

Approfondimenti

I diritti di difesa delle imprese nei procedimenti comunitari *antitrust*

di Caterina Fratea*

La concorrenza rappresenta l'ambito in cui si è sviluppato il maggior numero di interventi relativi al rispetto dei diritti di difesa delle imprese in ambito comunitario. Se, infatti, da un lato, la normativa stabilisce quali siano i poteri inquisitori e sanzionatori della Commissione, dall'altro, poco statuisce in materia di garanzie procedurali dei soggetti indagati. Di qui la necessità di riconoscere alle stesse imprese alcune garanzie, soprattutto procedurali, in grado di controbilanciare le prerogative attribuite alla Commissione. Il problema non è stato di facile soluzione, data la delicatezza della materia che coinvolge due interessi: l'efficacia delle procedure finalizzate alla tutela di un interesse pubblico, cioè la tutela del mercato, tramite la sottomissione degli operatori economici ai principi a salvaguardia della concorrenza, ed il pieno rispetto dei diritti di difesa delle imprese, in quanto soggetti indagati.

A fronte di tale situazione è stato – ed è tuttora – compito della giurisprudenza individuare limiti ai poteri delle istituzioni e, contestualmente, le garanzie ascrivibili alle imprese. Nella giurisprudenza comunitaria, del resto, si è compiuta un'importante evoluzione circa la portata della stessa nozione di “diritto di difesa”. L'orientamento originario, infatti, adottava una definizione restrittiva di questo concetto, limitandosi ad identificare il rispetto dei diritti di difesa, per quanto principio fondamentale del diritto comunitario, con una regolare instaurazione del contraddittorio e ritenendo assicurate le garanzie delle imprese con la semplice comunicazione degli addebiti contestati e dei relativi mezzi di prova¹. Tale impostazione risentiva anche dello scopo delle norme dettate in materia di concorrenza, cioè il corretto funzionamento del mercato, con la conseguenza che il rispetto dei diritti di difesa veniva visto, non tanto come principio la cui osservanza andrebbe

* Dottoranda di ricerca in Diritto ed economia dell'impresa, *curriculum* Diritto comunitario del lavoro, nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Verona.

¹ Si vedano, in particolare, le sentenze della Corte di giustizia del 15 luglio 1970, causa C-44/69, *Buchler*, in *Racc.*, 1970, p. I-733 ss., punto 8; 23 ottobre 1974, causa C-17/74, *Transocean Marine Paint*, *ibid.*, 1974, p. I-1063 ss., punto 15; e 13 febbraio 1979, causa C-85/76, *Hoffman La Roche*, *ibid.*, 1979, p. I-461 ss., punti 9 e 11. In particolare, come sottolinea F. POCAR, *Diritti della difesa e principio del contraddittorio nel diritto comunitario*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Vol. II – Diritto dell'Unione europea, Milano, 1998, pp. 769-777, a p. 769 s., già nelle conclusioni dell'Avvocato generale Warner, relative alla seconda sentenza riportata e seguite poi dalla Corte, si affermava che “l'autorità amministrativa, prima di esercitare in senso pregiudizievole ad un determinato soggetto il potere attribuitole dalla legge, è tenuta, in linea di massima, a sentire quanto l'interessato ha da dire in proposito anche se la legge non lo stabilisce espressamente”, concludendo che “il diritto al contraddittorio rientra nel diritto cui si riferisce l'articolo 164 [ora art. 220] del trattato e del quale la Corte deve garantire il rispetto”. In argomento si veda in generale, M.C. BARUFFI, *La tutela dei singoli nei procedimenti amministrativi comunitari*, Milano, 2001.

garantita di per sé, quanto piuttosto come funzionale alla corretta applicazione delle norme poste a tutela della libertà degli scambi². La tutela dei diritti di difesa, più che come un astratto principio a tutela dell'impresa, veniva posta in relazione allo scopo ultimo e principale previsto dal Trattato, ossia la garanzia del mercato.

Successivamente la giurisprudenza, come si vedrà nelle sentenze che verranno esaminate, ha ammesso che in ambito comunitario il diritto di difesa si pone non solo come un principio generale la cui effettiva osservanza richiede che all'impresa, anche nei procedimenti amministrativi che possono portare all'irrogazione di sanzioni, sia consentito esporre il proprio punto di vista sui fatti e sulle censure allegate dalla Commissione³, ma anche e soprattutto come un variegato complesso di vere e proprie norme tecniche e procedurali che la Commissione è chiamata ad osservare. Il problema più delicato è rappresentato dall'applicabilità del principio del contraddittorio ai procedimenti di carattere amministrativo, precedenti l'intervento dell'organo giurisdizionale, che possono condurre all'irrogazione di sanzioni, perché in questi procedimenti la Commissione provvede all'istruzione ed emette la decisione finale, ma è altresì parte portatrice di un interesse proprio, in quanto istituzione comunitaria preposta alla vigilanza sulle imprese,⁴. La compresenza in un unico soggetto sia di funzioni istruttorie e decisorie sia della qualità di parte ha per lungo tempo indotto la giurisprudenza comunitaria a ritenere che la Commissione, in quanto priva del carattere di imparzialità, non potesse essere qualificata come giudice⁵. In realtà, i procedimenti antitrust, pur restando procedimenti amministrativi, presentano diversi elementi propri di una struttura processuale, con la conseguente necessità di garantire tutti i diritti che sono riconosciuti alle parti in ogni procedimento giurisdizionale, e che sono ribaditi anche da molti strumenti convenzionali, in particolare dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁶. Così facendo, si finisce per

² F. POCAR, *op. cit.*, p. 771.

³ Si vedano le pronunce del Tribunale di primo grado in data 29 giugno 1995, causa T-30/91, *Solvay*, in *Racc.*, 1995, p. II-1775 ss., punto 59; causa T-36/91, *Imperial Chemical Industries Plc I*, *ibid.*, 1995, p. II-1847 ss., punto 69; causa T-37/91, *Imperial Chemical Industries Plc II*, *ibid.*, 1995, p. II-1901 ss., punto 49; nonché la sentenza del 15 marzo 2000, cause riunite T-25, 26, 30-39, 42-46, 48, 50-65, 68-71, 87, 88, 103 e 104/95, *Cimenteries CBR*, *ibid.*, 2000, p. II-491 ss., punti 142-144.

⁴ Si veda in proposito anche la *Ventunesima relazione sulla politica di concorrenza*, Bruxelles-Lussemburgo, 1991, punto 262.

⁵ Tribunale di primo grado, 7 giugno 1983, cause riunite da 100 a 103/80, *Musique Diffusion française*, in *Racc.*, 1983, p. II-1825 ss., punto 7.

