

I procedimenti di accertamento della violazione della disciplina europea della concorrenza. Pluralità di autorità a presidio di uno stesso diritto (*).

GIANLUCA ROMAGNOLI

SOMMARIO: 1. Il passaggio da un modello d'applicazione accentrata ad uno di tipo decentrato del diritto europeo della concorrenza (reg. UE 1/2003). – 2. Il superamento delle differenze procedurali tramite il ricorso ai principi comuni. – 3. Alcune conseguenze dell'applicazione dell'art. 6 CEDU. – 4. Cenni alla disciplina della fase istruttoria del procedimento amministrativo europeo. – 5. *Continua...* Cenni alla fase decisionale. – 6. Cenni alla disciplina del procedimento innanzi ad AGCM.

1. Il passaggio da un modello d'applicazione accentrata ad uno di tipo decentrato del diritto europeo della concorrenza (reg. UE 1/2003).

La realizzazione di un mercato comune europeo – ove le imprese possono competere su un piano di parità sostanziale (art. 3, par. 3, TFUE)¹ – è stata perseguita con la fissazione di alcune regole fondamentali (artt. 81 – 82 Trattato CE, ora artt. 101 – 102 TFUE) e con l'affidamento alla Commissione del compito di garantirne il rispetto.

Per oltre quarant'anni la Commissione s'è così vista riconoscere il “monopolio” della vigilanza in materia, riservandosi alle autorità nazionali – tenute ad un intenso obbligo di collaborazione – il presidio delle corrispondenti regole domestiche.

La realizzazione di un processo d'integrazione europea – il maturare di una sensibilità comune per le tematiche della concorrenza – in uno con l'ingresso di nuovi paesi nell'Unione², ha evidenziato la necessità di ottimizzare l'impiego delle risorse della Commissione³ e delle “amministrazioni nazionali” con un sostanziale superamento del previgente regime. Quindi, con il reg. UE n. 1/2003 si è dato corso ad un mutamento di fondo, attribuendo alle autorità nazionali la vigilanza sull'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE (art. 5, reg. UE n. 1/2003), cui s'è accompagnato il loro inserimento in un sistema “a rete” mirante a garantire un intervento regolatorio coerente, uniforme ed integrato, al cui “vertice” – per una ragione di coordinamento – è posta la Commissione, nella sua veste di autorità garante della concorrenza⁴. A questa spetta un generale potere di

(*) Il presente scritto è destinato al volume collettaneo, M. FRIGESSI DI RATTALMA (a cura di), *Disciplina della concorrenza in ambito assicurativo*, in corso di pubblicazione con l'editore Giappichelli.

¹ V. F. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*⁶, Padova, 2010, pp. 629 – 630.

² V. L. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, 2005, p. 4 ss.

³ Sulle ragioni della riforma del sistema, per tutti, si vedano, S. BASTIANON, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 5; B. NASCIMBENE, *Sub art. 1*, in A. ADINOLFI - L. DANIELE - B. NASCIMBENE - S. AMADEO, (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al reg. CE n. 1/2003*, Milano, 2007, p. 15, nonché A. POLICE, *Tutela della concorrenza e poteri pubblici*, Torino, 2007, p. 82, i quali pongono l'accento sulla necessità di ridurre il carico di lavoro della Commissione, nella sua veste di autorità europea della concorrenza.

⁴ Come sottolineato dalla più attenta dottrina – L. TORCHIA, *La tutela della concorrenza e sistema europeo dei pubblici poteri tra integrazione e decentramento*, in L. TORCHIA (a cura di), *Lezioni di*

orientamento, collaborativo poiché le autorità domestiche possono sempre, nell'ambito della loro autonomia operativa, consultarla preventivamente (art. 11, par. 5, reg. UE n. 1/2003) e le si riserva una "supremazia funzionale" che si sostanzia in un generale potere di "avocazione"⁵ delle questioni oggetto d'indagine da parte delle amministrazioni nazionali (art. 11, par. 6, reg. UE n. 1/2003). Il principio della stretta collaborazione tra Commissione ed autorità domestiche (art. 11, par. 1, reg. UE n. 1/2003), infatti, si sostanzia in diverse prescrizioni tendenti a garantire linee operative ed interpretative uniformi da parte di tutte le entità appartenenti alla rete⁶, incaricate di procedere autonomamente all'applicazione ed attualizzazione di norme costruite attraverso clausole generali nel corso di un controllo di conformità successivo delle condotte⁷.

In particolare le autorità nazionali possono verificare autonomamente la compatibilità concorrenziale di una determinata condotta⁸, informando la Commissione sia della loro iniziativa che della decisione che intendono assumere in esito all'istruttoria (art. 11, par. 3 e 4, reg. UE n. 1/2003), risultando limitate unicamente dalla preventiva iniziativa della seconda, comunque, abilitata ad "interferire" con la loro attività d'accertamento. Infatti, l'iniziativa dell'autorità europea priva quelle nazionali del potere autonomo di verifica (art. 11, par. 6, reg. UE n. 1/2003) e, comunque, previa consultazione, dell'amministrazione domestica procedente, quella europea può assumere – come anticipato – l'accertamento⁹.

*diritto amministrativo progredito*², Bologna, 2012, pp. 305 – 306 – la posizione di "supremazia" della Commissione, nell'ambito della rete europea, non si caratterizza per essere di tipo gerarchico ma funzionale, per essere investita di una serie di poteri, anche di secondo grado, che le consentono di garantire l'unità dell'azione di sistema.

⁵ V. A. POLICE, *op. cit.*, p. 89, nota 104.

⁶ Per garantire l'uniforme applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, peraltro, l'art. 1, par 2, reg. UE n. 1/2013, così rubricato, prevede un obbligo di uniformazione delle autorità nazionali alle decisioni di quella europea, disponendo che quando le prime "si pronunciano su accordi, decisioni o pratiche concordate ai sensi dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che sono in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione".

⁷ Una delle idee guida della riforma era – oltre quella dell'applicazione decentrata del diritto europeo della concorrenza – quella di accentuare la rilevanza del controllo successivo delle condotte delle imprese – BASTIANON, *op. cit.*, pp. 15 – abolendo l'istituto dell'autorizzazione preventiva degli accordi, pratiche concordate o decisioni legittime, in deroga all'art. 101, par. 1, TFUE, che "contribuiscono a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva (...)".

⁸ Per quanto concerne i criteri di c.d. divisione del lavoro tra autorità nazionali interessate allo stesso caso, tendenti a privilegiare l'amministrazione che risulta in grado di garantire l'azione più efficace, si veda la *Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza* (2004), in www.eurolex.eu, spec. Cap. 2, per una sintesi dei quali si rinvia a, S. BASTIANON, *op. cit.*, pp. 107 – 108.

⁹ Il coordinamento tra iniziative della Commissione e quelle delle amministrazioni nazionali si rinviene poi anche rispetto alla possibilità di concludere l'istruttoria già avviata da una d'esse relativamente ad un fatto che un'altra si trovi ad esaminare per seconda. Invero, l'art. 13 par 1, reg. UE n. 1/2003 prevede che "il fatto che un'autorità garante della concorrenza stia esaminando il caso costituisce, per l'altra autorità, un motivo sufficiente per sospendere il procedimento o per respingere la denuncia. La Commissione può analogamente respingere una denuncia qualora

Osservando le regole d'azione fissate dai rispettivi ordinamenti, in altri termini, le autorità nazionali si affiancano alla Commissione nell'applicazione diretta del corpo normativo ricavabile dagli artt. 101 e 102 TFUE e dell'art. 1, reg. UE n. 1/2003, verificando se decisioni, comportamenti o pratiche concordate tra imprese hanno l'effetto di restringere la concorrenza o se - comunque - siano compatibili con il mercato interno o, ancora, se le imprese che si trovano in una posizione dominante abusano della loro situazione di vantaggio, condizionando illegittimamente le scelte degli altri operatori economici.

E' da sottolineare, dunque, come l'unitaria applicazione degli artt. 101 e 102 del TFUE si presenti come il "prodotto" di regole procedurali diverse perché quelle determinazioni conformative contemplate dall'art. 5, reg. UE n. 1/2003 (ordine di cessazione dell'infrazione, definizione di misure ripristinatorie, comminatoria di sanzioni) giungono al termine di un confronto differenziato, le cui caratteristiche dipendono dall'identità dell'autorità procedente¹⁰.

2. Il superamento delle differenze procedurali tramite il ricorso ai principi comuni.

Il reg. UE n. 1/2003 non fissa particolari *standard* procedurali cui si devono adeguare i soggetti investiti della vigilanza manifestando un'evidente fiducia nei confronti degli ordinamenti dei singoli paesi membri. La disciplina europea, invero, presuppone omogeneità ed adeguatezza delle scelte organizzative delle varie autorità e confida che le eventuali differenze possano essere superate attraverso i diversi canali di dialogo istituzionale che legano soggetti orientati da una comune sensibilità per le tematiche della concorrenza.

