

Luiss

Libera Università
Internazionale
degli Studi Sociali

Guido Carli

CERADI

Centro di ricerca per il diritto d'impresa

La legittimazione dei terzi ad impugnare i provvedimenti antitrust: il caso Sfir

(nota a sentenza pubblicata su *Foro ammin. T.a.r.*, n. 6/2003)

Laura Zanettini

Aprile 2004

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

1. PREMESSA.	2
2. LA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA PRECEDENTE	2
3. GLI ASPETTI INNOVATIVI DELLA SENTENZA IN ESAME.....	6
4. LA SOLUZIONE ACCOLTA DALLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA.....	10

1. Premessa.

Con la sentenza 5 maggio 2003, n. 3861, la Sezione I del Tar Lazio ha dichiarato inammissibile, per carenza di legittimazione ad agire, il ricorso presentato dalla Sfir s.p.a. avverso il provvedimento n. 11040 del 1° agosto 2002, con il quale l’Autorità garante della concorrenza e del mercato (in prosieguo Autorità o Agcm) aveva autorizzato la concentrazione fra alcune imprese attive nel mercato nazionale dello zucchero. L’operazione era stata subordinata, ai sensi dell’art. 6, comma 2 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, al rispetto degli impegni assunti dalle parti, volti a rimuovere il pericolo della creazione di una posizione dominante collettiva nel mercato nazionale dello zucchero, idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza anche nei mercati a monte dell’approvvigionamento delle barbabietole e della distribuzione del seme ¹.

2. La giurisprudenza amministrativa precedente²

La questione della legittimazione ad impugnare le decisioni dell’Agcm da parte di soggetti “terzi”, siano essi imprese concorrenti oppure consumatori,

¹ Procedimento C5151 – Società Esercizi Commerciali Industriali – S.E.C.I. – CO.PRO.B. – FINBIETICOLA / ERIDANIA, pubblicato sul Bollettino n. 31/2002.

² L’esame è limitato alla giurisprudenza in materia di tutela della concorrenza. Tuttavia anche in relazione ai procedimenti di pubblicità ingannevole, nei quali l’Autorità non può attivarsi d’ufficio ma solo su denuncia dei terzi, i giudici amministrativi hanno escluso la legittimazione a ricorrere dei denunciati. Cfr. Tar Lazio, Sezione I, 5 maggio 2001, n. 3858. Distingue la posizione dei denunciati, a seconda che si tratti di singoli o associazioni, oppure PP.AA, ammettendo il ricorso presentato da queste ultime, Tar Lazio, Sezione I, 15 maggio 2003, n. 4237.

è stata più volte oggetto di esame da parte dei giudici amministrativi, i quali l'hanno costantemente risolta in senso negativo, disconoscendo sia alle une che agli altri la titolarità di una situazione giuridica sostanziale, direttamente incisa in conseguenza dell'esercizio del potere amministrativo³.

Le argomentazioni sulle quali è stata fondata l'esclusione e che vengono richiamate anche nella parte iniziale della pronuncia che qui si commenta, sono essenzialmente due.

La prima muove dall'idea che i poteri dell'Autorità non siano preordinati alla "garanzia di posizioni, individuali o associate, di soggetti fruitori del mercato", ma siano piuttosto finalizzati alla "tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica nell'ambito del libero mercato"⁴. A fronte dell'esercizio di detti poteri, tutti i soggetti diversi da quelli nella cui sfera giuridico-patrimoniale la determinazione dell'Autorità incide immediatamente, sarebbero perciò portatori di un interesse indifferenziato rispetto alla pretesa della generalità dei cittadini alla tempestiva e corretta "repressione dei comportamenti illeciti" previsti dalla normativa antitrust. Inevitabile corollario di tale premessa, è che solamente le imprese dirette destinatarie delle deliberazioni finali vanterebbero nei confronti dell'Autorità un interesse qualificato⁵, pretensivo – ad es. al

³ Fra le tante cfr., in materia di intese restrittive della concorrenza: Tar Lazio, Sezione I, 11 febbraio 2003, n. 868; *idem*, 28 marzo 2002, n. 2639; *idem*, 23 dicembre 1997, n. 2216. In materia di abuso di posizione dominante: Tar Lazio, Sezione I, 9 aprile 2001, n. 3056; *idem*, 29 settembre 1998, n. 2746. In materia di concentrazioni: Tar Lazio, Sezione I, 7 settembre 2001, n. 7286; *idem*, 26 settembre 2001, n. 7797. Per una rassegna della giurisprudenza, anche comunitaria, sulla legittimazione a ricorrere del denunciante cfr. P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, pag. 386 e ss; sull'argomento anche F. SCLAFANI, *Il Tar del Lazio come giudice nazionale della concorrenza*, Relazione al Convegno di studi sul tema "La competenza del Tar del Lazio, estesa all'intero territorio nazionale: esperienze, bilancio prospettive", Roma, 23 novembre 2000. Critica l'orientamento dei giudici amministrativi A. SCOGNAMIGLIO, *La legittimazione del denunciante a impugnare le delibere di non avvio dell'istruttoria e di archiviazione adottate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Foro ammin.*, 1999, pag. 1149 e ss.

