



MARGHERITA RAMAJOLI  
L'ACCERTAMENTO DEGLI ILLECITI ANTITRUST  
TRA PROCEDIMENTO E PROCESSO AMMINISTRATIVO

**SOMMARIO:** 1. Normativa antitrust, principio di legalità e principio di certezza del diritto. — 2. Presidi giuridici a tutela dell'affidamento privato. — 3. Tassatività sostanziale e tassatività procedimentale. — 4. Procedimento antitrust e standard probatori. — 5. Profili tecnici non opinabili.

1. *Normativa antitrust, principio di legalità e principio di certezza del diritto.*

Uno dei principali profili problematici in materia di *public enforcement* antitrust è dato dall'accertamento in concreto degli illeciti antitrust da compiere nel corso del procedimento davanti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (1).

Alla base di questa problematicità vi sono varie ragioni, d'ordine legislativo, amministrativo e giurisprudenziale. Anzitutto le ragioni d'ordine legislativo. La normativa a tutela della concorrenza e del mercato fa ampio ricorso alle clausole generali o, qualora si preferisca un linguaggio pubblicistico d'origine tedesca, utilizza concetti giuridici indeterminati. Il legislatore europeo e quello nazionale anzitutto descrivono le fattispecie imprenditoriali da vietare mediante la tecnica normativa delle clausole generali («intesa restrittiva della concorrenza», «posizione dominante», «abuso» della stessa) e in secondo luogo costellano tutta l'attività di applicazione della disciplina di indicazioni che reclamano l'interpretazione di clausole generali. Ad esempio, il divieto d'intese aventi l'effetto di alterare in maniera consistente la concorrenza in una parte rilevante del mercato nazionale (art. 2, comma 2, della legge n. 287/1990) comporta la verifica che l'intesa «falsifica» la concorrenza, che tale falsificazione è «consistente» e che riguarda una parte «rilevante» del mercato nazionale. Non solo. Talvolta il

---

(1) Altra questione altamente controversa in materia di *public enforcement*, che qui non può essere oggetto di trattazione, riguarda i termini per l'avvio davanti all'Autorità dell'attività istruttoria di accertamento della presunta condotta illecita; in tema cfr., per tutti, F. GHEZZI, *Sui «tempi» del procedimento in materia di intese ed abusi nell'interpretazione dei giudici amministrativi italiani: un «tentato omicidio» del diritto antitrust?*, in *M.C.R.*, 2022, 257 ss.; ulteriore aspetto problematico, anch'esso non analizzato, attiene alla recente attribuzione normativa all'Autorità di un nuovo potere di tipo regolatorio, che le permette di adottare strumenti correttivi di mercati inefficienti anche a prescindere dall'esistenza di specifici abusi di posizione dominante o intese restrittive della concorrenza (art. 1, comma 5, del d.l. 10 agosto 2023, n. 104, c.d. Decreto Asset, convertito con modificazioni dalle l. 9 ottobre 2023, n. 136); in tema cfr., se si vuole, M. RAMAJOLI, *La tutela pubblicistica della concorrenza*, in corso di pubblicazione sui *Quaderni 2024 dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*.

dettato normativo risulta ancora più evanescente, come nel caso di autorizzazioni in deroga al divieto generale di intese e concentrazioni restrittive della concorrenza. Per rilasciare le autorizzazioni in deroga l'Autorità antitrust deve verificare la sussistenza di alcune condizioni — indicate dal legislatore nel caso di intese, dal Governo nel caso di concentrazioni —, facenti perno su clausole generali del tutto peculiari, come i «rilevanti interessi generali dell'economia nazionale», oppure «ragioni essenziali di economia nazionale» (art. 25, commi 1 e 2 della legge n. 287/1990), che evocano vere e proprie scelte di tipo valoriale (2).

Dal punto di vista strutturale le clausole generali sono formule lessicali aperte, indeterminate e incomplete, che comportano una particolare delega all'interprete del potere di concretizzazione della disposizione che le contiene (3). Dal punto di vista funzionale la tecnica normativa delle clausole generali assicura elasticità all'ordinamento giuridico, mantenendolo attuale nonostante il trascorrere del tempo e adattandolo più agevolmente alle circostanze concrete. Questa funzione di adeguamento permanente della disciplina risulta particolarmente preziosa in materia economica in generale e in materia concorrenziale in particolare, visto che perché gli illeciti antitrust sono cangianti e non sempre afferrabili, come dimostrato delle inedite distorsioni sui mercati digitali. Formule normative ampie e flessibili evitano i rischi di una rapida obsolescenza connessi a disposizioni troppo rigide e minuziose, consentono margini di elasticità nella valutazione delle fattispecie in sede applicativa, permettono l'adattamento della disciplina ai mercati in evoluzione e allo scorrere del tempo (4).