⁶ L'art. 6 della Cedu prevede che “[o]gni persona ha diritto ad un’equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti ad un tribunale indipendente ed imparziale costituito per legge”. La Corte di giustizia ha stabilito sin dalla sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*, del 17 dicembre 1970, causa C-11/70, in *Racc.*, 1970, p. I-1125 ss., che i diritti fondamentali fanno parte dei principi fondamentali del diritto comunitario di cui la Corte stessa deve garantire l’osservanza (punto 4). Inoltre, i giudici comunitari, nella sentenza *Baustahlgewebe*, del 17 dicembre 1998, causa C-185/95 P, in *Racc.*, 1998, p. I-8417 ss., hanno affermato, al punto 29, che, anche nei ricorsi giurisdizionali promossi contro le decisioni della Commissione con le quali sono sanzionate violazioni di norme in materia di concorrenza, è applicabile, per analogia, il principio della ragionevole durata del procedimento, di cui all’art. 6 Cedu, così come viene interpretato dalla Corte di Strasburgo. Queste “ammissioni” sono state un veicolo per arrivare ad affermare altri importanti diritti delle imprese, in quanto contenuti nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo,

riconoscere un'assoluta superiorità dei diritti di difesa rispetto alle altre esigenze dell'ordinamento, tanto che il rispetto di tali diritti deve essere garantito anche in mancanza di qualsiasi norma riguardante il procedimento di cui trattasi⁷. Il compito della giurisprudenza comunitaria è stato quindi quello di individuare i limiti all'azione della Commissione nell'attuazione dei procedimenti sanzionatori.

È opportuno pertanto ripercorrere le diverse fasi del procedimento in materia di concorrenza al fine di valutare, grazie all'ausilio delle principali sentenze, come tali diritti si esplicano in ciascuna di esse, anche alla luce dell'entrata in vigore del regolamento del Consiglio n. 1/2003⁸, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 TCE, e del relativo regolamento di procedura della Commissione n. 773/2004⁹, che riguarda i procedimenti svolti da quest'ultima a tutela della concorrenza, in considerazione dei maggiori poteri che essi attribuiscono all'Esecutivo comunitario.

In realtà, esistono diritti, come quello al legal privilege, cioè alla riservatezza delle relazioni tra l'avvocato ed il cliente, che si ritiene debbano trovare garanzia durante tutto il corso del procedimento. Nel silenzio della normativa, la Corte, statuendo sull'utilizzabilità di alcuni documenti raccolti dalla Commissione nel corso di un raid presso un'impresa, ha stabilito che esiste un principio generale del diritto comunitario a tutela dell'inviolabilità di alcune comunicazioni tra cliente ed avvocato¹⁰. Il principio copre la corrispondenza tra un cliente ed un avvocato indipendente con sede nella Comunità e si applica solo alla corrispondenza posteriore all'inizio della procedura da parte della Commissione, e riguardante la difesa del cliente, e alla corrispondenza anteriore all'inizio della procedura che è strettamente connessa con l'oggetto della medesima¹¹. Viceversa, il segreto professionale non copre la corrispondenza tra un cliente ed un avvocato indipendente con sede in un paese terzo ed i contatti con un consulente legale interno all'impresa, a meno che il consulente non riporti semplicemente le dichiarazioni di un avvocato esterno¹².

come il diritto a non autoincriminarsi. In proposito si veda la sentenza *Funke*, della Corte europea dei diritti dell'uomo, del 25 febbraio 1993, in *Publications, série A*, n. 256-A.

⁷ Corte di giustizia, 29 settembre 1994, causa C-135/92, *Fiskano*, in *Racc.*, 1994, p. I-2885 ss., punto 39.

⁸ In *GUCE* L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1 ss.

⁹ In *GUCE* L 123 del 27 aprile 2004, p. 18 ss. È l'art. 33 del reg. n. 1/2003 ad autorizzare la Commissione ad adottare qualsiasi disposizione utile ai fini dell'applicazione del regolamento medesimo.

¹⁰ Corte di giustizia, 18 maggio 1982, causa C-155/79, *AM & S Europe Limited*, in *Racc.*, 1982, p. I-1575 ss., punto 16.

¹¹ A.M. CALAMIA, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, 2004, p. 97.

¹² T. BALLARINO, *Manuale breve di diritto dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 438. L'ambito di applicazione di questo diritto ha tuttavia subito modifiche, nel senso che è stato esteso alle lettere del legale di un'impresa che si limitano a riprodurre le lettere di un avvocato esterno e, se previsto da apposite norme convenzionali, alla corrispondenza di avvocati iscritti ad albi di Paesi non appartenenti all'Unione. In questo senso, *Tredicesima relazione sulla politica di concorrenza*, Bruxelles-Lussemburgo, 1983, punto 78.

Tra le garanzie il cui rispetto è sempre stato osservato sin dall'inizio del procedimento amministrativo antitrust si colloca anche il diritto delle imprese a non divulgare fatti o documenti che possano servire come prova contro esse stesse¹³. Il rispetto dei diritti di difesa esige che non si possa imporre alle imprese di fornire risposte dalle quali esse sarebbero indotte ad ammettere l'esistenza di un'infrazione, di cui è onere della Commissione addurre la prova¹⁴. I diritti della difesa verrebbero annullati (in quanto il successivo contraddittorio verrebbe pregiudicato in partenza) se si configurasse la sussistenza di un obbligo di rispondere alle domande o di fornire documenti anche nel caso in cui la risposta o l'esibizione possa comportare l'ammissione della propria colpevolezza¹⁵. Pur riconoscendo il c.d. diritto a non testimoniare contro se stessi, la Corte ha tuttavia ammesso che l'impresa deve comunque rispondere agli addebiti sui fatti che la Commissione vuole accertare, anche quando il chiarimento su tali fatti possa portare ad una posizione negativa nei suoi riguardi¹⁶.

Tornando alla struttura del procedimento di infrazione, esso si articola in due fasi¹⁷, che si differenziano per il contenuto e l'ampiezza dei diritti di difesa riconosciuti alle imprese¹⁸. Infatti, ad una prima fase precontenziosa in cui la Commissione ricerca gli elementi sufficienti per sostenere l'accusa di infrazione delle norme poste a tutela della concorrenza, segue, se tali elementi vengono rinvenuti, la c.d. comunicazione degli addebiti (d'ora in poi, semplicemente, CA), che apre la seconda fase in contraddittorio, in cui i diritti di difesa trovano invece piena esplicazione¹⁹. Anche se la CA dovrebbe essere preceduta da una decisione della Commissione che, come atto autonomo, sarebbe chiamata ad aprire formalmente la procedura in contraddittorio, i due provvedimenti sono solitamente adottati simultaneamente. Si ritiene tuttavia che ciò non pregiudichi i diritti di difesa:

¹³ Corte di giustizia, 18 ottobre 1989, causa C-374/87, *Orkem*, in *Racc.*, 1989, p. I-3283 ss., punto 30.

¹⁴ Il principio secondo il quale le parti possono rifiutare durante il procedimento amministrativo di fornire risposte che possono condurre ad una autoincriminazione è stato ribadito, più recentemente, tra le altre, dalla sentenza del Tribunale di primo grado del 20 aprile 1999, cause riunite T-305-307, 313-316, 318, 325, 328, 329, 335/94, *PVC*, in *Racc.*, p. II-931 ss. punto 457.