Dunque ampia ed evidente è l'apertura ed il rinvio ai regimi amministrativi domestici. Il sedicesimo considerando del reg. UE n. 1/2003, nell'introdurre il tema dello scambio di informazioni tra autorità appartenenti alla rete afferma che "i diritti di difesa di cui godono le imprese nei vari ordinamenti possono essere considerati sufficientemente equivalenti". Poi, nel prendere posizione sulle modalità d'esercizio dei poteri strumentali, il primo paragrafo dell'art. 22, reg. UE n. 1/2003, prevede che ai fini dell'accertamento di un'infrazione all'art. 81 od 82 del trattato, "l'autorità della concorrenza di uno stato membro può procedere sul proprio territorio a qualsiasi accertamento o altra misura di acquisizione dei fatti prevista dalla legislazione nazionale in nome e per conto dell'autorità garante della concorrenza di un altro stato membro". Il successivo paragrafo, per quanto concerne le richieste d'accertamento ritenute necessarie od ordinate dalla Commissione, poi, prescrive che "i funzionari delle autorità garanti degli stati membri incaricati di procedere agli accertamenti così come quelli da esse

questa sia all'esame dell'autorità garante della concorrenza dello stato membro". Il paragrafo successivo prosegue poi disponendo che "qualora un'autorità garante della concorrenza o la commissione abbiano ricevuto una denuncia contro un accordo, una decisione di una associazione o una pratica concordata già trattata da un'altra autorità garante della concorrenza, tale denuncia può essere respinta".

¹⁰ L'art. 5, par. 1, reg. UE n. 1/2003, si deve sottolineare, rinvia all'ordinamento della autorità domestica precedente anche per quanto concerne il profilo sanzionatorio. Infatti la quarta allinea prevede che l'amministrazione può "comminare ammende, penalità di mora o qualunque altra sanzione prevista dall'ordinamento nazionale".

autorizzati o nominati esercitano i loro poteri conformemente alla legislazione nazionale”¹¹.

La mancata indicazione di *standard* procedurali ¹² non è d’ostacolo all’individuazione di un livello minimo di garanzia e dunque di parametri di condotta omogenei, destinati ad informare i comportamenti delle autorità appartenenti alla rete poiché queste sono tenute ad osservare alcuni principi europei, oggetto di interpretazione evolutiva da parte dei giudici dell’Unione¹³. Infatti, l’unico criterio procedurale “espresso” di portata generale dell’art. 2, reg. UE n. 1/2003 – attinente all’onere della prova – può ritenersi inserito in un più ampio contesto di elementi che sono oggetto di ricognizione, in specie, da parte dell’art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali¹⁴. Nel definire la portata della formula giurisprudenziale “diritto ad una buona amministrazione”¹⁵, invero,

¹¹ Anche la disciplina delle ispezioni in luoghi diversi dalla sede dell’impresa o locali di sua pertinenza risulta subordinata alle regole procedurali dello stato in cui devono essere svolte. La decisione della Commissione, suscettibile d’impugnazione solo innanzi alla Corte di giustizia (art. 21, par 2, reg. UE n. 1/2003), non può essere eseguita senza la preventiva autorizzazione dell’autorità giudiziaria del paese membro interessato (art. 21, par. 3, reg. UE n. 1/2003). Questa, che non può mettere in discussione la necessità degli accertamenti richiesti né richiedere informazioni contenute nel fascicolo della Commissione, è chiamata all’esercizio di un controllo di tipo amministrativo in merito all’autenticità della domanda, relativamente alla non arbitrarietà e proporzionalità della misura rispetto alla gravità della presunta infrazione, nonché dell’importanza della prova richiesta e della ragionevole probabilità che gli elementi d’interesse siano conservati nei luoghi per cui si richiede l’autorizzazione. Ai fini di tale controllo, quindi, si ammette che l’autorità giudiziaria possa chiedere alla Commissione – anche tramite il garante nazionale della concorrenza – “una spiegazione dettagliata degli elementi che sono necessari per permetterle di verificare la proporzionalità delle misure coercitive previste”.

¹² S. BARIATTI, *Commissione europea e autorità nazionali. L’applicazione decentrata del diritto comunitario*, in P. BARUCCI - C. RABITTI BEDOGNI, (a cura di), *20 anni di antitrust. L’evoluzione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, I, Torino, 2010, p. 358.

¹³ Così anche, L. TORCHIA, *op. cit.*, p. 308, secondo la quale l’obbligo di applicare direttamente il diritto europeo della concorrenza, o di garantirne la supremazia, deve essere attuato secondo le indicazioni della disciplina nazionale dell’autorità precedente e la relativa revisione giudiziale deve avvenire secondo le corrispondenti regole con il limite della compatibilità del diritto procedurale nazionale con i principi del diritto europeo. E’, comune affermazione, anche per quanto concerne la disciplina nazionale - P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*², Il Mulino, Bologna, 2012, p. 348 – quella secondo cui, pur non operando per quanto concerne la materia procedimentale il rinvio interpretativo posto dall’art. 1, comma 4, l. 287/1990, le pronunzie dei giudici dell’Unione sui provvedimenti della Commissione rappresentano – in ogni caso - un parametro di valutazione della legittimità delle scelte e delle soluzioni delle autorità nazionali. Sul tema si veda altresì, A. TIZZANO, *Il contributo dei giudici dell’Unione europea allo sviluppo del diritto della concorrenza*, in P. BARUCCI - C. RABITTI BEDOGNI, (a cura di), *20 anni, cit.*, p. 87 ss.

¹⁴ Cui l’art. 6, par. 1, TUE attribuisce lo stesso valore giuridico dei trattati.

¹⁵ Sulla portata della disposizione e sui suoi riflessi sull’azione delle amministrazioni domestiche, con particolar riferimento alla legge generale sul procedimento amministrativo, v. M. TRIMARCHI, *L’art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell’attività amministrativa in Italia*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 537 ss. L’autore, nel sottolineare la rilevanza ermeneutica sistematica della disposizione che pone una definizione del concetto - di rilievo costituzionale – oggetto di una variegata ricostruzione da parte della dottrina e della giurisprudenza, reputa però che – in principio - la sua violazione non possa portare all’annullamento della determinazione sfavorevole, dovendosi per lo più regolare le conseguenze del procedimento non conforme al principio sul

l'ultima disposizione prevede che ad ogni soggetto deve essere garantito che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo, in un termine ragionevole (art. 1, par. 1, Carta dei diritti fondamentali UE), assicurandogli il diritto di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli arrechi un pregiudizio (par. 2, lett. a).

Il diritto ad una trattazione equa ed imparziale delle questioni che interessano i soggetti tenuti al rispetto del diritto dell'Unione – se non ci si inganna – acquista una rilevanza particolare rispetto ai procedimenti contenziosi quali quelli relativi all'applicazione del diritto della concorrenza; rilevanza che, ulteriormente, si accentua alla luce della distinzione tra sue fasi, l'una – quella istruttoria – sostenuta dagli uffici burocratici e la seconda – quella decisionale – di competenza esclusiva della Commissione in funzione di autorità *antitrust*. Il richiamo all'imparzialità, in presenza di una contrapposizione tra parte pubblica e parte privata, evidenzia la percepita necessità d'assicurare ad entrambe un identico trattamento, garantendo loro la possibilità di un confronto effettivo e paritario in quanto presupposto imprescindibile d'una corretta decisione finale, indipendentemente dal fatto che sia l'organo decidente che l'ufficio inquirente appartengono allo stesso apparato amministrativo.

I principi fissati dalla Carta dei diritti fondamentali, poi, possono essere considerati suscettibili d'integrazione grazie al rinvio aperto operato dall'art. 52 della stessa alla convenzione EDU e all'interpretazione evolutiva del giudice di Strasburgo, depositario esclusivo della corretta esegesi della convenzione¹⁶. Il primo articolo, col prescrivere che la previsione dei diritti garantiti dalla Carta, se corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, devono essere interpretati e riconosciuti nei termini previsti da quest'ultima, conduce immediatamente a porre l'attenzione sull'art. 6, rubricato "diritto ad un equo processo"¹⁷. La

piano risarcitorio. Dubita, dunque, che dall'art. 41 della Carta possa derivare un'incompatibilità con il sistema dell'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990 che circoscrive la rilevanza invalidante dei vizi formali. Se non ci si inganna, però, le pacate considerazioni dello studioso non sembrano suscettibili di estensione ai procedimenti sanzionatori rispetto cui – nonostante una giurisprudenza domestica contraria – è dato dubitare dell'applicabilità della disposizione della legge sulla trasparenza. Sul problema, mi sia consentito rinviare a G. ROMAGNOLI, *La potestà sanzionatoria amministrativa a presidio della disciplina dell'abbinamento di mutui immobiliari o contratti di credito al consumo a polizze vita (art. 28, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1). Condotte punibili e modalità di esercizio dell'azione pubblica*, (2014), p. 23 ss, in www.giustamm.it.

¹⁶ V. Cort. cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 - 349, in *Foro it.*, 2008, I, c. 40 ss.

