

conformativi atti ad incidere anche sulla sfera di autonomia garantita a soggetti imprenditoriali”.

Nella sentenza n. 6639/2005, resa nel caso *Blugas/Snam*, il Tar Lazio ha ulteriormente chiarito che *“funzione della diffida di cui all’art. 15 della legge n. 287 del 1990 (atto il quale va interpretato alla luce del principio del c.d. effetto utile: v. C.d.S., VI, n. 5368 del 2/8/2004) è quella di ottenere che nello specifico mercato inciso da un illecito antitrust siano ripristinate condizioni simili a quelle che vi si sarebbero potute riscontrare in assenza di infrazione”.* Quanto alla rilevanza, in sede di ottemperanza, di eventuali sviluppi normativi o di altri fattori sopravvenuti, il Tar ha evidenziato che *“gli effetti proconcorrenziali di simili sopravvenienze non possano essere invocati da un contravventore per sottrarsi all’attuazione della diffida intimatagli, se non nell’eccezionale caso in cui la portata del fattore sopravvenuto sia tanto spiccatamente innovativa, rispetto al precedente modo di essere del mercato, da far addirittura escludere financo la possibilità astratta che dall’attuazione della diffida abbiano a sortire benefici concorrenziali ulteriori (nel qual caso soltanto la persistenza della relativa pretesa si tradurrebbe in un’afflizione gratuita e fine a se stessa)”.*

Con riferimento alla verifica dell’ottemperanza alla diffida dell’Autorità, il Tar Lazio, nella medesima pronuncia *Blugas/Snam*, ha evidenziato che la valutazione della idoneità delle misure presentate dall’operatore deve essere effettuata *“con riferimento sia alla loro efficacia, sia alla loro concreta realizzabilità, dal momento che la prospettazione di impegni e misure che non fossero con certezza realizzabili non può essere seriamente presa in considerazione ai fini dell’ottemperanza”.* In questo contesto, i giudici si sono soffermati sulla rilevanza dell’eventuale apporto fornito dall’Autorità nella definizione, in contraddittorio con la società, delle misure idonee, ritenendo che tale *“contributo si colloca nell’alveo dei compiti istituzionali dell’Autorità stessa intesi a favorire il ripristino di più adeguate condizioni concorrenziali. Ma questo apporto, finalizzato appunto all’instaurazione anche nel settore in esame di condizioni di fisiologia competitiva, non potrebbe evidentemente escludere né il perfezionamento dell’illecito, già alla scadenza del termine previsto dalla diffida, né l’ingiustificato ritardo fatto segnare dalla società nel dare a questa attuazione”.* Tuttavia, il Tar ha precisato che una *“società attinta da una diffida [...], una volta che abbia presentato serie misure connotate da un’idoneità di massima allo scopo da raggiungere - ed ancorché in astratto migliorabili -, non può vedersi far*

carico a titolo di mora dell'esito eventualmente solo interlocutorio della valutazione discrezionale espressa dall'Autorità (ma imprevedibile ex ante) circa la completa idoneità - e quindi la concreta sufficienza - delle misure sottoposte. Anche laddove, perciò, l'Autorità abbia ritenuto necessario nel singolo caso migliorare una misura, al fine di farle raggiungere una piena idoneità allo scopo, ciò non toglie che la presentazione della misura stessa - sempre che sia seria e, di massima, adeguata - valga già a riscattare la presentatrice da una condizione di mora (almeno medio tempore, e salvi i successivi sviluppi del procedimento)".

Sotto il profilo procedurale, il Tar Lazio, nella sentenza *Lottomatica/Sisal*, ha chiarito che la diffida inibitoria rinnovata dall'Autorità in ottemperanza a una ordinanza del giudice amministrativo in sede cautelare, in cui manchi l'indicazione del termine della diffida stessa, non configura una violazione dell'articolo 15 della legge n. 287/90, in quanto *"la rinnovata diffida inibitoria trova in realtà la sua genesi nell'atto originariamente impugnato, sicché essa va a sostituirsi alla relativa determinazione con conseguente rimessione in termini a partire dalla notifica del nuovo provvedimento"*.