¹⁵ G. CONTALDI, *Diritti della difesa nella fase precontenziosa dei procedimenti comunitari antitrust*, in *Riv. dir. int.*, 1994, pp. 992-1020, p. 1004.

¹⁶ Sentenza *Orkem* cit., punto 34.

¹⁷ Parte della dottrina, piuttosto che suddividere la fase precontenziosa in diversi momenti legati alle diverse attività che la Commissione è autorizzata a compiere, individua tre fasi indipendenti nel procedimento *antitrust*: G. CONTALDI, *op. cit.*, a p. 995, distingue la fase precontenziosa in due momenti, rispettivamente dedicati alla raccolta di informazioni e alla reperimento delle prove; F. POCAR, *op. cit.*, p. 773, individua, prima della comunicazione degli addebiti, una fase informale, priva di garanzie per le imprese, in cui vengono reperite informazioni e compiuti gli accertamenti *in loco*, ed una fase formale, aperta da una decisione della Commissione, qualora nella fase precedente non vi fosse stata collaborazione da parte delle imprese.

¹⁸ Corte giustizia, 26 giugno 1980, causa C-136/79, *National Panasonic*, in *Racc.*, 1980, p. I-2033 ss.

¹⁹ Tuttavia, come fa notare M.C. BARUFFI, *La tutela dei singoli* cit., p. 77 s., è opportuno sottolineare come non vi sia alcun obbligo in capo alla Commissione di dare avvio ad una istruttoria ogni volta riceva una denuncia. In questo senso, in giurisprudenza, si veda la sentenza del Tribunale di primo grado, 18 settembre 1992, causa T-24/90, *Automec II*, in *Racc.*, 1990, p. II-2223 ss., punti 75-76. Addirittura mentre il previgente regolamento di procedura n. 2842/1998, prevedeva all'art. 6, l'obbligo per la Commissione di comunicare al denunciante i motivi alla base della decisione di non avviare la procedura, il regolamento n. 773/2004, abrogativo del precedente, non contiene questa previsione.

infatti, lo scopo di mettere gli interessati nella condizione di presentare le loro osservazioni sulle censure mosse è perseguibile anche in caso di adozione simultanea dei due provvedimenti, contenendo la CA tutte le indicazioni degli elementi di fatto e di diritto su cui si fondano gli addebiti, la qualificazione degli stessi e l'indicazione delle possibilità che siano irrogate sanzioni.

Una volta aperta l'indagine preliminare, d'ufficio oppure su istanza di uno Stato membro o di persone fisiche e giuridiche che sostengono di avervi interesse, la Commissione ha il potere sia di raccogliere informazioni presso le imprese, anche terze²⁰, sia compiere dei veri e propri accertamenti presso le imprese medesime²¹. Le richieste di informazioni o di accertamento in loco possono essere semplici o vincolate, adottate cioè mediante una decisione contro la quale le imprese possono presentare ricorso in annullamento: solo nel secondo caso i soggetti indagati sono obbligati a fornire le informazioni richieste o di sottoporsi all'ispezione²². Le decisioni, adottate dopo aver informato le autorità garanti nazionali, devono, inoltre, essere motivate, ma, a differenza delle richieste semplici, non occorre che ne sia precisato lo scopo, potendosi ritenere che la motivazione sia completata per relationem, con riferimento alla mera richiesta che ne costituisce l'antecedente cronologico²³.

In generale, in riferimento ai diritti di difesa, va ricordato che inizialmente la Corte non considerava l'esercizio di tali diritti caratteristica precipua di questa fase, ma solamente di quella successiva in contraddittorio, in ossequio alla sopra descritta concezione di diritto di difesa assimilata, appunto, a quella di semplice garanzia del contraddittorio stesso. Un esempio in questo senso è costituito dalla sentenza *Hoechst*, in cui la Corte ha stabilito che la Commissione non è tenuta a comunicare al destinatario di una decisione di verifica tutte le informazioni di cui dispone a proposito di infrazioni presunte, né a procedere ad una qualificazione giuridica rigorosa di tali infrazioni²⁴. Fino ad anni relativamente recenti, quindi, il giudice comunitario è stato molto cauto nel riconoscere l'obbligo di mettere a disposizione dell'impresa tutti gli elementi per poter adottare una linea di difesa adeguata ed efficace²⁵.

In realtà, il rispetto dei diritti di difesa rappresenta una necessità sin dalla fase precontenziosa, perché già in quest'ambito, soprattutto in occasione degli accertamenti, dove i

²⁰ Art. 18, reg. n. 1/2003.

²¹ Art. 20, reg. n. 1/2003.

²² T. BALLARINO, *op. cit.*, p. 436.

²³ Come fa notare G. CONTALDI, *op. cit.*, p. 1008, e come si può anche desumere dal tenore dell'art. 20, reg. n. 1/2003, a differenza della richiesta di informazioni, la richiesta di accertamenti, potendo assumere direttamente la forma della decisione, deve essere motivata anche con l'oggetto e lo scopo dell'accertamento stesso. Inoltre devono essere chiaramente indicati la data di inizio delle indagini, le sanzioni previste nel caso in cui l'impresa decida di non sottoporvisi e la menzione espressa della possibilità di presentare ricorso contro detta decisione (art. 20, par. 3, reg. n. 1/2003).

²⁴ Corte di giustizia, 21 settembre 1989, cause riunite C-46/87 e 227/88, *Hoechst*, in *Racc.*, 1989, p. I-2859 ss., punto 41.

²⁵ F. POCAR, *op. cit.*, p. 774.

poteri della Commissione sono più incisivi, si possono profilare comportamenti in grado di pregiudicare una fattiva difesa delle imprese nel prosieguo del procedimento. Progressivamente si è pertanto giunti ad una ulteriore e significativa estensione di alcuni diritti anche alla fase preliminare, non solo per la stretta connessione ravvisabile tra le due fasi del procedimento, ma soprattutto per l'acquisizione della consapevolezza che i diritti di difesa dell'impresa possono essere pregiudicati già nella procedura di indagine volta all'acquisizione delle prove. Estensione progressiva che tuttavia non significa estensione generalizzata. La prima fase, infatti, è per sua natura caratterizzata da una maggiore discrezionalità della Commissione e, mentre alcuni diritti, come quello all'assistenza legale e alla segretezza della corrispondenza tra avvocato e cliente, devono trovare rispetto lungo tutto il corso del procedimento, altri sono propri esclusivamente di una fase in contraddittorio che segue ad una comunicazione degli addebiti²⁶.

Tuttavia, nonostante questo limite e per quanto sia difficile individuare criteri realmente delimitativi in una procedura concepita in maniera informale, si è andata allargando l'area dei diritti il cui rispetto è garantito già a partire dalla fase precontenziosa, anche in relazione ai maggiori poteri che il regolamento n. 1/2003 ha attribuito alla Commissione.

