però rigorosamente limitati: essa può intervenire solo se ha prove di un'infrazione alle regole di concorrenza e le sue decisioni sono suscettibili di ricorso alla Corte di giustizia dell'UE.

⁷ Reg. (CE) n. 139/2004, art. 2, par. 3.

⁸ Reg. (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002. GU L 001 del 4 gennaio 2003, pp. 0001-0025.

⁹ Reg. (CE) n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004. GU L 123 del 27 aprile 2004, pp. 0018-0024.

La Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri insieme contribuiscono a formare una rete di pubbliche autorità, che applicano le regole di concorrenza in stretta cooperazione e, in caso di possibili contrasti, è prevista una preminenza funzionale in capo all'istituzione europea. Si evidenzia come “nel panorama delle reti amministrative istituite nell'Unione europea, non è dato rinvenire un modello unico di struttura reticolare, ma piuttosto una varietà di reti, distinte per finalità, tipologia di poteri esercitati, composizione interna, rapporti tra componente sovranazionale e nazionale e ambito di intervento”.

I criteri per individuare quale sia l'autorità competente a trattare uno specifico caso sono contenuti nella Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità nazionali della concorrenza e nella Comunicazione sulla procedura applicabile alle denunce¹⁰, mentre nel reg. n. 1/2003 (capitoli II, III e IV) sono definiti il sistema delle competenze e i meccanismi di cooperazione delle autorità della rete, nonché gli strumenti di cooperazione tra queste ultime e le giurisdizioni nazionali responsabili del *private enforcement*. Giudici e autorità *antitrust* svolgono in tale contesto compiti e ruoli differenti. “I primi si trovano ad applicare la disciplina *antitrust* europea in due distinte ipotesi: quando una parte privata propone dinanzi ad esse un'azione di danni per violazione della normativa e quando l'autorità *antitrust* non ha il potere, a seguito dell'attività ispettiva e d'indagine, di comminare sanzioni e deve di conseguenza affidare l'adozione di eventuali decisioni ad una Corte. In entrambe le ipotesi, il canale giurisdizionale non interferisce sul sistema di allocazione dei casi all'interno del *network*: infatti, nel primo caso, l'azione risarcitoria proposta dal terzo non impedisce la simultanea trattazione del caso da parte di un'Autorità della rete (ma semmai offre occasioni di cooperazione), e dunque non incide sull'allocazione del caso nel sistema di *public enforcement*. Nel secondo caso, la Corte interviene in un momento successivo al completamento della fase istruttoria e investigativa svolta dalla “propria” autorità *antitrust*, sicché il sistema di allocazione della competenza tra i nodi della rete ha già operato. Le giurisdizioni, dunque, non entrano in competizione con le autorità della rete ma la loro azione talvolta si somma e talaltra la completa, quando il loro apporto è necessario a definire il procedimento sanzionatorio avviato dall'autorità amministrativa incaricata del caso”.

La previsione in una “rete unica” implica infatti un coordinamento di regole e di meccanismi di *adjudication* nazionali in materia di concorrenza in funzione di risoluzione delle controversie; pone altresì interessanti questioni in merito all'effettività di tutela garantita ai ricorrenti avverso i provvedimenti emessi dalle diverse autorità all'interno del mercato unico europeo.

In un'ottica di modello di amministrazione decentrata come quello delineato, si

¹⁰ Com. 27 aprile 2004, n. 2004/C101/03; Com. 27 aprile 2004, n. 2004/C01/05.

assiste a una problematica combinazione di elementi di unitarietà (dati dalla disciplina del reg. n. 1/2003 e dalla comune normativa *antitrust* applicata da tutti i nodi del *network*) e di frammentazione (i diversi diritti procedurali e processuali in cui vivono le autorità e la Commissione). Ne deriva che pur nel quadro uniforme fissato dalle norme del Trattato le imprese destinatarie dell'azione delle autorità della rete sono soggette a trattamenti disomogenei secondo logiche e regole non prevedibili a priori. L'incertezza che ne discende appare particolarmente problematica quando si traduce nell'imprevedibilità delle sanzioni (anche di carattere penale) comminabili a fronte di certe condotte anticoncorrenziali.

Come noto, i procedimenti che si svolgono dinanzi alle autorità *antitrust* europee e nazionali possono essere di tipo sanzionatorio o autorizzatorio. Soprattutto rispetto ai primi si sono poste questioni di tutela del diritto di difesa e di contraddittorio delle imprese coinvolte. Si tratta di procedimenti aventi a oggetto l'accertamento di illeciti *antitrust* e di irrogazione delle relative sanzioni, che possono essere meramente inibitorie o più propriamente punitive, cioè consistente nell'erogazione di vere e proprie ammende. Sono sanzionatori tutti i procedimenti avviati in materia di intese e di abusi di posizione dominante, ma possono essere tali anche i procedimenti avviati per violazione delle norme sulle concentrazioni, per esempio, in attuazione di un'operazione di concentrazione non autorizzata o in ottemperanza degli impegni assunti dall'impresa nel corso della procedura. Questa tipologia di procedimenti, che può essere avviata d'ufficio, presenta profili prettamente inquisitori e, pertanto, richiede una particolare garanzia del *due process* e del rispetto del *ne bis in idem*.

I procedimenti autorizzatori sono avviati su istanza del privato, che ha l'onere di fornire all'autorità gli elementi informativi opportuni al fine dell'ottenimento dell'autorizzazione. Anche questi possono porre questioni in merito alle garanzie di tutela del contraddittorio. I procedimenti sanzionatori sono articolati in base al principio di competenza concorrente della Commissione europea e delle autorità *antitrust* nazionali, con una prevalenza gerarchica della prima sulle seconde e pongono, pertanto, questioni in merito ai profili organizzativi.

