

a Luna Nera

Universita degli studi di Bergamo
Facoltà di giurisprudenza

Dottorato di ricerca in
Diritto Pubblico e Tributario nella Dimensione Europea

Settore scientifico disciplinare:
Diritto dell'Unione Europea

**LA TUTELA PROCESSUALE
NEL DIRITTO DELLA
CONCORRENZA
DELL'UNIONE EUROPEA**

Relatore
Chiarissimo Prof. Massimo Condinanzi

Dottoranda
Dott.ssa Camilla Paolini
Matr. n° 720260

Anno Accademico 2008-2009

INDICE

INTRODUZIONE	09
CAPITOLO PRIMO	
IL DIRITTO DELLA CONCORRENZA NELL'UNIONE EUROPEA	13
1. Premessa	13
1.1 Quadro normativo generale	19
1.2 Le norme antitrust dell'Unione europea	22
2. Norme applicabili alle imprese e fattori comuni: la nozione di impresa, il pregiudizio al commercio tra Stati membri, ambito di applicazione territoriale, il mercato rilevante	30
2.1 I divieti di cui all'art.81 TCE: accordi tra imprese, decisioni di associazione e pratiche concordate	39
2.2 I divieti di cui all'art. 82 TCE	42
2.3 Le operazioni di concentrazione	45
3. L'enforcement delle regole antitrust comunitarie: il Regolamento n. 1/2003 e il Regolamento n. 139/2004 a confronto	49
3.1 Dall'effetto diretto al progetto di modernizzazione	51
3.2 La cooperazione con le giurisdizioni nazionali	54
3.3 I procedimenti amministrativi davanti alla Commissione europea: caratteristiche essenziali	59
CAPITOLO SECONDO	
LA TUTELA PROCESSUALE NEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA DELL'UNIONE EUROPEA: INSTAURAZIONE DEL PROCEDIMENTO E GIUDIZIO DI RICEVIBILITÀ	67
1.Premessa	67
1.1 La competenza giurisdizionale dei giudici comunitari nell'applicazione del diritto antitrust.	72
1.2 Il riparto di competenza in materia antitrust tra i giudici Comunitari: Tribunale di primo grado, Corte di giustizia dell'Unione europea e giurisdizioni nazionali	77
2. La tutela processuale garantita dal Tribunale di primo grado nel diritto della concorrenza dell'Unione europea.	82
2.1 Cenni sullo svolgimento del contenzioso dell'Unione europea.	84
2.2 L'introduzione dell'azione davanti al Tribunale di primo grado: il ricorso e il controricorso nei ricorsi diretti	86
2.3 Il giudizio di ricevibilità del ricorso	92
2.3.1 L'irricevibilità e/o infondatezza manifesta nel contenzioso antitrust	94
2.3.2 L'intervento del giudice ex officio e l'eccezione di parte	99
2.3.3 Il presupposto per l'azione innanzi al giudice comunitario: l'interesse ad agire	102
3. Il contenuto del ricorso e il giudizio di ricevibilità del Tribunale nell'azione di annullamento e nel ricorso per responsabilità extracontrattuale nel diritto antitrust dell'Unione europea: premessa	106
3.1 Le condizioni dell'azione nel ricorso per annullamento	108
3.2 Il contenuto del ricorso per annullamento nel contenzioso antitrust	110
3.2.1 Motivi del ricorso per annullamento nel contenzioso antitrust	112
3.3 Il giudizio di ricevibilità nel ricorso per annullamento	117

4. Le condizioni dell'azione nel ricorso per responsabilità extracontrattuale nel diritto antitrust e il contenuto del ricorso	132
4.1 Il contenuto del ricorso nell'azione diretta al risarcimento del danno in materia di concorrenza e il giudizio di ricevibilità.	136
CAPITOLO TERZO	
IL GIUDIZIO DI MERITO NEL CONTENZIOSO ANTITRUST	143
1. Premessa	143
2. La fase istruttoria nel contenzioso antitrust	148
2.1 Onere della prova nel contenzioso antitrust e il concetto di prova	156
2.2 L'accertamento del fatto da parte del Tribunale di primo grado nel contenzioso antitrust	163
3. Tribunale di primo e grado e Corte di giustizia: confronto tra il ricorso per annullamento e il rinvio pregiudiziale	165
4. Esiste un giudizio di merito nel contenzioso antitrust?	167
5. Conclusioni	179
SENTENZE E ORDINANZE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA	183
SENTENZE E ORDINANZE DEL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO	191
BIBLIOGRAFIA	199
RINGRAZIAMENTI	213

INTRODUZIONE

INTRODUZIONE

La politica a tutela della libera concorrenza costituisce uno dei principali settori di competenza della Comunità, oggi Unione europea all'interno del quale interagiscono diversi fattori ed interessi di carattere politico economico e giuridico.

La costituzione di un mercato comune, libero e competitivo, nella prospettiva adottata dal legislatore comunitario agli albori del processo di integrazione europeo, ha rappresentato lo strumento per diffondere dopo la seconda guerra mondiale sul territorio del continente europeo una nuova concezione liberale sulla quale porre le basi di un'Unione sempre più stretta tra i popoli europei e garantire una convivenza pacifica nel rispetto dei principi democratici.

La politica a tutela della libera concorrenza, proprio perché caratterizzata da una funzione polivalente nell'ambito del diritto dell'Unione descrive meglio di altri settori l'evoluzione costante cui è soggetto il diritto comunitario e come l'attuazione dello stesso si fondi su di un equilibrio inter-istituzionale sia a livello europeo che nel rapporto verticale con i singoli ordinamenti nazionali.

Si tratta, infatti, di un ambito all'interno del quale diversi organi sono chiamati a garantire l'attuazione della normativa comunitaria e dove la necessità di un coordinamento e di coerenza nella sua applicazione è affidata in ultima istanza ai giudici comunitari nell'esercizio della loro principale funzione, prescritta nel Trattato, di garantire il rispetto del diritto dell'Unione nell'interpretazione e nell'applicazione dello stesso.

Nonostante tramite l'attuazione del diritto *antitrust* comunitario l'Unione persegua finalità che sembrano in un certo senso collocarsi in una dimensione di politica generale, i destinatari principali della normativa di riferimento vanno individuati negli operatori economici operanti nei singoli mercati nazionali, i quali, nella conduzione e nelle scelte delle proprie strategie di mercato, non possono prescindere dal conoscere e rispettare il sistema che il Trattato ha istituito a tutela della libera concorrenza, all'interno del quale un ruolo di rilievo viene attribuito alla Commissione europea. Quest'ultima, infatti, nell'esercizio delle sue generali funzioni esecutive, è la principale istituzione deputata alla sorveglianza, nell'interesse comunitario, dell'intero impianto, godendo a tal fine di poteri regolatori, di accertamento delle infrazioni e sanzionatori, nel quadro di una cooperazione instaurata oggi con le autorità garanti e i giudici nazionali, cooperazione che, tuttavia, non attenua sostanzialmente la centralità dell'azione comunitaria.

Ed è proprio rispetto al ruolo determinante attribuito all'esecutivo comunitario in tale ambito che di recente la dottrina e gli operatori giuridici

sembrano inclini a criticare l'operato dei giudici comunitari nell'esercizio della loro funzione di controllo concernente il vaglio della legittimità delle decisioni adottate dalla Commissione durante lo svolgimento dei procedimenti amministrativi antecedenti l'instaurazione di un procedimento giurisdizionale.

In particolare, si riscontra una certa insoddisfazione rispetto al sindacato del Tribunale di primo grado che, sebbene istituito proprio al fine di garantire una maggior tutela rispetto alle posizioni giuridiche soggettive nelle controversie caratterizzate per la loro complessità fattuale, quale ad esempio le controversie inerenti al diritto della concorrenza, sembra limitare il proprio controllo di merito non valicando i limiti posti dall'esercizio dei poteri discrezionali attribuiti alla Commissione europea dal Trattato e dalla normativa derivata di applicazione, tanto che da una prima analisi potrebbe dubitarsi dell'esistenza di un vero e proprio sindacato di merito capace di rispondere in concreto alla domanda di tutela giurisdizionale dei singoli, persone fisiche e giuridiche, essendo/apparendo essa attenuata a favore, in un certo senso, della tutela dell'interesse generale perseguito invece dalla Commissione.

Il contenzioso comunitario in materia di concorrenza, d'altronde, viene garantito nel rispetto di quelle che sono le regole processuali proprie del sistema giurisdizionale europeo, le cui fonti vanno individuate, *in primis*, nel Trattato, per quanto concerne la disciplina dei singoli mezzi di ricorso al giudice dell'Unione e, quindi, nello Statuto della Corte di giustizia e nei regolamenti di procedura rispettivamente della Corte e del Tribunale di primo grado. L'insieme di tali norme costituisce infatti il c.d. diritto processuale comunitario la cui applicazione, salvo che per alcune ipotesi previamente determinate, risulta generalizzata e disinteressata dalle possibili peculiarità della disciplina sostanziale oggetto di una controversia.

Per comprendere, pertanto, come si realizza e in cosa consista in concreto la tutela processuale offerta dalle giurisdizioni dell'Unione nel contesto del diritto della concorrenza, l'attenzione si concentrerà sul ruolo svolto dal giudice comunitario in tale ambito, sulle sue competenze nonché sulle modalità di attuazione delle stesse, in un'ottica circolare che contempra l'interazione tra il sistema istituito a tutela della concorrenza da un lato e il sistema giurisdizionale comunitario dall'altro, con particolare rilievo attribuito alle caratteristiche proprie del contenzioso dell'Unione.

Come si avrà modo di vedere, nonostante l'impianto giurisdizionale sia indubbiamente perfettibile, non sembra potersi riscontrare una carenza, perlomeno delle dimensioni prospettate da molte parti, nella tutela giurisdizionale garantita dal giudice comunitario e in particolare dal Tribunale di primo grado con riferimento al diritto della concorrenza, se ci si appropria della corretta prospettiva che, proprio perché si tratta di processo comunitario, non consente di adottare come metro di giudizio la logica e gli equilibri tipici degli ordinamenti giurisdizionali nazionali.

Non ci si può quindi esimere dal ricordare al lettore che nel corso della stesura finale del presente lavoro è entrato in vigore, il primo dicembre 2009, il Trattato di Lisbona¹. Tale Trattato, come è noto, apporta numerose modifiche di carattere sostanziale e formale, implicando anche una modifica nella numerazione delle disposizioni². Tuttavia, le novità introdotte dal Trattato di Lisbona non incidono sul tema oggetto del presente studio, nel quale pertanto ci si riferisce ancora all'ormai vecchio sistema numerico, utilizzando sovente e per l'ultima volta l'affezionato aggettivo “comunitario”.

¹ Cfr. Trattato che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, in *GUUE*, C 306 del 17 dicembre 2007, pag. 1. Per la nuova versione consolidata del TUE e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea – secondo la denominazione attribuita a Lisbona al Trattato CE – cfr. *GUUE*, C 115 del 9 maggio 2008, pag. 1.

² In generale per qualche contributo relativo al Trattato di Lisbona cfr. J DUTHEIL DE LA ROCHERE, F. CHALTIEL, *Le Traité de Lisbonne: quel contenu?*, in *RMCUE*, 2007, pag., 617 ss.; J ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007; R. BARATTA, Le principali novità del Trattato di Lisbona, in *Diritto dell'Unione europea*, 2008, pag. 21 ss.; M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, Not Hearts*, in *Common Market Law Review.*, 2008, pag. 617 ss.; B. NASCIBENE, A. LANG, *Il Trattato di riforma : l'Unione europea ad una svolta?*, in *Corriere giuridico*, 2008, pag. 13 ss.

CAPITOLO PRIMO

**IL DIRITTO DELLA CONCORRENZA
NELL'UNIONE EUROPEA**

CAPITOLO PRIMO

IL DIRITTO DELLA CONCORRENZA NELL'UNIONE EUROPEA

Sommario: 1. Premessa. - 1.1. Quadro normativo generale. - 1.2. Le norme antitrust dell'Unione europea. - 2. Norme applicabili alle imprese e fattori comuni: la nozione di impresa, il pregiudizio al commercio tra Stati membri, ambito di applicazione territoriale, il mercato rilevante. - 2.1. I divieti di cui all'art.81 TCE: accordi tra imprese, decisioni di associazione e pratiche concordate. - 2.2. Il divieto di abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 82 TCE. - 2.3. Le operazioni di concentrazione. - 3. L'*enforcement* delle regole antitrust comunitarie: il Regolamento n. 1/2003 e il Regolamento n. 139/2004 a confronto. - 3.1. Dall'effetto diretto al progetto di modernizzazione. - 3.2. La cooperazione con le giurisdizioni nazionali. - 3.3 I procedimenti amministrativi davanti alla Commissione europea: caratteristiche essenziali.

1. Premessa.

La Comunità (economica) europea si è dotata di una normativa comune a tutela della concorrenza sin dagli inizi del processo di integrazione comunitario, in quanto già nei Trattati istitutivi della Comunità Economica del Carbone e dell'Acciaio (CECA) e, successivamente, della Comunità Economica Europea (CEE) si assumevano quali principi fondanti le due comunità quelli dell'economia di mercato e di libera concorrenza. Si è trattato, quindi, di una scelta politica nella convinzione, condivisa dagli allora sei Stati membri delle Comunità (Francia, Italia, Lussemburgo, Belgio, Paesi Bassi e Germania Federale dell'Ovest), che l'attuazione di tali principi meglio di altri rispondesse all'esigenza di rinnovamento degli assetti economici europei, considerati in parte la causa dell'avvento dei poteri totalitari, rappresentando lo strumento di risposta alla difficile condizione economica post-bellica affliggente il continente europeo¹.

Nell'Europa del dopo guerra, quindi, l'istituzione di regole poste a tutela della libera concorrenza, veniva percepita quale soluzione/strumento essenziale

¹ Come è noto lo scenario europeo del dopo guerra si caratterizzava per la complessità degli interessi politici economici, per cui da un lato vi erano gli Stati Uniti che premevano insistentemente per la costituzione degli Stati Uniti d'Europa: nella prospettiva statunitense il Piano Marshall, il Patto Atlantico e il sostegno all'integrazione europea rappresentavano tre aspetti della medesima politica che mirava alla costruzione di un blocco occidentale antisovietico e anticomunista; a tal fine, però, era indispensabile risollevare l'economia tedesca. Sul versante europeo, invece, vi erano forti opposizioni manifestate in primo luogo dalla Francia, proprio alla ricostruzione economica della Germania, in particolare contraria al riarmo dello Stato Tedesco. E' in tale contesto economico politico che viene istituito il Trattato sulla Comunità economica del Carbone e dell'acciaio, firmato a Parigi il 18 aprile 1951, Trattato di importanza storica proprio in ragione della riconciliazione dei rapporti franco-tedeschi. Per un' analisi esaustiva delle circostanze e necessità che portarono alla stipulazione dei Trattati istitutivi, G. MAMMARELLA, P. CACACE (a cura di), *Storia e politica dell'Unione europea (1926-2005)*, Roma-Bari, 2005.

per garantire il pieno esercizio della libertà economica individuale all'interno di un mercato aperto e concorrenziale che, pertanto, doveva essere posto al riparo da un'eccessiva intrusione del potere statale, evitandosi allo stesso tempo un'eccessiva concentrazione del potere economico nelle mani di un unico o pochi soggetti, anche se privati².

Il raggiungimento di tali obiettivi presupponeva, tuttavia, l'instaurazione di un mercato comune tra gli Stati membri, in cui i singoli operatori economici, perché potessero effettivamente competere ad armi pari, fossero governati dalle medesime regole³.

Nel contesto della Comunità europea pertanto, il principio di libera concorrenza quale sinonimo concreto di libertà civile, libertà economica e democrazia⁴, trasposto sul piano giuridico dei Trattati istitutivi, ha portato ad identificare l'obiettivo della creazione di un "regime inteso a garantire che la concorrenza non venga falsata nel mercato interno" (art.3.1 lett.(g) TCE), con una delle principali *modalità di azione* per il raggiungimento degli obiettivi generali della Comunità⁵ contenuti nell'art. 2 del Trattato CE⁶ tra i quali, in

² A. PERA (a cura di), *Concorrenza e antitrust. Usi e abusi del mercato: le regole e le istituzioni per il suo corretto funzionamento*, Bologna, 2005, p. 20 e p. 42 ss.

³ S. BASTIANON (a cura di), *Il Diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, Milano 2005.

⁴ E. MOAVERO MILANESI, *Antitrust e concentrazioni fra imprese nel diritto comunitario*, in G. DE GENNARO, A. MIGNOLI (a cura di), Milano, 1992, pag. 10

⁵ Va sottolineato come il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il primo dicembre 2009, (in *GUUE*, C 306 del 17 dicembre 2007, pag. 1. Per la nuova versione consolidata del TUE e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea – secondo la denominazione attribuita a Lisbona al Trattato CE – cfr. *GUUE*, C 115 del 9 maggio 2008, pag. 1.) ometta di includere tale esplicito riferimento nella nuova formulazione predisposta per indicare gli obiettivi dell'Unione europea all'articolo 3 del TUE. Tuttavia il protocollo n. 27 espressamente allegato al Trattato e pertanto esplicante la medesima efficacia giuridica, utilizza una espressione che implicitamente attribuisce al diritto della concorrenza il medesimo valore di azione necessaria al raggiungimento degli obiettivi contenuti nel Trattato CE. Nel protocollo, infatti, si afferma che «Le parti Contraenti considerando che il mercato interno ai sensi dell'art.3 del Trattato sull'Unione europea *comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata* (il corsivo è nostro), hanno convenuto che se necessario l'Unione europea adotta misure in base alle disposizioni dei Trattati, compreso in base all'art.308 del Trattato sul funzionamento sull'Unione europea.» La stessa Commissaria alla concorrenza N. Kroes ha sottolineato come «The Protocol maintains in full force the competition rules which have served European citizens so well for fifty years» in suo discorso tenuto l'8 novembre 2007 e reperibile on line all'indirizzo www.europa.eu/comm/competition/index. Per qualche contributo circa il ruolo del diritto della concorrenza nella sistematica del Trattato di Lisbona Cfr. M. WAELEBROECK, *La place de la concurrence dans le traité de Lisbonne*, in *Mélanges en hommages à Georges Vandensanden*, 2008, pag. 829-841; N. PETIT, *Traité de Lisbonne et politique de concurrence : rupture?*, in *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 53e année, 2008, pag. 265-279; R. LANE, *Ec competition Law post-Lisbon: a matter of protocol*, in *Views of European law from the mountain: liber amicorum Piet Jan Slot*, 2009, pag., 167-178.

⁶ Il disposto contenuto nell'art. 2 del TCE è rimasto immutato sino alla modifica del Trattato intervenuta con il Trattato di Maastricht del 1992, completata successivamente dal Trattato di Amsterdam entrato in vigore nel 1999. L'attuale versione consolidata dell'art. 2 del TCE recita come segue: «La Comunità ha il compito di promuovere nell'insieme della Comunità, mediante l'instaurazione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria e mediante l'attuazione delle politiche e delle azioni comuni di cui agli art. 3 e 4, uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, la parità tra uomini e donne, una crescita sostenibile e

particolare, la costituzione di un mercato interno comune⁷ diviene il pre-requisito indispensabile per il funzionamento del sistema, diretto a realizzare l'integrazione dei mercati nazionali⁸.

Conseguenza di questa relazione, che vede il principio di libera concorrenza *in primis* uno strumento comunitario di integrazione, è l'attribuzione al principio di cui all'art. 3.1 lett.(g) TCE, anche del connotato di *condizione dell'azione* all'interno del mercato comune, ossia una sorta di parametro cui gli Stati membri devono conformarsi, oltre che nella conduzione della politica monetaria comune (art. 4.2 TCE)⁹, anche nel coordinamento delle

non inflazionistica, un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di protezione dell'ambiente ed il miglioramento della qualità di quest'ultimo, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra Stati membri." Tale disposizione enunciando gli obiettivi per i quali si è deciso di costituire la Comunità europea e quindi le ragioni legittimanti l'azione delle singole istituzioni comunitarie, rappresenta anche il punto di partenza per i giudici comunitari nell'esercizio del potere, loro riservato dall'art. 220 TCE, di interpretazione di tutte le norme contenute nel Trattato della Comunità europea. Si noti, tuttavia, che la formulazione generica di tali obiettivi non permette di qualificare l'art.2 come norma dotata di effetto diretto, rimanendo perciò precluso ai singoli individui la possibilità di invocarla innanzi ai giudici nazionali, a tutela delle proprie posizioni soggettive; cfr. Corte giust., 24 gennaio 1991 C-339/89, *Altsthom Atlantique c. Compagnie de construction mecanique Sulzer SA*, in *Racc.*, I-107, punto 9. Per un commento generale sull'art. 2 cfr. L. FUMAGALLI, in A. TIZZANO, (a cura di), *I Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano 2004, pag.187

⁷Cfr. Corte giust., 13 luglio 1966, causa 32/65, *Repubblica italiana c. Consiglio e Commissione*, in *Racc.*, p 296, dove la Corte espressamente dispone che «l'art.81 si propone di attuare i mezzi dell'azione della Comunità indicati all'art.3, in specie la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata, e ciò onde pervenire all'instaurazione di un mercato comune, che costituisce uno degli obiettivi fondamentali sanciti nell'art.2 TCEE». Quest'interpretazione che rende la realizzazione di un regime di libera concorrenza funzionale all'obiettivo più alto della costituzione di un mercato interno tra gli Stati membri dell'Unione europea non è mai stata abbandonata dai giudici comunitari, che anzi costantemente la ripropongono come se, nonostante il conseguimento di risultati tangibili per tutti i cittadini (si pensi ad esempio alla libertà di circolazione garantita a qualsiasi cittadino di uno Stato membro ai sensi dell'art.18 TCE), l'esistenza di un mercato unico non possa ancora considerarsi un dato acquisito per il diritto comunitario. Per una pronuncia recente, cfr. Corte giust. 1 giugno 1999, C-126/97, *Eco Swiss*, in *Racc.*, pag. I-3055, punto 36; Corte giust., 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage Ltd e B. Crehan*, in *Racc.*, p. I-6297, punto 20; Corte giust., 16 settembre 2008, cause riunite C-468/06 a C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia EE e a.c. GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proïonton, non ancora pubblicata in Raccolta*, punto 65; Trib. primo grado, 8 ottobre 2008, T-69/04, *Schunk GmbH e a., c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Racc.*, punto 39.

⁸ Cfr. Corte giust., 16 settembre 2008, cause riunite C-468/06 a C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia EE e a.c. GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proïonton, non ancora pubblicata in Raccolta*, punto 65.

⁹ L'art. 4 TCE viene inserito nel Trattato istitutivo della Comunità con il Trattato di Maastricht e dispone quanto segue:«1 Ai fini enunciati all'articolo 2, l'azione degli Stati membri e della Comunità comprende, alle condizioni e secondo il ritmo previsti dal presente Trattato, l'adozione di una politica economica che è fondata sullo stretto coordinamento delle politiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni, condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza. 2 Parallelamente, alle condizioni e secondo il ritmo e le procedure previsti dal presente Trattato, questa azione comprende la fissazione irrevocabile dei tassi di cambio che comporterà l'introduzione di una moneta unica, l'ECU, nonché la definizione e la conduzione di una politica monetaria e una politica di cambio uniche, che abbiano l'obiettivo principale di mantenere la stabilità dei prezzi e, fatto salvo questo obiettivo, di sostenere le politiche economiche generali nella Comunità conformemente al principio di un'economia di mercato

rispettive politiche economiche (art. 4.1 TCE e art. 198 TCE), ambito in cui gli Stati membri mantengono piena sovranità¹⁰.

Solo facendo propria questa prospettiva si comprende il perché la Comunità europea agisca a tutela del libero gioco della concorrenza in una duplice direzione, ossia nei confronti delle imprese (artt. 82-86 TCE) e nei confronti degli Stati membri¹¹ (artt. 87-89 TCE), perseguendo l'obiettivo di promuovere la competizione (*competition advocacy*), reprimendo contestualmente gli illeciti e le infrazioni delle norme primarie contenute nel Trattato istitutivo e nella normativa derivata¹² (*competition enforcement*)¹³.

La contestualizzazione del principio di cui all'art. 3.1 lett.(g) TCE assume, poi, importanza decisiva ai fini del presente lavoro, in quanto permette di individuare un primo limite di natura normativa all'operato dei giudici comunitari, ai quali spetta il compito di assicurare il rispetto del diritto comunitario nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme contenute nel Trattato istitutivo (art. 220 TCE), senza poter esimersi dal contemplare la posizione occupata dalla norma interessata nella sistematica del Trattato istitutivo, in quanto l'interpretazione della stessa deve essere fornita alla luce della *ratio* che ne emerge guardando l'ordinamento comunitario nel suo insieme¹⁴ (artt. 2, 3.1 lett.(g), 4.1, 4.2 TCE).

Il ruolo attribuito dal Trattato alla Corte di giustizia e al Tribunale di primo grado rappresenta la principale ragione per la quale la peculiarità del contenzioso in materia di concorrenza, come si vedrà nel corso del presente lavoro, non è tanto rintracciabile nelle regole non è tanto rintracciabile nelle regole poste a disciplina del processo comunitario, e quindi nell'impianto

aperta e in libera concorrenza. 3 Queste tre azioni degli Stati membri e della Comunità implicano il rispetto dei seguenti principi direttivi: prezzi stabili, finanze pubbliche e condizioni monetarie sane nonché bilancia dei pagamenti sostenibile» (corsivi aggiunti). Cfr. al riguardo A. TIZZANO, *Qualche considerazione sull'Unione economica e monetaria*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1997, pag. 455.

¹⁰ Cfr. Trib. primo grado, 8 ottobre 2008, T-69/04, *Schunk GmbH e a., c. Commissione*, non ancora pubblicata in Raccolta, punto 39.

¹¹ V. *infra*, para. n. 1.1

¹² Cfr. *infra* i paragrafi 1.1 e 1.2 del presente capitolo.

¹³ M. D'ALBERTI, *Poteri Pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna 2008, p. 67

¹⁴ Cfr. sul punto A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, 2006, pag.608, dove l'autore al fine di illustrare le linee interpretative impiegate dalla Corte di giustizia sottolinea come non si possa prescindere dalle peculiarità intrinseche all'ordinamento Comunitario e delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta, come la stessa Corte sottolineava nella sentenza *CILFIT* (Corte giust., 6 ottobre 1982, causa C-283/81, *CILFIT c. Ministero della sanità*, in *Racc.*, pag. 3415, punti 17-20), ossia in primo luogo va considerata la diversità linguistica che contraddistingue la redazione delle norme comunitarie: le diverse versioni linguistiche fanno ugualmente fede e devono, per tale ragione essere raffrontate anche rispetto alla richiesta di interpretazione di una sola norma (cfr. punto 18 della sentenza); nel diritto comunitario, inoltre, si ricorre all'uso di termini peculiari, per cui le nozioni giuridiche non presentano necessariamente lo stesso contenuto nel diritto comunitario e nei vari diritti nazionali (cfr. punto 19); infine ogni disposizione di diritto comunitario va ricollocata nel proprio contesto e interpretata alla luce dell'insieme delle disposizioni del suddetto diritto, delle sue finalità, nonché del suo stadio di evoluzione al momento in cui va data applicazione alla disposizione di cui trattasi (cfr. punto 20).

processuale di per sé considerato, quanto piuttosto nell'impatto che l'applicazione o la non applicazione di queste norme determina in tale ambito, non potendosi prescindere nell'analisi, che verrà condotta in questa prospettiva, dal dato oggettivo secondo cui il contenzioso *antitrust* rappresenta l'ultimo tassello di un sistema che, seppur articolato in parte su due livelli, comunitario e nazionale, ha quale fine ultimo il conseguimento degli obiettivi prescritti dal Trattato, nell'accezione scaturente dal combinato disposto degli articoli 2, 3.1 lett.(g) e 4 TCE poc'anzi delineata¹⁵.

Si aggiunga, poi, che proprio per le ragioni sottese alle regole disciplinanti la politica della concorrenza descritte precedentemente e alla luce degli obiettivi cui si tende per il tramite dell'applicazione delle norme ad essa riferite, in tale materia un ruolo nodale viene ricoperto dalla Commissione europea, ossia quell'istituzione deputata a garantire l'interesse pubblico comunitario (art. 211 TCE).

In tale contesto, l'accesso alla giustizia prestata dal giudice comunitario per le persone fisiche e giuridiche è condizionata fortemente, oltre che dalla necessaria rispondenza degli atti introduttivi del processo ai requisiti formali e ai motivi deducibili previsti espressamente dal Trattato per ciascun ricorso (v. *infra*, Cap. II, para. n. 2.2 ss.), anche dalle risultanze del procedimento amministrativo pre-contenzioso condotto dalla Commissione, nell'arco del quale viene svolta un'attività istruttoria atta ad accertare la sussistenza o meno di una violazione delle regole *antitrust*.

Inoltre, la tutela della concorrenza nel diritto comunitario coinvolge diversi soggetti chiamati a dare esecuzione, nell'ambito delle rispettive funzioni, alla normativa contenuta nel Trattato e negli atti di diritto derivato all'uopo emanati: oltre alla Commissione e alle persone fisiche e giuridiche coinvolte nei procedimenti di accertamento delle infrazioni, rispetto a condotte collusive e agli abusi di posizione dominante rispettivamente vietati dagli artt. 81 e 82 del TCE, anche i giudici e le autorità garanti nazionali sono oggi competenti ad applicare interamente le disposizioni del Trattato, nell'ambito di un meccanismo di reciproca cooperazione con l'esecutivo comunitario (v. *infra*, para. n. 2.3); diversamente da quanto accade, invece, in materia di concentrazioni tra imprese, dove la Commissione rimane ancora oggi l'unico organo deputato a vagliare la compatibilità dell'operazione con il mercato comune (v. *infra* paragrafi 3 e 3.1).

L'analisi del contenzioso in materia di concorrenza innanzi al giudice comunitario non può prescindere, quindi, dal contemplare i meccanismi di attuazione delle regole *antitrust* antecedenti all'introduzione di un processo, né dall'illustrazione, seppur sommaria, della rilevante disciplina sostanziale, considerata l'inevitabile ripercussione di tali fattori nello svolgimento di una

¹⁵ In questo senso si veda il contributo di P. OUART, *Les Victimes*, in *Le droit à la mesure de l'homme: Mélanges en l'honneur de Philippe Lagér*, 2006, pag. 445, secondo il quale « *Le procédures de concurrence ont pour fin le maintien ou le rétablissement d'une concurrence libre et non faussé, dans l'intérêt général, et non la satisfaction d'intérêts particuliers.* »

causa, dove l'oggetto della tutela richiesta diverge dall'obiettivo inizialmente tutelato nella fase pre-contenziosa.

La tutela della libera concorrenza nell'Unione europea, nel suo significato originario di cui al combinato disposto degli artt. 2, 3.1 lett.(g) e 4 TCE, rappresenta, infatti, un valore trasversale che permea l'ordinamento comunitario nel suo complesso anche in ambiti differenti esulanti gli obiettivi naturali della tutela *antitrust*¹⁶, tanto che la stessa Corte di giustizia ha avuto modo di chiarire come le attività sottratte alla disciplina della tutela della concorrenza comunitaria siano individuabili grazie alle deroghe espresse rinvenibili direttamente nel testo del Trattato istitutivo della Comunità¹⁷. La Commissione ha così potuto, nella pratica disciplinare anche ambiti o particolari problemi tecnici non immediatamente connessi al diritto *antitrust*, ma potenzialmente capaci di ostacolarne la corretta applicazione¹⁸.

Di contro, nella dimensione giurisdizionale gli interessi generali si scontrano con la richiesta di tutela di posizioni giuridiche soggettive dedotte in giudizio dai destinatari delle norme *antitrust*, in un confronto del tutto peculiare con l'autorità di controllo, durante il quale il giudice comunitario viene chiamato a pronunciarsi, senza poter esimersi dal soppesare cautamente i diversi interessi in gioco (v *infra*, Cap. II, para. n. 1)

In questo primo capitolo si cercherà, pertanto, di descrivere i tratti salienti della disciplina sostanziale del diritto della concorrenza, partendo dai riferimenti normativi contenuti nel Trattato e nei Regolamenti di applicazione; successivamente si procederà ad esaminare l'articolazione degli organi competenti ad applicare il diritto della concorrenza dell'Unione europea, in relazione ai due diversi procedimenti istituiti dal Regolamento di applicazione degli articoli 81 e 82 TCE (Reg. del Consiglio n.1/2003) e dal Regolamento sulle concentrazioni (n. 139/2004), analizzando in particolare i poteri spettanti alla Commissione europea in questo contesto¹⁹.

¹⁶ Cfr. in questo senso VAN BAEL & BELLIS, *Il diritto Comunitario della Concorrenza*, Torino, 2009, pag. 23

¹⁷ Cfr. ad esempio Corte giust., 30 aprile 1986, cause riunite da 209/84 a 213/84, *Ministère Public c. Lucas Asjes e a.*, in *Racc.*, pag.1425 dove la Corte al punto n.40 ss sottolinea come «Il Trattato quando ha inteso sottrarre talune attività all'applicazione delle regole di concorrenza ha stabilito una deroga espressa a tale fine. Ciò avviene per quanto riguarda la produzione e il commercio dei prodotti agricoli, cui si applicano le regole di concorrenza a norma dell'art. 42 (oggi art.36) soltanto nella misura determinata dal Consiglio, nel quadro delle disposizioni e conformemente alla procedura di cui all'art.43, par. 2 e 3 (oggi art.37) avuto riguardo agli obiettivi enunciati nell'art.39». Ne consegue che in assenza di una deroga espressa le regole antitrust trovano piena applicazione, come nel caso del settore delle assicurazioni, cfr. Corte giust., 27 gennaio 1987, causa 45/85, *Verband der Sachversichere E.V. c. Commissione*, in *Racc.*, pag., 405, punto12 ss.

¹⁸ Cfr. a riguardo VAN BAEL & BELLIS, *supra cit.* dove si ricorda come la Commissione nell'esenzione prevista per il settore automobilistico, ad esempio, ha inserito disposizioni che regolano il periodo di preavviso in caso di scioglimento di un contratto con il rivenditore.

¹⁹ Tra gli innumerevoli contributi della dottrina dedicati alla disciplina della concorrenza, si veda VAN BAEL & BELLIS, *Il diritto comunitario della concorrenza. Con analisi della disciplina del procedimento antitrust in Italia*, Torino, 2009; R. WHISH, *Competition law*, Oxford 2009, A. PAPPALARDO, *Il diritto Comunitario della Concorrenza. Profili Sostanziali*,

1.1 Quadro normativo generale.

Le norme del Trattato poste a tutela del diritto della concorrenza²⁰ trovano collocazione nella Parte terza dedicata alle Politiche della Comunità europea e, più precisamente, nel Titolo VI rubricato «*Norme comuni sulla concorrenza, sulla fiscalità e sul riavvicinamento delle legislazioni*» dove nel capo I, sezione prima, si ritrovano le disposizioni di concorrenza applicabili alle imprese, contenute negli articoli 81-86; la sezione seconda, invece, del medesimo capo, codifica negli articoli 87-89 TCE, le regole applicabili agli Stati membri.

Solitamente, riferendosi al diritto a tutela della concorrenza, la tradizione giuridica classica nazionale, evoca la parte di diritto sviluppatosi negli Stati Uniti denominato antitrust, che concerne il diritto della concorrenza applicabile alle imprese.

Si è visto tuttavia come l'Unione europea, diversamente, in ragione delle sue peculiarità costitutive che non permettono di qualificarla come un'entità statale (v. *supra*, para. n. 1), nel condurre la sua politica di promozione della concorrenza, non potendo prescindere dalla necessità di incrementare l'integrazione tra gli Stati aderenti al fine di realizzare un mercato unico tramite l'abbattimento delle frontiere geografiche e normative nazionali, non poteva esimersi dall'istituire un sistema di controllo ad ampio raggio, capace di neutralizzare, in caso di contrasto, anche l'azione statale (governativa e/o amministrativa) dei suoi membri.

Ad ogni modo, la disciplina normativa e sostanziale di seguito considerata sarà limitata alle sole regole comunitarie dirette alle imprese, costituenti il diritto *antitrust* dell'Unione europea (v. *infra* para. n. 1.1.2)²¹, con l'esclusione, in ragione delle loro specificità, della disciplina relativa al divieto degli aiuti di Stato e di quanto disposto nell'art. 86 TCE. Tale ultima disposizione, in particolare, sebbene sia collocata sistematicamente nella sezione I dedicata al diritto della concorrenza applicabile alle imprese, trovando applicazione nei confronti di imprese pubbliche, di imprese cui gli Stati riconoscono diritti speciali ed esclusivi e di imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale, quanto al suo ambito di applicazione soggettivo,

Torino, 2007; L. PROSPERETTI, M. SIRAGUSA, *Economia e diritto antitrust*, Roma, 2006; A. PERA, *Concorrenza e antitrust, Usi e Abusi del mercato: le regole e le istituzioni per il suo corretto funzionamento*, Bologna, 2005; E. M. Milanese, *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, 2004; A. M. CALAMIA, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto Comunitario*, Milano, 2004; Il G. L. TOSATO, L. BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della Concorrenza. Aspetti procedurali*, Milano, 2004.

²⁰ Per una raccolta esaustiva della fonti disciplinanti il diritto della concorrenza nell'Unione europea, cfr. R. ALESSI, E. CANNIZZARO, E. BOZZA, *Codice della concorrenza. Norme italiane e comunitarie per la tutela della concorrenza e del mercato*, in B. Nascimbene (a cura di) *Codici Comunitari*, Torino, 2007; R. WHISH, *EC Competition Law*, Oxford University Press, 2009; G. L. TOSATO E L. BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della Concorrenza. Aspetti procedurali*, Milano, 2004, pag. 9-23.

²¹ In questo senso cfr. E. M. MILANESI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, 2004 pag. 34;

si colloca a metà strada tra i due settori, rivolgendosi nella sostanza agli Stati membri piuttosto che alle singole imprese²².

Allo stesso modo, non costituiranno oggetto di indagine specifica le disposizioni relative al diritto della concorrenza contenute nell'Accordo sullo Spazio Economico Europeo (in prosequo SEE), concluso tra Comunità economica europea e gli Stati membri dell'AELS (Associazione Europea di Libero Scambio), in favore della creazione di uno Spazio economico (istituito tramite un Trattato firmato nella città di Porto²³ il 2 maggio 1992 cui aderirono Austria, Finlandia, Islanda, Norvegia, Svezia, Svizzera e Liechtenstein), attraverso la costituzione di una nuova struttura provvista di istituzioni sovranazionali, prive di competenze normative, ma dotate dei poteri di sorveglianza necessari al buon funzionamento dell'Accordo.

L'obiettivo di tale accordo consisteva nell'instaurazione di un'area di libero scambio, tramite l'estensione delle quattro libertà fondamentali previste nel Trattato CE (libera circolazione delle persone, dei servizi delle merci e dei capitali), nonché di un regime comune e di pari condizioni di concorrenza, a tutti gli stati partecipanti, ossia ai membri della Comunità economica europea e agli Stati membri dell'AELS.

Fondandosi sui medesimi principi contenuti nel Trattato della Comunità europea, le disposizioni rilevanti in materia di concorrenza contenute nel suddetto accordo risultano, nella sostanza, pressoché identiche a quelle contenute nel Trattato CE; così come le norme attuative delle disposizioni dell'Accordo trovano piena corrispondenza nella normativa comunitaria di diritto derivato²⁴.

L'impianto delineato nell'Accordo SEE per garantire una piena applicazione delle regole di concorrenza prevede la cooperazione²⁵ tra la Commissione e l'Autorità di vigilanza dell'AELS, istituzione indipendente, dotata di analoghe funzioni e poteri equivalenti alla Commissione europea. Tale sistema viene definito, tuttavia, "*a due pilastri*"²⁶, dal momento che non

²² E. MOAVERO MILANESI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, supra cit.

²³ Il Trattato istitutivo lo Spazio Economico Europeo (in *GUCE* L 1, del 3 gennaio 1994) fu firmato nella città di Porto il 2 maggio 1992, ed è entrato in vigore il primo gennaio 1994.

²⁴ G. L. TOSATO E L. BELLODI, *op.supra cit.*, pag.19; Inoltre tale specularità normativa sembrerebbe comportare l'applicabilità diretta delle norme antitrust contenute nell'Accordo SEE, garantendo quindi anche ai soggetti privati cittadini degli Stati membri dell'AELS la possibilità di tutelare le proprie posizioni soggettive innanzi alle giurisdizioni nazionali dei paesi aderenti all'AELS. In questo senso cfr. VAN BAEL & BELLIS, *Il diritto comunitario della Concorrenza. Con analisi della disciplina del procedimento antitrust in Italia*, Torino 2009, pag. 201

²⁵ L'art.58 del dell'Accordo SEE *contiene principi fondamentali di cooperazione*. Tra i diversi protocolli allegati al testo dell'Accordo rilevano in particolare il protocollo n. 23 contenente le regole di cooperazione in materia di accordi, pratiche collusive tra imprese e abusi di posizione dominante; il protocollo n. 24 concerne invece la cooperazione in materia di concentrazione tra imprese.

²⁶ Come è noto infatti si è optato per una soluzione di compromesso al fine di evitare la costituzione di un organo SEE indipendente, soluzione non perseguibile per la Comunità europea e l'opzione di affidare l'intera competenza di applicazione delle regole di concorrenza

prevede, in nessuna circostanza, un intervento simultaneo da parte delle due autorità: la competenza ad agire dell'una o dell'altra istituzione segue precise regole di attribuzione di un caso, specificate nell'Accordo e nei relativi protocolli allegati²⁷.

La cooperazione si sostanzia, tuttavia, nell'obbligo dei due organi di scambiarsi informazioni e nel dovere di reciproca consultazione sia rispetto al trattamento di singoli casi individuali²⁸, sia rispetto a questioni di politica generale²⁹.

Sotto il profilo processuale, basti considerare che l'Accordo ha permesso l'istituzione di un giudice *ad hoc*³⁰, la Corte AELS, per cui a seconda che si tratti di vagliare la legittimità delle decisioni adottate dalla Commissione europea, in quanto rilevanti per il mercato comunitario, ovvero delle decisioni adottate dall'Autorità di vigilanza AELS³¹, sarà competente ad esprimersi l'una o l'altra Corte di giustizia³².

Dal punto di vista tecnico è possibile conoscere la rilevanza di una pronuncia del giudice comunitario rispetto all'Accordo SEE, venendo essa espressamente menzionata nell'epigrafe di ciascuna sentenza interessata³³.

alla Commissione europea, che sarebbe stato invece inammissibile per gli Stati membri dell'AELS.

²⁷ Per una disamina delle regole di attribuzione della competenza tra l'Autorità di vigilanza AELS e la Commissione europea cfr. VAN BAEL & BELLIS, *op. supra cit.* pag. 202 ss

²⁸ Cfr. art. 9 del Protocollo n. 23 e art. 9 del Protocollo n. 24

²⁹ Cfr. art. 1 del Protocollo n. 23 e art. 1 del Protocollo n. 24

³⁰ Cfr. a riguardo il parere espresso dalla Corte di giustizia circa la compatibilità del sistema previsto nella prima versione dell'accordo, con l'ordinamento comunitario, Corte di giust., parere n. 1/91, in *Racc.*, pag., I-6079

³¹ Attualmente l'accordo sullo Spazio Economico Europeo trova applicazione unicamente rispetto ai rapporti tra l'Unione europea e l'Islanda, il Liechtenstein e la Norvegia; infatti, dopo l'entrata in vigore dell'accordo il primo gennaio 1994, Austria, Finlandia, e Svezia sono entrate successivamente a far parte dell'Unione europea nel 1995. Diversa ed unica è invece il tipo di relazione economico-commerciale sussistente tra l'Unione europea e la Svizzera: dopo una prima adesione all'accordo per l'istituzione di uno Spazio Economico Europeo, la mancata ratifica da parte dello Stato elvetico a causa dell'esito negativo del referendum popolare indetto a tal fine, costrinse la Comunità europea a rivedere le relazioni con la Svizzera, oggi regolate dall'Accordo di Libero Scambio del 1972 e da numerosi Trattati finalizzati alla reciproca apertura dei mercati. Per un'illustrazione circa l'evoluzione intercorsa nelle relazioni tra l'Unione europea e la Svizzera si rinvia a A. LANG, *I rapporti tra la Svizzera e l'Unione europea: problemi generali*, in A. LANG E C. SANNA (a cura di), *Federalismo e Regionalismo. Esperienze Italiana, Svizzera e dell'Unione europea a confronto*, Milano, 2005, pag. 118.

³² Con il termine Corte di giustizia si intende qui riferirsi al termine impiegato dall'art. 7 TCE, nella cui disposizione l'espressione Corte di giustizia evoca l'intero apparato giurisdizionale comunitario che comprende quindi anche il Tribunale di primo grado competente, in materia di concorrenza, a ricevere in primo grado tutti i ricorsi diretti. Ad ogni modo non manca in dottrina chi percepisce come un problema a danno dell'uniformità del diritto, la sussistenza di un Accordo che preveda la coesistenza di due Corti, pur se dotate di una competenza giurisdizionale territoriale differente, data la sproporzionalità numerica tra gli Stati membri dell'Unione europea e gli Stati membri dell'AELS. Cfr. in questo senso VAN BAEL & BELLIS, *Il diritto Comunitario della Concorrenza*, Torino 2009 pag. 205-206.

³³ In generale le sentenze del giudice Comunitario sono reperibili on line sul sito web della Corte di giustizia www.curia.eu.

1.2 Le norme antitrust nel diritto dell'Unione europea.

Nei confronti delle imprese le norme che assumono, innanzitutto, rilievo sono gli articoli 81 e 82 del Trattato CE, che vietano, rispettivamente, le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante posti in essere da imprese e suscettibili di arrecare pregiudizio al commercio tra gli Stati membri (v. *infra*, para. 2.1-2.2). Tali disposizioni contengono prescrizioni di carattere sostanziale e di portata generale³⁴, mentre con riferimento ai procedimenti di applicazione delle suddette norme, il Trattato conferisce al Consiglio dell'Unione europea il potere di emanare gli atti di diritto derivato necessari a tal fine (art. 83.1 TCE), attribuendo invece, alla Commissione un generico potere di vigilanza e di istruzione nelle ipotesi di violazione delle norme *antitrust* (art. 85TCE).

Ai sensi dell'articolo 83 TCE, spetta, quindi, al legislatore comunitario adottare, a maggioranza qualificata, seppur dietro proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, la normativa derivata considerata adeguata, al fine di un'effettiva applicazione degli articoli 81 e 82 TCE. Per questa via è di fatti stato adottato il primo regolamento contenente le regole procedurali di applicazione degli articoli 81 e 82, ovvero il Regolamento (CE) n. 17/1962³⁵, sostituito poi, dal 1° maggio 2004 dal Regolamento (CE) n. 1/2003³⁶ del Consiglio, che ha riformato in misura significativa il diritto

³⁴ Significativo è il fatto che il successivo articolo 83 TCE, nel conferire al Consiglio il potere di adottare a maggioranza qualificata su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo i regolamenti e le direttive utili ai fini dell'applicazione dei disposti di cui agli articoli 81 e 82 TCE, disponga testualmente «*ai fini dell'applicazione dei principi contemplati dagli articoli 81 e 82*». La medesima espressione «*principi fissati dagli articoli 81 e 82*» si ritrova nella disposizione di cui all'art.85 TCE dove si attribuisce espressamente alla Commissione un potere di controllo affinché siano applicati i precetti di cui agli artt. 81 e 82 TCE.»