Innanzitutto, come già accennato, le imprese, a fronte di una richiesta di informazioni che non abbia la forma di decisione, possono opporre il proprio silenzio, anche se, di fatto, corrisponde di solito allo stesso interesse delle imprese, proprio al fine di evitare l'emanazione della decisione in questione, fornire le informazioni richieste²⁷.

Sempre riguardo alla richiesta di informazioni, ad esempio, entrambi i regolamenti pongono in capo alla Commissione l'obbligo di indicare chiaramente le presunzioni che intende verificare²⁸: l'indicazione dell'oggetto e dello scopo della richiesta costituisce un'esigenza fondamentale allo scopo di evidenziare il carattere motivato dell'azione all'interno delle imprese interessate. Ne consegue che la Commissione possa richiedere soltanto la comunicazione di quelle informazioni che consentano di accertare le presunzioni di violazione indicate nella domanda di informazione²⁹. Oltre al carattere di necessità, le informazioni devono altresì possedere i requisiti della

²⁶ In questo senso si veda la sentenza della Corte di giustizia del 17 ottobre 1989, cause riunite C-97, 98 e 99/87, *Dow Chemical*, in *Racc.*, 1989, p. I-3165 ss., punto 13.

²⁷ Senza dimenticare che, comunque, anche nella fase della semplice richiesta si può parlare, sempre nel rispetto del limite costituito dal diritto a non autoincriminarsi, di un obbligo, per quanto non coercibile, di fornire risposte in capo ai soggetti destinatari della domanda: infatti, da un lato, è lo stesso art. 18, par. 4 del reg. n. 1/2003 ad utilizzare questo termine; dall'altro, tale conclusione discende dal generale obbligo di collaborazione gravante sulle imprese, sui cui si fonda l'intero diritto comunitario della concorrenza e che deriva, in questo caso, dalla stessa struttura del procedimento, come contropartita della carenza nella Commissione di reali poteri coercitivi. In questo senso si veda anche la decisione *Fabrica Pisana*, in *GUCE L 75* del 21 marzo 1980, p. 30 ss.

²⁸ Art. 18, par. 2, reg. n. 1/2003.

²⁹ Sentenza *Hoechst* cit, punto 41. Sotto questo aspetto, la giurisprudenza *Hoechst* è stata ripresa dal Tribunale di primo grado nella sentenza *SEP* del 12 dicembre 1991, causa T-39/90, in *Racc.*, 1991, p. II-1497 ss., punto 15. Il principio della necessità delle informazioni – anche se il controllo del rispetto di tale carattere viene giudicato dalla stessa Commissione – era stato affermato già a partire dalla sentenza *AM & S Europe Limited* cit., punto 15.

proporzionalità³⁰ e della confidenzialità³¹: non solo esse devono essere utili rispetto allo scopo perseguito, ma non devono essere estranee o sproporzionate rispetto allo stesso, nonché essere utilizzate unicamente per il fine per il quale sono state richieste, non potendo, in quanto protette dal segreto professionale, essere divulgate. Il controllo del rispetto di questi principi, per quanto a posteriori, spetta, come giudizio di legittimità, alla Corte di giustizia.

Le domande devono inoltre indicare il termine entro il quale le imprese sono tenute a fornire tali informazioni e le sanzioni cui le stesse andrebbero incontro nel caso in cui esse fossero inesatte o fuorvianti³².

La novità della più recente disciplina è tuttavia un'altra. Mentre il regolamento del 1962 stabiliva che l'obbligo di fornire le informazioni incombesse sui proprietari delle imprese o sui loro rappresentanti, la normativa del 2003 prevede la possibilità che anche gli avvocati delle imprese possano adempiere a tali richieste, introducendo tuttavia la loro responsabilità personale in caso di informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti³³. Non solo. La nuova disciplina, per consentire alla Commissione l'assolvimento dei compiti affidatili, le ha attribuito, ai fini della raccolta di informazioni relative all'oggetto dell'indagine, il potere di sentire ogni persona fisica o giuridica che vi acconsenta, con la contestuale garanzia per i soggetti indagati che, nel caso in cui tale audizione si svolga all'interno dei locali dell'impresa, debba esserne informata l'autorità garante della concorrenza dello Stato membro in cui si svolge l'audizione stessa, i cui funzionari possono eventualmente assistere gli agenti della Commissione³⁴.

Anche le richieste indagini in loco devono indicare necessariamente l'oggetto e lo scopo degli accertamenti, la data di inizio degli stessi, le sanzioni previste, nonché il diritto di presentare ricorso alla Corte di giustizia verso quelle richieste che abbiano la forma di una decisione³⁵. Esse, oltre a dover essere necessarie e proporzionate, devono essere precedute da un mandato che specifichi esattamente i limiti dell'accertamento e la ricerca che deve essere fatta dal personale incaricato dell'accertamento medesimo, nonché la sanzione per il caso in cui i libri e gli altri documenti siano presentati in modo incompleto³⁶. L'esibizione del mandato riveste un'importanza fondamentale nella garanzia del rispetto dei diritti di difesa, consentendo alle imprese che lo vogliano di collaborare con gli agenti della Commissione³⁷.

³⁰ Sentenza *Orkem* cit., punto 16.

³¹ Sentenza *SEP* cit., punto 25.

³² Art. 18, par. 2, reg. n. 1/2003.

³³ Art. 18, par. 4, reg. n. 1/2003.

³⁴ Art. 19, reg. n. 1/2003.

³⁵ Art. 20, par. 4, reg. n. 1/2003.

³⁶ Art. 20, par. 3, reg. n. 1/2003.

³⁷ Sentenza *National Panasonic* cit., punto 11.

Così come il regolamento previgente, anche la normativa attuale prevede, tra i poteri dei funzionari della Commissione, la possibilità di accedere a tutti i locali, terreni e mezzi di trasporto delle imprese; di controllare i libri e qualsiasi altro documento connesso all'azienda, su qualsiasi forma di supporto; di fare o ottenere sotto qualsiasi forma copie o estratti dei suddetti libri o documenti e di apporre sigilli a tutti i locali o documenti aziendali per la durata degli accertamenti e nella misura necessaria al loro espletamento.

A rendere più incisivi i poteri dell'Esecutivo europeo è però la disposizione in base alla quale è possibile chiedere a qualsiasi rappresentante o membro del personale dell'impresa spiegazioni su fatti o documenti relativi all'oggetto e allo scopo degli accertamenti e verbalizzarne le risposte³⁸. A controbilanciare tale potere, il regolamento di esecuzione ha introdotto la possibilità che le dichiarazioni rese nel corso degli accertamenti possano sì essere registrate in qualunque forma, ma debbano essere messe a disposizione dell'impresa, la quale, entro un termine fissato dalla Commissione, può apportare modifiche e/o rettifiche³⁹.