Com'è noto, invece, i procedimenti autorizzatori sono retti da un principio di rigida separazione delle competenze in base alle dimensioni dell'operazione di cui viene richiesta l'autorizzazione. Secondo una certa giurisprudenza il procedimento *antitrust* europeo ha natura amministrativa e non giudiziaria, da cui conseguirebbe la non applicabilità di istituti e norme di carattere processuale, in particolare i principi regolanti il giusto processo¹¹. Altrove si sono evidenziate le funzioni para-

¹¹ Corte giust. CE, 15 luglio 1970, *Boheringer Mannheim c. Commissione*, causa C-45/69; Trib. CE, 10 marzo 1992, *Shell c. Commissione*, causa T-11/89; Corte giust. CE, 29 ottobre 1980, *Van Landewyck c. Commissione*, causa C-209/78. Allo stesso modo è stato escluso che un'autorità nazionale *antitrust* possa essere qualificata giurisdizionale ai sensi dell'art. 267 TFUE: Corte giust. CE, 31 maggio 2005, *Syfait c. Commissione*, causa C-53/03.

giurisdizionali dell'autorità, in quanto finalizzate all'irrogazione di sanzioni. La natura "contenziosa" delle procedure (che possono condurre a una decisione di accertamento, inibitoria e sanzionatoria delle condotte vietate), unita ai penetranti poteri di accertamento della Commissione ispirati a una logica inquisitoria conferiscono un ruolo centrale ai principi del contraddittorio e della partecipazione al procedimento delle imprese indagate, a garanzia dei loro diritti di difesa.

La questione della natura dei procedimenti della Commissione e delle autorità amministrative in generale continua a essere dibattuta in dottrina e in giurisprudenza. In Italia nei primi anni successivi all'introduzione della legge *antitrust* si era discusso della natura para-giurisdizionale dell'autorità con un'impostazione che portava a rafforzare il ruolo dell'autorità nei confronti del giudice, ritenendo non coerente la possibilità di un ordinario sindacato giurisdizionale sugli atti dell'autorità stessa, vista come una sorta di giudice speciale le cui decisioni avrebbero dovuto meritare una forte presunzione di legittimità.

Alcuni concepivano il sindacato giurisdizionale degli atti dell'autorità come un sindacato pieno caratterizzato da un effetto devolutivo e quindi con la possibilità di una piena sostituzione della decisione di primo grado, come avviene tradizionalmente nella disciplina dell'appello civile.

Altri rifiutavano tuttavia la tesi del carattere para-giurisdizionale dell'autorità ribadendo la natura amministrativa della stessa tale impostazione è supportata dalla giurisprudenza amministrativa italiana maggioritaria.

La questione merita ancora attenzione in considerazione delle implicazioni evidenziate dalla stessa giurisprudenza CEDU e le questioni relative alle garanzie di partecipazione e di tutela dei privati coinvolti. La Commissione europea opera come autorità amministrativa con penetranti funzioni para-giurisdizionali, preposta al perseguimento del pubblico interesse al buon funzionamento dei mercati.

In questa prospettiva, gode di una ampia discrezionalità tecnica nel valutare le eventuali disfunzioni e può adottare conseguentemente gli opportuni correttivi. Pur non potendo essere considerato un giudice terzo in grado di dirimere le liti tra soggetti privati, la Commissione europea, è dotata di penetranti funzioni in grado di incidere sugli operatori economici e sul mercato. I relativi procedimenti amministrativi sono caratterizzati da una forte conflittualità interna tra soggetti portatori di interessi legittimi in diverse aree del mercato. Ciò pone rilevanti questioni circa l'esigenza di introdurre particolari garanzie di tutela del contraddittorio e da più parti si evidenzia l'opportunità di una riforma che consenta di separare la funzione investigativa da quella decisoria.

In alcuni ordinamenti nazionali, come in Italia, il legislatore ha prescritto per alcune specifiche autorità la necessaria separazione tra organi con funzioni istruttorie e organi con funzioni decisorie, *judge versus jury*¹².

¹² Art. 34, legge 28 dicembre 2005, n. 262; artt. 187 *septies*, comma 2 e 195 TUF e art. 145 TUB.

I procedimenti amministrativi europei in materia di concorrenza possono svolgersi secondo schemi diversi. Per le concentrazioni la competenza è ripartita tra autorità *antitrust* europea e nazionale, anche se può essere trasferita attraverso un procedimento formale della Commissione o mediante procedura di rinvio.

In materia di intese e abusi, invece, la competenza è concorrente, ovvero decentrata, in quanto le autorità *antitrust* nazionale sono competenti ad applicare direttamente le norme europee ai fatti che vengono sottoposti al loro esame¹³. Le autorità nazionali *antitrust* sono tenute ad applicare anche le norme europee quando viene sottoposta al loro esame un fatto rientrante nell'ambito di applicazione del diritto *antitrust* nazionale.

La disciplina dell'Unione ha largamente ispirato il legislatore nazionale, che ha tuttavia adottato un approccio più garantista prevedendo una disciplina più dettagliata delle varie fasi del procedimento e una disciplina dei diritti delle parti e dei terzi. Ciò implica il riconoscimento del cosiddetto primato del diritto *antitrust* europeo rispetto al diritto *antitrust* nazionale in caso di contrasto sostanziale di discipline. La stessa previsione è contenuta all'art. 1, comma 4 della legge n. 287/1990. L'applicazione concorrente delle discipline non può mai portare a un sistema di reti incrociate, ma implica sempre un'applicazione piena della disciplina europea e solo integrativa di quella nazionale. Viene fatta salva l'applicazione di norme nazionali più rigorose che vietino determinati comportamenti unilaterali di imprese.

La disciplina europea si preoccupa principalmente di inquadrare i poteri di indagine dell'amministrazione, prevedendo come contrappeso una serie di garanzie a tutela delle parti indagate nel procedimento, in nome del principio di "parità delle armi", sancito dalla giurisprudenza dell'Unione. Il processo non deve funzionare in modo da avvantaggiare una parte a scapito di un'altra (di fronte all'esercizio della giurisdizione le posizioni delle parti debbono essere simmetriche e non sbilanciate). Ciò è il riflesso del principio del contraddittorio, ma ne evidenzia un aspetto: per il pieno rispetto del contraddittorio non basta che le parti siano sentite, ma è anche necessario che il loro ascolto avvenga in condizioni paritetiche.

Riguardo le ispezioni condotte nello svolgimento di procedimenti europei in materia di concorrenza da parte della Commissione che si avvale dell'aiuto della polizia giudiziaria nazionale, la Corte di giustizia ha voluto fare chiarezza definendo in due sentenze emblematiche, il *legal framework* riguardante i "business premises" e fissando in tal modo i poteri e i limiti della Commissione¹⁴. A ben vedere i procedimenti *antitrust* sarebbero caratterizzati dalla previsione di due diverse fasi procedurali. La prima, di carattere chiaramente amministrativo, in cui la Commissione raccoglie le prove, effettuando le ispezioni nei locali dell'impresa e acquisendo le informazioni dalle parti stesse e da soggetti terzi. La seconda, avente carattere quasi-

¹³ Art. 5, reg. n. 1/2003.