Tuttavia, un dettato normativo così concepito rischia di concedere una delega troppo ampia all'interprete chiamato a colmare l'indeterminatezza normativa attraverso una «integrazione

---

(2) Sui caratteri della normativa antitrust europea e nazionale cfr., per tutti, F. GHEZZI e G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, III ed., 2023, 11 ss.

(3) In tema cfr., da ultimo, M. CLARICH e M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021.

(4) L. KAPLOW, *Rules versus Standards: an Economic Analysis*, in 42 *Duke Law Journal*, 1992, 557 ss.; D.A. CRANE, *Rules Versus Standards in Antitrust Adjudication*, in *Wash. And Lee Law Review*, 2007, 49 ss.; M. LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2, 2018, 1 ss., ora anche in *Passato e presente del diritto commerciale*, Torino, 2023, 179-180.

valutativa » (5). Una normativa che si avvale di clausole generali o di concetti giuridici indeterminati reca in sé germi tali da poter mettere in crisi alcuni principi fondanti il nostro Stato di diritto: il principio di legalità e i suoi corollari dati dal principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi, il quale richiede che una condotta vietata sia identificata e qualificata da una puntuale disposizione di legge, e dal principio di tassatività degli stessi, il quale postula che una condotta vietata sia descritta chiaramente e precisamente dalla legge, in modo da assicurarne la prevedibilità (6); ma anche il principio di certezza del diritto, stante l'estrema relatività e soggettività tipica delle interpretazioni che comportano un'integrazione valutativa (7).

Nello specifico, la previsione da parte delle norme sostanziali antitrust di fattispecie aperte lascia all'autorità amministrativa competente nella fase dell'implementazione la delicata funzione di determinare in concreto i confini delle condotte imprenditoriali ammesse o vietate, con conseguenze che si riverberano anche sul relativo sindacato giurisdizionale.

## 2. Presidi giuridici a tutela dell'affidamento privato.

Per scongiurare i rischi di pregiudizio al principio di legalità e al principio di certezza del diritto l'ordinamento giuridico ha previsto alcuni contrappesi, ossia strumenti giuridici idonei a facilitare l'applicazione in concreto della normativa antitrust e quindi a fornire un criterio d'interpretazione da utilizzare con riferimento a fattispecie atipiche, al fine di ottenere un sufficiente grado di certezza in concreto e di oggettività e di trasparenza delle decisioni, a tutela del legittimo affidamento dei soggetti operanti nel mercato.

In primo luogo, il legislatore europeo e quello nazionale antitrust, pur ricorrendo a clausole generali, accompagnano questa tecnica normativa con un elenco esemplificativo di specifiche azioni vietate (si pensi all'art. 102 TFUE e all'art. 3 della legge n. 287/1990 con riferimento all'abuso di posizione dominante). Scopo di questa esemplificazione è non solo identificare con certezza alcune condotte

---

(5) V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 39 ss., che si richiama a K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, tr. it. Milano, 1970, 172 ss.

(6) F. CINTIOLI, *Diritti di difesa e determinatezza dell'illecito antitrust*, in *Il dir. ec.*, 2021, 21 ss., spec. 28 ss.

(7) M. LUCIANI, *Certezza del diritto e clausole generali*, in *Quest. giustizia*, 1/2020, 67 ss.

pacificamente illecite, ma anche fornire una guida all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e, in seconda battuta, al giudice amministrativo, cercando di rendere l'interpretazione della stessa clausola generale in sede procedimentale prima e processuale poi meno preda dell'imprevedibilità nei casi non tipizzati.

Altri contrappesi al deficit di legalità sostanziale e di certezza del diritto insito nella normativa antitrust sono rinvenibili nell'individuazione di cornici e di criteri di valutazione all'interno dei quali compiere l'attività di concretizzazione del concetto giuridico indeterminato. Vengono qui in rilievo le varie Comunicazioni della Commissione europea e le Linee guida dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, atti di autolimitazione che introducono criteri e parametri generali in via sub-legislativa (8). Si tratta di atti di *soft law*, che affondano storicamente le loro radici nella distinzione tra comandi e consigli, per cui, mentre il destinatario del comando è obbligato ad eseguirlo, il destinatario del consiglio è libero di scegliere se eseguirlo o meno, « ossia si trova in quella situazione che i giuristi chiamano facoltà » (9); oppure, se si preferisce, affonda storicamente le sue radici nella distinzione tra *commands*, ossia regole riconosciute vincolanti per la loro forma, e *precepts*, regole vincolanti in seguito alla convinzione della bontà del loro contenuto e alla autorevolezza del soggetto che le pone (10). In altri termini, le Linee Guida, che dovrebbero fornire un ausilio in termini di certezza e prevedibilità, sono però espressione un « diritto non vincolante », con tutto ciò che comporta sul versante della loro osservanza e quindi della loro effettività (11).