³⁵ Regolamento (CEE) del Consiglio del 6 febbraio 1962, n. 17/62, in *GUCE* L 13, del 21 febbraio 1962, pag. 204; modificato successivamente dal Regolamento (CE) n. 1216/1999, in *GUCE* L 148 del 15 giugno 1999, pag. 5.

³⁶ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, in *GUCE*, L 1 del 4 aprile 2003, pag. 1, modificato successivamente dal Regolamento (CE) n. 411/2004 del Consiglio del 26 febbraio 2004 che abroga il regolamento (CEE) n. 3975/87 e modifica il Regolamento (CEE) n. 3976/87 e il regolamento (CE) n.1/2003 relativamente ai trasporti aerei tra la Comunità e i paesi terzi, in *GUCE*. L 68 del 3 marzo 2004, p.1. Un successivo Regolamento, Reg. (CE) n. 773/2004 della Commissione del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del Trattato CE, specifica le modalità di applicazione del Reg. 1/2003, in *GUUE*, L 27 aprile 2004, pag.18. Contestualmente a tale Reg. la Commissione adottava una serie di comunicazioni relative alla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (in *GUUE*, C 101 de 27 aprile 2004, pag.43), alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE (in *GUUE*, C 101 DEL 27 aprile 2004, pag. 54), alla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 (in *GUUE*, C 101 del 27 aprile 2004, pag.78), alla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 (in *GUUE*, C 101, del 27 aprile 2004, pag. 81) e all'applicazione dell'articolo 81,3 del Trattato(in *GUUE*, C101 del 27 aprile 2004,

antitrust comunitario, prevedendo una applicazione decentrata delle due disposizioni primarie³⁷ (v. *infra*, para. n. 2.3).

In assenza di un'apposita regolamentazione nel testo del Trattato³⁸ poi, grazie al combinato disposto degli articoli 83 e 308 TCE³⁹, si è provveduto ad ampliare il novero delle fattispecie applicabili alle imprese, introducendo a livello comunitario una disciplina sul controllo preventivo di tutte le operazioni di concentrazione tra imprese, tramite l'adozione di un regolamento apposito, il Regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio,⁴⁰ dal 1° maggio 2004 sostituito dal Regolamento (CE) n. 139/2004⁴¹ (v. *infra*, para n.3)

La stessa base giuridica, inoltre, conformemente a quanto disposto dall'art. 202, terzo trattino TCE (secondo cui il Consiglio conferisce alla Commissione le competenze di esecuzione delle norme che stabilisce), è stata poi impiegata dal Consiglio dell'Unione europea per adottare una serie di Regolamenti⁴²

pag.97). Tale insieme di atti costituisce il c.d. "*pacchetto di modernizzazione*," predisposto dalla Commissione europea al fine di fornire indicazioni tecnico-procedimentali, alle Autorità Garanti nazionali e ai giudici nazionali, relative alle novità introdotte dal Reg. base n.1/2003 del Consiglio, oltre ad un quadro generale degli orientamenti della Commissione su determinati aspetti di carattere sostanziale, inerenti al diritto della concorrenza. Per un testo ricognitivo di tali atti cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Modernizzazione delle disposizioni di applicazione delle norme comunitarie antitrust. Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio e pacchetto modernizzazione*, Bruxelles- Luxemburg, 2004. Per un commento e un'esauritiva descrizione circa i mutamenti introdotti tramite l'adozione di tali atti, nel diritto della concorrenza dell'Unione europea.

³⁷Per quanto concerne le novità introdotte nelle regole di applicazione delle norme antitrust comunitarie di modernizzazione del diritto antitrust si rinvia al paragrafo n. 2.3 nel presente capitolo.

³⁸ Il Trattato CECA conosceva già la fattispecie delle concentrazioni la cui disciplina era espressamente codificata all'art. 66.

³⁹ L'articolo 308 del TCE ...Per la descrizione..e- E. M. MILANESI...per un commento..

⁴⁰ In *GUCE* L 395, del 30 dicembre 1989, pag. 1; rettificato in *GUCE* L 257 del 21 settembre 1990, pag. 13; modificato dal Regolamento(CE) n. 1310/97, in *GUUE* L 180 del 9 luglio 1997, pag. 1; rettificato in *GUCE* L 40 del 13 febbraio 1998, pag. 17 A. WEITBRECHT ., *E.U. Merger Control in 2001- the Year of Controversy*, in *European Community Law Review*, 2002, p.407.

⁴¹ Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in *GUUE* L 24 del 29/01/2004 pag. 1-22.

⁴² Cfr. ad esempio: Regolamento (CEE) del Consiglio, n. 19/65, relativo all'applicazione dell'art.85.3 del Trattato (oggi art. 81.3) a categorie di accordi e pratiche concordate , in *GUCE* L 36, del 6 marzo 1965, pag. 533(modificato dal Regolamento (CE) del Consiglio n. 1215/1999 del 10 giugno 1999 e dal Regolamento (CE) del Consiglio n.1/2003 del 16 dicembre 2002); Regolamento (CEE) del Consiglio n. 3976/87, relativo all'applicazione dell'art.85.3 (oggi art.81.3) del Trattato a categorie di accordi, di decisioni e di pratiche concordate, in *GUCE* L 285 del 29 dicembre 1971, pag.46(da ultimo modificato dal Regolamento (CE) del Consiglio n.1/2003, del 16 dicembre 2002); Regolamento (CEE) del Consiglio n. 4056/86 che determina le modalità di applicazione degli artt. 85 e 86 (oggi 81 e 82) del Trattato ai trasporti marittimi, in *GUCE* L 378 del 1986, pag. 4 che conteneva una esenzione per categoria agli artt. 3 e ss. Il Consiglio ha abrogato tale esenzione di recente, con effetto dall'1 ottobre 2008, adottando il Regolamento (CE) n.1419/2006 del Consiglio, del 25 settembre 2006, che abroga il Regolamento (CEE) n. 4056/86, e che modifica il Regolamento (CE) n. 1/2003, estendendone il campo di applicazione al cabotaggio e ai servizi internazionali di trasporto con navi da carico non regolari, in *GUUE* L 269, del .2006, pag. 1. Si veda anche il Regolamento (CEE) n. 1534/91 del Consiglio del 31 maggio 1991, relativo all'applicazione degli artt. 85 e 85 (oggi 81 e 82) del Trattato a talune categorie di accordi, decisioni e pratiche concordate nel settore delle assicurazioni, in *GUCE* L 143, del 7 giugno 1991, pag.932.

conferenti alla Commissione il potere di definire talune esenzioni per determinate categorie di accordi,⁴³ con la sola eccezione dei casi in cui tale facoltà viene riservata espressamente al legislatore comunitario⁴⁴. Si pensi ad esempio al Regolamento (CE) n. 2790/1999 relativo all'applicazione dell'art.81.3 TCE a talune categorie di accordi verticali e pratiche concordate⁴⁵. Al quinto considerando di tale normativa, si afferma come taluni accordi verticali descritti nel Regolamento stesso siano esentati quando capaci di incrementare l'efficienza economica nell'ambito di una catena produttiva o distributiva permettendo un miglior coordinamento tra le imprese partecipanti. Naturalmente, il bilanciamento tra gli effetti positivi e le restrizioni delle concorrenza consta in una probabilità dipendente dal grado di potere di mercato delle imprese interessate e pertanto dalla misura in cui tali imprese sono esposte alla concorrenza di altri fornitori di beni o servizi.⁴⁶ Regolamenti di esenzione per categoria sono stati adottati dalla Commissione in materia di

⁴³ Sui Regolamenti di esenzione per categoria, cfr. R. WISH, *Competition Law*, Oxford, 2009, pag. 164 ss; VAN BAEL & BELLISS, *Il diritto Comunitario della concorrenza*, Torino, 2009, pag. 110 ss; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, pag. 681ss; A. PAPPALARDO, *Il diritto Comunitario della Concorrenza. Profili Sostanziali*, Torino, 2007, pag. 117ss; E. M. MILANESI, *Il diritto della Concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, 2004, pag. 67 e pag. 96. La dottrina concorda nell'affermare come tale strumento normativo regolamentare sia stato in principio inserito nel quadro delle fonti antitrust per agevolare e sveltire l'attività burocratica di verifica delle innumerevoli notifiche, necessarie per ottenere una decisione di inapplicabilità del divieto, affidata alla Commissione nelle vigenza del Regolamento del Consiglio, n.17/62.(v. *infra* para. n. 3ss)

⁴⁴ Cfr. L'art. 202 del TCE dispone infatti «Per assicurare il raggiungimento degli scopi stabiliti dal presente trattato e alle condizioni da questo previste, il Consiglio: -provvede al coordinamento delle politiche economiche generali degli Stati membri, - dispone di un potere di decisione, -conferisce alla Commissione, negli atti che esso adotta, le competenze di esecuzione delle norme che stabilisce. Il Consiglio può sottoporre l'esercizio di tali competenze a determinate modalità. Il Consiglio può anche riservarsi, in casi specifici, di esercitare direttamente competenze di esecuzione. »[Rispetto al diritto della Concorrenza cfr. R. WISH, *Competition Law*, Oxford, 2009, pag.164, dove l'autore ricorda che il Consiglio dell'Unione europea in due soli casi ha adottato il Reg. (CEE) n.1017/68 del Consiglio 19 luglio 1968 relativo all'applicazione delle regole di concorrenza al settore dei trasporti ferroviari, su strada e per vie navigabili, in *GUCEE* L 175 (del 23 luglio 1968, pag.1; modificato dal Reg. (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002 in *GUUE* L 1 del 4 aprile 2003, pag.1); e nel settore dei trasporti marittimi, il Regolamento relativo all'applicazione dell'art. 85.3(oggi 81.3) TCE nel settore dei trasporti marittimi adottato dal Consiglio (in *GUCE* n. L 55 del 20 febbraio 1992, pag. 3), cui è seguita l'adozione da parte della Commissione di un Regolamento di applicazione n. 823/2000 (in *GUCE* n. L 100 del 20 aprile 2000, pag. 24) modificato dal Regolamento CE n. 463/2004 della Commissione e dal Regolamento CE n. 611/2005 della Commissione del 20 aprile 2005. Per tale via sono stati esentati consorzi marittimi, ossia accordi di cooperazione tra compagnie di trasporto marittimo di linea per la fornitura di servizi in comune per il trasporto marittimo di merci. La revisione del Regolamento di esenzione per categoria per i consorzi marittimi è stata poi avviata dalla Commissione nel 2007 tramite lo svolgimento di un'ampia indagine di mercato. Il nuovo Regolamento entrerà in vigore allo scadere del Regolamento per categoria attualmente in vigore il 25 aprile 2010. Cfr. *Europa press realeses*, 28 settembre 2009, reperibile on line all'indirizzo www.europa.eu.

⁴⁵ In *GUCE* L 336 del 29 dicembre 1999, pag. 21.

⁴⁶ Cfr. Considerando n. 6 del Reg. *supra* cit.

compagnie di trasporto marittimo di linea⁴⁷, a talune categorie di accordi di specializzazione⁴⁸, accordi in materia di ricerca e sviluppo⁴⁹, rispetto agli accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico⁵⁰, nel settore assicurativo⁵¹, rispetto a categorie di accordi di trasferimento di tecnologia.

La Commissione dispone, in questo modo, di un potere normativo incisivo⁵², seppur mediato in quanto limitato nel suo esercizio ai contenuti espressamente individuati nel Regolamento base del Consiglio, grazie al quale può determinare per via regolamentare quali categorie di accordi in determinati settori economici possano *a priori* considerarsi esenti dal divieto (v. *infra*, para. n. 2.1).

La commistione di un duplice potere, di indagine e regolatore, nelle mani della medesima autorità di controllo potrebbe in prima battuta evocare il timore di un conflitto di interessi, non rispettoso della garanzia di separazione del potere esecutivo da quello legislativo, in particolare rispetto al diritto della concorrenza, ambito nel quale, tra l'altro, la Commissione gode di importanti poteri sanzionatori (v. *infra*, para. n. 2.4). Ciò nonostante, è indubbio che tale competenza attribuita alla Commissione, si sia rivelata uno strumento utile per i soggetti operanti nel mercato unico, contribuendo ad incrementare la certezza del diritto di ciò che può essere preventivamente considerato lecito nella stipulazione di accordi tra imprese, senza il timore di incorrere in un'indagine di accertamento⁵³.

La fattispecie ora menzionata, relativa agli accordi di esenzione per categoria, non rappresenta d'altronde l'unico ambito in cui la Commissione riceve mandato a disciplinare aspetti tecnici inerenti all'applicazione delle norme *antitrust*.

Tipicamente, infatti, i Regolamenti base del Consiglio (Reg. n. 1/2003 e Reg. n. 139/2004) contengono disposizioni che autorizzano la Commissione ad intervenire, con una successiva normativa di dettaglio, nel disciplinare

⁴⁷ Regolamento (CE) della Commissione n.823/2000 del 19 aprile 2000, in *GUCE* L n. 304 del 2000, pag.24.

⁴⁸ Regolamento (CE) della Commissione n. 2658/2000 del 29 novembre 2000, in *GUCE* L 340 del 2000 pag. 3

⁴⁹ Regolamento (CE) della Commissione n. 2659/2000 del 29 novembre 2000, in *GUCE* L 340 del 2000, pag.3

⁵⁰ Regolamento (CE) della Commissione n. 1400/2002 del 31 luglio 2002, in *GUCE* L 203 del 2002, pag. 30

⁵¹ Regolamento (CE) della Commissione n. 358/2003 del 27 febbraio 2007, in *GUCE* L 124 del 2004, pag. 11

⁵² Cfr. VAN BAEL E BELLISS, *Il diritto comunitario della Concorrenza Con Analisi della disciplina del procedimento antitrust in Italia*, Torino 2009, dove si afferma che la Commissione nell'adottare una decisione individuale la Commissione agirebbe in virtù di un potere quasi giudiziale; diversamente quando adotta misure di carattere generale, come nel caso dei Regolamenti di esenzione per categoria o le comunicazioni, la Commissione svolgerebbe ruolo di tipo *quasi-legislativo* (corsivo aggiunto) pag.1038

⁵³ Cfr. in questo senso E. M. MILANESI, *Il diritto della Concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, 2004, pag.67. L'autore sottolinea anche come la Commissione emani Regolamenti di esenzione per categoria solo dopo aver acquisito una certa esperienza nel settore economico interessato ed « essere pervenuta ad una dottrina interpretativa stabile »

determinati aspetti procedurali e/o sostanziali, relativi all'applicazione concreta dei regolamenti stessi. Infatti, ai sensi dell'art. 33 del Reg. n. 1/2003, la Commissione ha adottato, un Regolamento di esecuzione inerente ai procedimenti da essa svolti a norma degli articoli 81 e 82 (cfr. Regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione⁵⁴), nel quale si codificano, ad esempio, le modalità seguite dalla esecutivo nell'avviare un procedimento ai sensi degli artt. 81 e 82⁵⁵, nel rivolgere domande orali nel corso degli accertamenti, oppure per inviare una denuncia alla Commissione.

Con il medesimo intento di infondere certezza e al fine di illustrare compiutamente i criteri seguiti nel condurre la politica a tutela della

⁵⁴In GUUE L 101, del 27 aprile 2004, pag. 18. L'art. 33.1 del Reg. 1/2003 autorizza, infatti, la Commissione ad adottare qualsiasi disposizione ai fini dell'applicazione del regolamento base. In materia di concentrazioni tra imprese, analogo potere viene, invece, conferito alla Commissione dall'art. 23 del Reg. base 139/2004, rubricato "*Disposizioni di esecuzione*", secondo cui la Commissione è autorizzata stabilire disposizioni di esecuzione riguardanti la forma, il contenuto e le altre modalità di presentazione delle notificazioni e delle richieste di cui all'art.4; disposizioni di esecuzione riguardanti i termini; la procedura e i termini per la presentazione e l'adempimento di impegni, nonché disposizioni di esecuzione riguardanti le audizioni degli interessati e dei terzi. In virtù di tale disposizione, la Commissione adottava il 7aprile 2004, il Reg. (CE) n. 802/2004, di esecuzione del Reg. (CE) n. 139/2004, in *GUUE* L 133, del 30 aprile 2004, pag. 1, modificato dal Reg. (CE) n. 1792/2006 della Commissione del 23 ottobre 2006.

⁵⁵ Ai sensi dell'art. 2 del Reg. (CE) n. 773/2004 della Commissione, la Commissione ha il potere di avviare un procedimento per l'adozione di una decisione ai sensi del capitolo III del Reg. (CE) 1/2003(ossia ai sensi dell'art. 7 del Reg. 1/2003 decisioni volte a constatare l'esistenza di un'infrazione e a porre fine all'infrazione così constatata; in caso di un'infrazione potenzialmente capace di arrecare un danno grave e irreparabile alla concorrenza, la Commissione può adottare d'ufficio, *ex art. 8* del Reg., mediante decisione misure cautelari; qualora poi sia stata constatata un'infrazione degli artt. 81 e 82 e le imprese interessate propongano degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse loro dalla Commissione nella sua valutazione preliminare, la Commissione può, ai sensi dell'art. 9 del Reg., rendere i suddetti impegni obbligatori per le imprese; infine, l'art.10 del Reg. autorizza la Commissione, qualora ravvisi ragioni di interesse pubblico comunitario relative all'applicazione degli artt. 81 e 82, a constatare tramite l'adozione di un'apposita decisione, l'inapplicabilità dell'art. 81, o per insussistenza di tutti elementi prescritti nel primo comma del suddetto articolo o perché si ritengono pienamente soddisfatte le condizioni di esenzione previste nel terzo paragrafo della medesima norma, cfr sul punto successivo paragrafo 2.1 del presente capitolo. La Commissione può inoltre effettuare una tale constatazione anche rispetto all'art.82 del Trattato.) Per un commento articolo per articolo relativo al Reg. 1/2003, cfr. A. A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIMBENE E S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della Concorrenza. Commentario al Reg. (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2006, in particolare rispetto alla tipologia di decisioni adottabili dalla Commissione nell'ambito di un procedimento di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE, cfr. S. AMADEO, *Art. 7, Costatazione ed eliminazione delle infrazioni*; M. RICCHIARI, *Art. 8, Misure Cautelari*, S. Amadeo, *Art. 9, Impegni e Art.10, Costatazione di inapplicabilità*, pag. 90-139) in qualsiasi momento ma non dopo la data in cui ha espresso la valutazione preliminare ai sensi dell'art. 9.1 del Reg. 1/2003 o ha emesso la comunicazione degli addebiti, né dopo la data di pubblicazione della comunicazione illustrativa degli elementi di fatto e del contenuto essenziale della sua intenzione di adottare una decisione relativa ad impegni o di inapplicabilità degli artt. 81 e 82 (art.27 Reg. 1/2003). Il procedimento così avviato dalla Commissione può essere reso pubblico a discrezionalità della stessa istituzione e, in ogni caso, dopo che le parti interessate ne siano state informate. (art.2.2 Reg. 773/2004). Naturalmente, prima dell'avvio formale del procedimento la Commissione può esercitare i propri poteri di indagine, previsti nella parte V del Reg. 1/2003 e respingere le denunce di cui all'art7 del suddetto Regolamento, senza avviare il procedimento, (rispettivamente art.3 e 4 del Reg. 773/2004).

concorrenza, la Commissione ha nella prassi sovente adottato diverse comunicazioni, ossia atti comunitari rientranti nella categoria delle c.d. fonti atipiche⁵⁶, poiché prive di base giuridica specifica e incapaci (in linea di principio) di produrre effetti giuridici vincolanti nell'ordinamento comunitario, con la conseguenza di essere, per tali loro caratteristiche, sottratte (sempre in linea teorica) al controllo di legalità esperibile dal giudice comunitario⁵⁷. Le comunicazioni sono in realtà uno strumento cui la Commissione ricorre normalmente nei diversi ambiti affidati al suo controllo, ma che rivestono un ruolo particolare in quei settori in cui l'istituzione gode di un ampio potere decisionale, quale ad esempio il diritto della concorrenza⁵⁸.

Tramite tali atti l'esecutivo europeo precisa, infatti, la portata di taluni elementi necessari all'applicazione delle normative *antitrust*, come nel caso della comunicazione relativa alla nozione di pregiudizio al commercio degli Stati membri di cui agli articoli 81 e 82⁵⁹, con la quale la Commissione, ricordando che il contenuto e la portata di tale nozione era stata chiarita nel tempo dai giudici comunitari nell'esercizio della loro funzione di interpretazione, ha inteso, senza pretesa di esaustività, definire una

⁵⁶ Per un'illustrazione sistematica e puntuale degli atti atipici vigenti nell'ordinamento comunitario, cfr. S. LEFEVRE, *Les actes communautaires atypiques*, Bruxelles, 2006; con riferimento, invece, alle sole comunicazioni della Commissione europea cfr. C. SANNA, *Aiuti di Stato e tutela dell'ambiente nel diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2009, pag. 101-115; M. ANTONIOLI, *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, Milano, 2000; M. C. REALE, *Le comunicazioni interpretative della Commissione delle Comunità europee*, in *Riv. Di Diritto Europeo*, 1993, pag.507 ss.; G. GRECO, *Sentenze della Corte e comunicazioni della Commissione: un'ulteriore fonte (combinata) di obblighi e di poteri amministrativi*, in *Riv. italiana di diritto pubblico comunitario*, 1992, pag. 1315.

⁵⁷ Come è noto infatti l'ordinamento comunitario consente l'esperimento di un controllo di legalità, per il tramite di un ricorso di annullamento ex articolo 230 TCE solamente rispetto ad atti produttivi di effetti giuridici vincolanti, identificabili nelle tipologie di atti espressamente contenuti nell'art. 249 TCE, ossia regolamenti, direttive e decisioni.. Sotto questo profilo, tuttavia, il giudice comunitario, ha da sempre garantito la possibilità di ricorrere al ricorso di annullamento avverso qualsiasi provvedimento adottato dalle istituzioni comunitarie che miri a produrre effetti giuridici indipendentemente dalla sua natura e dalla sua forma (si tratta del c.d. criterio sostanzialistico: cfr., per tutte, Corte giust., 31 marzo 1971, causa 22/70, Commissione/Consiglio, in *Racc.*p. 263, punto 42 della motivazione). Sulla base di tale giurisprudenza consolidata, è quindi possibile che anche una comunicazione della Commissione possa costituire oggetto di un ricorso di annullamento e venga sottoposta, per tale via, al vaglio della Corte, qualora tramite la sua adozione la Commissione determini di fatto obblighi specifici cui conseguono effetti giuridici distinti, rispetto alla norma tipica di riferimento. In questo senso Cfr. in B. NASCIMBENE E M.CONDINANZI (a cura di), *Giurisprudenza di diritto Comunitario. Casi scelti*, Milano, 2007, pag.166-168: Corte di giust. 16 giugno 1993, C-325/91, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, I-3283, punti 15ss; Corte di giust., 13 novembre 1991, C-303/90, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, I-5315, punti 24-25; Corte giust., 30 aprile 1996, C-58/94, *Paesi bassi c. Consiglio*, in *Racc.*, I-2185, punti 25-27. In generale sulla problematica inerente al controllo di legalità degli atti atipici cfr. S. LEFEVRE, *Les actes communautaires atypiques*, Bruxelles, 2006, pag. 342 ss. Ad ogni modo sul punto si veda *infra*, Cap. II, para. n. 3.3 e Cap. III, para. n. 4

⁵⁸ In questo senso cfr. C. SANNA, *op.supra.cit.*, pag. 112

⁵⁹ Comunicazione della Commissione- Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, in *GUUE*, n. C 101, del 27 aprile 2004, pag. 81.

metodologia per la corretta applicazione della nozione di pregiudizio al commercio, fornendo contestualmente indicazioni per la sua applicazione nelle situazioni che ricorrono di frequente nella prassi⁶⁰, riportando le pronunce più significative emanate sul punto dalla Corte di giustizia. Non a caso, quando la comunicazione svolge una funzione per così dire ricognitiva dello sviluppo giurisprudenziale, la Commissione suole qualificarla con l'espressione Linee direttrici, rimarcando la funzione illustrativa dell'atto di *soft-law*⁶¹.

Con la medesima valenza, possono ricordarsi anche le diverse comunicazioni finalizzate a chiarire, in maniera puntuale, gli orientamenti seguiti nel condurre la politica di tutela della concorrenza e, quindi, nella pratica, finalizzati a palesare pubblicamente il quadro di analisi utilizzato per comprendere ad esempio, se, quando e in quali circostanze viene avviato un procedimento amministrativo⁶²; come viene effettuata la valutazione di compatibilità con il mercato comune di talune tipologie di concentrazioni tra imprese⁶³; ovvero rispetto alla nozione di mercato rilevante, la Commissione esplicita i criteri e gli strumenti utilizzati per circoscrivere il mercato di riferimento, dal punto di vista geografico e del prodotto, ossia per definire la porzione di mercato nel quale le imprese sono in concorrenza tra loro⁶⁴.

Tuttavia, è tramite questa manifestazione pubblica dell'approccio istituzionale perseguito e del metodo di analisi utilizzato, che le comunicazioni acquistano un valore non più solo esplicativo, ma condizionante, a torto o a

⁶⁰ Così espressamente si legge nell'introduzione della Comunicazione.

⁶¹ Cfr. Comunicazione *supra* cit. alla nota 34.

⁶² Cfr. ad esempio Comunicazione della Commissione- Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, in GUUE, C 45, del 24 febbraio 2009, pag. 7; Per un primo commento di tale recente comunicazione, cfr. S. BASTIANON, Gli orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 nelle pratiche escludenti, in Dir. Comm. int., 2009, pag. 61

⁶³ Cfr. Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del Regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in GUUE C 31, del 5 febbraio 2004, pag. 5.

⁶⁴ Cfr. ad esempio, Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, in GUCE C 372 del 9 dicembre 1997, pag. 5, dove al paragrafo 4 ss della presente comunicazione è la stessa Commissione ad attribuire tale funzione alla comunicazione come. «La definizione del mercato rilevante –del prodotto e geografico- ha spesso un'influenza determinante sulla valutazione di un caso. Rendendo pubblici i metodi seguiti per definire il mercato e indicando i criteri e gli elementi ai quali si attiene e sui quali si fonda per giungere ad una decisione, la Commissione intende accrescere la trasparenza della sua politica e dei suoi processi decisionali in materia di concorrenza. La maggiore trasparenza consentirà inoltre alle imprese ed ai loro consulenti di prevedere più agevolmente se esiste la possibilità che la Commissione esprima delle obiezioni sotto il profilo della concorrenza in un determinato caso. Le imprese potrebbero quindi tenerne conto ai fini delle proprie decisioni interne, per esempio quando contemplan l'eventualità di procedere ad un'acquisizione, di costituire imprese comuni o di concludere determinati accordi. Ci si propone anche di dare alle imprese la possibilità di comprendere meglio quali tipo di informazioni la Commissione considera pertinenti ai fini della definizione del mercato» Ad ogni modo l'interpretazione data dalla Commissione al concetto di mercato rilevante non pregiudica l'interpretazione che ne potrà essere data dai giudici comunitari. Circa la rilevanza della determinazione del mercato rilevante per l'applicazione delle norme *antitrust v. infra* para. n. .2.2 nel presente capitolo.

ragione, l'azione delle imprese sul mercato, pur in assenza di un'efficacia giuridica vincolante intrinseca. A ben vedere, infatti, tali comunicazioni, in questa prospettiva, sottendono le medesime ragioni che hanno portato il Consiglio ad autorizzare l'esecutivo comunitario ad indicare previamente talune categorie di accordi esentati ai sensi dell'art.81.3, con la considerevole differenza che, in tale ipotesi, sussistendo una precisa base giuridica, la Commissione può emanare Regolamenti di esecuzione nel pieno rispetto del principio della certezza del diritto, in quanto atti, per definizione, di portata generale e direttamente applicabili negli ordinamenti nazionali. Diversamente, invece, le comunicazioni non impongono un obbligo di uniformarsi a quanto in esse descritto⁶⁵; risulta tuttavia evidente come la loro autorità, di fatto, sia una diretta conseguenza del potere discrezionale di indagine, di accertamento dell'infrazione e sanzionatorio, attribuito alla Commissione nella politica a tutela della concorrenza dal Trattato e dai Regolamenti di applicazione nella fase pre-contenziosa, cui tuttavia non segue la possibilità, per le parti interessate, di ricevere un controllo pieno nel merito, da parte del giudice comunitario, rispetto alle decisioni conclusive del procedimento adottate sulla base di tali orientamenti⁶⁶.

Il problema dell'efficacia delle Comunicazioni in materia di concorrenza ha suscitato un ampio dibattito in dottrina relativamente alle problematiche esposte, mentre sufficientemente chiara sembra essere sul punto la posizione del giudice comunitario. Per giurisprudenza costante, infatti, una volta che la Commissione stabilisce di adottare una comunicazione enunciativa delle sue linee di condotta in materia di concorrenza, ne consegue un obbligo in capo alla stessa di limitare la propria discrezionalità decisionale ed esecutiva, attenendosi nei suoi comportamenti, sin dalla data di adozione dell'atto atipico, a quanto ivi prescritto⁶⁷. Quest'interpretazione, pienamente rispettosa del

⁶⁵ Cfr. a riguardo S. LEFEVRE, *Les actes communautaires atypiques*, Bruxelles, 2006, pag 331. L'autore sottolinea come in particolare nel nuovo contesto di applicazione decentrata degli articoli 81 e 82 realizzato dal Reg. 1/2003 sussiste un forte rischio di compromissione dell'uniformità di applicazione del diritto della concorrenza, ben potendo accadere che le comunicazioni della Commissione siano seguite solamente da talune autorità nazionali. L'autore continua sottolineando come «*De même la sécurité juridique des entreprises est amoindrie du fait des doutes existant quant à l'invocabilité de la doctrine administrative de la Commission, à l'encontre des autorités nationales. Il serait donc plus judicieux, d'étendre le pouvoir réglementaire de la Commission à l'occasion de la décentralisation du droit communautaire de la concurrence, en lui permettant d'adopter par voie de règlement un plus grand nombre « d'exemptions catégorielles ». Cette voie n'a pas été privilégiée. Dans ces conditions, c'est par la biais de les communications interprétatives que la Commission entend essayer d'assurer un' application uniforme du droit de la concurrence*»

⁶⁶ Ciò perché, come si vedrà nei successivi capitoli, il giudice comunitario, in materia di concorrenza, può garantire un sindacato pieno anche nel merito limitatamente all'ammontare delle sanzioni comminate dalla Commissione in caso di accertamento di un'infrazione delle normative antitrust, ex art.229 del TCE, secondo cui «*I regolamenti adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio e dal Consiglio in virtù delle disposizioni del presente Trattato possono attribuire alla Corte di giustizia una competenza giurisdizionale anche di merito per quanto riguarda le sanzioni previste nei regolamenti stessi*»

⁶⁷ A riguardo cfr. per tutte Corte di giust., 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P, C-213/02P, *Dansk Rorindustri A/S e a. c.*

principio di certezza del diritto e del legittimo affidamento, assicura agli operatori economici attivi sul mercato una garanzia di tutela rispetto alla prassi della Commissione di adottare comunicazioni in tale ambito, senza menomare, allo stesso tempo, il dovere dell'istituzione di applicare i principi fissati dal Trattato e di orientare in questo senso il comportamento delle imprese⁶⁸ nella conduzione di una politica generale della concorrenza.

2. Norme applicabili alle imprese e fattori rilevanti: la nozione di impresa, il pregiudizio al commercio tra Stati membri, mercato rilevante, ambito di applicazione territoriale.

Come si è avuto modo di anticipare, dal punto di vista del diritto sostanziale verranno presi in considerazione unicamente i divieti prescritti dall'ordinamento comunitario, applicabili *rationae personae* direttamente in capo alle imprese, contenuti negli articoli 81 e 82 TCE, nonché nel Regolamento (CE) n. 139/2004 dedicato alle operazioni di concentrazione. Tali disposizioni, seppur dirette a reprimere fenomeni anticompetitivi differenti, per trovare piena applicazione richiedono l'accertamento di determinate condizioni comuni in esse prescritte.

La prima condizione a dovere essere soddisfatta concerne l'ambito soggettivo di applicazione/operatività, in quanto la normativa *antitrust* dell'Unione europea trova attuazione rispetto ad accordi, a comportamenti considerati abusivi e/o ad operazioni di concentrazione, se attuati da *impresa*.

Commissione., in *Racc.*, I-5425, punti 186-194 dove la Corte sottolineava, concordando con quanto statuito precedentemente dal giudice di prime cure, che dalla comunicazione sulla cooperazione non si poteva dedurre l'esistenza di un legittimo affidamento per le imprese circa il metodo di calcolo o del livello di importo delle ammende comminate dalla Commissione. Il Tribunale, a giudizio della Corte, aveva pertanto correttamente respinto il motivo dedotto dalle ricorrenti, per la ragione che gli operatori economici non possono riporre un legittimo affidamento in una prassi precedente all'adozione dell'ultima comunicazione all'uopo adottata dalla Commissione, godendo quest'ultima, nel settore della determinazione dell'ammontare delle ammende, di un potere discrezionale che le permette di innalzare in qualsiasi momento il livello generale delle ammende, entro i limiti indicati nel Reg. n. 17, se ciò è necessario per garantire l'attuazione della politica comunitaria della concorrenza. La Corte sosteneva, infine, la posizione del Tribunale secondo cui la comunicazione sulla cooperazione poteva giustificare un legittimo affidamento nel senso che obbligava, dal momento della sua adozione, la Commissione ad applicarla. Cfr. sul punto *infra*, Cap. II, para. n. 3.3 e Cap. III, para. n. 4.

⁶⁸ Cfr. con riferimento alla sussistenza di un dovere in capo alla Commissione di orientare il comportamento delle imprese, quale compito rientrante nel suo più generale dovere di sorveglianza sulla corretta applicazione degli articoli 81 e 82 Corte giust., 7 giugno 1983, cause riunite 100/80-103/80, *Musique Diffusion française e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 1825, punto 105, confermata più di recente dalla pronuncia della Corte di giust., 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02P, C-213/02 P, *Dansk Rorindustri A/S e a. c. Commissione*, in *Racc.*, I-5425, punto 170.

Né tra le disposizioni di carattere primario, né tra le fonti di diritto derivato si rinviene, tuttavia, una definizione normativa del concetto di impresa⁶⁹.

La nozione di impresa impiegata in riferimento a tutte le normative *antitrust* è, infatti, frutto di un'elaborazione giurisprudenziale, ampliata nel corso degli anni, così da arrivare a ricomprendere qualsiasi soggetto, di natura pubblica o privata⁷⁰, cui sia imputabile l'esercizio di un'attività economica⁷¹, anche qualora sia esercitata senza fini di lucro⁷² e a prescindere dalla sussistenza di un'organizzazione di elementi materiali, immateriali oppure umani⁷³. Non rileva pertanto lo *status* giuridico del soggetto interessato, né il tipo di attività da esso svolta; è necessario, però, poter riscontrare un'assunzione del rischio in proprio, nonché la partecipazione ad almeno una fase del processo produttivo e distributivo dei beni e servizi⁷⁴. Le disposizioni comunitarie, pertanto, non trovano applicazione nei confronti delle associazioni dei consumatori, né dei sindacati dei lavoratori o rispetto a quegli enti previdenziali nazionali che, per espressa previsione legislativa, gestiscono un regime di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie

⁶⁹ Cfr. L. FALCIONI, *Ambito di applicazione*, in G.L. TOSATO E L. BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali.*, Milano, 2004, pag. 51, la quale ricorda come l'assenza di una nozione normativa del concetto di impresa sia imputabile da un lato alla insussistenza negli ordinamenti nazionali, di una nozione di impresa assumibile come comune denominatore; e dall'altro (cfr. espressamente nota n. 6 della medesima pagina dove si riportano le parole di V. DONATIVI, in *Impresa e Gruppo nella legge antitrust*, Milano, 1996, pag.41) ad una precisa volontà legislativa diretta a privilegiare un'impostazione di tipo sostanzialistico, " *volta ad evitare l'eccessiva rigidità di un apparato concettuale di stampo formalistico, inadeguato a comprendere e sistemare una materia fortemente intrecciata col dato economico*".

⁷⁰ Cfr. Corte giust., 11 dicembre 1997, *Procedimento di volontaria giurisdizione su iniziativa della Job Centre coop. ar.l.*, causa C-55/96, in *Racc.*, I-79119, dove la Corte ricordando che nel contesto del diritto della concorrenza, la nozione di impresa comprende qualsiasi soggetto esercente un'attività economica e, quindi che tale nozione abbraccia anche un'attività di collocamento di manodopera, afferma che un ente, come un ufficio pubblico di collocamento, possa essere qualificato un'impresa ai fini dell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie (cfr. punto 21 ss).

⁷¹ L'art.81 trova ad esempio applicazione anche rispetto a società sportive: cfr. Trib primo grado, 26 gennaio 2005, causa T-193/02, *Piau c. Commissione*, in *Racc.*, pag., II-209, punto 69, dove il Tribunale di primo grado, riscontrando che la FIFA si componeva al suo interno di federazioni nazionali, a loro volta costituite da società esercenti economicamente il gioco del calcio, considera tali società imprese ai sensi dell'art.81 TCE e, le federazioni nazionali che le rappresentavano, associazioni di imprese.

⁷² La giurisprudenza sottolinea come in realtà la mancanza di scopo di lucro costituisca un criterio pertinente per valutare se un'attività abbia o meno carattere economico, *ma non sufficiente* (corsivo aggiunto), Corte giust., sentenza 26 marzo 2009, C-113/07 P, *SELEX Sistemi Integrati SpAc. Commissione*, non pubblicata in *Racc.*, punti.116-117; Corte giust., sentenza 21 settembre 1999, causa C-67/96 *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, in *Racc.*, pag. I-5751, punto 85; Corte giust., sentenza 23 marzo 2006, causa C-237/04, *Enirisorse*, in *Racc.*, I-2843, punto.31.

⁷³ Trib. primo grado, 20 marzo 2000, T-9/99, *HFB e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-1487, punto 54 e giurisprudenza ivi citata; Trib. primo grado, 12 dicembre 2007, T-112/05, *Akzo Nobel e a. c. Commissione*, in *Racc.*, II-5049, punto 51.

⁷⁴ Cfr. Tribunale di primo grado, 4 marzo 2003, T-319/99, *Fenin c. Commissione*, in *Racc.*, pag., II-357.

professionali, quale ad esempio l'INAIL⁷⁵. Tuttavia, come risulta dalla giurisprudenza della Corte, lo *scopo sociale* non è di per sé elemento sufficiente per escludere che l'attività considerata venga qualificata come un'attività economica⁷⁶.

Nel noto caso *Albany*, ad esempio, la sussistenza di un accordo collettivo tra le organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori, che istituiva in un determinato settore un regime pensionistico integrativo gestito da un fondo pensione, finalizzato a garantire un determinato livello pensionistico a tutti i lavoratori di tale settore, contribuendo quindi direttamente al miglioramento di una delle condizioni di lavoro dei lavoratori (ossia la loro retribuzione), non ha impedito alla Corte di qualificare come impresa, ai sensi della normativa del Trattato, il fondo pensione incaricato della gestione del regime pensionistico istituito dall'accordo collettivo, sebbene quest'ultimo, in virtù della sua natura e del suo oggetto, fosse stato dichiarato compatibile con l'art.81.1 TCE⁷⁷.

Gli articoli 81 e 82 TCE, in definitiva, trovano applicazione rispetto a quei comportamenti adottati dalle imprese di loro propria iniziativa⁷⁸; pertanto, nell'ipotesi in cui sussista una normativa statale più permissiva rispetto a determinati comportamenti anticoncorrenziali, i disposti di cui agli artt. 81 e 82 non troveranno applicazione, non potendosi imputare a comportamenti autonomi delle imprese l'avvenuta restrizione della concorrenza, così come le suddette norme invece prescrivono⁷⁹. Diversamente, le norme primarie vengono applicate laddove la norma nazionale interessata lasci sussistere una certa libertà in capo alle imprese in grado, pertanto, di restringere oppure falsare la concorrenza sul mercato attuando comportamenti autonomi⁸⁰.

Se la nozione di impresa come entità economica che agisce sul mercato offrendo beni e servizi, rappresenta la condizione necessaria per l'applicazione delle normative *antitrust*, l'addebito dell'eventuale infrazione richiede, invece, l'individuazione della persona fisica o giuridica responsabile del

⁷⁵ Cfr. Corte giust., 22 gennaio 2002, C-218/00, *Cisal Battistello Venanzio & C.SA c. Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro*, in *Racc.*, pag. I-691; E. M. Milanese (a cura di), *Il diritto della concorrenza dell'unione europea*, Napoli, 2004 pag. 54

⁷⁶ Cfr. Corte giust., 12 settembre 2000, cause riunite C-180/98 a C-184/98, *Pavel Pavlov e a. c. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, in *Racc.*, pag. I-6451, punto 188; Corte giust., 22 gennaio 2002, C-218/00, *Cisal Battistello Venanzio & C.SA c. Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro*, in *Racc.*, pag. I-691, punto 37.

⁷⁷ Corte giust., sentenza 21 settembre 1999, causa C-67/96 *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, in *Racc.* pag. I-5751, punti 54ss

⁷⁸ Corte giust., sentenza 20 marzo 1985, Causa 41/83, *Italia c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 873, punti 18-20; Corte giust., sentenza 19 marzo 1991, causa C-202/88, *Francia c. Commissione* in *Racc.*, pag. I-1223, punto 55; Corte giust., sentenza 11 novembre 1997, cause riunite C-359/95P e C-379/95 P, *Commissione e Francia c. Ladbroke e Racing*, in *Racc.*, p. I-6265, p.33.

⁷⁹ Cfr. Trib. primo grado, 30 marzo 2000, causa T-513/93, *Consiglio Nazionale degli spedizionieri doganali c. Commissione*, in *Racc.*, II-1807, punto 58

⁸⁰ Cfr. Trib. primo grado, 7 ottobre 1999, causa T-228/97, *Irish Sugar c. Commissione*, in *Racc.*, II-2969, punto 130; Trib. di primo grado, 30 marzo 2000, causa T-513/93, *Consiglio Nazionale degli spedizionieri doganali c. Commissione*, in *Racc.*, II-1807, punto 59.

comportamento illecito, sanzionabile con un'ammenda o penalità di mora⁸¹. Nella pratica può ben accadere, però, che i destinatari delle norme *antitrust* e i destinatari delle decisioni conclusive di un procedimento amministrativo adottate dalle Autorità garanti della Concorrenza e dalla Commissione possano non coincidere.

Rispetto, ad esempio, ai gruppi di società, secondo l'interpretazione fornita dai giudici comunitari, si considera destinataria della normativa l'intera unità economica, non rilevando se sotto il profilo giuridico, tale unità economica si componga in realtà di più persone fisiche o giuridiche⁸². Ne consegue l'imputabilità direttamente in capo all'impresa madre, della condotta anticoncorrenziale posta in essere da una impresa figlia, quando questa non sia in grado di determinare in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato. Per giurisprudenza costante, quindi, che un'impresa controllata sia dotata di personalità giuridica distinta dalla controllante, non costituisce ragione sufficiente per escludere l'imputabilità del comportamento illecito in capo a quest'ultima⁸³. Nell'ipotesi poi in cui l'impresa controllante detenga l'intero capitale di una sua controllata (partecipazione al 100%), opera, inoltre, una presunzione semplice per la quale, l'onere di dimostrare l'influenza decisiva della controllante sul comportamento attuato nel mercato dall'impresa controllata, si considera soddisfatto senza la necessità di addurre elementi di altro genere⁸⁴; spetterà, quindi, all'impresa interessata dimostrare come le

⁸¹ Cfr. Trib. primo grado, .. 1999, cause riunite T-305/94 to T-307/94, T-313/94 to T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 and T-335/94 , *Limburgse Maatschappij and Others v Commission (PVC II)*, in *Racc.*, II-931, punto 978.

⁸² Trib. Primo grado, 15 giugno 2005, cause riunite T-71/03T-74/03, T-87/03 and T-91/03 *Tokai Carbon and Others v Commission*, in *Racc.*, II-10, punto 59

⁸³ Cfr. sentenze ICI/Commissione, citata, punti 132 e 133, 14 luglio 1972, causa 52/69, *Geigy/Commissione*, *Racc.* pag. 787, punto 44, e 21; febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage e Continental Can/Commissione*, *Racc.* pag. 215, punto 15; Corte giust., 25 ottobre 1983, C-107/82, *Allgemeine Elektrizitätsgesellschaft c. Commissione*, in *Racc.*, p. 3151; Corte giust. 16 dicembre 2000, C-286/89 P, *Stora c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-9925, punto 26; Nella medesima pronuncia la Corte considerava inoltre legittima l'osservazione del Tribunale nella sua pronuncia di primo grado (cfr. Trib. primo grado, 14 maggio 1998, T-354/94, *Stora c. Commissione*, in *Racc.* p.II-2111) secondo cui il fatto che la ricorrente detenesse il 100% della controllata costituisca valorizzasse la circostanza che la controllata potesse influire in modo determinante sulla politica commerciale della controllata, precisando, anzi, come in tale circostanza operi una presunzione circa la sussistenza di un' influenza diretta sui comportamenti della controllata, da parte dell'impresa controllante.

⁸⁴ Trib. primo grado, 12 dicembre 2007, T-112/05, *Akzo Nobel Nv e a. c. Commissione*, in *Racc.*, II-5049, punti 57 ss; la posizione del Tribunale è avallata dalle conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott, pronunciate il 23 aprile 2009, (nella causa Vedi sentenza davanti alla Corte di giustizia C-97/08, ricorso in *GUUE* C 128, 24 maggio 2008, pag.22.) la quale, però, si interroga sulla necessità per la Corte di trarre spunto dalla fattispecie concreta, per inasprire le prescrizioni relative alla prova, ossia se avvallando la posizione tenuta dalle ricorrenti, l'effettiva influenza di un'impresa madre sul comportamento adottato dalle sue controllate, possa essere dimostrato solamente aggiungendo un altro elemento causale alla semplice detenzione del dell'intero capitale (100%+ x), cfr. conclusioni, punto 62. La Corte giustizia tuttavia ha stabilito invece che la partecipazione del 100% da parte dell'impresa madre controllata costituisce invero una presunzione semplice, Cfr. Corte giust., 23 aprile 2009, causa C-97/08P, *Akzo Nobel e a. c. Commissione*, non pubblicata in *Racc.* Con riferimento all'uso delle presunzioni nel processo comunitario cfr. *infra* , Cap. III, para. n. 2

imprese controllate perseguano autonomamente la loro politica commerciale sul mercato⁸⁵.

Oltre alla nozione di impresa, gli articoli 81 e 82 TCE presentano in comune un'altra condizione necessaria per l'applicazione dei divieti in essi considerati, ossia l'idoneità dell'intesa o dell'abuso di posizione dominante a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri. Coerentemente con le finalità perseguite dalle norme del Trattato CE, dirette alla costituzione di un mercato unico liberalizzato al suo interno e con una lettura funzionale delle regole di concorrenza agli obiettivi generali perseguiti dalla Comunità, come agli Stati membri viene imposta la rimozione degli ostacoli per una piena attuazione delle libertà di circolazione garantite dall'ordinamento comunitario (persone, merci servizi e capitali) così le pratiche collusive o abusive sono vietate qualora siano in grado di influenzare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza le correnti di scambio fra gli Stati membri, ostacolando in tal modo la penetrazione dei mercati voluta dal Trattato. Questa funzionalizzazione delle regole di concorrenza ha permesso, per esempio, di invocare l'art. 81 TCE anche nei confronti di accordi di fornitura esclusiva tra imprenditori localizzati sul territorio di un solo Stato membro, perché considerati ugualmente idonei ad isolare il mercato nazionale⁸⁶. La Corte ha così ripetutamente qualificato accordi diretti a compartimentare i mercati nazionali secondo le frontiere nazionali o rendere più ardua l'integrazione dei mercati nazionali, come accordi aventi ad oggetto la limitazione della concorrenza ai sensi del detto articolo 81 del Trattato⁸⁷.