¹⁴ Corte giust., 21 settembre 1989, *Hoechst AG c. Commissione*, cause riunite 46/87 e 227/88.

giurisdizionale, *inter partes*, inizierebbe con l'invio della Comunicazione degli addebiti alle parti, a seguito della quale queste ultime avrebbero, per la prima volta dall'avvio del procedimento, la possibilità di presentare le proprie osservazioni in merito agli addebiti ad esse indirizzati. La Commissione sarebbe quindi vincolata ad adottare una decisione solo con riguardo alle contestazioni rese note alle imprese indagate e rispetto alle quali le stesse abbiano avuto la possibilità di difendersi¹⁵.

Nella fase pre-procedimentale, la Commissione si attiva in base ad una *notitia criminis* relativa alla violazione delle regole di concorrenza ricevuta da terzi o da una delle parti dell'intesa stessa che voglia accedere al programma di clemenza o d'ufficio. Il denunciante deve poter dimostrare di avere un interesse legittimo alla presentazione della denuncia acquisendo in tal modo una posizione qualificata nell'ambito del procedimento che attribuisce allo stesso determinate prerogative. L'Autorità gode in questa fase di ampi poteri di indagine. L'atto di avvio che non deve essere obbligatoriamente comunicato alle parti interessate, né ai denunciati, né deve essere obbligatoriamente pubblicato, salvo diversa decisione discrezionale della Commissione¹⁶. La giurisprudenza ha confermato che la Commissione non è tenuta ad adottare e pubblicare alcun provvedimento di avvio dell'istruttoria, né a comunicare alle parti l'oggetto esatto dell'indagine all'atto dell'ispezione, o in un momento successivo, fino alla comunicazione degli addebiti, senza che ciò integri una lesione dei diritti di difesa delle parti¹⁷.

La Commissione può quindi fornire una risposta positiva all'istanza e aprire un procedimento di infrazione, o negativa, nel qual caso deve informare il denunciante, il quale ha diritto di presentare memorie, di ottenere audizioni, di accedere al fascicolo d'ufficio. Solo nella fase procedimentale in senso stretto, che si apre con la comunicazione degli addebiti, le imprese indagate assumono la qualifica di parte dal punto di vista sostanziale ai fini dell'esercizio dei diritti di difesa e acquistano tutti i diritti di partecipazione al procedimento. Successivamente, la Commissione si pronuncia definitivamente e può emettere una decisione di rigetto motivato¹⁸.

Tutta la fase è coperta da segretezza e la decisione di rigetto non deve essere necessariamente motivata dalla mancanza di *fumus boni juris*. La Commissione, infatti, gode di un'ampia discrezionalità nell'avviare o meno la procedura, tenuto conto dell'"interesse comunitario" all'apertura del procedimento. L'autorità è solo vincolata a fornire una risposta entro un termine ragionevole; in caso di ritardo il

¹⁵ Corte giust. CE, 18 ottobre 1989, *Orkem c. Commissione*, causa 374/87; Corte giust. CE, 18 ottobre 1989, *Solvay c. Commissione*, causa C-27/88; Trib. CE, 30 settembre 2003, *Atlantic Container Line e altri c. Commissione*, cause riunite T-191/98 e da T-212/98 a T-214/98.

¹⁶ Art. 2, reg. n. 773/2004.

¹⁷ Corte giust. CE, 14 luglio 1972, *ICI e a. c. Commissione*, cause riunite 48/69, 49/69, 51/69-57-6.

¹⁸ Artt. 6-8, reg. n. 773/2004.

denunciante è legittimato a presentare un ricorso in carenza (art. 265 TFUE). Il denunciante può impugnare il provvedimento di non avvio¹⁹.

Anche la giurisprudenza nazionale si è allineata, chiarendo che la legittimazione ad impugnare del denunciante è ammissibile se questi dimostra di essere portatore di un interesse particolare e differenziato all'ottenimento del provvedimento anti-trust auspicato²⁰. In caso di urgenza e al ricorrere del rischio di danno grave e irreparabile per la concorrenza, la Commissione europea, dopo un accertamento sommario dell'infrazione, può adottare d'ufficio misure cautelari mediante decisione individuale. Le autorità *antitrust*, infatti, possono intervenire puntualmente nel contenzioso privato in materia di concorrenza, ovvero possono limitare drasticamente i casi di esercizio del proprio potere orientandola verso i giudici civili. In tale ultima prospettiva sembra si stia orientando il sistema europeo e la stessa esperienza italiana. Di qui la scelta normativa di ammettere solo il provvedimento cautelare d'ufficio presupponendo che le domande cautelari seguano di regola altre vie. La questione è dibattuta perché, in una certa misura, può rappresentare una limitazione delle forme di tutela dei privati che subiscono il procedimento sanzionatorio e riducono, in un certo qual modo, le forme di partecipazione al procedimento stesso.

1.2. I procedimenti europei in materia di concorrenza

Nel quadro della disciplina europea sui procedimenti in materia di concorrenza l'esigenza di un procedimento svolto secondo le regole del contraddittorio richiede l'"audizione delle parti, dei ricorrenti e degli altri terzi"; pertanto la Commissione non può provvedere *inaudita altera parte*.

Le imprese oggetto del procedimento avviato dalla Commissione, infatti, hanno diritto a una difesa completa ed efficace attraverso memorie, audizioni, utilizzo di consulenti, accesso a tutti i documenti acquisiti dall'autorità, salvo eccezionali ragioni di segreto aziendale. Tale diritto, pur limitando potenzialmente i poteri inquisitori della Commissione, non comporta alcun obbligo per la stessa di procedere a una confutazione analitica di tutti gli argomenti difensivi adottati dalle parti interessate nel corso del procedimento. Dalla motivazione, tuttavia, deve risultare chiaramente l'*iter* logico seguito dall'autorità, di modo da rendere possibile al privato l'eventuale impugnazione in sede giudiziaria²¹. La giurisprudenza amministrativa

¹⁹ In tal senso, Trib. I grado CE, 24 gennaio 1995, *Bemim c. Commissione*, causa T-114/92; Id., 10 luglio 1990, *Automec c. Commissione*, causa T-64/89), ma poiché l'atto di avvio non comporta effetti immediatamente lesivi della sfera giuridica dei destinatari, esso non è suscettibile di impugnazione in giudizio (Trib. I grado CE, 13 dicembre 1990, *Nefarma c. Commissione*, causa T-113/89).