⁴ Sulla tradizionale distinzione tra concorrenza sleale e antitrust cfr. G. GHIDINI, voce *Concorrenza sleale*, in *Enc. giur., aggiornamento, vol. III*, Roma, 1999 e in senso parzialmente difforme M. LIBERTINI, *Concorrenza sleale e disciplina antitrust: una proposta di ricostruzione unitaria dei principi*, intervento al convegno "Proprietà intellettuale e antitrust", Perugia, 26 maggio 2001.

⁵ In relazione all'interesse delle imprese destinatarie dei provvedimenti antitrust, la giurisprudenza parla di interesse legittimo, ma non vi è consenso in dottrina circa la natura degli interessi configurabili dinanzi all'Agcm. Sulla questione, le acute osservazioni di F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative*, in *Dir. ammin.*, 2002, pag. 181 e ss. Sul problema anche C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Milano, 1996, pag. 37 e ss, R. CARANTA, *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, in CASSESE-FRANCHINI, *I garanti cit.*, pag. 165 e ss. Nel senso che l'interesse del consumatore abbia la consistenza di un diritto soggettivo A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino, 1998, in particolare pag. 192 e ss.; *contra* GAMBINO, *La tutela del consumatore nel diritto della concorrenza*, in *Contratto e impresa*, 1992, pag. 426 e ss.

rilascio di autorizzazioni in deroga, nel caso di intese o all'emanazione di delibere di non avvio, nel caso di concentrazioni-, od oppositivo – all'adozione di provvedimenti che vietano intese o abusi di posizione dominante- la cui lesione, concreta ed attuale, fonderebbe il loro interesse a ricorrere dinanzi al giudice amministrativo.

La seconda argomentazione è connessa alla riconduzione dei procedimenti antitrust nella categoria dei “*procedimenti repressivi*”⁶, in relazione ai quali “*neppure il soggetto denunciante assume legittimazione ad essere parte necessaria del giudizio amministrativo*”. La circostanza che un'impresa concorrente o un consumatore abbia, per così dire, “sollecitato” l'apertura del procedimento, inviando una segnalazione avente ad oggetto una asserita condotta anticoncorrenziale, non assume alcuna rilevanza agli occhi dei giudici amministrativi. Del pari irrilevante è che il terzo abbia concretamente preso parte al procedimento, presentando memorie, documenti, o intervenendo in sede di audizione finale⁷. Una cosa è la partecipazione procedimentale –si afferma- altra la legittimazione processuale, perciò la prima non può essere considerata titolo acquisitivo della seconda: il denunciante non è legittimato ad

Vale la pena di sottolineare che la rilevanza solitamente assunta, ai fini della individuazione del giudice competente, dalla distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi è qui ridotta: ai sensi dell'art. 33, comma 1 della legge 287/1990, i “*ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi adottati sulla base delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV della presente legge rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*” (il sottolineato è aggiunto). Sulla questione cfr. L. DI VIA, Commento all'art. 33 della legge 287/1990, in MARCHETTI-UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, 1997, pag. 471 e ss.

⁶ Il primo ad operare questa peculiare qualificazione è stato il Consiglio di Stato, Sezione VI, con la sentenza del 30 dicembre 1996, n. 1792 relativa ad una ipotesi di intesa vietata. (in *Foro it.*, 1997, parte III, colonna 213 e ss, con nota di R. PARDOLESI) La qualificazione dei procedimenti antitrust come “repressivi” era stata criticata già dai primi commentatori, i quali osservavano che essa determinava, con riferimento ai provvedimenti in materia di intese e abusi, una inaccettabile equiparazione degli aspetti inibitori a quelli sanzionatori –questi ultimi meramente eventuali- e in tal modo estendeva ai primi caratteristiche proprie dei secondi. In questo senso R. CARANTA, *Il Consiglio di Stato, la concorrenza ed i principi del diritto comunitario di cui alla legge antitrust*, in *Giur. it.*, 1997, Parte III, colonna 603 e ss; M. LIBERTINI, *Pratiche concordate e accordi nella disciplina della concorrenza*, in *Giorn. dir. ammin.*, 1997, pag. 443 e ss. Sugli effetti che la richiamata qualificazione produce sul piano della tutela giurisdizionale e della configurabilità dell'interesse ad agire cfr. P. FATTORI, *La tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Relazione al convegno di studi di Treviso, 13-14 maggio 1999, pag. 17 del dattiloscritto.

⁷ La dottrina e la giurisprudenza concordano nell'individuare, come condizioni generali per l'azione nel processo amministrativo, la titolarità di una posizione giuridica sostanziale (la legittimazione a ricorrere di cui si discute nella sentenza in esame) e la lesione della stessa ad opera del potere amministrativo, purchè detta lesione presenti i caratteri della personalità, attualità e concretezza (il c.d. “interesse a ricorrere”). Sull'argomento, in generale, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2000, pag. 189 e ss. Per una trattazione più specifica R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. III, Torino, 1993, pag. 468 e ss; A. ROMANO, *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. ammin.*, 1989, pag. 511 e ss; G. ROMEO, *Interesse legittimo e interesse a ricorrere: una distinzione inutile*, in *Dir. proc. ammin.*, 1989, pag. 400 e ss.

impugnare la determinazione che l'Autorità abbia preso in relazione alla infrazione alla normativa antitrust, ma *“l'unica esigenza di tutela che [...] può far valere innanzi al giudice amministrativo riguarda l'interesse a che l'Autorità prenda in esame e si pronunci sulla denuncia”* ⁸.