Poteri cautelari

Il Tar Lazio, nel caso *Merck-Principi Attivi*, ha statuito che *"il potere di adottare misure cautelari è strettamente connesso al dovere ed alla responsabilità dell'autorità di assicurare - a tutela dell'interesse pubblico - un'applicazione efficace delle norme del Trattato in materia di intese ed abusi (artt. 81-82 CE)"*. Il Tar ha altresì precisato che *"il potere di disporre misure cautelari conferito alle ANC [autorità nazionali di concorrenza] dall'art. 5, rappresenta un istituto consolidato a livello comunitario, che nei suoi presupposti generali (fumus boni iuris e periculum in mora) e nelle sue modalità attuative, peraltro, caratterizzate da atipicità, è noto anche nell'ordinamento nazionale, e, quindi, immediatamente attuabile da parte dell'Autorità, a seguito della previsione specifica della normativa comunitaria"*.

PROFILI PROCEDURALI

Poteri istruttori dell'Autorità e diritti di difesa

Termini dell'istruttoria

Il Tar Lazio, nel caso *Mercato del calcestruzzo*, ha chiarito la non perentorietà dei termini per la conclusione dell'istruttoria attivata d'ufficio in materia di intese, con la conseguenza che “*escluso ogni automatismo decadenziale, il rilievo dell'inosservanza di tale termine può essere valutato soltanto con l'elastico approccio proprio dei parametri del vizio di eccesso di potere*”. In particolare, il Tar, richiamando l'orientamento della giurisprudenza precedente in materia, ha affermato che “*quando l'autore di un comportamento astrattamente valutabile attraverso lo spettro degli articoli 2 e 3 della legge 287/90 si sia attivato spontaneamente per portarlo a conoscenza dell'Autorità, va riconosciuto a tale soggetto il diritto di ottenerne una verifica in tempi certi; per converso, laddove un comportamento infrattivo della libertà di concorrenza sia stato individuato dall'Autorità di propria iniziativa (o su sollecitazione di terzi), il suo autore non può in tal caso dolersi alla stessa stregua della tardività dell'intervento della Pubblica Amministrazione. Nelle situazioni ricadenti nell'ambito dell'art. 12 della legge n. 287/1990, i tempi del procedimento sono quindi sostanzialmente rimessi alla discrezionalità dell'Autorità procedente*” (in proposito il Tar ha richiamato Consiglio di Stato n. 4053/2001). Peraltro, il Tar nella medesima sentenza ha affermato che “*deve ritenersi conforme a diritto anche la sola adozione del provvedimento entro il termine finale predeterminato dall'Autorità per la conclusione dell'istruttoria di fronte ad un'intesa vietata, stante la mancanza di una norma specifica che le imponga di provvedere nello stesso termine anche alla sua comunicazione al destinatario*”.

Difesa delle parti e obbligo di motivazione dell'Autorità

Con riguardo ai diritti di difesa delle parti, il Consiglio di Stato, nella decisione n. 1397/2006 resa sul caso *Test diagnostici per diabetici*, ha confermato il consolidato principio secondo il quale l'obbligo dell'Autorità di esaminare le memorie e i documenti difensivi, ex articolo 10 della legge 7 agosto 1990, n. 241, “*non impone*

un'analitica confutazione in merito ad ogni argomento utilizzato dalle parti stesse, sufficiente essendo un iter motivazionale che renda nella sostanza percepibile la ragione del non adeguamento alle traiettorie difensive e ne attesti la relativa consapevolezza"; analogo principio è stato espresso dal Consiglio di Stato anche in altra pronuncia (*Q 8 Quaser s.r.l.*) nella quale ha precisato che *"non è esigibile che l'Autorità confuti punto per punto le deduzioni di parte, essendo sufficiente una motivazione complessiva, ancorché sintetica"*. Analogamente, nella pronuncia relativa al caso *Lottomatica/Sisal*, il Tar Lazio ha statuito che *"le prerogative difensive delle parti assoggettate a procedimenti antitrust non si estendono al punto da imporre all'Autorità di replicare punto per punto a tutte le obiezioni prospettate, essendo sufficiente che sotto il profilo sostanziale venga adeguatamente motivata la tesi accolta in contrapposizione alle posizioni delle parti"* (in senso conforme, anche la sentenza del Tar Lazio nel caso *Mercato del calcestruzzo*).