¹⁷ Art. 6 CEDU 1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

pacifica giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo reputa, infatti, doveroso il riconoscimento di alcune garanzie procedurali - e dei loro ulteriori corollari - non solo nei processi penali e civili ma anche nei procedimenti amministrativi sanzionatori od in quegli altri da cui possano derivare prescrizioni restrittive dei diritti del loro soggetto passivo¹⁸. Mosso da un'esigenza di effettività della tutela, il giudice di Strasburgo non si ritiene vincolato dalle qualificazioni formali del diritto dell'ordinamento oggetto di osservazione, orientandosi per l'applicazione dell'art. 6 CEDU ogni qual volta ci si trovi innanzi ad un primo esercizio del potere punitivo od a quello di un potere che ridefinisce o comprime il godimento dei diritti del singolo¹⁹.

In altri termini, il giudice della convenzione attribuisce alle nozioni di "tribunale", di "accusa penale" dell'art. 6 CEDU un significato proprio e diverso rispetto a quello riconosciuto nei diversi paesi, al dichiarato fine di assicurare un'applicazione sostanziale della disciplina dell'equo processo, nei singoli stati membri del consiglio d'Europa²⁰. Sono rilevanti, dunque, non solo le sanzioni testualmente definite penali ma anche quelle previste per la violazione di norme dirette alla generalità dei consociati, quando esse risultano caratterizzate da una finalità punitiva²¹.

All'arricchimento degli *standard* procedurali di riferimento del procedimento *antitrust*, peraltro, non osta l'atteggiamento di chiusura della giurisprudenza europea che tende a negare – per ragioni eminentemente pratiche e di opportunità²² – che la Commissione possa essere considerata un tribunale ai

3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: (a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza.

¹⁸ M. ALLENA, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, p. 36 ss.

¹⁹ M. ALLENA, *op. cit.*, p. 167. Per una recentissima riaffermazione di tale posizione rispetto ai procedimenti sanzionatori di Consob, si veda, Cort. Edu, 4 marzo 2014, C. 18640/10, par. 94, in www.echr.coe.int.

²⁰ Cort. Edu, 8 giugno 1976, C. 5101/71, par. 81 – 82, in www.echr.coe.int.

²¹ Con specifico riguardo alle sanzioni *antitrust*, si veda, Cort. Edu, 27 settembre 2011, C. 43509/08, par. 43 in www.echr.coe.int.

²² I giudici del Lussemburgo hanno più volte escluso l'applicazione dell'art. 6 CEDU ai procedimenti condotti dalla Commissione, considerando la disposizione convenzionale norma di carattere processuale, come tale estranea all'azione d'un'amministrazione europea o negando la natura penale della sanzione comminata. Tra le tante pronunzie si veda, Trib. I grado CE, 13 luglio 2011, C. 138/07, in www.europa.eu, ove viene assunta una posizione, palesemente in contrasto con l'impostazione della giurisprudenza di Strasburgo, verosimilmente giustificata dalla ragione eminentemente pratica di non appesantire eccessivamente l'azione della autorità, come evidenziato da, M. ALLENA, *op. cit.*, pp. 93, cui si rinvia per l'esame di altre sentenze. In senso contrario, e per un'adesione all'impostazione giurisprudenziale, esprimendosi per esclusione dell'applicazione degli istituti processuali ai procedimenti europei *antitrust*, si veda, M. TODINO, voce *Il procedimento antitrust dinnanzi alla commissione europea*, in L. PACE, (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, p. 184.

sensi dell'art. 6 CEDU e, quindi, esclude che la sua attività debba rispettare le prescrizioni convenzionali. Infatti, la chiusura dei giudici europei non si concilia con l'approccio funzionale della CEDU²³ ed è incoerente sia rispetto al modello dell'applicazione decentrata del diritto della concorrenza posto dal reg. UE 1/2003, sia rispetto all'omogeneità dei comportamenti che si devono pretendere dai soggetti appartenenti alla rete. La Corte di Strasburgo, pur non essendosi ancora pronunciata sull'applicabilità dell'art. 6 CEDU ai procedimenti *antitrust* europei, si è positivamente espressa rispetto ai procedimenti d'applicazione del diritto della concorrenza domestici²⁴. Dunque, pare quanto meno contraddittorio reputare che l'art. 6 CEDU rileva quando il diritto della concorrenza europea è applicato da un'autorità nazionale (periferica) ma non anche quando invece vi procede quella "centrale"²⁵.

3. Alcune conseguenze dell'applicazione dell'art. 6 CEDU.

La lettura delle prescrizioni dei regolamenti europei, come interpretati ed integrati attraverso l'art. 6 CEDU, porta ad accentuare la funzione garantistica delle regole procedurali, superando quella lettura riduttiva secondo cui la loro eventuale violazione rileverebbe, rispetto alla validità del provvedimento finale, solo se possa – *a posteriori* – apparire in grado di condizionare la decisione o l'effettivo esercizio del diritto di difesa dell'indagato.

Nel concretizzare i precetti il giudice di Strasburgo ha precisato che l'accusa è tenuta, prima di tutto, a predisporre e notificare un atto di contestazione assolutamente dettagliato e quanto più prossimo all'accertamento, consentendo alla difesa di avere accesso a tutte le prove anche a discarico²⁶. Le prove a carico dell'indagato, peraltro, non sono suscettibili di considerazione ai fini della decisione se non vengono acquisite dall'amministrazione procedente tramite assunzione in pubblica udienza o confermate nel corso di questa, onde consentire

²³ M. ALLENA, *op. cit.*, p. 89.

²⁴ Infatti, chiamata a pronunciarsi sull'applicabilità delle garanzie dell'art. 6 CEDU al procedimento sanzionatorio di AGCM, Cort. Edu, 27 settembre 2011, C. 43509/08, ne ha affermato la natura penale, escludendo l'incompatibilità della soluzione domestica con il diritto della convenzione in quanto, comunque, a posteriori sarebbe assicurata una revisione giudiziale piena del provvedimento afflittivo da parte del giudice amministrativo, aspetto, si sottolinea, che non elimina il fatto che il mancato rispetto, da parte dell'autorità nazionale dei precetti dell'art. 6, costituisca inadempimento ad un obbligo convenzionale e che, quindi, non può essere considerata ragione di un loro affrancamento, come sottolinea, M. ALLENA, *op. cit.*, p. 167.

²⁵ La chiusura della giurisprudenza europea non sembra, peraltro, totale poiché, alterna a negazioni significative aperture. Così se da un lato, per ragioni di opportunità, si nega la natura penale del procedimento sanzionatorio per impedire all'indagato di controinterrogare i testi sulle cui dichiarazioni è fondata la contestazione degli addebiti - M. ALLENA, *op. cit.*, p. 89 - dall'altro non si esita a riconoscergli quella natura ai fini dell'applicazione del principio di irretroattività del trattamento deteriore - Trib. I grado CE, 13 luglio 2011, C. 138/07, cit. - superando quell'impostazione restrittiva, fondata sul principio di specialità, secondo cui le garanzie procedurali rilevanti dovrebbero essere solo quelle previste testualmente dal reg. UE n. 1/2003, M. ALLENA, *op. cit.*, p. 89 e p. 91 ss, cui si rinvia per l'esame di altre aperture della giurisprudenza dei giudici del Lussemburgo.

²⁶ Cort. Edu, 11 luglio 2002, C. 4577/11, par. 57; Cort. Edu, 25 luglio 2000, C. 23969, par. 65, entrambe in, www.echr.coe.int

al sanzionando un esame diretto e completo degli elementi raccolti a sostegno della sua colpevolezza²⁷. Il privato, dunque, non solo deve poter contare sulla garanzia offertagli dall'immediatezza del contraddittorio orale ma anche su quella complementare rappresentata dal controllo svolto dalla generalità dei consociati sull'agire della pubblica amministrazione²⁸.

Ancora, per il giudice di Strasburgo, non è sufficiente che la regola procedimentale preveda la possibilità di un accesso ai documenti, se quello è sottoposto ad una preventiva verifica d'ammissibilità da parte dell'amministrazione procedente o di un suo organo. Infatti, il principio di parità delle armi consente all'autorità solamente in casi predeterminati e tassativi, per ragioni di tutela dell'interesse pubblico generale, la limitazione dell'accesso al materiale raccolto, dando luogo ad un'attenuazione di quello che, altrimenti, si sostanzia in un suo vero ed ampio obbligo di attivazione. La P.A., invero, è in principio tenuta a facilitare l'indagato nella sua opera d'acquisizione completa del materiale che lo riguarda, indipendentemente dalla valenza sfavorevole o favorevole di alcune sue parti. Obbligo d'attivazione e collaborazione che è, peraltro, inteso in modo particolarmente rigoroso; si ritiene, infatti, che pure l'eventuale omessa ostensione di un documento – anche neutro rispetto al fondamento della contestazione – integra quella lesione del contraddittorio che inficia inesorabilmente la validità del provvedimento, risultando indifferente che quella – od altra violazione procedimentale – non abbia avuto alcuna incidenza sulla decisione finale²⁹.

Non meno rilevante, da ultimo, è il principio di presunzione di innocenza (art 6, comma 3, CEDU), sia per quanto riguarda l'addossamento alla p.a. procedente dell'onere della prova, sia per quanto concerne la concreta applicazione della pena. Per il giudice di Strasburgo le sanzioni amministrative determinate con un procedimento non rispettoso dei principi del giusto processo, non sono eseguibili prima dell'inutile scadenza dei termini d'impugnazione giurisdizionale o prima che quella revisione si sia conclusa. Si reputa, infatti, incompatibile con la presunzione d'innocenza anche l'esecuzione d'una pena comminata senza rispettare le regole convenzionali, potendosi ritenere superato l'effetto preclusivo del principio solo al termine di un "equo procedimento" od, in difetto, attraverso un successivo giusto processo, celebrato da un giudice munito di un potere di revisione piena estesa al merito³⁰.