In sostanza, l'interesse di concorrenti e consumatori ad agire in un mercato libero, pienamente concorrenziale, non assurgerebbe al rango né di diritto soggettivo né di interesse legittimo, non risultando differenziato rispetto al generico interesse della collettività al rispetto della normativa antitrust. Come è noto, il nostro diritto amministrativo non conosce, salvo alcuni casi eccezionali, l'azione popolare, ossia l'azione promossa dal *“quisque de populo”*, poiché il ricorso al giudice amministrativo può essere presentato solo da chi vanta una posizione giuridica sostanziale, che abbia subito una lesione concreta e attuale dall'esercizio del potere ⁹. Il ricorso è dunque precluso a quanti, se possono avvertire gli effetti dei provvedimenti amministrativi, siano titolari di una *“sfera giuridica che non è tuttavia incisa in via immediata e diretta dall'attività”* dell'amministrazione ¹⁰. Tali sono (stati, fino ad oggi) considerati i terzi nei procedimenti antitrust.

E' evidente che, una volta impostata la questione nei termini sopra descritti, la semplice circostanza di essere intervenuto nel procedimento non può essere ritenuta sufficiente a trasformare in interesse legittimo un interesse che, prima dell'intervento, era semplicemente di fatto.

Le ragioni brevemente illustrate hanno condotto Tar e Consiglio di Stato a pronunciarsi sistematicamente, con formule divenute oramai tralatizie, contro l'ammissibilità del ricorso presentato dal terzo, concorrente o consumatore che fosse.

⁸ In questo senso, nella sentenza n. 868/2003 cit.

⁹ La dottrina e la giurisprudenza concordano nell'individuare, come condizioni generali per l'azione nel processo amministrativo, la titolarità di una posizione giuridica sostanziale (la legittimazione a ricorrere di cui si discute nella sentenza in esame) e la lesione della stessa ad opera del potere amministrativo, purchè detta lesione presenti i caratteri della personalità, attualità e concretezza (il c.d. *“interesse a ricorrere”*). Sull'argomento, in generale, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2000, pag. 189 e ss. Per una trattazione più specifica R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. III, Torino, 1993, pag. 468 e ss; A. ROMANO, *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. ammin.*, 1989, pag. 511 e ss; G. ROMEO, *Interesse legittimo e interesse a ricorrere: una distinzione inutile*, in *Dir. proc. ammin.*, 1989, pag. 400 e ss.

¹⁰ Sentenza n. 868/2003 cit.

3. Gli aspetti innovativi della sentenza in esame.

Ad indurre il Tar a riesaminare la questione, non è la peculiarità del caso sottoposto al suo esame -il quale, al contrario, si inserisce perfettamente nell'indirizzo giurisprudenziale richiamato-, bensì l'ampiezza e la profondità delle argomentazioni svolte dalla ricorrente, dirette a contestare le motivazioni finora usate dai giudici amministrativi per escludere la legittimazione del terzo a impugnare i provvedimenti dell'Autorità.

La Sfir allega di subire un pregiudizio diretto, immediato ed attuale dalla decisione impugnata. Questa, infatti, autorizzando la concentrazione ridurrebbe ulteriormente il già esiguo numero di operatori attivi nel mercato nazionale dello zucchero, aggravando in tal modo la posizione della ricorrente, che resterebbe l'unica impresa di una certa dimensione a competere con il polo di imprese risultante dall'operazione. Essa vanterebbe dunque un interesse personale ed individuale all'annullamento della decisione e, a riprova della rilevanza giuridica riconosciuta dall'ordinamento al suo interesse ad operare in un contesto economico concorrenziale, la Sfir richiama alcune disposizioni della legge n. 287 del 1990 e del regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità. Secondo la ricorrente, infatti, da tali disposizioni sarebbe chiaramente desumibile la volontà del legislatore di attribuire una qualificazione normativa all'interesse dei concorrenti, posti nella condizione di tutelare in sede procedimentale la loro posizione. La configurabilità di un interesse legittimo in capo alla ricorrente deriverebbe pertanto dal fatto che essa si trova, rispetto all'attività istituzionale dell'Autorità, in una posizione "differenziata" -cioè diversa e più intensa di quella della generalità dei cittadini- e nel contempo "qualificata" -in quanto sancita e tutelata dall'ordinamento-¹¹.

Per negare -almeno nel caso in esame- la legittimazione del terzo ad impugnare i provvedimenti dell'Autorità, il Tar tace in ordine al criterio della c.d. "differenziazione" e si concentra invece sul secondo aspetto, relativo alla c.d. "qualificazione normativa".

¹¹ Secondo una recente teoria dottrina (c.d. "teoria normativa"), accolta anche dalla giurisprudenza, la titolarità di un interesse legittimo deve essere stabilita in base ai due criteri della c.d. "differenziazione" e della "qualificazione". Per una breve ma esaustiva illustrazione della teoria, nonché per un quadro dei criteri utilizzati per individuare gli interessi legittimi F. CARINGELLA, *Il diritto amministrativo*, Napoli 2001, pag. 118 e ss e 115-117. Sui requisiti della differenziazione e della qualificazione MONTEFUSCO, *Rilevanza dei requisiti di differenziazione e qualificazione nell'individuazione delle posizioni di interesse legittimo. (L'interesse legittimo tra interesse a ricorrere ed interesse illegittimo)*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, pag. 408 e ss.