Quanto all'eventuale lesione dei diritti di difesa derivante dalla non piena corrispondenza tra la decisione finale e le conclusioni contenute nella comunicazione delle risultanze istruttorie, il Tar Lazio ha precisato che non ogni difformità esige una riapertura del contraddittorio *"essendo questa necessaria, semmai nell'ipotesi in cui il mutamento comporti una proposta aggiuntiva di sanzione"*. Inoltre, il Tar Lazio, nella sentenza n. 12835/2005, caso *Mercato del calcestruzzo*, ha chiarito la portata del principio della coerenza tra la contestazione delle risultanze istruttorie e il provvedimento finale, affermando che *"la decisione non deve necessariamente essere una copia della comunicazione degli addebiti, ma può (e, anzi, deve) tenere conto degli elementi che emergano dalla procedura amministrativa, senza che ciò sia in contrasto con il diritto alla difesa (che è rispettato allorché la decisione non ponga a carico degli interessati infrazioni diverse da quelle precedentemente contestate, e prenda in considerazione soltanto fatti sui quali gli interessati hanno avuto modo di manifestare il proprio punto di vista)"*.

Il Tar Lazio, nella sentenza n. 6639/05, *Blugas/Snam*, con riguardo a un procedimento ai sensi dell'articolo 15, comma 2 della legge n. 287/90, ha affermato che *"i procedimenti amministrativi sanzionatori debbano attenersi, anche in materia antitrust, al principio della necessaria correlazione tra contestazione e condanna"*. Alla luce di tale principio, il Tar ha evidenziato che la qualificazione di un comportamento come ritardo ingiustificato nell'ottemperare, e non più come

inottemperanza assoluta, “*lungi dall'integrare un addebito nuovo improvvisamente comparso in occasione del provvedimento finale, è dovuta esclusivamente all'adempimento intervenuto nelle more del procedimento, fatto nuovo del quale l'Autorità non poteva evidentemente non tenere conto*”. In questo contesto, le misure solo tardivamente proposte non fanno venire meno la violazione e neppure determinano una modifica dell'originario addebito: le nuove misure comportano semplicemente la “*derubricazione*” dell'illecito, da inadempimento integrale (quale contestato in sede di avvio del procedimento) ad adempimento tardivo (come sanzionato dal provvedimento conclusivo), “*l'uno e l'altro logicamente riconducibili, comunque, alla comune matrice fattuale costituita dalla mancata individuazione entro il prescritto termine di 90 giorni di misure idonee a rimuovere l'infrazione*”.

Partecipazione dei terzi alle istruttorie

Nella decisione relativa al caso *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, il Consiglio di Stato ha chiarito che né i singoli consumatori, né le loro associazioni sono parti necessarie nei procedimenti dell'Autorità. Per quanto riguarda i clienti dell'impresa che ha posto in essere un abuso di posizione dominante, la stessa pronuncia ha precisato che essi non hanno un interesse diretto ma solo riflesso e derivato, e che, conseguentemente, non è obbligatorio nei loro confronti l'avviso dell'avvio del procedimento, fatto salvo il loro spontaneo intervento nel procedimento.

Modalità e limiti dell'esercizio del diritto di accesso

Con sentenza n. 12985/2005, *Latti per l'infanzia*, il Tar Lazio ha ribadito il consolidato orientamento secondo cui “*il diritto di accesso ai documenti amministrativi riconosciuto dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 prevale sull'esigenza di riservatezza del terzo ogniquale volta l'accesso venga in rilievo per la cura o la difesa di interessi giuridici del richiedente*” e “*per l'azionabilità del diritto di accesso, i canoni di cui alla l. n. 241 del 1990 si intendono soddisfatti allorché il soggetto richiedente abbia un diritto soggettivo o un interesse legittimo o vanti comunque un interesse differenziato e qualificato all'ostensione, finalizzato alla tutela di situazioni giuridiche soggettive anche soltanto future*”. Conseguenza di tale orientamento è, secondo il Collegio, che ciò che non è ostensibile non può neanche essere utilizzato, in sede di motivazione, a scopo

