

Mario Siragusa - Cesare Rizza

**VIOLAZIONE DELLE NORME
ANTITRUST, SINDACATO
GIURISDIZIONALE SULL'ESERCIZIO
DEL POTERE SANZIONATORIO DA
PARTE DELL'AUTORITÀ DI
CONCORRENZA E DIRITTO
FONDAMENTALE A UN EQUO
PROCESSO: LO "STATO
DELL'ARTE" DOPO LE SENTENZE
*MENARINI, KME E POSTEN NORGE***

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

Violazione delle norme *antitrust*, sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'autorità di concorrenza e diritto fondamentale a un equo processo: lo "stato dell'arte" dopo le sentenze *Menarini*, *KME* e *Posten Norge* ⁽¹⁾

SOMMARIO: 1. Introduzione: lo standard adeguato del sindacato di legittimità nell'ordinamento UE. — 2. La dottrina della *judicial deference* in prospettiva storica. — 3. Infondatezza di altre possibili giustificazioni teoriche del ricorso alla *judicial deference*. — 4. La tensione fra, da una parte, la *judicial deference* e, dall'altra, il diritto fondamentale

⁽¹⁾ Bibliografia essenziale: ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2008, 152 ss.; SCHWEITZER, *The European Competition Law Enforcement System and the Evolution of Judicial Review*, in EHLERMANN-MARQUIS (a cura di), *European Competition Law Annual 2009: Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*, Oxford, Hart Publishing, 2011, 79; FORRESTER, *A Bush in Need of Pruning: the Luxuriant Growth of "Light Judicial Review"*, *ivi*, 407; SIRAGUSA, *Access to the Courts in a Community Based on the Rule of Law*, in TRIBUNALE DI PRIMO GRADO DELLE CE, *De 20 ans à l'horizon 2020: Bâtir le Tribunal de demain sur de solides fondations*, Lussemburgo, Office des publications de l'Union européenne, 2011, 129; BRUZZONE-SAJJA, *Non varcare quella soglia? Limiti al controllo del giudice sulle decisioni antitrust nell'era della modernizzazione e dell'approccio economico*, in *Mercato conc. reg.*, 2010, n. 1, 7; GERARD, *EU Cartel Law and the Shaking Foundations of Judicial Review* (10 luglio 2010; disponibile online all'indirizzo http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_Ssrn_ID1675451_code982715.pdf?abstractid=1675451&mirid=1); ID., *EU Antitrust Enforcement in 2025: 'Why Wait? Full Appellate Jurisdiction, Now'*, in *CPI Antitrust J.* (9 dicembre 2010; disponibile online all'indirizzo http://papers.ssrn.com/sol3/Deli-very.cfm/SSRN_ID1762047_code982715.pdf?abstractid=1762047&mirid=1), 2; KILLICK-BERGHE, *This is not the time to be tinkering with Regulation 1/2003 — It is time for fundamental reform — Europe should have change we can believe in*, in *Competition Law Rev.*, 2010, 259; WILS, *The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review and the ECHR*, in *World Competition*, 2010, n. 1, 5; BASILICO, *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l'art. 6 CEDU*, AIC, 2011 (disponibile online all'indirizzo http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/sites/default/files/ri-vista/articoli/allegati/Basilico_0.pdf); JAEGER, *Standard of Review in Competition Cases: Can the General Court Increase Coherence in the European Union Judicial System?*, in BAUMÉ et al. (a cura di), *Today's Multilayered Legal Order: Current Issues and Perspectives, Liber Amicorum in honour of Arjen WH Meij*, Paris, Zutphen, 2011; ID., *The Standard of Review in Competition Cases Involving Complex Economic Assessments: Towards the Marginalisation of the Marginal Review?*, in *J. European Competition Law & Practice*, 2011, 295; FORRESTER, *A challenge for Europe's judges: the review of fines in competition cases*, in *European Law Rev.*, 2011, 185; EDITORIAL COMMENTS, *Towards a more judicial approach? EU antitrust fines under the scrutiny of fundamental rights*, in *Common Market Law Rev.*, 2011, 1405; BOMBOIS, *L'arrêt Menarini c. Italie de la Cour européenne des droits de l'homme: droit antitrust, champ pénal et contrôle de pleine juridiction*, in *Cahiers dr. européen*, 2011, 541; COUTRELIS, *Amendes, procédures antitrust et CEDH: l'harmonie plutôt que la confrontation*, in *Revue Lamy de la Concurrence: droit, économie, régulation*, 2011, n. 29, 108; DOMENICUCCI, *Art. 261 TFUE*, in CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, Simone, 2012, 1823; DOMENICUCCI-TACCANI, *Art. 263 TFUE*, *ibid.*,

all'equo processo e il principio generale della tutela giurisdizionale effettiva. — 5. Le decisioni sanzionatorie della Commissione in materia *antitrust* sono soggette a un sindacato di "piena giurisdizione", in particolare con riguardo all'accertamento dell'infrazione? Le indicazioni fornite dall'Avvocato generale della Corte UE nella causa *KME* e dalla CEDU nella causa *Menarini*. — 6. Il sindacato sulla legittimità del calcolo della sanzione e sul suo carattere adeguato, proporzionato ed equo, e la giurisdizione estesa al merito del Giudice UE: le sentenze *Arkema*, *Bavaria* e *Romana Tabacchi* del Tribunale e *KME* e *Chalkor* della Corte. — 7. (*segue*) Riflessioni sull'articolazione tra sindacato di legittimità e piena giurisdizione anche alla luce della sentenza *Posten Norge* della Corte AELS. — 8. Conclusioni.

1. *Introduzione: lo standard adeguato del sindacato di legittimità nell'ordinamento UE.* — Il presente articolo illustra e discute certe recenti pronunce del Giudice UE (Tribunale e Corte di giustizia; collettivamente, la "Corte"), della Corte dell'Associazione europea di libero scambio (la "Corte AELS") e della Corte europea dei Diritti dell'Uomo (la "CEDU") che, avuto riguardo alla combinazione di poteri istruttori, inquirenti e giudicanti in capo alle autorità di concorrenza e alla trasformazione del diritto *antitrust* in senso penale (vedi *infra*), hanno avuto a oggetto la compatibilità della c.d. dottrina della *judicial deference* — *rectius*, della sua applicazione espansiva — con il diritto fondamentale di accesso pieno ed effettivo a un tribunale indipendente e imparziale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 6(1) della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (la "Convenzione"). L'obiettivo che gli Autori si

1845; ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 569; ANDREANGELI, *Competition enforcement and human rights after the Treaty of Lisbon: the state of play and the (near) future prospects*, in BUTTIGIEG (a cura di), *Rights and remedies in a liberalised and competitive internal market*, Hal Tarxien, Gutenberg Press, 2012, 63; ID., *Competition law and human rights: striking a balance between business freedom and regulatory intervention*, in LIANOS-SOKOL (a cura di), *The Global Limits of Competition Law*, Stanford, University Press, 2012, 22; NORDLANDER-HARRISON, *Are Rights Finally Becoming Fundamental?*, in *CPI Antitrust Chronicle* (22 febbraio 2012; disponibile online all'indirizzo <https://www.competitionpolicyinternational.com/are-rights-finally-becoming-fundamental/>); MUGUET-POULLENNEC-DOMENICUCCI, *Amende infligée par une autorité de concurrence et droit à une protection juridictionnelle effective: les enseignements de l'arrêt Menarini de la CEDH*, in *Revue Lamy de la Concurrence: droit, économie, régulation*, 2012, n. 30, 49; BRONCKERS-VALLERY, *Judicial review of European competition law decisions after Menarini* (11 aprile 2012; presentato alla X Conferenza 'Antitrust between EU law and national law', Treviso, 18 maggio 2012); NAZZINI, *Administrative Enforcement, Judicial Review and Fundamental Rights in EU Competition Law: A Comparative Contextual-Functionalist Perspective*, in *Common Market L. Rev.*, 2012, 971; BELLAMY, *ECHR and competition law post Menarini: An overview of EU and national case law*, in *e-Competitions*, n. 47946 (5 luglio 2012); MUGUET-POULLENNEC-DOMENICUCCI-HOSEINIAN, *Sanctions prévues par le règlement n° 1/2003 et droit à une protection juridictionnelle effective: les leçons des arrêts KME et Chalkor de la CJUE*, in *Revue Lamy de la Concurrence: droit, économie, régulation*, 2012, n. 32, 57; TEMPLE LANG, *Judicial Review of Competition Decisions under the European Convention on Human Rights and the Importance of the EFTA Court: The Norway Post Judgment*, in *European Law Rev.*, 2012, 464; e SCHWEITZER, *Judicial Review in EU Competition Law* (14 agosto 2012; disponibile online all'indirizzo (10 luglio 2010; disponibile online all'indirizzo http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2129147_code1797036.pdf?abstractid=2129147&mirid=1).

sono prefissi è quello di ricomporre in un quadro unitario e coerente i risultati dell'elaborazione giurisprudenziale delle giurisdizioni europee: obiettivo non semplice sia perché si tratta di risultati raggiunti da ciascuna istanza giurisdizionale in maniera sostanzialmente autonoma, ma che non possono non essere valutati nelle loro reciproche interazioni; sia perché, soprattutto nell'ordinamento UE, la giurisprudenza pertinente soffre di una certa mancanza di univocità ed appare comunque ancora lontana da risposte complete e definitive.

Nel detto ordinamento dal principio della separazione dei poteri discende che il sindacato del Giudice UE sulle decisioni con le quali la Commissione europea (la "Commissione") applica le regole di concorrenza in casi individuali è limitato a un controllo di legittimità. Sotto l'influenza del modello francese del *recours pour excès de pouvoir*, il trattato istitutivo della CEE firmato a Roma nel 1957 stabilì, con riguardo ai ricorsi per annullamento, un sistema di controllo nel quale la Corte non è libera di riesaminare *ex novo* il merito del caso, mediante una valutazione autonoma dei fatti posti alla base del provvedimento impugnato, ma è obbligata ad andare alla ricerca, sotto la guida della parte ricorrente, degli eventuali errori commessi dall'istituzione nella sua decisione. In virtù dell'art. 173 (ora art. 263 TFUE), nel contesto di tale controllo di legittimità la competenza del Giudice UE è limitata ai vizi d'incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione, e sviamento di potere.

Ex art. 261 TFUE alla competenza giurisdizionale di mera legittimità sull'accertamento dell'infrazione si contrappone, ove espressamente attribuita alla Corte, quella estesa al merito per quanto riguarda le sanzioni previste nei regolamenti, in particolare quelle inflitte in applicazione dell'art. 23(2)(a) del regolamento (CE) 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza da parte della Commissione ⁽²⁾. Ebbene, l'art. 31 del regolamento (CE) n. 1/2003 così dispone: "*La Corte di giustizia ha competenza giurisdizionale anche di merito per decidere sui ricorsi presen-*

⁽²⁾ Regolamento (CE) del Consiglio 16 dicembre 2002, n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (versione consolidata disponibile online all'indirizzo <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2003R0001:20061018:IT:PDF>). Il regolamento in questione — completato da un secondo della Commissione sullo svolgimento dei procedimenti *antitrust* e da sei comunicazioni (comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81(3) CE, linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio, comunicazione sulla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali, comunicazione sull'orientamento informale per le imprese (lettere di orientamento) e comunicazione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione) — fa parte del c.d. "pacchetto Modernizzazione", entrato in vigore il 1° maggio 2004, che ha istituito il nuovo quadro procedurale per l'applicazione delle norme *antitrust*, fondato sull'esigenza che la Commissione rifocalizzasse le proprie attività sulle violazioni più gravi, e quindi sull'applicazione decentrata delle regole e sull'abolizione del sistema di notifica delle intese ai fini dell'esenzione individuale dal divieto *ex art. 101 TFUE*.

tati avverso le decisioni con le quali la Commissione irroga un'ammenda o una penalità di mora. Essa può estinguere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità di mora irrogata". La distinzione tra sindacato di legittimità e sindacato esteso al merito non è in pratica sempre nettissima in quanto nel singolo caso un controllo di legittimità particolarmente intenso può sfumare in un riesame virtualmente non distinguibile dal sindacato esteso al merito; ciò nondimeno non è dubbio che a livello concettuale sussistono profonde differenze fra i due tipi di controllo ⁽³⁾. Come discusso *infra*, sebbene il dato letterale dell'art. 261 TFUE, in particolare il riferimento alle "decisioni con le quali la Commissione irroga un'ammenda o una penalità di mora" ⁽⁴⁾, oggettivamente autorizzi l'interpretazione estensiva di questa disposizione nel senso che il sindacato di merito in materia sanzionatoria vada esteso all'intero provvedimento impugnato, ivi compreso l'accertamento dell'illecito concorrenziale, e non vada limitato al solo calcolo dell'importo dell'ammenda ⁽⁵⁾, la lettura prevalsa fino ad oggi è stata quella più restrittiva, con la conseguenza che la Corte esercita sulla costatazione dell'infrazione un controllo di sola legittimità.

In riferimento all'intensità del controllo esercitato dai giudici sulla legittimità dell'atto impugnato si suole fare riferimento alla nozione di *standard of review*. Il tema dell'identificazione dello standard adeguato di sindacato giurisdizionale sulle decisioni sanzionatorie della Commissione, e in genere delle autorità nazionali della concorrenza (le "ANC") negli ordinamenti fondati su un modello di *enforcement* analogo a quello dell'ordinamento UE, ha attratto rinnovata attenzione negli ultimi anni ⁽⁶⁾, data la percezione largamente condivisa di un declino nell'intensità di tale sindacato, corroborata anche da indicatori quantitativi e qualitativi ⁽⁷⁾. In

⁽³⁾ Cfr. LASOK, *The Nature of Judicial Control*, in Tribunale di primo grado delle CE, (nt. 1), 163. La natura della giurisdizione estesa al merito e la sua articolazione con il sindacato di legittimità nel quadro di un ricorso per annullamento nel diritto amministrativo francese, che è comunemente riconosciuto come un'importante fonte d'ispirazione del sistema dei mezzi di tutela giurisdizionale nell'ordinamento UE, sono discusse in MUGUET-POULLENNEC-DOMENICUCCI-HOSEINIAN, (nt. 1), 30 ss. del testo dattiloscritto.

⁽⁴⁾ V. anche reg. (CE) n. 1/2003, (nt. 2), 'considerando' 33 e art. 31.

⁽⁵⁾ Cfr. GERARD, *Eu Antitrust Enforcement in 2025*, (nt. 1), e MUGUET-POULLENNEC-DOMENICUCCI-HOSEINIAN, (nt. 1), 15 del testo dattiloscritto: "En présence d'une sanction, le contrôle juridictionnel changerait de nature. Alors même qu'il serait limité à un simple contrôle de légalité en l'absence d'amende ou d'astreinte, l'exercice par la Commission du pouvoir de sanction qui lui est conféré par le Conseil s'accompagne du droit de porter cette sanction devant un juge disposant d'un pouvoir de pleine juridiction".

⁽⁶⁾ V., *ex multis*, ISTITUTO UNIVERSITARIO EUROPEO, *14th Annual EU Competition Law and Policy Workshop: The Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases* (Firenze, 19 e 20 giugno 2009; i lavori del convegno sono stati pubblicati in EHLERMANN-MARQUIS (a cura di), *European Competition Law Annual 2009: Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*, Oxford, Hart Publishing, 2011), e TRIBUNALE DI PRIMO GRADO DELLE CE, (nt. 1), 115 ss.

⁽⁷⁾ GERADIN-PETIT, *Judicial Review in European Union Competition Law: A Quantitative*

particolare, il Giudice UE sembra aver sviluppato un duplice standard di controllo delle decisioni sanzionatorie adottate dalla Commissione in caso di violazione delle regole di concorrenza.

Al sindacato pieno e approfondito (“*esaustivo*”) sulla ricostruzione materiale dei fatti e sulle prove considerate, nonché sulla valutazione giuridica di quei fatti da parte della Commissione, ivi comprese le conclusioni raggiunte⁽⁸⁾, se ne contrappone uno affievolito, caratterizzato dal riconoscimento alla Commissione di un ampio margine di discrezionalità nell’ambito delle cc.dd. valutazioni complesse di carattere economico o tecnico, soggette allo standard dell’errore manifesto. Secondo la formula routinariamente utilizzata dalla Corte per esprimere quella che, nel prosieguo del presente articolo, definiremo per brevità la dottrina della “deferenza giudiziaria” *judicial deference* — e che riecheggia i limiti alla competenza della Corte espressamente previsti dall’art. 33, primo paragrafo, del Trattato di Parigi del 1951 istitutivo della CECA⁽⁹⁾ —, nel contesto del suo sindacato di legittimità il Giudice UE è tenuto ad “*esercita[re] un controllo completo della verifica effettuata dalla Commissione, a meno che tale verifica non implichi una valutazione economica complessa, nel qual caso il controllo si limita alla verifica dell’insussistenza di sviamento di potere, del rispetto delle regole di procedura e di motivazione, dell’esattezza materiale dei fatti e dell’insussistenza di errore manifesto di valutazione di tali fatti*”⁽¹⁰⁾.

and Qualitative Assessment (26 ottobre 2010; disponibile online all’indirizzo http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1698342_code517200.pdf?abstractid=1698342&mirid=1).

⁽⁸⁾ *Ex multis*, Corte UE, 15 marzo 2000, cause riunite T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95, T-35/95, T-36/95, T-37/95, T-38/95, T-39/95, T-42/95, T-43/95, T-44/95, T-45/95, T-46/95, T-48/95, T-50/95, T-51/95, T-52/95, T-53/95, T-54/95, T-55/95, T-56/95, T-57/95, T-58/95, T-59/95, T-60/95, T-61/95, T-62/95, T-63/95, T-64/95, T-65/95, T-68/95, T-69/95, T-70/95, T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 e T-104/95, *Cementeries CBR e a./Commissione*, Racc., II-491, punto 719. L’eventuale inesattezza dei dati e delle constatazioni di fatto può essere rilevata dal Tribunale alla luce degli argomenti e degli elementi di prova a esso sottoposti: Trib. UE, 27 settembre 2006, cause riunite T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP e T-61/02 OP, *Dresdner Bank e a./Commissione*, Racc., II-3567, punto 66.

⁽⁹⁾ In virtù del quale: “*La Corte di giustizia è competente a giudicare dei ricorsi d’annullamento per incompetenza, violazione delle forme essenziali, violazione del Trattato o di ogni norma giuridica concernente la sua applicazione, o sviamento di potere, proposti contro le decisioni e le raccomandazioni dell’Alta Autorità da uno Stato membro o dal Consiglio. Tuttavia, l’esame della Corte di giustizia non può vertere sulla valutazione dello stato risultante da fatti o circostanze economiche in considerazione del quale sono state prese le dette decisioni o raccomandazioni, salvo che sia mossa accusa all’Alta Autorità d’aver commesso uno sviamento di potere o di avere misconosciuto in modo patente le disposizioni del Trattato oppure ogni norma giuridica concernente la sua applicazione*”.

⁽¹⁰⁾ *Ex plurimis*, Trib. UE, 27 settembre 2006, causa T-168/01, *GlaxoSmithKline Services/Commissione*, Racc., II-2969, punto 57; Corte UE, 6 ottobre 2009, cause riunite C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services e a./Commissione*, Racc., I-9291, punto 85, e 2 settembre 2010, causa C-399/08 P, *Commissione/Deutsche Post*, Racc., I-7831, punto 97.

In base al criterio dell'errore manifesto, il controllo di legittimità sulle decisioni della Commissione è rigoroso e approfondito con riguardo alla corretta interpretazione e applicazione delle norme e all'accuratezza dei fatti di causa, mentre è molto più deferente all'applicazione del diritto ai fatti accertati da parte dell'autorità di concorrenza, essendo la Corte tenuta a rispettare l'ampia discrezionalità che si ritiene inerente alle valutazioni economiche complesse effettuate dalla Commissione. In altre parole, il suo sindacato è più limitato, non potendo la Corte, in particolare, sostituire il proprio punto di vista a quello dell'organo sul quale istituzionalmente grava la responsabilità di compiere tali valutazioni ⁽¹¹⁾.

2. *La dottrina della judicial deference in prospettiva storica.* — Nel contesto del sistema UE dei mezzi di tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti con i quali la Commissione adempie alla sua missione d'interesse generale di definire la politica di concorrenza e i suoi obiettivi, la *ratio* della dottrina della *judicial deference* è comunemente enunciata nei termini teorici seguenti: la Commissione gode di poteri discrezionali che richiedono l'esercizio di un giudizio di valore ogniqualvolta essa, agendo come regolatore o amministrazione, definisca regole di applicazione generale o applichi le norme vigenti mediante decisioni individuali, stabilendo priorità di *enforcement* o compiendo altre scelte regolatorie che implicano un bilanciamento di considerazioni di ordine pubblico analizzate attentamente. A tali poteri discrezionali si ritiene corrispondano necessariamente limitazioni del potere di sindacato del Giudice UE ⁽¹²⁾. Alla luce di tale *ratio*, chi scrive è dell'avviso che la dottrina in questione possa essere stata adeguata nel primo periodo di *enforcement* delle regole di concorrenza da parte della Commissione, dagli anni Sessanta del secolo scorso in poi. Appare invece priva di giustificazione l'eccessiva espansione che la *judicial deference* ha conosciuto negli anni più recenti. Di qui la necessità di un

⁽¹¹⁾ “Per ritenere sussistente un errore di valutazione manifesto non è ... sufficiente che il Tribunale sia in disaccordo con la Commissione. Qualora, infatti, fatti ed elementi di prova facciano apparire giustificabili diverse valutazioni, è ineccepibile sotto il profilo giuridico il fatto che la Commissione abbia optato per una di queste, anche se essa non coincide con quella che il Tribunale ritiene preferibile. Un errore di valutazione manifesto sussiste solo qualora le conclusioni tratte dalla Commissione sulla scorta dei fatti e gli elementi di prova non siano più giustificabili, ossia qualora non sia rinvenibile alcun fondamento ragionevole per le medesime”: Avv. gen. Kokott, 17 settembre 2009, causa C-441/07 P, *Commissione/Alrosa*, Racc., 2010, I-5949, § 84 (note omesse).