---

(8) Il maggiore approfondimento in tema si rinviene in F. GHEZZI e G.D. PINI, *Le nuove Linee Guida dell'Autorità Garante della Concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cautela*, in *Riv. soc.*, 2015, 1196 ss.; F. GHEZZI, *Riflessioni su perimetro dell'impresa, deterrenza e proporzionalità nelle linee guida nazionali sulla determinazione delle sanzioni antitrust*, in *Politiche antitrust, ieri, oggi e domani*, Torino, 2018, 73 ss.; ID., *Le linee guida sull'antitrust compliance, tra finalità educative e dissuasive ed incentivi ad una condotta*, *ivi*, 2019, 91 ss.

(9) Distinzione che si deve a N. BOBBIO, *Comandi e consigli*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, 369 ss., e più di recente sviluppata a G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, 273 ss.

(10) Distinzione che si deve invece a H.U. KANTOROWICZ, *The Definition of Law*, Cambridge, 1958, 30 ss., e ripresa da S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013, 39 ss.

(11) Si allude qui al principio del *comply or explain*, che consente di discostarsi dalla Linea guida a condizione di esplicitare le ragioni della mancata conformità ad esse. In tema sia consentito rinviare a M. RAMAJOLI, *Soft Law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, 147 ss.

Vale poi la pena di sottolineare l'ulteriore complessità dovuta al fatto che talvolta negli stessi atti di *soft law* è possibile rinvenire, oltre ad enunciati diretti a esplicitare il senso delle clausole generali contenute in fonti vincolanti, anche concetti che costituiscono a loro volta clausole generali. Si pensi alla «condivisione degli oneri» (o *burden sharing*) in materia di aiuti di Stato alle banche, condizione individuata dalla Commissione (12), in un gioco di progressivi sviluppi di clausole generale a vari livelli normativi.

In definitiva, i pericoli di soggettivismo nell'interpretazione delle clausole generali risultano circoscritti, ma non certo eliminati in virtù degli anzidetti presidi normativi. Occorre quindi verificare se a livello amministrativo esistano sufficienti garanzie a tutela dei soggetti destinatari dell'attività di accertamento in concreto.

### 3. Tassatività sostanziale e tassatività procedimentale.

Come anticipato, la problematicità insita nell'accertamento in concreto degli illeciti antitrust dipende da ragioni non solo d'ordine legislativo, che sono state appena tratteggiate, ma anche d'ordine amministrativo e giurisprudenziale. Su queste due ultime occorre ora soffermarsi e lo si fa congiuntamente, stante la stretta connessione che lega il piano dell'attività amministrativa antitrust con il piano del sindacato giurisdizionale ad essa relativa.

L'interpretazione dei concetti giuridici indeterminati è ricondotto espressamente dalla giurisprudenza alla categoria delle «valutazioni tecniche complesse», altrimenti definita, secondo un'espressione tradizionale, discrezionalità tecnica. Si tratta di un'attività che comporta «l'apprezzamento di una serie di elementi di fatto — definiti nella loro consistenza storica o naturalistica — in relazione fra di loro ed alla stregua di regole che non hanno il carattere di leggi scientifiche, esatte e non opinabili, ma sono il frutto di scienze inesatte ed opinabili» (13).

Dal lato procedimentale viene in rilievo la questione dei criteri di accertamento dei fatti da parte dell'Autorità e della distribuzione

---

(12) Nella Comunicazione sul settore bancario del 1° agosto 2013 e successivamente evoluta nel criterio del *bail-in*, previsto dalla direttiva 2014/59/UE e dal Regolamento n. 806/2014. Sul punto cfr. F. MUNARI, *Il ruolo delle clausole generali nel diritto dell'Unione europea*, e C. AMALFITANO e F. CROCI, *Identificazione e ruolo delle clausole generali nell'ordinamento dell'Unione europea*, entrambi in R. SACCHI (a cura di), *Il ruolo delle clausole generali in una prospettiva multidisciplinare*, Milano, 2021, rispettivamente 161 ss. e 179 ss.