accusatorio (e/o probatorio) e, pertanto, il provvedimento con cui l'Amministrazione oppone il diniego a una richiesta di accesso ad atti relativi a un procedimento sanzionatorio equivale a un impegno a non utilizzarli a scopo accusatorio (e/o probatorio) contro il soggetto al quale l'accesso è negato. Sicché, delle due l'una: *“o l'Amministrazione non utilizza ciò che ostende, ed allora manca qualsiasi interesse all'accesso; ovvero, se l'Amministrazione utilizza a scopo accusatorio ciò che non ha osteso, allora il provvedimento finale sarà facilmente sindacabile siccome viziato da motivazione incongrua (in quanto basato su elementi di fatto non risultanti da alcun atto istruttorio)”*. Poiché, nella fattispecie, la sentenza veniva emessa a procedimento istruttorio ancora in corso, il giudice rinviava la verifica in ordine al rispetto dell'impegno implicitamente assunto dall'Autorità in merito alla non utilizzazione del documento in questione, al momento dell'adozione del provvedimento finale.

Con riferimento al bilanciamento tra diritto di accesso e diritto alla riservatezza, nella sentenza n. 4395/2005, *Mercato del calcestruzzo preconfezionato di Olbia*, il Tar Lazio ha ribadito che, conformemente a quanto affermato in sede comunitaria (il rinvio è al Tribunale di Primo Grado del 29 giugno 1995, T-30/91, *Solvay*, e T-36/91, *ICI*), deve essere adottata una procedura consistente nella predisposizione di un apposito elenco dei documenti e dei relativi contenuti, sulla base del quale l'impresa richiedente l'accesso è chiamata a indicare specificamente quali documenti intenda visionare, e la Commissione (o l'Autorità) ad individuare i brani sensibili da segretare, previo contraddittorio con l'impresa che abbia chiesto la tutela della riservatezza. *“Il principio di parità delle armi non comporta che il diritto di accesso debba in ogni caso prevalere sulle esigenze di riservatezza”*, ma piuttosto *“che debba essere consentito alle imprese di prendere cognizione complessiva dell'intero fascicolo, con indicazione degli atti segretati e del relativo contenuto, e che, in relazione ai documenti costituenti elementi di prova a carico, o comunque richiesti dalle imprese per l'utilizzo difensivo a discarico, la segretezza debba essere strettamente limitata alle c.d. parti sensibili dei rispettivi testi”*. A fronte di una richiesta di accesso, dunque, l'Autorità è onerata *“della preparazione di versioni non riservate dei documenti specificamente richiesti e/o della consultazione delle controinteressate per pervenire all'espunzione dei dati sensibili dai relativi atti”*.

Profili processuali*Legittimazione ad impugnare i provvedimenti dell'Autorità*

Con sentenza n. 1371/2006, *Codacons/Sms*, il Tar Lazio ha escluso la legittimazione dei consumatori e delle relative associazioni a ricorrere avverso i provvedimenti antitrust. In particolare, il Tar ha ribadito l'orientamento secondo cui la questione della legittimazione ad agire avverso i provvedimenti assolutori dell'Autorità va ricondotta “nell'ambito dei principi in tema di condizioni dell'azione e di requisiti necessari per individuare una situazione di interesse legittimo” (così già Consiglio di Stato, sentenza n. 3865/2004, *Motorola*, e *idem*, sentenza n. 1113/2005, *Sfir*), onde il soggetto terzo che non sia direttamente destinatario di un provvedimento è legittimato a ricorrere solo laddove: i) il suo interesse sia *differenziato* da quello della collettività generale; ii) sia *qualificato* giuridicamente, cioè oggetto di una valutazione positiva da parte dell'ordinamento; iii) subisca una lesione personale, attuale e concreta per effetto dell'omesso o inadeguato esercizio del potere. Alla luce di questi principi, i giudici amministrativi hanno ritenuto che i consumatori e le relative associazioni “*pur vantando facoltà partecipative previste a vario titolo dall'ordinamento*”, “*non si trovano in diretto collegamento con le scelte del regolatore*”, onde l'eventuale lesione loro derivante dall'illecito concorrenziale ha “*natura indiretta*”. Questa carenza di legittimazione, lascia naturalmente integra “*la possibilità di utilizzare la strada della tutela procedimentale con atti di impulso o di intervento ovvero esperire, ove ne ricorrano i presupposti, l'azione risarcitoria o di nullità innanzi al giudice civile ai sensi dell'art. 33 l. n. 287/90*”.