⁽¹²⁾ Avv. gen. Reischl, 9 giugno 1977, causa 26/76, *Metro/Commissione*, Racc., 1921. Secondo l'Avv. gen. Tizzano, in termini più generici, sono invece “[l]e regole relative al riparto di competenze tra la Commissione ed i giudici comunitari, che sono alla base del sistema istituzionale comunitario” a non consentire al Giudice UE “di andare oltre, [e] di entrare nel merito delle valutazioni economiche complesse compiute dalla Commissione e sostituire il [suo] punto di vista a quello di detta istituzione”: *ib.*, 25 maggio 2004, causa C-12/03 P, *Commissione/Tetra Laval*, Racc., 2005, I-987, § 89. V. anche ROSE, *Margins of Appreciation: Changing Contours in Community and Domestic Case Law*, in *CPI J.*, 2009, n. 1, 3.

profondo ripensamento alla luce del mutato ruolo della Commissione post-Modernizzazione⁽¹³⁾ e della trasformazione in senso penale del diritto *antitrust* in atto nel presente sistema (vedi *infra*).

L'interrelazione tra la Commissione e il Giudice UE è stata storicamente influenzata dall'evoluzione del ruolo della Commissione nell'applicazione della politica di concorrenza nella Comunità economica europea (poi nella Comunità europea) a far data dall'adozione del regolamento del Consiglio n. 17/62, il predecessore del citato regolamento n. 1/2003, rimasto in vigore per circa 40 anni. Nel 1962 la CEE era composta da sei soli Stati membri e in Europa vi era un'esperienza assai limitata del diritto della concorrenza, e un'accettazione "culturale" ancora minore. Con specifico riguardo alle intese restrittive e alla competenza riservata per l'applicazione dell'art. 85(3) del Trattato, le notifiche erano un'utilissima fonte di informazioni sui mercati e sulle condotte commerciali degli operatori. Tale sistema consentiva alla Commissione di esercitare un controllo *ex ante* e di modellare la sua politica di *enforcement* secondo le specifiche caratteristiche delle singole industrie. Il ruolo della Commissione era essenzialmente quello di *advocacy*, di promozione dei valori e dei principi dell'*antitrust*, "educando" agli stessi il mondo dell'impresa e la professione forense e fornendo certezza giuridica con l'adottare decisioni formali di esenzione *ex art. 85(3)* o di attestazione negativa e *comfort letter* amministrative. Inoltre, per quanto la Commissione riunisse già nelle proprie mani i poteri istruttorio, inquirente e giudicante, i casi di indagine e perseguimento delle violazioni delle norme erano relativamente rari e le sanzioni comminate tipicamente d'importo modesto, dato il contesto di scarsa popolarità di cui il diritto e la politica di concorrenza godevano presso i governi nazionali e i cittadini degli Stati membri. Poiché a quel tempo la Commissione agiva principalmente in veste di "guida" e "consulente" e mostrava una notevole autolimitazione nell'esercizio dei propri poteri sanzionatori, definire limiti tassativi all'esercizio dei suoi poteri non appariva costituire una priorità fondamentale. Nel contesto qui richiamato, una certa misura di deferenza alle determinazioni amministrative da parte della Corte sembrava essere cosa perfettamente sensata. Fu, ad esempio, del tutto ragionevole, logico ed equo che nella causa *Consten e Grundig* la Corte opinasse, come fece, che l'esercizio dei poteri conferiti alla Commissione dall'art. 85(3) del Trattato implicava necessariamente valutazioni complesse di carattere economico e che, pertanto, il controllo giurisdizionale di tali valutazioni non poteva spingersi oltre l'esame dei dati di fatto e delle conseguenze giuridiche che la Commissione ne aveva tratto⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ V. *supra*, nota 1.

⁽¹⁴⁾ Corte UE, 13 luglio 1966, cause riunite 56 e 58-64, *Consten e Grundig/Commissione*, Racc., 524.

Inizialmente concepita nel contesto dell'applicazione dell'art. 85(3), la dottrina della deferenza giudiziaria è stata successivamente trasposta a una molteplicità di questioni diverse — si pensi, ad esempio, alla definizione del mercato rilevante, al concetto di abuso e all'ambito di una “restrizione della concorrenza” — e anche a materie estranee al diritto della concorrenza, nelle quali la Commissione disponeva di un ampio potere discrezionale, essendole richiesto di effettuare valutazioni economiche e/o tecniche complesse ⁽¹⁵⁾.

Posto quanto precede, gli Autori osservano che, a quasi un decennio dal suo avvento nel maggio 2004, l'attuale regime decentralizzato e “modernizzato” di *antitrust enforcement* presenta profonde differenze rispetto a quello originario:

— i principi della protezione della concorrenza e del mercato sono oramai ampiamente accettati in tutti gli Stati membri, e in alcuni di essi sono stati perfino elevati al rango di principi costituzionali;

— la Modernizzazione ha comportato un cambio significativo del ruolo della Commissione: abolito il sistema della notifica, essa non ha più il ruolo “consultivo” di un tempo, quanto meno non nella stessa misura ⁽¹⁶⁾, ed è ormai essenzialmente un organo inquirente: non adotta più decisioni di esenzione individuale, *comfort letter* amministrative o attestazioni negative, ma solamente decisioni di constatazione d'infrazione;

— la Commissione ha profondamente innovato la propria politica sanzionatoria, imponendo ammende di ammontare elevato e senza precedenti, esplicitamente qualificate come aventi natura punitiva e deterrente ⁽¹⁷⁾;

— in particolare, è stata abolita la competenza esclusiva della Commissione ad applicare l'art. 101(3) TFUE, sulla quale la dottrina della *judicial deference* era basata in origine: con la transizione dal sistema di esenzione a quello dell'eccezione legale, l'art. 101 — come l'art. 102 — è

⁽¹⁵⁾ *Ex multis*, Id., 22 gennaio 1976, causa 55/75, *Balkan-Import Export*, Racc., 19, punto 8 (concernente la fissazione d'importi compensativi monetari negli scambi di determinati prodotti agricoli tra Stati membri, e tra Stati membri e Paesi terzi), e 18 marzo 1980, cause riunite 154/78, 205/78, 206/78, 226-228/78, 263/78, 264/78, 31/79, 39/79, 83/79 e 85/79, *Valsabbia e a./Commissione*, Racc., 907, punti 71 e 72 (concernente la metodologia di fissazione di prezzi minimi nel settore dell'acciaio in base al Trattato CECA).

⁽¹⁶⁾ Vedi reg. (CE) n. 1/2003, (nt. 2), art. 10: in casi eccezionali dettati da ragioni d'interesse pubblico, la Commissione può adottare decisioni di natura dichiarativa in ordine all'inapplicabilità del divieto di cui all'art. 101 o 102 TFUE al fine di rendere chiara la legislazione e di garantirne un'applicazione coerente nell'UE, in particolare per quanto riguarda nuovi tipi di accordi o di pratiche non consolidati nella giurisprudenza e prassi amministrativa esistenti.

⁽¹⁷⁾ Alla data del 20 luglio 2012, la più elevata ammenda individuale imposta a un'impresa per la violazione dell'art. 101 TFUE era di € 896 milioni (*Saint Gobain*, 2008, cartello del vetro destinato al settore auto), quella per la violazione dell'art. 102 TFUE era di € 1.060 milioni (*Intel*, 2009, abuso volto a precludere ai concorrenti il mercato dei processori x86).

ormai direttamente applicabile nella sua interezza. In uno scenario, quale quello attuale, in cui le norme sono applicate in parallelo — salvo il rispetto dei principi di cooperazione e divisione del lavoro — dalla Commissione, dalle ANC e dai giudici amministrativi e/o civili degli Stati membri e il contenzioso privato è destinato a rivestire un ruolo di crescente importanza nel complessivo sistema di *enforcement*, anche la pronuncia resa da un giudice nazionale in virtù dell'art. 101 o 102 TFUE può essere soggetta a un sindacato pieno in caso d'impugnazione. Non sussiste, pertanto, alcuna ragione che giustifichi che le decisioni della Commissione siano soggette a uno scrutinio meno intenso. Non consta, in particolare, che sia mai stato deciso o sostenuto che il giudice nazionale civile, ad es. quando applica l'art. 101 TFUE nel singolo caso, disponga di un ampio potere discrezionale e che perciò, in sede d'impugnazione, il giudice di grado superiore debba prestare deferenza alle determinazioni del giudice di prima istanza;

— oltretutto, le decisioni di constatazione d'infrazione della Commissione costituiscono sempre più di frequente la base per azioni per danni cc.dd. “*follow-on*” dinanzi a giudici nazionali, e questi ultimi *ex art. 16* del reg. (CE) n. 1/2003 sono vincolati dagli accertamenti compiuti dalla Commissione in tali decisioni. I vizi della decisione della Commissione, in ipotesi non rilevati dal Giudice UE in virtù della dottrina della *judicial deference*, rischiano perciò di fare ingresso anche nel contenzioso privato nazionale, aggravando il danno per le imprese dichiarate responsabili;

— infine, mentre la Commissione continua a svolgere un triplice ruolo (istruttorio, inquirente e giudicante), le innovazioni procedurali realizzate nel corso del tempo all'interno dell'istituzione per assicurare una minima misura di autonomia e separatezza delle varie funzioni e di dialettica interna — si pensi al ruolo del consigliere-auditore indipendente e dell'economista capo, nonché all'adozione nel 2011 della Comunicazione della Commissione sulle migliori pratiche relative ai procedimenti previsti dagli articoli 101 e 102 del TFUE ⁽¹⁸⁾ — possono aiutarla ad adottare decisioni più solide, correggendo eventuali errori commessi dai servizi amministrativi coinvolti, ma non migliorano apprezzabilmente la situazione in termini di protezione del diritto di difesa.

Chi scrive ritiene, pertanto, che, nello scenario che si è sinteticamente descritto, perpetuare ed estendere ulteriormente l'approccio della *judicial deference* solleverebbe forti dubbi di sconfinamento nell'arbitrario e nell'ingiusto, *a fortiori* in quanto la presente fase di applicazione delle regole di concorrenza da parte della Commissione è caratterizzata dalle dimensioni estremamente ragguardevoli delle ammende imposte con sempre maggiore frequenza alle imprese responsabili. A tale sviluppo — che inevitabilmente ha un impatto finanziario ed economico enorme sulle

⁽¹⁸⁾ GUUE 2011, C 308/6.

società coinvolte, oltre che sui loro azionisti e dipendenti — la dottrina suole riferirsi come “criminalizzazione *de facto*” degli illeciti *antitrust* nell’ordinamento UE.

Oltretutto, proprio i gravi effetti prodotti dalle decisioni della Commissione sulla vita delle imprese impongono, in caso di loro illegittimità, di preservare il diritto di queste ultime a cercare di ottenere il risarcimento dei danni in ipotesi sofferti. Secondo la giurisprudenza, la responsabilità extracontrattuale dell’UE sorge qualora siano soddisfatti certi requisiti cumulativi: in particolare, qualora a fondamento dell’azione risarcitoria sia dedotta l’illegittimità di un atto giuridico, questa deve costituire una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica intesa a conferire diritti ai singoli. Il criterio decisivo a tale riguardo è quello della violazione grave e manifesta da parte di un’istituzione comunitaria dei limiti del suo potere discrezionale. Peraltro, la semplice trasgressione del diritto UE può essere sufficiente per affermare l’esistenza di una violazione sufficientemente qualificata qualora l’istituzione in questione disponga solo di un potere discrezionale considerevolmente ridotto, se non addirittura inesistente ⁽¹⁹⁾. Viceversa, il riconoscimento alla Commissione di un ampio margine di discrezionalità finisce anche, in maniera indiretta e probabilmente non voluta, per indebolire il diritto delle imprese sanzionate che asseriscano di essere state ingiustamente danneggiate di agire in giudizio per il risarcimento, dato che questo presupporrebbe l’annullamento della decisione.

3. *Infondatezza di altre possibili giustificazioni teoriche del ricorso alla judicial deference.* — La *judicial deference* non si giustifica, a giudizio di chi scrive, neanche alla luce di una presunta maggiore esperienza e competenza tecnica della Commissione ⁽²⁰⁾: la “complessità” della valutazione economica o tecnica a cui essa è chiamata va infatti riferita, più che alla difficoltà della valutazione dal punto di vista delle prove o della tecnicità della materia o del contesto fattuale in questione, alla natura dell’apprezzamento richiesto, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso concreto. Si ribadisce, a tale riguardo, che la dottrina della *judicial deference* è una creazione della giurisprudenza, che può essere stata giustificata

⁽¹⁹⁾ *Ex multis*, Trib. UE 11 luglio 2007, causa T-351/03, *Schneider Electric/Commissione*, Racc., II-2237, punti 113-117.

⁽²⁰⁾ A tale presunta maggiore *expertise* della Commissione essa fa di frequente riferimento nelle proprie difese nei procedimenti contenziosi dinanzi alla Corte, e deve aver convinto, tra gli altri, l’ex-giudice del Tribunale UE Hubert Legal, il quale lo sostenne in un noto editoriale pubblicato nel 2005 in una rivista giuridica: “*Rien n’est aussi navrant en effet que la démonstration d’arbitraire que peut représenter la substitution à l’évaluation opérée par des personnes connaissant une situation de manière approfondie d’une nouvelle évaluation, pas forcément meilleure en opportunité ni en droit, faite par des personnes qui, sauf exception, connaissent le dossier moins bien*”: *Concurrences*, 2005, n. 2, 2.

nel primo periodo di applicazione delle regole di concorrenza del Trattato, nel quale la Corte semplicemente si sentiva non preparata o non abbastanza sicura di sé per trattare materie a quel tempo percepite come richiedenti una particolare competenza o esperienza, quali la concorrenza e il controllo degli aiuti di Stato ⁽²¹⁾ (ma anche i prezzi minimi nel settore dell'acciaio e gli importi monetari compensativi sulle importazioni da Paesi terzi).

A distanza di 45 anni dalle prime cause, tuttavia, le limitazioni inerenti a tale dottrina appaiono non più appropriate per il sindacato giurisdizionale. Il grado di sicurezza e fiducia della Corte è molto cresciuto negli anni e oggi il Giudice UE si sente manifestamente ben attrezzato per riesaminare le constatazioni e conclusioni raggiunte dalla Commissione, anche se basate su apprezzamenti economici complessi. E in effetti non può essere seriamente contestato che in molte occasioni il Giudice UE ha dimostrato di essere perfettamente attrezzato per sottoporre le decisioni della Commissione a un controllo intenso e approfondito non soltanto del carattere corretto, accurato e completo delle constatazioni fattuali poste alla base della decisione, ma anche dell'applicazione delle norme ai fatti rilevanti, con riguardo a tutti i presupposti sostanziali per l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE ⁽²²⁾. Tale scrutinio — che richiede all'evidenza, oltre alla

⁽²¹⁾ V., *ex multis*, Corte UE, 22 marzo 1977, causa 78/76, *Steinike und Weinlig*, Racc., 595, punto 9: “[L]’accertamento, in siffatti casi, della compatibilità o dell’incompatibilità con il mercato comune d’un aiuto statale solleva problemi che implicano la valutazione di fatti e circostanze economiche complesse ed atte a modificarsi rapidamente”. Si noti, a tale riguardo, che in particolare la struttura e il testo degli artt. 101(3) TFUE (“Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili: ...”) e 107(3) TFUE (“Possono considerarsi compatibili con il mercato interno: ...”) rivelino chiaramente l’intenzione degli estensori del Trattato di conferire alla Commissione ampi poteri discrezionali nella loro applicazione.

⁽²²⁾ V., *ex plurimis*, in materia *antitrust*: Corte UE, 15 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, Racc., 461; 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin/Commissione*, Racc., 3461; 28 marzo 1984, cause riunite 29/83 e 30/83, *CRAM/Commissione*, Racc., 1679; Trib. UE, 10 marzo 1992, causa T-11/89, *Shell/Commissione*, Racc., II-757; Corte UE, 31 marzo 1995, cause riunite 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85, 125-129/85, *Ahlström Osakeyhtiö e a./Commissione* (“*Pasta per carta*”), Racc., I-1307; Trib. UE, 10 aprile 2008, causa T-271/03, *Deutsche Telekom/Commissione*, Racc., II-477; 15 dicembre 2010, causa T-427/08, *CEAHR/Commissione*, Racc., II-5865, punti 112-119; e in materia di controllo delle concentrazioni: Trib. UE, 6 giugno 2002, causa T-342/99, *Airtours/Commissione*, Racc., II-2585; 22 ottobre 2002, causa T-310/01, *Schneider Electric/Commissione*, Racc., II-4071; 25 ottobre 2002, causa T-5/02, *Tetra Laval/Commissione*, Racc., II-4381 [in appello v. Corte UE, 15 febbraio 2005, causa C-12/03 P, (nt. 12), in cui la Corte ha affermato che il potere discrezionale in materia economica riconosciuto alla Commissione non implica che il giudice comunitario debba astenersi dal controllare l’interpretazione, da parte della Commissione, di dati di natura economica: “Infatti, detto giudice è tenuto in particolare a verificare non solo l’esattezza materiale degli elementi di prova addotti, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l’insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono” (punto 39). Inoltre, secondo la Corte, nell’annullare la decisione della Commissione che nel 2001 aveva dichiarato incompatibile con il mercato comune la progettata concentrazione tra Tetra Laval e Sidel il Tribunale non ha ecceduto i limiti del proprio sindacato, sostituendo la propria

comprensione approfondita del fatto e del diritto, un'ampia e profonda *expertise* economica — è stato condotto con risultati unanimemente ritenuti pienamente soddisfacenti, anche in casi complessi. Incidentalmente, si osserva che è circostanza non esattamente intuitiva che proprio nel campo del controllo delle concentrazioni si sia registrata una catena di pronunce di annullamento di decisioni adottate dalla Commissione. Paradossalmente, si tratta, in effetti, di un terreno nel quale una certa auto-limitazione da parte del Tribunale può apparire giustificata, atteso che, da un lato, la Commissione non ha il potere di applicare sanzioni penali (vedi *infra*, § 4); e, dall'altro lato, “*l'esistenza di un potere discrezionale è essenziale per l'esercizio delle attribuzioni dell'istituzione regolatrice*” (23) e “[i]l controllo limitato all'errore manifesto che il Tribunale esercita in questo settore è giustificato dal carattere prospettico dell'analisi economica effettuata dalla Commissione” (24). Non a caso, a giudizio della Corte, il Tribunale si è in qualche caso spinto troppo oltre, finendo per sostituire il proprio punto di vista a quello della Commissione (25).

Il problema nasce, semmai, dal fatto che tale intensità e completezza del sindacato giurisdizionale non è garantita in tutti i casi, ma ha carattere erratico, come la casistica rivela nel modo più chiaro. In altre parole, l'impresa sanzionata all'atto di adire la Corte si trova in una situazione di oggettiva incertezza, potendo solo sperare che la camera del Tribunale alla quale la causa sarà assegnata, in particolare il giudice relatore, abbia l'interesse, la voglia, il tempo e le risorse per impegnarsi in una *full review*. — Nel diritto statunitense, la dottrina della *judicial deference* dovrebbe essere utilizzata con riluttanza qualora la questione controversa sia una strettamente giuridica che rientra nella competenza convenzionale dei giudici (26). A giudizio di chi scrive, è tempo che anche in Europa si

valutazione economica a quella della Commissione, ma ha solamente “*esplicitato e motivato le ragioni per le quali le conclusioni della Commissione gli sono parse viziate da inesattezza in quanto fondate su elementi insufficienti, incompleti, poco significativi e discordanti*” (punto 48)].

(23) Id., punti 38-40.

(24) Trib. UE, 25 marzo 1999, causa T-102/96, *Gencor/Commissione*, Racc., II-753, punto 163.

(25) Corte UE, 10 luglio 2008, causa C-415/06 P, *Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala*, Racc., I-4951, che ha annullato Trib. UE, 13 luglio 2006, causa T-464/04, *Impala/Commissione*, Racc., II-2289 (che aveva a sua volta annullato la decisione della Commissione che nel 2004 aveva dichiarato incompatibile con il mercato comune la progettata concentrazione tra Sony e BMG). V. anche Corte UE, 29 giugno 2010, causa C-441/07 P, *Commissione/Arosa*, Racc., I-5949, che ha annullato Trib. UE, 11 luglio 2007, causa T-170/06, *Arosa/Commissione*, Racc., II-2601.

(26) “... *the deference doctrine, [which] allows for judicial deference to an agency where such deference is necessary to promote uniformity and take advantage of the special expertise of that agency, ... 'should be utilized reluctantly where the issue is strictly a legal one that is within the conventional competence of the courts'*”: *Arapahoe County Pub. Airport Auth. v. Centennial Express Airlines*, 956 P.2d 587, 592 (Colo. 1998) e *Trans Shuttle, Inc. v. Pub. Utils. Comm'n*, 89 P.3d 398, 404-06 (Colo. 2004).

riconosca che l'interpretazione ed applicazione da parte della Commissione delle norme direttamente applicabili contenute negli artt. 101 e 102 TFUE sollevano, per l'appunto, questioni di stretto diritto che ricadono nella competenza delle corti, non lasciando alcun (o soltanto un assai modesto) margine di discrezionalità basata su considerazioni di politica economica, come quello un tempo riconosciuto alla Commissione, ad esempio, nell'applicazione dell'art. 101(3). Di conseguenza, alla diretta applicabilità delle regole di concorrenza UE deve conseguire un grado assai limitato di deferenza da parte della Corte allorquando essa controlla la loro applicazione da parte della Commissione nei singoli casi.

In tutti i casi, l'esercizio di un sindacato particolarmente penetrante nelle “*controversie che esigono un esame approfondito di fatti complessi*” è parte del mandato del Tribunale (27). In effetti, proprio la sua istituzione fu la risposta data 25 anni fa dall'ordinamento UE alla critica sempre più diffusa che l'intensità del sindacato giurisdizionale non era più adeguata agli standard richiesti da un regime come quello *antitrust* che, mediante la rigorosa applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, aveva iniziato a incidere in maniera invasiva sui diritti dei singoli.