²⁷ Cort. Edu, 20 gennaio 2011, C. 25041/07, par. 52, in www.echr.coe.int. Nello stesso senso, con riferimento ai procedimenti sanzionatori di Consob, che non riconoscono parità di posizioni tra accusa e difesa e negano a questa la garanzia di un confronto in un'udienza pubblica, si veda, Cort. Edu, 4 marzo 2014, C. 18640, cit., par. 122 -123, che ha anche ricordato come la soppressione del confronto orale può essere giustificato solo in casi assolutamente eccezionali. Richiamando la propria costante giurisprudenza, il giudice di Strasburgo ha ribadito che tale fase può ammettere deroghe, in ipotesi limite, di cause semplici, che non sollevano questioni di attendibilità delle prove e dunque la decisione finale può essere presa "in maniera equa e ragionevole sulla base delle conclusioni scritte delle parti e degli altri documenti contenuti nel fascicolo".

²⁸ Cort. Edu, 30 giugno 2011, C. 25041/07, par. 52, in www.echr.coe.int.

²⁹ Cort. Edu, 15 gennaio 2009, C. 8927/02, par. 47, in www.echr.coe.int.

³⁰ Cort. Edu, 17 gennaio 2008, C. 44298/02, par. 1 - 2, Cort. Edu, 27 gennaio 2000, C. 9631/04, par. 50, entrambe, in www.echr.coe.int.

In conclusione, per la giurisprudenza EDU, il procedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie deve “ricalcare” quanto più possibile gli schemi giurisdizionali. Infatti, quell’equiparazione funzionale tra l’uno e l’altro porta ad ammettere una deroga eccezionale all’osservanza più rigorosa dei principi convenzionali - compensabile in un successivo processo innanzi ad un giudice munito di *ful jurisdiction* - solo quando si faccia questione di illeciti minori, oggetto di lievissime sanzioni, il cui accertamento possa compiersi sulla base di attendibili elementi di prova documentale³¹. In altre parole, v’è spazio per un contemperamento tra salvaguardia della posizione dell’indagato ed efficienza dello strumento sanzionatorio³², con rinvio del confronto pieno alla fase contenziosa giurisdizionale, unicamente quando si ha riguardo all’applicazione - fondata su prove obiettivamente attendibili - di previsioni “minimamente afflittive”, la cui tenue forza punitiva è però da verificare di volta in volta.

4. *Cenni alla disciplina della fase istruttoria del procedimento amministrativo europeo.*

Il procedimento europeo *antitrust* si compone di due fasi, rispettivamente, quella istruttoria e quella, successiva, della decisione. La prima diretta all’acquisizione dei fatti e degli elementi utili per la ricostruzione ed apprezzamento di un determinato fenomeno che è oggetto d’attenzione da parte dell’amministrazione. La seconda in cui i vari elementi e dichiarazioni acquisite al procedimento vengono ponderate per giungere ad una determinazione che conclude lo stesso procedimento. Provvedimento che, in caso d’accertamento dell’illegittimità della condotta esaminata, potrà avere un contenuto diverso, ammettendosi che all’ordine di cessazione dei comportamenti vietati possano accompagnarsi altre prescrizioni conformative nonché la comminatoria di una sanzione pecuniaria (art. 5 e 7, reg. UE n. 1/2003)³³.

Come nel diritto domestico, l’avvio formale del procedimento è preceduto da una fase preliminare di raccolta di elementi giustificativi della specifica attività. Infatti, prima della notifica dell’atto contenente gli addebiti, che ne segna l’inizio, la Commissione, d’ufficio o su denuncia di parte, senza essere vincolata da termini fissi, può indagare, richiedendo informazioni e documenti od, ancora, esercitare anche più invasivi poteri istruttori al fine di raccogliere elementi di valutazione della non manifesta infondatezza del proprio primo sospetto³⁴. In particolare, a seconda della complessità della situazione e della sua delicatezza, le

³¹ Cort. Edu, 29 settembre 2011, C. 3127/09, par. 38, in www.echr.coe.int, ribadisce il principio della rigorosa osservanza di tutte le garanzie procedurali, anche in caso di sanzioni di lievissima entità, quando non vi sia certezza in merito all’attendibilità del materiale probatorio, escludendo che possa attribuirsi certezza alle affermazioni contenute in un verbale redatto dagli agenti accertatori della sanzione senza che quanto dichiarato dagli stessi fosse supportato da strumenti di rilevazione obbiettiva.

³² Cort. Edu, 23 novembre 2006, C. 73053/01, par. 40, cit.

³³ M. TODINO, *op. cit.*, p. 185. Diversamente, per una distinzione tra fase precedente e successiva alla contestazione degli addebiti, intendendo la seconda in modo omnicomprensivo come di verifica dell’attendibilità degli elementi raccolti prima dell’avvio del procedimento formale, v. Corte giust. CE, 29 settembre 2011, C. 521/09, in www.europa.eu.

³⁴ Infatti, la Commissione è abilitata ad esercitare i poteri di indagine contemplati dal titolo V del reg. UE n. 1/2003, prima dell’avvio del procedimento.

è dato optare per la più semplice richiesta di notizie, innescando un dovere di collaborazione a carico della sua destinataria (art. 18, par. 1 – 2, reg. UE n. 1/2003), come pure disporre ispezioni nei locali dell'impresa, al fine di raccogliere elementi di prova o dichiarazioni utili da chi è legato all'impresa destinataria (art. 30, par. 1 – 2 reg. UE n. 1/2003), potendo anche procedere all'accesso ad ambiti diversi nel caso di ragionevole sospetto di occultamento di elementi di prova (art. 21, par. 1, reg. n. UE 1/2003).

La disciplina europea si caratterizza, peraltro, per ordinare – o se si vuole proceduralizzare – il momento precedente all'invio dell'avviso di avvio del procedimento, dedicando una particolare attenzione alla posizione dei denunciati, soggetti che – a vario titolo – sollecitano la Commissione all'avvio di un accertamento formale. Questi, infatti, con la loro iniziativa divengono parti di un procedimento preliminare nel corso del quale l'amministrazione verifica l'attendibilità dei dati, la correttezza dell'esposizione dei fatti e la legittimazione alla presentazione dell'atto sollecitatorio degli istanti. Dunque, l'Unione prevede ed ordina un "procedimento filtro" a carattere sostanzialmente sommario e documentale, destinato a concludersi con una decisione di "non luogo a procedere" o con l'avvio del vero e proprio procedimento d'accertamento.

In specie, i soggetti concretamente interessati all'eliminazione della violazione degli artt. 101 e 102 TFUE possono presentare una denuncia formale osservando i criteri di redazione prescritti dal regolamento (art. 5, par. 1 – 2, reg. UE n. 773/2004)³⁵, così obbligando la Commissione ad esaminare la loro segnalazione in un tempo ragionevole³⁶. L'amministrazione, quindi, senza essere tenuta ad alcun approfondimento specifico, valuterà l'attendibilità e completezza di quanto trasmesso, partecipando il mittente dell'eventuale giudizio di insufficienza delle informazioni ricevute (art. 7, par. 1, reg. UE n. 773/2004). Nel caso in cui quella dubiti della fondatezza della segnalazione o dell'opportunità di una sua attivazione, comunica ai denunciati il proprio primo apprezzamento negativo, assegnando loro un termine entro cui i destinatari possono far pervenire delle osservazioni scritte, sulla base delle quali assume la decisione finale (art. 7, par. 2, reg. UE n. 773/2004)³⁷.

Se la Commissione ritiene di disporre di sufficienti elementi di sospetto trasmette ai candidati responsabili la comunicazione degli addebiti così avviando formalmente il procedimento.

La comunicazione - inviata agli indagati, ai denunciati ed altri interessati - ha una rilevanza fondamentale sia in una prospettiva difensiva che organizzativa. Per quanto concerne il primo profilo è immediato osservare come l'informazione veicolata risulti essenziale per consentire a chi è sottoposto ad indagine di partecipare consapevolmente al contraddittorio³⁸; di qui l'attenzione per il contenuto dell'avviso che, si precisa, deve contenere la descrizione dei fatti considerati rilevanti, l'analisi giudica degli stessi, l'indicazione delle prove a

³⁵ Trib. I grado CE, 19 maggio 2011, C. 423/07, in www.europa.eu.

³⁶ Trib. I grado CE, 12 maggio 2010, C. 432/05, in www.europa.eu.

³⁷ L'art. art. 7, par. 3, reg. UE n. 773/2004, attribuisce alla mancata tempestiva presentazione di osservazioni scritte un valore significativo, equiparandola al ritiro della denuncia.

³⁸ L. BELLODI, *Poteri di inchiesta ed avvio della procedura*, in L. Bellodi - G. Tosato (a cura di), *Il nuovo diritto europeo della concorrenza - Aspetti procedurali*, Milano, 2004, 148 ss.

sostengo delle ipotesi formulate nonché una prima qualificazione giuridica ed indicazione della gravità dei fatti su cui è basata la contestazione³⁹.