Sentenze del Tar Lazio, I Sez., e del Consiglio di Stato, VI Sez., in materia di concorrenza, depositate nel periodo 1° aprile 2005-31 marzo 2006 - dati di sintesi

Sentenze	Ricorsi respinti	Ricorsi accolti (anche parzialmente)
19	11 ¹	7

Ordinanze cautelari del Tar Lazio, I Sez., e del Consiglio di Stato, VI Sez., in materia di concorrenza, depositate nel periodo 1° aprile 2005-31 marzo 2006 - dati di sintesi

Ordinanze	Istanze cautelari respinte	Istanze cautelari accolte (anche parzialmente)
8	6	2 ²

Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza n. 8882 del 29 aprile 2005

Le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione hanno rigettato i ricorsi proposti da varie compagnie assicurative avverso la sentenza del Consiglio di Stato, VI, n. 2199/2002 che aveva in larga misura confermato la legittimità del provvedimento dell'Autorità reso nel caso *RC Auto*. Tra i vari motivi di interesse, la pronuncia si segnala per un'analisi (anche alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004) del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità. Nella sentenza si rileva che, pur potendo verificare direttamente i fatti posti a fondamento dei provvedimenti ed esercitare un sindacato di legittimità sull'individuazione del parametro normativo e sul raffronto con i fatti accertati, il giudice non può, tuttavia, esercitare un potere sostitutivo, che si spinga fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica a quella dell'Autorità, la cui valutazione è sindacabile solo sotto il profilo della ragionevolezza, logicità e coerenza. Questo tipo di controllo, impropriamente definito “*debole*”, è stato ritenuto dalle Sezioni Unite conforme agli *standard* del giudizio di legittimità e analogo al sindacato esercitato dalla Corte di Giustizia sulle decisioni della Commissione europea, senza che si possa

¹ Nel periodo di riferimento è stata resa una pronuncia di inammissibilità.

² Di cui una relativa alla sola sanzione.

configurare, pertanto, un problema di “denegata giurisdizione”. Le Sezioni Unite hanno altresì chiarito che la diversità di tutela garantita dal giudice amministrativo non si traduce in una tutela meno effettiva; e inoltre, che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sui provvedimenti antitrust è conforme all’articolo 103 della Costituzione alla luce dei criteri indicati dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 204/2004, stante il carattere particolare della materia, caratterizzata, tra l’altro da un inestricabile intreccio tra diritti soggettivi e interessi legittimi.

PAGINA BIANCA

3. RAPPORTI INTERNAZIONALI

COMMISSIONE EUROPEA

Le decisioni della Commissione

Nel corso del 2005 la Commissione europea ha portato a termine otto procedimenti relativi a presunte infrazioni agli articoli 81 e 82 del Trattato CE, in particolare accertando e sanzionando cinque casi di violazione del divieto di intese restrittive di cui all'articolo 81, paragrafo 1, e una violazione dell'articolo 82 in materia di abuso di posizione dominante. I due rimanenti procedimenti, rispettivamente concernenti una fattispecie di intesa e un caso di presunto abuso di posizione dominante, si sono invece conclusi con altrettante decisioni adottate ai sensi dell'articolo 9 del regolamento n. 1/2003¹, mediante le quali la Commissione ha accettato, rendendoli vincolanti, gli impegni volontariamente proposti dalle parti a fronte dei rilievi sollevati dalla Commissione stessa in sede di valutazione preliminare.