²⁰ Cons. St., Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2761.

²¹ Corte giust., Sez. I, 8 maggio 2013, *Eni S.p.a c. Commissione*, causa C-508/11.

italiana maggioritaria sottolinea che la mancanza di confutazione analitica degli argomenti prodotti dal privato nel corso del procedimento non è causa di illegittimità dell'atto²².

L'atto di avvio del procedimento deve descrivere esaurientemente la fattispecie su cui l'autorità intende svolgere la propria indagine istruttoria, anche se l'oggetto dell'istruttoria può essere ragionevolmente ampliato per ragioni di connessione. La comunicazione delle risultanze istruttorie (*statement of objections*) rappresenta l'atto di accusa in senso stretto e condiziona la legittimità del provvedimento finale. Come noto i poteri di indagine della Commissione prevedono la possibilità di ricorrere a una serie di strumenti, quali richieste di informazioni alle imprese, la previsione di scambi di informazioni con altre autorità *antitrust*, audizioni, ispezioni nei locali aziendali e in altri locali. Unico fondamentale limite al potere dell'autorità *antitrust* di acquisire documenti è rappresentato dal rispetto del diritto di difesa e riguarda i c.d. *legal privilege*. Vigè il principio del libero apprezzamento dei mezzi di prova da parte dell'autorità amministrativa.

Per quel che attiene invece, la partecipazione dei privati al procedimento, la disciplina europea attribuisce una posizione particolare ai soggetti denunciati. Questi hanno diritto di ricevere copia della comunicazione degli addebiti²³ e hanno diritto di presentare memorie anche nella fase finale del procedimento²⁴.

Su questo specifico profilo, il reg. 2004 ha esplicitato l'obbligo della Commissione di informare per iscritto le parti interessate degli addebiti mossi nei loro confronti. Tale specifica previsione rafforza la partecipazione potenziale dei privati al relativo procedimento, in quanto consente agli stessi di conoscere i dettagli degli addebiti contestati. L'atto di comunicazione deve essere formalmente notificato e deve fissare un termine per la presentazione di memorie difensive. La Commissione può discrezionalmente tener conto anche di ulteriori memorie presentate oltre tale termine e le parti hanno diritto di chiedere un'audizione²⁵. In questo modo, gli addebiti definiti nell'atto di comunicazione degli stessi, rappresentano un limite alla legittimità del provvedimento finale, il quale non può contenere statuizioni riguardanti punti sui quali le parti non abbiano avuto la possibilità di esprimersi.

La giurisprudenza europea ha avuto modo di chiarire che l'enunciazione degli addebiti deve essere chiara e completa, tale cioè da consentire alle parti interessate di difendersi adeguatamente. In tale prospettiva non è sufficiente desumere implicitamente gli addebiti da un'interpretazione complessiva dell'atto quando non siano

²² TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 10 aprile 2014, n. 940; TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 10 gennaio 2014, n. 62; Cons. St., Sez. IV, 28 ottobre 2013, n. 5189.

²³ Art. 10, reg. n. 773/04/CE.

²⁴ Art. 6.1, reg. n. 773/04/CE.

²⁵ Artt. 11 e 12, reg. n. 773/04/CE.

stati espressamente enunciati come tali nei confronti dell'interessato²⁶. L'autorità può eventualmente modificare gli addebiti iniziali, aggiungendo nuovi addebiti in base alle risultanze istruttorie, oppure riunendo o separando procedimenti aperti, a condizione che risulti salvaguardato il diritto di difesa delle parti. Rientrano nei diritti di difesa del denunciante, in caso di rigetto della denuncia, quello di essere previamente avvertito, di presentare memorie e di accedere al fascicolo d'ufficio²⁷.

Eventuali altri soggetti diversi dai denunciati possono chiedere di partecipare al procedimento dimostrando di avervi uno specifico interesse²⁸. Possono chiedere di essere ammessi al procedimento con audizioni e memorie, ovvero possono essere invitati dalla Commissione a sviluppare i loro argomenti, anche in contraddittorio con le parti imputate. Quelli ammessi al procedimento hanno, inoltre, diritto di essere informati sulla natura dell'oggetto del procedimento stesso, ma non hanno pieno accesso al fascicolo. La decisione finale presenta di regola la struttura tipica di un procedimento sanzionatorio e contiene la descrizione dei fatti imputati e delle difese avanzate dalle parti, la motivazione del provvedimento stesso in diritto e il relativo dispositivo. In particolare, la Commissione può obbligare mediante decisione le imprese interessate a porre fine all'infrazione constatata²⁹, attraverso l'adozione di rimedi comportamentali o strutturali, ove non esistano rimedi comportamentali efficaci o questi risultino più onerosi per l'impresa interessata.

Il procedimento in materia di intese e abusi può chiudersi con una decisione patteggiata, senza cioè una pronuncia di merito sulle accuse formulate dalla Commissione, bensì sulla base di una semplice constatazione che le condizioni di mercato si sono modificate a seguito di impegni assunti dalle parti³⁰. In questo caso, l'esistenza di una *commitment decision* rende l'intervento della Commissione non più giustificato. La previsione evidenzia un forte ruolo di *moral suasion* dell'autorità, tendenzialmente prevalente rispetto al ruolo sanzionatorio in senso stretto. L'impegno dell'impresa deve essere valutato discrezionalmente dalla Commissione al fine di poter giustificare una chiusura anticipata del procedimento.

Tale ampio margine di discrezionalità non prevede contemperamenti a tutela della partecipazione dei privati. La decisione finale dovrà comunque essere motivata adeguatamente in ordine alla idoneità degli impegni a eliminare le restrizioni della concorrenza evidenziate. Secondo la Corte di giustizia europea non è necessario che la Commissione si spinga a valutare la proporzionalità e indispensabilità

²⁶ Corte giust., 3 settembre 2009, *Papierfabrik August Koehler AG et al c. Commissione*, causa C-322-07.

²⁷ Artt. 6-8, reg. n. 773/04/CE.

²⁸ Art. 13, *ibidem*.

²⁹ Art. 7, reg. n. 1/2003/CE.

³⁰ Art. 9, *ibidem*.

dell'impegno rispetto all'obiettivo finale, cioè l'eliminazione degli effetti anticoncorrenziali paventati³¹.