Il silenzio è senz'altro significativo, introducendo una prima novità di estremo rilievo rispetto alla consolidata giurisprudenza precedente.

Il Tar dà infatti per scontato che, a fronte dell'esercizio dei poteri dell'Agcm, le imprese concorrenti non si trovano sullo stesso piano degli altri cittadini, non sono cioè portatrici di un interesse indifferenziato alla concorrenza nel mercato. Invero, esse vantano un interesse personale e individuale ¹² al rispetto della normativa antitrust, in quanto dalle determinazioni dell'Autorità dirette ad altri, possono derivare un vantaggio (si pensi al caso di provvedimenti inibitori e/o sanzionatori) o uno svantaggio (in presenza di delibere *latu sensu* "autorizzatorie") chiaramente riferibile alla loro sfera individuale.

Nella ripida strada che conduce al riconoscimento della natura di situazione giuridica sostanziale, l'interesse del concorrente compie un evidente passo in avanti, muovendosi dalla zona grigia degli *interessi diffusi* ¹³, in cui era equiparato alla generale e generica pretesa di legalità, al livello, un poco più elevato, degli *interessi individuali*. In altri termini, se in precedenza si negava che i terzi potessero vantare un interesse legittimo nei confronti dell'Agcm, avendo rilievo solo le "situazioni soggettive proprie dell'impresa destinataria dell'atto" ¹⁴, ora si riconosce ai concorrenti una posizione differenziata. La circostanza che l'Autorità sia tenuta a perseguire l'interesse pubblico alla "tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica" non esclude dunque che, in linea di principio, anche soggetti terzi rispetto a quelli immediatamente lesi dai provvedimenti finali possano vantare interessi, pretensivi od oppositivi, suscettibili di ricevere protezione giuridica.

Tuttavia, fanno notare i giudici, in assenza di qualificazione normativa, anche "l'interesse individuale, ancorché differenziato, resterebbe un interesse di mero fatto"

¹² Personalità e individualità dell'interesse sono due requisiti distinti: vi possono infatti essere interessi personali che non sono individuali bensì collettivi (cfr. S. CASSARINO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1990, pag. 195 e ss).

¹³ Sono interessi diffusi quelli privi di titolare, in quanto riferibili nella loro globalità a categorie indeterminate di persone che non hanno proprie organizzazioni rappresentative. In questo senso V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994, pag. 203 e ss. Sull'argomento anche M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazione della giurisprudenza*, in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1996, pag. 1857 e ss.

¹⁴ Sentenza n. 868/2003 cit.

15. Non basta cioè che l'interesse sia riferibile alla sfera propria del concorrente, ma è anche necessario che esso riceva considerazione, in funzione della sua tutela, dalla normativa che disciplina l'esercizio del potere amministrativo.

Per stabilire se l'interesse delle imprese terze rispetto ad una concentrazione sia oggetto di valutazione positiva da parte dell'ordinamento, il Tar esamina in dettaglio ciascuna delle disposizioni richiamate dalla Sfir e osserva che, contrariamente a quanto assunto dalla ricorrente, la normativa nazionale antitrust individua due discipline diverse e separate: una per i procedimenti in materia di intese restrittive e abusi di posizione dominante (Titolo II, Capo II della legge); un'altra per quelli in materia di operazioni di concentrazione (Titolo II, Capo III della legge). Solo all'interno dei primi, infatti, il legislatore garantisce ai terzi uno standard di partecipazione elevato, prevedendo che chiunque vi abbia interesse possa portare degli elementi a conoscenza dell'Autorità (articolo 12, comma 1, della legge); sancendo l'obbligo di comunicare il provvedimento di avvio del procedimento non solo alle imprese e agli enti interessati, ma anche ai "*soggetti che ai sensi dell'articolo 12, comma 1, della legge, avendo un interesse diretto, immediato ed attuale, hanno presentato denunce o istanze utili all'avvio dell'istruttoria*" (articolo 6, comma 4, del D.P.R. 217/1998); riconoscendo, infine, il diritto di essere sentiti in sede di audizione finale, ai "*soggetti ai quali è stato notificato il provvedimento di avvio*" (articolo 14, commi 5 e 6 del cit. D.P.R.). Nelle concentrazioni, invece, ai terzi è attribuita una mera facoltà di partecipazione al procedimento: non è espressamente prevista per essi la possibilità di presentare segnalazioni (l'articolo 16 della legge, relativo all'obbligo di comunicazione dell'operazione, tace sul punto); il provvedimento di avvio dell'istruttoria non deve essere loro notificato (il Tar interpreta in modo restrittivo l'art. 6, comma 4 del D.P.R.); l'Autorità non è obbligata a sentirli, ma può farlo in base ad una sua valutazione discrezionale.