¹ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, in GUUE L 1/1 del 4 gennaio 2003.

<i>Decisioni relative agli articoli 81 e 82 del Trattato CE</i>		
Decisione e data	Norme applicate	Estremi di pubblicazione
Vendita congiunta dei diritti mediatici relativi al campionato di calcio tedesco (Bundesliga) (19 gennaio 2005)	Art. 81 (accettazione di impegni <i>ex art.</i> 9 regolamento n. 1/2003)	GUUE L 134/46 (27.05.2005)
Generics/Astra Zeneca (15 giugno 2005)	Art. 82 (divieto con sanzioni)	Non pubblicata
Coca Cola (22 giugno 2005)	Art. 82 (accettazione di impegni <i>ex art.</i> 9 regolamento n. 1/2003)	GUUE L 253/21 (29.09.2005)
PO/Thread (14 settembre 2005)	Art. 81.1 (divieto con sanzioni)	Non pubblicata
SEP e altri/Automobili Peugeot SA (5 ottobre 2005)	Art. 81.1 (divieto con sanzioni)	Non pubblicata
Tabacco greggio/Italia (20 ottobre 2005)	Art. 81.1 (divieto con sanzioni)	Non pubblicata
Cartello nel mercato delle borse industriali di plastica (30 novembre 2005)	Art. 81.1 (divieto con sanzioni)	Non pubblicata
Cartello nel mercato dei prodotti chimici di gomma (21 dicembre 2005)	Art. 81.1 (divieto con sanzioni)	Non pubblicata

Con riferimento all'attività di controllo preventivo delle operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria, nel corso del 2005 la Commissione ha adottato 316 decisioni in applicazione del regolamento n. 139/2004. Su richiesta delle imprese interessate, la Commissione, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 4, del regolamento, ha disposto in undici casi il rinvio in pre-notifica all'autorità competente di uno Stato membro dell'esame di concentrazioni aventi dimensione comunitaria. In nessun caso la richiesta di rinvio è stata rifiutata. Parallelamente, su richiesta avanzata dalle parti ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 5 del regolamento, ventiquattro operazioni di concentrazione, prive di dimensione comunitaria, sono state invece direttamente notificate alla Commissione e da quest'ultima esaminate. Anche in questo caso, nessuna richiesta di rinvio è stata rifiutata.

In sei casi la Commissione ha disposto, ai sensi dell'articolo 9 del regolamento, il rinvio dell'operazione di concentrazione alle autorità competenti degli Stati membri interessati; in tre di questi casi, tuttavia, il rinvio è stato soltanto parziale. In quattro casi

gli Stati membri hanno richiesto alla Commissione, ai sensi dell'articolo 22, di esaminare concentrazioni non aventi dimensione comunitaria. In tre di questi casi la Commissione ha accolto la richiesta.

La maggior parte delle concentrazioni notificate non presentava aspetti problematici dal punto di vista concorrenziale ed è stata autorizzata senza avviare una formale procedura istruttoria. In quindici casi, tuttavia, l'autorizzazione è stata concessa subordinatamente al rispetto di impegni specificamente assunti dalle parti al fine di rendere l'operazione compatibile con il mercato comune.

Nello stesso periodo, la Commissione ha portato a termine sette istruttorie relative ad altrettante operazioni di concentrazione. In tutti i casi l'istruttoria si è conclusa con una decisione di autorizzazione; in tre casi, tuttavia, l'autorizzazione è stata condizionata al rispetto degli impegni assunti dalle parti nel corso del procedimento al fine di eliminare i profili anticoncorrenziali della concentrazione; in due casi, infine, la decisione di autorizzazione è stata successivamente revocata.

Comunicazione della Commissione in materia di accesso al fascicolo istruttorio

Il 13 dicembre 2005, è stata pubblicata dalla Commissione europea una nuova Comunicazione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio nei casi relativi all'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE e del regolamento comunitario sul controllo delle concentrazioni.