(13) Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2022, n. 6254; 19 luglio 2022, n. 6254.

degli oneri probatori in sede istruttoria. Dal lato processuale vi sono due distinte questioni che la stessa giurisprudenza collega tra loro. La prima: se il giudice reputi sufficienti gli standard probatori utilizzati nei procedimenti amministrativi oppure ne richieda di più rigorosi. La seconda: se il giudice debba limitarsi a un controllo di ragionevolezza e proporzionalità delle valutazioni compiute nel procedimento amministrativo, effettuando un sindacato di attendibilità, e quindi accertando se la decisione (la configurazione della condotta come illecito antitrust) rientri nel ventaglio di soluzioni tecnicamente ragionevoli e proporzionate, oppure sia tenuto a svolgere un sindacato di maggiore attendibilità, per cui il giudice può spingersi ad accertare se la valutazione amministrativa sia anche quella maggiormente attendibile rispetto a quelle presentate in giudizio.

La complessità delle problematiche impone dunque di procedere per tappe logiche. Di fronte a un dato normativo di partenza elastico e indeterminato risulta centrale il procedimento amministrativo davanti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, sede in cui l'illecito antitrust viene determinato e precisato. Facendo difetto in materia la tassatività sostanziale a livello normativo la sua mancanza deve almeno essere controbilanciata dalla tassatività procedimentale. Mentre la tassatività sostanziale è relativa alla garanzia di precisione, determinatezza e prevedibilità della fattispecie, la tassatività procedimentale concerne le modalità di accertamento dei fatti e quindi lo standard probatorio richiesto all'amministrazione per reputare sussistente una fattispecie antitrust.

La questione non si pone solo ed esclusivamente in materia antitrust, anzi da tempo è ampiamente dibattuta in un altro ambito d'intervento della pubblica amministrazione, e cioè nel caso di misure di prevenzione e interdittive antimafia (14). Anche in queste ipotesi le relative norme attributive del potere abbondano di elementi elastici lasciati all'apprezzamento dell'amministrazione o, in altri termini, di fattispecie contrassegnate da uno scarsissimo coefficiente di tassatività, come tali strutturalmente inclini ad essere interpretate in maniera estesa da soggetto demandato a darne attuazione. Proprio in questo campo la dottrina più attenta ha sostenuto che l'accertamento dei fatti e della loro rilevanza deve

---

(14) La tecnica è comunque impiegata anche in altri ambiti dell'agire amministrativo, come ad esempio in materia di foglio di via obbligatorio, ove è parimenti cospicua la giurisprudenza; cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. III, 3 febbraio 2020, n. 484; 6 novembre 2019, n. 7575.

fondarsi su un'interpretazione della norma che tenga conto « non solo dell'esigenza della specifica funzione amministrativa, ma anche della posizione dei soggetti sacrificati dal suo esercizio » (15).

Di conseguenza, non dovrebbe essere il privato destinatario del provvedimento amministrativo ad essere gravato in giudizio dell'onere di dimostrare l'insussistenza del presupposto di una misura di prevenzione, quanto piuttosto dovrebbe essere l'amministrazione ad essere onerata di dimostrare la sussistenza di tale presupposto, esaminando, con cura e imparzialità, tutti gli elementi pertinenti della situazione di cui trattasi e palesandoli puntualmente. In questa logica il ricorso a un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico, che non richiede un livello di certezza « oltre ogni ragionevole dubbio » tipico dell'elevato standard penalistico, ma implica una prognosi fondata sulla regola causale del « più probabile che non » finisce per attenuare il particolare onere probatorio che dovrebbe gravare sull'amministrazione nel caso di valutazioni complesse (16).

A questo ragionamento pare sensibile una parte della più recente giurisprudenza, anche se non si può sottacere che allo stato si tratta di un orientamento del tutto minoritario (17). La giurisprudenza maggiormente garantista delle ragioni del privato sottopone la valutazione amministrativa a un vaglio giurisdizionale pieno ed effettivo, rileggendo il criterio del « più probabile che non » con l'affermazione che il giudice amministrativo deve « valutare la gravità del quadro indiziario ..., con un pieno accesso ai fatti rivelatori » e con il potere « di sindacare l'esistenza o meno di questi fatti, che devono essere gravi, precisi e concordanti » e di « apprezzare la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi inferenziale che l'autorità amministrativa trae da quei fatti » (18).

---

(15) B. TONOLETTI, *Il sindacato sugli atti valutativi di giudizio*, in F. FRANCIARIO e M. A. SANDULLI (a cura di), *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione*, 2023, Napoli, 75 ss., 90.

(16) Oltre a B. TONOLETTI, *Il sindacato sugli atti valutativi di giudizio*, cit., cfr. anche F. FRACCHIA e M. OCCHIENA, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio". Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*, in *Dir. econ.*, 2018, 1125 ss., spec. 1143 ss.