Infine, ove lo ritenga necessario, il Giudice UE ha la facoltà, ai sensi degli artt. 70 del regolamento di procedura del Tribunale e 49 del regolamento di procedura della Corte, di avvalersi di consulenti tecnici d'ufficio nelle cause la cui soluzione richiede competenze e cognizioni in aree non giuridiche. Sebbene la Corte notoriamente faccia un uso assai parco di tale potere (28), la sua esistenza fornisce ulteriore supporto alla proposizione che la natura tecnica o economica delle questioni oggetto di contenzioso non devono e non possono indurre il Giudice a deferire alla competenza della Commissione.

4. *La tensione fra, da una parte, la judicial deference e, dall'altra, il diritto fondamentale all'equo processo e il principio generale della tutela giurisdizionale effettiva.* — Alla luce di quanto osservato *supra* con riguardo alla combinazione di poteri istruttori, inquirenti e giudicanti in capo alla Commissione e alla trasformazione del diritto UE della concorrenza in senso penale, un'altra questione che si è posta — in termini prima solo teorici e poi, di recente, anche concreti — e che non poteva essere ulteriormente elusa dalle istanze competenti, è quella della compatibilità della dottrina della *judicial deference* — *rectius*, dell'applicazione espan-

(27) ‘Considerando’ n. 4 della decisione istitutiva del Consiglio 24 ottobre 1988, 88/591/CECA, CEE, Euratom: “*per le controversie che esigono un esame approfondito di fatti complessi, l'istituzione di un doppio grado di giurisdizione è atta a migliorare la tutela giurisdizionale dei soggetti*”.

(28) Per uno dei rarissimi casi in cui ciò è avvenuto, v. la già citata causa della “*Pasta per carta*”, (nt. 22).

siva di tale dottrina — con il diritto fondamentale di accesso pieno ed effettivo a un tribunale indipendente e imparziale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 6(1) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (la "Convenzione")⁽²⁹⁾. Nel contesto del sistema di garanzia istituito dalla Convenzione, l'art. 6(1) prevede che ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, ai fini della determinazione sia dei suoi diritti e doveri di carattere civile sia della fondatezza di ogni accusa penale che le sia rivolta. Sebbene l'UE non abbia ancora aderito alla Convenzione e non sia competente a farlo nell'attuale quadro giuridico⁽³⁰⁾, l'art. 6(2) TUE contempla

⁽²⁹⁾ Si noti che la stessa CEDU applica per giurisprudenza consolidata un'analogia dottrina (c.d. del "margine di valutazione", "*margin of appreciation doctrine*"), che implica l'auto-limitazione del proprio potere di sindacato in base al riconoscimento del fatto che le autorità nazionali si troverebbero nella posizione migliore per risolvere una controversia, e ciò in virtù dell'asserita incapacità della CEDU di compiere difficili esercizi di bilanciamento sociale ed economico, nonché di molteplici altre giustificazioni teoriche (sussidiarietà del controllo da essa effettuato, rispetto del pluralismo e della sovranità delle Alte parti contraenti, insufficienza delle risorse a disposizione della CEDU e sua conseguente incapacità a estendere oltre una certa misura il proprio esame delle cause, asserita distanza della CEDU dai contesti nazionali con specifico riguardo alle cause maggiormente sensibili). Come affermato dal giudice Malinverni nella sua opinione dissenziente in *Lautsi e a. c. Italia* [CEDU, 18 marzo 2011 [GC], ric. n. 30814/06, ECHR (estratti)]: "*Whilst the doctrine of the margin of appreciation may be useful, or indeed convenient, it is a tool that needs to be handled with care because the scope of that margin will depend on a great many factors: the right in issue, the seriousness of the infringement, the existence of a European consensus, etc. The Court has thus affirmed that 'the scope of this margin of appreciation is not identical in each case but will vary according to the context Relevant factors include the nature of the Convention right in issue, its importance for the individual and the nature of the activities concerned' [Buckley v. the United Kingdom, 25 September 1996, § 74, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV]. The proper application of this theory will thus depend on the importance to be attached to each of these various factors. Where the Court decrees that the margin of appreciation is a narrow one, it will generally find a violation of the Convention; where it considers that the margin of appreciation is wide, the respondent State will usually be 'acquitted'". La CEDU ha peraltro chiarito che la dottrina del margine di valutazione costituisce uno strumento per definire le proprie relazioni con le autorità nazionali, e non può essere applicata in termini analoghi alle relazioni a livello domestico tra gli organi di uno Stato, in particolare tra il potere esecutivo e quello giudiziario: *Id.*, 19 febbraio 2009, *A. e a.c. Regno Unito* [GC], ric. n. 3455/05, ECHR, punto 184. Per un approfondimento di questa materia, che esula dall'oggetto del presente articolo, si rinvia a SPIELMANN, *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?* (febbraio 2012; disponibile online all'indirizzo http://www.cels.law.cam.ac.uk/cels_lunch-time_seminars/Spielmann%20-%20margin%20of%20appreciation%20cover.pdf) e alle ampie citazioni di giurisprudenza e dottrina ivi contenute.*

⁽³⁰⁾ I negoziati tra il Consiglio d'Europa e l'UE hanno avuto inizio nel luglio 2010. Dopo un periodo d'interruzione, caratterizzato dall'emergere di resistenze a livello politico, in particolare da parte del Regno Unito e della Francia, il 13 giugno 2012 il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha dato istruzioni allo *Steering Committee for Human Rights* — al quale la bozza di accordo di adesione tra UE e Alte Parti Contraenti è stata sottoposta nell'ottobre 2011 — di proseguire le trattative con l'UE in un gruppo 47+1 *ad hoc*, al fine di finalizzare nei più brevi termini l'accordo e gli altri strumenti legali che definiscono le modalità dell'adesione alla Convenzione, approvati in bozza nel luglio 2011. Dopo che

ormai tale adesione. D'altra parte, per giurisprudenza consolidata i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali il Giudice UE garantisce l'osservanza, ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri nonché alle indicazioni fornite dagli strumenti internazionali ai quali gli Stati membri hanno cooperato ed aderito, tra i quali significato particolare riveste, ovviamente, proprio la Convenzione ⁽³¹⁾. Pertanto, in quanto principio generale del diritto UE, il diritto all'equo processo — del resto ribadito all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la "Carta di Nizza") ⁽³²⁾, afferente al principio di tutela giurisdizionale effettiva ⁽³³⁾ — si applica comunque nell'ambito dei ricorsi giurisdizionali avverso le decisioni della Commissione ⁽³⁴⁾.

Come è noto, la CEDU, anche in risposta al processo di depenalizzazione della repressione di certe condotte da parte delle Alte parti contraenti, ha sviluppato una nozione di "accusa penale" ai sensi dell'art. 6(1) avente portata autonoma dalle classificazioni utilizzate negli ordinamenti statali ⁽³⁵⁾. In prima approssimazione, tale accusa può definirsi come la

l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa e le due Corti (CEDU e Corte di giustizia) avranno espresso i rispettivi pareri sugli strumenti legali finali, questi dovranno essere adottati all'unanimità dal Comitato dei Ministri e dal Consiglio UE. L'UE aderirà alla Convenzione dopo l'entrata in vigore dell'accordo di adesione, che richiederà la sua ratifica da parte di tutte le Alte Parti Contraenti e della stessa UE, in virtù della procedura *ex art.* 218 TFUE. Inoltre, ciascuno Stato membro dovrà ratificare il nuovo accordo secondo le rispettive disposizioni costituzionali interne.

⁽³¹⁾ *Ex multis*, Corte UE, parere 2/94, 28 marzo 1996, Racc., I-1759, punto 33; 15 maggio 1986, causa 222/84, *Johnston*, Racc., 1651, punto 18, e 29 maggio 1997, causa C-299/95, *Kremzow*, Racc., I-2629, punto 14.

⁽³²⁾ La Carta di Nizza è stata solennemente proclamata il 7 dicembre 2000 a Nizza e una seconda volta, in una versione adattata, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo dal Parlamento europeo, dal Consiglio UE e dalla Commissione. Con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009, la Carta di Nizza ha acquisito "lo stesso valore giuridico dei trattati", ai sensi dell'art. 6(1) TUE.

⁽³³⁾ Corte UE, 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet*, Racc., I-2271, punto 37; 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione*, Racc., I-6351, punto 335; 16 dicembre 2008, causa C-47/07 P, *Masdar (UK)/Commissione*, Racc., I-9761, punto 50; e 16 luglio 2009, causa C-385/07 P, *Der Grüne Punkt-Duales System Deutschland/Commissione*, Racc., I-6155, punto 179. Si noti che alla Carta di Nizza è fatto espresso rinvio nel "considerando" 37 del reg. (CE) n. 1/2003, (nt. 2).

⁽³⁴⁾ Corte UE, 17 dicembre 1998, causa C-185/95 P, *Baustahlgewebe/Commissione*, Racc., I-8417, punto 21; 1° luglio 2008, cause riunite C-541/06 P e C-542/06 P, *Chronopost e La Poste/UFEX e a.*, Racc., I-4777, punto 45; 16 luglio 2009, causa C-385/07 P, (nt. 33), punti 177 e 178; e Trib. UE, 21 marzo 2012, causa riunite T-439/10 e T-440/10, *Fulmen/Consiglio*, non ancora pubbl. in Raccolta, punto 87.

⁽³⁵⁾ V., *ex multis*, CEDU, 26 marzo 1982, ric. n. 8269/78, *Adolf c. Austria*, Serie A, n. 49, punto 30, e 21 marzo 2006, *Valico S.r.l. c. Italia*, ric. n. 70074/01, ECHR III. V. anche Id., 21 febbraio 1984, ric. n. 8544/79, *Özürk c. Germania*, Serie A, n. 73, punto 49, in cui la Corte ha affermato: "the Convention is not opposed to the moves towards 'decriminalization' which are taking place — in varied forms — in the Member States of the Council of Europe. Nevertheless, if the contracting States were able at their discretion, by classifying an offence as "regulatory" instead of criminal, to exclude the operation of the fundamental

notifica ufficiale all'accusato, promanante da un'autorità competente, della censura di avere commesso una violazione penale che può avere ripercussioni importanti sulla sua situazione. Questa nozione è oggetto di una giurisprudenza consolidata, che richiede di tener conto: (i) della qualificazione dell'infrazione in diritto nazionale, (ii) della sua natura, e (iii) della natura e della gravità della sanzione ⁽³⁶⁾. Il primo elemento, peraltro, serve solo come punto di partenza dell'analisi in quanto le indicazioni fornite dal diritto interno hanno un valore relativo ⁽³⁷⁾. La Corte ritiene decisivo il soddisfacimento degli altri due criteri summenzionati, di carattere alternativo e non cumulativo: perché l'art. 6(1) trovi applicazione nel suo lato "penale", è sufficiente che l'infrazione in questione sia di natura "penale" rispetto alla Convenzione o abbia esposto l'interessato ad una sanzione che, per la sua natura e gravità, ricada generalmente nella "materia penale", avendo carattere punitivo e deterrente e non semplicemente risarcitorio ⁽³⁸⁾.

In tutti i casi, la CEDU si riserva la possibilità di adottare un approccio cumulativo qualora l'analisi separata di ciascun criterio non le consenta di pervenire a una conclusione chiara quanto all'esistenza di un'accusa in materia penale ⁽³⁹⁾. Per esempio, nell'analizzare se sia soddisfatto il secondo criterio (natura dell'infrazione), considerato il più importante, essa prende in considerazione vari fattori ⁽⁴⁰⁾, in particolare se la norma in questione s'indirizzi esclusivamente a uno specifico gruppo di destinatari o sia d'applicazione generale, abbia una funzione repressiva o dissuasiva, o ancora se la condanna dipenda da una constatazione di colpevolezza. La CEDU può anche indagare come procedure analoghe siano classificate in altri Stati membri del Consiglio d'Europa. Quanto, poi, al terzo criterio sopra evocato (natura e gravità della sanzione), esso è determinato con riguardo alla pena massima prevista dalla legge applicabile ⁽⁴¹⁾.

Peraltro, all'interno della più ampia categoria di "accusa penale", la giurisprudenza della CEDU distingue, anche se in termini non pienamente perspicui, tra diritto penale in senso stretto ("*hard core of criminal law*")

clauses of Articles 6 and 7, the application of these provision would be subordinated to their sovereign will. A latitude extending thus far might lead to results incompatible with the object and purpose of the Convention".

⁽³⁶⁾ Id., 8 giugno 1976, ric. n. 5100/71, *Engel e.a. c. Paesi Bassi*, Serie A, n. 22, punti 82 et 85.

⁽³⁷⁾ Tale indice è considerato pertinente qualora in diritto nazionale l'infrazione sia classificata come « penale ». In caso contrario, la CEDU esamina ugualmente la realtà della procedura in questione: CEDU, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, (nt. 35), punto 52.

⁽³⁸⁾ *Ibid.*, punto 54.

⁽³⁹⁾ Id., 24 febbraio 1994, ric. n. 12547/86, *Bendenoun c. Francia*, Serie A, n. 284, punto 47.

⁽⁴⁰⁾ Id., 23 novembre 2006, ric. n. 73053/01, *Jussila c. Finlandia* [GC], CEDH 2006-XIII, punto 38.

⁽⁴¹⁾ Id., 28 giugno 1984, ric. n. 7819/77, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, Serie A, n. 80, punto 72.

e casi non strettamente appartenenti alle categorie tradizionali del diritto penale. Al di fuori del c.d. *hard core*, le garanzie offerte dal profilo penale non devono necessariamente essere applicate in tutto il loro rigore ⁽⁴²⁾, in particolare qualora l'accusa all'origine del procedimento non comporti un grado significativo di stigma nei confronti dell'accusato ⁽⁴³⁾. È perciò compatibile con l'art. 6(1) della Convenzione che sanzioni penali siano imposte in prima istanza da un organo amministrativo — anche a conclusione di una procedura priva di carattere quasi-giudiziario *quasi-judicial*, vale a dire, che non offra garanzie procedurali piene di effettività del contraddittorio ⁽⁴⁴⁾ — purché sia assicurata una possibilità di ricorso dinanzi a un giudice munito di poteri di “piena giurisdizione”, e quindi le garanzie previste dalla disposizione in questione possano attuarsi compiutamente quanto meno in sede giurisdizionale ⁽⁴⁵⁾.

In prima approssimazione, può osservarsi come tra le caratteristiche di un organo giudiziario avente piena giurisdizione vi sia il potere di riformare sotto ogni aspetto, in fatto come in diritto, la decisione, resa da un organo di grado inferiore ⁽⁴⁶⁾: secondo un'efficace descrizione, la piena giurisdizione è “*il potere del giudice di sindacare la fondatezza, l'esattezza e la correttezza delle scelte amministrative così realizzando, di fatto, un continuum tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale*” ⁽⁴⁷⁾. Inoltre, il controllo relativo alla sanzione implica che il giudice

⁽⁴²⁾ Id., 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, (nt. 40), punto 43. V. anche Comm. EDU, relaz. 10 dicembre 1992, *Bendenoun c. Francia*, ric. n. 12547/86, (DR), punto 46, e CEDU, 23 luglio 2002, *Janosevic c. Svezia*, ric. n. 34619/97, ECHR VII, punto 81.

⁽⁴³⁾ Id., 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, (nt. 40), punto 43. Il principio che le garanzie relative alla parte penale dell'art. 6(1) della Convenzione devono essere applicate in maniera diversificata a seconda della natura delle questioni oggetto di decisione da parte del tribunale e del grado di stigma associato a certi procedimenti penali è stato ribadito, *ex multis*, da CEDU, 12 maggio 2010, *Kammerer c. Austria*, ric. n. 32435/06, non ancora pubbl., punto 27.

⁽⁴⁴⁾ Id., 23 giugno 1981, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere c. Belgio*, Serie A, n. 43, punto 51. Si ricordi che, secondo la consolidata giurisprudenza UE, la Commissione, pur essendo obbligata ad osservare le garanzie procedurali contemplate dall'ordinamento, non può per questo essere qualificata come “tribunale” ai sensi dell'art. 6 della Convenzione: *ex multis*, Corte UE, 29 ottobre 1980, cause riunite 209-215/78 e 218/78, *Van Landewyck/Commissione*, Racc., 3125, punto 81.

⁽⁴⁵⁾ CEDU, 28 maggio 2002, *Kingsley c. Regno Unito* [GC], ric. n. 35605/97, ECHR 2002-IV, punto 32.

⁽⁴⁶⁾ “*Parmi les caractéristiques d'un organe judiciaire de pleine juridiction figure le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur. Il doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi*”: CEDU, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, (nt. 35), punto 56; 23 ottobre 1995, *Schmautzer c. Austria* (ric. n. 15523/89, § 34), *Umlauft c. Austria* (ric. n. 15527/89, § 37), *Gradinger c. Austria* (ric. n. 15963/90, § 42), *Pramstaller c. Austria* (ric. n. 16713/90, § 39), *Palaoro c. Austria* (ric. n. 16718/90, § 41), e *Pfarmeier c. Austria* (ric. n. 16841/90, § 38); 13 febbraio 2003, *Chevol c. Francia*, ric. n. 49636/99, ECHR-III, e 4 marzo 2004, *Silvester's Horeca Service c. Belgio*, ric. n. 47650/99, non pubbl. in CEDH/ECHR.

⁽⁴⁷⁾ ALLENA, (nt. 1), 629.

verifici e analisi in modo dettagliato l'adeguatezza della stessa rispetto all'infrazione commessa, tenendo conto della sua proporzionalità e degli altri parametri pertinenti, ed eventualmente sostituisca la sanzione in questione ⁽⁴⁸⁾. Pertanto, il sindacato giurisdizionale può essere limitato al controllo dell'errore manifesto solamente qualora le questioni oggetto di decisione richiedano una misura di conoscenza o esperienza professionale e l'esercizio di discrezionalità amministrativa secondo più ampie finalità di politica di *enforcement* ⁽⁴⁹⁾.

Dunque, la CEDU ha accettato da lungo tempo, in base a considerazioni di flessibilità ed efficienza, che la pratica assai comune del conferimento ad autorità amministrative del compito di perseguire e punire le contravvenzioni non è in quanto tale incompatibile con l'art. 6(1) della Convenzione. Con specifico riguardo all'applicazione delle norme UE della concorrenza — un'accusa di violazione degli artt. 101 e/o 102 TFUE essendo indiscutibilmente qualificabile come penale ai sensi e per gli effetti dell'art. 6(1), in particolar modo alla luce delle sanzioni d'importo potenzialmente devastante a cui l'impresa accusata può essere soggetta, di carattere non meramente compensativo, bensì punitivo e con finalità di deterrenza, e dello stigma a danno del colpevole determinato dalla pubblicità negativa che esse inevitabilmente attraggono — esistono ragioni cogenti per ritenere che la Commissione, dato il suo triplice ruolo d'inquirente, accusatore e organo decisorio, non costituisce un «*tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge*» ai sensi e per gli effetti della norma in questione ⁽⁵⁰⁾. Tuttavia, ciò non costituisce di per sé una violazione del diritto fondamentale a un equo processo ⁽⁵¹⁾, quanto meno nella misura in cui si concordi con la premessa che i poteri sanzionatori dell'autorità ricadono al di fuori dell'*hard core of criminal law*. In tale scenario, la questione rilevante diviene, dunque, quella di determinare se i requisiti

⁽⁴⁸⁾ CEDU, 27 settembre 2011, ric. n. 43509/08, *A. Menarini Diagnostics c. Italia* (la «Sentenza Menarini»), punti 65 e 66. La traduzione non ufficiale in italiano del provvedimento elaborata dal Ministero della giustizia è disponibile online all'indirizzo http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?jsessionid=767B569C8E0501705AAA9BB03CCBACC7.7.jpAL002?previousPage=mg_1_20&contentId=SDU685653.

⁽⁴⁹⁾ Id., 14 novembre 2006, *Tsfayo c. Regno Unito*, ric. n. 60860/00, non pubbl. in CEDH/ECHR, punto 45.

⁽⁵⁰⁾ Secondo la costante giurisprudenza della CEDU, il cumulo in seno al medesimo organo delle funzioni inquirente e decisoria è tale da generare dubbi sul suo carattere indipendente e imparziale: Id., 11 giugno 2009, *Dubus c. Francia*, ric. n. 5242/04, non pubbl. in CEDH/ECHR, punti 53-62. Sul tema, che i limiti di spazio del presente articolo non consentono di approfondire, v., *ex multis*, WILS, *EU Anti-trust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention On Human Rights, in World Competition*, 2011, 189.

⁽⁵¹⁾ Cfr., *ex multis*, Trib. UE, 13 luglio 2011, causa T-158/07, *Schindler Holding e a./Commissione*, non ancora pubbl. in Raccolta, punti 54-56, peraltro in base alla (quanto meno discutibile) premessa che le decisioni della Commissione che impongono ammende per violazione delle regole di concorrenza non hanno natura penale.

fissati dall'art. 6(1) siano soddisfatti nel caso del sistema UE (e di quelli nazionali) di sindacato giurisdizionale sulle decisioni sanzionatorie delle autorità di concorrenza.

5. *Le decisioni sanzionatorie della Commissione in materia antitrust sono soggette a un sindacato di “piena giurisdizione”, in particolare con riguardo all'accertamento dell'infrazione? Le indicazioni fornite dall'Avvocato generale della Corte UE nella causa KME e dalla CEDU nella causa Menarini.* — Sulla base dell'applicazione analogica dei principi affermati nella Sentenza *Menarini*, l'applicazione espansiva della dottrina della *judicial deference* non può non dirsi anche contraria al diritto fondamentale di accesso pieno ed effettivo a un tribunale indipendente e imparziale. La deferenza del Giudice UE alle decisioni con cui la Commissione costata un'infrazione *antitrust* e impone sanzioni ha per risultato di privare di effettività precisamente quel “*potere di riformare in ogni modo, in fatto come in diritto, la decisione, resa da un organo di grado inferiore*”, al quale si riferisce la CEDU quando evoca la nozione di piena giurisdizione, ai sensi e per gli effetti dell'art. 6(1) della Convenzione.