Se un'impresa si oppone ad un accertamento, lo Stato membro interessato presta agli agenti della Commissione l'opportuna assistenza, ricorrendo, qualora si rendesse necessario, alla forza pubblica⁴⁰. In questa ipotesi, il regolamento attualmente in vigore pone alcune garanzie specifiche a tutela delle imprese. È infatti previsto un possibile duplice intervento dell'autorità giudiziaria: in primo luogo, essa è chiamata a dare l'autorizzazione all'intervento della forza pubblica, qualora ci sia una disposizione legislativa interna la richieda; in secondo luogo, il giudice nazionale controlla l'autenticità della decisione della Commissione e verifica che le misure coercitive previste non siano né arbitrarie né sproporzionate, non potendo, però, mettere in discussione la necessità degli accertamenti o richiedere informazioni contenute nel fascicolo della Commissione⁴¹.

A tutela delle imprese il regolamento n. 1/2003 prevede altresì, innovando rispetto al regime precedente, che gli agenti della Commissione non abbiano comunque il diritto di impossessarsi personalmente dei documenti per esaminarli, dovendo richiederne la consegna al personale dell'impresa, con la possibilità, in caso di rifiuto, di rivolgersi allo Stato membro sul cui territorio si svolge l'ispezione oppure di redigere un verbale sulla base del quale la Commissione potrà infliggere un'ammenda⁴².

Inoltre, al momento dell'accertamento, l'impresa ha il diritto di farsi assistere da un proprio legale, seppur nel rispetto di certe esigenze temporali. Infatti, occorre che durante l'attesa necessaria

³⁸ Art. 20, par. 2, reg. n. 1/2003.

³⁹ Art. 4, reg. n. 1/2003.

⁴⁰ Art. 20, par. 6, reg. n. 1/2003.

⁴¹ Art. 20, par. 7 e 8, reg. n. 1/2003.

⁴² G.L. TOSATO, L. BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, Milano, 2004, p. 124.

per consentire l'arrivo di un avvocato, che non può protrarsi oltre il tempo strettamente indispensabile, l'impresa garantisca che i documenti restino nello stato in cui si trovano⁴³.

Un altro potere particolarmente penetrante è stato introdotto in materia di accertamenti dall'attuale normativa: la possibilità di procedere ad accertamenti in locali diversi da quelli dell'impresa. Qualora vi siano ragionevoli motivi di sospettare che libri o altri documenti connessi all'azienda e all'oggetto dell'accertamento, dai quali potrebbero risultare elementi utili per provare una grave infrazione del diritto della concorrenza, siano conservati in altri locali, terreni o mezzi di trasporto, compreso il domicilio di amministratori, direttori e altri membri del personale delle imprese, la Commissione, mediante decisione, può ordinare che vi siano effettuati accertamenti⁴⁴. Oltre ai già indicati elementi che ogni decisione che dispone un accertamento deve contenere, questa decisione deve necessariamente indicare, onde evitare l'annullamento su ricorso delle imprese indagate, i motivi che hanno indotto la Commissione a ritenere che sussiste un motivo di sospetto e non può essere eseguita senza l'autorizzazione necessaria dell'autorità giudiziaria dello Stato membro interessato⁴⁵.

Terminata la fase istruttoria, se la Commissione ritiene di aver elementi sufficienti per sostenere un'accusa di infrazione degli artt. 81 o 82 TCE, apre la procedura formale tramite l'invio, alle imprese indagate, della c.d. comunicazione degli addebiti, e, al denunciante (qualora la procedura non sia stata avviata d'ufficio), di una versione non riservata degli addebiti contestati, su cui egli potrà inviare le proprie osservazioni⁴⁶. Diversamente la Commissione archivia la procedura: in questo caso la Commissione deve informare il denunciante dei motivi in base ai quali ha ritenuto di non dare seguito alla denuncia, fissando un termine entro cui questi può manifestare per iscritto il proprio punto di vista. Se il denunciante, entro detto termine, presenta le sue osservazioni e queste non inducano la Commissione ad una diversa valutazione del caso, quest'ultima respinge la denuncia con decisione; se il denunciante non presenta le sue osservazioni entro il termine, la denuncia si considera ritirata.

Come detto, già la CA deve contenere alcune specifiche garanzie per i soggetti destinatari, anche perché, in quanto atto preparatorio non è impugnabile autonomamente⁴⁷, ma i suoi vizi possono essere fatti valere, ai sensi dell'art. 230 TCE, di fronte al Tribunale di primo grado nel momento in cui l'impresa ricorre in annullamento contro la decisione finale. La comunicazione,

⁴³ *Tredicesima relazione sulla politica di concorrenza*, cit., p. 287.

⁴⁴ Art. 21, par. 1, reg. n. 1/2003.

⁴⁵ Art. 21, par. 2 e 3, reg. n. 1/2003.

⁴⁶ Art. 7, reg. n. 773/2004.

⁴⁷ G.L. TOSATO, L. BELLODI, *op. cit.*, p. 107.

oltre a dover essere redatta nella lingua dove ha la sede sociale l'impresa destinataria dello stesso⁴⁸, deve essere redatta in termini che, per quanto sommari, siano sufficientemente chiari per consentire agli interessati di prendere effettivamente atto dei comportamenti di cui la Commissione fa loro carico⁴⁹.

La corrispondenza tra comunicazione degli addebiti e decisione finale della Commissione è di fondamentale importanza ai fini della tutela dei diritti di difesa. La Commissione, infatti, non può porre a carico dell'impresa un'infrazione distinta rispetto a quella che figura nella comunicazione degli addebiti⁵⁰. Se la Commissione, dopo aver notificato la comunicazione, intende modificarne il contenuto (nel senso di muovere nuovi addebiti, dare una diversa qualificazione giuridica di quelli già mossi, indicare nuovi elementi di fatto in relazione ad infrazioni già contenute nella prima comunicazione, indicare una diversa durata delle infrazioni), deve inviare una nuova comunicazione o, quanto meno, inviare, con le stesse formalità, un atto col quale precisa o completa la comunicazione precedente, pena la nullità della procedura relativamente a quella parte riguardo alla quale non sia stata inviata la CA supplementare⁵¹.

Nella comunicazione devono essere indicate sia il tipo di infrazione che si ritiene commessa, sia la durata del comportamento illegale ai fini della determinazione dell'ammontare dell'ammenda, indicando anche in base a quali circostanze di fatto si ritiene di aver identificato una certa data di d'inizio dell'infrazione, perché, a garanzia delle imprese, non è possibile addebitare loro un'infrazione di durata maggiore di quella annunciata⁵². La CA deve infatti mettere in grado l'impresa di difendersi non solo contro la constatazione dell'infrazione, ma anche contro l'inflizione di una sanzione pecuniaria, il cui ammontare dipende dal lasso di tempo per il quale l'infrazione si è protratta.