Il procedimento può chiudersi anche con una sorta di transazione tra le parti (*settlement*) che riguarda anche la misura dell'ammenda che può essere ridotta alla misura minima e presuppone il riconoscimento da parte delle imprese interessate del comportamento anticoncorrenziale posto in essere.

1.3. *Due process of law*

Da tempo la Corte di giustizia europea si è allineata alla Corte di Strasburgo nel riconoscere espressamente il contraddittorio procedimentale tra i principi generali del diritto comuni agli ordinamenti degli Stati Membri, cui sono sottoposte le stesse istituzioni europee. Il giudice europeo aveva originariamente escluso che il diritto di essere sentiti costituisca un diritto fondamentale, la cui inosservanza fosse in grado di inficiare la validità dei regolamenti dell'Unione europea e di tutte le attività e le misure rispetto alle quali quei regolamenti fungevano da atti presupposti³².

Successivamente invece, l'orientamento è cambiato ed è stato affermato espressamente che "il rispetto dei diritti della difesa costituisce un principio fondamentale del diritto dell'Unione di cui il diritto al contraddittorio in qualsiasi procedimento costituisce parte integrante"³³. Il principio del *due process of law* non compare esplicitamente nel testo dell'art. 6 della Convenzione³⁴, ma ricorre nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU o CEDU), la quale riconduce il principio di parità delle armi e il diritto di difesa alla più ampia nozione di equo processo³⁵.

³¹ Corte giust. UE, Grande Sezione, 29 giugno 2010, *Alrosa*, causa C-441/07P.

³² Trib. I grado, 21 settembre 2005, *Yusuf and Barakaat c. Consiglio*, causa T-306/01, in *Racc.*, pp. II-3533; ID., 21 settembre 2005, *Abdullah Kadi c. Consiglio e Commissione*, causa T-315/01, in *Racc.*, pp. II-3649; ID., *Ayadi c. Consiglio*, 12 luglio 2006, causa T-253/02, in *Racc.*, pp. II-2139.

³³ Corte giust., 3 luglio 2014, *Kamino International Logistics*, cause C-129 e C-130/13. Per analogia, si vedano anche le decisioni della Corte giust., 22 ottobre 2013, *Jiri Sabou*, causa C-276/12, punto 25; ID., 18 dicembre 2008, *Sopropé*, causa C-349/07, in *Racc.*, pp. I-10369, punti 33 e 36; Corte giust., 21 settembre 2000, *Soc. Distillerie Cipriani*, causa C-462/98; ID., 4 ottobre 1996, *P. Mediocurso c. Commission*, causa C-32/95 c. *Lisrestat*.

³⁴ L'espressione «*due process of law*» di origine anglosassone, richiama le garanzie di legalità, di difesa e di giusto processo. Ricorre spesso nella giurisprudenza fin dai casi della U.S. *Supreme Court*, *Baldwin v. Hale*, 1 Wall. 223 (1864), *Windsor v. Mc Veigh*, 93 US 274, 277 (1876) e *Hovey v. Elliot*, 167 US 409 (1897).

³⁵ CEDU, 26 maggio 1988, *Ekbatani c. Svezia*, serie A n. 134, § 30; CEDU, 18 marzo 1997, *Foucher v. France*, ricorso n. 22209/93, § 34; ID., 22 febbraio 1996, *Bulut v. Austria*, n. 17358/90; ID., 24 ottobre 2006, *Bobek v. Poland*, ricorso n. 68761/01, § 56; ID., 16 novembre 2006, *Klimentyev v. Russia*, ricorso n. 46503/99, § 95.

Secondo autorevole dottrina l'equo processo sarebbe desumibile dalla stessa nozione di *hearing*, lemma utilizzato nella versione inglese della Convenzione, tradotto nella versione italiana come processo, che racchiude la necessità per l'interessato di farsi ascoltare onde poter controbattere alle avverse ragioni, in una fase processuale caratterizzata dalla *fairness*. È lo stesso significato della parola *hearing*, dunque, che racchiude il riferimento all'ascolto.

Tuttavia, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea riconosce oggi espressamente il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento che gli rechi pregiudizio, quale elemento di buona amministrazione. Dapprima elaborato dalla giurisprudenza, il diritto di essere ascoltati, è stato poi codificato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea assumendo in tal modo dignità costituzionale, sul principio di buona amministrazione³⁶.

Il principio è emerso in alcune sentenze in materia di concorrenza e aiuti di Stato, già a partire dagli anni Ottanta³⁷.

Restano comunque da chiarire le specifiche implicazioni del diritto al contraddittorio nell'esercizio dell'attività amministrativa e l'estensione della tutela riconosciuta ai singoli interlocutori dell'amministrazione dalla giurisprudenza europea nei diversi tipi di procedimenti. Si tratta in particolare di verificare se la protezione accordata ai procedimenti finalizzati all'emanazione di atti ampliativi (c.d. negativi), sia la medesima di quella riconosciuta ai procedimenti finalizzati all'emanazione di provvedimenti restrittivi e sanzionatori in senso stretto. Infatti, se è chiaro che l'art. 41 della Carta si applica ai procedimenti sanzionatori, resta da chiarire in che misura il contraddittorio venga assicurato nell'ambito di procedimenti autorizzatori in senso lato.

Il principio del contraddittorio procedimentale resta in molti casi una *notion constante a contenu variable*: ciò che sembra impedirne la cristallizzazione, sem-

³⁶ Corte giust., 31 marzo 1992, *Burban c. Parlamento europeo*, causa C-255/90 P, in *Racc.*, 1992, pp. I-2253 e le sentenze del Trib. I grado, 18 settembre 1995, *Nölle c. Consiglio e Commissione*, causa T-167/94, in *Racc.*, 1995, pp. II-2589; ID., 9 luglio 1999, *New Europe Consulting e altri c. Commissione*, causa T-231/97, in *Racc.*, pp. II-2403; sentenze della Corte giust., 15 ottobre 1987, *Heylens c. Unectef*, causa 222/86, in *Racc.*, 1987, p. 4097, punto 15; ID., 18 ottobre 1989, *Orkem c. Commissione*, causa 374/87, in *Racc.*, 1989, p. 3283; ID., 21 novembre 1991, *Hauptzollamt München-Mitte c. Technische Universität München*, causa C-269/90, in *Racc.*, 1991, pp. I-5469 e Trib. I grado, 6 dicembre 1994, *Lisrestal c. Commissione*, causa T-450/93, in *Racc.*, 1994, pp. II-1177.