(17) La giurisprudenza ritiene infatti che quest'ultimo criterio si debba applicare unicamente nel diritto penale, in cui viene in gioco la libertà personale dell'imputato, e non nel diritto amministrativo, che riguarda la legittimità del provvedimento interdittivo antimafia, ispirato alla diversa logica preventiva; cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. III, 28 giugno 2017, n. 3173; 26 settembre 2017, n. 4483.

(18) Particolarmente chiara sul punto è Cons. St., sez. III, 28 giugno 2022, n. 5375.



#### 4. Procedimento antitrust e standard probatori.

Il discorso fin qui condotto non muta affatto in materia antitrust, in cui parimenti è necessario salvaguardare contemporaneamente l'elasticità della clausola generale e le garanzie dei cittadini e in cui gli standard probatori devono tenere presente che si è al cospetto di fattispecie sanzionatorie punitive. Infatti, facendo leva sui noti criteri *Engel* (19), la giurisprudenza della Corte EDU ha assimilato al processo penale il procedimento di *public enforcement* antitrust (20) e in senso analogo è orientato lo stesso Consiglio di Stato, chiaro nel riconoscere che «la sanzione dell'AGCM, avuto riguardo... in particolare, al grado di severità della stessa, ha natura afflittiva e sostanzialmente penale» (21). La natura penale in senso convenzionale delle sanzioni irrogate dall'Autorità è «indubbia», tenuto conto delle «finalità repressive e preventive perseguite» e del fatto che l'accertamento amministrativo determina, oltre all'irrogazione di pesanti sanzioni amministrative pecuniarie e alla condanna al risarcimento del danno eventualmente cagionato, anche un significativo danno di tipo reputazionale (22).

Sta di fatto che i provvedimenti dell'Autorità non sempre rispettano la determinatezza a livello di fattispecie. Questo vale in particolare modo in materia di pratiche commerciali scorrette, ma si verifica anche in materia schiettamente antitrust. La descrizione non solo delle intese, ma anche degli abusi di posizione dominante spesso si svolge mediante descrizioni di fatti e di comportamenti non sempre tutti puntualizzati e questa circostanza rende difficile aggredire la ricostruzione operata a livello amministrativo con narrazioni differenti e richiami documentali (23).

La problematica si rifrange inevitabilmente sul piano processuale. A ben vedere si tratta di una questione domestica: per quanto l'art. 2 del Regolamento CE n. 1/2003 stabilisca che in tutti i procedimenti nazionali ed europei relativi all'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, l'onere della prova dell'infrazione incombe alla parte o all'autorità che asserisce tale infrazione, nondimeno lo stesso

---

(19) Il giudice convenzionale, a partire dalla nota decisione Corte EDU, Plenaria, 8 giugno 1976, ric. n. 5100/71, *Engel and Others v. the Netherlands*, §§ 81 e 82, utilizza il criterio dell'effettiva lesività di una misura al fine di stabilire a quale genere e a quale livello di garanzie essa debba essere sottoposta.

(20) A far data da Corte Edu, sez. II, 27 settembre 2011, ric. n. 43509/08, *Menarini c. Italia*.

(21) Cons. Stato, sez. VI, 19 dicembre 2019, n. 8585; 2 febbraio 2023, n. 1159.

(22) Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2022, n. 3570.

(23) F. CINTIOLI, *Diritti di difesa*, cit., 25 ss.

Regolamento precisa di non incidere « né sulle norme nazionali in materia di grado di intensità della prova né sugli obblighi delle Autorità garanti ... e delle giurisdizioni nazionali degli Stati membri inerenti all'accertamento dei fatti pertinenti di un caso », a condizione che essi siano compatibili con i principi generali del diritto dell'Unione europea (5° Considerando).

Entra qui in gioco il sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, che tuttavia non ha assunto in materia un orientamento monolitico, in quanto si fronteggiano due orientamenti divergenti. Secondo il primo filone giurisprudenziale gli accertamenti e gli apprezzamenti dell'Autorità garante richiedono sempre un'adeguata istruttoria fondata su indizi precisi e univoci e sulla completa valutazione degli indizi discordanti. Ne consegue che nel procedimento amministrativo lo standard probatorio non può essere meramente probabilistico, ossia fondato sull'acquisizione di alcuni elementi di prova che rendano plausibile una certa ipotesi e sufficiente il raggiungimento di un attendibile grado di verosimiglianza (24).