La tutela dei diritti di difesa continua, nella fase in contraddittorio, tramite la possibilità, data alle parti alle quali sono stati contestati gli addebiti, non solo di rispondere per iscritto alla Commissione entro il termine da questa stabilito, allegando elementi nuovi e chiedendo di sentire quei testimoni che possano confermare quanto indicato nella risposta alla comunicazione⁵³, ma anche di esporre oralmente il loro punto di vista nel corso di un'audizione orale, qualora ne abbiano fatto richiesta nelle osservazioni scritte⁵⁴. Con l'apertura del procedimento di infrazione sorge in

⁴⁸ Il Tribunale di primo grado, nella sentenza *Trefilunion* del 6 aprile 1995, causa T-148/89, in *Racc.*, 1995, p. II-1063 ss., punto 21, si è pronunciato sulla definizione del concetto di documento, rilevando che gli allegati non costituiscono comunicazione e che, pertanto, la Commissione non era tenuta a fornire alla ricorrente una traduzione dei diversi documenti raccolti nel corso dell'inchiesta amministrativa.

⁴⁹ Sentenza *Cimenteries CBR* cit., punto 476.

⁵⁰ A. FRIGNANI, M. WAELBROEK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, 4ª ed., Torino, 1996, p. 402.

⁵¹ T. BALLARINO, *op. cit.*, p. 439.

⁵² Tribunale di primo grado, *Musique Diffusion française*, cit., punto 15.

⁵³ Art. 10, reg. n. 773/2004.

⁵⁴ Artt. 12-13 reg. n. 773/2004.

capo alle parti interessate, alle imprese indagate e ai terzi denunciati una serie di diritti volti ad assicurare una fattiva difesa. Infatti, ai sensi dell'art 13 del regolamento di procedura, anche i soggetti terzi possono chiedere di essere ammessi a presentare osservazioni scritte e di partecipare alle audizioni, qualora dimostrino di avervi interesse. La fase delle audizioni attua la più completa forma di contraddittorio tra i funzionari della Commissione responsabili del procedimento e l'impresa nei cui confronti si muove l'addebito.

Le audizioni sono condotte da un consigliere-auditore (al quale sono riconosciute garanzie di indipendenza e terzietà rispetto al procedimento di infrazione), in presenza delle autorità garanti degli Stati membri e dei legali delle imprese⁵⁵, normalmente seguendo l'ordine di contestazione degli addebiti quale risulta nella comunicazione notificata alle imprese. Tali audizioni non sono pubbliche⁵⁶: le imprese, quindi, hanno il diritto di presenziare a quelle dedicate agli addebiti formulati a loro carico, ma non anche quello a presenziare a tutte le audizioni, soprattutto perché occorre tutelare i segreti aziendali e le informazioni riservate delle altre imprese coinvolte nel medesimo procedimento.

Una volta terminata la fase orale, il consigliere-auditore redige un rapporto al Direttore della DG Concorrenza, in cui adotta le conclusioni che possono essere sia procedurali che di merito. Tale rapporto, rappresentando un documento interno della Commissione, non è accessibile alle parti. Infatti, pur rappresentando il diritto di accesso al fascicolo uno degli aspetti più importanti – se non il più importante – del diritto di difesa delle imprese in questi procedimenti, esso subisce anche alcune limitazioni, legate in particolar modo alla tipologia del documento che si richiede di visionare.

Per un'impresa interessata da indagini della Commissione e destinataria della comunicazione degli addebiti è sicuramente essenziale che le sia offerta la possibilità di prendere in esame l'intero fascicolo che la riguarda, al fine di poter, su questa base, decidere come impostare la propria linea difensiva. La giurisprudenza comunitaria è ormai unanime nel ritenere che l'accesso al fascicolo nelle cause di concorrenza ha lo scopo di consentire ai destinatari di una comunicazione degli addebiti di prendere conoscenza degli elementi di prova in possesso della Commissione, affinché possano pronunciarsi utilmente sulle conclusioni alle quali la Commissione è giunta⁵⁷. Lo stesso Tribunale di primo grado ha affermato che la Commissione ha l'obbligo di rendere

⁵⁵ Art. 14, reg. n. 773/2004.

⁵⁶ Art. 14, par. 6, reg. n. 773/2004.

⁵⁷ Tribunale di primo grado, 1 aprile 1993, causa T-65/89, *BPB Industries e British Gypsum*, in *Racc.*, 1993, p. II-389 ss, punto 30, e, inoltre, sentenze *Solvay* cit., punto 59; *Imperial Chemical Industries Plc I* cit., punto 69; *Imperial Chemical Industries Plc II* cit., punto 49; e *Cimenteries CBR* cit., punto 38. La ultima sentenza citata, al punto 635, specifica comunque che la Commissione non è però tenuta anche a fornire una traduzione dei documenti che formano il fascicolo istruttorio.

accessibile l'insieme dei documenti a favore⁵⁸ e contro l'impresa che abbia raccolto nel corso dell'inchiesta, con alcune limitazioni relative soltanto al segreto d'affari di altre imprese, ai documenti puramente interni della Commissione e alle istruzioni ed altre informazioni che possono avere carattere confidenziale⁵⁹. Più specificamente, oltre ai documenti da cui potrebbero evincersi segreti aziendali o informazioni riservate (anche se, in assenza di specifiche definizioni circa la nozione di riservatezza, è la stessa Commissione a decidere quali informazioni abbiano questo carattere), non sono accessibili i documenti interni della Commissione o delle autorità nazionali garanti della concorrenza e la corrispondenza tra la Commissione e le suddette autorità o tra queste ultime⁶⁰. In questo modo il giudice comunitario mira a tutelare sia il rispetto dei diritti di difesa sia la necessità di salvaguardare le informazioni riservate delle imprese. Si tratta di due profili di tutela che devono essere coordinati tra loro, nel senso che l'unico limite al diritto di difesa si ritrova nel principio della tutela delle altre imprese. Ciò si spiega in considerazione della necessità di evitare che le imprese che operano sul mercato possano subire le ripercussioni del fatto che un'altra prenda conoscenza del fascicolo, non solo perché tali notizie potrebbero essere divulgate all'esterno, ma anche perché la stessa impresa indagata, venendo a conoscenza di quei dati, potrebbe comportarsi sul mercato in maniera differente⁶¹.

In ultima analisi, la tutela della riservatezza non è solo un principio fondamentale nell'interesse dell'impresa indagata, ma è altresì destinato a salvaguardare la libertà degli scambi.

La consultazione del fascicolo rientra dunque tra le garanzie procedurali miranti a tutelare i diritti della difesa e ad assicurare, in particolare, l'esercizio effettivo del contraddittorio. Anche secondo i giudici comunitari il rispetto di tale diritto in qualsiasi procedimento che possa risolversi in sanzioni costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario⁶². Infatti, la Commissione non può, da sola, decidere quali siano gli elementi utili per la difesa, anche perché, trattandosi di una materia che rende necessarie complesse valutazioni economiche, la Commissione deve dare ai legali dell'impresa interessata la possibilità di procedere ad un esame dei documenti che potrebbero essere rilevanti, per valutarne il valore di prova per la difesa.