Nelle conclusioni rese il 10 febbraio 2011 nella causa C-272/09 P *KME Germany e a./Commissione* (le “*Conclusioni KME*”) ⁽⁵²⁾, l'Avvocato generale Sharpston — benché il ricorso investisse la materia del corretto esercizio del sindacato di legittimità e di merito del Giudice UE sul calcolo della sanzione imposta per una violazione delle regole di concorrenza ⁽⁵³⁾ — ha svolto un'analisi di più ampio respiro, formulando considerazioni generali che appaiono applicabili anche al sindacato giurisdizionale sull'accertamento dell'infrazione. L'Avvocato generale Sharpston ha sostanzial-

⁽⁵²⁾ Si tratta del primo di due giudizi di appello (cause C-272/09 P, “*Tubi industriali*”, e C-389/10 P, “*Tubi idrotermosanitari*”) promossi da tre società del gruppo KME dinanzi alla Corte di giustizia, in relazione ad altrettante decisioni della Commissione ex art. 101 TFUE in casi di cartello, confermate in primo grado dal Tribunale. In entrambi i giudizi KME ha sollevato la censura di violazione del diritto UE a una tutela giurisdizionale piena ed effettiva e del diritto fondamentale ex art. 6(1) della Convenzione. Secondo le ricorrenti, nelle sue pronunce il Tribunale aveva omesso di esaminare in modo approfondito e dettagliato i motivi di ricorso e gli argomenti formulati a loro supporto da KME, mostrando una deferenza eccessiva e distorta alla discrezionalità della Commissione. Il sindacato condotto dal Tribunale sulle dette decisioni non costituiva, pertanto, a detta delle ricorrenti, un esercizio adeguato di “piena giurisdizione” nel senso dell'art. 6(1) della Convenzione. Tra le altre cose, KME faceva valere che nella specie — contrariamente a quanto deciso dalla Corte UE nella causa *Baustahlgewebe/Commissione* (17 dicembre 1998, causa C-185/95 P, nt. 34), relativa alla violazione da parte del Tribunale del principio della durata ragionevole del procedimento, riconducibile alla garanzia dell'equo processo di cui all'art. 6(1)) — la violazione lamentata aveva “*influito sulla soluzione della controversia*”, e pertanto, in entrambi i giudizi di appello, “*tale vizio procedurale [doveva] dar luogo all'annullamento della sentenza impugnata nel suo insieme*”.

⁽⁵³⁾ Per questa ragione le sentenze rese dalla Corte in data 8 dicembre 2011 sono discusse *infra*, § 6.

mente approvato i “pilastri” delle argomentazioni delle società ricorrenti, vale a dire:

(i) *“il procedimento con cui viene irrogata un’ammenda per violazione del divieto di accordi per la fissazione dei prezzi e la ripartizione dei mercati di cui all’art. 81, n. 1, CE rientra nella «parte penale» dell’art. 6 della CEDU, quale progressivamente definita dalla Corte europea dei diritti dell’uomo”* (paragrafo 64), e ciò nonostante l’art. 23(5) del regolamento CE n. 1/2003 disponga testualmente che le decisioni sanzionatorie *anti-trust* “non hanno carattere penale”;

(ii) pur essendo *“compatibile con l’art. 6, n. 1, della [Convenzione] il fatto che le sanzioni penali vengano comminate, in prima istanza, non da un «tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge», bensì da un organo amministrativo o non giurisdizionale che di per sé non soddisfa i requisiti posti dalla citata disposizione”*, la compatibilità del sistema di controllo giurisdizionale richiede che *“la decisione di tale organo sia soggetta al successivo controllo di un organo dotato di pieni poteri giurisdizionali e rispondente ai suddetti requisiti”* (paragrafo 67);

(iii) secondo la Convenzione quale interpretata dalla CEDU, i pieni poteri giurisdizionali implicano il *“potere di annullare sotto tutti gli aspetti, su punti di fatto e di diritto, la decisione dell’organo inferiore”* e, per stabilire se un giudice di secondo grado disponga di *“pieni poteri giurisdizionali”* o garantisca un *“controllo sufficiente”*, occorre tenere conto di elementi quali *“l’oggetto della decisione impugnata, il modo in cui è maturata tale decisione e l’oggetto della controversia, compresi i motivi di impugnazione attuali e potenziali”* (paragrafo 69) ⁽⁵⁴⁾;

(iv) premesso ciò, la competenza anche di merito conferita al Tribunale UE dagli artt. 261 TFUE e 31 del regolamento CE n. 1/2003 consente ad esso di *“annullare, ridurre o aumentare l’ammenda, senza limiti quanto ai motivi (di fatto o di diritto) per i quali tale competenza può essere esercitata”*, e soddisfa perciò tali presupposti per quanto riguarda i ricorsi aventi ad oggetto l’importo dell’ammenda inflitta. Tuttavia, si tratta di nozione diversa da quella di *“piena giurisdizione”* ai sensi e per gli effetti dell’art. 6(1) della Convenzione, che invece va intesa come riferita anche ai ricorsi contro la constatazione dell’infrazione (paragrafo 70) ⁽⁵⁵⁾. Pertanto,

⁽⁵⁴⁾ L’Avv. gen. Sharpston ha citato a supporto CEDU, 21 marzo 2006, *Valico S.r.l. c. Italia*, (nt. 35), punto 20, e 27 ottobre 2009, *Crompton c. Regno Unito*, ric. n. 42509/05, punto 71.

⁽⁵⁵⁾ *“Mi sembra che non possano esservi molti dubbi sul fatto che la «competenza anche di merito» conferita al Tribunale dall’art. 229 CE e dall’art. 17 [sic] del regolamento n. 17 soddisfi tali presupposti per quanto riguarda i ricorsi aventi ad oggetto l’importo dell’ammenda inflitta, anche se si tratta, come rileva la Commissione, di una nozione diversa dal criterio dei «pieni poteri giurisdizionali» adottato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, che va inteso nel senso che include anche i ricorsi contro, ad esempio, l’effettiva constatazione di un’infrazione (in merito alla quale il Tribunale può valutare, e di fatto valuta — ancorché*

sembra opinare l'Avvocato generale, l'eventuale riconoscimento che la giurisdizione estesa al merito in materia sanzionatoria corrisponde alla "piena giurisdizione" ex art. 6(1) della Convenzione lascerebbe comunque impregiudicata la questione — che l'appello di KME non sollevava, e che è perciò rimasta estranea alla sua analisi — se tale giudizio di conformità all'art. 6(1) possa essere esteso anche al sindacato che il Giudice UE esercita sui ricorsi contro le decisioni di constatazione dell'infrazione, sindacato che ex art. 263 TFUE è soltanto di legittimità;

(v) peraltro, con specifico riguardo al controllo giurisdizionale sulla sanzione imposta a KME dalla Commissione, la questione fondamentale in discussione era se, a prescindere dai poteri dei quali il Tribunale è titolare in generale e in astratto, esso avesse in concreto esercitato in primo grado un sindacato di piena giurisdizione sulla decisione impugnata, ai sensi e per gli effetti dell'art. 6(1) della Convenzione: "*ritengo che rivesta la massima importanza il modo in cui il Tribunale ha svolto effettivamente il proprio controllo, mentre il modo in cui l'ha descritto è meno rilevante*" (paragrafi 68 e 73). A tale questione, le Conclusioni KME hanno infine fornito risposta affermativa.

Sulla base di analoghe considerazioni, ma con riguardo all'ordinamento italiano della concorrenza, la CEDU nella successiva Sentenza *Menarini* ⁽⁵⁶⁾ ha dichiarato in linea di principio compatibile con l'art. 6(1) della Convenzione il sistema amministrativo italiano di *enforcement* del diritto della concorrenza, in quanto esso contempra anche il sindacato da parte di giudici aventi giurisdizione piena e questa sia esercitata in concreto nel singolo caso.

In *Menarini* la ricorrente — alla quale nel 2003 l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (l'"AGCM") aveva imposto un'ammenda di € 6.000.000 per la sua partecipazione a un cartello sul prezzo di vendita nel caso *Test diagnostici per il diabete* ⁽⁵⁷⁾ — deduceva che, nel caso di

entro certi limiti —, se essa sia alla base della causa di cui è investito). Nella specie, tuttavia, si tratta solo di un ricorso avente ad oggetto l'ammontare di un'ammenda, e non ritengo di dover estendere oltre la mia analisi".

⁽⁵⁶⁾ La Sentenza *Menarini*, resa dalla Seconda sezione della CEDU, è divenuta definitiva ex art. 44 Convenzione, non avendo la società ricorrente chiesto il rinvio del caso alla Grande Camera nei tre mesi successivi alla sua pronuncia ex art. 43.

⁽⁵⁷⁾ AGCM, 30 aprile 2003, n. 11946, caso 1461 — *Test diagnostici per il diabete*, Boll. n. 18/2003; confermata da TAR Lazio, 3 dicembre 2004, n. 2717, e Cons. Stato, 16 marzo 2006, n. 1397. Contro tale ultima pronuncia, Menarini propose, senza successo, ricorso per motivi inerenti la giurisdizione ex artt. 360 c.p.c. e 111 Cost. Cass., Sez. un., 17 marzo 2008, n. 7063, nel dichiarare il detto ricorso inammissibile, statui che "*con riguardo alle sanzioni pecuniarie applicate dall'Autorità Garante della Concorrenza, sussist[e] l'esigenza d'una tutela giurisdizionale piena, dovendosi interpretare il rinvio operato dalla L. n. 287 del 1990, art. 31, alle disposizioni della L. n. 689 del 1981 — in ottemperanza al principio di legalità posto dall'art. 23 Cost., dal quale si tutela il diritto del privato a non subire imposizioni patrimoniali al di fuori dei casi previsti dalla legge — come esteso anche al tipo di cognizione prevista dall'art. 23 della richiamata L. n. 689 del 1981, ond'è che devesi ritenere consentita*

un'accusa penale formulata da un organo non giurisdizionale quale l'AGCM, la decisione dev'essere soggetta a un controllo ulteriore da parte di un giudice avente giurisdizione estesa al merito, tale da soddisfare le garanzie di cui all'art. 6 della Convenzione, e lamentava di non aver beneficiato di un sindacato siffatto. Secondo Menarini, il giudice amministrativo si era limitato nella specie a effettuare un controllo di legittimità, verificando che l'AGCM avesse usato il suo potere discrezionale in maniera logica e coerente con la l. n. 287/1990 (controllo *debole* ed *estrinseco*) e ritenendo di non poter sostituirsi all'AGCM né modificare la qualificazione giuridica dei fatti operata dalla stessa⁽⁵⁸⁾. Atteso che il contenuto delle norme che definiscono l'infrazione non è determinato dal legislatore ("norma penale in bianco") e l'AGCM ha il potere di determinarne il contenuto al momento della violazione nel singolo caso, un semplice controllo "debole" sulle valutazioni tecniche opinabili da parte del giudice avrebbe come conseguenza una notevole riduzione delle garanzie e non

anche al giudice amministrativo, al pari di quanto già da tempo e ripetutamente riconosciuto al giudice ordinario nei giudizi d'opposizione introdotti ai sensi dell'art. 25 cit., la verifica dei fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell'Autorità antitrust sotto il profilo della verità degli stessi, eppertanto la valutazione degli elementi di prova raccolti dall'Autorità e delle prove a difesa offerte dalle imprese, senza che l'accesso al fatto del giudice possa subire alcuna limitazione, al fine di annullare in tutto o in parte il provvedimento o di modificarlo anche solo limitatamente all'entità della sanzione dovuta". La Corte precisò, tuttavia, quanto segue: "Ciò che non è consentito al Consiglio di Stato è un controllo c.d. di tipo 'forte' sulle valutazioni tecniche opinabili, id est l'esercizio, da parte del giudice, di un potere sostitutivo, spinto fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'Amministrazione, fermo restando anche sulle valutazioni tecniche il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza".

⁽⁵⁸⁾ Nella specie, nella sentenza pronunciata il 3 dicembre 2003 sul ricorso per annullamento proposto da Menarini, il TAR Lazio aveva affermato che, qualora sia dedotto il vizio di eccesso di potere, "il giudice può solo verificare se il provvedimento impugnato appaia logico, congruo, ragionevole, correttamente motivato e istruito, ma non può anche sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità e a questa riservate. Tale affermazione, in linea con i principi che regolano la giurisdizione generale di legittimità, assume un rilievo specifico in relazione ai limiti che incontra l'accertamento dei fatti posti a fondamento dell'impugnato provvedimento". Il TAR Lazio aveva sottolineato, inoltre, che il suo controllo era pieno solamente per quanto riguardava la valutazione dei fatti accertati e l'applicazione della sanzione, mentre, rispetto alle operazioni incidentali di contestualizzazione della norma *antitrust* — che, riferendosi a "concetti giuridici indeterminati", quali il mercato rilevante, l'abuso di posizione dominante e le intese restrittive, necessita di una esatta individualizzazione degli elementi dell'infrazione contestata — e di comparazione dei fatti con il parametro già contestualizzato, "si pone un tipo di controllo giurisdizionale «debole», nel quale, cioè, il giudice si limita ad effettuare un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione assunta, senza sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella della AGCM". In questo contesto, il TAR Lazio aveva ammesso che "si perde sicuramente qualcosa in tema di effettività della tutela, atteso che si nega in radice la possibilità di consentire al giudice un controllo intrinseco". Per parte sua, nella pronuncia d'appello da esso resa il 16 marzo 2006, il Consiglio di Stato aveva sottolineato l'effettività della tutela giurisdizionale relativamente ai provvedimenti dell'Autorità, con il limite attinente "alla possibilità (esclusa) di esercitare un controllo di tipo sostitutivo sulle valutazioni tecniche opinabili, spinto fino a sovrapporre la valutazione tecnica opinabile del medesimo giudice a quella dell'amministrazione" ovvero "il proprio modello logico di attuazione del «concetto indeterminato» all'operato dell'Autorità".

potrebbe fornire una protezione adeguata contro l'arbitrario (Sentenza *Menarini*, punti 51-56).

Dopo aver rigettato la censura d'irricevibilità del ricorso formulata dal governo italiano, secondo il quale non sussisteva nella specie un'accusa penale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 6(1) Convenzione ⁽⁵⁹⁾, la CEDU ha dichiarato, per sei voti contro uno, che non vi era stata violazione dell'art. 6(1). Anzitutto, il TAR del Lazio e il Consiglio di Stato soddisfano i requisiti d'indipendenza e imparzialità del giudice. Inoltre, nella specie, i giudici amministrativi avevano affrontato le varie questioni di fatto e di diritto sollevate dalla società ricorrente, esaminando anche gli elementi di prova raccolti dall'AGCM, conformemente al principio che il giudice amministrativo, anche se non ha alcun potere di sostituirsi all'autorità indipendente, può tuttavia controllare se essa abbia fatto un uso appropriato dei suoi poteri discrezionali (*id.*, punto 63) ⁽⁶⁰⁾. In effetti, secondo la CEDU, la competenza del TAR Lazio e del Consiglio di Stato non era limitata a un semplice controllo di legittimità, ma essi avevano potuto verificare se, nelle particolari circostanze della causa, l'AGCM aveva utilizzato in maniera appropriata i propri poteri, esaminando anche l'adeguatezza e la proporzionalità del provvedimento impugnato e controllando le valutazioni di ordine tecnico in esso contenute (*id.*, punto 64). Infine, il controllo effettuato dal giudice sulla sanzione in virtù della sua giurisdizione estesa al merito aveva soddisfatto il criterio della "piena giurisdizione", atteso che il giudice poteva verificare l'adeguatezza e proporzionalità dell'ammenda inflitta all'infrazione commessa e avrebbe potuto all'occorrenza sostituirla con altra di diverso importo. In particolare, il Consiglio di Stato era andato al di là di un controllo "esterno" sulla coerenza logica della motivazione dell'AGCM, intraprendendo un'analisi dettagliata sul punto (*id.*, punti 65 e 66).

Pertanto, secondo la CEDU, il sistema italiano di sindacato giurisdizionale sulle decisioni sanzionatorie dell'AGCM — come il sistema UE di sindacato esteso al merito sulle sanzioni, secondo l'Avvocato generale Sharpston — è compatibile con il diritto fondamentale di accesso a un

⁽⁵⁹⁾ Sent. *Menarini*, punti 38-44. In particolare, la CEDU ha osservato che aveva natura penale la sanzione pecuniaria inflitta dall'AGCM alla ricorrente, alla luce della sua funzione repressiva e preventiva e in ragione della sua gravità. La CEDU ha però del tutto ignorato la questione se la sanzione applicata dall'AGCM rientrasse nel nocciolo duro del diritto penale ovvero in una categoria diversa da quelle tradizionali del diritto penale, ai sensi e per gli effetti della giurisprudenza *Jussila*.

⁽⁶⁰⁾ Come osservato da MUGUET-POULLENNEC-DOMENICUCCI, (nt. 1), "*Le fait pour un organe judiciaire de pleine juridiction de ne pas pouvoir substituer son appréciation à celle qui lui est déférée semble contradictoire ou à tout le moins difficile à imaginer* in concreto". Tuttavia, le precisazioni apportate dalla CEDU nel successivo punto 64 della Sentenza *Menarini* (vedi *infra*) dimostrano che, secondo la CEDU, in concreto il Consiglio di Stato non aveva prestato particolare deferenza alle valutazioni dell'AGCM, comprese quelle di ordine tecnico.

tribunale indipendente e imparziale qualora risulti soddisfatta nel singolo caso la condizione che il giudice amministrativo, oltre ad avere poteri di piena giurisdizione in astratto, li eserciti in concreto. E, come ha osservato in termini ancora più chiari il giudice Sajó nella sua opinione concordante, l'elemento fondamentale di tale valutazione è non già la terminologia utilizzata dal giudice per descrivere il tipo di sindacato di cui esso è investito in astratto (debole o forte, estrinseco o intrinseco), bensì il modo in cui esso ha svolto effettivamente il proprio controllo, nelle circostanze della specie, estendendolo o no anche al merito ⁽⁶¹⁾. Ne consegue che, dovendosi guardare al tipo di controllo esercitato in concreto nel singolo caso, nulla garantisce che la CEDU perverrebbe ad analogha conclusione di non violazione anche in eventuali futuri procedimenti che sollevassero la questione della compatibilità con l'art. 6(1) del sistema di *enforcement* delle norme *antitrust* nell'ordinamento italiano, ovvero in quello UE.

Di tutt'altro avviso è stato il giudice Pinto de Albuquerque, che ha concluso nel senso della sussistenza della violazione dell'art. 6(1) denunciata da Menarini. La sua opinione dissenziente ha guardato al modo in cui il giudice amministrativo italiano ha definito “*esattamente e ripetutamente*” l'estensione della propria competenza di controllo nei confronti della decisione dell'AGCM. Egli ha opinato che a tale giudice non è consentito esercitare un potere che arrivi al punto di sostituire con la propria valutazione tecnica dei fatti quella dell'autorità di concorrenza, e che pertanto il nucleo del giudizio è sottratto alla sua giurisdizione: la decisione che stabilisce la responsabilità spetta in realtà alle autorità amministrative indipendenti, non ai tribunali amministrativi. Oltretutto, secondo il giudice Pinto de Albuquerque, il giudice amministrativo italiano non aveva sostenuto i principi sopra esposti solamente in astratto, ma li aveva coerentemente applicati in concreto, limitandosi a un sindacato “debole” anziché esercitare un controllo indipendente ed esteso sulla decisione amministrativa ⁽⁶²⁾. In conclusione, Menarini era stata privata di

⁽⁶¹⁾ Sentenza *Menarini*, opinione concordante del Giudice Sajó: “*Certes, en procédant à ce contrôle du fond, [le Conseil d'Etat] a utilisé une terminologie donnant à penser qu'il exerçait un contrôle juridictionnel faible, mais le Conseil d'Etat semble ne pas avoir agi comme il annonçait qu'il le faisait. Aux fins de l'article 6, ce qui compte est qu'en l'espèce les droits énoncés par la Convention ont été effectivement protégés, et non la terminologie imposée par la législation « interprétée » par le Conseil d'Etat*”.

⁽⁶²⁾ *Ibid.*, opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, § 7: “*En répétant la motivation des faits invoquée par la condamnation administrative, souvent avec les mêmes expressions et phrases, les juges administratifs ont donné un beneplacitus formel et ont réalisé un contrôle « interne » qui ne constitue aucune garantie réelle et pratique pour les sujets déjà condamnés. Une lecture attentive des motifs de la décision sur les faits révèle que l'arrêt du TAR fait plus de 60 citations et références aux paragraphes de la décision de condamnation de l'AGCM, et le Conseil d'Etat plus de 40 citations et références audit texte. Les instances juridictionnelles n'ont fait que répéter l'une après l'autre les arguments déjà soutenus par l'AGCM, renvoyant avec une insistance remarquable à la lettre même des paragraphes de la décision administrative*”.

un'analisi autonoma, concreta e dettagliata dei motivi del suo ricorso in quanto il sindacato esercitato da TAR Lazio e Consiglio di Stato era stato in realtà solamente un'adesione formale da parte dei giudici alla valutazione tecnica "indiscutibile e incontestabile" dell'AGCM, non avendo essi analizzato la valutazione tecnica dei fatti costatati, vale a dire, il nucleo della motivazione della decisione impugnata.