La rilevanza organizzativa della comunicazione, deriva dalla circostanza che questa contiene una sorta di programma di attività, indicando, tra l'altro, il termine entro cui le parti possono presentare osservazioni scritte (art. 10, par. 2, reg. UE n. 773/2004)⁴⁰.

Nonostante i loro profili di rilevanza è da sottolineare come le indicazioni contenute nella comunicazione degli addebiti non siano tali da "irrigidire" la fase istruttoria né possono vincolare in modo rigoroso la decisione finale della Commissione⁴¹. Alle parti, invero, è data la possibilità di ottenere la proroga del termine per la presentazione delle memorie sia della data fissata per l'audizione⁴².

In sintonia con i principi generali anche la disciplina della concorrenza riconosce ai destinatari della comunicazione degli addebiti il diritto di accesso al fascicolo (art. 15, par. 1, reg. UE n. 773/2004), senza, peraltro, consentire un esame ed acquisizione integrale del suo contenuto. Per contemperare l'esigenza delle parti del procedimento ad un'effettiva informazione con quella di riservatezza di dati e notizie che non sono funzionali al contraddittorio - o la cui divulgazione potrebbe provocare un ingiustificato pregiudizio al soggetto che le ha fornite (trentaduesimo considerando e art. 27, par. 2, reg. UE n. 1/2003)⁴³ - non sono acquisibili i documenti interni della Commissione, quelli forniti da altre autorità garanti, la loro corrispondenza ed i documenti relativi a segreti aziendali o ad

³⁹ M. TODINO, *op. cit.*, p. 192, ricorda come è prassi della Commissione quella di allegare alla comunicazione degli addebiti un elenco dei documenti rilevanti ai fini della contestazione, pur ammettendosi che l'autorità procedente, che non può utilizzare elementi non resi preventivamente noti all'indagato, provveda alla messa a disposizione dei documenti in un momento successivo alla comunicazione degli addebiti. Eventualità, questa, che potrà essere valorizzata per giustificare una richiesta di proroga del termine per la presentazione delle osservazioni scritte.

⁴⁰ Termine che non può essere inferiore a quattro settimane (art. 17, par. 2, reg. UE n. 773/2004).

⁴¹ La giurisprudenza - Trib. I grado CE, 18 giugno 2013, C. 404/08, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2013, p. 1476 - tende ad escludere che la ricostruzione dei fatti e la prospettazione giuridica degli stessi traccino un percorso vincolato rispetto alla decisione, riconoscendosi alla contestazione la natura di documento preparatorio, le cui valutazioni in punto di fatto e di diritto hanno un carattere assolutamente provvisorio, suscettibili d'aggiustamento alla luce degli argomenti difensivi svolti dall'indagato, L. BELLODI, *op. cit.*, pp. 152 - 154.

⁴² Infatti, se il destinatario degli addebiti reputa che il termine assegnatogli per la risposta sia troppo breve in considerazione della complessità della medesima, può fare domanda di proroga al direttore della divisione competente. Nel caso di mancato accoglimento dell'istanza o di ritenuta insufficienza del nuovo termine, il destinatario può sottoporre la questione al consigliere-uditore, soggetto terzo rispetto all'amministrazione inquirente, che - sentito il vertice di quella - decide in merito all'istanza di proroga in modo tale da consentire all'indagato l'effettivo esercizio del diritto di essere sentito, compatibilmente con i tempi di un sollecito svolgimento del procedimento (art. 9, decisione del presidente della Commissione europea del 13 dicembre 2011, 2011/695/UE, "relativa alla funzione ed al mandato del consigliere uditore per taluni procedimenti in materia di concorrenza", in www.europa.eu).

⁴³ M. TODINO, *op. cit.*, p. 196; L. BELLODI, *op. cit.*, p. 154. Per un quadro generale dell'istituto e degli altri principi del diritto "comunitario", si veda, M. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*⁴, Milano, 2011, p. 447 ss.

altre informazioni riservate (art. 15, par. 2, e art. 16, par. 1, reg. UE n. 773/2004)⁴⁴.

Per assicurare un confronto procedimentale pieno ed imparziale, che consenta alle parti di poter esercitare utilmente il diritto alla presentazione delle memorie e quello di essere sentiti⁴⁵, poi, il regolamento affida al consigliere-uditore, funzionario estraneo alla direzione della concorrenza, la funzione di garante della regolarità procedurale e sostanziale del confronto tra le parti⁴⁶. Quest'organo, definito "arbitro indipendente" è chiamato a "risolvere le questioni procedurali delle parti (...) quando tali questioni non sono state risolte attraverso contatti preliminari con i servizi della Commissione responsabili dello svolgimento dei procedimenti in materia di concorrenza" (ottavo considerando, decisione 2011/695/UE)⁴⁷.

⁴⁴ Ai fini della limitazione dell'accesso un ruolo determinante viene attribuito al soggetto che fornisce l'informazione; questo, infatti, può indicare, giustificandone la ragione, la parte di informazioni o documenti che ritiene riservati e, quindi, fornire alla Commissione una versione non riservata del documento e delle dichiarazioni nella quale i passaggi riservati sono omessi, compensando tale "mancanza" con una succinta descrizione di ogni parte omessa (art. 15, par. 3, reg. UE n. 773/2003).

⁴⁵ Momento ritenuto fondamentale per lo sviluppo degli argomenti difensivi, prevedendo l'art. 27, par. 1, reg. UE n. 1/2003 che "la Commissione basa le sue decisioni solo sugli addebiti in merito ai quali le parti interessate sono state poste nella condizione di essere sentite".

⁴⁶ Sulla figura, richiamata dall'art. 13 par. 1, reg. UE n. 773/2003, si veda la decisione 2011/695/UE, cit. "relativa alla funzione ed al mandato del consigliere uditore per taluni procedimenti in materia di concorrenza", in www.europa.eu.

⁴⁷ L'art. 3, par. 7, decisione 2011/695/UE, peraltro, indica come metodo di risoluzione delle questioni procedurali quello consensuale, invitando le parti a rivolgersi preventivamente alla direzione generale della concorrenza, quindi, investendo solo in un secondo momento della questione il consigliere uditore. Il consigliere-uditore, al termine dell'istruttoria, elabora una relazione intermedia, destinata al commissario competente, relativa allo svolgimento delle audizioni ed in cui formula le sue conclusioni in merito all'esercizio effettivo dei diritti procedurali. In particolare, si precisa che le osservazioni devono riguardare le modalità di divulgazione dei documenti e l'accesso al fascicolo, la congruenza dei termini di risposta alla comunicazione degli addebiti, il rispetto del diritto di essere sentiti, il corretto svolgimento dell'audizione orale. Al consigliere-uditore, ancora, è attribuito il potere di formulare eventuali "osservazioni sul prosieguo e l'imparzialità del procedimento", provvedendo "affinché tutti gli elementi di fatto pertinenti, siano essi favorevoli o sfavorevoli agli interessati, in particolare gli elementi oggettivi relativi alla gravità dell'illecito, vengano presi in considerazione dalla Commissione". In specie, il consigliere-uditore, può segnalare la "necessità di ulteriori informazioni, il ritiro di determinati addebiti o obiezioni o la comunicazione di nuovi oppure proporre suggerimenti per ulteriori misure d'indagine a norma del capitolo V del regolamento (CE) 1/2003". È, poi, ancora da ricordare come il consigliere-uditore è competente anche rispetto alle iniziative assunte dagli uffici della Commissione prima dell'avvio dell'istruttoria formale, in quanto chiamato ad esprimersi pure su taluni aspetti dei procedimenti diretti all'acquisizione di fonti di prova (art. 4, par. 2, decisione 2011/695/UE). A lui le imprese od associazioni d'imprese possono domandare se un documento richiesto dalla Commissione e non trasmesso sia coperto da segreto professionale (lett. a), se il rifiuto di trasmissione di un documento sia legittimato da principio giurisprudenziale di non autoincriminazione (lett. b), se il termine assegnato dalla Commissione per una risposta è troppo breve (lett. c) od, in fine, se le stesse hanno diritto di conoscere "il loro stato procedurale" e sapere, quindi, se sono sottoposte ad indagine ed, in caso affermativo, conoscere l'oggetto e le finalità della medesima.

Se non ci si inganna, però, l'aspirazione ad assecondare il rispetto e l'effettivo esercizio dei diritti procedurali (terzo considerando decisione 2011/695/UE) ha portato all'attribuzione al consigliere-uditore di un amplissimo potere di direzione dell'istruttoria che gli consente di dominare l'intera fase; a lui spetta, a seconda dei casi concreti, la "modulazione" delle modalità e dell'intensità dell'interlocuzione tra i partecipanti. Fermo, infatti, il diritto dei destinatari della comunicazione degli addebiti ad essere sentiti, è il consigliere-uditore a decidere l'ammissione all'audizione di "altri terzi interessati" (art. 13, par. 1 - 2, reg. UE n. 773/2004)⁴⁸, così come se invitarvi altri che non ne abbiano fatto richiesta (art. 13, par. 1 - 2, reg. UE n. 773/2004).