⁵⁸ Secondo la tradizionale giurisprudenza della Corte, unitamente agli addebiti, la Commissione doveva rendere accessibili alle imprese destinatarie di una CA anche le circostanze di fatto sulle quali questi addebiti sono fondati, senza che fosse necessario comunicare l'intero fascicolo. Alle imprese era così precluso l'accesso ai documenti favorevoli che la Commissione, a proprio insindacabile giudizio, ritenesse di non dover rendere noti (Corte di giustizia, 13 luglio 1966, causa C-56/64, *Costen and Grundig*, in *Racc.*, 1966, p. 429 ss.). Già dalla sentenza *Hoffman La Roche* la CG ha stabilito che la Commissione non possa avvalersi di fatti o documenti non divulgati, se questo rifiuto di divulgazione pregiudichi la possibilità per l'impresa di far conoscere il proprio punto di vista sulla realtà o sulla portata dei fatti, su determinati documenti o anche sulle conclusioni che ne trae la Commissione.

⁵⁹ Tribunale di primo grado, 17 dicembre 1991, causa T-7/89, *Hercules Chemicals*, in *Racc.*, 1991, p. II-711 ss., punto 53.

⁶⁰ Art. 15, reg. n. 773/2004.

⁶¹ F. POCAR, *op. cit.*, a p. 776. Per un commento, L. VASQUEZ, *Limiti al diritto di accesso e tutela delle parti nei procedimenti antitrust italiani e comunitari*, in *Foro italiano*, 1997, IV, pp. 161-174.

⁶² Sentenza *Hoffman La Roche* cit., punti 9 e 11.

Tenuto conto del principio generale della parità delle armi, che presuppone da parte dell'impresa una conoscenza del fascicolo pari a quella della Commissione, non si può ammettere che quest'ultima sia stata l'unica ad avere a disposizione determinati documenti e abbia dunque potuto decidere da sola se utilizzarli o meno contro l'impresa indagata, senza che la stessa abbia avuto, parallelamente, la possibilità di decidere se utilizzarli o meno⁶³.

La Commissione, se ritiene che taluni documenti del fascicolo contengano segreti commerciali o altre informazioni riservate, ha due possibilità. La prima è quella di far preparare, dalle parti da cui provengono i documenti, versioni non confidenziali di questi ultimi⁶⁴; qualora questo procedimento si rivelasse particolarmente complesso, allora, la Commissione è tenuta a trasmettere alle parti interessate un elenco sufficientemente preciso dei documenti "problematici" per consentire loro di determinare, in piena cognizione di causa, se i documenti descritti possano essere rilevanti per la loro difesa⁶⁵. In genere i documenti allegati alla CA non provenienti dalla Commissione devono essere portati a conoscenza del destinatario così come sono, in modo che quest'ultimo possa conoscere l'interpretazione che ne ha dato la Commissione.

Lo stesso art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prevede il diritto di ogni persona fisica e giuridica di aver accesso al proprio fascicolo, nel rispetto del legittimo interesse alla riservatezza e al segreto professionale. Con la sola eccezione dei documenti interni o confidenziali, alle parti è garantito l'accesso all'intero fascicolo, come parte integrante del diritto ad essere sentite.

Le posizioni del giudice comunitario hanno fatto sì che anche le istituzioni sentissero la necessità di formalizzare il diritto di accesso al fascicolo. La Commissione, infatti, ha emanato una nuova comunicazione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio in cui vengono chiaramente definite le nozioni di soggetti titolari del diritto di accesso, di documenti accessibili e non accessibili, nonché indicati i criteri per accettare le richieste di riservatezza e descritte le diverse fasi della procedura per l'accesso al fascicolo medesimo⁶⁶. Tale intervento della Commissione ha lo scopo di aumentare la trasparenza dei procedimenti in materia di concorrenza e di assicurare la piena garanzia dei diritti di difesa delle parti. La nuova comunicazione ribadisce che il diritto di accesso al fascicolo, pur essendo di pertinenza dei destinatari di una comunicazione degli addebiti,

⁶³ Sentenze *Imperial Chemical Industries Plc I* cit., punto 93, e *Cimenteries CBR* cit., punti 142-144.

⁶⁴ Art. 16, reg. n. 773/2004.

⁶⁵ Sentenze *Imperial Chemical Industries Plc I* cit., punto 99, e *Cimenteries CBR* cit., punti 147-148. Si veda altresì la *Diciottesima Relazione sulla politica di concorrenza*, Bruxelles-Lussemburgo, 1988, p. 53.

⁶⁶ *Comunicazione della Commissione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio della Commissione nei casi relativi all'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE, degli articoli 53, 54 e 57 dell'accordo SEE e del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio*, in *GUCE C 325* del 22 dicembre 2005, p. 7 ss.. Questa comunicazione modifica e integra la precedente comunicazione del 1997, in *GUCE C 23* del 23 gennaio 1997, p. 3 ss.

può essere consentito, sebbene in misura più limitata in quanto riferito a documenti specifici e mirati, anche alle altre parti coinvolte in una procedura antitrust⁶⁷.

Si pone dunque il problema di stabilire in base a quali criteri le irregolarità nell'accesso al fascicolo conducano all'annullamento dell'atto, dato che questa non è una conseguenza immediata del mancato rispetto del diritto in esame. Infatti, qualora la procedura amministrativa non si sia conclusa, ma sia ancora in corso, l'atto di rifiuto della Commissione non è di per sé impugnabile in quanto atto meramente preparatorio. Nella sentenza *Cimenteries CBR*⁶⁸ il Tribunale di primo grado ha ammesso che fosse condivisibile quanto stabilito dalla Corte nella sentenza *Hoffman La Roche*⁶⁹, ossia il fatto che il rispetto dei diritti di difesa esige che le imprese interessate siano messe nella condizione di far conoscere il loro punto di vista sulla realtà e sulla pertinenza degli addebiti, e che questo diritto è collegato all'obbligo della Commissione di rendere accessibile alle imprese tutta la documentazione a carico e a favore da essa raccolta nel corso dell'indagine, fatti salvi i segreti aziendali delle imprese, i documenti interni della Commissione e le altre informazioni riservate. Cionondimeno il rifiuto della Commissione, benché suscettibile di ledere i diritti di difesa, produce in realtà solo effetti limitati, specifici di un atto preparatorio che si inserisce nell'ambito di un procedimento amministrativo. Solo quegli atti che incidono immediatamente ed in modo irreversibile sulla situazione giuridica delle imprese interessate possono legittimare, prima della conclusione del procedimento amministrativo, la proposizione di un ricorso in annullamento.

Nelle ipotesi di rifiuto di accesso al fascicolo, l'eventuale vizio di illegittimità dell'operato della Commissione rimane assorbito in quello dell'atto finale adottato dalla stessa Commissione: la violazione del diritto dei destinatari di una CA di esporre efficacemente il loro punto di vista sugli addebiti mossi dalla Commissione e sugli elementi di prova destinati a corroborare detti addebiti non può produrre effetti giuridici vincolanti tali da incidere sugli interessi delle imprese coinvolte prima che la Commissione abbia eventualmente accertato l'esistenza dell'infrazione e adottato la relativa decisione.