³⁷ Corte giust., 15 marzo 1984, *Tradax c. Commissione*, causa C-64/1982, in *Racc.*, 1984, p. 1359; ID., 10 luglio 1986, *Manchester Steel LTD c. Commissione*, causa C-46/1985, in *Racc.*, 1986, p. 2351), per poi essere confermato dalla giurisprudenza degli anni Novanta (*ex pluribus*, Corte giust., 13 maggio 1993, *William Cook plc c. Commissione*, causa C-198/1991, in *Racc.*, 1993, pp. I-3203; ID., 15 giugno 1993, *Matra sa c. Commissione*, causa C-225/1991, in *Racc.*, 1993, pp. I-3203; ID., 2 aprile 1998, *Commissione c. Chambre sindacale nazionale*, causa C-367/1995, in *Racc.*, 1998, pp. I-1719.

bra tra le altre cose riconducibile alla difficoltà di conciliare l'esigenza di garantire un'adeguata tutela degli interessi coinvolti con quella di assicurare un'azione amministrativa efficace.

Originariamente definita in rapporto ai procedimenti interni dell'amministrazione europea, la *due process of law clause* è oggi utilizzata dalla giurisprudenza europea anche in rapporto ai procedimenti di rilievo esterno, in particolare quelli in materia di concorrenza ed estesa anche alla fase nazionale dei c.d. *procedimenti amministrativi composti*³⁸. Questi contemplano modalità di esecuzione che si articolano sul piano nazionale e su quello europeo, coinvolgendo soggetti operanti a livello europeo, ma anche amministrazioni nazionali o organismi a composizione mista, in un rapporto di stretta collaborazione.

Il riferimento in particolare è alla co-amministrazione, con attribuzione congiunta a enti nazionali ed europei delle funzioni amministrative; l'integrazione decentrata, caratterizzata da un'amministrazione unitaria di settore (ad esempio una agenzia europea); il concerto regolamentare, caratterizzata dalla presenza di una organizzazione comune, composta di autorità sovranazionali e nazionali.

La questione coinvolge anche i *procedimenti collegati* di applicazione delle regole *antitrust*, che si svolgono in ambito europeo e nazionale, coinvolgendo in una "rete unica" sia la Commissione, che le autorità nazionali garanti della concorrenza degli Stati membri. Il dibattito sulle garanzie di tutela del contraddittorio nei procedimenti in materia di concorrenza resta comunque aperto, evidenziando alcuni profili di criticità. La questione assume una certa importanza in considerazione delle rilevanti conseguenze della violazione della concorrenza, della natura punitiva del relativo procedimento e del crescente numero di casi affrontati dalla stessa CEDU.

Il tema merita attenzione anche nella prospettiva di un'auspicabile codificazione delle regole sul procedimento amministrativo europeo, che potrebbe aiutare a definire un modello unico di riferimento europeo in grado di superare la frammentarietà nazionale e dotare il diritto al contraddittorio procedimentale della stabilità solitamente riconosciuta ai principi fondamentali. Una formalizzazione in tal senso, attraverso l'inserimento dei principi nel diritto scritto della Comunità potrebbe fornire maggiore stabilità operativa agli stessi, consentendo di far luce su alcune ambiguità della giurisprudenza. In tale prospettiva, la previsione oggi contenuta nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona consentono di conferire rilievo giuridico primario al principio, ma non priva di significato un'eventuale codificazione del procedimento amministrativo europeo.

³⁸ Trib. I grado, 9 novembre 1995, *France aviation c. Commissione*, causa T-346/94.

1.4. La partecipazione ai procedimenti

La locuzione *procedimento amministrativo* ha origine nella dottrina tedesca e austriaca ed è stata oggetto, in Italia, di una intensa elaborazione da parte della dottrina. Per lungo tempo il tema ha avuto un rilievo marginale nella scienza giuridica e nella giurisprudenza degli Stati fondatori fin dalle prime comunità europee in quanto ritenuto afferente a criteri di buona organizzazione. Una volta affrancatosi dalle influenze privatistiche, il procedimento amministrativo si è imposto tra i temi giuridici di rilievo anche in considerazione dei diversi interessi coinvolti.

L'assetto del procedimento assume rilievo perché consente di combinare l'interesse pubblico primario con gli altri interessi pubblici e, nelle forme previste, con gli interessi privati. Il procedimento diviene la sede di definizione della c.d. discrezionalità amministrativa³⁹ e strumento per la risoluzione anticipata delle controversie, con spiccato carattere partecipativo di garanzia per gli interessati.

La disciplina di carattere positivo nei diversi Stati europei risulta ancora piuttosto frammentaria e diverse sono le tecniche giuridiche utilizzate, riflesso dei caratteri specifici di alcuni ordinamenti amministrativi nazionali, che hanno mantenuto una specificità nei limiti scaturenti dal processo di integrazione europea e in considerazione delle difficoltà legate alla ricerca di un equilibrio politico tra Governi diversi. Il progressivo rafforzamento dell'amministrazione europea e delle amministrazioni nazionali operanti in senso comunitario ha favorito una rinnovata attenzione per il procedimento amministrativo europeo.

L'attuazione del principio di sussidiarietà e del connesso criterio delle competenze concorrenti ha alimentato lo sviluppo dei c.d. procedimenti composti, particolarmente diffusi in materia di concorrenza e di aiuti di Stato. Si tratta di procedimenti che si articolano in fasi che si svolgono in parte in ambito europeo, in parte in ambito nazionale. Combinandosi in modo diverso, essi si concludono con provvedimenti finali che sono in alcuni casi europei, in altri casi nazionali. Diversi gli esempi e le manifestazioni.

Il particolare sviluppo è legato anche alla c.d. crisi del criterio dell'esecuzione indiretta dei provvedimenti europei tramite amministrazione degli Stati. Seguono un modulo relazionale definito di co-amministrazione e pongono diverse questioni di diritto sostanziale in ordine alla tutela dei soggetti coinvolti, quali, la distinzione tra atti endoprocedimentali e provvedimento finale; il valore degli atti adottati nelle diverse fasi delle diverse autorità coinvolte; i diritti riconosciuti ai privati nelle diverse fasi e dinanzi alle diverse autorità, l'individuazione dell'autorità amministrativa tenuta alla motivazione; delicate questioni legate ai profili di tutela.