Dal punto di vista pratico, il pregiudizio al commercio intracomunitario, oltre a rappresentare un requisito indispensabile per l'applicazione del contenuto delle norme in oggetto, funge anche da limite all'applicazione della normativa comunitaria poiché, in assenza di un pregiudizio sensibile, anche solo potenziale⁸⁸, sulle attività di scambio tra Stati membri, la condotta

⁸⁵ Trib. Primo grado, 27 settembre 2006, T-314/01 *Avebe v Commission*, in Racc., II-0000, punto 136; si veda inoltre in tal senso, Corte giust., 16 dicembre 2000, C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags v Commission*, in Racc., I-9925, punto 29.

⁸⁶ In un noto caso c.d. La Roche (Cfr. Corte giust., 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffman-La Roche c. Commissione*, in Racc., p. 461

⁸⁷ Cfr. Corte giust., 12 dicembre 1967, causa 23/67, *SA Brasserie de Haecht c. I Soci di fatto Wilkin-Jassen*, in Racc., pag. 525; Corte giust., 17 ottobre 1972, causa 8/72, *Vereniging van Cementhandelaren c. Commissione*, in Racc., pag. 977; Cfr., Corte giust., 8 novembre 1983, cause riunite 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, *IAZ International Belgium e a. c. Commissione*, Racc. p. 3369, punti 23-27; Corte giust., 28 aprile 1998, C-306/96, *Javico*, Racc. p. I-1983, punti 13 e 14, nonché Corte giust., 6 aprile 2006, C-551/03 P, *General Motors c. Commissione*, Racc. pag. I-3173, punti 67-69. Cfr. Corte giust., 1 febbraio 1978, causa 19/77, *Miller c. Commissione*, in Racc., p. 131, punto 15; Corte giust., 25 ottobre 1983, causa 107/82, *AEG-Telefunken c. Commissione*, in Racc., pag. 1179, punto 60; Corte giust., 17 luglio 1997, C-219/95 P, *Ferriere Nord c. Commissione*, in Racc., I-4411, punti 19-20.

⁸⁸ Cfr. Corte giust., 1 febbraio 1978, causa 19/77, *Miller c. Commissione*, in Racc., p. 131, punto 15; Corte giust., 25 ottobre 1983, causa 107/82, *AEG-Telefunken c. Commissione*, in Racc., pag. 1179, punto 60; Corte giust., 17 luglio 1997, C-219/95 P, *Ferriere Nord c. Commissione*, in Racc., I-4411, punti 19-20.

anticompetitiva ricadrà sotto gli effetti del quadro normativo nazionale interessato⁸⁹.

Con riferimento, invece, alla disciplina in materia di concentrazioni tra imprese, il Regolamento n. 139/2004 non menziona il requisito del pregiudizio al commercio tra gli Stati membri; tuttavia, l'ambito di applicazione del Regolamento viene limitato alle sole operazioni che, sulla base del fatturato delle imprese partecipanti, rivestano una *dimensione comunitaria*, (art.1, Reg. n. 139/2004) e quindi, nella sostanza, interessino il mercato comune (v. *infra*, para. n. 2.3). La diversa espressione letterale della norma regolamentare rispetto alle due disposizioni contenute nel Trattato si giustifica, probabilmente, in ragione della natura di atto derivato propria del Regolamento che, in forza dell'art. 83 TCE, rappresenta uno degli strumenti di attuazione dei principi indicati agli art.81 e 82 TCE e, come tale, recepisce i requisiti fondanti il contenuto delle norme primarie, seppur piegando la formulazione finale alla diversa *ratio* in ragione del differente oggetto protetto.

Anche nel caso delle operazioni di concentrazione, infatti, la *dimensione comunitaria* rappresenta un requisito necessario per l'applicazione del Regolamento e allo stesso tempo il criterio impiegato per il riparto delle competenze tra l'ordinamento comunitario e leggi *antitrust* nazionali.

Prescindendo dalla diversa enunciazione normativa, il principio comune tra le diverse fattispecie contenute nelle disposizioni del Trattato e nel Regolamento sulle concentrazioni risulta essere la necessità di un collegamento tra il comportamento e pratica vietati con il territorio dell'Unione europea. Sotto questo profilo, le regole *antitrust* comunitarie esplicano i loro effetti rispetto a comportamenti restrittivi della concorrenza posti in essere sul territorio del mercato comune, oppure semplicemente capaci di produrre effetti restrittivi prevedibili, immediati e sostanziali all'interno del mercato stesso⁹⁰. anche se realizzati da imprese situate sul territorio di paesi terzi.

L'applicazione extraterritoriale del diritto comunitario della concorrenza, seppur espressamente riconosciuta dalla Commissione e dalla Corte di giustizia⁹¹ sul piano teorico, sul versante pratico pone un problema di coordinamento tra le legislazioni potenzialmente coinvolte rispetto ad un unico

⁸⁹ Cfr. Corte giust., 31 maggio 1979, causa 22/78, *Hugin c. Commissione*, *Racc.*, 1869, punto 17 ss.

⁹⁰ Cfr. Corte giust., 14 luglio 1972, causa 22/71, *Beguelin c. Import Export*, in *Racc.*, pag. 949, punto 11 ss; Trib. primo grado, 25 marzo 1999, T-102/96, *Gencor c. Commissione*, in *Racc.*, II-753, punti 68 ss.

⁹¹ Cfr. ad esempio Corte di giustizia, 20 giugno 1978, causa C-28/77, *Tepea c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 1391, punto 47 dove la Corte sottolinea come il fatto che le imprese partecipanti ad un accordo si trovino dislocate sul territorio di uno Stato terzo, non impedisce l'applicazione delle norme antitrust dell'Unione europea qualora l'accordo produca effetti di una certa rilevanza all'interno del mercato comune. Parte della dottrina ad ogni modo enfatizza come a differenza della Commissione, il giudice comunitario non sia mai spinto sino ad affermare che la localizzazione degli effetti costituisca un criterio sufficiente per affermare la giurisdizione della Comunità europea. Cfr. in questo senso G.L. TOSATO, L. BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Milano 2004, pag. 71

illecito, nonché di raccordo delle attività, tra la Commissione e autorità antitrust non europee, nell'*enforcement* delle rispettive regole⁹².

Infine, la verifica di una violazione delle norme del Trattato o del Reg. sulle operazioni di concentrazione, non può prescindere dall'individuazione e dalla definizione del mercato rilevante⁹³, ossia la porzione di mercato da considerarsi nell'indagine di accertamento della legittimità del comportamento dell'impresa interessata⁹⁴, al fine di stabilire «*in modo sistematico le pressioni concorrenziali*» cui è sottoposta⁹⁵. Si presuppone, infatti, che il potere di mercato detenuto da un'impresa possa essere limitato dalla sostituibilità della domanda, dalla sostituibilità dell'offerta e dalla concorrenza potenziale. L'analisi del mercato viene condotta quindi esaminando tali tipologie di pressioni concorrenziali, nel contesto del mercato del prodotto (ossia l'ambito materiale del mercato) e del mercato geografico (ossia l'estensione geografica del mercato)⁹⁶. Dal punto di vista del prodotto il mercato rilevante comprende tutti i prodotti e/o i servizi considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche, del prezzo e dell'uso cui i prodotti sono destinati⁹⁷.

Il punto di partenza per l'individuazione del mercato del prodotto è il grado di sostituibilità del prodotto dal punto di vista del consumatore (sostituibilità della domanda) per cui, qualora i consumatori considerino determinati prodotti intercambiabili (essendo cioè disposti a passare dall'uno all'altro), i prodotti così individuati si presumono appartenere al medesimo mercato.

⁹² E. M. MILANESI (a cura di), *Il diritto della concorrenza dell'unione europea*, Napoli, 2004, pag. 63; cfr. Corte di giust., 27 settembre 1988, cause riunite 89, 104, 114, 116, 117, 125-129/85, *Ahlstroem I e.a. c. Commissione*, in Racc., p.5193.

⁹³ Cfr. Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, in *GUCE C 372* del 9 dicembre 1997, pag. 5

⁹⁴ La Commissione, precisa che ai fini della Comunicazione sul mercato rilevante, le imprese interessate sono: nel caso di una operazione di concentrazione, le imprese partecipanti alla concentrazione; in caso di accertamenti in applicazione dell'art. 86 (oggi 82) del Trattato, l'impresa oggetto degli accertamenti stessi o quelle che l'hanno denunciata; in caso di accertamenti in applicazione degli accertamenti in applicazione dell'art.85 (oggi 81) del Trattato, le parti dell'accordo.

⁹⁵ Così espressamente il paragrafo 2 della Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante.

⁹⁶ Così espressamente VAN BAEL & BELLIS, *Il diritto della Concorrenza. Con analisi della disciplina del procedimento antitrust in Italia*, Torino, 2009, pag.148-149. In particolare poi viene sottolineato come ai fini dell'individuazione del mercato rilevante, l'analisi venga prevalentemente condotta ricorrendo al criterio della sostituibilità della domanda, mentre il ricorso al criterio della sostituibilità dell'offerta sia più limitato ed impiegato in cir costanze particolari. Diversamente invece, il criterio della concorrenza potenziale rileva in un momento successivo dell'analisi, nella fase di valutazione del potere di mercato detenuto da un'impresa, successiva alla definizione del mercato rilevante.

⁹⁷ Cfr. Comunicazione sul mercato rilevante *supra* cit., para. 7.

Sin dai primi tempi la Corte di giustizia aveva stabilito come la definizione del mercato rilevante consistesse, nella sostanza, in una valutazione proprio dell'intercambiabilità del prodotto⁹⁸.

Per valutare il grado di sostituibilità di un prodotto, quindi, vengono considerate le sue caratteristiche e il suo prezzo. La Comunicazione della Commissione inerente al mercato rilevante spiega, infatti, come ai fini operativi e pratici, per la definizione del mercato l'attenzione debba focalizzarsi sui prezzi e più precisamente sulla sostituzione della domanda innescata da piccole variazioni permanenti dei prezzi relativi⁹⁹. Tale analisi viene effettuata ricorrendo al c.d. test SSNIP o del cosiddetto monopolista teorico (*Small but Significant Non – transitory Increase in Price*), atto a determinare l'intensità della sostituibilità della domanda tra prodotti rispetto alla probabile reazione dei consumatori innanzi ad un ipotetico piccolo ma significativo aumento del prezzo, a carattere permanente (ossia tra il 5 e il 10%). In tal modo la Commissione tenta di comprendere, in sostanza, in quale misura un consumatore è disposto a comprare il bene B, dato l'aumento del prezzo in maniera permanente del 5% del bene A. Qualora l'incremento del costo del bene comporti un calo delle vendite del bene A, secondo lo SSNIP test i prodotti A e B appartengono al medesimo mercato del prodotto¹⁰⁰. La comunicazione poi specifica che la sostituibilità del prodotto dal punto di vista dell'offerta viene considerata solo nell'ipotesi in cui sia ravvisabile un suo impatto immediato sul mercato, equiparabile a quello della sostituibilità della domanda¹⁰¹.

Il mercato geografico rilevante, invece, concerne l'area geografica nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi; tale area geografica è contrassegnata dalle condizioni di concorrenza omogenee, per le quali può considerarsi distinta dalle aree *contigue*, nell'ambito delle quali, invece, le condizioni di concorrenza appaiono sensibilmente diverse¹⁰². Come

⁹⁸ Cfr. ad esempio Corte di giust., 21 febbraio 1973, Causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc.*, in *Racc.*, pag. 215, punto 32. Si noti inoltre che la Comunicazione sul mercato rilevante è stata adottata dalla Commissione europea in un momento successivo, quando, a seguito dell'adozione del primo Regolamento dedicato alle operazioni di concentrazioni, la Commissione si è trovata innanzi all'onere di definire correttamente il mercato in un numero sempre maggiore di ipotesi di violazione della concorrenza. Cfr. Sul punto espressamente R. WHISH, *Competition Law.*, Oxford, 2009, pag. 29 secondo il quale mentre in assenza del Regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, rispetto alla violazione dell'art.82 TCE la Commissione affrontava circa 20 richieste di impugnazione, dal 1990 (ossia dalla data di entrata in vigore del Regolamento relativo al controllo delle concentrazioni) ad oggi, ha iniziato ad doversi occupare di circa 100 notifiche all'anno, arrivando nel più recente anno del 2007 a ricevere sino a 402 notifiche all'anno.

⁹⁹ Cfr. Comunicazione sul mercato rilevante *supra cit.*, para.15

¹⁰⁰ Per un'illustrazione puntuale circa il funzionamento dello SSNIP test, cfr. VAN BAEL E BELLISS, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2009, pag. 150, 151, 152.

¹⁰¹ Cfr. Comunicazione sul mercato rilevante *supra cit.* para.20-23. Per una descrizione circa la metodologia di analisi impiegata per definire il mercato rilevante ricorrendo al criterio della sostituibilità dell'offerta cfr. R. WHISH, *Competition law*, Oxford, 2009, pag. 31; VAN BAEL & BELLISS, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2009, pag. 152

¹⁰² Cfr. Comunicazione sul mercato rilevante *supra cit.* para. 8.

accade per la definizione del mercato dal punto di vista del prodotto, anche in questo caso la definizione del mercato è soggetta all'applicazione dello SSNIP test, sempre al fine di individuare il grado di sostituibilità dal punto di vista della domanda e dell'offerta. Rispetto al primo criterio, tramite il suddetto test si vuole determinare l'esistenza o meno sul mercato di altri operatori economici, capaci di rappresentare una valida «fonte alternativa di approvvigionamento per i consumatori». Per contro, l'analisi della sostituibilità dell'offerta in una determinata area geografica, serve a stabilire se, a seguito di un lieve ma significativo aumento del prezzo di un prodotto in una determinata zona, i venditori stabiliti in un'area differente, passerebbero a rifornire i consumatori dislocati nella prima zona, così da rendere l'aumento di prezzo intervenuto non conveniente¹⁰³.

L'individuazione del mercato rilevante acquista diversa importanza, poi, a seconda che l'oggetto di indagine sia un'operazione di concentrazione e/o un abuso di posizione dominante, oppure una pratica collusiva tra imprese. Nelle prime due ipotesi, infatti, la definizione del mercato costituisce una condizione necessaria per procedere alla valutazione della compatibilità di un'operazione con il mercato comune (v *infra*, para. n. 2.3); così come solamente dall'analisi del mercato definito è possibile accertare la sussistenza di una posizione dominante e del suo eventuale abuso(v. *infra*, para. n. 2.2).

Diversamente invece, rispetto all'articolo 81 TCE, vale a dire nel caso di accordi o decisioni di associazioni o pratiche concordate, la definizione del mercato rileva unicamente qualora si debba procedere ad un esame degli effetti anticompetitivi della pratica collusiva, ossia solo nell'ipotesi in cui non venga appurato che l'accordo miri di per sé a produrre una lesione del principio di libera concorrenza(v. *infra* para. n. 2.1).

Evidenziati fin qui i fattori comuni alle diverse normative *antitrust* applicabili alle imprese, si procederà ora con l'esame delle singole fattispecie vietate e all'analisi, seppur succinta, dei diversi procedimenti di applicazione contenuti nei Regolamenti del Consiglio n. 1/2003, per quanto concerne gli articoli 81 e 82 TCE, e n.139/2004, riferito alle concentrazioni tra imprese.

¹⁰³ Cfr. VAN BAEL & BELLISS, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2009, pag. 156 ss

2.1. Divieto di cui all'art. 81 TCE: accordi tra imprese, decisioni di associazione e pratiche concordate.

L'articolo 81, par.1, TCE mira ad impedire che le imprese, tramite comportamenti collusivi nella forma di accordi, decisioni di associazione o pratiche concordate aventi per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza, possano arrecare un pregiudizio al commercio tra gli Stati membri . Tale disposizione contiene un elenco esemplificativo e non tassativo¹⁰⁴ di pratiche vietate che ricadono nel suo ambito di applicazione, quali la fissazione diretta o indiretta di prezzi (art.81, par. 1, lett. a), ovvero accordi diretti a limitare o controllare la produzione degli sbocchi o lo sviluppo tecnico o gli investimenti (art.81, par. 1, lett. b). La norma mira poi ad evitare che le imprese possano ripartirsi, tramite la conclusione di intese, i mercati o le fonti di approvvigionamento (art.81, par. 1 lett. c); o applichino condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, tali da determinare per questi ultimi svantaggi concorrenziali (art. 81, par. 1, lett. d). Ancora, si vietano tutti quegli accordi atti a subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che per loro natura o secondo gli usi commerciali, non presentino alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi, (art. 81, par. 1, lett. e).

Il concetto di accordo o di pratica concordata presuppone la presenza di almeno due soggetti agenti di concerto; in linea di principio rimangono quindi escluse dall'ambito di applicazione dell'articolo 81 TCE le condotte individuali, tranne nell'ipotesi in cui sia in ogni caso rintracciabile una comune volontà tra i soggetti operanti nel mercato, ed a prescindere dalle modalità con cui tale intento sia stato manifestato¹⁰⁵ (come sovente accade nel caso di accordi verticali realizzati tra un distributore e i membri del suo sistema di distribuzione¹⁰⁶).

Per gli accordi vietati dal presente articolo, il secondo paragrafo sancisce la nullità di pieno diritto; tuttavia il disposto non trova applicazione qualora sussistano le condizioni, cumulative¹⁰⁷. prescritte al terzo paragrafo, ossia nel

¹⁰⁴ Cfr. Corte giust., 20 novembre 2008, *Competition Authority c. Beef Industry Development Society Ltd e a*, C-209/07 in Racc., I-..., punto 23

¹⁰⁵ Cfr. Corte di giust., 6 gennaio 2004, cause riunite C-2/01 P e C-3/01P, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure Ev e Commissione c. Bayer Ag.*, in Racc., pag. I-23 punto 102ss in cui la Corte afferma che un accordo ai sensi dell'art.85.1 del Trattato (oggi 81.1) può considerarsi concluso in virtù di una accettazione tacita quando la manifestazione di volontà di una delle parti contraenti, volta a un fine lesivo della concorrenza, costituisca un invito all'altra parte, espresso o tacito, alla realizzazione comune di tale scopo (...).

¹⁰⁶ VAN BAEL & BELLIS, *Il diritto comunitario della Concorrenza*, Torino, 2009, pag.36

¹⁰⁷ Cfr. Corte giust., 17 gennaio, 1984, *VBVB c. VBBB*, cause riunite 43/82 e 63/82, in Racc., pag. 19, punto 61; Trib. Primo grado, 17 luglio 1994, *Matra Hachette c. Commissione*, T-17/93, in Racc. II-595, punto 85; Trib. primo grado, 8 ottobre 2002, *Métropol télévision SA (M6) e a. c. Commissione*, cause riunite T-185/00, T-216/00, T-299/00, T-300/00, in Racc., II-3805, punto 86; cfr. anche l'art.42 della comunicazione della Commissione, Linee direttrici

caso accordi, decisioni o pratiche concordate di qualsiasi categoria, capaci di incrementare la produzione o la distribuzione dei prodotti, di promuovere il progresso tecnico oppure economico (art.81.3 TCE). L'intesa beneficia tuttavia dell'esenzione solo qualora non imponga alle parti contraenti ulteriori restrizioni che non siano indispensabili per la realizzazione delle altre condizioni (art.81.3, lett. c TCE); né conceda loro la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi(art. 83.3, lett. d TCE).

Il terzo paragrafo suggerisce, quindi, una lettura positiva della disposizione, poiché non ogni accordo è di per sé vietato¹⁰⁸; essa indica anche che valutare se un'intesa ricade nell'ambito di applicazione dell'art.81.1 TCE, comporta un esame complesso, da effettuarsi caso per caso, in considerazione dell'effetto sulla concorrenza dei fattori economico giuridici emergenti nel caso concreto¹⁰⁹.

Come è noto, in vigenza del precedente Reg. di applicazione degli articoli 81 e 82 (il Reg. n. 17/62), la Commissione era l'unica istituzione dotata del potere di concedere un'esenzione individuale ai sensi dell'art.81.3 TCE, oppure collettiva, per il tramite dell'adozione dei Regolamenti di esenzione per categoria (cfr. *supra*, para. 1.1.2). Con l'entrata in vigore del nuovo Reg. n.1/2003, essendo stata estesa la competenza ad applicare il terzo paragrafo dell'art. 81 TCE anche alle Autorità Garanti nazionali e alle giurisdizioni nazionali (v. *infra*, para. 3 ss.), la Commissione conserva unicamente la facoltà di adottare regolamenti che prevedono) esenzioni collettive, operanti *opes legis*¹¹⁰, rispetto a talune categorie di accordi che in considerazione di determinate caratteristiche comuni, possono essere cumulativamente esentate. Nell'assolvimento di tale compito la Commissione ha recentemente mutato la tecnica di individuazione delle categorie di accordi esentabili: rispetto ai primi Regolamenti di esenzione, nei quali si prevedeva una descrizione delle singole fattispecie particolareggiata e dettagliata del tipo di accordo o intesa esulante il divieto di cui all'art. 81.1, la Commissione ha adottato oggi un approccio più elastico, preferendo illustrare in modo più generico le fattispecie escluse dal

sull'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, del Trattato, in *GUUE*, C 101 del 27 aprile 2004, pag., 97.

¹⁰⁸Tale dato rileva in considerazione del fatto che la dottrina per molti anni ha criticato l'approccio impiegato dalla Commissione per l'applicazione dell'art. 81(1) TCE, sovente contraria a tipologie di accordi non pregiudizievoli in concreto per la libera concorrenza, R.WHISH, *Competition Law*, Oxford University Press, 2009, p.113 e in particolare la dottrina citata alla nota 298.

¹⁰⁹ C.S. KERSE E N. KHAN, *EC Antitrust procedure*, Sweet & Maxwell, London, 2005, p.13;cfr. Corte giust., 28 marzo 1984, cause riunite 29/83 e 30/83, *Cram e Rheinink c. Commissione*, in *Racc.*, p.1679, punti 25-28; Trib.primo grado, 27 settembre 2006, T-168/01, *GlaxoSmith Service c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-2969.

¹¹⁰ Cfr. A. PAPPALARDO, *Il diritto Comunitario della Concorrenza. Profili sostanziali*, Torino, 2007, pag. 118

divieto indicando, in modo tassativo solamente le clausole che ostano all'esenzione¹¹¹.

La condotta collusiva vietata, oltre a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri (v. *supra* para. n. 2), deve avere per oggetto¹¹² (ovvero come fine principale) oppure per effetto (ossia quale conseguenza), la restrizione della libera concorrenza, che, secondo parte della dottrina, rappresenta una valutazione puramente economica degli effetti anti-competitivi¹¹³.

Per giurisprudenza costante¹¹⁴, l'alternabilità di tali condizioni, espressa dalla congiunzione disgiuntiva «o» di cui al primo paragrafo dell'articolo 81(v. *supra*, para. n. 2.1), rende necessario innanzitutto considerare l'oggetto dell'accordo, tenuto conto del contesto economico nel quale quest'ultimo si inserisce¹¹⁵. Ai fini dell'applicazione del divieto di cui all'art.81, qualora risultasse l'esistenza di una finalità, insita nell'accordo stesso, di restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune, diverrebbe irrilevante una valutazione concernente gli effetti distorsivi nel mercato in quanto, per giurisprudenza costante, in tale ipotesi l'accordo *si presume* vietato ai sensi dell'art.81¹¹⁶.

Nel caso in cui, invece, l'analisi delle clausole dell'accordo non rivelasse un pregiudizio alla concorrenza di sufficiente entità, occorrerebbe prendere in esame i suoi effetti e, per vietarlo, dovrebbero sussistere tutti gli elementi che comprovano che il gioco della concorrenza è stato di fatto sensibilmente impedito, ristretto o falsato.

Sul piano processuale, la distinzione tra accordi aventi ad *oggetto* la restrizione della concorrenza del mercato, da quelli invece che producono *effetti* anticoncorrenziali, rileva ai fini dell'onere della prova in capo al

¹¹¹ Cfr. A. PAPPALARDO, opera *supra* cit., pag. 118. L'autore considera che tale mutamento nella tecnica redazionale dei Regolamenti per categoria sia dovuto "all'approccio economico che oggi caratterizza l'interpretazione delle regole di concorrenza" per cui si assiste ad un "profondo cambiamento della struttura e delle finalità delle esenzioni per categoria"; si veda anche in particolare la nota 149 alla medesima pag.118, dove l'autore confronta il testo del Reg. 2790/99 applicabile agli accordi verticali rispetto al previgente Reg. di esenzione n. 1983/83.

¹¹²Cfr. Corte giust., 20 novembre 2008, C-209/07, *The Competition Authority c. Beef Industry Development Society Ltd e.a.*, in *Racc.*, pag. I-8637.

¹¹³ R. WHISH, *Competition Law*, Oxford University Press, 2009, pag. 115, C.S. KERSE E N. KHAN, *EC Antitrust procedure*, Sweet & Maxwell, London, 2005, pag.13.

¹¹⁴ Cfr. Corte giust., 20 novembre 2008, causa C- 209/07, *The Competition Authority c. Beef Industry Development Society Ltd e a.*, in *Racc.*, pag. I-8637, punto 15 dove la Corte espressamente ricorda come sussista sul punto una giurisprudenza costante a far data dalla sentenza del 30 giugno 1966, Causa 56/65, *LTM*, in *Racc.*, pagg.261, 281.

¹¹⁵ Per giurisprudenza costante, infatti, la qualificazione di un accordo come avente ad oggetto una restrizione della concorrenza, non prescindere dalla valutazione del contenuto dello stesso, nonché del contesto economico di riferimento. Cfr. Corte di giust., 28 marzo 1984, cause riunite 29/83 e 30/83, *Compagnie Royale asturienne de mines Rhein zinc co Commissione*, in *Racc.*, pag. 1679, punto 29; Corte di giust., 6 aprile 2006, causa C-551/03P, *General Motors c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-3173, punto 66.

¹¹⁶ Cfr. Corte di giust., 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64. *Costen e Grunding c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 1033; Corte giust., 21 settembre 2006, C-105/04 P, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied c. Commissione*, in *Racc.*, p. I- 8725, punto 125.

soggetto che deduce in giudizio una violazione della norma, vuoi che sia la Commissione, un'autorità nazionale oppure un soggetto privato. Sotto questo profilo, i giudici comunitari hanno più volte sottolineato come spetti alla Commissione addurre adeguate prove della restrizione alla concorrenza¹¹⁷ causata da un accordo, sulla base di un'obiettiva analisi economica, dal momento che il loro sindacato non si ferma alla riproposizione *sic et simpliciter* dell'analisi proposta dall'esecutivo comunitario¹¹⁸ (v. *infra*, Cap. III).

2.2. Il divieto di abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 82 TCE.

L'art. 82 TCE vieta lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese della propria posizione dominante tenuta sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri. Dal punto di vista testuale, come per il divieto di intese e accordi (art. 81 TCE), anche il disposto contenuto nell'articolo 82 TCE individua talune fattispecie esemplificative, sostanzialmente identiche a quanto previsto dall'art. 81 cui si rinvia (v. *supra* para. n. 2.1)¹¹⁹:

Le differenze con l'art.81 attengono alla tipologia del divieto prescritto, per la natura del quale, non si menziona il requisito della restrizione della concorrenza, come accade in ipotesi di intese.

Il concetto di posizione dominante presuppone, infatti, una situazione di potere economico tale per cui l'impresa che lo detiene sia in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione e di comportarsi in modo sostanzialmente autonomo dai propri concorrenti, clienti e consumatori finali¹²⁰. La norma, quindi, non preclude la possibilità di crescita delle imprese, ma semplicemente pone un limite all'attuazione, successiva all'acquisizione di una posizione dominante sul mercato, di strategie abusive realizzate a danno della libera concorrenza.

¹¹⁷ Cfr. Corte giust, 8 giugno 1982, causa 258/78, *Nungesser and Eisle c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 2015; Corte giust., 6 ottobre 1982, causa 262/81, *Coditel (n. 2) c. Ciné Vog Films*, in *Racc.*, pag. 3381, dove la Corte riscontra che le licenze esclusive non violano di per sé l'art.81 del Trattato.

¹¹⁸ Cfr. Trib. primo grado, 15 settembre 1998, T- 374/94, *European Night service c. Commissione*, in *Racc.*, II-3141.

¹¹⁹ A. PAPPALARDO (a cura di), *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Milano, 2007, pag. 402.

¹²⁰ Cfr. Corte giust., 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands c. Commissione*, in *Racc.*, p. 207, punto 65; Corte giust., 14 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffman-La Roche c. Commissione*, in *Racc.*, p. 461, punto 38; Corte giust., 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin c. Commissione*, in *Racc.*, p.3461, punto 30.

In questa prospettiva è tuttavia evidente come di fronte ad un'impresa in posizione dominante, la concorrenza si presenti già alterata¹²¹ e quindi, come, la portata restrittiva della condotta sanzionata debba considerarsi implicitamente presente¹²². Per questa ragione, a differenza di quanto disposto nell'art.81, l'art.82 esplica i suoi effetti nei confronti di comportamenti unilaterali abusivi di una o più imprese (posizione dominante collettiva), sancendo un divieto perentorio (senza prevedere alcuna sanzione civilistica), che non conosce esenzioni individuali né di categoria¹²³. Tuttavia, sotto questo profilo i giudici comunitari e la Commissione hanno elaborato il concetto di giustificazione obbiettiva, adducibile in sede giurisdizionale dall'impresa dominante interessata, onde dimostrare come le pratiche attuate sul mercato di riferimento mirino in realtà a proteggere interessi commerciali e non rappresentino, invece, uno sfruttamento abusivo della posizione detenuta sul mercato¹²⁴ (v. *infra*, Cap. III, para. n. 2.1).

In materia di abuso, inoltre, seppur l'esistenza di una posizione dominante costituisce la *conditio sine qua non* per l'applicazione dell'art. 82 TCE, il punto di partenza per rilevarne lo sfruttamento abusivo concerne l'individuazione del mercato rilevante, ossia la parte di mercato circoscritta dal punto di vista del prodotto e dal punto di vista geografico, a seconda del bene o servizio interessati (v. *supra* para. n. 2)¹²⁵.

Solo a seguito dello studio del mercato rilevante, esaminando il grado di pressione creato dai concorrenti, dai clienti o dei fornitori, è infatti possibile misurare la posizione sul mercato dell'impresa interessata, la quale potrà considerarsi in posizione dominante qualora non sia riscontrabile una concorrenza capace di influenzarne le decisioni.

Una volta analizzata la struttura del mercato rilevante dal punto di vista dell'offerta e della domanda¹²⁶, l'accertamento della sussistenza di una posizione dominante viene effettuato sulla base di una serie di parametri, per lo più sviluppati per via giurisprudenziale (v. *supra*, Cap. III), quali, ad esempio,

¹²¹ A. PAPPALARDO (a cura di), *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Milano, 2007, pag. 402, nota 16.

¹²² E. M. MILANESI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, 2004, p. 84

¹²³ Cfr. Trib. primo grado, 10 luglio 1990, causa T-51/89, *Tetrapack Rausing SA c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-309, punto 30.

¹²⁴ VAN BAEL & BELLIS, *Il diritto Comunitario della Concorrenza*, Torino, 2009, pag. 594.

¹²⁵ La dottrina rileva a riguardo come nel contesto di applicazione dell'art. 82 TCE, una circoscrizione molto ristretta del mercato rilevante, non possa che condurre al riscontro della sussistenza di una posizione dominante. In tal senso cfr. VAN BAEL & BELLIS, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2009, pag. 131 dove si ricorda come nel caso *General Motors* la Commissione abbia individuato il mercato rilevante non nel mercato dei motori per auto, ma nel mercato del rilascio di certificati di omologazione per alcuni tipi di autovetture, al fine di limitare le importazioni parallele (Corte di giustizia, 13 novembre 1975, Causa 26/75, *General Motors Continental NV c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 1367)

¹²⁶ Nel caso *Michelin* la Corte sottolinea come al fine di identificare la sussistenza o meno di una posizione dominante bisogna prendere in considerazione la situazione della concorrenza e la struttura della domanda e dell'offerta sul mercato cfr. Corte giust., 9 novembre 1983, causa 322/81, *Indutrie- Michelin c. Commissione*, in *Racc.*, p.3461, punto 6 delle massime

le quote di mercato rilevante detenute dall'impresa¹²⁷, la titolarità di proprietà industriale, la sussistenza di vantaggi tecnologici o l'assenza di concorrenti potenziali, onde stabilire il potere di mercato dell'impresa (v. *supra*, para. n. 2).

In ogni caso, come si evince dalla formulazione letterale, ai sensi dell'art. 82 TCE viene vietato unicamente lo sfruttamento abusivo della posizione rilevata dominante, che condurrà all'applicazione della norma comunitaria solo nel caso di un pregiudizio al commercio tra gli Stati membri.

Stabilire, ad ogni modo, un limite certo oltre il quale si possa considerare un comportamento come abusivo, ha da sempre rappresentato un problema di non facile soluzione, tanto è vero che la giurisprudenza, per meglio esemplificare la *ratio* del divieto di cui all'art. 82, non manca di sottolineare che «*l'impresa dominante è tenuta in modo particolare a non compromettere con il suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata sul mercato comune*»¹²⁸ (corsivo aggiunto). Ne deriva quindi l'attribuzione di una certa responsabilità in capo all'impresa in posizione dominante, su cui incomberebbe un onere di *fair play*, affinché il perseguimento di interessi economici individuali non sfoci in pratiche commerciali sì vantaggiose, ma non concretizzabili in condizioni di concorrenza normale, diventando così causa di un'ulteriore chiusura del mercato.

L'articolo 82 TCE, infine, trova applicazione non solo rispetto alle fattispecie di sfruttamento abusivo di una posizione dominante a danno dei fornitori o dei clienti di un'impresa (*c.d. abusi di sfruttamento*), ma altresì laddove venga individuata una diminuzione o restrizione della concorrenza, seppur in assenza di un danno diretto pregiudizievole per i fornitori e clienti dell'impresa dominante (*c.d. abusi escludenti*). A tal riguardo si sottolinea come nonostante l'art. 82 letteralmente contempra la fattispecie dell'abuso di sfruttamento¹²⁹ nella pratica la nozione prevalentemente impiegata in materia, per rilevare una violazione della suddetta norma corrisponda a quanto statuito in tempi risalenti dalla Corte nella sentenza *Hoffmann-la Roche*, dove la nozione di sfruttamento abusivo viene qualificata come una nozione oggettiva concernente «il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura del mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e ha come effetto di ostacolare,

¹²⁷ Cfr. Corte giust., 14 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffman-La Roche c. Commissione*, in *Racc.*, p. 461, punto 41 dove la Corte riteneva che la detenzione di quote piuttosto elevate di mercato costituivano di per sé indizi la prova dell'esistenza di una posizione dominante. Tale giurisprudenza non viene però ripresa dalla recente Comunicazione della Commissione concernente le linee guida per l'applicazione dell'art. 82 TCE con riferimento agli abusi escludenti dove si ammette esplicitamente la possibilità per l'impresa di invocare giustificazione obbiettivamente in grado di motivare la posizione dominante sotto il profilo dei vantaggi economici. Cfr. sul punto anche Cap. III, para. n. 2.1 e n. 4.

¹²⁸ Corte giust., 9 novembre 1983, causa 322/81, *Indutrie- Michelin c. Commissione*, in *Racc.*, p.3461, punto 57

¹²⁹ VAN BAEL & BELLIS, *Il diritto comunitario della Concorrenza*, Torino, 2009, pag.591

ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti e servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza»¹³⁰, descrittiva la fattispecie dell'abuso escludente¹³¹.

Per la ragione di escludere i c.d. abusi di sfruttamento, nonché a causa della sua enunciazione formalistica scevra da qualsiasi considerazione di tipo economico, tale definizione di abuso è stata sovente criticata dalla dottrina, in particolare per il riferimento, proposto nella stessa, al fattore del *ricorso a mezzi diversi da quelli su cui si impernia una concorrenza normale*, che non permetterebbe, per la sua vaghezza, di individuare una nozione coerente con la realtà del concetto di abuso¹³².

In mancanza di una nozione esaustiva rispetto alle diverse pratiche abusive esistenti¹³³, si assiste ad una certa discrasia tra la definizione impiegata come punto di partenza dell'analisi della condotta abusiva, elaborata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Hoffmann – La Roche*, e le svariate tipologie di condotte abusive esistenti nella pratica ed emergenti dai singoli contenziosi portati innanzi ai giudici comunitari¹³⁴.

2.3 Le operazioni di concentrazione tra imprese.

Come si è già avuto modo di vedere, per il controllo sulle operazioni di concentrazione l'ordinamento comunitario ha predisposto un regolamento *ad*

¹³⁰ Corte di giustizia, 14 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 461, punto 91.

¹³¹ VAN BAELE & BELLIS, *Il diritto comunitario della Concorrenza*, Torino, 2009, pag. 591; R. WHISH, *Competition Law*, Oxford, 2009, pag. 194. La tendenza a privilegiare l'ipotesi di abuso escludente rispetto alla fattispecie di sfruttamento abusivo, si riscontra anche nella recente Comunicazione della Commissione riferita agli Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, in GUUE, C 45 del 24 febbraio 2009 pag. 7 ss. Per primo commento critico di tale Comunicazione cfr. S. BASTIANON, *Gli orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art.82 sulle pratiche escludenti*, in *Dir. comm. int.*, 2009, pag. 6, il quale tra l'altro evidenzia come tra i limiti di tale Comunicazione, atta ad innovare il tipo di analisi impiegato sino ad oggi dalla Commissione palesando la volontà della stessa di utilizzare un approccio più economico, possa rinvenirsi l'assenza di un qualsiasi riferimento sugli abusi di sfruttamento.

¹³² R. WHISH, *Competition Law*, 2009, pag. 194.

¹³³ R. Whish, *Competition Law*, 2009, pag. 194, il quale afferma l'inesistenza di una nozione prevalente ed univoca del concetto di abuso, riportando le parole pronunciate dal direttore Generale della DG concorrenza in un suo discorso relativo alle condotte unilaterali tenutosi a Washington nel 2006: «*Just as physicists strive to find the theory that unifies Newtonian physics and quantum mechanics, so economists strive to find the theory that unifies the various aspects of anti-competitive unilateral conduct. And the economist, just as the physicists, have not yet found it.*»

¹³⁴ Sotto questo profilo cfr. R. WHISH, secondo il quale una possibile soluzione potrebbe rinvenirsi adottando un approccio diverso per cui si potrebbe giungere ad una formulazione esaustiva del concetto di abuso ricomprendendo nello stesso tutte le diverse tipologie di pratiche analizzate e giudicate abusive dai giudici Comunitari.

hoc, il Regolamento del Consiglio n. 4064/89¹³⁵, sostituito poi dal Regolamento n. 139/ 2004, entrato in vigore il 1° maggio 2004 (in prosieguo il Reg. n. 139/ 2004)

Prima dell’emanazione di tale normativa derivata¹³⁶, il controllo sulle operazioni di concentrazione veniva ricondotto ai disposti di cui agli artt. 81 e 82 TCE.

La Corte ha affermato inizialmente che «le concentrazioni cui partecipano imprese aventi una posizione dominante possono, in talune circostanze, essere considerate casi di sfruttamento abusivo di una posizione dominante, ai sensi dell’art. 86, e quindi vietati»¹³⁷. In seguito è pervenuta ad una interpretazione ancor innovativa, affermando la possibilità di applicazione cumulativa degli artt. 81 e 82 alla concentrazione.¹³⁸

Tuttavia, date le peculiarità dei fenomeni di concentrazione rispetto alle intese o agli abusi di posizione dominante, la Commissione insisteva per acquisire una competenza esclusiva in tale ambito e strumenti specifici di controllo, introdotti nell’ordinamento comunitario per via regolamentare.

Un’operazione di concentrazione, infatti, comporta una modifica duratura del controllo di un’impresa, mediante una fusione, attraverso l’acquisizione del controllo diretto o indiretto di una o più imprese, oppure tramite l’acquisto di partecipazioni nel capitale o di elementi di patrimonio, o contratti o qualsiasi altro mezzo (art. 3,1 Reg. n. 139/04); anche la costituzione di un’impresa comune esercente tutte le funzioni di un’entità economica autonoma, rientra nella nozione di concentrazione (art. 3,4 Reg. n. 139/04).

Al pari della posizione dominante, anche i fenomeni concentrativi non sono di per sé vietati, in quanto l’attuazione di operazioni di ristrutturazione all’interno delle imprese è valutata positivamente, nella misura in cui risponde all’esigenza di mantenere o creare una concorrenza dinamica, poiché se ne riconosce la potenziale attitudine ad aumentare il livello concorrenziale. Per tale ragione, il diritto comunitario tramite la procedura prevista dal Reg. in parola, monitora l’incidenza delle operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria sulla struttura della concorrenza, intervenendo solo laddove vi sia il pericolo che queste ostacolino, in modo significativo, la concorrenza nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante (art. 2.3 Reg. n.

¹³⁵In GUCE L 395 del 30 12 1989, pag.1; rettificato in GUCE L 257 del 21 settembre 1990, pag. 13; modificato dal Regolamento (CE) n. 1310/97, in GUCE L 180 del 9 luglio 1997, pag. 1; rettificato in GUCE L 40 del 13 febbraio 1998, pag. 17.

¹³⁶In realtà la Commissione già nel 1973 avanzava una proposta di Regolamento sul controllo delle operazioni di concentrazione, in GUCE C 92/73 del 31 /10/73.

¹³⁷ Cfr. Corte di giust, 21 febbraio 1973, Causa 6/72, *Europemballage corporation e Continental Can compani Inc. c. Commissione*, in Racc., pag. 215

¹³⁸ Il caso Philip Morris (Corte di giust, 17 novembre 1987, cause riunite 142/84 e 156/84, *British American Tobacco Company Ltd e R. J. Reynolds Industries Inc c. Commissione*, in Racc., pag. I-4487) è noto per essere stato precursore all’adozione del primo Reg. del Consiglio relativo alle operazioni di concentrazioni.

139/04¹³⁹). Nel caso poi di costituzione di un'impresa comune (*c.d. joint venture*) che realizza una concentrazione ai sensi dell'art. 3 del citato Reg., avente per oggetto o per effetto il coordinamento del comportamento concorrenziale di imprese indipendenti, la compatibilità con il mercato comune verrà verificata sulla base di quanto previsto dall'art. 81 paragrafi 1 e 3 (v. *supra*, para. n. 2.1). Per lo svolgimento delle indagini istruttorie la Commissione è dotata, come nel caso degli artt. 81 e 82, di ampi ed incisivi poteri istruttori (v. *infra*, para. n. 3.3) in quanto, la valutazione di compatibilità di una concentrazione con il mercato comune richiede un esame complesso in chiave prospettica, che contempra diversi elementi.

Il Reg. n. 139/2004, in particolare, specifica la tipologia dei fattori da vagliare affinché la Commissione possa esprimere il suo giudizio finale (quali, ad esempio, la necessità di preservare una concorrenza effettiva, la struttura dei mercati, la posizione sul mercato delle imprese partecipanti, l'esistenza di diritto e di fatto di ostacoli all'entrata, l'andamento dell'offerta e della domanda dei prodotti interessati, gli interessi dei consumatori intermedi e finali nonché, l'evoluzione del progresso tecnico ed economico qualora sia a vantaggio del consumatore e non ostacoli la concorrenza, art. 2, 1, a) e b) del Reg. 139/2004), senza tuttavia definire uno standard di prova (v. *infra*, Cap. III, para. n. 2.1)

Si tratta, quindi, di un'attività di controllo preventiva affidata interamente alla Commissione, per la quale incombe sulle imprese interessate un onere di notifica¹⁴⁰ dell'operazione in essere (art. 4 Reg. n. 139/04), cui segue un giudizio di compatibilità con il mercato comune da parte dell'esecutivo comunitario. La notifica esplica effetto sospensivo sino all'emanazione della decisione conclusiva del procedimento da parte della Commissione e, pertanto, deve compiersi prima della realizzazione dell'operazione e in ogni caso dopo la conclusione dell'accordo, o dell'offerta di acquisto o acquisizione di una partecipazione¹⁴¹; in particolare nel caso di fusione l'obbligo di notifica

¹³⁹ Il medesimo articolo al secondo paragrafo dispone infatti che “ Le concentrazioni che *non* (il corsivo è nostro) ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, sono dichiarate compatibili con il mercato comune,” cfr. art. 2, paragrafo 2 Reg. 139/2004.

¹⁴⁰ Il 7 Aprile 2004 la Commissione ha emanato disposizioni procedurali di dettaglio relative alle notifiche, alle audizioni, al computo dei termini fissati per gli del procedimento, alla protezione delle informazioni riservate e al diritto di accesso al fascicolo dell'istruttoria, contenute nel Reg. (CE) n. 802/2004 della Commissione del 7aprile 2004 di esecuzione del Reg. (CE) n. 139/2004., in *GUUE* L 133, del 30 aprile 2004, pag. 1, modificato dal Reg. (CE) n. 1792/2006 della Commissione del 23 ottobre 2006.. Ai sensi dell'art. 5.1 di tale Regolamento, le notifiche acquistano efficacia a partire dal momento in cui sono ricevute dalla Commissione.

¹⁴¹ L'art. 7 del Reg. 139/2004, al paragrafo uno specifica, infatti, che una concentrazione comunitaria non può essere realizzata prima di essere stata notificata, né prima di essere stata dichiarata compatibile con il mercato comune da una decisione adottata a norma dell'art. 6.1 lett.b) (decisione di compatibilità) ovvero a norma dell'art. 8 paragrafo 1 o paragrafo 2 (rubricato «*Poteri di decisione della Commissione.* » v. *infra* para. n.3.4) ovvero sulla base di una presunzione di cui all'art.10.6 secondo cui la mancata adozione di una decisione formale

incombe su entrambi i soggetti partecipanti all'operazione, mentre in tutti gli altri casi spetta all'impresa o persona che acquisisce il controllo. In ogni caso, l'obbligo di notifica non sottrae all'istituzione comunitaria l'opportunità di avviare *ex officio* un procedimento di verifica dell'operazione.

Una volta effettuata la notifica alla Commissione, quest'ultima verifica preliminarmente che l'operazione rientri nell'ambito di applicazione del Regolamento, ossia che il fatturato delle imprese interessate superi determinate soglie, specificamente elencate all'art. 1 del Reg. n. 139/04, secondo cui, in via generale, si può affermare che costituisce concentrazione di dimensione comunitaria l'operazione nella quale le imprese interessate realizzano un fatturato totale a livello mondiale superiore a € 5 miliardi e un fatturato superiore a € 250 milioni, raggiunto individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese interessate¹⁴². Il fatturato preso in considerazione corrisponde al fatturato netto conseguito dall'impresa; tuttavia tali soglie elencate nel Reg. non rilevano al fine di individuare l'impatto dell'operazione sul mercato e il conseguente *market power* dell'impresa, che saranno oggetto di una successiva valutazione¹⁴³.