All'esito dell'attività conoscitiva dell'Autorità « l'ipotesi accusatoria ... può ritenersi avere attinto la “certezza processuale” soltanto quando essa risulti l'unica in grado di giustificare i vari elementi probatori raccolti, ovvero la più attendibile rispetto alle altre ipotesi alternative, pure astrattamente prospettabili » (25).

Sulla stessa lunghezza d'onda la dottrina più acuta reputa giustificato che lo standard probatorio richiesto all'amministrazione faccia applicazione del criterio previsto all'art. 533 c.p.p., ossia reclami un accertamento al di là di ogni ragionevole dubbio. Si afferma a tal riguardo che i criteri probabilistici, che fanno ritenere sufficiente il raggiungimento solo di un attendibile grado di verosimiglianza dei fatti contestati, potrebbero eventualmente essere giustificati solo nei giudizi civili *stand alone*, stante la difficoltà delle parti attrici di reperire agevolmente elementi di prova riguardanti informazioni in possesso del convenuto (26).

L'orientamento giurisprudenziale tratteggiato non è però univoco, ritenendo il giudice amministrativo talvolta sufficiente che

---

(24) T.A.R. Lazio, sez. I, 12 luglio 2021, n. 8239; 13 giugno 2023, n. 10044.

(25) Cons. Stato, sez. VI, n. 3570/2022, cit.

(26) M. LIBERTINI, *La prima decisione sui provvedimenti dell'AGCM contro gli abusi di dipendenza economica rilevanti per la concorrenza ed il mercato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 669 ss.; cfr. altresì M. CAPPALÌ, *Il delicato equilibrio fra full jurisdiction ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell'Agcm*, in *Dir. soc.*, 2018, 746 ss.

l'Autorità « tracci un quadro indiziario coerente e univoco, a fronte del quale spetta ai soggetti interessati fornire spiegazioni alternative alle conclusioni tratte nel provvedimento accertativo della violazione anticoncorrenziale » (27). Ai fini dell'accertamento, ad esempio, di un'intesa anticoncorrenziale « non è necessario che la stessa risulti da documenti o da altri elementi probatori fondati su dati estrinseci e formali, essendo sufficiente anche una prova indiziaria, purché si tratti di indizi gravi, precisi e concordanti » (28).

Si fa così applicazione del criterio probabilistico («ragionevole probabilità», «più probabile che non» o «preponderanza delle evidenze»), in base al quale è sufficiente la formulazione di un compendio plausibile sulla base degli indizi acquisiti, alleggerendo quindi l'onere probatorio in capo all'Autorità nel procedimento amministrativo. Di qui una difficoltà probatoria per il privato, che potrà confutare il quadro probatorio tracciato dall'Autorità unicamente persuadendo il giudice che l'allegata spiegazione alternativa dei fatti superi la tesi della pubblica amministrazione in termini di coefficiente probabilistico e logico (29).

Tuttavia, questo secondo orientamento pare criticabile per una pluralità di ragioni, d'ordine sia sostanziale sia processuale. Anzitutto l'Autorità dispone di penetranti strumenti inquisitori per l'acquisizione di elementi di prova, specie dopo le due recenti novelle all'impianto originario della legge n. 287/1990, avvenute nel 2021 e 2022, che ne hanno rafforzato i poteri d'indagine e istruttori (30). In questa maniera essa è posta più agevolmente nelle condizioni di provare l'infrazione commessa.

In secondo luogo, si è già accennato al fatto che attualmente si sta assistendo alla configurazione di un unico diritto afflittivo in senso lato, che accomuna diritto penale e diritto amministrativo sanzionatorio, in virtù di un'interpretazione evolutiva e garantista della giurisprudenza della Corte EDU e del giudice amministrativo. Dal riconoscimento della natura sostanzialmente penale delle sanzioni antitrust dovrebbero pertanto discendere conseguenze in punto di disciplina, estendendo alle sanzioni amministrative a

---

(27) Cons. Stato, sez. VI, 25 luglio 2023, n. 7273.

(28) Cons. Stato, sez. VI, 20 gennaio 2023, n. 688.

(29) Così, con toni critici, S. VACCARI, *Presunzione d'innocenza e sanzioni amministrative "punitive": lo standard probatorio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio"*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), che parla di un'inversione mascherata dell'onere della prova sostanziale, anche se nella forma della prova contraria.

(30) Si allude qui al d.lgs. n. 185/2021, attuativo della direttiva UE n. 2019/1, c.d. Direttiva ECN Plus, e alla legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, ossia la legge n. 118/2022.

carattere punitivo larga parte dello 'statuto costituzionale' sostanziale delle sanzioni penali, primo tra tutti il principio di presunzione di innocenza (31). E la presunzione di innocenza comporta che « qualora sussista un dubbio nella mente del giudice, esso deve andare a beneficio dell'impresa destinataria della decisione che constata un'infrazione » (32).