Questa conclusione, oltre a mostrare l'indubbia difficoltà in cui si dibattono i giudici comunitari nel tracciare una netta distinzione sotto il profilo dell'impugnabilità – che poi è quello più rilevante sul piano pratico – tra atti preparatori e atti definitivi, sottolinea anche l'incertezza con cui gli stessi giudici comunitari si sforzano di conciliare le opposte esigenze della tutela del diritto di difesa (in base al quale costituisce violazione di tale diritto la mancata concessione dell'accesso

⁶⁷ Per un primo commento del Commissario alla concorrenza N. KROES sulle portata e sul significato della comunicazione del 2005, si veda la *Press Release* IP/05/1581, reperibile al sito internet <http://europa.eu.int/rapid>.

⁶⁸ Tribunale di primo grado, 15 marzo 2000, cause riunite T-25, 26, 30-39, 42-46, 48, 50-65, 68-71, 87, 88, 103 e 104/95, cit.

⁶⁹ Corte di giustizia, 13 febbraio 1979, causa C-85/76, cit.

al soggetto che ne fa richiesta), da un lato, e della salvaguardia delle prerogative della Commissione (che vuole che il rifiuto non sia impugnabile autonomamente), dall'altro⁷⁰.

Senza che il Tribunale possa sostituirsi alla Commissione, occorre innanzitutto esaminare la questione se i documenti che non sono stati resi accessibili nel corso del procedimento presentino un nesso obiettivo con qualche addebito mosso nei confronti della ricorrente interessata nella decisione impugnata. Qualora manchi detto nesso, i documenti di cui trattasi non presentano nessuna utilità per la difesa della parte che se ne avvale. Se, per contro, alcuni documenti presentano detto nesso, occorre esaminare se la loro mancata divulgazione abbia potuto pregiudicare i diritti della difesa di detta parte nel corso del procedimento amministrativo. In questo caso occorre esaminare gli elementi di prova adottati dalla Commissione a sostegno di tale censura e valutare se i documenti non resi disponibili avevano un'importanza che non avrebbe dovuto essere trascurata⁷¹.

Si noti tuttavia che in nessun caso potrà essere ammesso che i diritti della difesa di un ricorrente sono stati violati per il fatto che la Commissione non gli ha comunicato un documento che avrebbe potuto contenere elementi a suo discarico, se il documento proviene dal ricorrente stesso o se era manifestamente in suo possesso nel corso del procedimento amministrativo. D'altro canto, per l'organizzazione della sua difesa una parte non è limitata ai soli documenti della Commissione che le sono accessibili: essa è libera di utilizzare qualsiasi documento che le sembri utile per confutare le affermazioni della Commissione.

Prima di adottare la decisione finale, la Commissione deve richiedere il parere del Comitato consultivo per le intese e gli abusi di posizione dominante⁷², costituito da rappresentanti degli Stati membri che di solito provengono dalle autorità antitrust nazionali⁷³. Solo successivamente la Commissione, collegialmente, adotta la decisione e la notifica alle parti interessate.

Dall'analisi che precede emerge come la struttura del procedimento antitrust in relazione ai diritti di difesa miri a contemperare le esigenze di tutela di questi ultimi con quelle dell'efficacia dell'indagine. Ciò trova riscontro nella suddivisione del procedimento in due fasi: la prima, precontenziosa, dove le garanzie della difesa risultano affievolite in nome di una maggior celerità della procedura, e la seconda, in contraddittorio, dove i diritti delle imprese sono tutelati al massimo grado.

Nonostante che i diritti di difesa abbiano fruito di una notevole evoluzione grazie alla giurisprudenza comunitaria, non mancano aspetti di problematicità, ulteriori rispetto a quello di

⁷⁰ M.C BARUFFI, *Sul diritto di accesso al fascicolo nei procedimenti giurisdizionali comunitari*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, pp. 691-704, a p. 696.

⁷¹ Sentenza *Cimenteries CBR* cit., punti 240-241.

⁷² Art. 14, par. 1, reg. n. 1/2003.

⁷³ Art. 14, par. 2, reg. n. 1/2003.

manca di contraddittorio nella fase iniziale, ed inerenti al controllo giurisdizionale sulle decisioni emesse dalla Commissione. Infatti, tale controllo, in quanto ricorso avverso le decisioni coercitive della Commissione, non solo è successivo, ma appare altresì insufficiente. Ciò si evince in primo luogo dalla circostanza che non sempre le violazioni dei diritti di difesa conducono all'annullamento dell'atto lesivo: l'annullamento rappresenta una sorta di extrema ratio alla quale ricorrere nel caso in cui, una volta eliminate le prove addebitate in violazione dei diritti di difesa, la decisione non appaia legittima alla luce di quelle restanti. In caso contrario, essa continuerà a produrre i propri effetti.

Altri problemi rimangono aperti. Sembra, infatti, che le modalità con le quali viene condotto l'accertamento sfuggano in toto ad un controllo giurisdizionale, o che, comunque, esso si estenda ai soli profili di legittimità della decisione di carattere istruttorio, senza la possibilità, per il giudice, di effettuare apprezzamenti di fatto sul merito dell'accertamento. Inoltre, la decisione con cui viene ordinato un accertamento è impugnabile solo in quanto sproporzionata o non necessaria, mancando ancora una volta, la possibilità di un ricorso qualora, pur in presenza di una decisione legittima, l'accertamento sia stato condotto con modalità irregolari. Anche se tale ultimo problema appare superato dalla prassi, essendo gli agenti della Commissione accompagnati e coadiuvati da rappresentanti delle autorità nazionali competenti secondo il diritto interno, le modalità con cui viene condotto l'accertamento sfuggono ad un controllo giurisdizionale completo.

È vero che la normativa attualmente in vigore, grazie anche all'operato dei giudici comunitari, ha compiuto notevoli passi in avanti rispetto a quella previgente in materia di diritti di difesa delle imprese indagate (nonostante già la disciplina del 1962 contenesse dei principi fondamentali come il diritto al segreto d'ufficio, il diritto delle parti ad essere sentite o il principio di proporzionalità), ma è altresì opportuno sottolineare che le conquiste cui si è giunti derivano in gran parte dalla necessità di bilanciare i nuovi e ben più incisivi poteri inquisitori e sanzionatori attribuiti alla Commissione. Tra i due interessi enunciati in apertura, le istituzioni comunitarie tendono a dare ancora la prevalenza alla tutela della concorrenza piuttosto che al rispetto delle esigenze dei soggetti indagati, come conseguenza forse inevitabile della compresenza nel soggetto che conduce l'indagine dell'ulteriore qualità di parte della controversia.

Dall'exkursus di sentenze analizzate nel presente studio emerge, in conclusione, come, per quanto una notevole evoluzione si sia già verificata, la materia dei diritti di difesa delle imprese nei procedimenti antitrust rappresenti un settore ancora aperto a nuovi sviluppi, in particolare focalizzati ad armonizzare il sistema e a risolvere le incongruenze sopra esemplificativamente menzionate.