Il requisito della dimensione comunitaria, infatti, come accade per il requisito del pregiudizio al commercio intracomunitario in materia di intese e abuso di posizione dominante (v. *supra*, Cap. I, para. n. 2), rappresentando condizione necessaria per l'applicazione della normativa regolamentare, funge

nel rispetto dei termini perentori che scandiscono le fasi del procedimento rendono l'operazione compatibile con il mercato comune (v. *infra* para. n. 3.4). Tuttavia, il secondo paragrafo della medesima disposizione contenuta nell'art. 7 del Reg. in oggetto dispone che in ogni caso il paragrafo 1 dell'art.7 non osta all'esecuzione di un'offerta pubblica o di una serie di transazioni su valori mobiliari, compresi quelli convertibili in altri valori mobiliari ammessi alla negoziazione in un mercato, quale una borsa valori, per effetto delle quali si acquisisce il controllo ai sensi dell'articolo 3, rilevandolo da più venditori, a condizione che: a) la concentrazione sia stata notificata alla Commissione a norma dell'articolo 4; b) l'acquirente non eserciti i diritti di voto inerenti ai valori mobiliari in questione o li eserciti soltanto al fine di mantenere il pieno valore dei suoi investimenti in base ad una deroga accordata dalla Commissione (...).

¹⁴² Ai sensi dell'art. 1 del Reg. n. 139/2004 una concentrazione è di dimensione comunitaria quando: a) il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 5 miliardi di euro e b) il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due imprese interessate è superiore a 250 milioni di euro; salvo che ciascuna delle imprese interessate realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo Stato membro. Una concentrazione che non supera le soglie stabilite al paragrafo 2 è tuttavia di dimensione comunitaria quando: a) il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 2,5 miliardi di euro; b) in ciascuno di almeno tre Stati membri di cui alla lettera b), il fatturato totale realizzato individualmente da almeno due delle imprese interessate è superiore a 25 milioni di euro; c) in ciascuno di almeno tre Stati membri di cui alla lettera b), il fatturato totale realizzato individualmente da almeno due delle imprese interessate è superiore a 25 milioni di euro e d) il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due imprese interessate è superiore a 100 milioni di euro; salvo che ciascuna delle imprese interessate realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo Stato membro (cfr. art. 1, paragrafi 2 e 3 del Reg. 139/04).

¹⁴³ C. BORTOLINI, *La procedura in materia di concentrazioni*, in G. L. TOSATO E L. BELLODI (a cura di) *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Milano 2004, p.305.

contestualmente da criterio per il riparto delle competenze tra la Commissione europea e le *authorities* nazionali. Si noti, però, che il Reg. 139/2004, con l'intento di rafforzare la cooperazione tra Commissione europea e autorità nazionali rispetto alla previgente normativa, permette alle parti di un'operazione di condizionare l'attribuzione del caso all'una o alle altre autorità, concedendo la possibilità di presentare una richiesta motivata alla Commissione, prima di effettuare la notifica formale, dalla quale risulti come la concentrazione possa incidere in maniera significativa sulla concorrenza di un mercato, interno ad uno Stato membro, avente tutte le caratteristiche di un mercato distinto, ragione per la quale dovrebbe essere esaminata interamente o in parte dal suddetto Stato membro (art. 4,4 Reg. 139/04).

Il ricorso al criterio del fatturato realizzato globalmente dalle imprese interessate da una operazione di concentrazione, implica l'irrilevanza, ai fini dell'attribuzione della competenza, della nazionalità di un'impresa così come della sede dell'attività produttiva.

L'analisi compiuta dalla Commissione si fonda in ogni caso sulla corretta individuazione del mercato rilevante. Tale dovere incombe sull'esecutivo comunitario, in quanto per ciascuna operazione notificata è necessario che la compatibilità venga esaminata nel settore interessato, delimitato anche geograficamente¹⁴⁴. Si noti poi che nonostante le decisioni adottate nel corso del procedimento da parte della Commissione possano essere annullate interamente o parzialmente dalla Corte di Giustizia, la Commissione ha ad ogni modo la facoltà di esaminare nuovamente l'operazione, alla luce però delle condizioni attuali di mercato successive alla pronuncia del giudice comunitario: le parti dovranno, quindi, notificare l'operazione una seconda volta, integrando la documentazione, qualora risulti necessario in virtù dei cambiamenti eventualmente intervenuti nelle condizioni di mercato, per le quali le informazioni fornite risultino incomplete. In quest'ipotesi i termini *supra* descritti decoreranno dal giorno lavorativo successivo alla nuova notificazione o notificazione integrativa (art. 10.5 del Regolamento n. 139/2004).

3. L'enforcement delle regole antitrust comunitarie: il Regolamento n. 1/2003 e il Regolamento n. 139/2004 a confronto.

L'applicazione delle regole comunitarie poste a tutela della libera concorrenza è affidata essenzialmente alla Commissione europea, nel quadro di un regime differenziato a seconda che si tratti dei divieti di cui agli artt. 81 e 82

¹⁴⁴ Cfr. Corte giust., 19 maggio 1994, causa T-2/93, *Air France c. Commissione*, in Racc., pag. II-23, punti 79-84

TCE (v. *supra*, para. n. 2 e 2.1) oppure di un'operazione di concentrazione (v. *supra*, para. n. 2.3).

I doveri istituzionali di sorveglianza del diritto comunitario primario e derivato, vigenti in capo alla Commissione (art. 211 TCE), nel diritto della concorrenza dell'Unione europea si sostanziano, al fine di assicurarne una corretta esecuzione, nel compito di indagare e sanzionare le singole violazioni della normativa *antitrust*, ma anche di perseguire una politica generale intesa all'applicazione dei principi previsti dal Trattato, orientando in tal senso il comportamento delle imprese operanti sul mercato.¹⁴⁵ Se l'attività di orientamento, si è visto, viene perseguita dalla Commissione attraverso l'adozione di svariate comunicazioni concernenti talvolta aspetti di diritto sostanziale della disciplina del diritto della concorrenza, talvolta invece questioni più propriamente tecniche oppure relative allo svolgimento dei procedimenti di applicazione (v. *supra*, para. n. 1.1.2), i poteri attribuiti all'esecutivo comunitario per condurre le indagini e accertare la sussistenza di condotte illegali sono invece definiti nei due Regolamenti base di applicazione dei principi del Trattato: i Regolamenti n. 1/2003 e n. 39/2004, più volte citati.

Il Regolamento n. 139/2004 prevede un meccanismo di notifica e controllo preventivo di compatibilità con il mercato comune delle operazioni di concentrazione che le imprese intendono realizzare, affidato interamente alla Commissione; mentre con il Regolamento n.1/2003 si è istituito un sistema di applicazione decentrato degli artt. 81 e 82 TCE. Nel nuovo sistema sia la Commissione, sia le autorità nazionali di concorrenza e i giudici nazionali sono pertanto tutti ugualmente competenti ad applicare le norme comunitarie sulla concorrenza, ivi compreso il terzo comma dell'art. 81, sprovvisto di effetto diretto sino all'entrata in vigore della nuova disciplina. La Commissione e le autorità garanti nazionali agiscono di concerto nell'ambito di una rete destinata a reprimere le infrazioni alle norme comunitarie (*Rete europea della Concorrenza*, ovvero *European Competition Network*¹⁴⁶), mentre gli organi giurisdizionali nazionali, nell'assolvimento del loro compito di assicurare tutela alle posizioni soggettive riconosciute ai cittadini dal diritto comunitario¹⁴⁷, sono tenute a cooperare con l'esecutivo comunitario¹⁴⁸, al fine

¹⁴⁵ Cfr. in questo senso Corte di giust., 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02P, C-202/02 P, da C-205/02 a C-208/02, C-213/02 P, *Dansk Rorindustri A/S e a. c. Commissione*, in Racc., I-5425, punti 170 ss; cfr. anche gli Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art.23.2 lett. (a) del Regolamento (CE) n.1/2003, in *GUUE*, C. n.210, del 1° settembre 2006, pag. 2-5, punto 4

¹⁴⁶ Cfr. Comunicazione della Commissione relativa cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della Concorrenza, in *GUUE* C 101, del 27 aprile 2004, pag. 43.

¹⁴⁷ Va ricordato che il giudice nazionale è stato da sempre chiamato, grazie alla teoria dell'effetto diretto elaborata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea sin dagli albori del processo di integrazione comunitario (cfr. per tutte Van Gend & Loos), a garantire il rispetto dei diritti soggettivi attribuiti ai singoli individui nelle controversie tra privati; cfr. in questo senso E. M. MILANESI, *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, 2004, pag.98

¹⁴⁸ Cfr. Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali degli Stati membri dell'Unione europea ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del TCE, in *GUUE* C 101 del 27 aprile 2004, pag. 54.

di garantire una corretta applicazione dei disposti di cui agli articoli 81 e 82 TCE, potendo, a tal fine, esperire un controllo di merito pieno per valutare l'esistenza di una loro violazione (v. *infra*, para. n. 3.3).

Considerato l'oggetto del presente studio, è opportuno illustrare più nel dettaglio, premessi brevi cenni sulle novità introdotte dal Regolamento n. 1/2003, le modalità di cooperazione tra la Commissione e i giudici nazionali, per poter poi meglio comprendere il ruolo ricoperto da questi ultimi nella tutela processuale nel diritto della concorrenza dell'Unione europea. Successivamente si procederà con la descrizione, seppur sommaria, dello svolgimento dei due diversi procedimenti amministrativi innanzi alla Commissione europea.

3.1 Dall'effetto diretto al progetto di modernizzazione: il Reg. del Consiglio di applicazione degli articoli 81 e 82 n.1/2003.¹⁴⁹

Come è noto, il sistema di *enforcement* degli articoli 81 e 82 TCE predisposto dal Regolamento del Consiglio n. 17/62¹⁵⁰ (primo regolamento di applicazione delle norme *antitrust* comunitarie), istituiva un meccanismo di controllo preventivo accentrato nelle mani della Commissione. Analogamente a quanto avviene ancora oggi per le operazioni di concentrazioni tra imprese (v. *infra*, para. n. 3.4), la Commissione rappresentava l'unica istituzione, a livello comunitario, dotata dei poteri per stabilire la liceità o meno di comportamenti presunti anticompetitivi ai sensi delle norme del Trattato.

In realtà, la competenza esclusiva di applicazione degli articoli 81 e 82 TCE incentrata nella figura dell'esecutivo comunitario veniva temperata dalla possibilità accordata, per via giurisprudenziale, anche alle Autorità Garanti della concorrenza e alle giurisdizioni nazionali degli Stati membri¹⁵¹ di applicare le disposizioni del Trattato in quanto dotate di effetto diretto¹⁵², seppur con un limite riferito al terzo paragrafo dell'art. 81, contenente le condizioni di giustificazione necessarie ad impedire la comminazione della nullità dell'accordo vietato (v. *supra*, para. n. 2.1).

Sino all'entrata in vigore del nuovo regolamento, quindi, la Commissione conservava di fatto una competenza esclusiva, ai sensi dell'art. 9 del Reg. n.

¹⁴⁹ Sull'argomento si veda W. P. J. WILS, *Principles of European Antitrust enforcement*, Oxford e Portland, 2005.

¹⁵⁰ Regolamento (CEE) del Consiglio, del 6 febbraio 1962, in *GUCE*, L 13 del 21 febbraio 1962, pag. 41

¹⁵¹ Cfr. Corte giust., 28 febbraio 1991, causa C-234/89, *Stergios Delimitis*.. in *Racc.*, pag.I-935 e Trib. di primo grado, 18 settembre 1992, causa T-24/90, *Automec c. Commissione*, in *Racc.*, pag.,II-2223.

¹⁵² Cfr. Corte giust.,30 gennaio 1974, causa 127/73 *BRT e SABAM*, in *Racc.*, p.51, punto 6; Corte giust., 18 marzo 1997, C-285/95P, *Guérin automobiles c. Commissione*, in *Racc.*, p. I.-1503, punto 39.

17/62, solo in merito alla possibilità di accordare un'esenzione ai sensi dell'art. 81.3 TCE.

Il carico di lavoro amministrativo incombente sulla Commissione dipendeva essenzialmente dal dover verificare la sussistenza delle condizioni di esonero¹⁵³ in ciascun accordo notificato, attività difficilmente sostenibile, nonostante l'ausilio del potere di emanare Regolamenti di esenzione di categoria, in termini di efficienza, in un'Europa allargata a ventisette Stati membri.

È in tale contesto che si è reso necessario ripensare al meccanismo di cooperazione tra gli organi amministrativi, le giurisdizioni nazionali e la Commissione europea, così da consentire a quest'ultima di dedicarsi con più incisività e risorse economiche alle fattispecie maggiormente pregiudizievoli per il mercato interno, senza però rinunciare ad una supervisione capillare, affidata in questa prospettiva agli organi nazionali competenti quindi nell'applicare interamente anche l'art. 81 TCE.

Tale estensione della competenza in capo alle autorità garanti e giurisdizioni nazionali è stata raggiunta tramite il ribaltamento della logica sottesa all'art. 81.3 TCE, ossia la previsione di un'eccezione legale per la quale, venendo meno la necessità di un accertamento preventivo, le imprese interessate possono procedere ad un'autovalutazione circa gli effetti positivi di accordi potenzialmente restrittivi, sulla base delle condizioni cumulative previste dalla norma¹⁵⁴. Di conseguenza, il Reg. n. 1/2003, oggi sancisce un divieto generale, che non prevede la necessità di adottare una decisione specifica, per gli abusi di posizione dominante ex art.82 e per tutti quegli accordi, decisioni e pratiche concordate che non soddisfino le condizioni dell'art.81.3 TCE; di contro, le condotte rispondenti ai requisiti d'esenzione prescritti dalla norma (art.1 Reg. n. 1/2003)¹⁵⁵ sono oggi consentite in modo automatico.

¹⁵³ Cfr. J. F. BELLIS, *La politique de concurrence- Trente ans après*, in *Melange à George Vandensanden. Promenades au sein du droit européen*, 2008, pag. 435.

¹⁵⁴ Cfr. Libro Bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE, para. 70 dove la Commissione precisava che la progressiva acquisizione di conoscenza del diritto comunitario della concorrenza in materia di intese da parte delle autorità e dai giudici nazionali, ma anche dei consulenti legali dell'impresa, ha permesso di "superare gli ostacoli che, all'epoca dell'adozione del Regolamento n.17, contrastavano l'istituzione di un regime di controllo a posteriori, e che scaturivano principalmente dalle incertezze relative all'esatta portata delle condizioni di esenzione".

¹⁵⁵ L'art. 1 del Reg. 1/2003 codifica la *ratio* sottostante alla riforma del procedimento di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE disponendo che: « 1. Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che non soddisfano le condizioni di cui all'art.81, paragrafo3, del trattato *sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso*. 2. Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che soddisfano le condizioni di cui all'art.81, paragrafo 3, del trattato *non sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso*. 3. Lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante ai sensi dell'art.82 del trattato *è vietato senza che occorra una previa decisione in tal senso*» (corsivi aggiunti). Per un commento di tale disposizione si veda B. NASCIBENE, Principi. Art.1. Applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE E S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario*

Si noti, tuttavia, che tale modifica strutturale non ha comportato alcuna inversione dell'onere della prova incombente, in tutti i procedimenti nazionali e /o comunitari di applicazione degli articoli 81 e 82, sulla parte o l'autorità che agisce sostenendo l'esistenza di un'infrazione della normativa primaria; mentre l'impresa o le associazioni di imprese "accusate" dovranno dimostrare il soddisfacimento delle condizioni di conformità, ex art. 81.3 (art. 2 del Reg. n. 1/2003).

Ai partire dal 1° maggio 2004, pertanto, le autorità garanti nazionali (art. del 5 Reg. n. 1/2003) e le giurisdizioni nazionali (art. 6 del Reg. n. 1/2003) sono chiamate ad applicare simultaneamente la legislazione nazionale della concorrenza e la normativa *antitrust* del Trattato, se del caso anche *ex officio*, in ipotesi di una fattispecie rientrante nella definizione di cui agli articoli 81 e 82 TCE (art. 3.1 Reg. n. 1/2003)¹⁵⁶. L'obbligo di applicazione simultanea e parallela del diritto comunitario al diritto nazionale, non inficia in alcun modo l'autonomia di ciascun ordinamento nazionale di conformarsi alle rispettive previsioni legislative riferite all'onere della prova o inerenti all'accertamento dei fatti, purché tali normative nazionali siano rispettose dei principi generali del diritto comunitario¹⁵⁷, e garantiscano l'uniforme applicazione dello stesso (art. 3.2 Reg. n. 1/2003)¹⁵⁸.

della Concorrenza. Commentario al Reg. (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, Milano, 2007, pag. 11.

¹⁵⁶ Come è noto il primo Reg. CEE n. 17/1962 di applicazione degli articoli 81 e 82 non prevedeva alcuna disposizione disciplinante eventuali sovrapposizioni di competenza; la prassi applicativa si orientò pertanto per il meccanismo della doppia barriera, secondo cui il diritto comunitario e il diritto nazionale venivano simultaneamente applicati alla medesima fattispecie, seppur nel rispetto del principio di supremazia del diritto comunitario. L'art. 3 del Reg. 1/2003 sembra aver codificato tale impostazione confermando la coesistenza tra le norme nazionali e comunitarie nel diritto della concorrenza, raccordate dal principio del primato: "scrivi testo. Per un commento sull'art. 3 del Reg. 1/2003 cfr. L. DANIELE, *Art. 3. Rapporto fra gli articoli 81 e 82 e le legislazioni nazionali in materia di concorrenza*, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE E S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della Concorrenza. Commentario al Reg. (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007, pag.36. Cfr. anche *infra* nota n.128.

¹⁵⁷ Cfr. 5° considerando del Reg. n.1/2003.

¹⁵⁸ Cfr. G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, Napoli 2008, pag. 140, nota 36 dove l'autore ricorda come nel progetto originario di riforma del procedimento di applicazione degli art. 81 e 82, la Commissione auspicasse l'introduzione di un sistema a barriera unica, per la quale gli organi nazionali avrebbero dovuto applicare il diritto comunitario della concorrenza, ad esclusione della legislazione nazionale in materia. Si noti tuttavia che per quanto concerne il diritto italiano antitrust le intenzioni della Commissione possono considerarsi in parte attuate, nel senso che la legge 10 ottobre del 1990, n.287 relativa alle norme per la tutela della concorrenza e del mercato (GURI n.240 del 13 ottobre 1990, pag. 3), nel disciplinare le pratiche da considerarsi contrarie alla libera concorrenza, riprende in modo pressoché identico i contenuti di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato.

3.2 La cooperazione con i giudici nazionali ¹⁵⁹

I giudici nazionali svolgono un ruolo complementare rispetto a quello delle Autorità nazionali garanti del mercato e della concorrenza¹⁶⁰, essendo oggi titolati del potere di applicare nel merito le disposizioni di cui agli articoli 81 e 82 TCE, parallelamente all'applicazione del diritto *antitrust* nazionale. Il citato art. 3 del Regolamento 1/2003 codifica, infatti, una costante giurisprudenza comunitaria secondo cui «il diritto comunitario e il diritto nazionale in materia di concorrenza si applicano parallelamente, dato che essi considerano le pratiche restrittive (della concorrenza) sotto aspetti diversi. Mentre gli articoli 81 e 82 TCE le contemplano sotto il profilo degli ostacoli che ne possono risultare per il commercio tra gli Stati membri, le leggi nazionali, ispirandosi a considerazioni proprie di ciascuno Stato, considerano le pratiche restrittive in questo solo ambito»¹⁶¹. Se le Autorità Garanti del mercato e della concorrenza cooperano con la Commissione nel quadro del c.d. *public enforcement*, i giudici nazionali nel contesto invece del c.d. *private enforcement*, ossia rispetto ad azioni giudiziarie introdotte da persone fisiche e giuridiche, svolgono una duplice funzione cooperando, da un lato, con la Commissione e con le Autorità Garanti nazionali nell'assicurare una corretta attuazione dei disposti di cui agli articoli 81 e 82 TCE che, in quanto disposizioni di ordine pubblico, devono essere applicate *ex officio*¹⁶²; dall'altro, sono competenti a conferire il risarcimento del danno subito da un soggetto a seguito dell'accertamento di una violazione del diritto della concorrenza nazionale e/o comunitario. Già in un periodo anteriore all'entrata del Regolamento in esame, la Corte di giustizia aveva d'altronde riconosciuto l'importanza, nel sistema della tutela del diritto della concorrenza, dell'azione di risarcimento del danno esperibile dai privati

¹⁵⁹ Cfr. la seconda comunicazione pubblicata nel pacchetto di sei comunicazioni della Commissione pubblicata COM(2004) in *GUCE* C 101 del 27 aprile 2004, pag. 43

¹⁶⁰ Cfr. settimo considerando del Regolamento n. 1/2003.

¹⁶¹ Cfr. Corte di Giust., 13 luglio 2006, cause riunite C- 295/04 a C-298/04, *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito c. Fondiaria Sai SpA e Nicolò Tricarico e.a.c. Assitalia SpA*, in *Racc.*, pag. I-6691, punto 38. Cfr. inoltre Corte giust 13 febbraio 1969, Causa 14/68, *Wilhelm e .a .*, in *Racc.*, pag. 1, punto 3; Corte di giust., 10 luglio 1980, cause riunite 253/78, 1/79-3/79, *Giry e Guerlain e. a.*, in *Racc.*, pag. 2327, punto 15; Corte di giust., 9 settembre 2003, causa C- 137/00, *Milk Marque e Nationals Farmers' Union*, in *Racc.*, pag. I- 7975, punto 61. In questo senso cfr. anche la comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali degli Stati membri UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del TCE (in *GUUE*, n. C 101 del 27 aprile 2004, pag.54 dove al punto n. 4 la Commissione sottolinea come quando una persona fisica e giuridica o giuridica chiede al giudice nazionale di tutelare i suoi diritti soggettivi, le giurisdizioni nazionali svolgono nell'applicazione degli articoli 81 e 82, una funzione specifica che è diversa dall'applicazione fattane nell'interesse pubblico dalla Commissione o dalle autorità garanti della concorrenza. Infatti le giurisdizioni nazionali possono applicare gli articoli 81 e 82 stabilendo la nullità di un contratto o concedendo il risarcimento dei danni.

¹⁶² Cfr. Corte di giust., 1°giugno 1999, causa C- 126/97, *Eco Swiss*, in *Racc.*, pag. I-3055, punti 39-40; Corte di Giust., 13 luglio 2006, cause riunite C- 295/04 a C-298/04, *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito c. Fondiaria Sai SpA e Nicolò Tricarico e.a.c. Assitalia SpA*, in *Racc.*, pag. I-6691, punto 31

cittadini, dichiarando che «un siffatto diritto rafforza il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scongiurare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulate, che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di una effettiva concorrenza nella comunità»¹⁶³. Il rilievo attribuito in tempi più recenti alla tutela della posizione giuridica soggettiva nel diritto alla concorrenza, quale ulteriore strumento di ausilio al *public enforcement* per un'effettiva attuazione del principio di libera concorrenza di cui all'art. 3 lett. g del Trattato (v. *supra*, para. n. 1), costituisce uno dei fattori che hanno permesso l'attuazione del processo di modernizzazione degli artt. 81 e 82 TCE, codificato nel Regolamento n. 1/2003¹⁶⁴ tramite cui il generale dovere attribuito per via giurisprudenziale ai giudici nazionali di applicare nell'ambito delle loro competenze il diritto comunitario, al fine di garantirne una piena efficacia e di tutelare i diritti attribuiti ai singoli¹⁶⁵, si traduce oggi in un obbligo espresso e contenuto nel Regolamento (cfr. art. 3 e art. 6 del Regolamento n. 1/2003) di applicazione della normativa primaria. L'art. 3.2 del Regolamento, inoltre, non si limita a prevedere un generico obbligo di applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato, precisando che rispetto ad accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri, senza però costituire un'infrazione ai sensi dell'art. 81.1 o perché rispondenti alle condizioni di esenzione di cui all'art. 81.3 TCE (v. *supra*, n. para. 2), non possono essere vietati neppure dal diritto nazionale.

Proprio il carattere obbligatorio della competenza attribuita ai giudici nazionali tramite l'adozione del nuovo Regolamento ha reso in ogni caso necessario una previsione normativa delle modalità di cooperazione tra le giurisdizioni nazionali e la Commissione europea¹⁶⁶, affinché l'operazione di decentramento non inficiasse l'uniforme applicazione del diritto della

¹⁶³ Cfr. Corte di giust., 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage c. Crehan*, in Racc., pag. I-6297 dove la Corte afferma ai punti 26 ss della sentenza come “ La piena efficacia dell'art.85 del Trattato e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo (oggi articolo 81 TCE) sarebbero messi in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza.

¹⁶⁴ In questo senso cfr. M. TAVASSI, *Le azioni di danno antitrust nella giurisprudenza italiana*, relazione in occasione del convegno tenutosi presso l'Università di Trento in data 8-9 Maggio, con riguardo al *Private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*.

¹⁶⁵ Si ricordi ad esempio Corte di giust., 9 marzo 1978, Causa 106/77, *Simmenthal*, in Racc., pag. 629, punto 16; Corte di giust., 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame*, in Racc., pag. I-2433, punto 19.

¹⁶⁶ La Corte di giustizia invero aveva affrontato il problema della cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione già nella sentenza *Masterfoods*, Corte di giust., 14 dicembre 2000, causa C-344/98, *Masterfoods c. HB Ice Cream*, in Racc., pag. I-11369; mentre la Commissione aveva adottato una Comunicazione nel 1993, oggi sostituita dalla la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE, in *GUUE*, C 101 DEL 27 aprile 2004, pag. 54.

concorrenza dell'Unione europea, garantita per un verso dalla Commissione e, per altro verso, dalla Corte di giustizia.

In questa prospettiva, rileva innanzitutto l'art. 16.1 del Regolamento n. 1/2003, secondo cui quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su pratiche ai sensi degli articoli 81 e 82 TCE, che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni contrastanti la decisione adottata dalla Commissione, oppure contrastanti con una decisione semplicemente contemplata dalla Commissione, in procedimenti da essa avviati¹⁶⁷. Se il divieto di contrasto con una decisione definitiva adottata dalla Commissione non pone particolari problemi dal punto di vista del suo adempimento, è difficile invece immaginare fino a che punto un giudice sia in grado di pronosticare il contenuto di una futura decisione per potersi uniformare senza violare tale disposizione¹⁶⁸. soprattutto laddove si considera come, in linea di principio, l'avvio di un procedimento da parte della Commissione, non priva espressamente il giudice della sua competenza (art. 11.6 del Regolamento n. 1/2003). Il Regolamento suggerisce comunque l'opportunità per il giudice, in ipotesi siffatte, di valutare se sospendere o meno il processo, senza che questo pregiudichi i diritti e gli obblighi scaturenti dalla disciplina del rinvio pregiudiziale (art. 234 TCE) e quindi di ottenere un ausilio dalla Corte di giustizia nell'interpretazione del diritto comunitario.

È proprio in relazione a tali limiti imposti al giudice nazionale che si comprende il meccanismo di cooperazione istituito dal Regolamento.

In particolare, la cooperazione¹⁶⁹ viene attuata prevedendo, in capo ai giudici nazionali, una facoltà di richiedere informazioni e/o pareri¹⁷⁰ alla Commissione europea (art. 15 Reg. n. 1/2003), con l'obbligo di inviarle le sentenze emesse in materia *antitrust* (art. 15.2 Reg. n. 1/2003)¹⁷¹. Il coordinamento nell'applicazione degli articoli 81 e 82 TCE viene, invece, garantito mediante la possibilità per la Commissione e le autorità garanti della concorrenza nazionali di intervenire in qualità di *amicus curiae*¹⁷², (potresti

¹⁶⁷ Un analogo obbligo di conformità è imposto dal secondo paragrafo dell'articolo 16 del Regolamento anche in capo alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri.

¹⁶⁸ In questo senso cfr. M. TAVASSI, *Le azioni di danno antitrust nella giurisprudenza italiana*, relazione in occasione del convegno tenutosi presso l'Università di Trento in data 8-9 Maggio, con riguardo al *Private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*.

¹⁶⁹ Per un commento sul meccanismo di cooperazione istituito dal Reg. n. 1/2003 tra la Commissione europea e le giurisdizioni nazionali, cfr. D.J. GERBER, P. CASSINIS, *The modernization of European Community Competition Law: Achieving Consistency in Enforcement-Part II*, in *European Competition Law Review*, 2006, pag. 54

¹⁷⁰ Il nostro ordinamento processuale all' art. 231 c.p.c, autorizza il giudice a richiedere ex officio documenti alla pubblica amministrazione mentre la richiesta di parere si può ricondurre alla disciplina della consulenza tecnica d'ufficio disciplinata dall'art.191 c.p.c

¹⁷¹ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione sulla politica della Concorrenza anno 2008*, SEC (2009) 1004 secondo cui nel corso dell'anno 2008 la Commissione avrebbe ricevuto diverse richieste di parere ancora pendenti alla fine del 2008, nonché copia di circa 50 sentenze pronunciate da giurisdizioni nazionali.

¹⁷² Cfr. C. AMALFITANO, *La conoscenza e l'applicazione del diritto dell'Unione europea da parte del giudice e dell'arbitro*, *Relazione presentata alla tavola rotonda dedicata a*

citarmi in quel lavoro che ho fatto per il convegno di Genova...) davanti al giudice nazionale con la presentazione di osservazioni scritte o orali, queste ultime solo previa autorizzazione del giudice adito (art.15.3 del Reg.). Il potere di intervento è, in ogni caso, limitato alla necessità di precisare le modalità di applicazione degli articoli 81 e 82 TCE e a tal fine il Regolamento precisa la possibilità di richiedere direttamente alla Commissione la trasmissione dei documenti necessari alla valutazione del caso concreto.

La Commissione dovrebbe poi essere in grado di monitorare lo sviluppo giurisprudenziale nazionale in quanto sussiste un obbligo per i singoli Stati membri (i giudici nazionali stando all'interpretazione del concetto di Stato fornito dalla Corte di giustizia) di inoltrarle copia della sentenza emessa, dopo che le parti in causa ne abbiano ricevuto notifica (art.15.2 Reg. 1/2003).

La cooperazione in tal modo delineata non incide tuttavia sull'autonomia processuale dell'ordinamento di ciascuno Stato membro¹⁷³ se vengono rispettati sia il principio di effettività, che impone agli ordinamenti giuridici degli Stati membri di approntare strumenti processuali e di tutela che non rendano eccessivamente difficile o praticamente impossibile l'esercizio dei diritti comunitari, sia il principio di equivalenza, secondo cui gli ordinamenti nazionali sono tenuti ad apprestare il medesimo grado di tutela ai diritti soggettivi di origine comunitaria rispetto a quanto previsto dalla disciplina nazionale per la tutela di posizioni giuridiche comparabili¹⁷⁴. Il principio dell'autonomia processuale va interpretato, quindi, nel senso che per tutto quello che non viene espressamente disciplinato dal Regolamento agli articoli 15 e 16, e in assenza di un'armonizzazione sul punto, spetta al singolo ordinamento nazionale la funzione di prevedere regole atte a garantire un effettivo meccanismo di cooperazione e di coordinamento¹⁷⁵. Ne consegue, per esempio, che sebbene la tipologia di intervento prevista dal Regolamento non trovi riscontro nelle ipotesi di intervento adesivo o volontario disciplinate nel nostro ordinamento in virtù delle quali l'intervento in causa viene concesso ad un soggetto che sia titolare di una posizione giuridica sostanziale connessa rispetto all'oggetto dedotto in giudizio, il giudice adito può prescindere dal considerare

“L'applicazione del diritto straniero da parte dell'autorità giudiziarie e non giudiziarie in Europa, Genova, 25-26 settembre 2009.

¹⁷³ Cfr. Prime pronunce Corte di giust., 16 dicembre 1976, causa 33/76, *Rewe- Zentralfinanz eG c. Landwirtschaftskammer fur das Saarland*, in *Racc.*, p. 1989, punti 5 e 44; Corte giust., 14 dicembre 1976, causa 45/76, *Comet BV c. Produktschap voor Siergewassen*, in *Racc.*, p. 2043

¹⁷⁴ Cfr. Corte di giust. 14 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e 431/93, *Van Schijndel c. Stichting Pensioenfonds Voor Fysiotherapeuten*, in *Racc.*, p. I-4705; Corte giust., 14 dicembre 1995, C-312/93, *Peterbroeck Van Campenhout & Cie SCS c. Belgio*, in *Racc.*, p. I-4599, punto 14

¹⁷⁵ Cfr. R. NAZZINI, *Procedure comunitarie e nazionali in materia antitrust. Sui profili processuali del rapporto tra diritto comunitario e diritti interni*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1/2006, pag. 121

le norme interne che impediscano di rispettare gli obblighi imposti dal diritto comunitario¹⁷⁶.

È evidente, pertanto, come la condivisione della competenza (esecutiva) delle norme *antitrust* con le giurisdizioni nazionali non abbia indebolito la capacità di azione della Commissione europea, la quale sia nei rapporti di cooperazione con le autorità antitrust nazionali nell'ambito dell'*European competition network*, sia rispetto alla cooperazione con le giurisdizioni nazionali mantiene un ruolo predominante dovuto alle necessità di garantire un coordinamento effettivo, in ragione della pluralità di organi oggi competenti a dare attuazione agli articoli 81 e 82, al fine di salvaguardare l'uniformità nell'applicazione del diritto della concorrenza comunitario sul versante nazionale, secondo una logica che vede l'azione dell'esecutivo comunitario sovra ordinata, per così dire, rispetto all'attività delle autorità e dei giudici nazionali.

È significativo notare sin da ora, quindi, come in materia di concorrenza possa ravvisarsi una sorta di sovrapposizione tra le competenze della Commissione europea e quelle del giudice comunitario, cui spetta il compito, per espressa previsione di una norma primaria (art. 220 TCE), di assicurare l'uniformità del diritto comunitario nell'interpretazione, ma anche nell'applicazione, delle norme comunitarie. Vero è che nel disposto di cui all'art. 83 lett. (d) TCE, base giuridica per l'adozione della normativa derivata di applicazione dei principi di cui agli artt. 81 e 82 TCE (v. *supra*, para. n. 1.1), viene codificata l'esistenza di una competenza condivisa tra la Corte e la Commissione per quanto concerne *l'applicazione* degli artt. 81 e 82, la cui definizione, nel riparto dei rispettivi compiti, deve essere esplicita nel Reg. di attuazione (v. *infra*, Cap. II, para. n. 1.1). Pertanto, se da un lato si comprende agevolmente l'intenzione del legislatore comunitario di prevedere nel Reg. n. 1/2003 poteri di intervento efficaci in capo alla Commissione, onde scongiurare che l'abbandono del previgente sistema accentrato vanificasse l'effettività del *public enforcement* condotto sino all'entrata in vigore del nuovo Regolamento, allo stesso tempo è difficile non intuire un potenziale conflitto tra l'intervento in causa davanti al giudice nazionale da parte della Commissione, tramite il deposito di osservazioni scritte o pareri, e la *funzione* del rinvio pregiudiziale (art. 234 TCE) esperibile, in ogni caso, da parte del giudice nazionale.

Di fatti, a mero titolo ipotetico, nel momento in cui un giudice nazionale trasmette gli atti del processo alla Commissione, onde ottenere un ausilio nella valutazione del caso concreto e nell'intenzione di procedere ad una corretta applicazione delle norme del Trattato, potrebbe esimersi, confidando nel ruolo istituzionale della Commissione europea ed anche solo per ragioni di mera

¹⁷⁶ Cfr. punto 9 della comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali degli Stati membri UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del TCE (in *GUUE*, n. C 101 del 27 aprile 2004, pag.54).

economia processuale, dall'effettuare un rinvio pregiudiziale, privando così le parti del giudizio *a quo*, ma soprattutto l'ordinamento comunitario integralmente considerato, di una pronuncia giurisdizionale di efficacia vincolante *erga omnes*, potenzialmente necessaria anche rispetto alle osservazioni introdotte dall'esecutivo comunitario.

Sotto questo profilo, pertanto, verosimilmente il controllo incidentale previsto dal Trattato (art. 234 TCE), risulterebbe confinato a questioni interpretative vertenti sulla legittimità dell'intervento della Commissione innanzi al giudice nazionale¹⁷⁷, oppure all'interpretazione delle norme che regolano i meccanismi di cooperazione, venendo meno, così, quel confronto diretto tra giudice nazionale e giudice comunitario rispetto al merito della fattispecie, concernente, in materia di concorrenza una molteplicità di condizioni, sino ad oggi definite, nella loro portata, dalla Corte di giustizia nell'esercizio della sua competenza monofilattica.

3.3 I procedimenti amministrativi davanti alla Commissione europea: caratteristiche essenziali.

La diversa logica sottesa ai due Regolamenti di applicazione delle regole poste a tutela della concorrenza nel diritto comunitario ha comportato inevitabilmente la previsione di due diversi *modus operandi*, dal punto di vista dello svolgimento del procedimento, per la corretta attuazione dei doveri istituzionali generali attribuiti alla Commissione dal Trattato all'art. 211 (nonché in particolare rispetto al settore del diritto della concorrenza, ai sensi dell'art. 83.2 lett.(d), su cui *supra*, para. n. 1.1.2).

Il Regolamento n. 1/2003, eliminando la necessità di un controllo preventivo a favore di una verifica *ex post*, ha incrementato i poteri investigativi della Commissione¹⁷⁸, garantendo ad ogni modo a quest'ultima un'ampia discrezionalità decisionale circa l'opportunità di avviare o meno una procedura formale di verifica. A prescindere, infatti, dalla modalità di avvio del procedimento (*ex officio* oppure a seguito di una denuncia presentata da uno

¹⁷⁷Di recente la Corte di giustizia si è pronunciata, ai sensi del 234, su domanda pregiudiziale vertente sulla legittimità dell'intervento della Commissione europea innanzi al giudice nazionale...nell'ambito di un processo vertente, però, su questioni di fiscalità, Cfr. Corte giust., 6 novembre 2009, causa C-429/07, *Inspecteur Van de Belastingdienst/P/ Kantoort P c. XB V*, non pubblicata in Racc.

¹⁷⁸In questo senso cfr. S. POLI, *Art. 21. Accertamenti in altri locali*, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE E S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della Concorrenza. Commentario al Reg. (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007, pag. 261 e 262 dove l'autrice sottolinea come la Commissione grazie al Reg. 1/2003 e in particolare alle disposizioni di cui agli artt.20 e 21 concernenti i poteri di accertamento nei locali delle imprese e in altri diversi locali, abbia di fatto consolidato i poteri di cui godeva nella vigenza del Reg. 17/62, e che la nuova formulazione delle due disposizioni, più dettagliata ed esaustiva nella descrizione, contribuisca a dare "l'impressione generale che i chiarimenti vadano nel senso di attribuire prerogative più ampie alla Commissione."

Stato membro, nonché da un soggetto terzo portatore di un legittimo interesse all'istruzione del caso, cfr. art. 7.2 Reg. n. 1/2003)¹⁷⁹, l'azione dell'esecutivo comunitario presuppone la sussistenza di un interesse comunitario, la cui portata o rilevanza è oggetto di una analisi condotta caso per caso. La Commissione, quindi, agisce secondo un ordine di priorità, considerate le circostanze del momento di riferimento (?), la durata oppure l'impatto dell'infrazione sul mercato¹⁸⁰, il fatto che il caso sollevi una nuova questione giuridica, nonché, in caso di denuncia, valutando gli elementi di fatto e di diritto in essa contenuti.

Ne consegue, ad esempio, che rispetto ad una denuncia effettuata da un soggetto terzo (persona fisica o giuridica) asserente la sussistenza di una violazione degli artt. 81 e 82 TCE, l'unico onere vigente in capo all'esecutivo comunitario consta nel dovere di formalizzare la sua posizione tramite l'invio di una lettera esplicativa preliminare corredata da una motivazione, cui segue la facoltà di replica del denunciante e una successiva risposta definitiva da parte della Commissione di apertura o di archiviazione del caso. La possibilità, ad esempio, vigente in capo al denunciante di far valere i suoi diritti innanzi al giudice nazionale costituisce un motivo adducibile dalla Commissione per rigettare una richiesta inoltrata ai sensi dell'art. 7.2 del Regolamento n. 1/2003. Tuttavia, la Commissione, ben potrebbe ritenere opportuno, sempre nell'interesse dell'ordinamento comunitario, aprire in un momento successivo un procedimento formale *ex officio* sulla base, però, delle informazioni acquisite sulla base di una denuncia precedentemente archiviata, senza che all'autore della stessa possa essere nuovamente garantita l'opportunità di partecipare al procedimento. Per tali ragioni quindi, l'unico limite imposto alla discrezionalità della Commissione è rinvenibile nell'obbligo di motivazione delle sue scelte rispetto all'adozione di qualsiasi atto (art. 253 TCE), cui consegue il divieto per la stessa di giustificare il proprio operato riferendosi in

¹⁷⁹ Cfr. art. 7 Reg. 1/2003 secondo cui: «1. Se la Commissione constata, in seguito a denuncia o d'ufficio un'infrazione all'articolo 81 o all'articolo 82 del Trattato, può (corsivo aggiunto) obbligare mediante decisione, le imprese e associazioni di imprese interessate a porre fine all'infrazione contestata. A tal fine può imporre loro l'adozione di tutti comportamentali o strutturali, proporzionati all'infrazione stessa. I rimedi strutturali possono essere imposti solo quando non esiste un rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso, per l'impresa interessata, del rimedio strutturale. Qualora la Commissione abbia un legittimo interesse in tal senso, essa può inoltre procedere alla constatazione di un'infrazione già cessata. 2. Possono presentare una denuncia ai sensi del paragrafo 1 le persone fisiche o giuridiche che abbiano legittimo interesse e gli Stati membri». Per un commento di tale disposizione si rinvia a B. NASCIBENE, Art. 7. Constatazione ed eliminazione delle infrazioni, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della Concorrenza. Commentario al Regolamento (CE) del Consiglio del 16 dicembre 2002*, pag. 89.

¹⁸⁰ Circa i criteri ritenuti pertinenti dalla giurisprudenza per valutare la sussistenza di un interesse comunitario cfr. G. L. TOSATO E L. BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Milano, 2004, pag. 92 ss; VAN BAEL & BELLIS, *Il diritto comunitario della concorrenza. Con analisi della disciplina del procedimento antitrust in Italia*, Torino, 2009, pag. 923 ss

modo generico all'interesse comunitario¹⁸¹. D'altronde, se così non fosse, ossia se le ragioni particolari prevalessero sugli interessi generali, la funzione principale di vigilanza, affidata all'esecutivo comunitario, risulterebbe fortemente menomata. La Corte di giustizia ha, infatti, precisato la non esistenza di un elenco tassativo dei parametri impiegabili per valutare l'interesse comunitario e che, pertanto, la Commissione non è tenuta a far riferimento ad alcun criterio predeterminato¹⁸²

Diversamente, invece, nel caso delle concentrazioni, sussistendo un obbligo di notifica da parte delle imprese interessate a realizzare l'operazione, non solo la Commissione è obbligata a valutare la compatibilità con il mercato comune di ciascuna operazione inoltrata¹⁸³, ma il Reg. n. 139/2004 le impone anche il rispetto di tempi procedurali brevi e di natura perentoria, onde evitare che l'attività di valutazione preventiva, consistente in un'analisi meramente prospettica circa i potenziali effetti di una concentrazione sul mercato comune (v. *supra*, para. n. 2.3), incida negativamente sulla struttura aziendale delle imprese coinvolte nell'operazione e sui rispettivi interessi economici, considerata l'efficacia sospensiva della notifica¹⁸⁴. Un limite di tal portata all'estensione dell'azione investigativa della Commissione non è stato, al contrario, previsto per il procedimento di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE, nel corso del quale la Commissione, agendo *a posteriori*, una volta ricevuta la notizia di un'infrazione per il tramite anche di informazioni pubblicate sui mezzi di stampa, ovvero attraverso la diretta richiesta di informazioni ai soggetti coinvolti (art. 18 del Regolamento n. 1/2003), dispone del tempo ritenuto necessario a sua discrezione per pervenire alla decisione di aprire formalmente la procedura tramite l'invio di una contestazione degli addebiti e concludere così il procedimento adottando il provvedimento normativo (decisione) considerato opportuno al caso trattato.

Ad ogni modo, in entrambi i procedimenti è possibile individuare due macro fasi procedimentali, per cui l'innescarsi della seconda, più formale e deputata alla conduzione di un'indagine investigativa o conoscitiva più approfondita, dipende dalle informazioni acquisite nel corso della prima, nell'arco della quale la Commissione procede, *in primis*, a constatare la

¹⁸¹ Cfr. Trib. primo grado, 18 settembre 1992, causa T-24/90, *Automec Srl c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-2223, punto 85

¹⁸² Cfr. Corte di giust, 4 marzo 1999 causa C-119/97P, *Union française de la Presse e.a. c. Commissione*, in *Racc.*, I-1341, punti 79 e 80.

¹⁸³ Cfr. art. 6.1 del Reg.139/2004.

¹⁸⁴ La prima fase, durante la quale Commissione valuta preliminarmente la rilevanza comunitaria dell'operazione notificata e la sua compatibilità con il mercato comune, ha una durata massima di 25 giorni lavorativi, prorogabili sino a 35 giorni lavorativi nel caso sia posta una questione di competenza a favore di uno Stato membro, oppure qualora le parti decidano di assumersi impegni per conformare l'operazione ai principi comunitari (art. 10 Reg. 139/2004). Si noti che i termini per l'avvio del procedimento iniziano a decorrere dal giorno successivo alla ricezione della notifica oppure, qualora le informazioni fornite all'atto di notifica siano incomplete, dal giorno successivo a quello della ricezione della documentazione opportunamente integrata.

sussistenza della competenza comunitaria (verificando la rilevanza comunitaria dell'operazione di concentrazione, ovvero un pregiudizio al commercio tra gli Stati membri). Proprio per l'esigenza di acquisire le prove necessarie a valutare e/o dimostrare l'esistenza di una violazione del diritto della concorrenza, nonché la compatibilità di un'operazione con il mercato comune¹⁸⁵, anche nel contesto delle concentrazioni, dove la procedura già onera le imprese interessate ad informare compiutamente la Commissione di tutti i dati rilevanti per l'operazione, il Regolamento n. 139/2004 autorizza la Commissione ad richiedere informazioni alle parti notificanti, ai soggetti terzi oppure agli Stati membri, ben potendo, se del caso, ordinare, mediante decisione, un'integrazione della documentazione, se incompleta per una corretta valutazione (art. 11 del Regolamento n. 139/2004). Invero, il Regolamento n. 139/2004, attribuisce alla Commissione poteri del tutto analoghi a quelli previsti dal Regolamento n. 1/2003 per quanto concerne l'attività istruttoria: ossia, oltre alla richiesta di informazioni, il potere di effettuare ispezioni nei locali, terreni e mezzi di trasporto dell'impresa, prendere copia o estratti di libri e documenti, apporre sigilli in tutti i locali e chiedere chiarimenti *in loco* (v. art. 20 e 21 del Regolamento n. 1/2003, nonché art. 13 del Regolamento n. 139/2004).

Tramite tali poteri di indagine e di richiesta di informazioni la Commissione raccoglie i dati necessari per l'esame delle condizioni di mercato, posto che l'individuazione del mercato rilevante rappresenta, in particolare modo con riferimento alle operazioni di concentrazioni e agli abusi di posizione dominante, il punto di partenza al fine di valutare la liceità o meno delle condotte delle imprese sul mercato.

L'importanza di tali informazioni è enfatizzata dalla previsione, in entrambi i Regolamenti, di sanzioni applicabili alle imprese non solo in caso di violazioni di tipo sostanziale (cfr. art. 23.2 del Regolamento n. 1/2003, nonché art. 14.2 del Regolamento n. 139/2004 che prescrivono la comminazione di ammende per un ammontare fino al 10% del fatturato dell'esercizio precedente nel primo caso e del fatturato globale delle imprese interessate nel secondo); ma anche in caso di violazione di obblighi procedurali tra quali rientra l'onere per le imprese di fornire informazioni corrette (cfr. art. 23. 1 del Regolamento n. 1/2003, nonché art. 14.2 del Regolamento n. 139/2004).