La Corte di giustizia ha fornito un contributo rilevante all'evoluzione del modo

³⁹ Il riferimento è al margine di apprezzamento e valutazione riconosciuto alla pubblica amministrazione affinché essa possa adottare, tra più soluzioni possibili, quella più adatta alla cura concreta dell'interesse pubblico.

di intendere il procedimento e all'elaborazione dei principi generali europei sul giusto procedimento. Molti sono il risultato di una rielaborazione europea di analoghi principi giurisprudenziali e di diritto positivo diffusi in ambito nazionale; altri sono frutto della creazione originale del giudice europeo. L'insieme di tali principi fa parte qualificante del c.d. *acquis comunitario* e pone la questione di una eventuale codificazione.

La partecipazione dei privati ai procedimenti amministrativi in generale viene presa in considerazione dalla letteratura secondo impostazioni diverse. In particolare, il diritto di essere ascoltato nell'ambito dei procedimenti amministrativi delle istituzioni europee ha trovato sviluppo in letteratura secondo due principali orientamenti: il diritto a una buona amministrazione; i rapporti con l'azione amministrativa in generale, che si ritiene debba essere ispirata a principi di efficienza⁴⁰.

La giurisprudenza europea sembra invece sposare la nozione di partecipazione come *strumento di garanzia*, attraverso il quale realizzare una tutela anticipata delle situazioni giuridiche soggettive e quindi una manifestazione del diritto di difesa. Non trova invece molto spazio la partecipazione come *strumento di democrazia*, che contribuisce a rendere democratico il procedimento attraverso la partecipazione del privato cittadino alle decisioni amministrative; oltre che come *contributo istruttorio al procedimento*, realizzato attraverso la partecipazione di soggetti qualificati, potenzialmente in grado di contribuire all'azione procedimentale e alla tutela di particolari interessi.

Sembra pertanto prevalere l'idea di partecipazione come estrinsecazione del *diritto di difesa*, piuttosto che come strumento per orientare al meglio la scelta dei pubblici poteri. Essa assume particolare importanza soprattutto nelle ipotesi in cui l'amministrazione goda di un ampio potere discrezionale e nei casi di attività amministrativa suscettibile di produrre effetti pregiudizievoli nei confronti dei suoi destinatari⁴¹. Ciò accade in particolare nei procedimenti in materia di concorrenza e di aiuti di Stato, in considerazione dei particolari e delicati poteri conferiti alla Commissione; del delicato sistema che ne prevede in alcuni casi l'articolazione tra questa, le autorità nazionali *antitrust* e i giudici nazionali; ma soprattutto in considerazione dell'ampia discrezionalità di cui gode la stessa Commissione europea come istituzione amministrativa chiave, garante del mercato e custode dei Trattati.

L'obbligo dell'istituzione competente di esaminare in modo imparziale tutti gli elementi rilevanti nella fattispecie e il diritto dell'interessato a far conoscere il proprio punto di vista rappresentano le principali garanzie, perché nella successiva fase giurisdizionale la Corte sia in grado di accertare se nella fase di esercizio dell'azione amministrativa (svolgimento del procedimento) esistessero gli elementi di

⁴⁰ Trib. I grado, sentenza 15 marzo 2006, *Basf c. Commissione*, causa T-15/02.

⁴¹ Sentenze Corte giust., 23 ottobre 1974, *Transocean Marine Paint Association c. Commissione*, causa 17/74; ID., 10 giugno 1986, *Regno Belgio c. Commissione*, causa C-229/97; ID., *Technische Universitaet Munchen*, cit.

fatto e di diritto necessari per l'esercizio del potere discrezionale stesso⁴².

Come recentemente evidenziato, nell'esercizio della sua competenza esclusiva di valutare la compatibilità di misure di aiuto con il mercato interno, la Commissione europea gode di un ampio potere discrezionale, che le consente di compiere complesse valutazioni di ordine economico e sociale, nonché di adottare orientamenti al fine di stabilire i criteri in base ai quali intende effettuare la valutazione, con il solo vincolo della pubblicazione degli stessi⁴³.

A livello nazionale la partecipazione come *strumento di garanzia* trova risvolto nella tendenza della stessa giurisprudenza ad estendere il principio del giusto processo al procedimento, con la conseguenza di anticipare in sede procedimentale molte garanzie tradizionalmente tipiche del processo.

Il Consiglio di Stato ha sostenuto che, nei settori regolati dalle autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio.

Il nostro ordinamento garantirebbe un principio generale di partecipazione al procedimento, senza deroghe o eccezioni, cui andrebbe riconosciuto valore di principio generale dell'ordinamento, strettamente connesso con i canoni costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento. Tale principio non tollererebbe interpretazioni che ne limitino arbitrariamente l'applicazione generalizzata a tutti procedimenti⁴⁴. Il diritto al "giusto procedimento" andrebbe poi tenuto distinto dal diritto alla "giusta sanzione", che incide su una posizione soggettiva individuale. Come è stato evidenziato dalla Corte EDU, una giusta sanzione può essere irrogata al termine di un procedimento iniquo⁴⁵.

Quello del contraddittorio è ritenuto un fondamentale principio giuridico di ordine costituzionale, formalmente inserito all'art. 111 con legge n. 2/1999. In altri sistemi, invece, come in Francia, il principio del contraddittorio è sancito in una norma di legge ordinaria anteposta al codice di rito penale, il c.d. "*article préliminaire*". Al principio del giusto procedimento è stata riconosciuta, entro certi limiti, valenza costituzionale in rapporto ai risvolti connessi alla partecipazione e al contraddittorio⁴⁶.

⁴² Corte giust., *Technische Universität München*, cit.

⁴³ Corte giust., 11 settembre 2008, *Germania e a. c. Kronofrance*, cause C-75/05 P e C-80/05 P, punto 59; ID., 8 marzo 2016, *Grecia c. Commissione*, causa C-431/14 P, punto 68; Corte giust. UE, Grande Sezione, 19 luglio 2016, *Kotnik e a.*, causa C-516/14 – Pres. K. Lenaerts – Avvocato generale N. Wahl.

⁴⁴ Cons. St., Sez. V, 18 novembre 2004, n. 7553.

⁴⁵ CEDU, 25 luglio 2000, *Mattoccia c. Italia*, caso 23969/94, § 85.

⁴⁶ Corte Cost., 23 marzo 2007, n. 103.