Infine, l'accertamento svolto dall'Autorità garante e confluito nella decisione finale assume un rilievo che va al di là della stessa vicenda sanzionatoria, ossia ha una potenziale ultrattività probatoria. Ciò per espressa previsione legislativa: l'art. 7 del d.lgs. n. 3/2017 stabilisce che anche nel giudizio risarcitorio promosso dai terzi danneggiati nei confronti dell'impresa sanzionata si ritiene « definitivamente accertata la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato ». Per tutte queste ragioni l'accertamento contenuto nel provvedimento amministrativo dovrebbe assumere connotati di maggiore rigore rispetto a quanto finora richiesto dalla giurisprudenza maggioritaria.

##### 5. Profili tecnici non opinabili.

Come già accennato, il tema degli standard probatori utilizzati nei procedimenti amministrativi da ritenere legittimi in sede processuale si interseca con il tema dell'ampiezza del sindacato giurisdizionale in materia, che attualmente oscilla tra un sindacato di mera attendibilità e un sindacato di maggiore attendibilità.

Il legislatore ha complicato ulteriormente il quadro: come è noto, in base all'art. 7 del d.lgs. n. 3 del 2017, il sindacato del giudice amministrativo « comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un obiettivo margine di opinabilità ». Se ne ricava (o ricaverebbe) *a contrario* che il giudice non può spingersi sino a controllare profili tecnici che presentano un obiettivo margine di opinabilità. Ne consegue che il sindacato giurisdizionale su questo

---

(31) In tal senso Corte cost. 16 aprile 2021, n. 68, puntualmente richiamata a tal riguardo da P. CERBO, *Il valore probatorio delle dichiarazioni rese nell'ambito dei programmi di clemenza dell'AGCM*, in *Gior. dir. amm.*, 2023, 529 ss.; cfr. altresì Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63.

(32) Corte di Giustizia, 22 novembre 2012, C-89/11 P, punto 72.

tipo di attività è problematico e in materia si intersecano varie prospettive.

È indubbio che la norma sia mal scritta e che sia necessario interpretarla. Il controllo del giudice amministrativo in materia antitrust riguarda « i profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità », o, capovolgendo la costruzione sintattica, non può spingersi sino a controllare gli aspetti oggettivamente opinabili, che costituiscono un limite al potere cognitorio e decisorio del giudice e che restano cristallizzati nel provvedimento dell'Autorità. La questione è dunque: quali sono i profili tecnici non opinabili che nel corso del processo possono essere messi nuovamente in discussione dall'impresa sanzionata?

Secondo il primo filone giurisprudenziale, favorevole a un sindacato di mera attendibilità, il processo non può essere una ripetizione del procedimento, per cui il giudice si limita a svolgere un controllo di ragionevolezza e proporzionalità. Egli accerta se la configurazione della condotta come illecito antitrust rientri o meno nel ventaglio di soluzioni tecnicamente ragionevoli e proporzionate. « In presenza di più soluzioni tecniche alternative, tutte opinabili, quella contenuta nel provvedimento, una volta che ha superato il test di attendibilità intrinseca, deve essere privilegiata » (33). Si ha dunque una verifica esterna e indiretta secondo lo schema dell'eccesso di potere, un riscontro del rispetto delle norme di procedura e di motivazione e dell'insussistenza di manifesta irragionevolezza o di palese travisamento dei fatti, un controllo estrinseco sulla ragionevolezza, proporzionalità, adeguatezza, logicità, coerenza e completezza della valutazione: data una valutazione opinabile, come, ad esempio, la definizione di mercato rilevante, qualora sia stata riscontrata una corretta applicazione della regola tecnica prescelta dall'amministrazione nei riguardi del caso di specie, il giudice deve fermarsi se il risultato al quale è giunta l'amministrazione è « uno di quelli resi possibili dall'opinabilità della scienza » e ciò « anche se esso non è quello che l'organo giudicante avrebbe privilegiato » (34). In particolare, « l'individuazione del mercato rilevante, che identifica e delimita il contesto socioeconomico in cui opera l'impresa coinvolta nel procedimento innanzi all'AGCM, è riservata ad essa e, di massima, il giudice

---

(33) Parere dell'Ufficio Studi, Massimario e Formazione del Consiglio di Stato, 2017, 25.