Ad ogni modo, il carattere meramente repressivo del potere attribuito in ultima istanza all'esecutivo comunitario, che anima entrambi i procedimenti di applicazione, viene controbilanciato dalla possibilità offerta alle imprese interessate di proporre alla Commissione impegni in risposta alle preoccupazioni espresse dall'istituzione, la quale ha la facoltà in ogni caso di

¹⁸⁵ Va ricordato che nonostante il decentramento attuato dal Regolamento n. 1/2003 per l'applicazione degli articoli 81 e 82 TCE, nella fase amministrativa, l'onere della prova incombe sempre sulla Commissione ai sensi dell'art. 2 del Regolamento stesso. A riguardo cfr. *supra* § 3.

renderli obbligatori mediante decisione (cfr. art. 9 del Regolamento n. 1/2003, nonché art. 8.2 del Regolamento n. 139/2004).

Infine come qualsiasi altro atto definitivo adottato dalla Commissione nel corso dei due procedimenti amministrativi (v. *infra*, Cap. III), anche le decisioni che infliggono ammende o penalità di mora posso costituire oggetto di un ricorso in annullamento ai sensi dell'art. 230 TCE. In materia di ammende, si noti, in realtà il giudice comunitario gode di un potere più ampio, finalizzato all'esperimento di un sindacato anche di merito circa la congruità dell'ammontare della sanzione (cfr. art. 229 TCE)¹⁸⁶.

Tale competenza giurisdizionale di merito rappresenta una peculiarità del contenzioso in materia *antitrust*, laddove invece, solitamente, il giudice comunitario nell'ambito di un ricorso di annullamento, secondo una giurisprudenza costante, esercita in via generale, un sindacato pieno al fine di verificare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle norme sulla concorrenza. Il controllo giurisdizionale viene invece limitato alla verifica dell'osservanza delle regole di procedura e di motivazione, nonché dell'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza d'errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere¹⁸⁷ quando concerne le valutazioni economiche complesse operate dalla Commissione (v. *infra*, Cap. III).

¹⁸⁶ Tale disposizione prevede infatti, che i regolamenti adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio e dal Consiglio in virtù delle disposizioni del Presente Trattato, possono attribuire alla Corte di giustizia, una competenza giurisdizionale anche di merito per quanto riguarda le sanzioni previste nei Regolamenti stessi. In attuazione di tale disposizione entrambi i due Regolamenti (art.16 del Regolamento n. 139/2004 e art.31 del Regolamento n. 1/2003) prevedono una competenza anche di merito in capo al giudice comunitario che ha quindi il potere di estinguere, ridurre oppure incrementare la sanzione inflitta. L'argomento verrà affrontato nel II e nel III capitolo cui si rinvia.

¹⁸⁷ Cfr. Trib. primo grado, 30 marzo 2000, causa T-65/96, *Kinsh Glass c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-1885, punto 64; confermata con ordinanza della Corte del 18 ottobre 2001, causa C- 241/00P, *Kish Glass c. Commissione*, *Racc.*, pag. I- 7759. Cfr. anche rispetto all'art.81, Corte di giust., 11 luglio 1985, causa 42/84, *Remia e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 2545, punto 34.

CAPITOLO SECONDO

LA TUTELA PROCESSUALE NEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA DELL'UNIONE EUROPEA: INSTAURAZIONE DEL PROCEDIMENTO E GIUDIZIO DI RICEVIBILITÀ

CAPITOLO SECONDO

LA TUTELA PROCESSUALE NEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA DELL'UNIONE EUROPEA: INSTAURAZIONE DEL PROCEDIMENTO E GIUDIZIO DI RICEVIBILITÀ

Sommario: 1. Premessa. - 1.1. La competenza giurisdizionale dei giudici comunitari nell'applicazione del diritto antitrust. - 1.2. Il riparto di competenza in materia *antitrust* tra i giudici Comunitari: Tribunale di primo grado, Corte di giustizia dell'Unione europea e giurisdizioni nazionali. - 2. La tutela processuale garantita dal Tribunale di primo grado nel diritto della concorrenza dell'Unione europea. - 2.1 Cenni sullo svolgimento del contenzioso dell'Unione europea. - 2.2 L'introduzione dell'azione davanti al Tribunale di primo grado: il ricorso e il contro ricorso nei ricorsi diretti. - 2.3 Il giudizio di ricevibilità del ricorso. - 2.3.1 L'irricevibilità e/o infondatezza manifesta nel contenzioso *antitrust*. - 2.3.2 L'intervento del giudice *ex officio* e l'eccezione di parte. - 2.3.3 Il presupposto per l'azione innanzi al giudice comunitario: l'interesse ad agire. - 3. Il contenuto del ricorso e il giudizio di ricevibilità del Tribunale nell'azione di annullamento e nel ricorso per responsabilità extracontrattuale nel diritto *antitrust* dell'Unione europea: premessa. - 3.1 Le condizioni dell'azione nel ricorso per annullamento. - 3.2 Il contenuto del ricorso per annullamento nel contenzioso *antitrust*. - 3.2.1 Motivi del ricorso per annullamento nel contenzioso *antitrust*. - 3.3 Il giudizio di ricevibilità nel ricorso per annullamento. - 4. Le condizioni dell'azione nel ricorso per responsabilità extracontrattuale nel diritto *antitrust* e il contenuto del ricorso. - 4.1 Il contenuto del ricorso nell'azione diretta al risarcimento del danno in materia di concorrenza e il giudizio di ricevibilità.

1. Premessa.

Il diritto della concorrenza, si è visto, rientra nel novero delle politiche affidate all'azione comunitaria atteso che il principio di libera concorrenza non falsata all'interno del mercato comune previsto dall'art. 3.1 lett. (g) TCE, è stato assunto nella sistematica del Trattato quale strumento per il raggiungimento degli obiettivi di cui all'art. 2 TCE, in ragione anche della sua efficacia trasversale all'interno dell'ordinamento. Si è già sottolineato, inoltre, come la contestualizzazione di tale principio sia rilevante al fine di definire il ruolo del giudice comunitario nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale nel presente ambito (v. *supra*, Cap. I, para. n. 1), in quanto, ai sensi dell'art. 220.1 TCE, alla Corte di giustizia e al Tribunale di primo grado spetta il compito di assicurare il rispetto del diritto comunitario nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato, senza tuttavia disporre di una giurisdizione diffusa *rationae materiae* paragonabile a quella propria delle autorità giudiziarie di un ordinamento di un qualsiasi Stato membro.¹ Nell'esercizio della funzione giurisdizionale, infatti, la Corte opera al solo fine di garantire il mantenimento dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, garantendone una corretta at-

¹ In questo senso si veda I. PELIKANOVA, *La protection juridictionnelle des particuliers par le Tribunal de premiere instance des Communautés européennes*, in *Le droit à la mesure de l'homme: Mélanges en l'honneur de Philippe Lagèr*, 2006, pag. 241, secondo la quale « Si en droit interne, le droit d'interter une procedure judiciaire est normalment formulé d'une façon très large et général, en conformité avec le principe d'un Etat de droit démocratique, le traité CE est considerabilment plus restrictive, ce qui s'explique par sa nature d'acte de droit international public. »

tuazione,² posto che, il tipo sindacato esperibile, subisce per così dire i limiti intrinseci all'ordinamento giuridico stesso dell'Unione europea, dove, non va scordato, sussiste una competenza giurisdizionale circoscritta alla sola verifica della legittimità degli atti, adottati dalle istituzioni dell'Unione, disciplinanti le materie che, in virtù del principio di attribuzione di cui all'art. 5 del TCE, rientrano nella competenza dell'Unione e dell'azione da essa perseguita nel più ampio quadro definito dagli obiettivi generali di cui all'art. 2 TCE (v. *supra*, Cap. I, para. n 1)³. Sulla base di questo assunto, l'operato del giudice comunitario nel contenzioso *antitrust*, in linea di principio, ha quale fine ultimo l'accertamento della legittimità dell'atto adottato dalla Commissione nel corso del procedimento amministrativo, che, al di là delle ipotesi di contestazioni formali a causa di vizi procedurali, implica (o dovrebbe implicare) il vaglio delle conclusioni cui è giunta la Commissione inerenti alla sussistenza o meno di una violazione della normativa di riferimento. (v. *infra*, Cap. III)

Tuttavia, la disciplina del diritto *antitrust* dell'Unione europea si caratterizza per la complessità ed eterogeneità delle sue fonti (v. *supra*, Cap. I, para. n. 1.1.2) e in particolare per l'elasticità delle previsioni normative⁴ in virtù della quale, in realtà, un ruolo determinante nell'evoluzione della prassi applicativa dei principi contenuti negli articoli 81 e 82 TCE è stato svolto sia dalla Commissione attraverso l'uso delle comunicazioni, sia dalla Corte giustizia attraverso la sua giurisprudenza. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla nozione di impresa elaborata interamente nel corso del tempo dal giudice comunitario, in assenza di un qualsiasi riferimento prescrittivo (v. *supra*, Cap. I, para. n. 2); oppure alla comunicazione adottata dalla Commissione nel 1998 sul mercato rilevante, cui non è mai seguito un intervento/recepimento normativo sul piano regolamentare (v. *supra*, Cap. I, para. n. 2). La Commissione inoltre, se è vero che normalmente non può che recepire la giurisprudenza della Corte negli Orientamenti/comunicazioni adottate, è in ogni caso libera di individuare le strategie più opportune, nell'interesse comunitario, per la tutela di un mercato competitivo (v. *infra*, Cap. I, para. n. 3). A tal riguardo è noto come l'azione esecutiva in materia di concorrenza abbia gradualmente ridimensionato la funzione del principio di cui all'art. 3 lett. (g) quale strumento di integrazione, onde privilegiare un'interpretazione più economica della normativa, per cui il parametro delle analisi condotte è divenuto l'efficienza del comportamento del consumatore e non più la struttura competitiva del mercato.⁵ La Commissione,

² In questo senso cfr. espressamente R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2008, pag. 207

³ Cfr. K. LENAERTS, *La systemique des voies de recours dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, in *Melange en Hommage à Georges Vandensanden. Promenades au sein du droit Européen*, Bruxelles, 2008, pag. 259

⁴ Trib. primo grado, 9 settembre 2008, T-212/03, *My Travel Group plc c. Commissione* non pubblicata in *Racc.*, punti 40 -43 dove il Tribunale ad esempio ricorda come la nozione di violazione sufficientemente caratterizzata di una norma comunitaria, necessaria per poter affermare la responsabilità extracontrattuale della Comunità, non ricomprende quegli errori oppure quelle colpe che pur presentando un grado di gravità certa, non sono estranee al normale comportamento di un'istituzione «onerata di vegliare sull'applicazione delle regole di concorrenza, le quali sono complesse, delicate e soggette ad un'importante margine di interpretazione».

⁵ Cfr. a riguardo S. BASTIANON, *Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*. Milano, 2005. R. WHISH, *Competition law*, 2009, Oxford, pag., 19 ss; G. CAGGIANO, *Il ruolo dei giudici comunitari nel diritto della concorrenza*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2/2009, pag. 390, il quale ricorda come il processo evolutivo verso un approccio più economico nell'analisi di mercato si sia caratterizzato per la produzione di diversi documenti preliminari,

inoltre, ha introdotto dal primo settembre 2003, all'interno della Direzione generale per la Concorrenza (DG COMP) un nuovo ufficio *Chief Competition Economist* (CCE) dal primo settembre 2003,⁶ cui è stato demandato il compito di realizzare studi di tipo economico necessari per effettuare un esame oggettivo delle condotte presunte anticoncorrenziali, di modo da poter salvaguardare gli effetti positivi di determinate pratiche adducendo, in caso contrario, prove di carattere più scientifico capaci di convincere in modo obiettivo i giudici chiamati a vagliare la legittimità delle decisioni emesse dall'esecutivo comunitario nella fase amministrativa. Una richiesta di cambiamento in questa direzione è intervenuta anche ad opera degli stessi giudici comunitari e, in particolare, dall'organo di prima istanza, chiamato a sindacare la legittimità delle decisioni amministrative anche sotto il profilo fattuale. Si pensi ad esempio al noto caso *Airtours*⁷, dove il Tribunale di primo grado ha annullato la decisione emessa dalla Commissione europea perché viziata da una serie di errori di valutazione circa la compatibilità dell'operazione di concentrazione con il mercato comunitario, in quanto non supportata, nella sua analisi prospettica *on a cogent evidence*.

Il ruolo determinante giocato sia dalla Commissione, tramite le comunicazioni, che dalla giurisprudenza comunitaria, permette di anticipare due considerazioni rilevanti ai fini del presente studio. Da un lato il contenzioso comunitario in materia antitrust non può che essere condizionato dal rapporto intercorrente tra la Commissione, dotata di un potere quasi legislativo, esecutivo e sanzionatorio, e la giurisprudenza della Corte di giustizia, nell'esercizio della sua funzione nomofilattica rafforzata dalla competenza esclusiva affidatale nel contesto del rinvio pregiudiziale (art. 234 TCE, v. *infra*, para. n. 1.2 e Cap. III). Tuttavia l'organo deputato a conoscere in primo grado i ricorsi diretti avverso una decisione della Commissione è, invece, il Tribunale di primo grado, istituito nel sistema processuale dell'Unione europea, proprio al fine di garantire all'interno del processo comunitario un accertamento del fatto al fine di tutelare al meglio le posizioni giuridiche soggettive, soventi svantaggiate nel contraddittorio con le istituzioni, e in particolare con la Commissione europea (v. *infra*, para. n. 2). Pertanto, lo sviluppo del diritto della concorrenza, nonché la sua effettiva applicazione dipende anche dai limiti e dalle caratteristiche del

nonché intensi processi di consultazione tra le parti interessate. Cronologicamente la riforma è stata applicata prima alle intese verticali e agli accordi di cooperazione orizzontale, successivamente alle intese e alle concentrazioni orizzontali e, infine, agli abusi di posizione dominante con la recente comunicazione contenente gli Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art.82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti (in *GUUE*, C 45, del 24 febbraio 2009, pag.7); per un primo commento al riguardo si rinvia a S. BASTIANON, *Gli orientamenti sulla priorità della Commissione nell'applicazione dell'art.82 nelle pratiche escludenti*, in *Dir. del commercio internazionale*, 2009, pag. 61. Cfr. anche VAN BAEL & BELLIS, *Il diritto Comunitario della Concorrenza*, Torino, 2009, pag. 22, dove si sottolinea comunque che l'obiettivo dell'integrazione dei mercati nazionali rimane una delle ragioni a fondamento della politica antitrust per cui, ad esempio, la protezione delle importazioni parallele continua ad essere considerata dalla Commissione un obiettivo fondamentale.

⁶ L. H. HENDRINK, P. A. BUIGUES, *The office of the Chief Competition Economist at the European Commission*, 2005 reperibile on line <http://ec.europa.eu/dgs/competition>.

⁷ Trib. primo grado, 6 giugno 2002, *Airtours c. Commissione*, T-342/99, in *Racc.*, pag. II-2585 punto 294 dove il Tribunale concludeva statuendo “ Alla luce di quanto precede si deve concludere che la decisione, lungi dall'aver basato la sua analisi prospettica su elementi di *prova solidi*, è viziata da un insieme di errori di valutazione che riguardano elementi importanti per la valutazione dell'eventuale creazione di una posizione dominante collettiva (...)”

controllo giurisdizionale, perseguibile principalmente attraverso il ricorso per annullamento (art. 230 TCE), garantito dall'organo di prima istanza, nonché dalla sua verifica circa le prove raccolte dall'esecutivo comunitario⁸ (v. *infra*, Cap. III).

Sotto questo profilo, però, va ricordato che la ricevibilità di ciascun ricorso processuale presuppone che il soggetto agente in giudizio soddisfi i requisiti prescritti e le finalità inerenti a ciascuna azione processuale, definita nel Trattato quanto alla sua *ratio* e alle condizioni necessarie per la sua proposizione (v. *infra*, para. n. 2.3 ss).

Non sussistendo, infatti, nell'ordinamento giuridico comunitario una disposizione analoga a quanto previsto dall'art. 2697 del codice civile italiano, diversamente dal nostro ordinamento, dove chiunque voglia far valere un diritto può accedere alla giustizia provando i fatti posti a fondamento della sua domanda diritto che voglia far valere, sul piano comunitario le ipotesi di accesso sono, invece, specifiche e determinate.⁹ La disciplina dei singoli ricorsi (ricorso per annullamento, responsabilità extracontrattuale e rinvio pregiudiziale) che condiziona il tipo di controllo esperibile dal giudice comunitario (v. *infra*, para. n. 1.1) trova un' applicazione per così dire generalizzata rispetto alle diverse politiche o materie di competenza dell'Unione europea, rilevando unicamente la finalità per la quale lo strumento processuale considerato, è stato istituito nel contesto dell'ordinamento dell'Unione europea dal Trattato istitutivo.

Allo stesso modo, le norme che regolano il contenzioso dell'Unione europea possono definirsi ad *ambito di applicazione generale*, non essendo prevista una suddivisione funzionale per materia, eccezion fatta per l'unica camera giurisdizionale istituitiva del Tribunale della funzione pubblica e per il contenzioso materia di proprietà intellettuale. Ne consegue che, prescindendo dall'ambito in cui ha origine una controversia portata innanzi al giudice comunitario, da un punto di vista puramente formale, ossia dello svolgimento pratico delle fasi del giudizio innanzi ai giudici comunitari (v. *infra*, para. n. 2.1), la tutela processuale in materia di concorrenza si uniforma complessivamente all'impianto generale processuale delineato nel Trattato CE per i ricorsi diretti e per il rinvio pregiudiziale (unico ricorso indiretto)¹⁰, nel rispetto delle regole previste dallo Statuto della Corte di giustizia¹¹ (applicabile anche al Tribunale di primo grado

⁸ In questo senso cfr. G. CAGGIANO, *Il ruolo dei giudici comunitari nel diritto della Concorrenza*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2/2009, pag. 389 ss

⁹ P. BIAVATI, *Il diritto processuale dell'Unione Europea*, Milano 2005 pag. 63

¹⁰ Va però precisato sin da ora che, se nell'ambito di ciascun ricorso diretto o indiretto non vi sono peculiarità normative in ragione del contesto sostanziale, il contenzioso diretto diverge quanto al procedimento in base al quale si svolge da quello previsto per il rinvio pregiudiziale. In questo caso infatti, come è noto, l'accesso al giudice comunitario avviene per iniziativa del giudice nazionale il quale, tramite ordinanza, pone un quesito interpretativo o di validità di una norma comunitaria alla Corte di giustizia. Per una descrizione dei due tipi procedimenti si rinvia a M. CON-DINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino 2009, p. ss.; K. LANAERTS, D. ARTS, I.MASELIS, *Procedural Law of European Union*, London, 2006, capitolo 2 e capitolo 7 ss; P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano 2005. In ogni caso, il sindacato garantito dalla Corte di giustizia nel contesto del rinvio pregiudiziale sarà oggetto di un apposito paragrafo nel contesto del Capitolo III.

¹¹ Cfr. protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia, allegato al Trattato sull'Unione europea, al Trattato che istituisce la Comunità europea e al Trattato che istituisce la Comunità dell'energia atomica, conformemente all'art. 7 del Trattato di Nizza, che modifica il Trattato sull'Unione europea, i Trattati che istituiscono le Comunità europee e taluni atti connessi, firmato a Nizza il 26 febbraio 2001 (*GUCE*, L 180 del 10 marzo 2001, pag.1,) come modificato con decisione del Consiglio 15 luglio 2003 (*GUCE*, L 188 del 26 luglio 2003, pag.1), con l'art. 13 para. 2

in virtù del richiamo disposto dall'art. 53 dello Statuto stesso¹²), nonché dai regolamenti di procedura rispettivamente della Corte e del Tribunale di primo grado¹³.

E' chiaro pertanto come in tale scenario la salvaguardia delle caratteristiche proprie del settore della concorrenza, non trovando supporto in una giurisdizione specializzata, dipende dall'equilibrio instauratosi e instaurabile tra il giudice comunitario da un lato e l'azione della Commissione dall'altro lato, affinché la competenza dell'uno non comprometta la funzione regolatrice dell'altra¹⁴.

dell'Atto relativo alle condizioni di adesione 16 aprile 2003 (*GUCE*, L236 del 23 settembre 2003, pag. 37), e con decisioni del Consiglio 19 e 26 aprile 2004 (*GUCE*, L 132 del 29 aprile 2004, pp. 1 e 5, e *GUCE*, L 194 del 2 giugno 2004, pag. 3 – *corrigendum*), con decisione del Consiglio 2 novembre 2004, che istituisce il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea (*GUUE*, L 333 del 9 novembre 2004, pag. 7), con decisione del Consiglio del 3 ottobre 2005 (in *GUUE*, L 266 dell' 11 ottobre 2005, pag. 60).

¹² Secondo tale disposizione infatti la procedura davanti al Tribunale è regolata dal titolo III dello Statuto stesso che disciplina la procedura del contenzioso davanti alla Corte di giustizia dall'articolo 19 all'articolo 46.

¹³ Il regolamento di procedura della Corte di giustizia è stato adottato il 19 giugno 1991 (*GUCE* L 176 del 4 luglio 1991, pag. 7, con rettifiche in *GUCE* L 383 del 29 dicembre 1992, pag. 117, con le modifiche del 21 febbraio 1995, pubblicate in *GUCE* L 44 del 28 febbraio 1995, pag. 61, dell'11 marzo 1997, pubblicate *GUCE* in L 103 del 19 aprile 1997, pag. 1, con rettifiche in *GUCE* L 351 del 23 dicembre 1997, pag. 72, del 16 maggio 2000, pubblicate nella *GUCE* L 122 del 24 maggio 2000, pag. 43, e del 28 novembre 2000, pubblicate in *GUCE* L 322 del 19 dicembre 2000, pag. 1, del 3 aprile 2001, pubblicate in *GUCE* L 119 del 27 aprile 2001, pag. 1, del 17 settembre 2002, pubblicate in *GUCE* L 322 del 19 dicembre 2000, pag. 1, del 3 aprile 2001, pubblicate in *GUCE* L 119 del 27 aprile 2001, pag. 1, del 17 settembre 2002, pubblicate in *GUCE* L 272 del 10 ottobre 2002, con rettifiche in *GUCE* L 281 del 19 ottobre 2002, pag. 24, dell'8 aprile 2003, pubblicate in *GUCE* L 147 del 14 giugno 2003, pag., 17, e per l'allegato del regolamento, la decisione della Corte 10 giugno 2003 pubblicata in *GUCE* L 172 del 10 luglio 2003, pag. 12, del 19 aprile 2004, pubblicate in *GUUE* L 132 del 29 aprile 2004, pag. 2, del 20 aprile 2004, pubblicate in *GUUE* del 29 aprile 2004, pag. 107, del 12 luglio 2005, pubblicate in *GUUE* L 132 L 203 del 4 agosto 2005, pag. 19, del 18 ottobre 2005, in *GUUE* L 288 del 29 ottobre 2005, pag. 51, del 18 dicembre 2006 in *GUUE* L 386 del 29 dicembre 2006, pag. 44, del 15 2008 in *GUCE* L 24 del 29 gennaio 2008 pag. 39, dell'8 luglio 2008, in *GUUE* L 200 del 29 luglio 2008 2008, del 23 giugno 2008, in *GUUE* L 200 del 29 luglio 2008, pag. 20 e del 13 gennaio 2009, in *GUUE* L 24 de 28 gennaio 2009, pag. 8. Il regolamento di procedura del Tribunale di primo grado è stato invece adottato il 2 maggio 1991, in *GUCE* L 136 del 30 maggio 1991, rett. *GUCE* L 137 del 19 novembre 1991, pag.34, con modifiche del 15 settembre 1994(in *GUCE* L. 249 settembre 1994, pag.17), del 17 febbraio 1995, (in *GUCE* L 44 del 28 febbraio 1995, pag.64), del 6 luglio 1995 (in *GUCE* L 172 del 22 luglio 1995, pag.3) del 12 marzo 1997(in *GUCE* L. 103 del 19 aprile 1997, pag. 6 rett. . *GUCE* L 351 del 23dicembre 1997, pag. 72), del17 maggio 1999 (in *GUCE* L 135 del 29 maggio 1999, pag.92), del 6 dicembre 2000 (in *GUCE* L 322 del 19 dicembre 2000, pag. 4), del 21 maggio 2003 (in *GUCE* L 147del 14 giugno 2003, pag. 22), del 19 aprile 2004 (in *GUUE* del L 132 del 20 aprile 2004, pag. 3), del 21 aprile 2004 (in *GUUE* L 127 del 20 aprile 2004, pag.108), del 12 ottobre 2005 (in *GUUE* L 298 del 15 novembre 2005, pag.1), del 18 dicembre 2006 (in *GUUE* L 386 del 29 dicembre 2006, pag.45), del 12giugno 2008 (in *GUUE* L 179 dell'8 luglio2008, pag.12), del 14 gennaio 2009 (in *GUUE* L 24 del 28 gennaio 2009, pag.9), del 16 febbraio 2009, (in *GUUE* L 60 del 4 marzo 2009, pag. 3).

¹⁴ In questo senso cfr. P. GILLIAUX, *L'intensité du controle de la légalité par les juridictions communautaires*, in *Journal de droit européen*, Février 2009, n.156, pag. 37 ss, punto103. Analogamente si veda B. VESTERDOF, *Judicial Review in EC Competition Law: Reflections on the role of the Community Courts in the EC System of Competition Law enforcement*, in *Competition Policy International*, volume 1, n° 2, autunno 2005, pag. 10 dove l'autore precisa come nella tutela processuale nel diritto della concorrenza «As result, the system envisages a sort of institutional balance. The Commission and the Courts should focus on their respective primary func-

Per tali ragioni, l'inevitabile coinvolgimento delle persone fisiche/giuridiche e la corrispondente domanda di tutela delle loro posizioni giuridiche soggettive in tale ambito ha spinto la dottrina ad interrogarsi circa l'opportunità di istituire un giudice *ad hoc* per tale materia, considerati i limiti della tutela giurisdizionale offerta sia a livello comunitario che nazionale nel contesto del diritto della concorrenza, condizionata a torto o a ragione, dall'azione amministrativa della Commissione europea¹⁵.

In questa prospettiva, l'analisi dedicata alla tutela processuale nel diritto della concorrenza dell'Unione europea si fonderà sull'operato dei giudici comunitari, Tribunale di primo grado e Corte di giustizia, nell'arco di ciascun ricorso diretto ed indiretto pertinenti alla tutela del diritto della concorrenza, con l'obiettivo (dichiarato) di delineare lo scenario risultante dall'interazione tra la disciplina sostanziale del diritto della concorrenza e il funzionamento del contenzioso comunitario. Nello specifico con riferimento alle azioni dirette, l'attenzione verrà focalizzata sull'attività giurisdizionale svolta dal Tribunale di primo grado, mentre il ruolo della Corte di giustizia nel contenzioso *antitrust* verrà preso in considerazione nel contesto del rinvio pregiudiziale.

Considerato l'oggetto specifico del presente lavoro si ometterà di effettuare una descrizione generica del contenzioso presso le corti comunitarie¹⁶, limitando lo studio agli aspetti rilevanti per la tutela processuale nel diritto della concorrenza dell'Unione europea.

1.1 LA COMPETENZA GIURISDIZIONALE DEI GIUDICI COMUNITARI NELL'APPLICAZIONE DEL DIRITTO ANTITRUST.

Come si è già avuto modo di vedere nel primo capitolo, l'attuazione e la tutela della politica della concorrenza viene affidata essenzialmente alla Commissione europea, ma anche alla Corte di giustizia (da intendersi qui nella più ampia accezione indicante l'apparato giurisdizionale dell'Unione che ricomprende quindi anche il Tribunale di primo grado), così come prescritto dall'art.83. 2 lett.(d) TCE¹⁷ (v. *supra*, Cap. I, para. n. 1.1.2 e para. n. 3.3). Se-

tions:competition policy and enforcement on the one hand, judicial review on the other. It is simple, but fundamentally important, premise which is enshrined in the EC Treaty».

¹⁵ In questo senso cfr. P. BIAVATI, *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, in *Rivista Trimestrale di diritto e processo civile*, 2007, pag. 97; J. FLYNN, *Has Europe got the competition Court it needs?The CFI, The CBI, The House of Lords, and Judicial panels*, in *Melange en Hommage à Georges Vandensanden*, 2008, pag. 363ss; J. Temple Lang, *Do we need a European Union competition Court?*, in *Melange en Hommage à Georges Vandensanden*, 2008, pag. 343 ss; B. VESTERDOF, *Judicial Review EC Competition Law: Reflections on the role of Community Courts in the EC System of Competition Law Enforcement*, in *Competition Policy International*, Volume 1, n. 2. autumn 2005.

¹⁶ Per una panoramica generale del processo comunitario cfr. M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009; K. LENAERTS, D. ARTS, I. MASELIS, *Procedural Law of European Union*, London 2006; P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano 2005.

¹⁷ Come già illustrato nel primo capitolo, l'art. 83 del Trattato CE dispone che «1. I regolamenti e le direttive utili ai fini dell'applicazione dei principi contemplati dagli articoli 81 e 82 sono stabiliti dal Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento. 2. Le disposizioni di cui al paragrafo 1 hanno, in particolare, lo scopo di: (...) d)definire i rispettivi compiti: della Commissione e della Corte di giustizia nell'applicazione delle disposizioni contemplate dal presente paragrafo.»

condo tale disposizione, la suddivisione dei rispettivi compiti tra la Corte di giustizia e la Commissione europea, nell'*applicazione* delle norme *antitrust*, deve rinvenirsi negli atti di diritto derivato adottati dal Consiglio in attuazione dei principi contemplati dagli artt. 81 e 82 TCE (v. *supra*, Cap. I, para. n. 1.1.2) e quindi, nel regolamento di applicazione degli artt. 81 e 82, ovvero il Regolamento n. 1/2003, e quello n. 139/2004 con riferimento alle operazioni di concentrazione (v. *supra*, Cap. I, para n. 3).

I due Regolamenti di applicazione delle norme *antitrust*, nella fattispecie, prescrivono in capo all'organo giudicante una competenza di merito ai sensi dell'art. 229 TCE, secondo cui i Regolamenti adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio e dal Consiglio in virtù delle disposizioni del presente Trattato, possono attribuire una competenza giurisdizionale anche di merito per quanto riguarda le sanzioni previste nei regolamenti stessi (cfr. art. 31 del Regolamento 1/2003¹⁸ e art. 16 del Regolamento. 139/2004¹⁹). Al giudice comunitario quindi, rispetto alle decisioni adottate in materia di concorrenza con le quali la Commissione stabilisce un'ammenda o una penalità di mora, viene attribuito il potere di estinguere, ridurre oppure incrementare le ammende o le penalità di mora comminate. La previsione specifica di una competenza giurisdizionale in tal senso non inficia, chiaramente, la facoltà riconosciuta a tutti i soggetti dell'ordinamento comunitario, siano essi Stati membri, istituzioni oppure persone fisiche e giuridiche, di richiedere un sindacato di legittimità di un atto presunto viziato e quindi pregiudizievole delle rispettive situazioni giuridiche, seppur nei limiti e alle condizioni indicate nell'art.230 TCE (v. *infra* Cap. III).

L'indicazione di tale competenza di merito, espressa nei due Regolamenti base, deve ricondursi, pertanto, alla necessità, scaturente dal combinato disposto di cui agli artt. 83.2 lett. (d) e art. 229, di circoscrivere la sfera di azione della Commissione e del giudice comunitario in tale settore, dove la Commissione europea, si ricorda (v. *supra*,. Cap. I), gode di un incisivo potere sanzionatorio. La mancanza di un richiamo espresso al ricorso per annullamento (art. 230 TCE) è dovuta, pertanto, all'acquisizione garantita dall'ordinamento comunitario di tale facoltà di tutela a prescindere, come si è detto(v. *supra*, para. n. 1), dall'ambito sostanziale interessato dalla controversia, in quanto riconducibile alla generale competenza giurisdizionale propria dei giudici comunitari. D'altronde, l'opportunità offerta ai diretti interessati di ottenere un sindacato di merito rispetto ad una decisione comunitaria, limitato in ogni caso al solo esame delle sanzioni comminate dalla Commissione in materia di concorrenza, non costituisce uno strumento autonomo di tutela. Sotto questo profilo è stato precisato, dal Tribunale di primo grado, come in realtà il ricorso ai sensi dell'articolo 229 TCE prescriva una competenza di merito, esercitabile dai giudici comunitari unicamente nell'ambito di un ricorso di annullamento; diversamente detta disposizione primaria non produrrebbe altro effetto se non quello di ampliare i poteri di cui il giudice gode ai sensi dell'art. 230 TCE.

¹⁸ Analogamente l'art. 31 del Regolamento n.1/2003 affida alla Corte di giustizia una competenza anche di merito per decidere sui ricorsi presentati avverso le decisioni con le quali la Commissione irroga un'ammenda o una penalità di mora. Essa può estinguere, ridurre o aumentare l'ammenda oppure la penalità di mora irrogata.

¹⁹ Secondo cui in materia di concentrazioni, la Corte di giustizia ha competenza giurisdizionale anche di merito ai sensi dell'art.229 del Trattato per decidere sui ricorsi presentati avverso le decisioni con le quali la Commissione stabilisce un'ammenda o una penalità di mora ; essa può sopprimere, ridurre o maggiorare l'ammenda o la penalità di mora inflitta.

L'esercizio, della suddetta competenza di merito, infatti, è subordinato all'esistenza di una precipua richiesta in tal senso da parte del ricorrente interessato alla revisione o estinzione dell'ammenda, non potendo essere esercitata *ex officio* dal giudice comunitario.²⁰ Ne consegue che la richiesta di rivisitazione dell'ammontare inflitto a titolo sanzionatorio non possa prescindere, implicandola necessariamente, dalla proposizione di una domanda di annullamento totale o parziale della decisione stessa.²¹

In realtà, seppur non tramite la previsione di un'apposita disposizione come accade per la competenza di merito ai sensi dell'art.229 TCE, nel testo dei due regolamenti di applicazione si rinvencono numerosi riferimenti al potere generale proprio del giudice comunitario di sindacare la legittimità degli atti adottati dalla Commissione nel corso dei procedimenti amministrativi

Si considerino, ad esempio, i disposti contenuti negli artt. 18-20-21 del Regolamento n. 1/2003, per i quali la Commissione, esercitando il suo potere di adottare decisioni per ottenere richieste di informazioni (art.18) e procedere a determinati accertamenti presso i locali dell'impresa coinvolta (art. 20) o altri diversi locali (art. 21), è onerata del compito di informare la parte destinataria dell'atto, circa il suo diritto di promuovere un ricorso avverso tali decisioni innanzi alla Corte di giustizia.²²

Il Regolamento sulle operazioni di concentrazione poi, nel ribadire la sussistenza di una competenza esclusiva della Commissione in tale ambito (cfr. Cap. I, para. 2.3), ricorda come tale esclusività incontri un unico limite nel controllo esercitabile da parte della Corte della giustizia sugli atti adottati in esecuzione del Regolamento di applicazione (cfr. art. 21.2 Regolamento n. 139/2004).

Nel Regolamento n. 1/2003, inoltre, si sottolinea come la forza vincolante delle decisioni adottate dalla Commissione, non impedisca alle giurisdizioni nazionali, nell'esercizio della loro funzione di controllo delle norme antitrust comunitarie *ex art. 3 del Reg.*, di avvalersi dei diritti e di rispettare gli obblighi, derivanti dalla disciplina del rinvio pregiudiziale (art. 234 TCE), altro strumento processuale di natura incidentale, tramite cui è possibile ottenere, oltre che una pronuncia di interpretazione di una norma comunitaria, anche un sindacato della legittimità della decisione della Commissione²³.

²⁰ Cfr. a riguardo C. SCHEPISI, *Art. 31. Il Controllo della Corte di giustizia*, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE E S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della Concorrenza. Commentario al Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007, pag. 386.

²¹ Cfr. Ordinanza del Presidente del Trib. di primo grado, 9 novembre 2004, causa T-252/03R, *FNICGV c. Commssione*, in *Racc.*, pag. 3795

²² In particolare sebbene gli artt. 20 e 21 del Reg. n.1/2003 subordinino il potere di procedere ad accertamenti presso i locali aziendali o extra - aziendali alla previa autorizzazione del giudice nazionale, quest'ultimo non dispone del potere di sindacare nel merito, l'opportunità dell'accertamento. Entrambi i disposti dei due articoli in oggetto, precisano infatti che la legittimità della decisione de quo è riservata esclusivamente al giudice comunitario.

²³ L'art. 16 del Reg. 1/2003, rubricato «*Applicazione uniforme del diritto comunitario in materia di concorrenza*» per quanto concerne le giurisdizioni nazionali, dispone: 1 Quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi degli articoli 81 e 82 del Trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Esse devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati. A tal fine le giurisdizioni nazionali possono valutare se se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da essa avviati. Tale obbligo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi di cui all'art. 234 del Trattato

Il contenzioso inerente alle sanzioni non costituisce, infine, l'unica ipotesi di sindacato pieno offerto dalle giurisdizioni comunitarie in materia di concorrenza. Va ricordata, infatti, la possibilità accordata dal Trattato istitutivo (artt. 235 e 288 TCE), di ottenere un risarcimento del danno qualora la Comunità incorra in un illecito extracontrattuale, a causa di un comportamento o di un atto adottato da una delle sue istituzioni. Per i fini che qui rilevano, si pensi ad esempio all'ipotesi di avvenuto annullamento di una decisione della Commissione da parte del giudice adito cui consegue, in linea di principio, il diritto della parte vittoriosa nel giudizio di legittimità, ad ottenere il risarcimento del danno subito in virtù dell'adozione del provvedimento rivelatosi viziato in sede contenziosa²⁴.

Sulla base di tali osservazioni è quindi possibile individuare schematicamente tre principali azioni processuali, rilevanti nel contesto della tutela processuale nel diritto della concorrenza dell'Unione europea, manifestanti il tipo di protezione perseguibile davanti al giudice comunitario in tale settore:

A) RICORSI DIRETTI:

1) Il ricorso per annullamento ai sensi dell'art. 230 TCE, cui può coniugarsi anche una richiesta atta a sindacare la legittimità della sanzione comminata dalla Commissione in sede pre-contenziosa, in virtù della competenza di merito attribuita al giudice comunitario *ex art.* 229 TCE ed espressamente richiamata agli artt. 31 del Reg. n.1/2003 e 16 del Reg. 139/2004.

2) L'accertamento della responsabilità extracontrattuale della Comunità, ai sensi dell'art.235 e 288 secondo e terzo comma, finalizzata a reintegrare il patrimonio del soggetto pregiudicato da un danno creato da un atto o un comportamento di un istituzione della Comunità europea.

B) RICORSI INDIRETTI:

3) Il rinvio pregiudiziale, che rappresenta l'unica via indiretta di accesso al giudice comunitario, al fine di ottenere una pronuncia di interpretazione di una norma comunitaria oppure onde pervenire ad una declaratoria di illegittimità di un atto adottato da un'istituzione.

I ricorsi ora citati non esauriscono naturalmente il novero degli strumenti processuali predisposti dal Trattato Istitutivo²⁵; tuttavia la scelta di circoscrive-

²⁴ In realtà come è noto l'azione per responsabilità extracontrattuale della Comunità e il ricorso per annullamento costituiscono due strumenti processuali autonomi (v. *infra*, para., n. 4). Tuttavia bisogna constatare come in materia di concorrenza dallo studio della giurisprudenza emerge una tendenza delle imprese ad introdurre una richiesta volta ad ottenere il risarcimento del danno solo a seguito dell'annullamento di una decisione amministrativa ai sensi dell'art.230 TCE. Cfr. ad esempio Trib. Primo grado, 9 settembre 2008, causa T-212/03, *My Travel Group plc c. Commissione*, non pubblicata in *Racc.*, pag. II-2237; Trib primo grado, 12 dicembre 2007, causa T-113/04, *Atlantic container Line e a c. Commissione*, in *Racc.*, pag., II-171; Ordinanza Trib. primo grado, 29 agosto 2007, causa T-186/05, *Selex Sistemi Integrati c. Commissione*, in *Racc.*, pag., II-94 (pubblicazione sommaria).

²⁵ Il Trattato, infatti, al di là dell'ipotesi di ricorso oggetto del presente studio, disciplina anche il contenzioso in materia di personale (art. 236 TCE), materia oggi affidata al Tribunale della funzione pubblica, l'unica camera giurisdizionale istituita, a seguito dell'entrata in vigore del Trat-

re l'analisi alle sole ipotesi menzionate, consegue all'intenzione di approfondire la tutela processuale nel settore specifico del diritto della concorrenza, rispetto a quelle azioni che nella pratica giudiziaria rilevano in modo preponderante proprio nella prospettiva della tutela delle singole posizioni soggettive all'interno del quadro giuridico processuale, dove interagiscono e cooperano diverse autorità amministrative e giudiziarie da un lato, comunitarie e nazionali dall'altro. In particolare, come si vedrà, il rinvio pregiudiziale (art. 234 TCE) e il ricorso per annullamento (art. 230 TCE) operano nel sistema giuridico quali strumenti complementari, per cui talune ipotesi di lacune apparenti riscontrabili nell'analisi tecnica del sistema processuale dell'Unione europea (si pensi ad esempio ai requisiti imposti alle persone fisiche e giuridiche per poter esperire un ricorso di annullamento. (v. *infra*, para. n. 3 ss), potranno invero comprendersi e talvolta risolversi solo adottando una visuale d'insieme del sistema giurisdizionale comunitario nel suo complesso, integrato con quello degli ordinamenti dei singoli Stati membri²⁶.

Tra i ricorsi sino ad ora non menzionati, in relazione alla tutela processuale del diritto della concorrenza merita di essere considerata l'eccezione di inapplicabilità di cui all'articolo 241 TCE, ossia lo strumento, di natura incidentale, tramite cui pervenire, anche a seguito dello scadere dei termini previsti dall'art. 230 TCE, ad una declaratoria di illegittimità di un atto comunitario. Per tale via, ad esempio la giurisprudenza ha riconosciuto la possibilità anche in capo ad un'impresa, di sindacare la legittimità di un atto di portata generale, anche, qualora, come nel caso delle comunicazioni adottate dalla Commissione per il calcolo delle sanzioni in caso di violazione delle norme *antitrust*, si tratti di un atto atipico e, come tale, in linea di principio incapace di produrre effetti giuridici vincolanti²⁷. Per la sua natura incidentale, che non permette di qualificarlo come mezzo di tutela autonomo²⁸, nonché per la sua capacità di estendere sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo l'azione di annullamento di un atto comunitario, seppur attraverso un meccanismo differente, si tratterà dell'argomento nel contesto del paragrafo dedicato al giudizio di ricevibilità del ricorso per annullamento in materia di concorrenza (v., *infra* para. n. 3.3).

Dalla competenza giurisdizionale attribuita al giudice comunitario dal Trattato, rispetto al diritto posto a tutela della libera concorrenza nel mercato comune, in linea di principio si potrebbe tipizzare per le imprese (ovvero per tutti i ricorrenti non privilegiati) nell'ambito dei ricorsi diretti, una precisa stra-

tato di Nizza, con Decisione del Consiglio del 2 novembre 2004, in *GUUE* L 333 del 9 novembre 2004, p. 7; l'azione per declaratoria di inattività delle istituzioni (art. 232 TCE); nonché le azioni previste nel quadro di clausole compromissorie (art. 238 TCE) e 239 e eccezione inapplicabilità e procedura di infrazione?. In generale, sul sistema di tutela giurisdizionale dell'ordinamento dell'Unione cfr., per tutti, M. CONDINANZI, R. MATROAINNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009; G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, 5 ed. (se non erro), Padova, 2008, P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2007; K. LENARTS, D. ARTS, I. MASELIS, *Procedural Law of the European Union*, London, 2006.

²⁶ In questo senso cfr K. LENAERTS, *Les systématique des voies de recours dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, in *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden. Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, 2008, pag. 258. Per alcuni contributi di dottrina relativi a tali argomenti si rinvia a M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*,

²⁷ Cfr. Corte di giust., 28 giugno 2005, cause riunite C- 189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 a C-213/02 P, *Dansk Rorindustri e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-5425, punti 212 e 213.

²⁸ Cfr. K. LENARTS, D. ARTS, I MASELIS, *Procedural Law of the European Union*, London 2006, pag. 342.

tegia processuale: il Trattato, infatti, attribuisce ad un ricorrente non privilegiato la possibilità di agire in giudizio innanzi ai giudici comunitari, attraverso il ricorso di annullamento (art. 230 TCE), per ottenere l'annullamento di una decisione della Commissione adottata nel corso del procedimento amministrativo. Qualora invece si voglia contestare un atto di portata generale, quale ad esempio una comunicazione della Commissione in base alla quale la decisione della Commissione sia stata adottata, unitamente ad un ricorso per annullamento, dovrà proporsi un'eccezione di illegittimità (v. *supra* para. n. 1.1). Successivamente un'impresa o il diverso soggetto interessato potrà agire per conseguire il risarcimento del danno patito a causa di un atto o un comportamento, ritenuto illegittimo e imputabile alla Commissione.

1.2. Il riparto di competenza in materia antitrust tra i giudici comunitari: Tribunale di primo grado, Corte di giustizia e giurisdizioni nazionali.

Come è noto l'istituzione di un Tribunale di primo grado si è resa necessaria ed opportuna onde alleggerire il carico di lavoro incombente sull'allora unico giudice del sistema comunitario, la Corte di giustizia. In questa prospettiva al Tribunale è stata attribuita una funzione, tipica degli organi giurisdizionali di prima istanza, diretta alla disamina ed all'accertamento del fatto concreto²⁹, secondo un riparto di competenza inizialmente fondato sul criterio *c.d. soggettivo* (la competenza a favore del Tribunale di primo grado dipendeva dallo status soggettivo del ricorrente, per cui i ricorsi introdotti dalle persone fisiche o giuridiche spettavano a quest'ultimo, mentre nel caso di ricorsi introdotti da istituzioni o Stati membri, con un retaggio di tipo internazionalistico, la competenza spettava in primo ed unico grado alla Corte di giustizia), ma che oggi può considerarsi generalizzata a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Nizza³⁰. La versione consolidata dell'art. 225 TTCE, infatti, al primo paragrafo prevede, in capo al Tribunale, la competenza in primo grado per tutti i ricorsi diretti³¹, eccezion fatta per i ricorsi attribuiti ad una camera giurisdizionale, nonché per quelli riservati alla Corte di giustizia direttamente dallo Statuto della Corte.

²⁹ Nella stessa decisione istitutiva del Tribunale (Decisione del Consiglio del 24 Ottobre 1988, n. 88/591/CECA CEE Euratom, in *GUCEE*, L 319 del 25 novembre 1988) si sottolineava come l'istituzione di una seconda Corte si rendeva necessaria al fine di migliorare la qualità della tutela processuale offerta ai singoli, proprio rispetto a quelle controversie implicanti un esame complesso del dato fattuale.

³⁰ Per uno studio specifico sulle modifiche introdotte nell'ordinamento giuridico dell'Unione a seguito dell'adozione del Trattato modificativo firmato a Nizza cfr. A. ALÌ, M. BORRACETTI, M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, B. NASCIBENE, M. C. REALE, *Il processo Comunitario dopo Nizza*, (a cura di) B. NASCIBENE, Milano, 2003; Con riferimento invece allo stato attuale, per uno studio sul contenzioso dell'Unione europea, comprensivo di tutte le ultime modifiche intervenute nel panorama delle fonti del processo dell'Unione europea cfr. M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, pag. 21 ss.