Il contraddittorio costituisce manifestazione della funzione giurisdizionale e rappresenta un necessario corollario del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione. Il principio informa di sé anche le attività delle Autorità indipendenti, nell'esercizio dei poteri di *rulemaking* e *adjudication* cui si ritiene applicabile l'art. 6 CEDU e le regole partecipative servirebbero in parte a compensare il *deficit* di democraticità che le caratterizza⁴⁷.

La stessa giurisprudenza amministrativa, in passato fredda nei confronti delle richieste avanzate dai partecipanti ai procedimenti delle autorità indipendenti, è oggi orientata a riconoscere ai destinatari dei provvedimenti delle autorità il diritto di partecipazione al procedimento e di contraddittorio tra le parti, quali garanzie minime in assenza di una responsabilità politica delle autorità stesse⁴⁸.

In controtendenza, tuttavia, il giudice amministrativo italiano ha affermato che le norme costituzionali a garanzia del diritto di difesa e del giusto processo riguardano espressamente il giudizio e non il procedimento amministrativo, che non è assimilabile al primo⁴⁹.

Sotto il profilo costituzionale, la disciplina del procedimento amministrativo, anche di tipo sanzionatorio, sarebbe vincolata al solo rispetto dei principi di pari trattamento, imparzialità e buon andamento dell'amministrazione⁵⁰, nonché al principio di legalità, sempre sotteso all'operare della pubblica amministrazione.

1.5. Procedimenti sanzionatori e autorizzatori

La Corte di giustizia si è a lungo concentrata sui procedimenti finalizzati all'emanazione di provvedimenti di natura sanzionatoria, riconoscendo espressamente il diritto alla difesa anche prima della fase giurisdizionale vera e propria.

È stato chiarito che in qualsiasi procedimento con cui possono essere inflitte sanzioni, specie ammende o penalità di mora, il diritto di difesa costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario, che va osservato anche se si tratta di un procedimento di natura amministrativa⁵¹.

Il Tribunale di primo grado si è poi spinto oltre, estendendo l'applicazione del principio a tutti gli atti amministrativi con una portata sfavorevole verso i suoi di-

⁴⁷ CEDU, 21 gennaio 2014, *Placi v. Italy*, ricorso n. 48754/11.

⁴⁸ TAR Lazio, 4 maggio 1999, n. 997.

⁴⁹ Cons. St., Sez. VI, nn. 1595 e 1596.

⁵⁰ Artt. 3 e 97 Cost.

⁵¹ Corte giust. CE, 13 febbraio 1979, *Hoffmann – La Roche c. Commissione*, causa C-85/76, in *Racc.*, p. 464 ss., § 9; ID., 9 novembre 1983, *Nederlandsche Banden – Industrie – Michelin c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-322/81, in *Racc.*, p. I-3466 ss., § 7; ID., 10 luglio 1986, *Belgio c. Commissione*, causa C-234/84, in *Racc.*, p. I-2340 ss., § 28; ID., Sez. V, 29 giugno 1994, *Fiskano c. Commissione*, causa C-135/92, in *Racc.*, p. I-2899 ss., §§ 39-40.

retti destinatari e verso i terzi esclusi da un beneficio concesso ad altri, pur senza specificare la portata individuale o generale dell'atto in questione. È stato chiaramente affermato che il rispetto del diritto di difesa in qualsiasi procedimento instaurato a carico di una persona che possa sfociare in un atto lesivo della stessa costituisce un principio fondamentale del diritto europeo e va garantito, anche se non vi è alcuna normativa che riguardi il procedimento in questione. Tale principio imporrebbe che i destinatari di decisioni che pregiudichino in maniera sensibile i loro interessi siano messi in condizione di far conoscere utilmente il proprio punto di vista⁵². Da qui il prevalere dell'impostazione garantista evidenziata, che guarda alla posizione "individuale" del soggetto coinvolto nel procedimento e titolare di interessi essenzialmente di tipo oppositivo.

Per quel che attiene specificamente al settore della concorrenza, il principio impone alla Commissione l'obbligo di porre gli interessati in grado di presentare osservazioni circa gli addebiti loro mossi, di informarli delle circostanze di fatto sulle quali gli addebiti sono fondati e delle conclusioni che se ne traggono, prima di procedere all'irrogazione della sanzione. In senso analogo, negli Stati Uniti la *due process clause* trova il suo campo applicativo di elezione nei procedimenti che incidono su "*life, liberty e property*", qualificabili come interessi oppositivi, mentre la sua applicazione è molto debole per gli interessi di natura pretensiva.

Come evidenziato, il diritto di essere sentiti rappresenta uno delle garanzie procedurali di maggior rilievo nel procedimento amministrativo europeo. Elaborato in settori specifici del diritto europeo, esso si è gradualmente esteso ad altre materie, sino ad essere considerato un principio generale del diritto europeo, rilevante in qualsiasi procedimento, anche preliminare, in cui l'esercizio del potere da parte dell'amministrazione potesse avere esiti pregiudizievoli per il singolo. È stato riconosciuto dalla giurisprudenza europea nei procedimenti autorizzatori, ma in generale è volto a riconoscere una tutela in tutti i tipi di procedimenti⁵³.

La giurisprudenza di Strasburgo, considera coperti dalle garanzie di cui all'art. 6 CEDU sia i procedimenti autorizzatori che quelli concessori (nonché i conseguenti procedimenti di revoca dei medesimi), che incidano significativamente sull'esercizio di un'attività economica o comunque sulla possibilità per il destinatario di produrre reddito⁵⁴.

⁵² Corte giust., Sez. VI, 24 ottobre 1996, *Commissione c. Lisrestal et al*, causa C-32/95P, § 21; ID., Sez. V, *Mediourso c. Commissione*, causa C-462/98, in *Racc.*, pp. I-7196, § 36.

⁵³ Corte giust. CE, 27 giugno 1991, *Al – Jubail Fertilizer Company (SAMAD) e Saudi Arabian Fertilizer Company (SAFCO) c. Consiglio delle Comunità europee*, causa C-49/88.

⁵⁴ CEDU, 23 ottobre 1985, *Bentham v. the Netherlands*, n. 8848/80; ID., 2 settembre 2010, *Rumpf v. Germany*, n. 46344/06; ID., 28 maggio 2002, *Kingsley v. the United Kingdom*, n. 35605/97; ID., 13 febbraio 2003, *Chevroil v. France*, n. 49636/99, §§ 49-56; CEDU, 6 aprile 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, n. 34369/97. Anche i procedimenti autorizzatori previsti a tutela della salute pubblica possono