Nei procedimenti in materia di intese e di abusi, i terzi si configurano dunque come "*soggetti tutelati*", il cui intervento è funzionale alla protezione degli interessi dei quali sono portatori e che sono suscettibili di essere lesi dalle determinazioni dell'Agcm. Diversamente, in materia di concentrazioni, i terzi svolgono il ruolo di "*interventori passeggeri*" e la loro partecipazione ha una funzione "*essenzialmente strumentale e collaborativa*", essendo "*sganciata da un interesse*

¹⁵ Punto 5) della sentenza che si commenta.

sostanziale di base ” ¹⁶. In quest’ultimo ambito, infatti, l’esercizio del potere di controllo da parte dell’Autorità non produrrebbe alcun effetto giuridico in senso proprio nella sfera delle imprese terze, le quali potrebbero allegare solo una lesione indiretta ed eventuale, conseguente al fatto che la concentrazione potrebbe accrescere il potere di mercato delle imprese coinvolte, modificare la struttura del mercato e, per tale via, pregiudicare la posizione del concorrente.

La ricostruzione operata dai giudici conduce a differenziare la posizione dei terzi concorrenti a seconda del procedimento in cui sono coinvolti, disconoscendo loro la titolarità di interessi legittimi in materia di concentrazioni, ma riconoscendola implicitamente in materia di intese e di abusi, in relazione ai quali, pertanto, il denunciante assumerebbe la legittimazione ad essere parte necessaria del giudizio amministrativo ¹⁷.

In ciò va ravvisato il secondo aspetto innovativo della sentenza in esame: discostandosi dalla giurisprudenza precedente, il Tar ammette che il terzo segnalante si trova, almeno nei procedimenti relativi ad intese ed abusi, in una posizione speculare rispetto a quella dell’impresa destinataria del provvedimento finale.

E’ interessante notare come per giungere a tale soluzione, il Tar ponga l’accento sulle peculiarità non solo procedurali, ma anche funzionali delle operazioni di concentrazione: diversamente da quanto accade per le intese, in materia di concentrazioni l’Autorità non si limiterebbe ad *accertare* la contrarietà del comportamento delle imprese alle norme antitrust, in quanto *proibirebbe* una condotta di per se lecita, producendo quindi un *effetto costitutivo* ¹⁸.

¹⁶ Punto 5 b), terzo paragrafo. Sulle differenze tra contraddittorio in funzione difensiva e contraddittorio in funzione collaborativa M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, Relazione al convegno “Le Autorità amministrative indipendenti”, Roma, 9 maggio 2003.

¹⁷ Sulla distinzione tra parti necessarie e parti non necessarie del processo amministrativo, nonché sui criteri per l’individuazione dei controinteressati A. TRAVI, *Lezioni cit.*, pag. 214 e ss.

¹⁸ Punto 5 d), secondo paragrafo. In senso conforme anche la dottrina maggioritaria, tra cui S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, 2001, pag. 54, C. MALINCONICO, *L’impugnabilità dei provvedimenti dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Antitrust fra dirittone nazionale e diritto comunitario*, Milano, 1996, pag. 156, A. ZITO, *L’attività dell’autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di concentrazioni*, in *Dir. ammin.*, 1994, pag. 175. *Contra* M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, pag. 376 e ss, P. AUTERI, *Il dibattito su una Autorità antitrust europea*, in *Contratto e impresa*, 1997, pag. 518. Nel senso che anche la c.d. “autorizzazione condizionata” ha natura di divieto, precisamente di divieto di porre in essere l’operazione comunicata, senza rispettare le misure prescritte dall’Agcm per impedire il prodursi di effetti anticoncorrenziali, Tar Lazio, Sezione I, 2 agosto 2002, n. 6929.

4. La soluzione accolta dalla giurisprudenza comunitaria.

Nonostante i segnali di apertura, il Tar continua a negare che, in assenza di un interesse legittimo, la partecipazione procedimentale costituisca titolo acquisitivo della legittimazione ad impugnare i provvedimenti conclusivi dell'Autorità. Né vale a superare questa posizione la diversa soluzione che, secondo la ricorrente, è accolta dai giudici comunitari e dovrebbe essere recepita in ambito nazionale in virtù dell'art. 1, comma 4 della legge 287/1990¹⁹.

Il Tar precisa che il richiamo alla giurisprudenza comunitaria può valere solo nei limiti in cui “*da essa sia enucleabile un ‘principio’ di diritto antitrust europeo*” e se un principio emerge dalle sentenze richiamate dalla Sfir, esso non è quello della legittimazione a proporre ricorso in annullamento dei terzi²⁰ che abbiano partecipato al procedimento. Piuttosto, il Tribunale di primo grado e la Corte di Giustizia²¹ sarebbero propensi a dichiarare ammissibile l'azione solamente quando il ricorrente, pur non essendo destinatario delle decisioni impuginate, sia tuttavia assistito da specifiche “*garanzie procedurali*” in base al diritto comunitario.

¹⁹ Sul significato e sul valore della norma, cfr. G. MANGIONE, *Commento all'art. 1 della legge 287/1990*, in MARCHETTI-UBERTAZZI, *Commentario breve cit.*, pag. 345 e ss; A. FRIGNANI, *Commento all'art. 1 della legge 287/1990*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L.C. UBERTAZZI, *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993, pag. 104 e ss e i riferimenti bibliografici ivi contenuti.