Ancora al consigliere-uditore compete il potere d'accordare ai "contendenti" la possibilità di "controinterrogare" e quello di ordinare preventivamente lo svolgimento dell'udienza (art. 10, par. 1 -1, decisione 2011/695/UE). L'organo può, invero, "indirizzare" le parti a confrontarsi su aspetti ritenuti di particolare interesse, curando che comunque le modalità dell'audizione offrano a destinatari della comunicazione degli addebiti ed agli altri interessati "un'opportunità sufficiente per pronunciarsi sui risultati preliminari della Commissione" (art. 10, par. 4, decisione 2011/695/UE). A tal fine gli si attribuisce la possibilità di comunicare preventivamente ai soggetti invitati un elenco delle questioni su cui desidera si pronuncino, eventualmente indicando "riunioni preparatorie con gli invitati ed, eventualmente, con i servizi della Commissione" e, se lo ritiene d'utilità, gli è data la possibilità di richiedere la comunicazione preventiva scritta del contenuto essenziale delle dichiarazioni che intendono rilasciare i soggetti interessati (art. 11, par. 1 - 3, decisione 2011/695/UE).

Ove ne ravvisi l'opportunità, in fine, il consigliere-uditore può, nel corso dell'audizione, ammettere la produzione di nuovi documenti, così come disporre eccezionalmente che - se non si può esaurire la trattazione - sia possibile fornire risposte scritte, così come ammettere i partecipanti a presentare osservazioni scritte anche successivamente all'audizione orale (art. 12, par. 1 - 3, decisione 2011/695/UE).

5. *Continua... Cenni alla fase decisionale.*

Simmetricamente a quanto accade nel diritto domestico, anche la disciplina europea sul procedimento *antitrust*, dedica marginale attenzione alla fase decisionale, limitandosi a darvi spazio quando questa porta a determinazioni particolari quali le c.d. decisioni con impegni (art. 9, reg. UE n. 1/2003) o la decisione transattiva (art. 10-*bis*, reg. UE n. 773/2004)⁴⁹, a loro volta risultato di una scelta di "deviazione" dal procedimento ordinario.

La fase decisionale prende avvio con la trasmissione alla Commissione da parte, rispettivamente, della direzione della concorrenza dei risultati dell'istruttoria e da parte del consigliere-uditore della relazione sullo svolgimento del procedimento. Verificata la sufficienza e correttezza del contraddittorio, la

⁴⁸ Il consigliere-uditore, informa preventivamente le parti del procedimento dell'identità dei terzi interessati che intendono essere sentiti. È da rilevare come l'ammissione dei terzi si ponga quale risultato positivo di un procedimento diretto a verificare la sussistenza di un interesse concreto del richiedente rispetto al singolo accertamento in cui chiede d'intervenire (art. 3, par. 3, decisione 2011/695/UE).

⁴⁹ V. M. TODINO, *op. cit.*, p. 192 ss.

Commissione deve, quindi, acquisire il parere obbligatorio ma non vincolante del comitato consultivo (art. 14, par. 1 e 5, reg. UE n. 1/2003), organo composto dai rappresentanti delle autorità garanti degli stati membri⁵⁰.

Se la Commissione reputa fondato l'addebito ordina la cessazione dell'infrazione contestata ed eventualmente dispone le misure necessarie per far cessarne gli effetti, imponendo adeguati "rimedi comportamentali" (art. 7, par 1, reg. UE n. 1/2003). Nella scelta delle prescrizioni l'amministrazione deve osservare il criterio della proporzionalità e dunque imporre solo quegli obblighi ragionevolmente idonei al "ripristino" della "legalità concorrenziale". Ancora, se quel risultato non può essere conseguito con prescrizioni del primo tipo, previa valutazione anche del loro "costo per il destinatario", le è data la possibilità di disporre di rimedi c.d. strutturali, destinati cioè ad incidere direttamente sulla composizione dell'impresa che, dunque, possono sostanziarsi nell'ordine d'alienazione di rami d'azienda od altre prescrizioni organizzative.

All'accertamento dell'infrazione⁵¹, relativa anche a situazioni non più in grado di incidere sulla dinamica della concorrenza⁵², si può poi accompagnare – nei casi di particolare gravità⁵³ - la comminatoria di un'ammenda (sanzione pecuniaria)⁵⁴, misura caratterizzata per la sua duplice funzione punitiva e deterrente⁵⁵.

⁵⁰ Su cui, per tutti, si veda, A. DI PASCALE, *Sub art. 14*, in A. ADINOLFI - L. DANIELE - B. NASCIBENE - S. AMADEO, (a cura di), *L'applicazione*, cit., p. 167 ss. Il comitato consultivo esprime il suo parere previo esame una relazione contenente l'esposizione delle questioni trattate, l'indicazione dei documenti più importanti della pratica e il progetto preliminare di decisione (art. 14, par. 3, reg. UE n. 1/2003).

⁵¹ E' doveroso avvertire che ci si concentra, sulle decisioni relative all'applicazione d'ammende per la violazione del diritto sostanziale della concorrenza, non considerando invece le sanzioni amministrative, contemplate per la violazione dei c.d. obblighi procedurali previsti dal reg. UE n. 1/2003 e sostanzialmente tipizzate nel primo paragrafo dell'art. 23.

⁵² L'art. 7, par. 1, ultimo periodo, sottolinea come l'azione dell'autorità, non abbia solo una finalità ripristinatoria ma anche repressiva, potendosi rivolgere nei confronti di "un'infrazione già cessata", ma non prescritta per il decorso del termine quinquennale decorrente dal suo compimento o dalla cessazione del comportamento vietato (art. 25, par. 1, lett. b, par. 2, reg. UE n. 1/2003).

⁵³ Secondo alcuni - M. TODINO, *op. cit.*, p. 191 - la sanzione pecuniaria potrebbe, peraltro, essere applicata solo se nella contestazione degli addebiti erano stati individuati elementi tali da connotare in termini di "particolare gravità" la condotta sottoposta ad indagine, benché l'atto d'avvio del procedimento non deve indicare il possibile ammontare dell'ammenda.

⁵⁴ L'impiego della sanzione pecuniaria è previsto dal regolamento anche come strumento di garanzia dell'effettività delle determinazioni adottate per l'eliminazione delle conseguenze dell'infrazione. L'art. 24, reg. UE n. 1/2003, rubricato "penalità di mora", dispone, infatti, che la Commissione può prevedere il pagamento, a carico della punita, di una somma - che non può superare il 5% del suo fatturato giornaliero dell'anno precedente - per ogni giorno di ritardo nell'adeguamento alla determinazione che impone, la cessazione dell'infrazione, il rispetto dei provvedimenti provvisori, l'osservanza di un impegno, l'obbligo di fornire informazioni complete o quello di sottoporsi ad accertamenti.

⁵⁵ V. par. 4, *Orientamenti della commissione per il calcolo delle ammende inflitte* in applicazione dell'art. 23, par. 2, lettera a) del regolamento CE n. 1/2003 del 1 settembre 2006, in www.europa.eu, secondo cui "Quando la Commissione constata un'infrazione alle disposizioni degli articoli 81 o 82 del trattato, può essere pertanto necessario infliggere un'ammenda a coloro che hanno agito illegalmente. Le ammende devono avere un effetto sufficientemente dissuasivo, allo scopo non solo di sanzionare le imprese in causa (effetto dissuasivo specifico), ma anche di

Per quanto concerne la determinazione dell'entità della sanzione si deve ricordare come questa non è rimessa al libero apprezzamento della Commissione od una sua valutazione in merito all'opportunità di accentuarne la componente deterrente. L'amministrazione, infatti, è chiamata a compiere una propria scelta osservando il principio di proporzionalità⁵⁶ e, comunque, avendo riguardo alle caratteristiche specifiche - sia oggettive che soggettive - dell'illecito. La stessa Commissione, peraltro, s'è operata in modo tale da rendere quanto meno prevedibile il risultato della sua attività applicativa; ha, infatti, elaborato specifiche linee di "natura programmatica", che la dovrebbero guidare nell'opera di quantificazione, integrando così quelle indicazioni del regolamento, secondo cui l'amministrazione deve, comunque, tener conto della gravità dell'infrazione, della sua durata e dell'atteggiamento serbato nel concreto dall'impresa, magari dissociatasi dal cartello prima dell'avvio delle indagini da parte dell'amministrazione (art. 23, par. 3 e 4, quarto periodo, reg. UE n. 1/2003).

Nel chiarire le modalità con cui apprezzerà le condotte esaminate la Commissione non sembra, peraltro, voler abdicare da quell'ampio margine di manovra che è insito nel potere d'applicazione delle ammende; ricorda, infatti, come i parametri delineati hanno una funzione meramente indicativa, dovendosi nel concreto operare un giudizio anche alla luce di una valutazione di opportunità. E proprio per rimarcare tale discrezionalità sottolinea come, in talune situazioni, potrebbe giungere all'imposizione d'un'ammenda simbolica (par. 36 orientamenti) mentre in altri casi, addirittura, ridurre le ammende applicate a fronte di evidenze relative al fatto che la loro "imposizione (...) pregiudicherebbe irrimediabilmente la redditività economica dell'impresa e priverebbe i suoi attivi di qualsiasi valore" (par. 35, orientamenti).