³¹ Per un contributo sulla competenza giurisdizionale del Tribunale si veda I. PELIKANOVA, *La protection juridictionnelle des particuliers par le Tribunal de premiere instance des Communautés européennes*, in *Le droit à la mesure de l'homme: Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, 2006, pag. 239 ss.

Nell'ambito della tutela processuale del diritto della concorrenza, sulla base di tale disposizione è possibile innanzitutto ricondurre al Tribunale la competenza a conoscere, in primo grado, tutti i ricorsi diretti, volti ad ottenere il risarcimento del danno ai sensi degli artt. 235 e 288 TCE.

Prescindendo, poi, da quale sia il soggetto propulsore del procedimento contenzioso (persona fisica o giuridica oppure uno Stato membro, con la sola esclusione dell'azione introdotta da un'istituzione), sussiste la competenza del Tribunale in primo grado, anche nell'ambito di un ricorso per annullamento (art. 230 TCE) quando, però, l'oggetto della controversia verta su una decisione ex art. 249 TCE adottata dalla Commissione europea nei confronti di una persona fisica o giuridica, oppure nei confronti di uno Stato membro.

A differenza del ricorso per responsabilità extracontrattuale, dove il riparto di competenza tra giudici comunitari appare definito, nell'ambito del ricorso per annullamento, lo Statuto della Corte, all'art. 51,³² stabilisce, invero, un'eccezione alla generale competenza di primo grado attribuita al Tribunale dall'art. 225 TCE, per cui nelle diverse ipotesi, rispetto a quelle *supra* menzionate, di applicazione dell'art. 230 TCE, dovrà adottarsi nuovamente il criterio dello *status* soggettivo del soggetto agente, onde individuare quale organo agire in primo grado.

Ai sensi dell'art. 51 dello Statuto della Corte di giustizia, infatti, quest'ultima torna ad essere investita di una competenza esclusiva di primo e unico grado, rispetto ai ricorsi di annullamento³³ in due ipotesi.

A) - In ipotesi di ricorsi promossi da uno Stato membro e diretti contro un atto adottato dal Parlamento europeo, dal Consiglio, o da entrambe le istituzioni quando decidono congiuntamente.

Rispetto al quadro normativo inerente al diritto della concorrenza, rientrano in tale categoria gli atti adottati dal Consiglio sulla base dell'art. 83.1 TCE, (v., *supra* Cap. I, para. n. 1.1.2, nonché nel presente v., *supra* Cap. I, *supra* para. n. 1.1) ossia gli atti di diritto derivato adottati dal Consiglio in applicazione degli artt. 81 e 82 (art. 83.1), vale a dire ad esempio i due Regolamenti base n. 1/2003 e n. 139/2004.

Ancora, sempre in virtù dell'art.51 dello Statuto, in materia di concorrenza la Corte di giustizia sarebbe competente in primo e in unico grado qualora uno

³² L'art. 51 dello Statuto menziona, al suo primo paragrafo che la Corte torna ad avere competenza esclusiva in primo ed unico grado in due ipotesi: qualora sia adita da un Stato membro ai sensi dell'art. 230 e art. 232 a) contro un atto o un'astensione dal decidere del Parlamento o del Consiglio, o di queste due istituzioni quando decidono congiuntamente, *ad esclusione* (ossia la competenza in primo grado rimane in capo al Tribunale): - delle decisioni adottate dal Consiglio in forza dell'artt. 88. n. 2 terzo comma del Trattato CE; - degli atti del Consiglio adottati in forza di un Regolamento del Consiglio relativo alle misure di difesa commerciale ai sensi dell'articolo 133 del Trattato CE; - degli atti del Consiglio con i quali quest'ultimo esercita competenze di esecuzione conformemente all'art.202, terzo trattino del Trattato CE; b) contro un atto o un'astensione dal decidere della Commissione in forza dell'art. 11 A del Trattato CE. 2. Sono del pari riservati alla Corte i ricorsi di cui agli stessi articoli, che sono proposti da un'istituzione della Comunità o della Banca centrale europea contro un atto o astensione del decidere del Parlamento europeo, del Consiglio, di queste due istituzioni quando decidono congiuntamente o della Commissione nonché da un'istituzione della Comunità contro un atto o un'astensione del decidere della Banca centrale europea.

³³ L'articolo 51 dello Statuto in realtà stabilisce una deroga al generale riparto di competenza istituito dall'articolo 225 TCE, anche rispetto all'azione in carenza disciplinata all'articolo 232 TCE, non menzionata nella disamina *supra* esposta, in quanto esulante la trattazione del presente studio.

Stato membro decidesse di sindacare la legittimità dell'atto tramite cui il Consiglio conferisce alla Commissione la competenza esecutiva delle norme che stabilisce, come nel caso dell'atto tramite cui alla Commissione viene affidato il potere di adottare i Regolamenti esecutivi dei Regolamenti base, nonché i Regolamenti di esenzione per categoria, così come risulta dal combinato disposto degli artt. 202 terzo trattino³⁴ TCE e 83 TCE. Allo stesso modo, la Corte rimarrebbe competente in primo ed unico grado qualora l'oggetto dell'impugnazione promossa da uno Stato membro concernesse i principi e le norme regolatrici le modalità (preliminarmente deliberate all'unanimità dal Consiglio, dietro proposta della Commissione e previo parere del Parlamento europeo ai sensi dell'art. 202, terzo trattino, TCE) della medesima azione esecutiva delegata alla Commissione in materia di concorrenza. (cfr. Cap. I, para. 1.1.2).

A tale deroga apportata dall' art. 51.1 dello Statuto della Corte di giustizia, fanno tuttavia eccezione tre ipotesi, nelle quali il riparto di competenza tornerà a seguire il criterio generale disciplinato all'art 225 TCE, secondo cui il Tribunale conosce oggi anche dei ricorsi introdotti dagli Stati membri.

Tra le eccezioni previste dalla norma statutaria (art. 51), ai nostri fini, rileva la terza fattispecie elencata³⁵, concernente la possibilità per uno Stato membro di impugnare la legittimità degli atti con cui il Consiglio "esercita" competenze di esecuzione conformemente all'art. 202, terzo trattino, del Trattato CE, ossia nell'ipotesi in cui il Consiglio in determinati casi specifici, si riserva di esercitare direttamente competenze di esecuzione, invece di attribuirle alla Commissione. Si tratta di un ipotesi di competenza di primo grado attribuita al Tribunale, tramite la previsione di un'eccezione all'eccezione di cui all'art. 51 dello Statuto, di difficile realizzazione, se si considera come nel diritto *anti-trust*, il Consiglio abbia in realtà esercitato tale facoltà esecutiva in due sole ipotesi adottando, nel 1968, il Regolamento n. 1017/68 relativo all'applicazione delle regole di concorrenza al settore dei trasporti ferroviari, su strada e per vie navigabili, successivamente modificato dal nuovo Regolamento n. 1/2003; nonché adottando il Regolamento n. 479/92 relativo ai trasporti marittimi³⁶. Il secondo paragrafo dell'art. 51 dello Statuto, poi, riserva ancora in via

³⁴ L'art. 202, terzo trattino, TCE dispone che «Per assicurare il raggiungimento degli scopi stabiliti dal presente Trattato e alle condizioni da questo previste, il Consiglio: (...) – conferisce alla Commissione, negli atti che esso adotta, le competenze di esecuzione delle norme che stabilisce. Il Consiglio può sottoporre l'esercizio di tali competenze a determinate modalità. Il Consiglio può anche riservarsi, in casi specifici, di esercitare direttamente competenze di esecuzione. Le suddette modalità devono rispondere ai principi e alle norme che il Consiglio previo parere del Parlamento europeo, avrà stabilito in via preliminare».

³⁵ I casi in cui la competenza torna in primo grado al Tribunale di primo grado ai sensi dell'art.51. 1 lett. (a) dello Statuto della Corte di giustizia sono – le decisioni adottate dal Consiglio in forza dell'art.88, n. 2 terzo comma del Trattato CE;- degli atti del Consiglio adottati in forza del regolamento del Consiglio relativo a misure di difesa commerciale ai sensi dell'art.133 del Trattato CE, - gli atti del Consiglio con il quale quest'ultimo esercita competenze di esecuzione conformemente all'art. 202, terzo trattino del Trattato CE.

³⁶ All'adozione Regolamento relativo all'applicazione dell'art. 85.3(oggi 81.3) TCE nel settore dei trasporti marittimi adottato dal Consiglio (in *GUCE* n. L 55 del 20 febbraio 1992, pag. 3) è seguita l'adozione da parte della Commissione di un Regolamento di applicazione n. 823/2000 (in *GUCE* n. L 100 del 20 aprile 2000, pag. 24) modificato dal Regolamento CE n. 463/2004 della Commissione e dal Regolamento CE n. 611/2005 della Commissione del 20 aprile 2005. Per tale via sono stati esentati consorzi marittimi, ossia accordi di cooperazione tra compagnie di trasporto marittimo di linea per la fornitura di servizi in comune per il trasporto marittimo di merci. La revisione del Regolamento di esenzione per categoria per i consorzi marittimi è stata poi avviata dalla

esclusiva alla Corte, il ricorso per annullamento promosso da un'istituzione comunitaria (compresa la Banca centrale europea) avverso un atto adottato dal Parlamento europeo, dal Consiglio, oppure dalle due istituzioni congiuntamente, nonché dalla Commissione.

Ne consegue, la competenza di primo e unico grado in capo alla Corte di giustizia in caso di ricorso, ad esempio promosso dal Parlamento europeo avverso l'atto di diritto derivato di applicazione dei principi di cui agli artt. 81 e 82 (si pensi ai due Regolamenti base), se adottato dal Consiglio in mancanza del suo parere in violazione, pertanto, della procedura prevista per l'adozione di tali atti, ai sensi dell'art. 83 TCE (Cfr. Cap. I, par. 1.1.2).

Analogamente, sia il Consiglio che il Parlamento, in virtù del combinato disposto dell'articolo 202 terzo trattino del Trattato CE e art. 51.2 dello Statuto della Corte, potrebbero adire quest'ultima in via esclusiva, nel caso in cui la Commissione violi i principi e le norme fondanti la competenza di esecuzione affidatale ai sensi dell'art. 202, terzo trattino TCE, fissati in via preliminare dal Consiglio che delibera all'unanimità, previo parere del Parlamento (si pensi ancora all'ipotesi dei Regolamenti di esenzione).

L'eccezione introdotta dalla norma statutaria, si pone in ogni caso in linea con la scelta del legislatore comunitario di affidare al solo Tribunale di primo grado l'accertamento del fatto concreto, in quanto a ben vedere le ipotesi di contenzioso sottratte alla competenza dell'organo di prima istanza riguardano contenziosi meno frequenti, di natura interistituzionale (v. *supra*, ipotesi **(b)**), nonché promossi da uno Stato contro un atto del Consiglio o adottato ai sensi dell'art. 251 TCE (v. *supra*, ipotesi **(a)**) avente sempre ad oggetto la mera legittimità di un atto emanato da un'istituzione comunitaria.

Al di là dell'ipotesi *supra* descritte, pertanto, nelle quali il sindacato spetterebbe alla Corte in primo e unico grado, normalmente nell'ambito dei ricorsi diretti in materia di concorrenza la Corte si pronuncia in secondo grado, ossia rispetto alle impugnazioni proposte avverso le sentenze emesse dal Tribunale di primo grado per i soli motivi di diritto e alle condizioni previste dallo Statuto (art. 225.1 TCE)³⁷, essendo precluso, in tale sede, l'espletamento di un ulteriore accertamento fattuale (v. *infra*, para. n. 2). In quest'ultima ipotesi, infatti, la cancelleria del Tribunale trasmette l'intero fascicolo di causa istruito in primo grado, se del caso corredato dall'atto di impugnazione, direttamente alla cancelleria della Corte di giustizia (art. 111.2 del regolamento di procedura della Corte)³⁸.

Le pronunce del Tribunale di primo grado, pertanto, eccezion fatta per i casi di snaturamento dei mezzi di prova e di qualificazione giuridica dei fatti, rappresentano l'unico strumento giurisdizionale esistente nel processo dell'Unione europea, qualora si intenda contestare anche in punto di fatto le risultanze istruttorie raccolte dalla Commissione attraverso le sue attività inve-

Commissione nel 2007 tramite lo svolgimento di un'ampia indagine di mercato. Il nuovo Regolamento entrerà in vigore allo scadere del Regolamento per categoria attualmente in vigore il 25 aprile 2010. Cfr. Europa press realeses, 28 settembre 2009, reperibile on line all'indirizzo www.europa.eu.

³⁷ Per un'analisi del processo di impugnazione innanzi alla Corte di giustizia si rinvia a M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, pag. 468 ss

³⁸ L'art. 111 del regolamento di procedura della Corte di giustizia dispone quanto segue
«1 L'impugnazione è proposta con il deposito di un ricorso presso la cancelleria della Corte o del Tribunale. 2 La cancelleria del Tribunale trasmette immediatamente il fascicolo del giudizio di primo grado e, se del caso, l'atto di impugnazione alla cancelleria della Corte.»

stigative al fine di vagliarne le relative conclusioni circa la sussistenza o meno di una violazione delle norme *antitrust*, nonché circa la legittimità, nel suo ammontare, della sanzione irrogata nei confronti dell'impresa destinataria della decisione conclusiva il procedimento amministrativo (v. *infra*, Cap. III)

Il Tribunale di primo grado (in materia di concorrenza così come in tutte le altre materie di competenza dell'Unione), invece, non è competente a conoscere dei rinvii pregiudiziali esperiti dai giudici nazionali, essendo tale prerogativa ancora esclusivamente affidata alla Corte di giustizia.³⁹

Infine, come già illustrato nel precedente capitolo, in attuazione delle innovazioni introdotte dal Reg. del Consiglio n.1/2003, le giurisdizioni dei singoli Stati membri sono oggi competenti ad applicare contestualmente al loro diritto nazionale, il diritto antitrust comunitario, essendo state dotate dal Regolamento stesso di un potere di controllo di merito per rilevare la sussistenza o meno di eventuali infrazioni degli artt. 81 e 82 TCE. Tale tipologia di sindacato oggi esperibile dai giudici nazionali, si pone in linea con la competenza ad essi attribuita dalla nota giurisprudenza comunitaria (*Courage e Manfredi*) a riconoscere il diritto soggettivo al risarcimento dei danni discendente direttamente dal diritto comunitario⁴⁰. Nell'esercizio delle loro prerogative giurisdizionali nel diritto della concorrenza, i giudici nazionali possono avvalersi della cooperazione istituita con la Commissione (v. *supra*, Cap. I, par. n. 3.3) e dello strumento del rinvio pregiudiziale (art. 234 CE), qualora ritengano opportuno interrogare la Corte di giustizia su una determinata questione. Tale ultima possibilità (o obbligo, nel caso in cui il giudice nazionale sia di ultima istanza) di dialogo con il giudice comunitario presuppone, tuttavia, che la raccolta delle prove e l'accertamento fattuale, in accordo con la competenza di merito attribuita al giudice nazionale dal Regolamento di applicazione e in conformità con la *ratio* stessa propria del rinvio pregiudiziale, sia svolta dal giudice del rinvio, non sussistendo in questa sede, considerata la competenza esclusiva della Corte in materia, una possibilità, sul piano comunitario, di procedere ad un ulteriore accertamento del dato fattuale (v. *supra*, Cap. III, para. n. 3) Se ne deduce, quindi, l'importanza a che, in materia di concorrenza, il rinvio pregiudiziale venga esperito dal giudice di primo grado, ossia solitamente la giurisdizione deputata ad effettuare un'attenta attività istruttoria.

³⁹ Il terzo paragrafo dell'art. 225A del TCE, in realtà, così come novellato a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Nizza, effettivamente prevede la possibilità di individuare nel testo dello Statuto della Corte di giustizia determinate materie specifiche rispetto alle quali la competenza del rinvio pregiudiziale può essere affidata al Tribunale di primo grado. In ogni caso, qualora la causa dovesse comportare una decisione di principio capace di compromettere l'unità o la coerenza del diritto comunitario, il Tribunale avrebbe la facoltà di rinviare la causa alla Corte di giustizia. Cfr. a riguardo M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino 2009, pag.15 dove si sottolinea come in ogni caso l'introduzione dell'istituto del riesame rispetto alle decisioni adottate in sede di pregiudiziale dal Tribunale, unitamente alla facoltà di rinvio della causa da parte dell'organo di prima istanza alla Corte di giustizia, permetterebbero in ogni caso di mantenere la competenza nomofilattica in capo alla Corte di giustizia.

⁴⁰ Cfr. a riguardo Corte di giust., 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage c. Crehan*, in *Racc.*, I-6297; Corte di giustizia, 13 luglio.2006, causa C -295/04 *Vincenzo, Manfredi c. Lloyd Adriatico e a.*, in *Racc.*, pag. I-6619. Sull'argomento cfr. VAN BAEL & BELLIS, *Il diritto comunitario della concorrenza. Con analisi della disciplina del procedimento antitrust in Italia*, Torino, 2009, pag. 1078 ss. Per un commento invece concernente il caso *Manfredi*, cfr. P. IANNUCELLI, *La Cour botte en touche sur la reparation civile des dommages causés par une infraction aux règles de concurrence*, in *Revue Lamy de la concurrence*, n.9 octobre/décembre 2006. Pag.67ss.

In conclusione, da quanto sino ad ora descritto si può riassumere quanto segue:

A) La giurisdizione di merito rispetto a controversie dirette ad ottenere un risarcimento del danno arrecato da un atto o un comportamento di una istituzione comunitaria spetta in primo grado al Tribunale di primo grado ex art. 235 e 288 secondo e terzo trattino CE; al giudice nazionale (nel rispetto del riparto di competenza previsto dal singolo ordinamento processuale nazionale) anche quando tale diritto soggettivo derivi da una violazione delle norme antitrust comunitarie che il suddetto giudice è in ogni caso tenuto ad applicare anche nel merito ai sensi degli articoli 3 e 6 del Regolamento 1/2003 (v. *supra*, Cap. I, para. n.3 ss.) La Corte di giustizia è invece competente in sede di impugnazione di una sentenza emessa dal Tribunale, nonché a pronunciarsi in sede di rinvio pregiudiziale.

B) La giurisdizione di legittimità (art. 230), diretta all'annullamento di un atto comunitario adottato in esecuzione della disciplina del diritto della concorrenza contenuta nel Trattato, unitamente alla competenza di merito in materia di sanzioni, viene affidata al Tribunale di primo grado e alla Corte di giustizia, secondo il riparto interno di competenza risultante dal combinato disposto dell'art. 225 TCE e dell'eccezione introdotta dall'art. 51 dello Statuto della Corte di giustizia. Dall'applicazione di tali disposizioni risulta che in materia di concorrenza il Tribunale è competente in primo grado ogni qualvolta venga sindacata la legittimità di una decisione definitiva adottata dalla Commissione nel corso del procedimento pre-contenzioso, sia in caso di un'azione introdotta da uno Stato membro che in ipotesi di un ricorso esperito da una persona fisica e giuridica. In tutte le altre ipotesi in cui il ricorso ai sensi dell'art. 230 TCE, possa avere ad oggetto un regolamento o una direttiva adottato dalle istituzioni comunitarie, la competenza di primo e ultimo grado torna in capo alla sola Corte di giustizia, con la sola eccezione dell'ipotesi di impugnazione, da parte di uno Stato membro, della legittimità dell'atto con il Consiglio si attribuisce una competenza esecutiva ai sensi dell'art. 202 terzo trattino TCE.

C) La funzione nomofilattica e di accertamento della validità di un atto comunitario nell'ambito del dialogo con il giudice nazionale (art. 234 TCE), spetta in via esclusiva alla Corte di giustizia.

2. La tutela processuale garantita dal Tribunale di primo grado nel diritto della concorrenza dell'Unione europea.

Nei precedenti paragrafi si è rilevato come il contenzioso antitrust comprenda sia un sindacato giurisdizionale di legittimità (ricorso per annullamento art. 230 TCE) che un sindacato giurisdizionale di merito (ricorso per responsabilità extracontrattuale art. 235 e art. 288.2 TCE) attribuito, in virtù di un preciso riparto di competenza, in prima istanza al Tribunale di primo grado.

Tale riparto di competenza, infatti, deriva dal tentativo di introdurre anche all'interno del contenzioso comunitario, quella distinzione tipica degli ordina-

menti processuali nazionali (quanto meno appartenenti alla tradizione di *civil law*) per la quale il concetto di “*giurisdizione di merito*”(nel senso di sindacato deputato all'accertamento fattuale) si contrappone alla nozione di giurisdizione di mera legittimità, attribuita oggi alla sola Corte di giustizia, escluse le ipotesi in cui la stessa rimane competente in primo e unico grado (v. *supra*, para n. 1.2)

Tuttavia, sia rispetto ad una azione di annullamento, che nei confronti di una richiesta di risarcimento del danno, il vaglio nel merito (ossia del fatto) della decisione amministrativa oggetto di un contenzioso in materia di concorrenza, presuppone una verifica formale inerente alle sussistenze delle condizioni necessarie e presupposte all'azione stessa, di carattere soggettivo oppure oggettivo. Tali condizioni, previste generalmente e indipendentemente dalla materia oggetto del contenzioso, devono risultare come si vedrà dall'atto introduttivo del processo che quindi, viene sottoposto ad un preliminare giudizio di ricevibilità da parte del giudice.

Il vaglio circa la sussistenza delle condizioni di una azione, sia essa diretta all'annullamento di una decisione adottata dalla Commissione(art. 230 TCE) oppure volta ad ottenere il risarcimento del danno (art.235 e 288.2 TCE), si intreccia, però, con la verifica ad opera del Tribunale, del rispetto anche dei requisiti richiesti dal regolamento di procedura, per l'introduzione del ricorso e del controricorso (v. *infra*, para. n. 2.2). Ne consegue pertanto, come nonostante la vigenza di regole processuali comuni (quali ad esempio le disposizioni inerenti alla forma degli atti introduttivi), il contenuto del ricorso varia nella sostanza a seconda dell'azione processuale esperita davanti al Tribunale , a seconda del tipo di atto dedotto in oggetto (ai nostri fini, il tipo di decisione adottata dalla Commissione europea nel corso dei procedimenti amministrativi) e, potenzialmente, a seconda dell'ambito sostanziale interessato.

E' in quest'ottica che pare opportuno dar conto delle modalità tramite cui il Tribunale esercita il suo controllo preliminare di ricevibilità posto che, l'assenza di una delle condizioni dell'azione, nonché la violazione delle forme previste per il ricorso e il controricorso, costituiscono cause per un possibile rigetto immediato dell'azione.

Nei prossimi paragrafi, quindi, premessa una breve descrizione schematica circa lo svolgimento del processo innanzi ai giudici comunitari(v. *infra*, para. n. 2.1), si procederà alla descrizione dei requisiti necessari, con riferimento al loro contenuto, del ricorso e del controricorso in relazione ad una controversia in materia *antitrust* (v. *infra*, para n. 2.2)

Successivamente, invece, verranno esaminate le disposizioni del regolamento di procedura del Tribunale inerenti al giudizio preliminare di ricevibilità, nonché l'eccezione di invalidità esperibile dal convenuto (v. *infra*, para. n. 2.3 ss). Delineato quindi il quadro generale delle regole processuali in applicazione al diritto della concorrenza, l'analisi verrà circoscritta all'azione di annullamento (v. *infra*, para. n. 3 ss) e all'azione di risarcimento del danno in materia di concorrenza (v. *infra*, para. n. 4 ss), rispetto alle quali si procederà rispettivamente ad un'analisi delle singole condizioni necessarie alla loro proposizione, al contenuto del ricorso, per poi tentare di delineare come il Tribunale esercita il suo sindacato preliminare rispetto alla tutela richiesta in materia *antitrust* .

2.1 Cenni sullo svolgimento del contenzioso dell'Unione europea.

Il contenzioso dinanzi al giudice comunitario si caratterizza per la sussistenza di una fase scritta e di una fase orale, a conclusione della quale, la causa, viene trattenuta in decisione⁴¹.

Vigendo, nel processo comunitario il principio dell'onere della prova in capo alle parti,⁴² anche se il giudice comunitario è dotato di importanti poteri istruttori e di facoltà di intervento *ex officio*, la fase scritta, nel contenzioso *antitrust*, riveste un'importanza decisiva. E', infatti, dalla puntualità con cui le parti redigono le rispettive memorie sotto il profilo fattuale, che il Tribunale potrà essere messo in condizione di esperire un sindacato giurisdizionale incisivo e quindi effettivo. (v. *infra*, Cap. III).

L'apertura della fase scritta presuppone il deposito dell'atto introduttivo da parte del ricorrente nella forma di un ricorso, cui segue l'onere del convenuto di predisporre la propria difesa nel controricorso (v. *infra*, para. n. 2.2). Eventualmente, dopo il primo scambio di memorie tra le parti, potrà aversi un secondo dialogo scritto, essendo concesso al ricorrente di rispondere alle contestazioni del convenuto tramite il deposito di una memoria di replica e, al convenuto, di concludere il contraddittorio con una memoria di controreplica.

A differenza di quanto accade nel corso di un giudizio aperto innanzi alla Corte di giustizia, l'eventualità di replica e controreplica, nel processo davanti al Tribunale, viene espressamente subordinata ad una valutazione discrezionale dell'organo giudicante circa la completezza del fascicolo di causa⁴³.

⁴¹ Così infatti dispone l'articolo 20 dello Statuto della Corte di giustizia. Si noti che per quanto concerne la suddivisione del procedimento in una fase scritta e in una fase orale, con riferimento alla fase istruttoria, la deliberazione delle sentenze, i provvedimenti provvisori, i mezzi di impugnazione straordinaria, il rinvio pregiudiziale, nonché la revocazione di una sentenza, si può affermare l'esistenza di un unico rito, nel processo innanzi ai giudici dell'Unione, almeno con riferimento al processo di primo e unico grado davanti alla Corte di giustizia e il processo di primo grado davanti al Tribunale. La disciplina relativa alla procedura da seguire nel processo instaurato davanti al Tribunale trova, infatti, la sua regolamentazione nel titolo terzo dello Statuto della Corte di giustizia, sia pur con la previsione che tale disciplina possa essere precisata e completata per quanto si renda necessario, da un autonomo regolamento di procedura (art. 53 dello Statuto della Corte di giustizia). Inoltre ai sensi dell'art. 47 dello Statuto della Corte di giustizia, si applica al Tribunale di primo grado, quanto disposto nel titolo primo dello Statuto stesso, rubricato "Statuto dei giudici e degli avvocati generali". Per una disamina relativa alle regole comuni a tutti i procedimenti dinanzi al giudice comunitario cfr. M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, pag. 331 ss.

⁴² Si noti come in realtà il principio dell'onere della prova non trova una regolamentazione specifica nel testo dello Statuto della Corte di giustizia, né nei regolamenti di procedura rispettivamente del Tribunale di primo grado e della Corte di giustizia. Tuttavia come si avrà modo di vedere in prosieguo (v. *infra* para. n. 2.2.) le disposizioni processuali relative al contenuto del ricorso, contenute nei regolamenti di procedura della Corte e del Tribunale (rispettivamente art. 38 .1 lett. (e) e art. 44.1 lett.(e)) impongono alle parti agenti in giudizio di suffragare le proprie argomentazione anche attraverso la produzione di opportune offerte di prova.

⁴³ Articolo 47.1 del regolamento di procedura del Tribunale di primo grado secondo cui «Il ricorso e il controricorso possono essere integrati da una replica del ricorrente e da una controreplica del convenuto, a meno che il Tribunale, sentito l'avvocato generale, non decida che un secondo cambio di memorie non è necessario perché il contenuto del fascicolo di causa è abbastanza completo da consentire alle parti da consentire alle parti di sviluppare i loro motivi e argomenti nel corso della fase orale. Tuttavia, il Tribunale può ancora autorizzare le parti a completare il fascicolo se il ricorrente presenta una domanda motivata in tal senso entro due settimane dalla notifica di detta decisione.» Va sottolineato come, in ogni caso, anche la richie-

Questa fase si conclude con la redazione, da parte del giudice relatore, di una relazione preliminare, atto endo-procedimentale,⁴⁴ nel quale il giudice si limita a riferire sull'oggetto della controversia, la posizione delle parti, suggerisce eventuali provvedimenti istruttori e propone la sezione giudicante⁴⁵ cui affidare la decisione della causa.

Da un punto di vista pratico quindi, lo studio del fascicolo di causa sembrerebbe essere interamente affidato al giudice relatore, sul quale incombe l'onere di circoscrivere le specificità in fatto e in diritto della singola controversia e di evidenziare, successivamente, le sue prime valutazioni nel testo della relazione preliminare, che verrà poi presentata alla *conférence de chambre* della propria sezione di appartenenza. Pertanto, nel processo comunitario, l'inquadramento giuridico fattuale della controversia, si realizza senza che vi sia alcun contatto fisico e/o verbale da un lato tra il giudice relatore e le parti (sino all'apertura della fase orale) e, dall'altro tra il giudice relatore e il collegio giudicante (sino allo svolgimento della *conférence de chambre*).

Nel corso della fase scritta, va detto, non è tuttavia infrequente che il Tribunale rivolga alle parti quesiti scritti, onde comprendere appieno determinati aspetti della controversia, nonché punti specifici inerenti alle contestazioni sollevate dalle parti, concedendo a quest'ultime un termine per rispondere sempre in forma scritta (art. 64 del regolamento di procedura del Tribunale⁴⁶). Le parti, però, potranno manifestare apertamente il proprio punto di vista e sottolineare gli aspetti considerati a loro parere rilevanti ai fini della definizione della controversia, solamente nel corso della fase orale.

Anche a tale stadio del procedimento, tra l'altro, il Tribunale gode della facoltà di formulare quesiti alle parti, tanto che l'udienza assume le vesti di un vero e proprio dibattito. Tuttavia, è evidente come la posizione del collegio giudicante, sia nel corso della fase orale che in camera di consiglio al momento della deliberazione della sentenza, non possa che essere fortemente influenzata dall'impostazione proposta dal giudice relatore nell'udienza preliminare, considerata la sua conoscenza approfondita dei fatti di causa. Ciò è ancor più vero considerando che in linea di principio il Tribunale si pronuncia senza l'ausilio

sta di presentare una memoria di replica oppure di controreplica sia soggetta ad una valutazione di ricevibilità che, come avviene del resto per il ricorso, dipende dalla verifica circa la sussistenza di alcuni presupposti, quali ad esempio la chiarezza del testo che consenta al Tribunale di apprezzarne gli elementi di fatto e di diritto dedotti. Cfr. ad esempio Trib. primo grado, 20 aprile 1999, cause riunite T-305/94, T-306/94 e a., *Limburgse Vinyl Maatschappij c. Commissione*, in *Racc.*, pag., II-931, punto n. 1 della massima ogni caso a riguardo si rinvia al paragrafo 2.2. del presente Capitolo.

⁴⁴ Cfr. M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, pag. 380, nota 145 dove si sottolinea come la relazione preliminare rappresenti un documento interno, redatto solo in francese (ossia nella lingua di lavoro utilizzata all'interno della Corte di giustizia), cui le parti non possono accedere.

⁴⁵ Normalmente il collegio giudicante presso il Tribunale si compone di tre oppure cinque giudici, tra i quali uno assume la funzione di giudice relatore. Tuttavia l'art. 11 del regolamento di procedura prevede la possibilità che una causa venga giudicata in formazione plenaria (ossia tredici giudici) oppure dalla *grande chambre*.

⁴⁶ Si tratta delle c.d. misure di organizzazione del procedimento, disciplinate dall'art.64 del regolamento di procedura del Tribunale, utilizzate dal giudice proprio al fine garantire "nelle migliori condizioni, la messa a punto delle cause, lo svolgimento dei procedimenti e la composizione delle liti."

dell'analisi svolta da un avvocato generale nelle sue conclusioni, come invece accade per la Corte di giustizia in un numero non indifferente di casi⁴⁷.

Si intuisce, pertanto, come, per le parti agenti in giudizio, sia di preliminare importanza redigere e argomentare in maniera puntuale le circostanze dedotte a fondamento di ogni singolo motivo di impugnazione, non essendo previsto, per le stesse, alcun poter di controllo sul contenuto della relazione preliminare.

Si prospetta quindi un problema di tutela oppure l'equilibrio del processo comunitario è altro rispetto a quello nazionale?

In considerazione di quanto sino ad ora rilevato, quanto descritto nel successivo paragrafo, in relazione al contenuto del ricorso e del controricorso, rileva non solo rispetto al giudizio di ricevibilità esperibile dal Tribunale, di cui si darà conto nel presente Capitolo, ma anche con riferimento al sindacato di merito offerto dall'organo di prima istanza oggetto, invece, del successivo capitolo.

2.2 L'introduzione dell'azione davanti al Tribunale di primo grado: il ricorso e il controricorso nei ricorsi diretti.

Dal punto di vista tecnico-formale, secondo quanto disposto dall'art. 21 dello Statuto della Corte di giustizia, il Tribunale di primo grado deve essere adito mediante istanza depositata presso la cancelleria. La norma indica, quali requisiti essenziali per la ricevibilità dell'atto introduttivo, oltre alle generalità dell'istante, l'oggetto della controversia, le conclusioni nonché l'esposizione sommaria dei motivi invocati.⁴⁸ In particolare poi in caso di ricorso in annullamento, deve essere allegata una copia dell'atto impugnato (art. 21.2 Statuto della Corte di giustizia). In mancanza, il cancellerie potrà esortare le parti a regolarizzare il ricorso entro un termine ragionevole, senza tuttavia poter eccepire la decadenza nel caso in cui l'integrazione documentale avvenga successivamente alla scadenza dei termini per ricorrere⁴⁹. Il regolamento di procedura del Tribunale (come del resto l'art. 38 para. 1 e del regolamento di procedura

⁴⁷ A seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Nizza infatti il ruolo dell'avvocato generale è stato fortemente ridimensionato. In particolare ai sensi del secondo capoverso dell'art. 222 TCE «L'avvocato generale ha l'ufficio di presentare pubblicamente con assoluta imparzialità e in piena indipendenza conclusioni motivate sulle cause che, conformemente allo statuto della Corte di giustizia, richiedono il suo intervento. » L'art. 20 dello Statuto della Corte ultimo paragrafo specifica inoltre che la Corte «Ove ritenga che la causa non sollevi nuove questioni di diritto, la Corte può decidere, sentito l'avvocato generale, che la causa sia giudicata senza conclusioni dell'avvocato generale».

⁴⁸ L'articolo 21 dello Statuto della Corte di giustizia, al primo paragrafo infatti dispone «La Corte è adita mediante istanza trasmessa al cancelliere. L'istanza deve contenere l'indicazione della parte o delle parti avverso le quali è proposta, l'oggetto della controversia, le conclusioni ed un'esposizione sommaria dei motivi invocati».

⁴⁹ Il secondo paragrafo dell'art. 21 recita come segue: «All'istanza deve essere allegato dove occorra, l'atto di cui è richiesto l'annullamento ovvero, nell'ipotesi contemplata dall'articolo 232 del Trattato CE e 140 del Trattato CEEA, un documento che certifichi la data della richiesta prevista da tali articoli. Se questi documenti non sono stati allegati all'istanza, il cancellerie invita l'interessato a produrli entro un termine ragionevole, senza che si possa eccepire decadenza qualora la regolarizzazione intervenga dopo la scadenza del termine per ricorrere».

della Corte⁵⁰) all'articolo 44 ribadisce la necessità formale dei requisiti già richiesti dallo Statuto specificando però, rispetto alla norma statutaria, la necessità di allegare offerte di prova.

Il primo paragrafo di tale disposizione prescrive, infatti, che il ricorso di cui all'art. 21 dello Statuto della Corte di giustizia debba contenere: a) il nome e il domicilio del ricorrente; b) la designazione della parte contro cui il ricorso è proposto; c) l'oggetto della controversia e l'esposizione sommaria dei motivi dedotti; d) le conclusioni del ricorrente; e) se del caso, le offerte di prova.⁵¹

Va rilevato, pertanto, come spetti alla parte agente circoscrivere nell'atto introduttivo l'oggetto del contendere, vigendo anche nell'ordinamento comunitario un divieto per il giudice di statuire *ultra petita*. Il giudizio del giudice comunitario pertanto rispetto ad un ricorso contro ad una decisione della Commissione potrà conoscere solo dei motivi concernenti i ricorrenti, mentre motivi non impugnati riferiti a diversi soggetti non faranno parte dell'oggetto del ricorso.⁵²

L'indicazione dell'oggetto della controversia, nonché l'esposizione dei motivi e delle conclusioni (art. 44 lett. (c) e (d) del regolamento di procedura del Tribunale) devono consentire da un lato al Tribunale di inquadrare la domanda nell'ambito di una delle fattispecie astratte di azioni previste dal Trattato, dall'altro alla parte convenuta, la Commissione nel nostro caso, di predisporre adeguatamente la propria difesa.⁵³ La giurisprudenza precisa la necessità che gli elementi in fatto e in diritto, fondanti la domanda, emergano dal testo dell'atto introduttivo in modo chiaro e comprensibile, anche se ne viene consentita un'esposizione sommaria.⁵⁴ Non rileva, ad esempio, al fine della ricevi-

⁵⁰ L'art. 38 para. n. 1 del regolamento di procedura della Corte dispone infatti che «il ricorso di cui all'art. 21 dello Statuto deve contenere : a) il nome e il domicilio del ricorrente; b) la designazione della parte contro cui il ricorso è proposto; c) l'oggetto della controversia e l'esposizione sommaria dei motivi dedotti; d) le conclusioni del ricorrente; e) se del caso le offerte di prova».

⁵¹ L'espressione "se del caso" utilizzata all'articolo 44 lett. d) del regolamento di procedura del Tribunale in riferimento alle offerte di prova viene deve interpretarsi nel senso che tali offerte devono essere prodotte laddove ve ne sia la necessità e, in particolare, come si vedrà in considerazione dell'onere probatorio gravante sulla ricorrente con riguardo alla dimostrazione dell'esistenza e dell'entità del danno nel ricorso diretto ad ottenere il risarcimento del danno. In questo senso Corte giust., 16 luglio 2009, causa C- 481/07P, *Selex sistemi integrati SpA c. Commissione*, non pubblicata in *Racc.*, punto 39. Pertanto laddove il ricorrente non adempia al suo onere probatorio ma richieda al Tribunale l'istituzione di misure istruttorie, l'eventuale diniego da parte dell'organo di prima istanza non potrà essere oggetto di censura in sede di impugnazione davanti alla Corte. Secondo quest'ultima infatti, «il Tribunale nell'esercizio del proprio potere sovrano è il solo giudice dell'eventuale necessità di integrare gli elementi di informazione di cui dispone nelle cause di cui è investito ordinando siffatte misure, le quali non possono essere dirette a supplire le carenze del ricorrente nella produzione delle prove». (cfr. Corte giust., 28 giugno 2005, cause riunite C- 189/ 02 P, C-202/02P, da C-205/02/P a C-208/02P e C-213/02P, *Dansk Rorindustri e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-5425, punto 67).

⁵² Corte giust., 15 febbraio 2001, causa C- 239/99, *Nachi Europe*, in *Racc.*, pag. I-1197, punti 24-25. La dottrina rileva poi come sia una questione dibattuta la relazione tra il principio di non sindacare *ultra petita* e la capacità del giudice motivi *ex officio* anche su questioni di fatto. Cfr. in tal senso F. CASTILLO DE LA TORRE, *Le relevé d'office par la juridiction communautaire*, in *Melange en Hommage à Georges Vanderaanden*, 2008, pag. 407.

⁵³ Trib. primo grado, 27 settembre 2006, causa T-322/01, *Roquette Frères c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II- 3137, punto 208.

⁵⁴ Cfr. Ordinanza Trib. di primo grado, 11 luglio 2005, causa T-294/04, *Internationaler Hilfsfond c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-2719, punto 23; Trib. primo grado, 11 luglio 2007,

bilità del ricorso, la mancata menzione delle norme che si presumono violate o in forza delle quali, invece, il ricorrente fonda le sue pretese, essendo sufficiente palesare i principi giuridici posti a fondamento della richiesta.⁵⁵

Il Tribunale comunque verifica la rispondenza del ricorso alla *ratio* dell'azione promossa partendo dalle conclusioni, che nella redazione delle sentenze seguono sempre all'illustrazione del quadro giuridico, dell'esposizione dei fatti e alla descrizione dello svolgimento del procedimento, ma precedono l'analisi dei singoli motivi di impugnazione.

E, infatti, in relazione a ciascuna conclusione che vengono poi analizzati i singoli motivi del ricorso. In linea di principio, quindi, l'indicazione delle conclusioni dovrebbe risultare chiara ed inequivoca dal testo dell'atto introduttivo, non potendo il Tribunale andare al di là del *petitum* delineato dal ricorrente.⁵⁶ Pertanto, rispetto ad un ricorso di annullamento dovrà concludersi per la richiesta di annullamento e l'indicazione dell'atto impugnato mentre, rispetto al ricorso di risarcimento del danno, dovrà esplicitarsi la richiesta di addebito della responsabilità extracontrattuale alla Comunità e la condanna della Commissione, ai nostri fini, del pagamento del risarcimento del danno invocato (v. *infra*, rispettivamente para. n. 3.1 e para. n. 4.1).

Tuttavia, i giudici comunitari ammettono anche conclusioni implicite, purché desumibili dal complesso delle argomentazioni in fatto e in diritto sostenute dalla parte che, pertanto, rivestono un'importanza decisiva sia per la ricevibilità del ricorso sotto il profilo meramente formale (v. *infra*, para. n. 2.2 ss) che rispetto all'obiettivo dell'istante di ottenere l'accoglimento del ricorso nel merito (v. *infra*, Cap. III).

Tale duttilità caratterizzante il potere di controllo proprio del giudice comunitario, poco incline a trincerare il suo sindacato dietro un formalismo potenzialmente paralizzante il contenzioso, non consente tuttavia alle parti per quanto riguarda lo sviluppo delle proprie argomentazioni in fatto e in diritto, di effettuare un mero rinvio ad altri scritti per adempiere all'obbligo normativo in oggetto, di palesare gli elementi essenziali in fatto sui quali si fondano i motivi di diritto dedotti nel ricorso.⁵⁷ Se la richiesta introduttiva può considerarsi chiara e completa su determinati punti specifici tramite un rinvio a determinati estratti allegati al ricorso in ogni caso, non rientra nella competenza del Tribunale ricercare ed identificare, negli allegati suddetti, i motivi che possano ritenersi a fondamento del ricorso, in quanto gli allegati hanno una funzione puramente probatoria e strumentale.⁵⁸ Sulla base dello stesso principio quindi il

causa T-351/03, *Schneider Sa c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II- 2237, punto 93. Cfr. anche M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il Contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, pag. 43 e l'ampia giurisprudenza citata; P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2005, pag. 177.

⁵⁵ Trib. primo grado, 7 maggio 1991, causa T- 18/90, *Jongen c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-187, punto 13; P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2005, pag. 178.

⁵⁶ M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, *supra cit.* pag. 44 dove si sottolinea tra l'altro come nel caso del ricorso di annullamento dalle conclusioni deve emergere la richiesta di annullamento, nonché l'indicazione dell'atto che si chiede di annullare.

⁵⁷ Trib. primo grado, 14 dicembre 2005, causa T-210/01, *General elettric c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-5575, punto 592

⁵⁸ Trib. primo grado, 16 dicembre 2003, cause riunite T-5/00 e T-6/00, *DEP Nederlandse Federative Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied c. Commission*, in *Racc.*, pag II-5761, punti 100-101.

Tribunale non è tenuto a considerare le argomentazioni sviluppate da un'impresa nel corso del procedimento amministrativo, se non riportate nell'atto introduttivo.⁵⁹

Si è anticipato, poi, come la seconda funzione del ricorso sia di consentire al convenuto, e quindi alla Commissione in materia *antitrust*, di sviluppare la propria linea difensiva.

Tale funzione del ricorso, nel contesto di un contenzioso in materia di concorrenza, si impone al soggetto ricorrente che agisce in sede di annullamento, anche in virtù del divieto, per lo stesso, di introdurre elementi di fatto ed elementi probatori che non siano già stati oggetto di analisi, da parte della Commissione, durante lo svolgimento del procedimento amministrativo.⁶⁰

Ad esempio, la portata dell'oggetto di un ricorso, vertente sulla compatibilità con le regole di concorrenza di taluni accordi tra imprese, non viene modificata per effetto di una dichiarazione di rinuncia all'applicazione dei suddetti accordi formulata nel corso del procedimento amministrativo da una delle parti, qualora tale rinuncia non sia stata notificata alla Commissione e non sia stata prodotta una prova effettiva circa la sua applicazione concreta⁶¹.

Nel caso in cui, invece, l'esposizione dei motivi formulata dal ricorrente nel suo ricorso, non risulti chiara e precisa come richiesto dall'art. 44. 1 lett. c) e d) del regolamento del Tribunale e la Commissione abbia comunque tentato di dipanare le argomentazioni del ricorrente, identificando i singoli ragionamenti invocati a sostegno di un primo motivo di impugnazione suscettibili, però, di essere ripresi a fondamento di un secondo motivo dedotto nel ricorso, il Tribunale è portato a considerare il ricorso non rispettoso delle forme essenziali di cui all'art.44. Infatti, nonostante lo sforzo della Commissione, un'esposizione di tal genere non permetterebbe all'organo di prima istanza di determinare con certezza la portata del secondo motivo in quanto, in ogni caso, non compete al Tribunale individuare nell'insieme dei dati posti dal ricorrente a sostegno di un motivo di impugnazione, quali asserzioni possano porsi anche a fondamento di un altro diverso motivo dedotto nell'atto introduttivo.⁶²

⁵⁹ Trib. primo grado, 30 settembre 2003, causa T-158/00, *ARD c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-3825. In senso parzialmente opposto cfr Trib. primo grado, 11 luglio 2007, causa T-351/03, *Shneider electric SA c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 2237, punto 95-96. In tale pronuncia infatti il Tribunale pur constatando la sussistenza nel ricorso della ricorrente Schneider di una serie di rinvii alle argomentazioni svolte sostegno dei motivi di annullamento dei ricorsi precedentemente introdotti (cause T-310/01, T-77/02, T-48/03) qualifica tali rimandi come "un semplice ampliamento dell'esposizione operata nel ricorso degli illeciti che vizierebbero il comportamento addebitato alla Commissione," anche in ragione della mancata contestazione, dal parte della Commissione, della ricevibilità del ricorso sotto il profilo della forma dell'esposizione. Sul punto cfr.(v. *infra* para. 2.3.2).

⁶⁰ Corte giust., 7 febbraio 1979, cause riunite 15/76 e 16/76, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, pag.321, punto 7; Trib. primo grado, 22 ottobre 1996, cause riunite T-79/95 e T-80/95 *SNCF e British Railways c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-1491, punto 48; Corte giust., 14 settembre 1994, cause riunite da C-278/a C-280/92, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-4103, punto 31; Corte giust, 13 giugno 2002, causa C-382/99, *Paesi Bassi c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-5163, punti 49 e 76

⁶¹ Trib. primo grado, 9 luglio 1992, causa T-66/89, *Publishers Association c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-1995 punto 53

⁶² Trib. primo grado 27 settembre 2006, causa T- 322/01, *Roquette Frères c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-3137, punti 208-209.

Un esempio di tale principio si ritrova nel caso *Roquette Frères*⁶³, concernente una violazione dell'articolo 81.1 TCE, contestata all'impresa dalla Commissione, mediante l'adozione di una decisione sanzionatoria.