L'opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque si segnala soprattutto per l'espresso ripudio dello standard dell'errore manifesto e la chiara enunciazione del principio che un regime di controllo giurisdizionale può dirsi compatibile con l'art. 6(1) della Convenzione solamente qualora il sindacato esteso al merito sia esteso dalla materia sanzionatoria all'intero provvedimento impugnato, ivi compreso l'accertamento dell'illecito concorrenziale⁽⁶³⁾. Secondo il giudice portoghese, in effetti, l'applicazione delle sanzioni travalica le tradizionali funzioni dell'amministrazione e può esserle attribuita solo in prima battuta per ragioni attinenti all'efficienza e alla complessità tecnica dell'organizzazione amministrativa moderna. L'ultima parola sull'esercizio di tale potere repressivo compete, però, esclusivamente al giudice, a pena dell'"*usurpazione da parte delle autorità amministrative della prerogativa del potere giudiziario di punire e [dell']affidamento della tutela delle libertà individuali ad una amministrazione onnipotente*", in assenza delle fondamentali garanzie del diritto e della procedura penale (§ 9). Inoltre, la pienezza della giurisdizione non può non implicare anche la sua esaustività, sicché sottrarre al sindacato giurisdizionale la valutazione del contesto economico della condotta censurata e la concretizzazione dei "concetti giuridici indeterminati" utilizzati

⁽⁶³⁾ "La notion de «pleine juridiction» dans le domaine pénal a une portée élargie et illimitée puisqu'elle inclut non seulement le contrôle du *quid des sanctions administratives (est-ce que les sanctions appliquées étaient prévues par la loi?)* et du *quantum des sanctions administratives (est-ce que les sanctions appliquées étaient proportionnées à la gravité des faits reprochés?)*, mais aussi de la réalité de l'infraction administrative (*est-ce que les personnes ont, par action ou par omission, commis de façon illicite et avec culpabilité une infraction punie par la loi?*). La plénitude de juridiction suppose que le juge aille au-delà du simple contrôle des erreurs manifestes (ou «illogiques», «incohérentes», «déraisonnables») d'évaluation et puisse écarter les erreurs d'évaluation qui ne sont pas manifestes (ou «illogiques», «incohérentes», «déraisonnables»). Toute l'opération d'évaluation des preuves, d'établissement et de qualification des faits, d'interprétation de la loi applicable et de modulation des sanctions à la gravité de l'infraction peut être annulée et refaite par le juge, indépendamment de la nature fixe ou variable de la sanction prévue par la loi, le tribunal n'ayant aucun devoir de renvoyer l'affaire aux autorités administratives. En termes classiques, le recours de «pleine juridiction» n'est pas une simple *reformatio (réforme)* de la décision administrative contestée, il est plutôt un *revisio (réexamen)* de l'affaire. Autrement dit, l'affaire est dévolue au juge administratif" (id., § 8). E ancora: "S'il y a un domaine où la libre discrétion du pouvoir administratif ne peut pas être admise dans un Etat de droit, c'est celui des sanctions administratives. L'Etat de droit, qui est basé sur le primat des libertés individuelles, est par sa propre nature incompatible avec la libre discrétion en matière de sanctions administratives. L'interprétation « faible » des pouvoirs des juges administratifs dans ce domaine ne peut être comprise que comme un résidu de l'Etat de police intrinsèquement contraire aux libertés individuelles" (id., § 9).

dalle norme *antitrust* equivale a trasformare il giudice amministrativo in “*un organo subalterno del potere giudiziario, che deve inchinarsi dinanzi alle onnipotenti autorità amministrative*”. Il ricorso di piena giurisdizione deve perciò dar luogo a una vera e propria *revisio* senza alcun limite della decisione amministrativa contestata, anziché semplicemente alla sua *reformatio* (§ 8) ⁽⁶⁴⁾.

Gli Autori condividono la posizione secondo la quale un sistema di sindacato giurisdizionale sulle decisioni dell'autorità di concorrenza che impongono sanzioni *antitrust* può dirsi compatibile con il diritto fondamentale di accesso a un tribunale indipendente e imparziale garantito dalla Convenzione solamente alla condizione che il giudice investito del sindacato su tali decisioni, oltre ad avere poteri di piena giurisdizione in astratto, li eserciti in concreto e sul provvedimento amministrativo nella sua interezza. Una violazione dell'art. 6(1) si verifica, dunque, nell'ordinamento UE ogniqualvolta il Tribunale, per un'eccessiva e ingiustificata deferenza verso la Commissione, ometta di esaminare in maniera piena e approfondita i motivi e gli argomenti sviluppati dalla ricorrente che mettono in questione non soltanto il calcolo dell'ammenda nella decisione impugnata e il carattere adeguato e proporzionato del suo ammontare, ma anche la constatazione dell'infrazione, ivi incluse la correttezza e la completezza della base fattuale e giuridica del provvedimento. Posto ciò, va anche riconosciuto che non è ancora dato rinvenire una netta e definitiva affermazione di tali principi nella giurisprudenza UE ⁽⁶⁵⁾ e che la stessa Sentenza *Menarini* appare in qualche modo disallineata, sotto questo specifico profilo, rispetto alle più avanzate considerazioni svolte dal giudice Pinto de Albuquerque.

Infine, chi scrive concorda con la proposizione recentemente avanzata,

⁽⁶⁴⁾ La discussione sulla compatibilità con la Convenzione del sindacato esercitato dai giudici italiani sull'AGCM non si limita, pertanto, secondo l'opinione dissenziente, all'art. 6(1), ma concerne anche l'art. 7, ponendo seri problemi riguardo al principio della separazione dei poteri e al principio di legalità delle sanzioni (*id.*, § 9).

⁽⁶⁵⁾ Ma vedi Corte UE, 3 settembre 2009, causa C-534/07 P, *Prym e Prym Consumer/Commissione*, Racc., I-7415, punto 86, e 5 giugno 2012, causa T-214/06, *Imperial Chemical Industries/Commissione*, non ancora pubbl. in Raccolta, punto 293, secondo cui la competenza giurisdizionale estesa al merito legittima il Tribunale “*a riformare l'atto impugnato, anche in assenza di annullamento, tenendo conto di tutte le circostanze di fatto, al fine di modificare, ad esempio, l'importo dell'ammenda*” (sottolineato da noi), che sembrano implicitamente alludere al potere del Giudice UE di riformare la decisione della Commissione non soltanto con riguardo alla determinazione dell'ammenda imposta alla ricorrente e anche in assenza di riscontro di alcuno dei vizi di legittimità previsti dall'art. 263 TFUE. Inoltre, in una sentenza di poco anteriore alla Sentenza *Menarini*, il Tribunale ha affermato che esso, quando controlla la legittimità di una decisione che accerta una violazione dell'art. 101 TFUE, può essere chiamato dalle ricorrenti a procedere a un esame esaustivo tanto della constatazione materiale dei fatti quanto della loro valutazione giuridica da parte della Commissione, e ciò garantisce che siano soddisfatte le esigenze dell'equo processo *ex art.* 6(1) della Convenzione: sent. 15 luglio 2011, causa T-138/07, *Schindler Holding e a./Commissione*, non ancora pubbl. in Raccolta, punti 55 e 56.

secondo la quale — poiché sulla base della Sentenza *Menarini* la compatibilità con la Convenzione del sistema di *enforcement* delle regole di concorrenza mediante decisioni che impongono sanzioni penali è condizionata all'esistenza in astratto e all'esercizio in concreto di un sindacato di piena giurisdizione da parte del giudice competente — la proposizione di un ricorso per annullamento della decisione dovrebbe avere un automatico effetto sospensivo dell'obbligo di pagare la sanzione imposta fino a quando il sindacato di piena giurisdizione sul provvedimento impugnato non sia stato completato ⁽⁶⁶⁾.

6. *Il sindacato sulla legittimità del calcolo della sanzione e sul suo carattere adeguato, proporzionato ed equo, e la giurisdizione estesa al merito del Giudice UE: le sentenze Arkema, Bavaria e Romana Tabacchi del Tribunale e KME e Chalkor della Corte.* — Secondo l'orientamento tradizionale, il controllo sulle sanzioni imposte dalla Commissione è, almeno in teoria, più intenso e approfondito di quello sull'accertamento dell'infrazione. Il Giudice UE è tenuto anzitutto a effettuare un controllo formale sulla legittimità dell'ammenda — verificando se la Commissione abbia correttamente applicato i suoi orientamenti per il calcolo delle ammende del 2006 (gli "Orientamenti") ⁽⁶⁷⁾ — nonché sulla sua coerenza, ragionevolezza e logicità, e ad adattarne l'importo ove rilevi l'esistenza di vizi nella sua determinazione. In secondo luogo, in virtù della sua giurisdizione estesa al merito *ex artt.* 261 TFUE e 31 del regolamento CE n. 1/2003, esso deve condurre una valutazione indipendente e specifica del carattere adeguato della sanzione nonché della sua equità complessiva alla luce di tutte le specifiche circostanze del caso singolo ⁽⁶⁸⁾.

Peraltro, il calcolo della sanzione non si sottrae all'applicazione della dottrina della *judicial deference* e dello standard dell'errore manifesto: secondo la giurisprudenza, la Commissione, essendo le ammende uno strumento della sua politica della concorrenza, deve disporre di un margine di discrezionalità nel fissare i loro importi al fine di orientare il comportamento delle imprese verso il rispetto delle regole ⁽⁶⁹⁾. Il controllo di legittimità del Tribunale è, perciò, il più delle volte gravemente superficiale: anziché effettuare un sindacato pieno e approfondito sulla decisione — valutando in maniera effettiva e meditata le dettagliate deduzioni dell'im-

⁽⁶⁶⁾ BRONCKERS-VALLERY, (nt. 1), 5.

⁽⁶⁷⁾ Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lett. a), del regolamento (CE) n. 1/2003, GU 2006, C 210/2.

⁽⁶⁸⁾ VESTERDORF, *The Court of Justice and Unlimited Jurisdiction: What Does it Mean in Practice?*, in *CPI Antitrust Chronicle*, 2009, n. 2 (disponibile online all'indirizzo <https://www.competitionpolicyinternational.com/file/view/6016>), 3, 5 e 7.

⁽⁶⁹⁾ *Ex plurimis*, Trib. UE, 11 dicembre 1996, causa T-49/95, *Van Megen Sports Group/Commissione*, Racc., II-1799, punto 53, e 9 settembre 2010, causa T-155/06, *Tomra Systems e a./Commissione*, Racc., II-4361, punto 313.

presa ricorrente su come e perché, in punto di fatto e di diritto, la Commissione abbia violato l'art. 101 e/o 102 TFUE e gli Orientamenti, e/o principi generali quali quello di pari trattamento e di proporzionalità —, il Tribunale è solito tenere un approccio prudente e deferente al modo in cui la Commissione ha esercitato il proprio potere sanzionatorio. Il suo sindacato è spesso ristretto a certi elementi del calcolo dell'ammenda, in particolare alla corretta applicazione degli Orientamenti, e comunque appare rivolto a determinare soltanto l'eventuale sussistenza di errori manifesti nell'ambito della scelta o della graduazione dei parametri da prendere in considerazione, per i quali gli Orientamenti concedono un margine di discrezionalità alla Commissione, quali la durata della violazione, l'utilità della cooperazione prestata dai membri di un cartello, le circostanze attenuanti, l'effetto deterrente della sanzione e la recidiva ⁽⁷⁰⁾. Tutt'al più, il Tribunale ha cura di richiamare, quali limiti alla discrezionalità della Commissione in quest'area, i suoi obblighi di motivare adeguatamente i provvedimenti adottati ⁽⁷¹⁾ e di rispettare i principi generali di diritto, in particolare quelli di pari trattamento e di proporzionalità ⁽⁷²⁾.

⁽⁷⁰⁾ *Ex multis*, Id., 18 luglio 2005, causa T-241/01 *Scandinavian Airlines System/Commissione*, Racc., II-2917: “la giurisprudenza riconosce alla Commissione un ampio potere discrezionale per determinare la gravità delle infrazioni e fissare l'ammenda in funzione di un gran numero di elementi che non derivano da un elenco vincolante o esauriente di criteri da prendere in considerazione. Inoltre, secondo una giurisprudenza costante, la sua precedente prassi decisionale non funge di per sé da contesto normativo per le ammende in materia di concorrenza ...” (punto 87); “dalla giurisprudenza risulta che la Commissione dispone di un ampio potere discrezionale nel fissare le ammende e che può in particolare far ricorso a un tipo o ad un altro tipo di fatturato in funzione delle circostanze proprie della causa. Pertanto, ... la Commissione può, in linea di principio, fissare l'ammenda a partire dal fatturato di sua scelta, in termini di base geografica e di prodotti interessati ... senza essere tenuta a considerare necessariamente il fatturato complessivo ovvero quello realizzato sul mercato geografico o ancora sul mercato dei prodotti di cui trattasi [e,] se è vero che gli orientamenti non prevedono il calcolo delle ammende in funzione di un determinato fatturato, è altresì vero che non ostano a che sia preso in considerazione un determinato fatturato, purché la scelta della Commissione non sia viziata da un errore manifesto di valutazione” (punto 165). V. anche Corte UE, 29 giugno 2006, causa C-289/04 P, *Showa Denko/Commissione*, Racc., I-5859, punto 36; 24 settembre 2009, cause riunite C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P, *Erste Group Bank e a./Commissione*, Racc., I-8681, punto 123; e Trib. UE, 6 maggio 2009, causa T-116/04, *Wieland-Werke/Commissione*, Racc., II-1087, punti 31 and 124, e causa T-127/04, *KME Germany e a./Commissione*, Racc., II-1167, punti 36, 115 e 141.

⁽⁷¹⁾ “Gli orientamenti, anche se non possono essere qualificati come norme giuridiche, sono pur sempre indicativi della prassi da seguire e la Commissione non può discostarsene, in un'ipotesi specifica, senza fornire ragioni compatibili con il principio di parità di trattamento ... Spetta pertanto al Tribunale verificare, nel contesto del controllo di legittimità delle ammende inflitte dalla decisione impugnata, se la Commissione ha esercitato il suo potere discrezionale secondo il metodo esposto negli orientamenti e, se dovesse accertare che se ne è discostata, verificare se tale divario sia giustificato e motivato sufficientemente in diritto. ... L'autolimitazione del potere discrezionale della Commissione risultante dall'adozione degli orientamenti, infatti, non è incompatibile con il mantenimento di un margine di discrezionalità sostanziale per la Commissione. Gli orientamenti contengono vari elementi di flessibilità che consentono alla Commissione di esercitare il proprio potere discrezionale in conformità alle disposizioni dei regolamenti n. 17 e n. 1/2003, come interpretate dalla Corte

Si dirà che in sede di controllo di legittimità sulle sanzioni l'applicazione della dottrina della *judicial deference* — o comunque l'interpretazione in termini assai rigorosi e ristretti della portata di tale controllo — può avere conseguenze pratiche meno serie che con riguardo all'accertamento dell'infrazione, atteso che comunque il Giudice UE dispone altresì di una giurisdizione estesa al merito, che gli consente di sostituire la sua valutazione a quella della Commissione ⁽⁷³⁾. Tuttavia, aspetti problematici non mancano neanche in quest'area e la giurisprudenza mostra che, benché richiesto in molti casi dalle imprese ricorrenti di esercitare tale competenza, il Tribunale è solito farlo in maniera non sistematica e coerente, bensì erratica e poco incisiva. Sorprende, in particolare, rilevare la persistente forte esitazione del Giudice UE ad abbandonare il principio secondo il quale la competenza *ex art.* 261 TFUE può essere esercitata, ove necessario, solo in seguito alla constatazione di un'illegittimità che vizi la decisione e di cui l'impresa interessata si sia lamentata nel ricorso, e al fine di porre rimedio alle conseguenze di tale illegittimità sulla determinazione dell'importo dell'ammenda comminata, eventualmente mediante la sua soppressione o la sua riforma ⁽⁷⁴⁾.

Altre pronunce (vedi *supra*, nota 65) hanno, peraltro, correttamente riconosciuto che il Tribunale, anche quando il suo controllo di legittimità sull'esercizio da parte della Commissione dei propri poteri sanzionatori si concluda senza rilevare vizi, è tenuto a valutare se l'ammenda imposta all'impresa ricorrente sia stata adeguata, proporzionata ed equa. E ciò sulla base di un apprezzamento specifico e indipendente, alla luce di tutte le circostanze del caso concreto, della durata e della gravità della condotta sanzionata, i due elementi dei quali l'art. 23(3) del regolamento CE n. 1/2003 prescrive alla Commissione di tener conto per determinare l'ammontare della sanzione ⁽⁷⁵⁾. Nessun margine di discrezionalità può invece

... Pertanto, nei settori in cui la Commissione ha mantenuto un margine di discrezionalità, il controllo di legittimità operato su tali scelte discrezionali si limita a quello dell'assenza di un errore manifesto di valutazione": Trib. UE, 19 maggio 2010, causa T-18/05, *IMI e.a./Commissione*, Racc., II-1769, punti 117-120, e 16 giugno 2011, causa T-235/07, *Bavaria/Commissione*, non ancora pubbl. in Raccolta, punti 265 e 266.

⁽⁷²⁾ Id., 28 aprile 2010, causa T-446/05, *Amann & Söhne et Cousin Filterie/Commissione*, Racc., II-1255, punti 140-143.

⁽⁷³⁾ *Ex multis*, Id., 16 giugno 2011, causa T-235/07, (nt. 71), punto 267: "Il margine di discrezionalità della Commissione ed i limiti che essa vi ha apportato [con l'adozione degli Orientamenti] non pregiudicano, per contro, l'esercizio, da parte del giudice dell'Unione, della sua competenza giurisdizionale anche di merito ..., che lo abilita a sopprimere, ridurre o aumentare l'importo dell'ammenda inflitta dalla Commissione".

⁽⁷⁴⁾ V., ancora di recente, Id., 3 marzo 2011, cause riunite T-122/07 a T-124/07, *Siemens Österreich e VA Tech Transmission & Distribution/Commissione*, non ancora pubbl. in Raccolta, punto 238, e 25 ottobre 2011, causa T-348/08, *Aragonesas Industrias y Energia/Commissione*, non ancora pubbl. in Raccolta, punto 306.

⁽⁷⁵⁾ Peraltro, la giurisdizione estesa al merito costituisce una competenza, non una via di ricorso autonoma. Un ricorso con cui si chiede al Giudice UE di esercitare la sua competenza giurisdizionale anche di merito con riferimento ad una decisione contenente una

essere riconosciuto alla Commissione non soltanto con riguardo al carattere adeguato e proporzionato dell'importo dell'ammenda imposta, ma anche al metodo di calcolo da essa applicato. Nell'effettuare la propria autonoma valutazione, qualora le circostanze lo richiedano, il Tribunale può esercitare un potere discrezionale nel modo ritenuto più opportuno, e pertanto sostituire il proprio apprezzamento a quello della Commissione, cancellando, riducendo ovvero anche aumentando l'importo della sanzione dedotta in giudizio, riformando l'atto impugnato pur senza annullarlo ⁽⁷⁶⁾.

Incoraggianti precedenti in tal senso sono le sentenze rese dal Tribunale nel corso del 2011 nelle cause *Arkema*, *Bavaria* e *Romana Tabacchi* ⁽⁷⁷⁾. Nel primo caso, il Tribunale ha ridotto da € 219,1 milioni a € 113,3 milioni l'importo dell'ammenda per la partecipazione a un cartello inflitta in solido alle ricorrenti, le quali avevano contestato all'udienza la maggiorazione della loro ammenda di base operata dalla Commissione a fini di deterrenza, per tenere conto delle dimensioni del gruppo Total, deducendo che Arkema non era più controllata da tale gruppo al momento dell'adozione della decisione impugnata. Si noti che, secondo il Tribunale, non avendo le ricorrenti informato la Commissione prima dell'adozione della decisione impugnata del fatto che dalla data della quotazione in borsa di Arkema esse non erano più controllate dal gruppo Total, la decisione impugnata non era in alcun modo inficiata da illegittimità su questo punto. Tuttavia, l'importo adeguato dell'ammenda poteva essere rideterminato in

sanzione, pertanto, comprende o implica necessariamente una domanda d'annullamento, totale o parziale, della decisione stessa. Di conseguenza, l'introduzione di un siffatto ricorso deve rispettare il termine prescritto dall'art. 263, sesto comma, TFUE: Id., 21 gennaio 2004, causa T-252/03 R, *Fédération nationale de l'industrie et des commerces en gros des viandes/Commissione*, Racc., II-315, punto 25.

⁽⁷⁶⁾ *Ex multis*, Id., 13 dicembre 2006, cause riunite T-217/03 and T-245/05, *FNCBV e a./Commissione*, Racc., II-4987, punti 358-361; Corte UE, 3 settembre 2009, causa C-534/07 P, (nt. 65), punto 86; e Trib. UE, 17 maggio 2011, causa T-299/08, *Elf Aquitaine/Commissione*, non ancora pubbl. in Raccolta, punto 379. Si noti che la valutazione dell'adeguatezza dell'importo dell'ammenda imposta alla ricorrente, che il Tribunale è tenuto a effettuare nell'ambito della sua competenza anche di merito, "può giustificare la produzione e la presa in considerazione di elementi aggiuntivi di informazione, la cui menzione nella decisione non è, in quanto tale, prescritta in forza dell'obbligo di motivazione ex art. 253 CE": Id., 28 aprile 2010, cause riunite T-456/05 e T-457/05, *Gütermann e Zwicky/Commissione*, Racc., II-1443, punto 106. In particolare, quando decide nell'esercizio di tale competenza, il giudice prende in considerazione la situazione fattuale e giuridica pertinente qual essa si presenta alla data della sua pronuncia, non alla data di adozione del provvedimento impugnato. Come affermato dal Tribunale, nell'esercizio della sua giurisdizione estesa al merito esso deve tenere conto, oltre che dei vizi fatti valere dal ricorrente a sostegno della sua domanda di annullamento della decisione impugnata, di eventuali vizi fatti valere unicamente a sostegno della domanda di riforma della stessa, nonché di tutti gli elementi di informazione prodotti dalle parti nella controversia che appaiano pertinenti per valutare l'importo delle ammende in questione: *ex multis*, Id., 12 luglio 2011, causa T-132/07, *Fuji Electric/Commissione*, non ancora pubbl. in Raccolta, punto 210.

⁽⁷⁷⁾ Id., 7 giugno 2011, causa T-217/06, *Arkema France e a./Commissione*, non ancora pubbl. in Raccolta; 16 giugno 2011, causa T-235/07, (nt. 71); e 5 ottobre 2011, causa T-11/06, *Romana Tabacchi/Commissione*, non ancora pubbl. in Raccolta.

quanto le ricorrenti avevano espressamente invitato il Tribunale ad esercitare la sua competenza giurisdizionale estesa al merito anche con specifico riferimento alla maggiorazione dell'ammenda a titolo dell'effetto dissuasivo ⁽⁷⁸⁾.