²⁰ La giurisprudenza richiamata dalla ricorrente ed esaminata dal Tar riguarda l'azione proposta ai sensi dell'art. 230 del Trattato CE al fine di ottenere l'annullamento di un atto adottato dalle istituzioni comunitarie. L'azione consiste nell'impugnazione dell'atto che si assume pregiudizievole e del quale si possono censurare i vizi di incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione del Trattato o di norme relative alla sua applicazione e infine sviamento di potere. “*Immediato è dunque il collegamento tra la funzione di controllo del giudice comunitario e quella propria del giudice amministrativo*” osserva G. TESAURO, *Diritto amministrativo*, Padova, 2001, pag. 184. Sul ricorso per annullamento, in particolare sulla questione della legittimazione a ricorrere delle persone fisiche e giuridiche, oltre a Tesoro, pag. 183 e ss, si vedano: D. BONI, *Il ricorso di annullamento delle persone fisiche e giuridiche*, in B. NASCIMBENE-L. DANIELE, *Il ricorso di annullamento nel Trattato CE*, Milano, 1998, pag. 53 e ss; L. MUSSELLI, *La giustizia amministrativa dell'ordinamento comunitario*, Torino, 2000, pag. 51 e ss; A. SAGGIO, *Appunti sulla ricevibilità dei ricorsi d'annullamento proposti da persone fisiche o giuridiche in base all'art. 173, quarto comma, del Trattato CE*, in *Riv. dir. eur.*, 1997, pag. 401 e ss; A. ARNULL, *Private applicants and the action for annulment under article 173 of the EC Treaty*, in *Comm. mark. law rev.*, 1995, pag. 7 e ss.

²¹ Il Tribunale è competente a conoscere i ricorsi presentati da persone fisiche o giuridiche, mentre la Corte quelli proposti da Stati membri, Consiglio, Commissione (c.d. ricorrenti “privilegiati”), Parlamento, Banca Centrale Europea e Corte dei Conti (c.d. ricorrenti “quasi privilegiati”). Sulle differenze, in termini di legittimazione ad impugnare, tra le varie categorie di soggetti, *ex multis*, MUSSELLI, *La giustizia cit.*, pag. 51.

Garanzie procedurali sarebbero ad esempio previste dall'art. 3, n. 2 lett. b) del regolamento 17/62, il quale consente alle persone fisiche e giuridiche di adire la Commissione per far rilevare le violazioni degli art. 81 e 82 del Trattato CE; e dall'art. 5 del regolamento 3017/79, in base al quale i terzi sono autorizzati a denunciare alla Commissione l'importazione di prodotti in regime di dumping all'interno della Comunità. In questi casi è espressamente riconosciuta ai terzi la facoltà di presentare reclami alla Commissione, affinché questa accerti un'infrazione della normativa comunitaria. Coloro che si avvalgano di tale facoltà sarebbero legittimati, "se la loro domanda viene respinta, totalmente o parzialmente, ad esperire un'azione a tutela dei loro legittimi interessi" - in questo senso la Corte di Giustizia nella causa *Metro (I)* ²² e in quelle, del pari richiamate dal Tar, *Timex* ²³ e *Cofaz* ²⁴).

Garanzie procedurali dovrebbero ritenersi sussistenti anche quando le norme comunitarie pongono a carico della Commissione l'obbligo di invitare gli interessati a presentare le loro osservazioni, come ad esempio prevede, in materia di aiuti di stato, l'art. 88, comma 2 del Trattato CE. La possibilità di ricorso giurisdizionale, accordata anche alle imprese concorrenti, sarebbe proprio funzionale ad assicurare il rispetto dei diritti delle parti (è quanto emerge, secondo il Tar, dalla sentenza del Tribunale sulla causa *Scheppvaart*) ²⁵.

La Sfir sarebbe invece priva di garanzie procedurali, poiché la disciplina antitrust nazionale attribuisce alle imprese terze rispetto ad una concentrazione una mera facoltà di intervento nel procedimento -che peraltro deve essere esercitata entro un termine molto breve- e analogo trattamento è riservato ai concorrenti anche dalla normativa comunitaria, con l'art. 18 comma 4 del regolamento CEE n. 4064/89.

Le argomentazioni del Tar sul punto non sono convincenti.

²² Corte di Giustizia, 25 ottobre 1977, causa 26/76, *Metro c. Commissione*, in *Racc.*, 1977, pag. 1875 e ss, punto 13 della motivazione.

²³ Corte di Giustizia, 20 marzo 1985, causa 264/82, *Timex Corporation c. Consiglio e Commissione*, in *Racc.*, 1985, pag. 849 e ss.

²⁴ Corte di Giustizia, 28 gennaio 1986, causa 169/84, *Cofaz c. Commissione*, in *Racc.*, 1986, pag. 391 e ss.

²⁵ Tribunale di primo grado, 5 giugno 1996, causa T-398/94, *Scheppvaart c. Commissione*, in *Racc.*, 1996, pag. II-477 e ss.

In base all'art. 230, comma 4 del Trattato CE, qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre ricorso per annullamento non solo contro le decisioni ad essa dirette, ma anche contro quelle che “*pur apparendo come un regolamento o una decisione presa nei confronti di altre persone, la riguardano direttamente ed individualmente*”.

A partire dalla sentenza *Plaumann c. Commissione*²⁶, è stato più volte ribadito²⁷ che soggetti diversi dai destinatari di una decisione possono sostenere di essere individualmente interessati ai sensi dell'art. 230, comma 4, solo se detta decisione li riguarda a causa di determinate qualità personali, ovvero di particolari circostanze atte a distinguerli dalla generalità e a identificarli alla stessa stregua dei destinatari.