(34) Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2019, n. 1550; 30 gennaio 2020, n. 779; 6 luglio 2020, n. 4322; 15 dicembre 2020, n. 8061; 16 luglio 2021, n. 5374; anche Cass., sez. un., 7 maggio 2019, n. 11929.

amministrativo non vi si può sostituire, salvo che l'operato dell'Autorità presenti vizi di travisamento dei fatti, vizi logici e vizi di violazione di legge» (35).

Ben diversa l'impostazione della questione offerta dal secondo filone giurisprudenziale, che aderisce a un modello di sindacato di maggiore attendibilità. Questo orientamento ritiene che il giudice non debba limitarsi a verificare se la valutazione tecnica compiuta dall'Autorità rientri nella gamma di soluzioni intrinsecamente attendibili, ma può spingersi oltre per accertare se essa è anche la valutazione maggiormente attendibile. Solo se quella prescelta dall'Autorità è la più ragionevole, il provvedimento amministrativo è legittimo. Ciò beninteso non significa che il giudice possa sostituire la propria valutazione a quella dell'amministrazione, ma che quest'ultima è messa su un piano di tendenziale parità rispetto alle valutazioni fornite dal ricorrente; di conseguenza, il giudice, confrontando valutazioni non coincidenti, è chiamato a stabilire quella che pare meglio argomentata, oppure basata su dati empirici più solidi o sulla letteratura scientifica più accreditata.

Presupposto del ragionamento è che «la sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati (ad esempio, quella del mercato rilevante) è una attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa». Di conseguenza, la tutela giurisdizionale, «per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi», deve consentire al giudice «un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della *quaestio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità, per quanto, in senso epistemologico, controvertibile» (36). Il privato ha così non solo la facoltà di censurare il rispetto delle garanzie formali e procedurali strumentali e gli indici di eccesso di potere, ma anche l'onere, qualora intenda contestare il nucleo intrinseco dell'apprezzamento complesso, «di metterne seriamente in discussione l'attendibilità tecnico-scientifica» (37), fornendo una soluzione tecnica più convincente e pervasiva di quella data dall'Autorità e munendola di un solido supporto probatorio.

È evidente come qui si saldino la prospettiva degli standard probatori richiesti e quella dei caratteri del sindacato giurisdizionale

---

(35) Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2020, n. 1547.

(36) Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 740 ss., con nota di M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*; 30 marzo 2023, n. 3312.

(37) Cons. Stato, sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167.

in materia. Un grimaldello per superare il sindacato estrinseco, basato su schemi probabilistici e che prescindono dalla concreta dimostrazione di quanto evidenziato sul piano logico-razionale, è dato dalla valorizzazione della consulenza tecnica d'ufficio anche nel processo amministrativo.

Vero è che il dettato normativo non aiuta, perché l'art. 63, comma 4, del codice del processo amministrativo stabilisce che il giudice può disporre una consulenza tecnica unicamente « se indispensabile ». Nondimeno le ipotesi in cui il giudice ha superato il suo naturale *self restraint*, ricorrendo alla c.t.u., consentono di cogliere un'evoluzione in materia all'insegna dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Emblematico a tal riguardo un caso recente deciso dal Consiglio di Stato, che per comprendere le caratteristiche funzionali di alcuni smartphones e per verificare se l'impresa sanzionata dall'Autorità avesse potuto predisporre un piano di obsolescenza programmata degli stessi ha disposto una c.t.u. e ha chiesto successivamente al perito di integrare la sua relazione, prendendo posizione sulle osservazioni dei consulenti tecnici di parte. Dalla c.t.u. è emersa l'impossibilità di portare a termine gli accertamenti richiesti « sia per l'indisponibilità di alcuni dati tecnici essenziali, sia per l'intrinseca difficoltà dell'attività da svolgere ». Tuttavia, secondo il giudice amministrativo, proprio « alla luce delle argomentate e convincenti considerazioni svolte dal perito d'ufficio » è risultato evidente come « nella fattispecie siano oggettivamente impraticabili gli accertamenti necessari » allo scopo di stabilire la produzione da parte degli aggiornamenti di ipotizzati effetti negativi sui dispositivi. Tale impossibilità probatoria riconosciuta nel corso del giudizio ha una diretta ripercussione della ricostruzione effettuata in sede procedimentale, perché suona a conferma che « nemmeno l'Autorità ha compiuto i suddetti accertamenti », privando di rilevanza tutti gli elementi indiziari raccolti dalla stessa (38).

Forse una nuova alba sta sorgendo in tema di accertamento degli illeciti antitrust, a garanzia dei singoli e dell'ordinamento in generale.

---

(38) Cons. Stato, sez. VI, 13 gennaio 2023, n. 448, in materia di pratiche commerciali scorrette.