La nuova Comunicazione, che sostituisce la precedente Comunicazione del 1997, precisa, in particolare, le condizioni e i termini per l'esercizio del diritto di accesso al fascicolo da parte dei soggetti (persone, imprese o associazioni di imprese) a cui la Commissione ha inviato una comunicazione di addebiti, incrementando la trasparenza e l'efficienza delle procedure e garantendo la più ampia applicazione del principio della "parità delle armi" e l'esercizio effettivo dei diritti di difesa.

Nel definire le nuove regole in materia di accesso al fascicolo istruttorio, la Commissione ha tenuto conto delle disposizioni applicabili a decorrere dal 1° maggio 2004, e in particolare del regolamento n. 1/2003, del citato regolamento concentrazioni, nonché della giurisprudenza comunitaria e della prassi elaborata dalla Commissione successivamente all'adozione della Comunicazione del 1997.

Il fascicolo della Commissione è composto di tutti i documenti ottenuti, elaborati e/o riuniti dalla Direzione generale concorrenza della Commissione nel corso dell'istruttoria.

Restrizioni parziali o totali dell'accesso sono previste per i documenti interni, i segreti aziendali di altre imprese e le altre informazioni riservate. Tra i "documenti interni" rientrano tanto i documenti di stretta rilevanza interna al procedimento istruttorio (come i progetti, i pareri, i *memoranda* e le note dei servizi della Commissione), quanto la corrispondenza e i documenti scambiati tra Commissione ed altre autorità pubbliche, la corrispondenza scambiata tra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri (e tra queste ultime), nonché tra la Commissione e autorità di paesi terzi.

I "segreti aziendali" sono invece costituiti da tutte quelle informazioni riguardanti le attività commerciali di un'impresa che, se rese pubbliche, arrecherebbero all'impresa stessa un grave danno. Tra queste, la Comunicazione annovera, ad esempio, le informazioni *"di ordine tecnico e/o finanziario relative al know-how, i metodi di valutazione dei costi, i segreti ed i processi di produzione, le fonti di approvvigionamento, le cifre relative alla produzione e alle vendite, le quote di mercato, gli elenchi dei clienti e dei distributori, i piani di commercializzazione, la struttura dei costi e dei prezzi e la strategia di vendita"*.

Le "altre informazioni riservate" comprendono invece tutte le informazioni non di natura commerciale la cui divulgazione comporterebbe comunque un grave pregiudizio a una persona o a un'impresa, ivi compreso il rischio di misure ritorsive. In questa categoria, la Comunicazione include anche le informazioni che potrebbero consentire alle parti l'identificazione dei denunzianti o di terzi che abbiano interesse a rimanere anonimi. In tale categoria rientrano anche i segreti militari.

La Comunicazione fissa poi alcuni criteri alla luce dei quali stabilire la riservatezza di un'informazione e i limiti entro cui un'informazione o un elemento delle informazioni qualificato come riservato può essere reso accessibile. A questo scopo è quindi necessario valutare l'importanza, il valore probatorio e il grado di sensibilità dell'informazione (tra cui, la sua eventuale divulgazione al di fuori dell'impresa e la sua attualità) ovvero se essa sia indispensabile o meno per accertare se sia stata commessa un'infrazione, nonché l'opinione preliminare sulla gravità della presunta infrazione.

La Comunicazione disciplina inoltre la procedura per l'accesso delle parti al fascicolo istruttorio, nonché il trattamento delle informazioni riservate. L'accesso, in particolare, è consentito, a richiesta, e di regola un'unica volta, solo dopo che la Commissione abbia notificato alle parti la comunicazione degli addebiti.

Una disciplina particolare è invece prevista nei casi in cui la richiesta di accesso al fascicolo della Commissione è fatta valere non dalle parti oggetto di una comunicazione di addebiti, ma dai denunciati nei procedimenti antitrust, ovvero dalle altre parti interessate nei procedimenti relativi a concentrazioni.