Ai fini dell'integrazione del requisito dell'interesse individuale, la giurisprudenza comunitaria tende ad attribuire rilevanza al fatto che il ricorrente sia espressamente nominato nell'atto²⁸, oppure a far leva su elementi estrinseci rispetto all'atto, quali l'appartenenza del ricorrente ad una “cerchia ristretta” di persone, sulla quale il provvedimento incide eliminando vantaggi o diritti²⁹ o la circostanza che, nell'adozione del provvedimento, le istituzioni comunitarie abbiano tenuto in considerazione la posizione giuridica specifica nella quale si trova il ricorrente³⁰.

Non si può negare che in diverse sentenze, tra cui quelle citate dal Tar, il Tribunale e la Corte abbiano considerato rilevante, ai fini della ricevibilità del ricorso dei terzi, il fatto che questi fossero assistiti da precise garanzie

²⁶ Corte di Giustizia 15 luglio 1963, causa C-25/62, *Plaumann c. Commissione*, in *Racc.*, 1963, pag. 199 e ss.

²⁷ Tra le tante, Corte di Giustizia 10 dicembre 1969, cause riunite 10/68 e 18/68, *Eridania e altri c. Commissione*, in *Racc.*, 1969, pag. 459 e ss, nonché Tribunale di primo grado, 28 ottobre 1993, causa T-83/92, *Zunis Holding e altri c. Commissione*, in *Racc.*, 1993, pag. II-1169 e ss; *idem*, 13 dicembre 1995, cause T-481/93 e 484/93, *Vereniging Van Exporteurs in Levende Varkens e altri c. Commissione*, in *Racc.*, 1993, pag. II-2941 e ss.

²⁸ Corte di Giustizia, 29 ottobre 1980, cause 138/79 e 139/79, *Roquette Frères e Maizena*, in *Racc.*, 1980, rispettivamente pag. 3333 e ss e pag. 3393 e ss.

²⁹ Corte di Giustizia, 26 giugno 1990, causa C-152/88, *Sofrimport*, in *Racc.*, 1990, pag. I-2477 e ss; *idem*, 27 novembre 1984, causa 232/81, *Agricola commerciale Olio*, in *Racc.*, 1984, pag. 3881 e ss.

³⁰ Corte di Giustizia, 13 maggio 1971, causa 41-44/70, *International Fruit*, in *Racc.*, 1971, pag. 411 e ss; *idem*, 6 novembre 1990, causa C-354/87, *Weddel*, in *Racc.*, 1990, pag. I-3847 e ss.

procedurali e che avessero effettivamente partecipato al procedimento. Tuttavia, come gli stessi giudici comunitari hanno avuto occasione di affermare ³¹, “*subordinare l’interesse ad agire dei terzi qualificati che beneficiano di diritti procedurali nel corso di un procedimento amministrativo alla loro effettiva partecipazione a tale procedimento equivarrebbe ad introdurre un elemento di ricevibilità aggiuntivo, in forma di un procedimento precontenzioso obbligatorio che non è previsto dall’art. 173 del Trattato*” (attuale art. 230). Né rilievo autonomo è attribuito, come invece sostengono i giudici amministrativi, al semplice fatto che la normativa comunitaria imponga alla Commissione di invitare le parti interessate a presentare delle osservazioni.

Sembra piuttosto da condividere la tesi sostenuta da una parte della dottrina ³², secondo la quale la partecipazione del terzo al procedimento –ma lo stesso può dirsi per la previsione di garanzie procedurali in suo favore-, intanto può essere considerata un indicatore della legittimazione a ricorrere, in quanto rifletta un dato sostanziale: la circostanza che, nell’atto impugnato, l’autorità comunitaria abbia preso o debba aver preso in considerazione la situazione specifica del ricorrente.

A ben vedere, anche la giurisprudenza comunitaria richiamata dal Tar accoglie detta visione.

Nelle cause *Timex* e *Cofaz*, la Corte di giustizia ha dichiarato ammissibile il ricorso, rispettivamente avverso un regolamento e una decisione diretta a terzi, richiamando il ruolo determinante svolto dal ricorrente nell’ambito del procedimento amministrativo che aveva condotto all’adozione del provvedimento impugnato ³³.

Nel caso *Kahn Scheppvaart*, il Tribunale di primo grado ha escluso che, per il semplice fatto di aver presentato denuncia alla Commissione ai sensi dell’art. 88, comma 2 del Trattato CE e di aver avuto con questa uno scambio

³¹ Tribunale di primo grado, 11 luglio 1996, cause riunite T-528/93, T-542/93, T-543/93, T-546/93, *Metro e altri c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-649 e ss, punto 62 della motivazione e, nello stesso senso, Tribunale di primo grado, 27 aprile 1995, causa T-96/92, *Comité central d’entreprise de la Société générale des grandes sources e altri c. Commissione*, in *Racc.*, 1995, pag. II-1213 e ss, punti 35 e 36 della motivazione e causa T-12/93, *Comité central d’entreprise de la société anonyme Vittel e altri c. Commissione*, in *Racc.*, 1995, pag. II-1247 e ss, punti 46 e 47 della motivazione.