Nella sentenza *Bavaria*, pronunciata pochi giorni dopo quella nella causa *Arkema* e relativa anch'essa a un caso di cartello, il Tribunale ha accolto l'argomento della ricorrente relativo al livello troppo modesto della riduzione forfettaria di € 100.000 dell'importo dell'ammenda, che la Commissione le aveva concesso secondo equità nella decisione impugnata, in ragione della durata eccessiva e irragionevole della sua procedura istruttoria. Pur dando atto che tale durata era risultata da un'inerzia imputabile alla Commissione e si era risolta in una violazione del principio del termine ragionevole del procedimento amministrativo, il Tribunale ha opinato che *Bavaria* non aveva dimostrato l'esistenza di una lesione dei suoi diritti della difesa conseguente all'eccessiva durata del procedimento o che la sanzione inflitta sarebbe stata meno elevata se la Commissione avesse ad esso posto termine prima, concludendo che la denunciata irregolarità procedurale non era tale da imporre l'annullamento della decisione. Nell'esercizio della sua giurisdizione estesa al merito, tuttavia, il Tribunale ha affermato che la riduzione concessa dalla Commissione non teneva conto dell'importo dell'ammenda inflitta alla ricorrente (pari, prima di tale riduzione, a € 22.950.000) e, pertanto, non consentiva di correggere adeguatamente la violazione che risultava dal superamento del termine ragionevole. Al fine di concedere alla ricorrente un risarcimento equo in ragione della durata eccessiva del procedimento, in considerazione delle circostanze della specie, la riduzione in questione doveva essere portata al 5% dell'importo dell'ammenda ⁽⁷⁹⁾.

Anche la sentenza *Romana Tabacchi* costituisce un importante passo in avanti nella progressiva acquisizione da parte del Tribunale di una maggiore consapevolezza dell'incisiva portata del proprio potere di sindacato esteso al merito. Essa ha perfino, in qualche modo, una rilevanza "storica", contenendo il primo riferimento nella giurisprudenza UE alla nozione di "giusta sanzione". Il Tribunale ha stabilito quanto segue:

(i) la fissazione di un'ammenda da parte del Giudice UE nell'esercizio della sua giurisdizione estesa al merito non è, per sua natura, un esercizio

⁽⁷⁸⁾ Id., 7 giugno 2011, causa T-217/06, (nt. 77), punti 247-253. Il Tribunale ha anche chiarito che l'art. 48 del regolamento di procedura (irricevibilità dei motivi nuovi non sollevati nel ricorso) non ostava a che esso prendesse in considerazione, nell'esercizio della sua competenza giurisdizionale anche di merito, un'argomentazione sollevata dalle ricorrenti per la prima volta nel corso della procedura orale, per esaminare se la maggiorazione dell'importo base dell'ammenda loro inflitta fosse giustificata alla luce dell'elemento di fatto da esse invocato, dato che la Commissione aveva avuto la possibilità di presentare le proprie osservazioni su tale questione.

⁽⁷⁹⁾ Id., 16 giugno 2011, causa T-235/07, (nt. 71), punti 325-343.

aritmetico preciso: in particolare, il Tribunale effettua la propria valutazione tenendo conto di tutte le circostanze della fattispecie senza essere vincolato dai calcoli della Commissione o dai suoi Orientamenti (punto 266);

(ii) per avere un sufficiente effetto dissuasivo, l'ammenda non dev'essere d'importo trascurabile con riferimento, in particolare, alla capacità finanziaria dell'impresa di cui trattasi. Le sue dimensioni e risorse complessive vanno perciò prese in considerazione al fine di ottenere un impatto sull'impresa stessa. Ciò nonostante, l'importo dell'ammenda deve rimanere proporzionato all'infrazione, valutata complessivamente, tenendo conto, in particolare, della gravità di quest'ultima (punti 279 e 280);

(iii) alle luce di tutte le circostanze della specie, l'ammenda inflitta a Romana Tabacchi per la sua partecipazione a un cartello — pur se modesta nel suo ammontare in senso assoluto (€ 2.050.000) — era tale da comportare, di per sé, la messa in liquidazione della ricorrente e, di conseguenza, la sua uscita dal mercato, con possibili ripercussioni rilevanti (deterioramento del mercato a monte e aggravamento del livello di concentrazione nel mercato rilevante). Considerato l'effetto cumulativo delle illegittimità da esso costatate⁽⁸⁰⁾ e la modesta capacità finanziaria della ricorrente, e ritenendo di dover procedere ad un'equa valutazione di tutte le circostanze della specie, il Tribunale ha fissato in € 1.000.000 l'importo finale dell'ammenda in quanto *“giusta sanzione del comportamento contestato alla ricorrente”*. Secondo il Giudice UE, infatti, *“un'ammenda di siffatto importo consente di reprimere efficacemente il comportamento illecito della ricorrente, in modo non trascurabile e che resta sufficientemente dissuasivo”*, mentre *“[q]ualsiasi ammenda superiore a tale importo sarebbe sproporzionata rispetto all'infrazione contestata alla ricorrente valutata nel suo insieme”* (punti 281-285, in particolare 284 e 285).

A giudizio di chi scrive, un sindacato condotto in questi termini e sulla base di questi principi costituisce — limitatamente alla determinazione dell'importo della sanzione — un esercizio adeguato di “piena giurisdizione” nel senso dell'art. 6(1) della Convenzione. Tenuto conto anche della propria giurisdizione estesa al merito, il Tribunale può applicare un sistema di calcolo diverso da quello della decisione impugnata, anche se meno favorevole per l'impresa interessata. Al Tribunale non è comunque consentito riconoscere alla Commissione alcun potere discrezionale: non solo

⁽⁸⁰⁾ Nella specie, gli errori commessi dalla Commissione quanto alla durata della partecipazione della ricorrente all'infrazione e alla determinazione della sua quota di mercato — e, pertanto, alla sua classificazione in una medesima categoria con imprese aventi dimensioni diverse, nonché un peso diverso nell'intesa — avevano indotto la Commissione ad attribuire erroneamente alla ricorrente un ruolo nel cartello simile a quello degli altri tre trasformatori ad esso partecipanti: Id., 5 ottobre 2011, causa T-11/06, (nt. 77), punti 267-278.

per quanto concerne il metodo di lavoro da essa seguito per effettuare i suoi calcoli, ma anche per quanto riguarda l'adeguatezza e la proporzionalità dell'importo delle ammende penali da essa inflitte per violazioni delle regole di concorrenza⁽⁸¹⁾. Il Tribunale è, quindi, tenuto a valutare in maniera indipendente la gravità e la durata del comportamento illecito nella specie, "*valut[ando] l'importo dell'ammenda al di là dei soli punti di diritto o di fatto contestati dall'impresa interessata*", e ad agire "*come un giudice d'appello che esamina il fascicolo e se ne riappropria ex novo, come richiesto dall'articolo 6 della [Convenzione]*"⁽⁸²⁾. Esso può perciò applicare un sistema di calcolo diverso da quello della decisione impugnata, in ipotesi anche meno favorevole per l'impresa interessata; mentre, qualora limitasse l'intensità del proprio sindacato, in virtù del potere discrezionale riconosciuto alla Commissione in materia sanzionatoria, finirebbe per esercitare un controllo non in linea con le esigenze del diritto fondamentale all'equo processo.

Proprio questa era la posizione fatta valere dinanzi alla Corte da tre società del gruppo KME nei già citati giudizi di appello *KME* (vedi *supra*, nota 52), in cui esse avevano censurato, *inter alia*, la violazione da parte del Tribunale del loro diritto fondamentale a una tutela giurisdizionale piena ed effettiva *ex art. 6(1)* della Convenzione. Dinanzi al Tribunale KME aveva sollevato censure dirette non all'accertamento dell'infrazione contenuto nelle due decisioni impugnate (concernenti cartelli nei settori dei tubi industriali in rame e dei tubi idrotermosanitari in rame), bensì alla metodologia di calcolo delle sanzioni utilizzata dalla Commissione e agli importi delle ammende comminate, domandando non l'annullamento delle decisioni bensì una sostanziale riduzione delle ammende inflitte. In appello KME ha dedotto che il Tribunale, nel respingere i suoi ricorsi, aveva ommesso di esaminare in modo approfondito e dettagliato i motivi sollevati e gli argomenti da essa formulati a supporto, mostrando una deferenza eccessiva e distorta alla discrezionalità della Commissione. Tale inadeguato esercizio della "piena giurisdizione" del Tribunale integrava, secondo la ricorrente, una violazione del suo diritto fondamentale a un controllo completo, effettivo ed equo da parte di un giudice imparziale e indipendente. Analogo motivo era stato sollevato dalla ricorrente nel giudizio di

⁽⁸¹⁾ V. anche Avv. gen. Bot, 21 giugno 2012, causa C-89/11 P, *E.ON Energie/Commissione*, non ancora pubbl. in Raccolta, §§ 111-132. L'AG Bot ha proposto alla Corte di annullare la sentenza impugnata, con la quale il Tribunale ha confermato la legittimità della decisione della Commissione del 2008 d'infliggere alla ricorrente un'ammenda di € 38 milioni per una violazione procedurale, per aver infranto un sigillo ufficiale apposto presso i suoi locali nel corso di un accertamento ispettivo. L'Avv. gen. Bot ha opinato che il Tribunale è tenuto ad assicurare il rispetto del principio generale di proporzionalità, sancito anche dall'art. 49(3) della Carta di Nizza, e che nella specie esso aveva ommesso di esercitare la sua competenza giurisdizionale estesa al merito nell'ambito dell'esame della proporzionalità dell'ammenda inflitta a E.ON Energie.

⁽⁸²⁾ *Ibid.*, §§ 115 e 118.

appello nella causa C-386/10 P *Chalkor/Commissione* (“Tubi idrotermo-sanitari”).

Le pronunce della Corte — che peraltro già in passato aveva ammesso l’applicazione del diritto fondamentale all’equo processo ex art. 6(1) della Convenzione nell’ambito di un ricorso giurisdizionale avverso una decisione della Commissione che aveva inflitto un’ammenda per violazione del diritto della concorrenza⁽⁸³⁾ — erano attese con notevole interesse dagli “addetti ai lavori” per verificare se essa avrebbe intrapreso una direzione analoga a quella seguita dall’Avvocato generale Sharpston nelle sue conclusioni e dalla CEDU nella sentenza *Menarini*, concernente il sistema di *enforcement* e di sindacato giurisdizionale italiano, sostanzialmente analogo a quello dell’UE⁽⁸⁴⁾ — per quanto in *Menarini* la questione del diritto di accesso a un tribunale indipendente e imparziale fosse stata sollevata con riguardo al controllo del giudice sull’intera decisione dell’AGCM, ivi compreso l’accertamento dell’illecito concorrenziale.

Nelle Sentenze d’appello *KME* e *Chalkor*, rese entrambe in data 8 dicembre 2011⁽⁸⁵⁾, la Seconda sezione della Corte ha analizzato dapprima i principi che regolano il sistema del controllo giurisdizionale nell’ordinamento UE per analizzarne la compatibilità con il principio della tutela giurisdizionale effettiva ex art. 47 della Carta di Nizza, e successivamente il modo in cui il Tribunale aveva svolto il proprio controllo sulla decisione impugnata. Per quanto riguarda il primo pilastro del sistema, il controllo di legittimità — evocato *in termini generali*, e dunque con considerazioni che si riferiscono sia al calcolo della sanzione sia all’accertamento dell’infrazione —, la Corte ha ribadito che, sebbene la Commissione disponga di un potere discrezionale negli ambiti che richiedono valutazioni economiche complesse, ciò non implica che il Giudice UE debba astenersi dal controllare l’interpretazione che la Commissione fa di dati di natura economica. Il Giudice UE è infatti tenuto non solo a verificare l’esattezza materiale, l’attendibilità e la coerenza degli elementi di prova adottati dalla Commissione, ma altresì ad accertare se tali elementi siano di natura tale da corroborare le conclusioni che essa ne ha tratto e costituiscano l’insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa, ovvero ve ne siano altri che non sono stati conside-

⁽⁸³⁾ Corte UE, 17 dicembre 1998, causa C-185/95 P, (nt. 34), punti 28-49 e 141 (che ha rilevato la violazione da parte del Tribunale del principio della durata ragionevole del procedimento e ridotto l’ammenda imposta alla ricorrente della somma di 50.000 ECU a titolo di “risarcimento equo, in ragione dell’eccessiva durata del procedimento”).

⁽⁸⁴⁾ V. Avv. gen. Bot, 21 giugno 2012, causa C-89/11 P, (nt. 81), § 108.

⁽⁸⁵⁾ Cause C-272/09 P *KME Germany e a./Commissione*; C-386/10 P *Chalkor/Commissione* (la “Sentenza d’appello *Chalkor*”), e C-389/10 P *KME Germany e a./Commissione* (la “Sentenza d’appello *KME*”), non ancora pubbl. in Raccolta. Per maggiore semplicità di esposizione, nel prosieguo è discussa la sola Sentenza d’appello *KME*, alla quale si riferisce la numerazione dei passaggi citati, ove non diversamente indicato.

rati nella decisione impugnata (Sentenza d'appello *KME*, punto 121). La Corte si è qui discostata dal principio che il controllo di legittimità sulle valutazioni economiche complesse condotte dalla Commissione è un controllo necessariamente limitato alla verifica, *inter alia*, dell'assenza di manifesti errori di valutazione. Lo standard del controllo marginale sembra, pertanto, superato.

Con specifico riguardo al controllo di legittimità *sul calcolo della sanzione*, la Corte — dopo aver ricordato perché la Commissione gode in quest'area di un potere discrezionale: essa è tenuta, sulla base di un esame approfondito delle circostanze dell'infrazione, a prendere in considerazione, ponderare e valutare un numero elevato di elementi relativi al parametro della gravità della condotta, pur se nel rispetto dei vincoli che si è auto-imposta adottando gli Orientamenti (*id.*, punti 122-128) — ha affermato che il Giudice UE “*non può basarsi sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione [nella] scelta degli elementi presi in considerazione in sede di applicazione dei criteri indicati negli [O]rientamenti, [o nella] valutazione di tali elementi, al fine di rinunciare a un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto*” (*id.*, punto 129) ⁽⁸⁶⁾. Così facendo, la Corte ha ribadito quanto già affermato al punto 121 (*il potere discrezionale della Commissione nel valutare situazioni economiche complesse non può esimere il giudice dal controllo*), con specifico riguardo al calcolo della sanzione sulla base degli Orientamenti, ma facendo espressamente un'aggiunta di non poca rilevanza: su questa parte della decisione impugnata il sindacato dev'essere esaustivo.

Passando al secondo pilastro del sistema, la giurisdizione estesa al merito in materia sanzionatoria, la Corte, dopo aver chiarito che il principio della tutela giurisdizionale effettiva non richiede un controllo d'ufficio della decisione impugnata (*id.*, punto 131), ha richiamato prima l'onere della Commissione di fornire la prova delle infrazioni alle regole di concorrenza che essa riscontra e di produrre gli elementi di prova idonei a dimostrare adeguatamente l'esistenza dei fatti che integrano l'infrazione (*id.*, punto 132), e poi il potere del Giudice UE di valutare tali prove (*id.*, punto 133).

Sulla base di tale ricognizione dei principi regolatori del sistema, la Corte ha rigettato la censura di violazione da parte del Tribunale del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo, formulata dalle ricorrenti, motivando come segue: “*Il controllo previsto dai Trattati implica ... che il giudice dell'Unione eserciti un controllo tanto in diritto quanto in fatto e che esso disponga del potere di valutare le prove, di annullare la decisione impugnata e di modificare l'ammontare delle ammende. Non risulta quindi che il controllo di legittimità ..., completato dalla competenza estesa al*

⁽⁸⁶⁾ V. anche Sentenza d'appello *Chalkor*, punto 62.

merito per quanto riguarda l'importo dell'ammenda ..., sia contrario ai dettami del principio della tutela giurisdizionale effettiva" (ibid.).

Infine, nella parte conclusiva della Sentenza d'appello *KME*, la Corte — escludendo che il Tribunale UE fosse incorso in errori di diritto — ha analizzato il modo in cui esso aveva concretamente svolto il controllo sulla decisione controversa nella sentenza appellata. La Corte ha statuito che — “sebbene a più riprese ... il Tribunale si sia riferito al «potere discrezionale», al «potere discrezionale sostanziale» o all'«ampio potere discrezionale» della Commissione” — “tali riferimenti non hanno impedito al Tribunale di esercitare il pieno e completo controllo, in fatto e in diritto, al quale esso è tenuto” (id., punto 136). Si tratta probabilmente del profilo meno convincente del provvedimento. Anzitutto, sul piano delle enunciazioni di principio, il passaggio argomentativo qui richiamato, che è stato all'evidenza ispirato dall'Avvocato generale Sharpston⁽⁸⁷⁾ e dalla Sentenza *Menarini*⁽⁸⁸⁾, appare insoddisfacente in termini di certezza giuridica⁽⁸⁹⁾. Inoltre, sarebbe stato auspicabile che la Corte motivasse in maniera esauriente e perspicua la propria conclusione che il Tribunale aveva esercitato correttamente il suo sindacato esteso al merito. La Corte ha, invece, sfortunatamente optato per la tecnica del rinvio generico ad altre parti della sentenza, senza neanche l'identificazione dei paragrafi con il relativo nu-

⁽⁸⁷⁾ V. Conclusioni *KME*, § 75 (v. *supra*, § 5). V. anche Sentenza d'appello *Chalkor*, punti 46 e 47: “Quando statuisce nell'ambito di un'impugnazione, il ruolo della Corte è quello di verificare se il Tribunale ha commesso errori di diritto nel modo in cui ha statuito sul ricorso di cui era investito. Di conseguenza, occorre verificare se il Tribunale, nella presente causa, abbia esercitato il controllo al quale è tenuto, senza tener conto della descrizione astratta e dichiaratoria del sindacato giurisdizionale che figura [n]ella sentenza impugnata, dal momento che tale descrizione non costituisce una risposta ai motivi dedotti dalla ricorrente nel suo ricorso e risulta non fornire il necessario sostegno al dispositivo della sentenza impugnata”.

⁽⁸⁸⁾ V. Sentenza *Menarini*, punti 63 e 64: “La Cour note que dans le cas d'espèce, les juridictions administratives se sont penchées sur les différentes allégations de fait et de droit de la société requérante. Elles ont dès lors examiné les éléments de preuve recueillis par l'AGCM. ... De ce fait, la Cour note que la compétence des juridictions administratives n'était pas limitée à un simple contrôle de légalité. Les juridictions administratives ont pu vérifier si, par rapport aux circonstances particulières de l'affaire, l'AGCM avait fait un usage approprié de ses pouvoirs. Elles ont pu examiner le bien-fondé et la proportionnalité des choix de l'AGCM et même vérifier ses évaluations d'ordre technique”; e Opinione concordante del Giudice Sajó (v. *supra*, nota 61).

⁽⁸⁹⁾ “This approach is far from satisfactory. The principle of effective judicial protection is better safeguarded, in a democratic society, by a legal test which complies with it and is clear and certain in advance, rather than by courts departing from a test which is not compliant with such a principle on a case-by-case basis and, more worryingly, without providing reasons for the departure from the non-compliant test but, on the contrary, purporting to apply it. Furthermore, a judicial review test which is not clear ex ante creates problems in the investigation of cases, because the Commission does not know which test it will be held to, and may provide an incentive for actions for annulment by applicants who would fail under the more deferential test but hope that the Union courts will depart from it”: NAZZINI, (nt. 1), 997 e 998. Cfr. *infra*, nota 108, per un'analoga critica al criterio del controllo esercitato in concreto, indipendentemente dallo standard di sindacato generale e astratto stabilito dalle norme applicabili, quale applicato dalla CEDU in *Menarini*.

mero, affermando in termini laconici: “*Relativamente alla parte che riguarda il modo in cui il Tribunale ha svolto il controllo della decisione controversa ..., il presente motivo coincide con i motivi dal secondo al quarto dell’impugnazione e dunque è già stato esaminato dalla Corte*” (id., punto 135). I limiti di oggetto del presente articolo non consentono una disamina approfondita della Sentenza di appello *KME* relativamente alle parti di essa in cui la Corte ha respinto il secondo (punti 58-65), il terzo (punti 72-82) e il quarto motivo d’appello (punti 93-100). Tuttavia, la lettura dei passaggi rilevanti — anche se il linguaggio utilizzato dalla Corte è stato accuratamente scelto per suggerire il contrario — non elimina l’impressione che in più punti il Tribunale avesse davvero omesso di effettuare un sindacato pieno, intenso e completo, preferendo deferire al potere discrezionale della Commissione, come le ricorrenti avevano dedotto in giudizio ⁽⁹⁰⁾.

7. (segue) *Riflessioni sull’articolazione tra sindacato di legittimità e piena giurisdizione anche alla luce della sentenza Posten Norge della Corte AELS.* — Ciò nonostante, e a prescindere dalle criticità che presenta la soluzione del caso della specie alla quale la Corte è pervenuta, la Sentenza d’appello *KME* si segnala per certe innovative affermazioni di principio in essa contenute. Si è già osservato come nel punto 131 la Corte, sulla premessa che il procedimento dinanzi al Giudice UE ha carattere contraddittorio, abbia enfatizzato che, nel quadro della giurisdizione estesa al merito, è compatibile con il principio della tutela giurisdizionale effettiva la mancanza di controllo d’ufficio della decisione impugnata: l’esercizio di tale potere dev’essere espressamente richiesto dal ricorrente, precisando i motivi alla base di tale richiesta e adducendo elementi probatori per corroborarli. La ragione per la quale si richiama tale passaggio argomentativo — che sembra anch’esso essere stato ispirato dalle conclusioni dell’Avvocato generale Sharpston, peraltro mai citate nel provvedimento ⁽⁹¹⁾ — è che esso sembra non in linea con quanto affermato dalla Corte in *Groupe Danone*, vale a dire, che la competenza di merito sulle sanzioni dev’essere esercitata dal Giudice UE in tutti i casi in cui “*il problema dell’importo dell’ammenda è sottoposto alla sua valuta-*

⁽⁹⁰⁾ Lo stesso dicasi, *mutatis mutandis*, per la Sentenza d’appello *Chalkor* (punti 69-83).