Con riguardo alle modalità di esercizio del diritto di accesso, la nuova Comunicazione, al pari di quanto previsto nella Comunicazione del 1997, dispone che la Commissione può consentire l'accesso non solo invitando le parti ad esaminare il fascicolo direttamente presso i suoi uffici, ma anche mediante supporto elettronico (CD-ROM, DVD, ecc.) o cartaceo, spedito per via postale.

Libro verde sulle azioni di risarcimento del danno derivante dalla violazione delle norme antitrust comunitarie

Il 19 dicembre 2005 la Commissione ha pubblicato un libro verde sulle azioni di risarcimento del danno derivante dalla violazione delle norme antitrust comunitarie (COM(2005)672). Le azioni risarcitorie promosse dai privati presso i giudici nazionali per la violazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE svolgono un ruolo importante nell'efficace applicazione del diritto antitrust comunitario. Esse affiancano e completano l'applicazione di tale normativa da parte delle autorità di concorrenza e risultano indispensabili al fine di garantire una effettiva tutela dei diritti conferiti dal Trattato. Il libro verde procede dalla considerazione che l'effetto deterrente della normativa comunitaria in materia di concorrenza sia significativamente pregiudicato dagli ostacoli procedurali che, a livello nazionale, si frappongono all'introduzione di azioni risarcitorie per danni derivanti dalla violazione del diritto antitrust. Nel documento la Commissione individua, pertanto, una serie di possibili linee di intervento, intese a facilitare l'esercizio degli strumenti di tutela giurisdizionale da parte dei soggetti lesi dall'illecito anticoncorrenziale, sottoponendole contestualmente a un ampio processo di consultazione con le parti interessate.

Il libro verde riconosce che in Europa le azioni risarcitorie per danni sono poco frequenti, senza tuttavia distinguere tra le diverse tipologie di illeciti antitrust. Inoltre, non viene tenuto sufficiente conto del crescente rilievo del ricorso alle misure cautelari. L'esperienza italiana più recente, e da questo punto di vista si tratta di un fenomeno largamente presente anche in numerosi altri Stati membri, evidenzia una certa propensione delle imprese a ricorrere con maggiore frequenza ad azioni inibitorie in sede giurisdizionale. Si tratta per lo più di reazioni contro presunte pratiche abusive, anche indipendenti da un precedente accertamento dell'Autorità, che non presentano complessi problemi di prova. Rispetto a tali fattispecie, non appare possibile riscontrare ostacoli decisivi all'accesso alla giustizia: occorre invece riflettere se, ed eventualmente in quale misura, correzioni alle ordinarie regole procedurali siano necessarie e possibili, tenuto conto dei principi che governano la responsabilità civile e il processo civile nei diversi ordinamenti, per assicurare una più incisiva tutela degli interessi di cui viene lamentata la lesione.

A tale proposito, il libro verde considera la questione dell'accesso alle prove, che spesso si trovano nella disponibilità della sola parte che ha commesso l'illecito anticoncorrenziale. Le azioni risarcitorie potrebbero in tal caso essere facilitate mediante l'introduzione di un regime speciale per l'accesso alla prova nei procedimenti antitrust. Il profilo che appare maggiormente problematico è quello di evitare che la funzionalità del procedimento svolto dalle autorità antitrust venga pregiudicata da siffatto accesso. È chiaro, invece, che qualora l'azione venga proposta a seguito dell'accertamento compiuto da una autorità di concorrenza, la questione dell'accesso alla prova perde in parte rilievo: in tal caso, il provvedimento dell'autorità, specie se divenuto definitivo, può rappresentare, e di fatto rappresenta, un elemento centrale nell'accertamento dell'illecito.

In merito, il libro verde discute la valenza probatoria da assegnare ai provvedimenti delle autorità pubbliche preposte alla tutela della concorrenza nella sede risarcitoria, esaminando la possibilità di rendere vincolanti per il giudice le decisioni di accertamento dell'infrazione adottate dalle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. Questa opzione, fatta propria dalla recente riforma della legge tedesca, potrebbe tuttavia introdurre una rigidità non necessaria nell'ordinamento, in quanto al momento attuale — pur potendo il provvedimento amministrativo essere liberamente