³² Si allude a SAGGIO, *Appunti cit.*, in particolare pag. 419.

³³ Punti 13 e 14 della motivazione sul caso *Timex*, punti 24 e 25 della motivazione sul caso *Cofaz*.

di corrispondenza ed alcuni colloqui, un'impresa fosse legittimata a impugnare una decisione diretta ad uno Stato membro ³⁴ ³⁵.

La linea interpretativa suggerita emerge chiaramente da alcune sentenze emanate proprio nella materia delle concentrazioni, in relazione alla quale –lo ha ricordato lo stesso Tar- la normativa comunitaria non prevede precise garanzie procedurali in favore dei terzi, né pone a carico della Commissione l'obbligo di invitare questi ultimi a partecipare al procedimento.

In una sentenza del 1994 ³⁶, il Tribunale ha ammesso la ricevibilità del ricorso di *Air France* contro la decisione che autorizzava la concentrazione tra *British Airways* e *TAT EA*, essenzialmente perché, nell'adottare l'atto, la Commissione aveva tenuto costantemente presente la situazione della ricorrente ³⁷.

In una sentenza del 1995 ³⁸, il Tribunale ha ritenuto che i lavoratori della *Source Perrier* fossero individualmente interessati a ricorrere contro la decisione che autorizzava la concentrazione tra *Nestlé* e *Perrier*, subordinando l'operazione alla cessione da parte della prima di alcuni marchi del gruppo ³⁹. A tal fine i giudici comunitari hanno messo in evidenza il fatto che, a norma del

³⁴ Punto 42 della motivazione.

³⁵ In senso contrario tuttavia, Corte di Giustizia, 19 maggio 1993, causa C-198/91, *Cook c. Commissione*, in *Racc.*, 1993, pag. I-2487 e ss e *idem*, 2 aprile 1998, causa C-367/95, *Commissione c. Sytraval e Sarl*, in *Racc.*, 1998, pag. I-1719 e ss, nelle quali l'impresa ricorrente è stata considerata legittimata ad impugnare in quanto impresa interessata ai sensi dell'art. 88, n. 2 del Trattato CE.

³⁶ Tribunale di primo grado, 19 maggio 1994, causa T-2/93, *Air France c. Commissione*, in *Racc.*, 1994, pag. II-323 e ss.

³⁷ Le circostanze che hanno indotto i giudici comunitari a ritenere sussistente nel caso in esame un interesse individuale a ricorrere sono precisamente tre: a) che la ricorrente aveva presentato le proprie osservazioni critiche ai sensi dell'art. 4, n. 3 del regolamento; b) che il livello di concorrenza presente nei mercati rilevanti individuati era stato valutato soprattutto tenendo conto della situazione di *Air France*, principale concorrente di *British Airways* sulla tratta Londra-Parigi; c) che alla ricorrente era stato richiesto di dismettere tutte le partecipazioni detenute nella società *TAT*. Cfr punti 42-46 della motivazione.

³⁸ Sentenza 27 aprile 1995, *Grandes Sources cit.* e, nello stesso senso, sentenza 27 aprile 1995, *Vittel cit.*

³⁹ Il ricorso presentato era stato tuttavia dichiarato inammissibile per difetto di interesse diretto: come emerge dalla direttiva 77/187 relativa al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, una concentrazione non determina di per sé alcuna modifica del rapporto di lavoro disciplinato dai contratti o dagli accordi collettivi in vigore.

regolamento n. 4064/89, la Commissione deve valutare l'incidenza della concentrazione sulla realizzazione degli obiettivi sociali previsti dall'art. 2 del Trattato CE, compreso quello del rafforzamento della coesione economica e sociale della Comunità. Per tale motivo, può essere necessario prendere in considerazione la situazione dei lavoratori delle imprese coinvolte, essendo irrilevante che in loro favore sia prevista una semplice facoltà di partecipazione o che essi non abbiano chiesto di essere sentiti ⁴⁰.

Questa ricostruzione, indubbiamente scomoda per il Tar, ha il duplice pregio di ridurre ad unità i molteplici criteri elaborati dai giudici comunitari per individuare l'interesse individuale a ricorrere e di consentire il rispetto di uno dei principi fondamentali dell'Unione europea - e di ogni comunità di diritto - : l'accesso alla tutela giurisdizionale ⁴¹.

⁴⁰ Punti 28-30 e 35-36 della motivazione.

⁴¹ In tal senso SAGGIO, *Appunti cit*, pag. 419 e l'Avvocato generale DARMON, *Conclusioni* nella sentenza della Corte di Giustizia, 3 dicembre 1992, causa C-97/91, *Borelli c. Commissione*, in Racc., 1992, p. I-6313 e la recente sentenza del Tribunale di primo grado, 3 maggio 2002, causa T-177/01, *Jégo-Quéré et Cie SA c. Commissione*, caricabile dal sito <<http://curia.eu.int/it/content/juris/index.htm>>, in particolare i punti 40-43 della motivazione, che richiamano anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Ma si veda, in senso parzialmente difforme, Corte di Giustizia, 25 luglio 2002, causa C-50/00, *Union de Pequeños agricultores*, anch'essa scaricabile dal sito <<http://curia.eu.int/it/content/juris/index.htm>>.