⁽⁹¹⁾ V. Conclusioni *KME*, § 74: “*il procedimento dinanzi [al Tribunale] si svolge in contraddittorio. Né l’art. 6 della [Convenzione] né la giurisprudenza della [CEDU] richiedono che un «tribunale indipendente e imparziale» svolga indagini, di propria iniziativa, su questioni che non sono state sollevate dinanzi ad esso. Ovviamente, la giurisprudenza di detta Corte presuppone che siano state sollevate in tal modo determinate questioni di ordine pubblico (relative essenzialmente alle garanzie procedurali), ma, sotto altri aspetti, l’esercizio da parte del Tribunale della sua competenza anche di merito deve essere valutato a fronte del contenuto degli argomenti sui quali gli è stato chiesto di pronunciarsi*”.

zione”⁽⁹²⁾. D'altra parte, come più di recente è stato opinato dagli Avvocati generali Bot⁽⁹³⁾ e Mengozzi⁽⁹⁴⁾, la regola del *ne ultra petita* vincola il Giudice UE, nell'esercizio della sua giurisdizione estesa al merito, solamente nel senso che il relativo potere non può essere esercitato qualora la riforma della sanzione non sia richiesta dal ricorrente. Il Giudice UE, per parte sua, ha però il potere di prendere in considerazione tutti gli elementi utili d'informazione in suo possesso che ritenga pertinenti per valutare l'importo dell'ammenda censurata, anche se non prodotti dal ricorrente. In ogni caso, chi scrive ritiene che, perché possa dirsi soddisfatto il principio *ne ultra petita*, non è richiesto che siano dedotti in giudizio anche vizi unicamente a sostegno della domanda di riforma della decisione impugnata, essendo sufficiente che nel ricorso sia formulata *inter alia* la domanda di ridurre l'importo dell'ammenda inflitta sulla base degli stessi motivi dedotti per ottenerne l'annullamento, anche per il caso in cui gli stessi siano disattesi nel contesto del sindacato di legittimità⁽⁹⁵⁾.

Il secondo elemento di novità, già rilevato *supra*, è dato dal riferimento, del quale non si rinvergono precedenti nella giurisprudenza della Corte, al controllo approfondito, tanto in fatto quanto in diritto, al quale il Tribunale è tenuto con riguardo alla legittimità della decisione impugnata (*id.*, punto 121), in particolare della sanzione imposta (*id.*, punto 129). Interpretato letteralmente, esso può voler dire che il controllo di legittimità, ivi incluso quello sull'esercizio dei poteri sanzionatori della Commissione, non può essere ristretto a quello dell'esistenza di errori manifesti da essa commessi. La portata dirompente di tale proposizione si apprezza

⁽⁹²⁾ Corte UE, 8 febbraio 2007, causa C-3/06 P, *Groupe Danone/Commissione*, Racc., I-1331, punto 62. Per quanto riguarda il calcolo dell'importo definitivo dell'ammenda, il Tribunale aveva rilevato che la Commissione, nel calcolo dell'ammenda inflitta al Groupe Danone, si era discostata dalla metodologia enunciata negli Orientamenti e aveva deciso, in virtù della sua giurisdizione estesa al merito, che andava applicato all'importo di base dell'ammenda inflitta alla ricorrente un aumento del 40% a titolo di circostanza aggravante della recidiva, benché la questione della legittimità dell'applicazione di siffatto coefficiente non fosse stata sollevata in primo grado. La Corte ha rigettato con la motivazione evocata nel testo la doglianza della ricorrente, secondo la quale il Tribunale aveva giudicato *ultra petita*, esercitando la sua giurisdizione estesa al merito in quel giudizio in mancanza di qualsiasi domanda in proposito.

⁽⁹³⁾ V. *supra*, note 81, 82 e 84 e relative parti del testo.

⁽⁹⁴⁾ V. Avv. gen. Mengozzi, 19 luglio 2012, causa C-286/11 P, *Commissione/Tomkins*, non ancora pubblicate in Racc., §§ 38-47 e 64-70, secondo cui la regola del *ne ultra petita* non si applica nell'ambito dell'esercizio da parte del Tribunale della sua giurisdizione estesa al merito, quest'ultimo potendo prendere in considerazione tutte le circostanze di fatto al fine di verificare l'adeguatezza delle ammende inflitte dalla Commissione alle imprese, ivi inclusi gli accertamenti di fatto compiuti dallo stesso Tribunale nell'ambito di cause concomitanti relative a entità societarie diverse di una stessa impresa, purché nel rispetto del principio del contraddittorio, e dunque dando alla parte interessata l'opportunità di contestare tali accertamenti, costituenti elementi decisivi per l'esito del procedimento.

⁽⁹⁵⁾ Il ricorrente è anche tenuto a produrre seri indizi o altri elementi probatori a supporto, e comunque tutti gli elementi d'informazione in suo possesso ritenuti pertinenti per valutare l'importo dell'ammenda oggetto di censura (v. *supra*, nota 76).

tenendo presente che la giurisprudenza pacificamente associa al potere discrezionale del quale la Commissione gode allorché effettua valutazioni economiche complesse — quale, sempre secondo la giurisprudenza, la determinazione della sanzione ⁽⁹⁶⁾ — un potere di sindacato marginale, fondato sullo standard dell'errore manifesto. Sulla stessa falsariga, i riferimenti fatti dalla Corte all'onere della Commissione di provare adeguatamente l'esistenza dei fatti che integrano la violazione riscontrata e al potere del giudice dell'Unione di valutare le prove da essa fornite (punti 132 e 133) possono essere interpretati quale un implicito e indiretto riconoscimento dell'obbligo del Tribunale di esaminare in maniera piena e approfondita i motivi e gli argomenti della ricorrente che mettono in questione anche la costatazione dell'infrazione, ivi incluse la correttezza e la completezza della base fattuale della decisione impugnata. Si tratta all'evidenza di un importante *revirement* della giurisprudenza in materia, e non a caso uno dei primi commenti sulle Sentenze d'appello *KME* e *Chalkor* ha evocato con entusiasmo i rintocchi della “*campana a morto*” del controllo marginale delle valutazioni economiche complesse e del test dell'errore manifesto ⁽⁹⁷⁾.

Posto ciò, va anche dato atto del fatto che il linguaggio, lo stile e la struttura dei due provvedimenti risentono di un ordine di ragionamento sfuggente e poco lineare, anche per quanto riguarda il modo in cui le citazioni della giurisprudenza sono state inserite nella motivazione. In altre parole, per affermare una volta per tutte che il controllo di legittimità è sempre pieno e approfondito, e pertanto, in presenza di valutazioni economiche complesse della Commissione — vuoi in sede di esercizio dei poteri sanzionatori, vuoi addirittura in sede di costatazione dell'infrazione, sempre ammesso che in tale sede possa esserle riconosciuto un margine di discrezionalità ⁽⁹⁸⁾ —, non può essere ristretto a quello dell'esistenza di

⁽⁹⁶⁾ V. *supra*, note 69-72 e relative parti del testo.

⁽⁹⁷⁾ V. MUGUET-POULLENNEC-DOMENICUCCI-HOSEINIAN, (nt. 1), 22 del testo dattiloscritto.

⁽⁹⁸⁾ Allorché la Corte, proprio all'inizio della propria analisi del motivo di *KME* concernente la violazione del diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo (sentenza d'appello *KME*, punto 121), ha richiamato il principio che il potere discrezionale di cui la Commissione gode negli ambiti che richiedono valutazioni economiche complesse non esclude che il giudice dell'Unione possa controllare l'interpretazione che essa fa di dati di natura economica, essa ha trasposto al sindacato sui ricorsi in materia di violazioni *hardcore* delle regole di concorrenza la c.d. “dottrina *Tetra Laval*”, elaborata nella ben diversa materia del sindacato sulle decisioni adottate nel controllo sulle concentrazioni tra imprese (vedi *supra*, note 22-24). Tale parallelo appare poco meditato in quanto sembra implicitamente fondato sulla premessa, dalla quale gli Autori dissentono nel modo più netto, che una costatazione d'infrazione al divieto dei cartelli implichi un potere discrezionale della Commissione — proprio come il controllo delle concentrazioni, al quale è propria un'analisi economica di carattere prospettico. Peraltro, non va dimenticato che la Corte, richiamando la “dottrina *Tetra Laval*”, è comunque rimasta ben ancorata allo standard dell'errore manifesto, atteso che secondo la giurisprudenza anche il controllo di legittimità sulle decisioni della Commissione in materia di concentrazioni tra imprese, che evidentemente nulla hanno a che fare con la comminazione di sanzioni sulla base di un'accusa di natura penale, è limitato all'errore manifesto: v., *ex multis*, Trib. UE, 25 marzo

errori manifesti, sarebbe stato auspicabile che la pronuncia della Corte fosse elaborata in termini inequivoci, come ad esempio ha fatto la Corte AELS pochi mesi dopo nella sentenza *Posten Norge*, discussa *infra* (v. note 110-113 e relative parti del testo). In particolare, la Corte avrebbe potuto statuire una volta per tutte che la Commissione, quando accerta la sussistenza d'infrazioni *hardcore* come i cartelli alla luce degli elementi di prova da essa prodotti, o applica gli Orientamenti, non esercita poteri di carattere discrezionale⁽⁹⁹⁾. Tale premessa avrebbe spiegato in modo chiaro e perentorio perché il controllo di legittimità del Giudice UE, incluso quello sull'esercizio del potere sanzionatorio, non possa che essere un controllo pieno e approfondito, tanto in fatto quanto in diritto.

Inoltre, sussiste un'altra ragione per opinare che l'affermazione del carattere pieno e approfondito del controllo di legittimità del Giudice UE, contenuta nei punti 121 e 129 della Sentenza d'appello *KME*, va interpretata come riferita non all'intero provvedimento impugnato, ma al solo esercizio del potere sanzionatorio da parte della Commissione. Com'è noto il giudice UE non può statuire *ultra petita*, fatta eccezione per i motivi di ordine pubblico⁽¹⁰⁰⁾, e nella specie le ricorrenti *KME* e *Chalkor* non avevano contestato le decisioni impugnate nelle parti che contenevano l'accertamento delle infrazioni⁽¹⁰¹⁾. Pertanto, secondo tale approccio "ortodosso", statuire sull'intensità del sindacato di legittimità che il Tribunale è chiamato a esercitare *sull'accertamento dell'illecito concorrenziale* sarebbe stato arbitrario *ultra petita* e comunque non utile nel contesto dei fatti della causa. Sebbene la Corte non abbia avvertito la necessità di

1999, causa T-102/96, (nt. 24), punti 164, 165 e 245, e Corte UE, 29 giugno 2010, causa C-441/07 P, (nt. 25), punto 63.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. BRONCKERS-VALLERY, (nt. 1), 5: "... it is difficult to accept that the Commission enjoys discretion when deciding to impose criminal penalties. This is the legality principle *nullum crimen, nulla poena sine lege* embodied in Art. 7 ECHR. The exercise of discretion by definition is not predictable. If certain key aspects of a fining decision become too complex for judicial review, one is inclined to think that they must also be too complex for a company to have anticipated in defining its conduct".

⁽¹⁰⁰⁾ Come affermato ai punti 129 e 131 della Sentenza di appello *KME*, "il giudice dell'Unione ha il compito di effettuare il controllo di legittimità ad esso incombente sulla base degli elementi prodotti dalle ricorrenti a sostegno dei loro motivi. ... l'esercizio della competenza estesa al merito non equivale a un controllo d'ufficio e ... il procedimento dinanzi ai giudici dell'Unione è di tipo contraddittorio. Ad eccezione dei motivi di ordine pubblico, che devono essere sollevati d'ufficio dal giudice, ... spetta al ricorrente sollevare motivi contro [la decisione impugnata] e addurre elementi probatori per corroborare tali motivi". V. Sentenza d'appello *Chalkor*, punti 49 e 66, con riguardo all'esercizio della giurisdizione estesa al merito sulle sanzioni: "la Corte non è tenuta a procedere d'ufficio ad un controllo completo della sentenza impugnata, bensì a rispondere ai motivi dedotti dalla ricorrente. ... La mancanza di controllo d'ufficio di tutta la decisione impugnata non viola il principio della tutela giurisdizionale effettiva. Non è indispensabile al rispetto di tale principio che il Tribunale, che è senza dubbio tenuto a rispondere ai motivi sollevati e ad esercitare un controllo tanto in diritto quanto in fatto, sia tenuto a procedere d'ufficio ad una nuova istruzione completa del fascicolo".

⁽¹⁰¹⁾ V. Conclusioni *KME*, paragrafo 70, e Sentenza d'appello *KME*, punto 25.

enfattizzarlo, a differenza di quanto aveva fatto l'Avvocato generale Sharpston nelle Conclusioni *KME* (vedi *supra*, nota 55 e relativa parte del testo), la sua analisi non avrebbe, perciò, avuto a oggetto che il sindacato sull'esercizio del potere sanzionatorio (calcolo della sanzione e carattere adeguato e proporzionato del suo ammontare) ⁽¹⁰²⁾; i rilievi effettuati ai punti 121 e 129 costituirebbero, così, *obiter dicta* pronunciati al di là dei limiti della controversia a essa sottoposta ⁽¹⁰³⁾.

Un altro aspetto problematico della Sentenza d'appello *KME* e *Chalkor* riguarda il parametro sulla base del quale la Corte ha scelto di sviluppare la propria analisi del motivo d'appello concernente la violazione del diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo. A differenza dell'Avvocato generale Sharpston (vedi *supra*, § 5) e di quanto la Corte stessa aveva fatto nella citata causa *Baustahlgewebe* (vedi *supra*, nota 83 e relativa parte del testo), la Corte ha fatto riferimento non all'art. 6 della Convenzione, che pure le ricorrenti avevano invocato in via principale, bensì esclusivamente al principio generale della tutela giurisdizionale effettiva sancito dall'art. 47 della Carta di Nizza. Ciò spiega perché nelle pronunce in commento manchi qualsiasi riferimento alla Sentenza *Menarini* e alla copiosa giuri-

⁽¹⁰²⁾ Pertanto, nei passaggi argomentativi contenuti nei punti 132 e 133 della Sentenza d'appello *KME*, richiamati *supra* nel testo, la Corte avrebbe anche indebitamente sovrapposto il profilo dei limiti e dello standard del sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere sanzionatorio della Commissione a quello — estraneo all'oggetto del giudizio, come si è precisato — dei limiti e dello standard del sindacato giurisdizionale sulla constatazione dell'infrazione.

⁽¹⁰³⁾ Cfr., *mutatis mutandis*, Corte UE, 29 marzo 2011, causa C-352/09, *Thyssen-Krupp Nirosta/Commissione*, non ancora pubbl. in Raccolta, punti 125 ss., in part. 129-132 (secondo cui, qualora il Giudice UE debba limitarsi a determinare il contenuto di una dichiarazione resa da un'impresa, al fine di costatare che essa è diretta a operare il trasferimento a tale impresa, in quanto acquirente nel quadro di un'operazione di concentrazione, della responsabilità per la condotta illegittima tenuta da altra impresa, giudicare della legittimità di tale trasferimento di responsabilità costituisce un *obiter dictum* pronunciato al di là dei limiti della controversia sottoposta al Tribunale e non ha quindi risolto, né effettivamente né necessariamente, un punto di diritto. Tale rilievo non può, quindi, rivestire autorità di cosa giudicata, la quale riguarda unicamente i punti di fatto e di diritto effettivamente o necessariamente decisi dalla pronuncia giudiziale di cui trattasi). La pronuncia citata — resa dalla Grande sezione della Corte e ispirata alla distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dicta*, rilevante negli ordinamenti giuridici di *common law*, secondo la quale solo la prima è suscettibile di vincolare gli altri giudici per il futuro (v. ARNULL, *Owning up to Fallibility: Precedent and the Court of Justice*, in *Common Market L. Rev.*, 1993, 249) — non attiene, peraltro, alla diversa questione del valore di precedente delle sentenze del Giudice UE. Dalla mancata consacrazione della regola dello *stare decisis* nel sistema giurisdizionale UE (*Ibid.*, 248 e 249 (ove pure ulteriori riferimenti bibliografici), e SCHERMERS-WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Communities*, The Hague/London/New York, Kluwer Law International, 2001 (6a ed.), 134-136), discende il tradizionale orientamento secondo il quale sarebbe "del tutto secondaria la distinzione, in una sentenza, fra considerazioni decisive ed osservazioni puramente incidentali. Tutto quanto detto nella sentenza manifesta la volontà della Corte": Avv. gen. Roemer, 7 giugno 1962, causa 9/61, *Paesi Bassi/Alta autorità*, Racc., 454). La Corte non manca certo di curare che vi sia continuità della sua giurisprudenza e che le sue pronunce siano fra di loro logicamente compatibili e non contraddittorie, ma non è tecnicamente vincolata dalle sue precedenti sentenze.

sprudenza della CEDU concernente il diritto fondamentale di accesso a un tribunale indipendente e imparziale. Poiché le ragioni di tale scelta non sono state indicate dalla Corte né sono evidenti, occorre indagare se e quali effetti ne discendano, siano essi stati perseguiti intenzionalmente o meno. La prima osservazione che può farsi è che tale percorso analitico ha consentito alla Corte di non prendere posizione sulla questione se le sanzioni *antitrust* irrogate dalla Commissione rientrino nel diritto penale in senso stretto. La Corte sembra aver proceduto semplicemente sull'assioma che tali sanzioni si collochino al di fuori del c.d. *hard core* e possano, perciò, essere irrogate in prima istanza da un organo amministrativo a conclusione di una procedura priva di carattere quasi-giudiziario, salvo il successivo sindacato di piena giurisdizione. In realtà, tuttavia, è assai dubbio che l'applicazione in via esclusiva dell'art. 47 della Carta di Nizza potesse consentire alla Corte di pervenire, sia pur implicitamente, a una conclusione siffatta, atteso che la norma in questione ha portata più ampia rispetto all'art. 6⁽¹⁰⁴⁾. Così stando le cose, è sostenibile che, in virtù del principio generale della tutela giurisdizionale effettiva, le garanzie dell'equo processo, offerte dall'art. 6 della Convenzione, debbano necessariamente essere applicate in tutto il loro rigore alle procedure relative a violazioni delle regole di concorrenza a partire dalla determinazione della sanzione in primo grado, a prescindere da come le ammende imposte dalla Commissione *ex art.* 23 del reg. (CE) n. 1/2003 vadano classificate ai sensi e per gli effetti dello stesso art. 6⁽¹⁰⁵⁾. Nella specie la questione della compatibilità con l'art. 47 della carta di Nizza della comminazione di sanzioni penali da parte di un organo amministrativo non indipendente e non imparziale qual è la Commissione — dato il suo triplice ruolo di inquirente, accusatore e organo decisorio — non era stata sollevata da

⁽¹⁰⁴⁾ “[L]’articolo 47, paragrafi 2 e 3 [della Carta di Nizza], corrisponde all’articolo 6, paragrafo 1, della CEDU, ma la limitazione alle controversie su diritti e obblighi di carattere civile o su accuse in materia penale non si applica al diritto dell’Unione e alla sua attuazione”: Spiegazioni relative alla carta dei diritti fondamentali — “elaborate, nella versione iniziale, sotto l’autorità del praesidium della Convenzione che aveva redatto la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e ... aggiornate sotto la responsabilità del praesidium della Convenzione europea, sulla scorta degli adeguamenti redazionali che quest’ultima Convenzione ha apportato al testo della Carta (in particolare agli articoli 51 e 52) e dell’evoluzione del diritto dell’Unione” —, nella sezione “Spiegazione relativa all’articolo 52 — Portata e interpretazione dei diritti e dei principi / Articoli della Carta che hanno significato identico agli articoli corrispondenti della CEDU ma la cui portata è più ampia” (GU 2007, C 303, 34). In virtù dell’art. 6(1), terzo comma, TUE: “I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni”. Si ricordi che a norma dell’art. 52(3) della Carta di Nizza: “Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla [Convenzione], il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell’Unione conceda una protezione più estesa”.

⁽¹⁰⁵⁾ V. KILLICK-BERGHE, (nt. 1), 271.

KME e Chalkor nei loro appelli, ma è probabilmente solamente questione di tempo prima che il Giudice UE si trovi chiamato a pronunciarsi su detta questione ⁽¹⁰⁶⁾.

Si potrebbe argomentare, altresì, che la Corte, con il fare riferimento esclusivamente al principio generale della tutela giurisdizionale effettiva sancito dall'art. 47 della Carta di Nizza e disinteressandosi dell'art. 6 della Convenzione, ha evitato di affrontare la questione se il sindacato *di legittimità* ex art. 263 TFUE sulle sanzioni possa qualificarsi come esercizio di “piena giurisdizione”. Tuttavia, una tale questione sarebbe, in realtà, priva di rilevanza agli effetti pratici, atteso che nel sistema UE il controllo di legittimità è completato, per quanto riguarda l'importo dell'ammenda, dalla giurisdizione estesa al merito ex artt. 261 TFUE e 31 del reg. (CE) n. 1/2003, che certamente, almeno in astratto e in generale, corrisponde alla nozione di “piena giurisdizione”. Né la Corte ha trattato la questione se soddisfi oppur no i requisiti della “piena giurisdizione” il sindacato di legittimità del Giudice UE, contemplato dal Trattato, con riguardo all'accertamento da parte della Commissione di un illecito *antitrust*: questione, questa, della quale non era investita ⁽¹⁰⁷⁾, e che, peraltro, in base alle indicazioni che possono trarsi dalla Sentenza *Menarini*, merita a nostro avviso risposta negativa, a meno di non volersi sostenere che il Giudice UE esercita sistematicamente ex art. 263 TFUE un sindacato che in realtà eccede i limiti propri del controllo di legalità. In effetti, come discusso *supra* (vedi § 5), in *Menarini* la CEDU in tanto ha escluso la sussistenza della denunciata violazione dell'art. 6(1) della Convenzione in quanto ha statuito — sulla base di una propria opinabile, e contestata (nell'opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque), ricostruzione delle caratteristiche del sistema di sindacato giurisdizionale nell'ordinamento amministrativo italiano — che la competenza del giudice amministrativo non era limitata a un semplice controllo di legittimità, avendo esso potuto in concreto verificare se, nelle particolari circostanze della causa, l'autorità di concorrenza aveva esercitato i suoi poteri in maniera appropriata, analizzando anche l'adeguatezza e la proporzionalità del provvedimento impugnato e controllando le valutazioni di ordine tecnico in esso contenute (punto 64). A prescindere dalla questione se ciò sia sufficiente a integrare una piena giurisdizione — nozione, questa, che si attaglia piuttosto al potere di agire come un giudice d'appello che esamina il fascicolo e se ne riappropria *ex novo*, valutando in maniera indipendente il fatto e il diritto anche al di là dei punti contestati dall'impresa ricorrente —, la soluzione

⁽¹⁰⁶⁾ V., in particolare, Trib. UE, causa T-486/11, *Telekomunikacja Polska/Commissione* (pendente; GU 2011, C 340/27).