Espressione di un potere sanzionatorio, che si sviluppa attraverso un percorso procedimentale abbreviato di tipo collaborativo, è il provvedimento di transazione che può prendere impulso da una decisione della Commissione successiva all'avvio delle indagini (art. 10-bis, par. 1, reg. UE n. 773/2004). A fronte di un assetto probatorio sufficientemente affidante, l'amministrazione può fissare alle parti un termine entro cui quelle possono manifestare in forma scritta la loro disponibilità ad una discussione in vista della definizione concordata del procedimento con applicazione di una sanzione ridotta. Nell'ipotesi di adesione, quindi, l'amministrazione informa le contendenti delle contestazioni che intende muovere, indicando quali elementi probatori ritiene determinanti e la "forcella delle potenziali ammende" (art. 10-bis, reg. UE n. 773/2004).

Nel caso in cui si giunga ad una convergenza, in esito alla discussione ed alla formulazione di una proposta di transazione, la Commissione emette un atto di contestazione degli addebiti che rispecchia il contenuto della prima e che, una volta confermata dalle parti, consente l'adozione diretta di una decisione⁵⁷ ai sensi dell'art. 7 e 23, reg. UE n. 1/2003 (art. 10-bis, par. 3, reg. UE n. 773/2004).

Diversa portata ha, invece, la definizione di una situazione in cui si prospetta la violazione del diritto europeo attraverso l'accettazione d'impegni⁵⁸. Con il

dissuadere altre imprese dall'assumere o dal continuare comportamenti contrari agli articoli 81 e 82 del trattato (effetto dissuasivo generale)".

⁵⁶ G. DELLA CANNANEA, *op. cit.*, p. 898.

⁵⁷ Previo acquisizione del parere del comitato consultivo di cui all'art. 14 reg. UE n. 1/2003.

⁵⁸ Su cui, per tutti, si rinvia a, S. AMODEO, *Sub art. 9*, in A. ADINOLFI - L. DANIELE - B. NASCIBENE - S. AMADEO, (a cura di), *L'applicazione*, cit., p. 123 ss.

provvedimento che rende obbligatori gli impegni – adottabile indipendentemente dalla comunicazione degli addebiti⁵⁹ - la Commissione non accerta alcuna infrazione né impone – in ossequio al principio di proporzionalità - le misure strettamente necessarie ma vincola unicamente gli indagati al rispetto di quelle proposte dagli stessi avanzate (art. 9, par. 1, reg. UE n. 1/2003). Di massima, l'accettazione degli impegni si palesa essere la determinazione terminale d'un procedimento che l'amministrazione tende ad avviare nei casi meno gravi⁶⁰ o rispetto cui non sussistano ragionevoli certezze in merito alla sussistenza d'un'infrazione⁶¹ ma che, comunque, non si riduce ad un negoziato tra autorità e parte privata. A garanzia della trasparenza della procedura, infatti, si prevede una fase di pubblica consultazione (art. 27, par. 4, reg. UE n. 1/2003). L'amministrazione, raccolte le osservazioni trasmesse dagli eventuali terzi interessati, verifica l'adeguatezza della proposta⁶², "misurandone" la capacità di fugare le preoccupazioni ed i dubbi in merito alla compatibilità concorrenziale del comportamento del proponente, "pesando" l'offerta nel suo insieme, indipendentemente dalla natura c.d. comportamentale o strutturale degli impegni proposti⁶³. Dunque, gli impegni – in quanto risultato di un'autonoma scelta di opportunità del proponente - ben possono avere un contenuto più ampio di quello che la Commissione avrebbe potuto imporre al esito di un procedimento formale, la cui decisione deve rispettare il principio di proporzionalità⁶⁴.

6. *Cenni alla disciplina del procedimento innanzi ad AGCM.*

La struttura del procedimento domestico, se pur ispirata a quella europea⁶⁵, se ne differenzia sotto diversi profili e quindi "disegna" in modo parzialmente diverso il confronto tra parte pubblica e privata.

La lettura delle fonti interne - ed, in specie, del D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217⁶⁶ - offre l'immagine di un procedimento tendenzialmente più "rigido", la cui

⁵⁹ S. AMODEO, *op. cit.*, p. 126.

⁶⁰ L. TORCHIA, *op. cit.*, p. 324.

⁶¹ S. AMADEO, *op. cit.*, p. 126.

⁶² Previa acquisizione del parere preventivo del comitato consultivo di cui all'art. 12, reg. UE n. 1/2003.

⁶³ Cort. giust. Ce, 29 febbraio 2011, C. 441/07, in www.europa.eu.

⁶⁴ Comunque il provvedimento di accettazione di impegni, per la sua natura di atto amministrativo, è suscettibile di revoca o modifica. La Commissione, infatti, d'ufficio o su domanda può riaprire il procedimento se si modifica la situazione di fatto tenuta presente ai fini della decisione, se le imprese interessate non rispettano gli impegni oppure se, a posteriori, emerge che la decisione è stata assunta sulla base di informazioni, inesatte, incomplete o fuorvianti (art. 9, par. 2, reg. UE n. 1/2003).

⁶⁵ P. FATTORI - M. TODINO, *op. cit.*, p. 384.

⁶⁶ L'art. 10, comma 5, L. 10 ottobre 1990, n. 287, prevede, infatti, che la disciplina relativa alle procedure istruttorie sia definita con atto regolamentare, improntato ai principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio e verbalizzazione. L'attenzione all'equilibrio del confronto tra parte pubblica e privata è poi evidenziato, dall'accento che l'art. 14, comma 1, della stessa legge pone, prescrivendo obbligo di notifica dell'atto d'avvio dell'istruttoria alle imprese ed enti interessati, prevedendo il diritto dei soggetti destinatari della notizia d'essere sentiti e di presentare deduzioni o memorie in ogni stadio dell'istruttoria nonché essere nuovamente sentiti nel corso di questa. L'art. 31, l. 287/1990, poi, dispone che - per quanto concerne le sanzioni

istruttoria si sviluppa attraverso un confronto che coinvolge esclusivamente gli uffici procedenti e il soggetto sospetto dell'infrazione, senza l'intervento di appositi organi terzi ed imparziali con funzione di garanzia della correttezza e pienezza del contraddittorio. Ancora, il regolamento dell'Autorità garante per la concorrenza si distingue dalla normativa europea in negativo per non aver ordinato specificamente la relazione tra amministrazione e denunciante relativamente al caso del "non luogo a procedere"⁶⁷.

Proseguendo nell'ordine ideale di sviluppo dell'azione amministrativa, si deve osservare come la disciplina domestica si differenzia sensibilmente da quella europea anche per quanto concerne l'impiego degli strumenti d'indagine. Prima della notifica dell'atto di avvio del procedimento gli uffici dell'Autorità garante, infatti, non possono esercitare i penetranti poteri previsti dalla legge (art. 14, comma 2, L. 287/1990) e corrispondenti a quelli del reg. UE n. 1/2003 (art. 8, comma 1, D.P.R. 217/1998).

Le indagini svolte nella fase preistruttoria hanno "carattere contenuto", consentendosi lo svolgimento di attività di ricerca informale, l'esame di dati e notizie ricavati da indagini conoscitive non aventi connotazione puntuale o di dati ed informazioni offerte spontaneamente da privati od associazioni di imprese o consumatori⁶⁸. Dunque è solo con la notifica dell'atto d'avvio del procedimento - che ne segna il suo inizio (art. 14, comma 1, D.P.R. 217/1998) - che si dischiudono agli uffici le più ampie possibilità operative⁶⁹.

L'atto d'avvio che, appunto, segna l'inizio dell'istruttoria formale assolve - nella disciplina domestica - una funzione organizzativa ed - in misura minore - garantistica atteso che gli accertamenti più approfonditi potranno essere svolti solo nel corso della prima fase⁷⁰.

Per quanto riguarda, invece, il profilo dell'accesso al procedimento si segnala come il novero dei partecipanti sia suscettibile di allargamento, poiché oltre all'indagato ed all'eventuale denunciante vi possono essere ammessi anche gli altri interessati, che ne abbiano fatto "motivata richiesta nei trenta giorni dalla pubblicazione nel bollettino dell'autorità del provvedimento d'avvio dell'istruttoria" (art. 7, comma 1, lett. b, D.P.R. 217/1998).

amministrative pecuniarie - si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II della L. 24 novembre 1981, n. 689.

⁶⁷ È da ricordare, peraltro, come il silenzio domestico risulti, sostanzialmente, irrilevante ai fini pratici poiché si ritiene pacificamente che la presentazione di una denuncia faccia sorgere l'obbligo per l'amministrazione d'esaminarla e di motivare le ragioni per cui ritiene di non procedere, consentendosi così a chi si è attivato, se portatore di un interesse differenziato, d'impugnare la determinazione negativa.

⁶⁸ P. FATTORI - M. TODINO, *op. cit.*, p 388.