La ricorrente deduceva nel suo ricorso, quale motivo di impugnazione della decisione, come la quantificazione finale dell'ammenda fosse viziata, non avendo la Commissione rispettato le modalità di calcolo della sanzione definite nella relativa comunicazione.⁶⁴ La *Roquette Frères*, in particolare, da un lato considerava erronea la valutazione effettuata dalla Commissione con riferimento al giudizio circa la gravità dell'infrazione e della sua durata; dall'altro, contestava all'esecutivo di non aver contemplato l'esistenza di circostanze attenuanti in suo favore, oltre a non aver adeguatamente considerato la cooperazione garantita dalla stessa nel corso del procedimento amministrativo.⁶⁵ Nello specifico la ricorrente riteneva che la Commissione, nel calcolare l'importo dell'ammenda sotto il profilo delle circostanze attenuanti, avrebbe dovuto valutare in positivo il suo ruolo esclusivamente passivo in occasione dell'infrazione, nonché la mancata attuazione, da parte sua, delle pratiche considerate restrittive la concorrenza.

Nel proporre tale ultima argomentazione, a giudizio del Tribunale, la ricorrente si era riferita, però, alle dimostrazioni impiegate nello sviluppo del primo motivo di impugnazione, relativo alla gravità dell'infrazione contestagli dalla Commissione. A riguardo, in particolare, il Tribunale criticava il rinvio generico operato dalla ricorrente, agli elementi fattuali precedentemente esposti nell'ambito dei motivi del ricorso relativi alla gravità dell'infrazione tra l'altro, sottolineando, come tali elementi, «nei limiti in cui non fossero stati contemplati per determinare l'importo di base, avrebbero trovato la loro collocazione naturale in sede di valutazione delle circostanze attenuanti»⁶⁶.

Il Tribunale, pertanto, anche se attraverso una interpretazione di non immediata comprensione, sembrerebbe giudicare negativamente l'organizzazione sistematica del ricorso e, nello specifico, la modalità di utilizzo dei dati fattuali in possesso della ricorrente rispetto ai motivi di impugnazione dalla stessa dedotti.

Per l'organo giudicante, infatti, un'esposizione di tal genere, fondata sul riferimento generico ai dati fattuali posti a fondamento del primo motivo di impugnazione (concernente la gravità di un'infrazione di concorrenza) al fine di invocarli per dimostrare anche la sussistenza delle circostanze attenuanti, non consentiva di determinare lo scopo perseguito del secondo motivo di impugnazione (diretto a constatare la sussistenza delle suddette circostanze), non spettando al Tribunale, nella specie, stabilire quali fattori utilizzati a sostegno del primo motivo di impugnazione potessero essere impiegati a sostegno dell'asserita sussistenza di talune circostanze attenuanti l'infrazione.⁶⁷

⁶³ Trib primo grado, 27 settembre 2006, causa T-322/01 *supra cit.*

⁶⁴ Cfr. Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 15 para. 2 del Regolamento n. 17/62 e dell'art. 65, para. 5 del Trattato CECA, pubblicate in GUCE C 9, del 14 febbraio 1998, pag. 2, oggi sostituiti tramite l'adozione di una Comunicazione relativa agli Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, para. 2 lett. a) del Regolamento CE n. 1/2003, in GUUE C 210, del primo settembre 2006, pag. 2-5.

⁶⁵ Trib. primo grado, 27 settembre 2006, causa T-322/01, *Roquette Frères c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-3137, punto 203.

⁶⁶ punto 207 sentenza *ult. cit.*

⁶⁷ punti 208-209 sentenza *ult. cit.* Attraverso tali con stazioni il Tribunale considerava pertanto il terzo motivo relativo alla sussistenza delle circostanze attenuanti come irricevibile.

Se quindi, come si è anticipato, indubbiamente la posizione del giudice comunitario tende a considerare come irrilevanti mere disquisizioni di carattere terminologico, l'interpretazione inerente al rispetto dei requisiti di cui agli articoli 21 dello Statuto della Corte di giustizia e articolo 44 del regolamento di procedura del Tribunale, palesa la necessità a che il ricorrente supporti ogni singolo motivo di impugnazione (nel caso di richiesta di annullamento) o del ricorso (nel caso di azione di risarcimento del danno) con determinati elementi fattuali che suffraghino in modo puntuale le argomentazioni giuridiche poste a fondamento delle conclusioni del ricorso, sempre al fine di consentire al giudice di esperire il suo controllo, di costruire il suo ragionamento in senso deduttivo e di pronunciarsi sul ricorso, eventualmente senza la necessità di ricorrere ad altre informazioni di supporto.⁶⁸ Ci si potrebbe pertanto interrogare sul significato della formulazione letterale impiegata nell'art. 44.1 lett. (c) secondo cui, a differenza dell'art. 46.1 lett.(b) relativo al contenuto del controricorso che espressamente menziona l'obbligo per il convenuto di formulare argomenti di fatto e di diritto, in linea di principio il ricorrente potrebbe limitarsi ad un'esposizione sommaria dei motivi dedotti.

Nel controricorso, pertanto, per la cui ricevibilità formale è richiesta la sussistenza dei medesimi requisiti prescritti per il ricorso (art. 40 .1 regolamento di procedura della Corte; art. 46.1 regolamento di procedura del Tribunale⁶⁹), la Commissione dovrà illustrare tutti gli elementi di fatto e di diritto necessari a confutare nel merito la posizione dell'impresa ricorrente. L'accoglimento del controricorso infatti, dipende dalla contestazione dei fatti che la Commissione riesce a comprovare, in quanto i giudici comunitari considerano come approvati tutti i fatti dedotti dal ricorrente se non contestati dal convenuto.⁷⁰ In particolare, la Commissione nel controricorso ha piena facoltà di contestare l'atto introduttivo sia da un punto di vista meramente processuale, eccependo la ricevibilità del ricorso indipendentemente dal merito (art. 114, v. *infra*, para. n.2.3.3), sia eccependo la ricevibilità nel merito e, in questo ultimo caso, tali eccezioni possono sollevarsi anche nel corso della fase orale.⁷¹

Nella prima ipotesi tuttavia, la Commissione non potrà utilmente avvalersi di un'eccezione diretta a contestare la mera forma del ricorso qualora, come rilevato, dal contenuto dello stesso il giudice sia nella posizione di desumere con chiarezza le conclusioni della parte ricorrente.

Per quanto concerne il giudizio di ricevibilità esperito dal Tribunale nel contesto del ricorso in annullamento si rinvia al paragrafo n. 3.3 del presente Capitolo.

⁶⁸ Trib. primo grado, 11 luglio 2007, causa T- 351/03, *Schneider Electric SA c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 2237, punto 93.

⁶⁹ Ai sensi dell'articolo 40 del regolamento di procedura della Corte di giustizia. Nel termine di un mese dalla notifica del ricorso, il convenuto deve presentare un controricorso contenente a) il nome e il domicilio del convenuto; b) gli argomenti di fatto e di diritto invocati; c) le conclusioni del convenuto; d) le offerte di prova. 2 Il termine previsto dal paragrafo precedente può essere prorogato dal Presidente su richiesta motivata del convenuto." Analogamente l'articolo 46 del regolamento di procedura del Tribunale prescrive come "Nel termine di un mese dalla notifica del ricorso il convenuto deve presentare un controricorso contenente: a) il nome e il domicilio del convenuto; b) gli argomenti di fatto e di diritto invocati; c) le conclusioni del convenuto; d) le offerte di prova. 3 Il termine previsto dal precedente paragrafo 1 può essere prorogato dal presidente su richiesta motivata del convenuto."

⁷⁰ P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2005, pag.182

⁷¹ P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2005, pag.182. A riguardo cfr anche Cap. III.

Ad ogni modo, si è anche anticipato come sia in ipotesi di un ricorso diretto all'annullamento di una decisione della Commissione, che nel caso di un'azione di risarcimento, il ricorrente che normalmente consta in una persona fisica e giuridica, debba soddisfare determinate condizioni preliminari cui viene subordinata l'ammissibilità stessa dell'azione.

La Commissione, pertanto, potrà avvantaggiarsi della sua posizione di convenuta, ben potendo tentare di arrestare il corso del procedimento contenzioso contestando *in primis* il rispetto di ogni singola condizione dell'azione (si pensi alla legittimazione ad agire per i ricorrenti non privilegiati ai sensi dell'art. 230.4 TCE, v. *infra*, para. n. 3.1), nonché il rispetto dei requisiti del ricorso.

Al deposito del controricorso, in ogni caso può seguire un'ulteriore scambio di memorie (v. *supra*, para. n.2.1), salva l'ipotesi in cui il Tribunale non lo reputi necessario, sulla base degli elementi acquisiti.

2.3 Il giudizio di ricevibilità del ricorso.

Dal contraddittorio instauratosi tra il/la ricorrente e la Commissione il Tribunale deve essere posto nelle condizioni, secondo l'art. 220 CE, di assicurare il rispetto del diritto della concorrenza nella sua applicazione e interpretazione, onde verificare se le pretese di annullare la decisione di accertamento di un'infrazione oppure sanzionatoria, nonché la richiesta di risarcimento del danno, possano considerarsi fondate. Nell'effettuare la sua attività di controllo il Tribunale è pertanto condizionato da un lato dal *petitum* definito dal ricorrente dagli elementi in fatto e in diritto emergenti dal contraddittorio, dall'altro dalla *ratio* sottostante all'azione di annullamento e/o all'azione di responsabilità extracontrattuale, rispetto alle quali deve si impone una verifica dei presupposti processuali prima di poter procedere all'esame del merito della controversia.

L'irricevibilità/inammissibilità⁷² processuale della domanda, nonché la fondatezza o meno del ricorso possono, infatti, anche essere rilevate, con una certa discrezionalità, *ex officio* dal Tribunale, oltre che attraverso un'eccezione ad istanza del convenuto. In tal caso può accadere che il procedimento sia definito con un'ordinanza di rigetto, senza che sia necessario procedere all'esame circa la legittimità dell'atto impugnato.

Il regolamento di procedura del Tribunale, prevede tre ipotesi distinte nelle quali per un incidente di procedura, il procedimento potrebbe concludersi con ordinanza motivata.

⁷² La dottrina rileva come nel processo comunitario il termine ricevibilità venga utilizzato con riferimento a vicende processuali rispetto alle quali sarebbe più appropriato utilizzare la categoria dell'inammissibilità. In questo senso C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, Padova, 2004, pag. 34, dove l'autrice sottolinea come il termine ricevibilità, nel contenzioso dell'Unione europea venga riferito comunemente a qualsiasi questione preliminare di natura processuale. Alla nota 27 poi, della medesima pag. viene ricordato che di regola l'ammissibilità concerne le condizioni dell'azione che toccano il merito della causa (quali ad esempio la legittimazione ad agire, l'interesse ad agire), mentre la ricevibilità attiene alla regolare instaurazione del procedimento, potendosi riferire quindi agli elementi dell'atto introduttivo, alla corretta instaurazione del contraddittorio etc.).

In primo luogo, quando il Tribunale si considera manifestamente incompetente a conoscere di un ricorso, oppure quando il ricorso è manifestamente irricevibile e/o infondato in diritto, il Tribunale, sentito l'avvocato generale, può, senza proseguire il procedimento statuire con ordinanza motivata. (articolo 111 del regolamento di procedura del Tribunale e art. 113 del medesimo regolamento)⁷³. Tale facoltà presuppone che il giudice ritenga di essere sufficientemente edotto degli atti di causa e consideri perciò opportuno statuire sulla controversia senza aprire la fase orale⁷⁴.

L'irricevibilità di un ricorso può, poi, essere accertata dal Tribunale in qualsiasi momento ed *ex officio*, qualora ravvisi la violazione di norme di ordine pubblico (art. 113 regolamento proc. Trib. primo grado)⁷⁵, oppure attraverso un'eccezione di parte, quando questa chieda al Tribunale di statuire sulla sua competenza, nonché su un diverso incidente di procedura, senza impegnare la discussione nel merito (art. 114.1 regolamento procedura Trib. primo grado⁷⁶). In entrambi i casi il procedimento prosegue oralmente e al suo termine, il Tribunale sentito l'avvocato generale può statuire sulla ricevibilità oppure rinviare la causa al merito (art. 114. 3 e 4 regolamento di procedura del Trib. primo gra-

⁷³ Analogo potere è attribuito naturalmente anche alla Corte di giustizia all'articolo 92.1 del suo regolamento di procedura, secondo cui: «Quando la Corte è manifestamente incompetente a conoscere di un atto introduttivo o quando l'atto introduttivo è manifestamente irricevibile, la Corte, sentito l'avvocato generale, può, senza proseguire il procedimento, statuire con ordinanza motivata».

⁷⁴ Sotto questo profilo bisogna ricordare come a differenza del giudizio innanzi alla Corte di giustizia, nel corso dei processi innanzi all'organo di prima istanza la fase orale è in linea di principio obbligatoria. Il carattere obbligatorio, invero, è desumibile da quelle disposizioni che in taluni casi espressamente prescrivono come eccezione all'implicita regola generale, la facoltà per il Tribunale di primo grado di omettere la fase orale. Cfr. ad esempio l'art. 135 bis del regolamento di procedura del Tribunale secondo cui «Dopo la presentazione delle memorie ai sensi dell'art.135 bis paragrafo 1, ed eventualmente dell'art.135 paragrafi 2 e 3, il Tribunale può decidere su relazione del giudice relatore sentiti l'avvocato generale e le parti, di statuire sul ricorso senza trattazione orale, a meno che una delle parti presenti una domanda indicando i motivi per i quali chiede di essere sentita. Tale domanda deve essere presentata nel termine di un mese a decorrere dalla notifica della parte medesima della chiusura della fase scritta del procedimento. Tale termine può essere prorogato dal Presidente». L'art. 146 del regolamento di procedura inoltre prevede la medesima eccezione nei casi di impugnazione davanti al Tribunale di primo grado, delle sentenze emesse dal Tribunale della funzione pubblica.

⁷⁵ Ai sensi dell'art. 113 del suo regolamento di procedura «*Il Tribunale può in qualsiasi momento, d'ufficio, rilevare l'irricevibilità per motivi di ordine pubblico o dichiarare, sentite le parti che il ricorso è divenuto privo di oggetto rilevare Analogamente la Corte può in qualsiasi momento, rilevare d'ufficio l'irricevibilità per motivi d'ordine pubblico o dichiarare, sentite le parti, che il ricorso è divenuto privo di oggetto e che non vi è più luogo a statuire; la decisione è adottata nelle forme previste dall'articolo 114, paragrafi 3.4.*

⁷⁶ L'art. 114 del regolamento di procedura del Tribunale invece dispone quanto segue: «*Se una parte chiede al Tribunale di statuire sull'irricevibilità di un ricorso, sull'incompetenza o su incidente senza impegnare la discussione nel merito, essa deve proporre la sua domanda con atto separato. La domanda deve esporre le ragioni di fatto e di diritto su cui è basata, enunciare le conclusioni ed essere corredata dai documenti richiamati a sostegno. 2 Depositato l'atto introduttivo della domanda, il Presidente fissa all'altra parte per presentare per iscritto i suoi mezzi difensivi e le sue conclusioni. 3 Salva contraria decisione del Tribunale, il procedimento sulla domanda incidentale prosegue oralmente. 4 Il Tribunale, sentito l'avvocato generale, provvede sulla domanda incidentale o rinvia al merito. Rinvia la causa alla Corte se questa rientra nella competenza di quest'ultima. Se il Tribunale respinge la domanda incidentale o rinvia al merito, il presidente fissa un nuovo termine per la prosecuzione della causa.*». Sull'eccezione di irricevibilità esperibile ad istanza di parte di rinvia K. LENAERTS, D. ARTS, I MASELIS, *Procedural Law of the European Union*, Londra, 2006, pag. 542; P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2005, pag. 191 ss.

do). Le circostanze indicate all'articolo 111 del regolamento di procedura del Tribunale, diversamente dall'eccezione di ricevibilità promossa da una parte (art. 114 del regolamento di procedura del Tribunale) oppure dai rilievi *ex officio* esperibili dal Tribunale per motivi di ordine pubblico (art. 113 del regolamento di procedura del Tribunale), si riferiscono in realtà ad ipotesi di irricevibilità macroscopica riconducibili alla presenza di vizi riscontrati nel ricorso, per cui il Tribunale dispone degli elementi necessari per concludere il procedimento con ordinanza motivata, anche senza il supporto degli elementi deducibili nel controricorso⁷⁷. Diversamente invece, l'irricevibilità del ricorso decretabile *ex officio* dal Tribunale ai sensi dell'art.113 del suo regolamento di procedura, è più probabile conseguenza al riscontro di una violazione relativa alle condizioni delle azioni.

2.3.1 L'irricevibilità e/o infondatezza manifesta nel contenzioso antitrust.

Il Tribunale, ai sensi dell'art.111 del suo regolamento di procedura, prima di procedere ad un'analisi nel merito della controversia, è chiamato a verificare, come accennato, la propria competenza a statuire sull'azione introdotta.

Il potere di cui all'art. 111 del regolamento del Tribunale inerisce al difetto di giurisdizione, ossia all'ipotesi in cui il Tribunale sia investito di una controversia non rientrante nella competenza ad esso attribuita dal Trattato, perché rientrante nella competenza di una diversa giurisdizione nazionale oppure internazionale. Tale vizio, nel settore della concorrenza, rileva in realtà in maniera preponderante nel contesto del rinvio pregiudiziale, in quanto, a ben a vedere, è assai improbabile che nell'ambito di un ricorso di annullamento o di un ricorso per responsabilità extracontrattuale l'impresa o il diverso soggetto ricorrente, agente avverso una decisione di accertamento di un'infrazione d'una regola di concorrenza, sottoponga al Tribunale di primo grado una questione giuridica propria, ad esempio, di una giurisdizione nazionale. Diversamente, invece, nel contesto del rinvio pregiudiziale (art. 234 TCE), è noto come non di rado il giudice del rinvio incorra nell'errore investire la Corte di giustizia (v. *supra*, para. n. 1.1) di una questione interpretativa concernente la legislazione nazionale raffrontata al precetto comunitario che lo ha indotto al rinvio, rispetto alla quale, però, in linea di principio la Corte non potrebbe pronunciarsi. In queste ipotesi, tuttavia, la Corte appare restia ad utilizzare tale strumento di rigetto (ai sensi dell'art. del suo regolamento di procedura), preferendo piuttosto riformulare il quesito sottopostole in modo da poter fornire la corretta interpretazione della norma comunitaria (v. *infra*, Cap. III, para. n. 3).

Ad ogni modo un ricorso in annullamento potrebbe, invece, essere respinto per manifesta incompetenza del Tribunale, in materia di concorrenza, ogni qual

⁷⁷ In questo senso P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2005, pag. 196, secondo il quale in caso di manifesta incompetenza nonché di manifesta irricevibilità dell'atto il Tribunale ai sensi dell'articolo 111 del suo regolamento e la Corte in virtù del disposto di cui all'articolo 92.1 del suo regolamento di procedura, dichiarano il ricorso irricevibile anche prima della notifica dell'istanza alla controparte. Cfr. anche Ordinanza della Corte di giust., 23 maggio 1990, causa C- 72/90, *Asia Motor France e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-2181, punto 9 dove la Corte precisa come si possa statuire sull'incompetenza anche prima della notifica dell'istanza alla parte convenuta.

volta dalle conclusioni emergano pretese esorbitanti il controllo di legalità dell'atto adottato dalla Commissione. Si pensi all'ipotesi in cui il ricorrente impresa richieda al Tribunale di accertare che le intese denunciate alla Commissione costituiscano una violazione dell'articolo 81⁷⁸. Il giudice comunitario non è competente a pronunciarsi su istanza di una parte circa la compatibilità con il Trattato di un comportamento tenuto da una persona fisica e giuridica e, pertanto, conclusioni di tal portata vengono considerate irricevibili.⁷⁹ Analogamente nel caso di un ricorso per responsabilità extracontrattuale, il giudice comunitario si riterrà manifestamente incompetente qualora la responsabilità invocata dal ricorrente si riferisca alla natura illecita di un comportamento statale e non imputabile alla Commissione. In un'ipotesi del genere, infatti, l'accertamento della responsabilità rientrerà nella competenza del giudice nazionale⁸⁰.

Rispetto invece alle ipotesi di irricevibilità o infondatezza manifesta di un singolo motivo oppure del ricorso nel suo complesso, suscita particolare interesse, rispetto al contenzioso in materia di concorrenza, il principio dell'autorità di cosa giudicata.

Tale principio viene riconosciuto nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, al fine di garantire la stabilità del diritto comunitario nonché la stabilità dei rapporti giuridici, nel pieno rispetto dei principi di buona amministrazione della giustizia e di certezza del diritto⁸¹. Ne deriva l'impossibilità di rimettere in discussione le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili e, in ogni caso, scaduti i termini prescritti per l'esperimento dei ricorsi stessi⁸².

Sotto il profilo dell'irricevibilità pertanto, per giurisprudenza consolidata, l'autorità di cosa giudicata rispetto ad una pronuncia emessa dalla Corte di giustizia, può ostacolare la ricevibilità di un ricorso ad essa successivo, solo laddove le due impugnazioni (quest'ultima e quella) riguardino le medesime parti, tendano agli stessi fini e si basino sugli stessi mezzi⁸³. Dovresti forse cercare di chiarire un po' meglio qui sopra.

L'applicazione di tale principio nel contenzioso *antitrust* può apparire problematica, laddove si consideri la facoltà attribuita alla Commissione di adottare una nuova decisione in esecuzione di una antecedente, seppur parzialmente annullata dal Tribunale e /o dalla Corte di giustizia. Per comprendere la portata

⁷⁸Trib. primo grado, 18 settembre 1996, causa T-387/94, *Asia Motor France, Jean – Michel Cesbron, Monin Automobiles SA, Europe Auto Service SA e Sa Somaco SARL c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-00961, punti 28-30

⁷⁹ Sentenza *ult. cit.* punto 32

⁸⁰ Ordinanza Corte di giustizia, 23 maggio 1990, causa C-72 /90, *Asia Motor France e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-2181, punto 14

⁸¹ Per un recente contributo circa la rilevanza del principio di cosa giudicata nell'ordinamento comunitario cfr. B. GENCARELLI, *Alcune riflessioni conclusive sui rapporti tra diritto comunitario e atti nazionali definitivi*, in F. SPITALERI (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della Cedu sugli atti nazionali definitivi*, Milano, 2009, pag. 113 ss.

⁸² Corte giust., 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Kobler*, in *Racc.*, I-10239, punto 38; Corte giust., 16 marzo 2006, causa C- 234/04, *Kapferer*, in *Racc.*, I-2585, punto 20

⁸³ Corte giust., 19 settembre 1985, cause riunite 172/83 e 226/83, *Hoogovens Groep c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 2831, punto 9; Corte giust., 22 settembre 1988, cause riunite 358/85 e 51/86, *Francia c. Parlamento* in *Racc.*, pag. 4821, punto 12; Trib. primo grado, 8 marzo 1990, causa T- 28/89, *Maindiaux e a. c. CES*, in *Racc.*, pag. II-59, punto 23; Trib. primo grado, 12 dicembre 1996, cause riunite T-177/94 e T-377/94, *Altmann e a. c. Commisone*, in *Racc.*, pag. II- 2041, punti 50 52.

del suddetto principio, nella sua applicazione, appare utile riferirsi ad un'ipotesi concreta.

Ad esempio nel caso *Compagnie marittime belghe contro Commissione*, la ricorrente era una società holding del gruppo *Compagnie marittime belge* (CMB) esercente un'attività, nel settore dell'armamento, di gestione e di sfruttamento delle operazioni di traffico marittimo. Negli '80 essa era membro della *Cewal*, (*Associated Central West Africa Lines*) associazione raggruppante le compagnie marittime che assicuravano un servizio di linea regolare tra i porti dello Zaire (divenuto la Repubblica del Congo) e dell'Angola e quelli del Mare del Nord. Alcune imprese aderenti a tale associazione venivano sanzionate con decisione (n. 93/82) dalla Commissione, per abuso di posizione dominante collettiva.

La ricorrente e un'altra impresa aderente all'associazione (*Dafra-Lines A/S*) impugnavano la suddetta decisione davanti al Tribunale, che respingeva i due ricorsi confermando la decisione della Commissione rispetto all'accertamento di una violazione dell'art.82 TCE, procedendo, però, ad una riduzione delle ammende inflitte.⁸⁴ Le due imprese soccombenti in primo grado adivano pertanto la Corte di giustizia, la quale con sentenza⁸⁵ (in prosieguo la sentenza *CMB* della Corte) respingeva tutti i motivi d'impugnazione relativi alla constatazione delle infrazioni accertate nella decisione n. 93/82. La Corte, tuttavia, rilevava come il Tribunale fosse in realtà incorso in un errore di diritto infliggendo le ammende ai diversi membri della *Cewal* in funzione del loro grado di partecipazione alle infrazioni, dal momento che solo la *Cewal*, quale unica destinataria diretta della comunicazione degli addebiti (i membri della *Cewal* ne avevano ricevuto solamente una copia per commenti) poteva considerarsi debitrice potenziale dell'ammenda⁸⁶. Pertanto, la Corte, statuendo essa stessa in via definitiva sulla controversia, annullava gli articoli della decisione 93/82, relativi alle ammende inflitte ai singoli membri della *Cewal* e la Commissione, in esecuzione della sentenza *CMB* della Corte, provvedeva al rimborso dell'ammenda versata, alla ricorrente. Il giudizio pertanto si concludeva con una conferma giurisdizionale circa la sussistenza di una violazione dell'art. 82 TCE da parte delle imprese aderenti al *Cewal*, le quali però venivano esonerate dal pagamento delle sanzioni inflitte per le ragioni evidenziate dalla Corte.

Successivamente nel 2003, la Commissione inoltrava alla ricorrente una nuova comunicazione degli addebiti avvertendola della sua intenzione di adottare una nuova decisione diretta ad infliggerle un'ammenda per violazione all'art.82 TCE di cui all'art. 2 della decisione 93/82, argomentando come le valutazioni relative alle infrazioni e alle imprese che vi avevano partecipato non erano state annullate, nel corso del giudizio di annullamento.

La ricorrente decideva allora di esperire nuovamente un ricorso in annullamento fondato su diversi motivi di impugnazione, tra cui uno asserente «l'assenza di una contestazione irrevocabile degli abusi nella sentenza *CMB della Corte*».⁸⁷ La CMB, infatti, consapevole di non potere più sindacare le in-

⁸⁴ Trib. primo grado, 8 ottobre 1996, cause riunite T- 24/93 a T-26/93, T-28/93, *Compagnie marittime belge transports ea. c. Commissione*, *Racc.*, pag. II-1201

⁸⁵ Corte giust., 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96 P C-396/96 P, *Compagnie marittime belge transports e a. c. Commissione*, *Racc.*, pag. I-1365;

⁸⁶ Cfr. punti 142 -147 sentenza *ult. cit.*

⁸⁷ Trib. primo grado, 1 luglio 2008, causa T-276/04, *Compagnie marittime belge SA c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-1277 punto 48

frazioni accertate dalla Commissione nella prima decisione n. 93/82, contestava alla stessa di non aver esaminato, prima di adottare la seconda decisione, l'effettività delle suddette violazioni. A sostegno del suo motivo l'impresa invocava una giurisprudenza comunitaria relativa al principio della cosa giudicata, asserendo che, non sussistendo il medesimo oggetto tra il primo e il secondo ricorso da lei stessa introdotto, sulla base del principio in questione a buon diritto chiedeva un nuovo esame delle infrazioni in quanto diversamente il suo ricorso si sarebbe dovuto considerare irricevibile. In conseguenza, inoltre, a nulla rilevava, secondo la *Compagnie marittime*, la giurisprudenza richiamata dalla Commissione che, però, invocava il medesimo principio di autorità della cosa giudicata al fine di escludere la necessità di effettuare un nuovo esame delle infrazioni accertate nella prima decisione. Il Tribunale tuttavia chiariva come il suddetto principio dovesse interpretarsi nel senso dell'impossibilità per le medesime parti di un precedente giudizio, compresa la Commissione, di mettere in discussione nuovamente quanto statuito in una precedente pronuncia. Il giudizio in punto di fatto e di diritto acquisisce infatti autorità di cosa giudicata una volta che tali aspetti siano stati effettivamente decisi con sentenza e non siano pregiudicati dall'annullamento parziale della decisione. Quanto alle argomentazioni proposte dalla ricorrente invero, secondo il Tribunale, non potevano considerarsi pertinenti perché riferite ad una giurisprudenza consolidata, inerente alla eventuale irricevibilità di un ricorso in virtù del principio di autorità della cosa giudicata, nel caso di un procedimento introdotto da medesime parti, vertente sui medesimi motivi e/o oggetto, non applicabile al caso di specie non essendo stata contestata nel dal giudice né dalla Commissione la ricevibilità del ricorso. In tal modo il Tribunale si esprimeva per la *manifesta infondatezza* del motivo dedotto dalla ricorrente, in quanto l'eventuale accoglimento dello stesso avrebbe di fatto comportato un riapertura dell'esame inerente alle parti della prima decisione adottata dalla Commissione (n. 93/82) divenute definitive.⁸⁸

Se ne può dedurre pertanto che in tali circostanze, ossia ogni qualvolta una decisione della Commissione sia parzialmente annullata, ma confermata rispetto al contenuto degli accertamenti, all'atto pratico difficilmente un'impresa potrà utilmente proporre un ricorso per annullamento se unicamente finalizzato alla contestazione del merito della decisione in quanto, nonostante l'eventuale lasso temporale nel corso del quale le condizioni di mercato potrebbero aver subito mutamenti sostanziali, in ogni caso, in virtù del principio di autorità della cosa giudicata, il giudice comunitario dovrebbe pronunciarsi per la manifesta infondatezza del ricorso. In situazioni del genere, quindi, l'annullamento di una seconda nuova decisione sarà eventualmente possibile solo adducendo motivi asserenti vizi di legittimità dell'atto impugnato, il che tuttavia, non esclude, come si è visto, l'adozione di una nuova decisione da parte della Commissione per le parti di merito non annullate.

In tali circostanze si potrebbe ipotizzare la possibilità per il soggetto interessato di ricorrere, in alternativa al ricorso per annullamento, all'azione di responsabilità extracontrattuale di cui agli articoli 235 e 288.2, adducendo l'illegittimità della decisione della Commissione adottata in assenza di un nuovo esame delle condizioni di mercato. Come si è avuto modo di vedere nel primo Capitolo infatti, ai sensi degli artt. 81 e 82 TCE, l'illiceità di una condot-

⁸⁸ Trib primo grado, 1 luglio 2008, causa T-276/04, *Compagnie marittime belge Sa c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-1277, punti 55 ss.

ta tenuta da un'impresa sul mercato dovrebbe presupporre in ogni caso l'accertamento circa la sussistenza di una restrizione della libera concorrenza ai sensi dell'art. 3 lett. g) del Trattato.

Tuttavia, come si avrà modo di vedere (v. *infra*, para. n. 4 e n. 4.1) la proposizione di un'azione diretta ad ottenere il risarcimento del danno è subordinata alla sussistenza di condizioni, elaborate per via giurisprudenziale dalla Corte di giustizia, sottoposte ad una interpretazione alquanto restrittiva⁸⁹. In particolare, infatti, rispetto ad una presunta illiceità di una decisione amministrativa adottata dalla Commissione nel procedimento pre-contenzioso, il ricorrente dovrà dimostrare la sussistenza di una *violazione sufficientemente caratterizzata di una norma comunitaria*.

La verifica circa la sussistenza di tale condizione viene, però, posta in relazione al grado di discrezione goduta dall'istituzione comunitaria al momento dell'adozione dell'atto, onde salvaguardare la protezione dell'interesse generale perseguito dall'istituzione comunitaria con il suo comportamento.⁹⁰ In quest'ottica è difficile ipotizzare casi concreti, concernenti il diritto della concorrenza, rispetto ai quali la pretesa del singolo possa considerarsi ricevibile, se si considera l'ampia discrezionalità che sempre caratterizza l'azione della Commissione anche a causa della complessità intrinseca alle disposizioni contenute nella normativa antitrust comunitaria.⁹¹

L'infondatezza manifesta di un ricorso, nel contenzioso dell'Unione europea, può essere dichiarata anche qualora le argomentazioni di una parte siano contrarie ad una giurisprudenza costante⁹².

L'applicazione di un principio di tal portata, nell'ambito di un giudizio concernente il diritto antitrust comunitario, potrebbe apparire inappropriata, considerando proprio il carattere complesso delle disposizioni poste a tutela della libera concorrenza, soggette tra l'altro ad un importante margine interpretativo⁹³ (v. *supra*, Cap. I). A titolo esemplificativo si pensi alla nozione di abuso analizzata nel primo capitolo (Cap. I, para. 2.2). Nel contesto del divieto di cui all'articolo 82 TCE si è rilevato come la dottrina consideri insufficiente la nozione di abuso sviluppata dalla Corte nel caso *Hofmann-La Roche*⁹⁴ perché

⁸⁹ In questo senso M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, pag. 273 secondo i quali si tratta effettivamente di condizioni talmente restrittive da rendere piuttosto difficile pronunce di condanna della Comunità al risarcimento dei danni subiti dai privati.

⁹⁰ Cfr. sul punto P. GILLAUX, *L'intensité du contrôle de la légalité par les juridictions communautaires*, in *Journal de droit européen*, pag. 44

⁹¹ Trib. primo grado, 9 settembre 2008, causa T-212/03, *My travel c. Commissione*, non pubblicata in *Racc.*, punto 40 dove le parti stesse del procedimento a seguito di una misura di organizzazione del procedimento, con il Tribunale chiedeva alle parti di esprimere il loro parere in merito agli effetti sul presente giudizio della sentenza 11 luglio 2007, causa T-351/03, *Schneider Electric. C. Commissione*, (in *Racc.*, II-2237), le parti stesse ammettevano come secondo la giurisprudenza la nozione di violazione sufficientemente qualificata non include gli errori o i vizi che, pur presentando un grado di gravità certo, non siano estranei al normale comportamento di un'istituzione incaricata di vigilare sulle regole di applicazione delle regole di concorrenza, le quali sono complesse, delicate e soggette ad un importante margine interpretativo.

⁹² Corte giust., 1 luglio 1999, causa C-155/98 P, *Alexopoulou c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-4069, punti 13, 14, 15.

⁹³ Trib. primo grado, 9 settembre 2008, causa T-212/03, *My Travel c. Commissione*, non pubblicata in *Racc.*

⁹⁴ Corte giust. 13 febbraio 1979, Causa 85/79, *Hofmann-La Roche c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 461

non contemplativa delle diverse ipotesi di abuso praticabili e quindi conciliabili con le sole ipotesi di abuso escludente (v. *supra*, para. Cap. I, para. n. 2.2).

Ad ogni modo da un lato non si può dimenticare la discrezionalità che caratterizza il potere del Tribunale nel pronunciarsi preliminarmente sulla ricevibilità di un ricorso, non sussistendo un obbligo in tal senso; dall'altro lato invece, la valutazione del concetto di abuso normalmente implicherà un esame nel merito, nei limiti di cui all'articolo 230 TCE, della decisione adottata dalla Commissione. La manifesta infondatezza per contrasto con una giurisprudenza costante dovrebbe pertanto essere accertata, dal Tribunale di primo grado, in uno stadio avanzato del procedimento, una volta acquisiti gli elementi peculiari del caso concreto e, quindi, a conclusione della fase scritta (v. *supra*, para. n. 2.1).

Sotto questo profilo bisogna del resto rilevare come la giurisprudenza non precluda al Tribunale la possibilità di pronunciarsi ai sensi dell'articolo 111 del suo regolamento anche dopo aver disposto talune misure di organizzazione (art. 64 regolamento di procedura del Trib. primo grado⁹⁵). L'attuazione di tali misure infatti, sovente utilizzate in sostituzione dei poteri istruttori (v. *infra*, Cap. III, para. n. 2), essendo finalizzata ad assicurare una trattazione più approfondita dell'oggetto di causa e uno svolgimento più funzionale del processo, non ostacola in alcun modo l'adozione da parte del Tribunale di un'ordinanza motivata di manifesta irricevibilità o infondatezza⁹⁶.

2.3.2 Vizi rilevabili ex officio dal Tribunale ed eccezione di parte.

La valutazione circa la ricevibilità di un ricorso comporta una verifica preliminare da parte del giudice indipendente dalla quella concernente la competenza oppure il merito, oggetto di un autonomo capo di decisione, in quanto l'eventuale accertamento rende può superfluo proseguire il giudizio sul contenuto dell'atto impugnato.⁹⁷

La rilevabilità di tali vizi processuali può avvenire ad opera del giudice *ex officio* oppure a seguito di un'eccezione di parte convenuta formulata in un atto separato dal ricorso introduttivo, ai sensi dell'art. 114.1 del regolamento di procedura del Tribunale⁹⁸.

⁹⁵ L'art. 64 del regolamento di procedura del Tribunale espressamente riconosce come *“Le misure di organizzazione del procedimento mirano a garantire, nelle migliori condizioni, la messa a punto delle cause, lo svolgimento dei procedimenti e la composizione delle liti. Esse sono decise dal Tribunale, sentito l'avvocato generale. 2 Le misure di organizzazione del procedimento hanno, in particolare, lo scopo di: a) garantire il buon svolgimento della fase scritta e della fase orale, facilitare la produzione delle prove, b) determinare i punti sui quali le parti devono completare la loro argomentazione o che richiedono istruttoria, c) precisare la portata delle conclusioni e dei motivi e argomenti delle parti e chiarire i punti tra esse controversi; d) agevolare la composizione amichevole delle liti.”* Tale argomento verrà opportunamente analizzato nel contesto del Terzo Capitolo.

⁹⁶ Corte giust, 19 gennaio 2006, causa C-547/03P, *AIT c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-845, punto 30

⁹⁷ P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2005, pag. 88

⁹⁸ Si ricorda infatti che secondo quanto disposto dall'art.114.1 del Regolamento di procedura del Tribunale *«Se una parte chiede al Tribunale di statuire sull'irricevibilità, sull'incompetenza oppure su un incidente senza impegnare la discussione nel merito, essa deve proporre la sua domanda con atto separato. La domanda deve esporre le ragioni di fatto e*

Nel primo caso, il Tribunale dispone di un potere discrezionale, esercitabile in qualsiasi momento del procedimento, di pronunciarsi *ex officio* sentite le parti qualora rilevi un vizio di irricevibilità d'ordine pubblico, nonché l'insussistenza di un interesse ad agire nel ricorrente⁹⁹ (v. *infra*, para. n. 2.3.3).

In realtà, non sussiste una definizione normativa di cosa si intenda per *motivo di ordine pubblico*. La giurisprudenza chiarisce, ad ogni modo, come possa qualificarsi motivo d'ordine pubblico, il vizio riferito ad una condizione essenziale per la ricevibilità del ricorso¹⁰⁰ prevista dal Trattato. Pertanto, rientrano senza dubbio in tale categoria di motivi le condizioni di ricevibilità dell'azione prescritte dal Trattato per ciascun ricorso¹⁰¹ (v. *infra*, para. n. 3 e n. 4). Si pensi, con riferimento al ricorso in annullamento, la verifica del rispetto delle condizioni per agire prescritte al quarto comma dell'articolo 230 TCE per le persone fisiche e giuridiche,¹⁰² la cui sussistenza è così accertabile dal giudice dal Tribunale in ogni stato e grado del procedimento; oppure la verifica circa il rispetto del termine di due mesi per la proposizione del ricorso stesso¹⁰³. In ogni caso, per questa tipologia di accertamenti, il sindacato del Tribunale non incontra limiti, potendosi in tal modo considerare un sindacato pieno anche quando il controllo venga effettuato ad istanza di parte.

Nel procedimento innanzi al Tribunale, l'eccezione di irricevibilità ad istanza di parte invece, a differenza del rilievo *ex officio*, può essere utilmente esperita dal convenuto (e quindi ai nostri fini dalla Commissione) solo nel contesto del controricorso¹⁰⁴. Nel contenzioso dell'Unione è vietata la deduzione di motivi nuovi in corso di causa (art. 48. 2 regolamento di procedura del Tribunale). Qualora quindi il Tribunale non si sia attivato *ex officio* in primo grado a verificare eventuali violazioni d'ordine pubblico, non potendo le parti sollecitare tale intervento in mancanza di un'apposita eccezione, l'irricevibilità del ricorso non potrà essere oggetto di un motivo di impugnazione della pronuncia di primo grado innanzi alla Corte di giustizia. In tali ipotesi l'unico rimedio a disposizione del convenuto potrà se del caso rinvenirsi nella facoltà della Corte

di diritto su cui è basata, enunciare le conclusioni ed essere corredata dei documenti richiamati a sostegno»

⁹⁹ Trib. Primo grado, 14 aprile 2005, causa T-141/03, *Sniace c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-1197, punti 20-22

¹⁰⁰ Trib. primo grado 24 ottobre 1997, *British Steel plc c. Commissione*, T- 243/94, in *Racc.*, p. II-1887, punti 27-29

¹⁰¹ Cfr. F. CASTILLO DE LA TORRE, *Le relevé d'office par la juridiction communautaire*, in *Melange en Ommage à Georges Vandensanden*, 2008.

¹⁰² Corte giust., 2 maggio 2006, causa C-417/04P, *Regione Sicilia c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-3881, punto 25

¹⁰³ Per una analisi dei delle differenti categorie di termini processuali vigenti nel processo dell'Unione europea, cfr. M. CONDINANZI E R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, pag.20 dove tra l'altro si sottolinea come anche rispetto ai c.d. termini processuali in senso stretto, ossia i termini endoprocessuali, qualora non siano derogabili (quali i termini previsti per l'intervento, per il deposito della comparsa di risposta nel giudizio di impugnazione, nonché quelli inerenti al deposito delle osservazioni scritte nelle controversie pregiudiziali) l'eventuale violazione potrà rilevarsi *ex officio*; diversamente da quanto accade, invece, nelle altre diverse ipotesi, nelle quali i termini sono suscettibili di proroga da parte dell'autorità che li ha stabiliti, ai sensi dell'art. 82 del reg. di proc. della Corte e dell'art. 103 del reg. di proc. del Tribunale.

¹⁰⁴ In questo senso K LENAERTS, D. ARTS, I. MASELIS, *Procedural Law of the European Union*, pag.542.

di intervenire essa stessa *ex officio* onde constatare la sussistenza di un vizio di ordine pubblico, non rilevato in primo grado¹⁰⁵.

L'articolo 48 del regolamento di procedura del Tribunale, nel prescrivere il divieto, concede, in ogni caso, l'ammissione in causa di eventuali motivi fondati sugli elementi di fatto e di diritto emersi nel corso del procedimento contenzioso (art.48.2). Quando, ad esempio, le argomentazioni di parte presentano una stretta connessione con il motivo di annullamento per violazione del Trattato (v. *infra*, para. n. 3.2.1.) in virtù della disposizione di cui sopra sono considerati motivi nuovi ricevibili, anche se dedotti per la prima volta nella memoria di replica. Secondo il Tribunale di primo grado, infatti, è pacifico che un ricorrente dopo aver esposto nell'atto introduttivo le ragioni per le quali intende richiedere l'annullamento di un atto ai sensi dell'art. 230 TCE, possa fornire successivamente, all'interno della memoria di replica, gli elementi di fatto e di diritto utili a corroborare le sue conclusioni¹⁰⁶. In un caso concreto ad esempio, il Tribunale ha ritenuto opportuno procedere all'esame del testo di un accordo, prodotto nel fascicolo, ma non esaminato nel suo contenuto dalla ricorrente prima della memoria di replica. La Commissione, contestava quindi la tardività delle argomentazioni avanzate dalla ricorrente fondate sull'accordo, considerando che in quanto atto pubblico l'attrice ben avrebbe potuto esaminare il testo dell'accordo anteriormente all'introduzione del processo.

Il Tribunale invece, considerando i motivi dedotti nella replica dalla ricorrente, connessi alla ragione principale descritta nell'atto introduttivo, concludeva per la ricevibilità dei motivi nuovi, precisando l'assenza nel fascicolo di un qualsiasi elemento comprovante la ricezione del testo dell'accordo, da parte della ricorrente, prima dell'apertura del processo.¹⁰⁷

L'articolo 114 del regolamento di procedura del Tribunale imporrebbe alla parte di presentare l'eccezione di irricevibilità con atto separato. Nella pratica tuttavia, la giurisprudenza si presenta flessibile sul punto ammettendo anche le ipotesi di deduzioni implicite della ricevibilità. Nel caso *Schneider* (in materia di responsabilità extracontrattuale) ad esempio il Tribunale, nonostante la Commissione non avesse esplicitamente sollevato un'eccezione di irricevibilità ai sensi dell'articolo 114 del regolamento di procedura, accettava la contestazione di irricevibilità proposta (riferita al mancato rispetto dei requisiti di forma del ricorso di cui all'art. 44 del medesimo regolamento), garantendo così ugualmente il suo controllo sul tale rilievo¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Ai sensi dell'articolo 92 .2 del regolamento di procedura della Corte di giustizia, la stessa può in qualsiasi momento, sentite le parti, rilevare l'irricevibilità per motivi di ordine pubblico o dichiarare che il ricorso è divenuto privo di oggetto e che non vi è più luogo a statuire; la decisione è adottata nelle forme previste dall'articolo 91, paragrafi 3 e 4 del presente regolamento.

¹⁰⁶ Trib. primo grado, 28 gennaio 1999, causa T- 14/96, *Bretagne, Angleterre, Irland (BAI) c. Commissione*, in Racc., II- 139, punti 66-67.

¹⁰⁷ Trib. primo grado, 28 gennaio 1999, causa T- 14/96, *Bretagne, Angleterre, Irland (BAI) c. Commissione*, in Racc., II- 139, punto 68.

¹⁰⁸ Trib. Primo grado, 11 luglio 2007, causa T-351/03, *Schneider Electric Sa c. Commissione*, in Racc., II-2237, punto 88 Il Tribunale espressamente riporta " Senza sollevare un'eccezione di irricevibilità sul fondamento dell'articolo 114 del regolamento di procedura, la Commissione sostiene nel suo controricorso che la presentazione di talune richieste da parte della Schneider comporta rinvii generali a motivi presentati a sostegno dei suoi tre ricorsi di annullamento. Rinvii così generali non soddisferebbero i requisiti di cui all'art.21, primo comma, dello Statuto della Corte di giustizia e all'art. 44 n. 1 lett. c) del regolamento di procedura

2.3.3 Il presupposto per l'azione innanzi al giudice comunitario: l'interesse ad agire.

Si accennato sopra come le condizioni di ricevibilità previste dal Trattato per ciascuna azione rientrano nella categoria dei motivi d'ordine pubblico rilevabili, quindi, *ex officio* dal Tribunale in primo grado e dalla Corte in sede di *pourvoir* in ogni stato e grado del procedimento.

Prima di procedere all'analisi concernente tali condizioni, è opportuno rilevare come nel processo comunitario sussista un altro presupposto essenziale per la ricevibilità di un ricorso, a prescindere dalla tipologia di azione esperita, qualificabile nell'interesse ad agire di cui il ricorrente deve dar prova in quanto, dallo stesso, dipende in realtà la sussistenza del diritto di un soggetto di esperire un'azione giurisdizionale.