⁽¹⁰⁷⁾ Come si è già osservato (v. *supra*, note 55 e 101 e relative parti del testo), tale questione era estranea ai motivi d'appello, e dunque eccedeva i limiti della controversia sottoposta alla Corte.

consacrata nella motivazione della Sentenza *Menarini*, secondo la quale rileva più l'intensità del controllo effettuato in concreto che lo standard di sindacato stabilito dalle norme applicabili, solleva gravi criticità sotto il profilo della certezza giuridica⁽¹⁰⁸⁾. Non può perciò escludersi che la Grande Sezione della CEDU possa — ove investita di questione analoga in futuro, con riguardo all'ordinamento italiano ovvero a quello UE, una volta completata l'adesione dell'UE alla Convenzione⁽¹⁰⁹⁾ — risolverla diversamente, riconoscendo che controllo di legittimità e controllo di piena giurisdizione sono per definizione nozioni profondamente diverse.

Come menzionato *supra*, della questione se il sindacato di legittimità con riguardo all'accertamento di un illecito *antitrust* da parte dell'autorità di concorrenza soddisfi o meno i requisiti della “piena giurisdizione” *ex art.*

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. BELLAMY, (nt. 1), 8 e 9: “*the argument that the control exercised in practice, irrespective of the texts, is sufficient to comply with Article 6(1) ECHR is unpersuasive: a situation in which the decisional practice of the Courts diverges from the texts governing their jurisdiction is legally unsound. A right as fundamental as the right to a Court of full jurisdiction cannot be founded on ambiguity, but should be anchored, fairly and squarely, in the founding texts of the Treaties. [Moreover], whatever gloss may be found in the jurisprudence seeking to emphasise the intensity of the Court's review over the facts and law, and the obligation to give reasons, it is simply inherent in the concept of the control of legality that it is a lesser form of review than full jurisdiction. Under a control of legality approach, it is inevitable that the Commission will always retain a substantial margin of appreciation*”.

⁽¹⁰⁹⁾ V. *supra*, nota 30. Fino a tale momento, un eventuale ricorso contro l'UE per violazione dell'art. 6 Convenzione concernente il sindacato giurisdizionale esercitato dal Giudice UE sulle decisioni della Commissione sarebbe dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione *ratione personae*: Comm. EDU, 10 luglio 1978, *Confédération Française Démocratique du Travail c. Comunità europea*, ric. n. 8030/77; e CEDU, 20 gennaio 2009, *Coöperatieve Producentenorganisatie Van De Nederlandse Kokkel Visserij c. Paesi Bassi*, ric. n. 13645/05, ECHR, proposto contro i Paesi Bassi ma con riguardo a un'asserita violazione dell'art. 6(1) commessa dalla Corte di giustizia mediante il rifiuto di consentire all'impresa ricorrente di presentare deduzioni sulle conclusioni presentate dall'Avvocato generale nel contesto della causa C-127/02, originata da un rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato olandese. In alternativa, l'interessato potrebbe ricorrere contro tutti gli Stati membri UE per far dichiarare la loro responsabilità individuale e collettiva per atti del Giudice UE, sulla base del loro asserito obbligo *ex art.* 6(1) Convenzione, al momento dell'istituzione dell'UE o della loro adesione, di assicurare la conformità alla Convenzione del relativo sistema di tutela giurisdizionale dei diritti. In tale scenario, un'asserita violazione della Convenzione potrebbe essere attribuita a un'Alta Parte Contraente/Stato membro UE qualora risultasse che la protezione del diritto fondamentale in questione generalmente garantita dall'UE non è equivalente a quella assicurata dalla Convenzione e che gli Stati in questione sono stati coinvolti, anche solo indirettamente, negli atti contrari alla Convenzione. Per un precedente in tal senso, v. CEDU, 10 marzo 2004, *Senator Lines c. Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna, Svezia e Regno Unito* [GC], ric. n. 56672/00, ECHR-IV, secondo cui gli Stati resistenti erano responsabili per atti delle istituzioni comunitarie, in particolare il rifiuto del Tribunale di sospendere in via cautelare l'obbligo di pagamento di una sanzione *antitrust* imposta dalla Commissione, che era tale da comportare la messa in liquidazione della società ricorrente, in violazione dei suoi diritti a un'udienza giusta, a un accesso effettivo alla tutela giurisdizionale e alla presunzione d'innocenza, in spregio all'art. 6. Nella specie, tuttavia, poiché la Commissione non aveva mai proceduto a riscuotere l'ammenda mediante azione esecutiva e la decisione fu poi annullata nel merito dal Tribunale prima ancora che la CEDU si pronunciasse, il ricorso di *Senator Lines* fu infine dichiarato inammissibile.

6(1) della Convenzione si è recentemente occupata la Corte AELS nella causa *Posten Norge* ⁽¹¹⁰⁾. In detta causa l'operatore postale svedese aveva impugnato la decisione del 2010 dell'Autorità di vigilanza AELS (l'"ESA") — autorità che nell'ordinamento dell'Associazione europea di libero scambio esercita poteri analoghi a quelli della Commissione, *inter alia*, in sede di applicazione delle regole di concorrenza contenute nell'Accordo sullo Spazio economico europeo — di irrogarle un'ammenda di € 12,89 milioni per abuso di posizione dominante nel mercato dei pacchi *business-to-consumer*, in violazione dell'art. 54 dell'Accordo SEE. Dinanzi alla Corte AELS, che decide in primo e unico grado, la ricorrente aveva censurato esclusivamente le circostanze e la valutazione delle stesse che avevano indotto l'ESA a concludere che la condotta costatata era abusiva. Peraltro, in via preliminare, *Posten Norge* deduceva al riguardo che al fine di rispettare l'art. 6(1) della Convenzione la Corte AELS avrebbe dovuto esercitare poteri di piena giurisdizione nell'esaminare il suo ricorso, mentre l'ESA ribatteva che le condanne *antitrust* non rientrano nel "nocciolo duro" del diritto penale e che la consolidata giurisprudenza del Giudice UE, rispettosa delle garanzie contemplate dall'art. 6(1), consente di limitare al caso dell'errore manifesto la riforma delle valutazioni economiche complesse contenute nel provvedimento impugnato, qual era appunto, a sua detta, l'apprezzamento della situazione competitiva effettuato nella specie dall'ESA. Richiamando la Sentenza *Menarini*, la Corte AELS ha escluso che l'ESA, quando impone un'ammenda per la violazione delle regole di concorrenza, disponga di alcun margine di discrezionalità nella valutazione di materie economiche complesse che vada al di là di quello che discende necessariamente dai limiti inerenti al sistema del sindacato di legittimità. Inoltre, in un caso al quale si applicano le garanzie offerte dal profilo penale dell'art. 6 della Convenzione, la questione se le prove fornite a supporto della decisione impugnata consentano di corroborare le conclusioni tratte sul loro fondamento va risolta avendo riguardo alla presunzione d'innocenza. Pertanto, benché la Corte AELS non possa sostituire le proprie valutazioni a quelle dell'ESA — e dunque la circostanza che essa in ipotesi dissenta dal peso assegnato dall'ESA ai singoli fattori ritenuti rilevanti, nel contesto di una valutazione complessa di prove di carattere economico, non pregiudichi la legalità dell'apprezzamento dell'ESA —, essa deve tuttavia essere convinta del fatto che le conclusioni alle quali l'ESA perviene trovano sostegno nel quadro fattuale. Di conseguenza, la

⁽¹¹⁰⁾ Corte AELS, 18 aprile 2012, causa E-15/10, *Posten Norge/Autorità di vigilanza AELS*, non ancora pubbl. in Racc. EFTA (disponibile online all'indirizzo http://www.efta-court.int/index.php/cases/posten_norge_as_v_efta_sur-veillance_authority1). V. anche BARBIER DE LA SERRE, *A lesson on judicial review from the other European Court in Luxembourg* (27 aprile 2012; disponibile online all'indirizzo <http://kluwercompetitionlawblog.com/2012/04/27/a-lesson-on-judicial-review-from-the-other-european-court-in-luxembourg/>).

Corte AELS ha espressamente rigettato l'argomento secondo il quale il suo potere d'intervento sarebbe limitato ai casi in cui essa consideri che una valutazione economica complessa effettuata dall'ESA è manifestamente errata ⁽¹¹¹⁾.

Pur apprezzando la portata in certo modo dirompente della sentenza *Posten Norge*, che è prevedibile sia destinata ad alimentare ulteriormente il già vivace dibattito da tempo in corso, gli Autori non sono interamente persuasi dal percorso argomentativo che la Corte AELS sembra aver percorso per giungere alle conclusioni sopra evocate. Dati i limiti ad esso connaturati, che la Corte AELS ha correttamente richiamato ⁽¹¹²⁾, il sindacato di legittimità per sua natura è qualcosa di profondamente diverso dalla nozione di piena giurisdizione ai sensi e per gli effetti dell'art. 6(1) della Convenzione. Non può, pertanto, ritenersi che il diritto all'equo processo non sia violato sol perché il sistema contempla un controllo di legittimità, sia pure reso più effettivo e incisivo dall'abbandono della *judicial deference* ⁽¹¹³⁾. Il vero e definitivo passo in avanti non può che consistere nell'affermare, in termini netti e una volta per tutte, che il Giudice UE è tenuto a esercitare sulle decisioni *antitrust* della Commissione un sindacato esteso al merito *sull'intero provvedimento impugnato*, ivi compreso l'accertamento dell'illecito concorrenziale, anziché solamente sul calcolo della sanzione e sul suo carattere adeguato, proporzionato ed equo.

Tornando, conclusivamente, all'analisi delle Sentenze d'appello *KME*

⁽¹¹¹⁾ Id., punti 100-102. Peraltro, il sindacato di legittimità condotto sulla decisione impugnata non ha rivelato vizi che ne imponessero l'annullamento. Avendo riscontrato la violazione del principio del termine ragionevole del procedimento amministrativo, la Corte AELS ha ridotto l'ammenda controversa all'importo di € 11.112.000, nell'esercizio della sua competenza giurisdizionale estesa al merito (punti 275-288).

⁽¹¹²⁾ “*The analysis of the pleas in law raised in [an action for annulment] has neither the object nor the effect of replacing a full investigation of the case in the context of an administrative procedure. ... [T]he fact that the Court is restricted to a review of legality precludes it from annulling the contested decision if there can be no legal objection to the assessment of ESA, even if it is not the one which the Court would consider to be preferable*”: *ibid.*, (punto 98).

⁽¹¹³⁾ Perplexità suscita anche l'affermazione che la Corte AELS, dopo aver richiamato la citata giurisprudenza *Jussila* della CEDU (v. *supra*, note 40, 42 e 43 e relative parti del testo), ha fatto al punto 90 della sentenza *Posten Norge*, e secondo la quale — alla luce della natura e della severità dell'accusa in questione, ivi compresi l'onerosità dell'ammenda e lo stigma associato alla responsabilità per violazione del divieto di abuso di posizione dominante — la causa non verteva su un'accusa penale di rilevanza minore, ai sensi e per gli effetti dell'art. 6 della Convenzione. In effetti, secondo la Sentenza *Menarini*, l'esistenza in astratto e l'esercizio in concreto di un sindacato di piena giurisdizione da parte del giudice competente rendono compatibile con la Convenzione un sistema di *enforcement* delle regole mediante decisioni amministrative che impongono sanzioni penali solamente qualora si versi al di fuori dell’*“hard core of criminal law”*, mentre nel caso contrario — che secondo la Corte AELS era quello della specie — le garanzie offerte dal profilo penale devono essere applicate *in tutto il loro rigore, inclusa l'indipendenza e imparzialità dell'organo che irroga la sanzione, già nella fase della constatazione dell'infrazione*.

e *Chalkor*, è innegabile che con esse si è realizzato un significativo e promettente avanzamento della giurisprudenza del Giudice UE nella materia. Molto rimane, però, ancora da chiarire — probabilmente rimandato a una futura pronuncia della Corte in seduta plenaria o in grande Sezione. In che modo, in particolare, il controllo di legittimità approfondito sulle valutazioni discrezionali della Commissione, al quale la Corte ha fatto riferimento, possa e debba conciliarsi in concreto con il persistente potere discrezionale della Commissione nell'interpretare dati di natura economica è questione che solo le pronunce sul tema a venire potranno chiarire e definire⁽¹¹⁴⁾. E di certo non è incoraggiante riscontrare che la giurisprudenza successiva non sembra aver colto nell'“ascolto” delle Sentenze d'appello *KME* e *Chalkor* i rintocchi della “campana a morto” del controllo marginale delle valutazioni economiche complesse e del test dell'errore manifesto⁽¹¹⁵⁾. Anche in dottrina è stata avanzata l'idea che la Corte abbia probabilmente perso un'ottima occasione per rifocalizzare il dibattito nella materia che ci occupa e fare piena e definitiva chiarezza sulla compatibilità con il principio di effettività della tutela giurisdizionale della *judicial deference* fondata sullo standard dell'errore manifesto⁽¹¹⁶⁾. Ma è davvero

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. BURNSIDE, *Bent copper and human rights*, in *Competition Law Insight* (21 febbraio 2012), 4: “*In reading the judgment, one yearns for the Court to reconcile for us the thoroughness that the GC has to demonstrate with the reality that the Commission still has a margin of appreciation giving it a very broad flexibility in how it chooses to characterise and interpret facts. At worst, the ECJ’s formulation is no more than a smokescreen designed to protect the EU’s system of antitrust investigation from attack, when, in reality, the review of facts is limited to identifying manifest error — allowing the Commission to get it wrong, without risk of successful challenge, so long as its error is not blindingly obvious. At best, the ECJ is signalling that, while it does not wish to precipitate a crisis by ruling the EU antitrust infrastructure to be fundamentally flawed, the balance in the system needs resetting*”.

⁽¹¹⁵⁾ V. *supra*, nota 97 e relativa parte del testo. A tale riguardo, rileviamo che nella sentenza *Posten Norge*, discussa *supra*, la Corte AELS, pur citando nella motivazione per tre volte la Sentenza d'appello *KME*, ha ommesso di invocarla (né ha invocato la Sentenza d'appello *Chalkor*) a supporto dell'affermazione che il suo potere d'intervento non è limitato ai casi in cui essa consideri manifestamente errata una valutazione economica complessa effettuata dall'ESA (punto 102). Inoltre, successivamente alla pronuncia delle Sentenze d'appello *KME* e *Chalkor* il Tribunale è tornato ad applicare il test dell'errore manifesto in cause di concorrenza. V. 2 marzo 2012, cause riunite T-29/10 e T-33/10, *Paesi Bassi e ING Groep/Commissione*, non ancora pubbl. in Raccolta, punti 101-105 (aiuti di Stato), e 24 maggio 2012, causa T-111/08, *MasterCard e a./Commissione*, non ancora pubbl. in Raccolta, punti 82, 96 e 201 (rifiuto di esenzione individuale ex art. 101(3) TFUE di una decisione di associazione di imprese di fissazione di commissioni). Si potrebbe obiettare che in nessuna di queste due cause, a differenza che nei casi *KME* e *Chalkor*, si controverteva del diritto di accesso a un tribunale indipendente e imparziale a fronte di un'accusa penale. Tale ipotetica obiezione, tuttavia, sarebbe priva di pregio atteso che, come discusso *supra* nel testo, nelle Sentenze d'appello *KME* e *Chalkor* la Corte ha scelto di sviluppare la propria analisi esclusivamente sulla base del principio generale della tutela giurisdizionale effettiva sancito dall'art. 47 della Carta di Nizza, disposizione di portata più ampia rispetto all'art. 6 della Convenzione, non applicandosi, in particolare, “*la limitazione alle controversie su diritti e obblighi di carattere civile o su accuse in materia penale*” contemplata da quest'ultima norma.

⁽¹¹⁶⁾ Le due pronunce sono “alquanto deludenti” secondo BARBIER DE LA SERRE, (nt. 110), “confuse” secondo NAZZINI (*op. cit.*, pagg. 995 e 996), ed “enigmatiche” secondo BURNSIDE, (nt.

pensabile che dopo gli appelli *KME* e *Chalkor* possa tornarsi a una situazione di “*business as usual*” e che la rilevanza della soluzione elaborata dalla Corte si riduca a un semplice accorgimento nominalistico? Il Tribunale dovrà solamente avere l'accortezza di non fare espresso riferimento a nozioni quali il “potere discrezionale”, il “potere discrezionale sostanziale” o l’“ampio potere discrezionale” della Commissione ed esercitare una qualche forma di controllo, anche se sostanzialmente debole o estrinseco, perché il suo sindacato possa dirsi conforme al principio di effettività della tutela giurisdizionale ⁽¹¹⁷⁾? Solo la giurisprudenza futura potrà confermare o smentire la correttezza di tale timore.

8. *Conclusioni.* — La formulazione del sindacato giurisdizionale di legittimità contenuta nell'art. 263 TFUE risale agli anni '50 del secolo scorso, vale a dire, a una fase storica dell'*enforcement* del diritto della concorrenza nella quale lo scenario dell'imposizione di ammende di milioni o perfino miliardi di euro era del tutto inconcepibile. La stessa dottrina della *judicial deference* si è sviluppata in origine con riguardo a decisioni di carattere non sanzionatorio, e il suo graduale trascinarsi nella sfera del diritto penale — sia pure, com'è stato ritenuto fino ad ora, in casi non strettamente appartenenti alle categorie tradizionali di tale diritto — ha avuto luogo senza la piena consapevolezza e l'approfondimento delle questioni di principio sottostanti, attinenti alla compatibilità con i diritti fondamentali dell'attribuzione di una responsabilità penale sulla base dell'azione di un'autorità amministrativa di concorrenza non indipendente e non imparziale, per di più in assenza di un sindacato di piena giurisdizione ⁽¹¹⁸⁾. Questo scenario rappresenta per le imprese “il peggiore dei mondi possibili”, ma le recenti pronunce della CEDU, della Corte di giustizia e della Corte AELS commentate nel presente articolo rivelano quanto meno che le giurisdizioni europee, alla vigilia dell'adesione dell'Unione alla Convenzione, stanno prendendo atto delle criticità che presenta l'attuale situazione sotto il profilo della piena ed effettiva protezione dei diritti garantiti dagli artt. 6 della Convenzione e 47 della Carta di Nizza. Nella misura in cui il sindacato esteso al merito sull'esercizio del potere sanzionatorio sia esercitato anche in assenza del previo riscontro di vizi di legittimità e la sua intensità non sia oggetto di limitazioni in virtù del potere discrezionale riconosciuto alla Commissione in questa materia, esso può

114), 3, che aggiunge: “*The judgments of the ECJ are enigmatic. While the Commission welcomed them enthusiastically — and it is true that the ECJ upheld the GC and defended the essential architecture of the system — the ECJ's reasoning offers some hope to critics of that system. While these cases must rank as a missed opportunity in the long march towards fairer procedures, they may be a step in the right direction*”.

⁽¹¹⁷⁾ Tale approccio è stato suggerito nel citato editoriale anonimo *Towards a more judicial approach?*, (nt. 1), 1411 e 1412.

⁽¹¹⁸⁾ BELLAMY, (nt. 1), 8.

ritenersi soddisfare le esigenze del diritto fondamentale all'equo processo. Lo stesso non può dirsi, invece, del controllo di legittimità, che non soddisfa il parametro della piena giurisdizione, consistente nel potere di riformare in ogni modo, in fatto come in diritto, la decisione dell'autorità di concorrenza, sindacando la fondatezza, l'esattezza e la correttezza delle scelte da essa compiute.

Sebbene, nel complesso di circostanze descritto *supra*, altre soluzioni più radicali siano in astratto possibili per porre rimedio al *deficit* di protezione che affligge le imprese destinatarie di sanzioni per violazioni delle regole di concorrenza⁽¹¹⁹⁾, gli Autori ritengono che quella che avrebbe anche il pregio della massima semplicità consisterebbe nella rifocalizzazione della giurisprudenza applicativa dell'art. 261 TFUE, interpretandosi correttamente la disposizione, come certamente consentito dal suo dato letterale, nel senso che il sindacato di merito in materia sanzionatoria non vada limitato al solo calcolo dell'importo dell'ammenda, ma esteso all'intero provvedimento impugnato, ivi compreso l'accertamento dell'illecito concorrenziale, mentre il controllo di mera legittimità *ex art.* 263 TFUE continuerebbe a essere esercitato sulle decisioni che non impongono sanzioni.

MARIO SIRAGUSA e CESARE RIZZA⁽¹²⁰⁾

Abstract

On the eve of the EU's accession to the European Convention of Human Rights, EU courts are becoming increasingly aware of the critical issues raised by the current state of the law on effective judicial review of the exercise of competition authorities' fining powers, from the standpoint of the full and effective protection of the rights enshrined in Articles 6 of the Convention and 47 of the Charter of Nice. This is shown by the recent rulings of the ECHR, the EU Court of Justice and the EFTA Court that are discussed in this article. It is submitted that unlimited jurisdiction may adequately satisfy the requirements of the fundamental right to a fair trial, to the extent that such jurisdiction is exercised by the reviewing court even where no illegality is found and its intensity is not subject to any limitations on the ground that the competition authority enjoys discretionary powers.

⁽¹¹⁹⁾ Quali la modifica dell'impianto procedurale previsto e regolato dal reg. (CE) n. 1/2003, (nt. 1), nel senso di escludere il potere della Commissione di adottare la decisione finale sulle risultanze della propria istruttoria, potere che andrebbe conferito a un organo giudicante, assieme a quello sanzionatorio; ovvero la modifica del testo degli artt. 261 TFUE e 31 del reg. (CE) n. 1/2003, (nt. 1), nel senso di chiarire ulteriormente che la competenza giurisdizionale estesa al merito ha ad oggetto tutti i fatti e le questioni oggetto di decisione e include il potere di riformulare il provvedimento che impone la sanzione: *Ibid.*, pagg. 8 e 9.

⁽¹²⁰⁾ Avvocati, Roma (msiragusa@cgsh.com e crizza@cgsh.com). Gli Autori, che hanno rappresentato in giudizio le società ricorrenti nei procedimenti *KME/Commissione e Romana Tabacchi/Commissione*, discussi nel presente articolo, ringraziano il collega Kostandin Peci per il suo prezioso contributo.