⁶⁹ Il regolamento, precisa che l'autorità può procedere con i mezzi istruttori previsti dall'art. 14, comma 2, L. 287/1990, anche contestualmente alla notifica, consentendo in tal modo, tramite la contemporanea trasmissione dell'atto che autorizza il mezzo istruttorio e di quello che informa dell'avvio dell'attività d'indagine, di non privare il mezzo d'acquisizione di informazioni dell'effetto sorpresa che è essenziale per il suo utile impiego.

⁷⁰ L'atto d'avvio, infatti, offre una prima informazione sugli indici di sospetto, indica il termine di durata del procedimento, assegna ai destinatari il termine per la presentazione di memorie, avvertendoli anche della possibilità d'essere sentiti in caso di loro specifica richiesta (art. 6, comma 2, D.P.R. 217/1998).

Come anticipato, nel corso dell'istruttoria tutta l'attività è condotta dagli uffici, prevedendosi l'intervento del collegio solo ai fini dell'autorizzazione al compimento di ispezioni (art. 10, comma 10, D.P.R. 217/1998) o per l'esecuzione di perizie, analisi statistiche ed economiche o per la consultazione di esperti (art. 11, D.P.R. 217/1998)⁷¹.

Quando, poi, gli uffici hanno raccolto elementi tali da persuaderli dell'attendibilità del sospetto di infrazione, redigono una relazione che trasmettono al collegio. Questo, a sua volta, se ne verifica la non manifesta infondatezza, autorizza la trasmissione delle risultanze istruttorie alle imprese ed agli altri partecipanti ed interessati (art. 14, comma 1, D.P.R. 217/1998).

I destinatari della comunicazione - che per la prima volta dispongono di un quadro preciso degli elementi di fatto e della ricostruzione posta a fondamento degli addebiti⁷² - sono quindi abilitati al compimento di un'ulteriore attività difensiva da collocarsi sempre nell'ambito dell'istruttoria. A loro, infatti, è concesso depositare memorie, documenti "sino a cinque giorni prima del termine di chiusura dell'istruttoria indicato nella stessa comunicazione" e richiedere di "essere sentiti innanzi al collegio", presentando apposita domanda entro cinque giorni dal ricevimento delle risultanze istruttorie (art. 14, commi 4 - 5, D.P.R. 217/1998).

Con riguardo all'ultimo momento di confronto si segnalano due aspetti. In primo luogo, la disciplina domestica ammette alla discussione ogni partecipante, senza riconoscere all'amministrazione espressamente alcun potere di selezione⁷³. In secondo luogo, alle parti private, e soprattutto all'indagato, non è data la possibilità di controinterrogare poiché la direzione dell'audizione spetta alla stessa amministrazione inquirente che anche è la controparte del secondo.

Completata l'istruttoria il collegio delibera il provvedimento finale (art. 14, comma 9, D.P.R. 217/1998) che potrà avere un'articolazione analoga a quella adottabile dalla Commissione europea⁷⁴.

Come nel diritto dell'Unione l'iniziativa dell'autorità può essere definita non attraverso una compiuta verifica della condotta sospetta ma tramite l'assunzione d'impegni da parte dell'impresa (art. 14-ter, L. 287/1990), oppure, in caso d'accertamento dell'infrazione, con un provvedimento che non applica la sanzione o ne dispone il pagamento in misura ridotta, in ragione del comportamento dell'indagata (art. 15, comma 2-bis, L. 287/1990).

⁷¹ Il regolamento prevede, poi, che anche lo svolgimento di queste particolari forme d'indagine previste dall'art. 11 si svolga in contraddittorio, disponendo la comunicazione del provvedimento che le autorizza e, successivamente, dei loro risultati ai partecipanti al procedimento al fine di consentire a quest'ultimi l'esercizio delle facoltà previste dall'art. 27, comma 2, D.P.R. 217/1998.

⁷² P. FATTORI - M. TODINO, *op. cit.*, pp. 424 - 425.

⁷³ Potere di selezione che, ragionevolmente, si può ritenere implicito nell'attribuzione all'amministrazione della prerogativa di verificare l'esistenza di un interesse concreto al procedimento in capo ai soggetti diversi dall'indagato.

⁷⁴ P. FATTORI, M. TODINO, *op. cit.*, pp. 426 - 429. Il provvedimento potrà contenere un accertamento di compatibilità della pratica con il diritto della concorrenza; può escludere la fondatezza della contestazione per non essere emerse prove sufficienti della violazione; in fine, se ritiene fondato l'addebito, fissa un termine entro cui l'impresa deve eliminare le conseguenze delle infrazioni accertate, accompagnandolo, nei casi più gravi, con l'applicazione di una sanzione pecuniaria graduata in funzione delle caratteristiche della condotta stigmatizzata (art. 15, L. 289/1990).

Quanto al primo istituto si osserva come il legislatore domestico lo colloca all'interno del procedimento formale, consentendo all'indagato la possibilità di proporre la definizione con impegni "tali da far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto di istruttoria", entro il termine ordinatorio⁷⁵ di tre mesi dalla notifica dell'atto d'avvio dell'attività d'indagine. Il silenzio della normativa primaria relativamente alla struttura del subprocedimento d'interesse è stato, quindi, colmato da una determinazione dell'autorità (prov. n. 16015 del 12 ottobre 2006) che ha inteso regolare le modalità con cui sostanzialmente andrà a svolgere una verifica - altamente discrezionale - relativa all'opportunità⁷⁶ di accettare quanto formulato dagli istanti, sulla base delle informazioni disponibili al momento in cui deve esprimersi sulla proposta⁷⁷.

In fine, a differenza di quanto accade per il primo istituto quello dei c.d. programmi di clemenza - cioè relativo alla definizione dei casi di esenzione dalla sanzione o di riduzione della stessa - non trova un corrispondente nei regolamenti europei⁷⁸ ma è oggetto di considerazione espressa unicamente da parte del legislatore domestico. Solo il nostro diritto interno, infatti, esplicita che - nel rispetto di condizioni generali preventivamente fissate da AGCM - è data alla stessa autorità la possibilità di "ricompensare" con l'impunità - od, alternativamente, con una riduzione, anche sensibile, della pena pecuniaria - la collaborazione volontaria e qualificata di un soggetto che potrebbe essere sottoposto ad indagine.

All'evidenza il legislatore domestico, muovendo dal dubbio presupposto della doverosità dell'azione amministrativa sanzionatoria⁷⁹, ritiene di dover tracciare un percorso di tipizzazione dei casi in cui l'amministrazione può rinunciare all'azione

⁷⁵ Tar Lazio, 9 maggio 2011, n. 3964, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁶ Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2011, n. 2438, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁷ Attualmente il procedimento d'esame degli impegni è disciplinato dal prov. 23863 del 6 settembre 2012, in www.agcm.it, che prevede delle condizioni sostanziali cui deve rispondere la proposta ed una fase di pubblica consultazione della medesima. L'istante, peraltro, ha la possibilità di delineare il contenuto della proposta d'impegni con il supporto degli uffici dell'autorità. Il prov. 23863/2012, infatti, riconosce all'indagato la facoltà di presentare con congruo anticipo rispetto alla scadenza dei tre mesi una versione non definitiva della stessa su cui potrà confrontarsi con la direzione competente, apportandovi eventuali chiarimenti, precisazioni o integrazioni che gli vengono segnalate come utili alla comprensione del contenuto degli impegni oggetto d'esame preliminare o per misurare e la loro efficacia a risolvere i problemi anticoncorrenziali oggetto d'istruttoria (art. 2). Ferma l'ampia discrezionalità di AGCM in merito all'accoglimento dell'istanza (art. 6), si precisa che ai fini del loro esame gli impegni devono "essere suscettibili di applicazione piena e tempestiva, nonché facilmente verificabili e idonei a rimuovere efficacemente i profili anticoncorrenziali individuati nel procedimento di avvio dell'istruttoria". Nel caso in cui l'amministrazione ritenga di procedere nell'esame, quindi, li pone in pubblica consultazione (art. 10), concedendo ai proponenti un termine per presentare le proprie osservazioni in merito a quelle presentate dai terzi anche al fine di apportare delle "modifiche accessorie" (art. 12).

⁷⁸ La disciplina di carattere premiale non è prevista espressamente né nel trattato né del reg. UE n. 1/2003, bensì in atti ritenuti espressione di *soft law* - L. TORCHIA, *op. cit.*, p. 329 - della Commissione quali, rispettivamente, gli orientamenti sul calcolo delle ammende, *cit.*, e la comunicazione relativa all'immunità e alla riduzione dei cartelli, *cit.*

⁷⁹ Cfr F. GOISIS, *Le sanzioni amministrative pecuniarie delle Autorità indipendenti come provvedimenti discrezionali ed autoritativi*, in M. ALLENA E S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti* (2013), p. 448 ss, in www.giustamm.it.

punitiva per una più efficace scoperta di infrazioni altrimenti destinate a rimanere segrete. Dunque, il fine d'incentivare la collaborazione dei privati ad offrire elementi di prova significativi e non agevolmente acquisibili dall'autorità, lo conduce a dichiarare espressamente la natura "disponibile" dell'applicazione della sanzione e quindi del l'interesse punitivo di cui è titolare la stessa amministrazione investita della "funzione repressiva"⁸⁰.

⁸⁰ V. L. TORCHIA, *op. cit.*, p. 330.