Tale presupposto, però, rispetto a cui il Tribunale non può che esercitare un controllo pieno e preliminare rispetto alla verifica delle singole condizioni dell'azione, anche se non previsto da alcuna disposizione normativa, rileva solo per i ricorsi diretti e in particolare rispetto ai ricorsi di c.d. di legalità, quali il ricorso in annullamento (art.230 TCE) e il ricorso in carenza (art. 232 TCE) quando l'introduzione del ricorso avviene ad opera di una persona fisica e giuridica, nonché nel ricorso per responsabilità extracontrattuale della Comunità. Rimane escluso ragionevolmente il rinvio pregiudiziale, laddove in tale contesto l'elemento propulsore dell'azione va ricercato nell'opportunità attribuita al giudice nazionale di rivolgere un quesito alla Corte di giustizia e non, come invece accade per le azioni dirette, in un interesse particolare del ricorrente¹⁰⁹. L'interesse ad agire è dato infatti dalle ragioni giuridiche personali, per le quali un soggetto richiede l'intervento dell'autorità giudiziaria. La personalità dell'interesse comporta l'impossibilità di agire nell'interesse della legge, posto che un ricorso è ricevibile solo laddove la pronuncia conclusiva del procedimento sia suscettibile di procurare un beneficio "personale" in capo al soggetto agente¹¹⁰. Individuare una definizione omnicomprensiva di tale presupposto non è agevole, considerata l'ampia discrezionalità con la quale i giudici comunitari hanno di volta in volta rilevato o meno la sussistenza di tale presupposto. Ad ogni modo, dalla giurisprudenza emergono i caratteri costitutivi di tale interesse che pertanto, oltre ad dover essere personale, deve presentare anche un carattere di attualità, per cui la valutazione circa la sua sussistenza in capo al ricorrente viene effettuata con riferimento al momento dell'introduzione del ricorso¹¹¹. Infine è altresì necessario che un tale interesse persista nel corso dello

del Tribunale."Successivamente ai punti 92 ss il Tribunale esprime il suo giudizio in merito alla contestata irricevibilità, concludendo per il rigetto del motivo sostenuto dalla Commissione.

¹⁰⁹ S. VAN Raepenbush, *L'intéret ad agir dans le contentieux communautaire*, in *Melange en Hommage à Georges Vandersanden*, 2008, pag.382 ss

¹¹⁰ In questo senso espressamente Corte giustizia, 6 ottobre 2009, cause riunite C-501/06 P, 513/06P, C-515/06P, 519/06P, *GSK c. Commissione*, non pubblicata in *Racc.*, punto 23; Corte giust., 10 settembre 2009, C-97/08P, *Akzo Nobel e a. c. Commissione*, non pubblicata in *Racc.*, punto 32; Corte giust., causa C-503/0P, *Sant Gobain*, in *Racc.*, I-2217, punto 48; Trib. primo grado, 17 ottobre 2005, causa T-28/02, *First Data e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-4119, punto 43; Trib. primo grado 28 settembre 2004, *MCI c. Commissione*, T-310/00, in *Racc.*, II-3253, punto 44.

¹¹¹ Infatti secondo una giurisprudenza risalente, l'interesse ad agire deve essere valutato con riferimento al giorno in cui si è introdotto il ricorso, cfr. Corte giust., 16 dicembre 1963, Causa 14/63, *Forges de Clabecq. c. Alta Autorità*, in *Racc.*, pag. 705.

svolgimento di tutto il processo, sino alla pronuncia della sentenza conclusiva¹¹².

In virtù di tale interpretazione, non può ravvisarsi alcun tipo di identità tra il requisito dell'interesse ad agire e le condizioni previste dall'articolo 230. 4 comma CE necessarie per legittimare ad agire una persona fisica o giuridica a richiedere l'annullamento di un atto comunitario diverso da una decisione di cui sia formale destinatario (ossia la sussistenza di un interesse diretto ed individuale); allo stesso modo tale presupposto non va confuso, nel contesto del ricorso per responsabilità extracontrattuale ai sensi degli articoli 235 e 288.2 CE, con la condizione della titolarità diretta dell'interesse leso in capo al ricorrente (e quindi con l'onere vigente in capo al ricorrente di dimostrare il carattere protettivo della regola di diritto che si pretende violata)¹¹³ (v. *infra*, para. n. 4).

La prova circa la sussistenza dell'interesse ad agire, e quindi del pregiudizio rispetto alla sua situazione giuridica e materiale, grava sul ricorrente anche se può desumersi anche dall'oggetto stesso del ricorso¹¹⁴: la condizione di destinatario di una decisione adottata dalla Commissione è, in linea di principio, sufficiente per ravvisare l'interesse ad agire ad esperire un ricorso per annullamento avverso di essa, in quanto l'eventuale annullamento degli effetti dell'atto rappresenta un fattore considerato idoneo di per sé a produrre conseguenze giuridiche nella sfera del ricorrente¹¹⁵.

Per esempio nel caso *Gencor*, concernente un'operazione di concentrazione, la Commissione nel suo controricorso eccepiva in primo luogo la carenza nel ricorrente dell'interesse ad agire, considerando che trattandosi di un ricorso avverso una decisione che accertava l'incompatibilità di un'operazione di concentrazione con il mercato comune, anche nell'ipotesi di una sentenza favorevole per il ricorrente, l'operazione non si sarebbe in ogni caso potuta realizzare nel futuro. Il Tribunale, invece, rigettava tale eccezione affermando come l'impossibilità di dar seguito ad un'operazione di concentrazione non rappresentasse una ragione sufficiente per sottrarre la decisione della Commissione al suo sindacato di legittimità, dal momento che un ricorso in annullamento deve considerarsi ricevibile anche laddove consenta di evitare che l'asserita illegittimità non si verifichi in futuro. Inoltre il Tribunale rileva

va come la decisione controversa fosse idonea a modificare la posizione giuridica della ricorrente la quale rappresentava un potenziale acquirente della partecipazione, detenuta dalla società controparte (*la Lonrho*) nell'acquisizione del controllo oggetto dell'operazione, di una terza società.¹¹⁶

¹¹² Quindi per esempio non potrà considerarsi soddisfatto il requisito dell'interesse ad agire in ipotesi di un ritiro da parte dell'istituzione competente, in corso di causa, dell'atto impugnato in sede giurisdizionale. In tale ipotesi però, va detto, il ricorrente non potrà essere condannato al pagamento delle spese legali, non potendo essere qualificato come parte soccombente del giudizio.

¹¹³ S. V. RAEPENBUSCH, *L'intérêt ad agir dans le contentieux communautaire*, in *Mélange en Hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, 2008, pag. 384, M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI supra cit. pag. 109

¹¹⁴ S. VAN RAEPENBUSCH, *L'interet ad agir dans le contentieux communautaire*, supra cit.

¹¹⁵ Tribunale primo grado, 25 marzo 1999, causa T- 102/96, *Gencor Ltd c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-753, punti 40-41.

¹¹⁶ Tribunale primo grado, 25 marzo 1999, causa T-102/96, *Gencor Ltd c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-753 punti 42-46

La sussistenza dell'interesse ad agire deve infatti essere valutata con riferimento al giorno in cui il ricorso è stato promosso¹¹⁷ e, pertanto, il venire meno in un momento successivo del fondamento contrattuale di un'operazione di concentrazione non esclude il controllo di legittimità del giudice. L'abbandono di un'operazione da parte di un'impresa ricorrente, in adempimento all'obbligo di conformarsi ad una decisione della Commissione, anche se di incompatibilità o di accertamento dell'infrazione, non priva il /la ricorrente dell'interesse ad ottenere l'annullamento degli effetti dell'atto, cosicché il suo interesse ad agire si considera conservato per tutto il procedimento¹¹⁸.

L'interesse ad agire poi, secondo il principio di cui sopra, è rilevabile sempre anche nei confronti di un'impresa denunciante, destinataria di una decisione che rigetta la sua denuncia. Nel caso *Ufex* il Tribunale sottolineava, a tal proposito, come l'interesse ad agire di un denunciante destinatario di una decisione di rigetto potrebbe negarsi solo in casi eccezionali, ossia nella sola ipotesi in cui si potesse escludere con certezza che la Commissione sia in grado di adottare un'operazione di accertamento di un'infrazione imputabile all'impresa denunciata¹¹⁹.

Sotto questo profilo, va detto che le imprese partecipanti al procedimento amministrativo di applicazione degli articoli 81 e 82 TCE (Regolamento n.1/2003), sono privilegiate in quanto nel tempo si è affermato il diritto del denunciante ad ottenere una risposta definitiva da parte della Commissione, anche in ipotesi di rigetto della denuncia stessa¹²⁰. Diversamente nel procedimento relativo alle operazioni di concentrazione, l'articolo 18 del Regolamento n. 139/04 prevede la possibilità per i soggetti terzi portatori di un interesse di partecipare al procedimento, consentendo ad essi di trasmettere tutte le informazioni considerate rilevanti perché la Commissione si pronunci per la compatibilità o meno dell'operazione con il mercato comune. A differenza però del procedimento disciplinato dal Regolamento n.1/2003, dove la possibilità di presentare alla Commissione una denuncia relativa alla violazione degli articoli 81 e 82 TCE è espressamente prevista per ciascun concorrente o diverso soggetto portatore di un legittimo interesse (art. 7.2 del Regolamento n. 1/2003), nel procedimento previsto per le operazioni di concentrazioni non si prevede un diritto simile in capo ai soggetti terzi (v. *supra* Cap. I, para. n. 3.3). L'articolo 18.4 del Regolamento n. 139/2004 tuttavia, garantisce una serie di diritti procedurali, quali ad esempio la possibilità, per chiunque abbia interesse (segnatamente gli organi di amministrazione o di direzione delle imprese interessate, nonché i rappresentanti riconosciuti dei lavoratori delle medesime) di es-

¹¹⁷ Corte di giustizia, 16 dicembre 1963, Causa 14/63, *Clabecq c. Alta autorità*, in *Racc.*, pag.705.

¹¹⁸ Corte giust, 19 settembre 1985, cause riunite 172/83 e 226/83 *Hoogovens-Groep c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 2831, punto 19; Trib. Primo grado, 15 dicembre 1999, causa T-22/97, *Kesko oy c. Commissione*, in *Racc.*, II-3775, punto59

¹¹⁹ Trib. primo grado,12 settembre 2007, causa T-60/05, *Union françaises de l'express (UFEX) e a.c. Commissione*, in *Racc.*, II-3397, punto54

¹²⁰ Tale diritto in capo al soggetto denunciante una violazione degli art. 81 e 82 TCE nell'ambito di un procedimento ai sensi del Regolamento n.1/2003, è stato infatti inizialmente consacrato per via giurisprudenziale (cfr. ad esempio Corte giust., 18 marzo 1997, causa C-282/95, *Guérin Automobiles c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-1503, punto 37) e trova oggi una conferma normativa nell'articolo 7.3 del regolamento di esecuzione n. 773/2004 relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 TCE,(in *GUCE* L 123 del 27 aprile 2004). Cfr. anche L BELLODI, Capitolo IV. Le denunce,in G TOSATO, L. BELLODI, *Il nuovo diritto della Concorrenza. Aspetti procedurali*, 2004, pag. 77 ss.

sere sentito nella fase del procedimento amministrativo in cui la Commissione valuta applicabilità del regolamento o la compatibilità dell'operazione con il mercato comune, nonché l'opportunità di adottare determinate misure per mitigare gli effetti di un'operazione già posta in essere¹²¹. E' evidente come in ogni caso, tale diritto di audizione non sia di fatto equiparabile nella sua portata al diritto riconosciuto al denunciante nel procedimento per violazione degli articoli 81 e 82 TCE, di vedere istruita la propria denuncia cui consegue il diritto ad una risposta definitiva, tramite l'adozione di una decisione formale, anche nel caso di rigetto o di archiviazione della pratica (articolo.7.3 del Regolamento di esecuzione n. 773/2004), contro la quale sarà sempre possibile presentare ricorso di annullamento.

Va rilevato però, come la disparità formale, rinvenibile nella posizione processuale del soggetto terzo rispetto ad una operazione di concentrazione nonché del denunciante nel procedimento *antitrust*, circa il requisito dell'interesse ad agire va ridimensionata nella pratica in quanto, come giustamente rilevato in dottrina, rispetto al ricorso in annullamento la Corte è portata a presumere la sussistenza dell'interesse ad agire in capo al ricorrente, laddove sia comunque dimostrato l'interesse diretto ed attuale richiesto dall'art.230.4 comma TCE, per le persone fisiche giuridiche¹²². A ciò si aggiunga la sussistenza di una costante giurisprudenza secondo cui la partecipazione al procedimento amministrativo è una circostanza, non sufficiente, ma comunque valutata a favore del ricorrente per riconoscerne la legittimazione ad agire in sede contenziosa¹²³.

Pertanto dal punto di vista processuale, ossia di accesso al giudice comunitario, l'interesse ad agire richiesto dalla giurisprudenza non diverge a seconda che il soggetto terzo sia un denunciante nel procedimento amministrativo ai sensi del Regolamento n.1/2003 oppure un terzo intervenuto ai sensi dell'articolo 18.4 del regolamento n.139/2004.)

In ultimo, l'interesse ad agire, nel senso di azione capace di procurare un beneficio giuridico alla parte agente¹²⁴, deve sussistere anche in capo al ricor-

¹²¹ Si noti come l'audizione dei soggetti terzi venga anche garantita ai sensi dell'articolo 18.1 del Regolamento n. 139/2004 anche anteriormente all'adozione da parte della Commissione di una decisione derogatoria gli effetti sospensivi dell'operazione di concentrazione oppure di applicazione di misure provvisorie. In queste ipotesi tuttavia, trova applicazione anche il secondo paragrafo dell'art. 18 secondo cui tali decisione possono essere prese a titolo provvisorio «senza fornire alle persone, alle imprese, o alle associazioni di imprese interessate l'occasione di far conoscere preliminarmente il loro punto di vista, a condizione che la Commissione ne dia loro l'occasione il più presto possibile una volta presa la sua decisione».

¹²² D. GERARDIN, N. PETIT, *Droit de la concurrence e recours en annulation a l'ère post modernization*, in The Global Competition Law Centre, Working papers Series, 2005/2006, reperibile on line all' indirizzo, <http://www.gele.coleurop.be>, pag. 19 nota n.90

¹²³ Corte giustizia, 28 febbraio 1986, Causa 169/84, *Cofas S. A. e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag.391, punti 24 e 25; Corte di giust., 31 marzo 1998, causa C-68/94 e C-30/95, *Francia c. Commissione* (Kali & Salz), in *Racc.*, pag.1-1375, punto 54; Tribunale primo grado, 24 marzo 1994, causa T-3/93, *Société anonyme à participation ouvrière Compagnie National Air France c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-121, punto 82; Trib. primo grado, 3 aprile 2003, causa T-114/02, *Babyliss c. Commissione*, in *Racc.*, pag., 1279, punto 57; Trib. primo grado, 4 luglio 2006, *Easy Jet c. Commissione*, T-177/04, in *Racc.*, pag. II-1931, punto 38

¹²⁴ Corte giust., 6 ottobre 2009, C- 501/06 P, C-513/06P, C-519/06 P, *GSK C. c. Commissione*, non pubblicata in *Raccolta*, punto 23; Corte giust., 10 settembre 2009, causa C-97/08P, *Akzo Nobel e.a c. Commissione*, non pubblicata in *Racc.*, punto 33; Ordinanza della Corte giust., 8 aprile 2008, causa C-503/07, *Saint-Gobain Glass Deutschland c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I- 2217, punto 48.

rente che procede il contenzioso in sede di impugnazione davanti alla Corte, indipendentemente dall'interesse ad agire necessario per introdurre l'azione in primo grado¹²⁵. Anche in questa ipotesi infatti, per giurisprudenza costante, la sussistenza di un interesse ad agire presuppone che l'impugnazione possa procurare un beneficio alla parte che la propone, sia questa il ricorrente oppure il convenuto in sede di impugnazione incidentale. Questo rilievo non è indifferente nel contenzioso *antitrust* in quanto, se nel corso del procedimento innanzi al Tribunale normalmente l'eventuale carenza del presupposto all'azione verrà eccepita dalla Commissione, in secondo grado anche l'impresa o il diverso soggetto interessato potranno avvalersi di tale strumento processuale.

Tuttavia l'irricevibilità rilevabile dal giudice oppure dalla controparte dell'interesse ad agire rispetto ad alcuni motivi di ricorso dedotti nelle memorie, non travolge l'intera impugnazione. Ad esempio, in una recente pronuncia (caso *Glaxo*)¹²⁶ l'impresa ricorrente in primo grado impugnava la sentenza emessa dal Tribunale e la Commissione, in parte soccombente, oltre al controricorso, depositava un'impugnazione incidentale, la cui ricevibilità veniva eccepita dalla *Glaxo* per mancanza di interesse ad agire. La Corte nel ribadire la necessità a che un'impugnazione procuri un beneficio al proponente, rilevava effettivamente l'irricevibilità di taluni motivi di impugnazione dedotti dalla Commissione perché diretti in realtà a contestare la motivazione sviluppata in primo grado dal Tribunale in relazione all'articolo 81.1, salvando tuttavia l'impugnazione incidentale con la quale la Commissione le chiedeva la conferma di un punto del dispositivo previa sostituzione della motivazione.

3. Il contenuto del ricorso e il giudizio di ricevibilità del Tribunale nell'azione di annullamento e nel ricorso per responsabilità extracontrattuale nel diritto antitrust dell'Unione europea: premessa.

Si è già affermato più volte come il contenzioso dell'Unione europea si caratterizzi da un lato per l'uniformità dell'impianto processuale e dall'altro per la tipicità delle azioni esperibili innanzi al giudice comunitario, rispetto a cui il Trattato, nel caso del ricorso in annullamento ai sensi dell'art. 230 TCE (v. *infra*, para. n. 3.1) e la giurisprudenza con riferimento, invece, al ricorso per responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art. 288.2 TCE (v. *infra*, para. n. 4), prescrivono determinati requisiti/condizioni cui viene subordinato il diritto di agire in giudizio davanti al giudice comunitario.

Tali presupposti, pertanto, costituiscono una prima indicazione di carattere generale cui fare riferimento, al fine di individuare l'oggetto del ricorso rispetto al quale il giudice è chiamato a svolgere il suo sindacato giurisdizionale, nonché le ragioni che possono spingere ad intentare un'azione giurisdizionale in sede europea.

¹²⁵ S. VAN RAEPENBUSH, *L'intérêt à agir dans le contentieux communautaire*, in *Melange en Hommage à George Vandendensanden*, 2008, pag. 388

¹²⁶ Corte giust., 6 ottobre 2009, causa C- 500/06, cause riunite C- 501/06P, C-513/06P, C-515/06P e C-519/06P, *Glaxo SmithKline Service Unlimited e a. c. Commissione.*, non pubblicata in *Racc.*, punti 22ss e 54 ss.

Ne consegue, in primo luogo, come il contenuto sostanziale di un ricorso si differenzi a seconda dell'azione esperita. In secondo luogo poi, tale contenuto muta a seconda del settore materiale da cui ha origine la controversia, in quanto si determina (o dovrebbe potersi determinare) dall'interpretazione che la giurisprudenza fornisce dei presupposti dell'azioni (oggettivi e/o soggettivi che siano) partendo dal dato generale applicato al caso concreto e in considerazione della disciplina normativa caratterizzante l'ambito materiale (per quanto concerne il diritto della concorrenza v. *supra*, Cap. I).

Sotto questo profilo si è visto come nel corso di un procedimento giurisdizionale il giudice comunitario, attraverso il suo sindacato preliminare, possa determinare lo svolgimento del contenzioso, potendo rilevare *ex officio* (artt. 111 e 113 del regolamento di procedura del Tribunale) e dietro impulso di parte (art. 114 del medesimo regolamento) una carenza rispetto alle condizioni dell'azione, che nel contesto dell'azione di annullamento sono sia soggettive che oggettive, nonché dei requisiti prescritti per il ricorso ai sensi dell'art. 44 del regolamento di procedura. Anche i regolamenti di procedura infatti, nel prescrivere determinati requisiti formali, unitamente ai singoli presupposti stabiliti per ciascuna azione, condizionano l'attività di stesura stessa dell'atto introduttivo (v. *supra*, para. n. 2.3.1 ss).

Il sindacato preliminare del Tribunale, pertanto, rappresenta lo stadio del ragionamento giurisdizionale nel quale poter tentare di rilevare i criteri impiegati dall'organo di prima istanza per decretare il soddisfacimento dei presupposti processuali rispetto all'azione di annullamento e il ricorso per responsabilità extracontrattuale nell'ambito specifico del diritto della concorrenza e l'attività del giudice cui riferirsi al fine di comprendere come si determina, in tale ambito, l'applicazione concreta delle condizioni presupposte all'azione e dei requisiti formali dell'atto introduttivo che, come evidenziato, determinano il contenuto dell'azione stessa.

In considerazione di quanto sino ad ora esposto, nei prossimi paragrafi si tenterà di delineare in cosa debba consistere il contenuto del ricorso nel diritto *antitrust* comunitario con riferimento all'azione in annullamento e al ricorso per responsabilità extracontrattuale della Comunità, utilizzando due parametri.

Dapprima si tenterà di inquadrare il possibile contenuto dell'atto introduttivo vertente sul diritto comunitario della concorrenza sulla base dei presupposti necessari per esercitare le due azioni giurisdizionali nel rispetto dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza. Successivamente attraverso l'analisi del giudizio di ricevibilità esperito dal Tribunale, si tenterà di approfondire ulteriormente lo studio dando conto di alcune delle peculiarità che, in considerazione della disciplina del diritto *antitrust* (v. *supra*, Cap. I), potenzialmente emergono solo nelle controversie in materia di concorrenza.

3.1 Le condizioni dell'azione nel ricorso di annullamento e il contenuto del ricorso.

L'art. 230¹²⁷ TCE, a differenza di quanto accade per il ricorso ai sensi dell'art. 235 TCE (v. *infra*, para. n. 4) prescrive in modo puntuale i requisiti necessari per l'introduzione dell'azione, fornendo indicazioni precise quanto all'oggetto materiale del ricorso, ai requisiti soggettivi, alle ragioni per le quali sia possibile fondare l'azione e ai termini entro i quali la stessa deve essere esercitata.

Dal punto di vista dell'oggetto materiale, la giurisprudenza precisa come tale rimedio possa essere esperito solamente avverso quegli atti, adottati da un'istituzione comunitaria¹²⁸, produttivi di effetti giuridici vincolanti come i regolamenti, le direttive e le decisioni di cui all'articolo 249 TCE, con l'esclusione dei pareri e delle raccomandazioni. L'atto deve presentare un carattere definitivo, essendo esclusa la possibilità di ricorrere contro atti meramente preparatori di atti finali, dal momento che, in tali ipotesi, non si verificherebbe alcuna modifica nella posizione giuridica del destinatario dell'atto. Il criterio determinante la possibilità di perseguire l'annullamento di un atto comunitario, per giurisprudenza consolidata, consta infatti nell'efficacia giuridica vincolante dello stesso rispetto alla posizione soggettiva del ricorrente¹²⁹, indipendentemente dalla sua forma (e anche dal *nomen iuris*, quindi) e dalla sua natura¹³⁰.

Tale interpretazione si comprende alla luce dei requisiti che lo stesso articolo 230 TCE prescrive dal punto di vista soggettivo, con riferimento al diritto riconosciuto dall'ordinamento comunitario anche alle persone fisiche e giuridiche di adire il giudice comunitario, al fine di ottenere un sindacato di legittimità di un atto a loro indirizzato. E' noto infatti, come l'articolo 230 TCE distingue tra i c.d. ricorrenti privilegiati (e semi privilegiati), ossia istituzioni e Stati membri, dai ricorrenti non privilegiati, ossia le persone fisiche e giuridiche. Mentre ai primi l'ordinamento comunitario riconosce una legittimazione ad agire piena, potendo impugnare qualsiasi atto provvisto delle caratteristiche di cui *supra*, o comunque per violazione delle loro prerogative nel caso della

¹²⁷ Per una panoramica generale sul ricorso in annullamento ai sensi dell'art. 230 si rinvia M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, pag. 98ss; K. LEANERTS, D. ARTS, I. MASELIS, *Procedural Law of the European Union*, London 2006, pag. 203; P. BIAVATI, *Il diritto processuale dell'Unione europea*, Milano 2005, pag. 61 ss

¹²⁸ L'art. 230 TCE prevede infatti la possibilità di impugnare solo gli atti adottati congiuntamente dal Parlamento europeo (purché produttivi di effetti giuridici), gli atti adottati congiuntamente, ai sensi dell'art. 251 TCE (ossia mediante la procedura di codecisione) dal Parlamento europeo e dal Consiglio, quelli adottati dal Consiglio singolarmente, nonché gli atti della Commissione e della Banca centrale europea. La provenienza dell'atto pertanto assurge a condizione necessaria per esperire un ricorso in annullamento. Sul punto cfr. M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino 2009, pag. 97

¹²⁹ Corte giust., 31 marzo 1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-1375, punto 62; Trib. primo grado, 4 marzo 1999, causa T-87/96, *Assicurazioni Generali e Unicredito c. Commissione*, in *Racc.*, pag., II-203, punto 37

¹³⁰ Corte di giust., 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, p. 263, punto 42 della motivazione; Per una disamina compiuta della consolidata giurisprudenza riferita ai requisiti necessari perché un atto comunitario possa essere oggetto di ricorso cfr. M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, pag. 99-106.

Banca Centrale Europea e della Corte dei Conti¹³¹, le persone fisiche e giuridiche, che nel diritto *antitrust* rappresentano i principali destinatari delle decisioni adottate dalla Commissione, necessitano di provare, oltre all'interesse ad agire, di essere stati direttamente ed individualmente riguardati dall'atto quando non ne sono i formali destinatari.

Rispetto a tale categoria di soggetti il quarto comma dell'articolo 230 TCE concede, infatti, la possibilità di introdurre un'azione di annullamento avverso decisioni di cui appaiono siano destinatari formali, nonché avverso quelle decisioni che pur appearing come un regolamento o decisioni adottate nei confronti di altri soggetti, li riguardano direttamente ed individualmente.

La giurisprudenza ha chiarito in via interpretativa la portata dei due requisiti da ultimo indicati e pertanto l' "incisività" diretta dell'atto rispetto alla posizione soggettiva del ricorrente si riscontra laddove esso espliciti immediatamente effetti giuridici senza la necessità di una misura di esecuzione. L'interesse individuale del ricorrente sussiste, invece, qualora il soggetto ricorrente dimostri di possedere determinate caratteristiche personali o si trovi in circostanze particolare atte a distinguerlo dalla generalità dei consociati, ma capaci di identificarlo alla stessa stregua dei soggetti destinatari dell'atto¹³². Tali distinzione tra la posizione soggettiva e quella ricoperta da un'istituzione rileva ai nostri fini, se si considera come normalmente nel contenzioso *antitrust* comunitario il soggetto ricorrente sia un'impresa agente a ottenere l'annullamento di una decisione adottata dalla Commissione europea, convenuta quindi in giudizio¹³³.

L'apertura di un procedimento giurisdizionale nonché il suo proseguimento sino ad una pronuncia definitiva del giudice dipenderà quindi dal rispetto di tali condizioni soggettive determinanti, come si vedrà, la ricevibilità o meno del ricorso sotto il profilo meramente processuale (v. *infra*, para. n. 3.3). Va comunque detto che, nel settore della concorrenza la dottrina rileva una certa apertura da parte dei giudici comunitari, tendente a riconoscere un'ampia legit-

¹³¹ Cfr. a riguardo M. CONDINANZI E R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino 2009, pag. 106 ss.

¹³² Circa l'interpretazione di tale requisito la giurisprudenza risulta consolidata sin da tempi risalenti ossia a partire dal caso *Plaumann*, pronunciato negli anni 60: Corte giust., 15 luglio 1963, causa 25/62, *Plaumann c. Commissione*, in *Racc.*, pag., 199. Cfr. anche a riguardo A. ARNULL, *The European Union and its Court of justice*, Oxford, 2006, pag.74 ss.

¹³³ Per qualche riferimento di dottrina sull'argomento della legittimazione ad agire si veda C. AMALFITANO, *La protezione dei ricorrenti non privilegiati nel sistema comunitario*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2003, pag. S. BONI, *La tutela dei diritti di coloro che denunciano violazioni antitrust: ordinamento comunitario e italiano a confronto*, in *Diritto dell'Unione europea*, n. 1/2003, pag.45. S. BONI, *Le inconciliabili definizioni dei principi comunitari sulla ricevibilità dei ricorsi dei terzi in materia di concentrazioni e le possibili ripercussioni sul funzionamento dell'European Competition Network*, in *Diritto dell'Unione europea*, n. 4/2003 pag. 832; B. GENCARELLI, *The standing of Third Parties Aid Cases: Recent Developments in the Case Law of the ECJ*, in *Legal Remedies in European Tax Law*, Amsterdam, 2009; A. ALBORS-LLORENS, *The standing of private parties to challenge community measures: Ha the European Court Missed the Boat?*, in *Cambridge Law Journal*, 62(1), 2003, pag.72-92R. GIUFFRIDA, *La tutela accordata ai singoli per la corretta applicazione del diritto comunitario e il potere di denuncia previsto dal regolamento n. 17/62 in materia di concorrenza*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi internazionali*, n. 1 gennaio-marzo 1996, pag.229; A. ANTHONY ARNULL, *Private applicants and the action for annulment under article 173 of the Treaty*, in *Common Market Law Review*, volume 32, 1995, pag. 9.

timazione ad agire anche a soggetti diversi dai formali destinatari delle decisioni della Commissione¹³⁴.

Per quanto concerne invece le ragioni che possono fondare una richiesta di annullamento, il disposto di cui all'articolo 230 pone una limitazione, individuando *a priori* i motivi del ricorso nei casi di incompetenza, violazione di forme sostanziali, violazione di una norma di diritto comunitario e di sviamento di potere (v. *infra*, para. n. 3.2).

Infine la norma, al suo quinto comma prevede la possibilità di ricorrere avverso un atto comunitario nei termini di due mesi dalla pubblicazione dell'atto, dalla sua notificazione ovvero, in mancanza, dal momento in cui il soggetto agente in giudizio ne abbia avuto conoscenza. Il termine previsto ai sensi dell'art. 230 costituisce un termine *c.d. di ordine pubblico*, in quanto istituito al fine di garantire la chiarezza e la certezza delle situazioni giuridiche e di evitare qualsiasi discriminazione o trattamento arbitrario nell'amministrazione della giustizia. La violazione del suddetto termine è pertanto rilevabile *ex officio* dal Tribunale¹³⁵ e superabile dalla parte interessata solo in caso di dimostrazione della sussistenza di un impedimento dovuto a caso fortuito o a causa di forza maggiore¹³⁶.

3.2 Il contenuto del ricorso in annullamento nel contenzioso antitrust.

Sulla base di quanto sino ad ora descritto si comprende come il contenuto dell'atto introduttivo sia risultato desumibile dal combinato disposto di quanto prescritto dal punto di vista oggettivo dall'art.230 TCE e i requisiti invece stabiliti nell'art. 21 dello statuto della Corte di giustizia, così come specificati ed interpretati rispetto al disposto di cui all'art.44 .1 del regolamento di procedura del Tribunale (v. *supra*, para. n. 2.2).

In primo luogo, come si è già accennato, nel caso del ricorso in annullamento dovrà allegarsi all'atto introduttivo una copia dell'atto impugnato (art.

¹³⁴ Cfr. a riguardo D. GERARDIN, N. PETIT, *Diritto della concorrenza e ricorso per annullamento*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di) *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, pag. 49.

¹³⁵ Cfr. Ordinanza del Tribunale, 13 febbraio 1998, causa T-276/97, *Guérin automobile EURL c. Commissione*, in *Racc.*, II-261, punto 14, confermata dall'ordinanza della Corte di giust., 5 marzo 1999, causa C-154/98P, *Guérin c. Commissione*, in *Racc.*, I-1451.

¹³⁶ Cfr. sul punto M. Condinanzi, R. Mastroianni, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, pag. 347 dove alla nota n. 43 dove viene indicata una pronuncia della Corte di giustizia (Corte giust., 15 dicembre 1994, causa C-195/91, *Bayer AG c. Commissione*, in *Racc.*, pag., I-5619) nella quale il giudice di ultima istanza precisa che le nozioni di caso fortuito e forza maggiore comprendono un elemento oggettivo (che si riferisce all'anormalità delle circostanze) e un elemento soggettivo (relativo all'obbligo di diligenza dell'interessato, che deve premunirsi contro le conseguenze dell'evento anormale, adottando misure appropriate sia pure senza incorrere in sacrifici eccessivi). La Corte ammette l'errore scusabile solo in ipotesi del tutto eccezionali, ossia nel caso in cui il comportamento di un'istituzione abbia determinato o concorso in maniera incisiva a determinare una confusione plausibile in un soggetto che agisce con un grado normale di diligenza. Ancora bisogna sottolineare come in applicazione di quanto prescritto dall'art.45 dello Statuto della Corte di giustizia, i parr. 2 dell'art. 82 del regolamento di procedura della Corte e dell'art. 102 del regolamento di procedura del Tribunale prevedono un aumento dei termini processuali di un termine forfetario di dieci giorni, in ragione della distanza.

21. 2 dello Statuto della Corte di giustizia) e, in mancanza, il cancelliere potrà esortare le parti a regolarizzare il ricorso entro un termine ragionevole¹³⁷. Una volta individuato materialmente l'atto/decisione adottato dalla Commissione oggetto di impugnazione, il ricorrente dovrà concludere proponendo una richiesta di annullamento dello stesso anche se, come si è avuto modo di vedere, i giudici comunitari ammettono anche l'ipotesi di conclusioni implicite. Tale elasticità del giudice comunitario rileva, ad esempio, rispetto ad una azione volta ad ottenere una rivisitazione circa l'ammontare della sanzione inflitta dalla Commissione. Si è già avuto modo di vedere come tale azione non costituisca uno strumento autonomo di tutela, implicando necessariamente una richiesta di annullamento totale o parziale della decisione tramite cui viene inflitta la sanzione¹³⁸ (v. *supra*, para. n. 1.1). Tuttavia, qualora un'impresa introduca un'azione di annullamento al fine di ridurre o estinguere un'ammenda ai sensi dell'art 229 TCE, la mancata richiesta esplicita di annullamento della decisione sanzionatoria non dovrebbe condurre nella pratica ad un rigetto automatico del ricorso, in quanto virtù dell'interpretazione dell'art.44.1 lett. d) del regolamento di procedura del Tribunale che impone al ricorrente la menzione delle sue conclusioni, queste ultime possono essere desunte implicitamente dalle argomentazioni oppure dalla motivazione attraverso le quali si esplicita la volontà dell'attore di ottenere l'annullamento o quanto meno la riduzione della sanzione (v. *supra*, para. n. 2.2.).

Diverso potrebbe essere, invece, il giudizio formale del Tribunale, nell'ipotesi di una mancata richiesta di riduzione oppure estinzione dell'ammenda, in quanto in linea di principio la competenza di merito rispetto alle sanzioni *antitrust* non può essere esercitata *ex officio* dal giudice (v. *supra* par. n. 1.1). Infatti, se la richiesta di annullamento dell'ammenda sottende e ricomprende la richiesta implicita di annullamento della decisione della Commissione e sicuramente la richiesta di intervento nel merito da parte del Tribunale, non sembra potersi affermare analoga soluzione nell'ipotesi inversa.

In ogni caso, va detto, l'impugnazione diretta ad annullare una decisione adottata dalla Commissione a conclusione del procedimento pre-contenzioso, sovente persegue proprio lo scopo, in un modo o nell'altro, di annullare o quantomeno ridurre, le sanzioni inflitte alle imprese. Pertanto, risulta improbabile che un'impresa sanzionata dalla Commissione non adduca una richiesta di rivisitazione dell'ammontare dell'ammenda tra le conclusioni di un suo ricorso promosso ai sensi dell'art. 230 TCE.

Stando, poi, all'interpretazione fornita dalla giurisprudenza circa le peculiarità necessarie perché un atto comunitario possa essere oggetto di impugnazione, ossia la necessità che si tratti di un atto definitivo e produttivo di effetti giuridici vincolanti (v. *supra*, para. n. 3.1), non vi sono dubbi sul fatto che l'oggetto materiale di un ricorso in tema di concorrenza possa essere costituito da tutte quelle decisioni adottabili dalla Commissione in virtù di una precipua disposizione contenuta nei due regolamenti di applicazione (Regolamento n. 1/2003 per quanto concerne l'applicazione degli artt. 81 e 82 TCE e Regolamento n. 139/2004 con riferimento, invece, alle operazioni di concentrazione).

Con riferimento alle decisioni contemplate dal Regolamento n. 1/2003 possono ricordarsi quelle che accertano una violazione degli artt. 81 e 82 TCE,

¹³⁷ Sul punto si rinvia al paragrafo n. 2.2. del presente capitolo.

¹³⁸ Ordinanza Presidente Trib. primo grado, 9 novembre 2004, causa T-252/03 R, *FNICVG c. Commissione*, in *Racc.* pag., II-3795.

nonché le decisioni con cui la Commissione constata l'inapplicabilità della suddette norme al caso concreto (rispettivamente art. 7 e art. 10 del Regolamento di procedura n. 1/2003¹³⁹); ancora, si pensi alle decisioni di rigetto di una denuncia¹⁴⁰, alle decisioni per le quali il diritto di ricorso innanzi al giudice comunitario è espressamente previsto dal Regolamento, come le richieste di informazioni¹⁴¹ mediante decisione, alle ispezioni disposte mediante decisione¹⁴², oppure alle decisioni che fissano un'ammenda o una penalità di mora¹⁴³. Rispetto invece alle operazioni di concentrazione, possono sicuramente formare oggetto di impugnazione le decisioni che dichiarano il regolamento non applicabile, ai sensi dell'art. 6.1 del Regolamento n. 139/2004, nonché le decisioni tramite cui la Commissione certifica la compatibilità dell'operazione di concentrazione con il mercato comune. Anche in questa circostanza, infatti, nella quale le imprese parti di un'operazione teoricamente non dovrebbero presentare alcun interesse ad impugnare un atto favorevole rispetto all'intento di realizzare un'operazione di concentrazione, il Tribunale ha sottolineato come il solo fatto che la decisione impugnata dichiari l'operazione notificata compatibile con il mercato comune non rappresenterebbe un motivo sufficiente per dispensare il giudice dal verificare se le infrazioni contestate dalla Commissione alle imprese coinvolte nell'operazione e risultanti dalla decisione possano esplicare effetti giuridici vincolanti, tali da incidere per loro natura sugli interessi delle stesse¹⁴⁴.

3.2.1 I motivi del ricorso in annullamento nel contenzioso antitrust.

L'art. 44.1 lett. c) del regolamento di procedura del Tribunale prescrive l'obbligo per il ricorrente di indicare l'oggetto e l'esposizione sommaria dei motivi affinché possano considerarsi rispettate le forme del ricorso.

Nel contesto di un'azione di annullamento il ricorrente non è però libero di scegliere quali fondamenti porre a sostegno delle proprie pretese, in quanto ai sensi dell'art. 230 TCE, il controllo di legittimità del giudice comunitario è circoscritto alle sole ipotesi in cui l'atto sia stato adottato in violazione della competenza attribuita all'istituzione, in violazione delle forme sostanziali prescritte, in violazione del Trattato oppure di una qualsiasi altra regola di diritto relativa

¹³⁹ Per un commento a tali disposizioni cfr. S. AMADEO, *Art. 7, Costatazione ed eliminazione delle infrazioni*, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto della concorrenza. Commentario al Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2003*, Milano, 2007, pag.89.

¹⁴⁰ Cfr. art. 7 del regolamento n. 773/2004; Trib. primo grado, 17 giugno 2003, causa T-52/00, *Coe Clerici Logistic c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-209.

¹⁴¹ Si veda l'art. 18. 1 del regolamento n. 1/2003, dal momento che il ricorso è espressamente previsto dal terzo paragrafo della medesima disposizione (v. *supra*, para. n. 1.2).

¹⁴² Si veda l'articolo 20. 1 del Regolamento n. 1/2003, il cui 4 paragrafo espressamente prevede la possibilità di esperire un'azione di annullamento.

¹⁴³ Si è visto infatti (v. *supra*, para. n. 1.2) come gli articoli 23 e 24 del Regolamento n. 1/2003 attribuiscono alla Commissione il potere di infliggere ammende. L'art. 31 del medesimo regolamento attribuisce al giudice comunitario piena giurisdizione nel ridurre, estinguere oppure aumentare l'ammenda o la penalità di mora inflitta ad un'impresa dalla Commissione.

¹⁴⁴ Trib. di primo grado, 22 marzo 2000, cause riunite T-125/97 e T-127/97, *Coca-cola Company c. Commissione*, in *Racc.*, II-1733, punto 79.

alla sua applicazione; nonché quando si riscontri uno sviamento di potere da parte dell'Istituzione deputata all'emanazione dell'atto.

Il primo motivo, l'*incompetenza*, attiene all'ipotesi di una violazione da parte di una istituzione del riparto di competenza sussistente tra la Comunità e i singoli Stati membri¹⁴⁵. In materia di concorrenza potremmo pensare alla situazione in cui la Commissione avochi a sé un caso di violazione delle regole *anti-trust* nel contesto del Regolamento n. 1/2003 (art. 11)¹⁴⁶ oppure, rispetto al regolamento sulle concentrazioni, alle decisioni tramite cui la Commissione rinvia l'esame dell'operazione alle competenti autorità nazionali (art. 9 del Regolamento 139/2004)¹⁴⁷. Nella prima ipotesi, infatti, la competenza della Commissione di occuparsi di una eventuale violazione degli articoli 81 e 82 TCE, presuppone che la condotta collusiva incida sul commercio tra gli Stati membri. Analogamente per le operazioni di concentrazione, la competenza comunitaria sussiste solo nel caso in cui l'operazione rivesta una dimensione comunitaria, secondo i parametri previsti dal Regolamento n. 139/2004 (v. *supra*, Cap. I, para. n. 2). In realtà tale motivo di impugnazione non sembra venire normalmente dedotto a fondamento di un ricorso per annullamento in materia *anti-trust*¹⁴⁸, nonostante all'esecutivo comunitario in tale contesto goda di un potere regolatore, normativo, di esecuzione e sanzionatorio (v. *supra* Cap. I). Appare plausibile ritenere che ciò sia dovuto alla puntuale definizione dei compiti della

¹⁴⁵Cfr. sul punto, G. L. TOSATO, L. BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Milano, 2004, pag. 450 dove si sottolinea come il vizio di incompetenza possa sussistere sia come vizio del riparto di competenza tra la Comunità e gli Stati membri (competenza esterna) sia legata all'esercizio di un potere da parte di una delle Istituzioni in mancanza dei presupposti necessari.

¹⁴⁶ Ai sensi dell'art. 11.6 del Regolamento n. 1/2003 «L'avvio di un procedimento da parte della Commissione per l'adozione di una decisione ai sensi del capitolo III priva le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri della competenza ad applicare gli art. 81 e 82 DEL Trattato. Qualora un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro stia già svolgendo un procedimento, la Commissione avvia il procedimento unicamente previa consultazione di quest'ultima».

¹⁴⁷ Ai sensi dell'art. 9 del Regolamento 139/2004 «1. La Commissione può, mediante decisione che essa notifica senza indugio alle imprese interessate e che porta a conoscenza delle autorità competenti degli Stati membri, rinviare alle autorità competenti dello Stato membro interessato un caso di concentrazione notificata, alle seguenti condizioni. 2. Entro 15 giorni lavorativi a decorrere dalla data di ricezione della copia della notifica uno Stato membro, di sua iniziativa o su invito della Commissione, può notificare alla Commissione, che a sua volta ne informa le imprese interessate, che una concentrazione a) rischia di incidere in misura significativa sulla concorrenza in un mercato all'interno del suddetto Stato membro che presenta tutte le caratteristiche di un mercato distinto; o b) incide sulla concorrenza in un mercato all'interno del suddetto Stato membro che presenta tutte le caratteristiche di un mercato distinto e non costituisce una parte sostanziale del mercato comune (...). Il Tribunale di primo grado ha riconosciuto che una decisione di rinvio incide direttamente sulla posizione giuridica del ricorrente soggetto terzo, sottolineando tra l'altro che «l'esistenza di rimedi giurisdizionali interni eventualmente esperibili dinanzi al giudice nazionale non esclude la possibilità di contestare direttamente dinanzi al giudice comunitario la legittimità di una decisione adottata da un'istituzione comunitaria sulla base dell'art. 230 TCE». Cfr. Trib. primo grado, 3 aprile 2003, causa T-119/02, in *Racc.*, pag. II-1433, punto 290. Per un commento di tale pronuncia e in generale circa il diritto riconosciuto ai soggetti terzi di impugnare le decisioni di rinvio adottate dalla Commissione, cfr. S. BONI, *Le inconciliabili definizioni dei principi comunitari sulla ricevibilità dei ricorsi dei terzi in materia di concentrazioni e le possibili ripercussioni sul funzionamento dello European Competition Network*, in *Diritto dell'Unione europea*, n. 4/2003, pag. 831 ss

¹⁴⁸ D. GERARDIN, N. PETIT, *Diritto della Concorrenza e ricorsi per annullamento*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il Ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino 2006, pag. 59

Commissione, sia nel Trattato a livello primario (art. 83 TCE), sia nel contesto della normativa regolamentare derivata (v. *supra*, Cap. I, para. n. 1.12). La dottrina del resto riscontra come la stessa giurisprudenza abbia di fatto qualificato l'eventuale vizio di incompetenza come una violazione di diritto «nell'interpretazione dei presupposti previsti dal Trattato o da una norma necessaria alla sua applicazione e relativi all'adozione del provvedimento impugnato¹⁴⁹».

E' bene però osservare come il motivo di incompetenza può anche dedursi in un ricorso di annullamento, rispetto ad una eventuale violazione del regolamento interno della Commissione¹⁵⁰. Tale regolamento contiene la disciplina relativa all'organizzazione interna della Commissione, sia dal punto di vista della struttura organizzativa (con riferimento a tutto ciò che concerne i commissari, le Direzioni Generali, i singoli servizi della Commissione) sia in relazione alle procedure di adozione degli atti (procedura scritta, orale, delega a un commissario) e dei singoli passaggi del processo decisionale. In virtù di tale regolamento normalmente le decisioni della Commissione devono essere adottate collegialmente, diversamente da quanto accade invece per le misure amministrative interne o di mera gestione del procedimento decisionale, per le quali non viene richiesto il rispetto del suddetto principio. In conformità al principio di collegialità, nel caso *Basf*¹⁵¹ il Tribunale statuiva, ad esempio, come l'adozione di una decisione di accertamento di una infrazione ai sensi dell'art.81 TCE, non rientrando nella qualifica di mera misura amministrativa o di gestione del procedimento, non poteva essere adottata da un solo commissario all'interno della DG concorrenza, senza violare direttamente il principio di collegialità che caratterizza normalmente l'adozione di tali atti. In tale circostanza pertanto, la decisione in questione doveva qualificarsi come atto proveniente da un organo incompetente¹⁵².

La violazione di forme sostanziali, invece, motivo sovente invocato in materia *antitrust*, si riferisce ai vizi di un atto riconducibili al mancato rispetto della procedura o delle forme previste per la sua adozione. Rientra in tali ipotesi la mancata consultazione di un organo quando questa sia espressamente prevista per l'emanazione dell'atto. Il regolamento n.1/2003 impone all'art. 14 la consultazione del comitato consultivo. La violazione poi dei diritti di difesa nell'arco dello svolgimento della procedura ricade sempre nell'ipotesi di violazione delle forme sostanziali. In ogni caso, va detto, la giurisprudenza tende a negare l'annullabilità dell'atto impugnato, laddove in mancanza dell'irregolarità segnalata denunciata in sede contenziosa, il procedimento amministrativo avrebbe avuto un diverso esito¹⁵³. Pertanto la semplice consta-

¹⁴⁹ In questo senso espressamente G. L. Tosato G. L. TOSATO, L. BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Milano, 2004, pag. 450 Si veda inoltre M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, pag. 119 secondo cui di fatto il vizio di incompetenza, così come del resto la violazione delle forme sostanziali, si risolvono normalmente in una violazione del Trattato, vizi che pertanto sembra assumere una valenza generale.

¹⁵⁰ In *GUCE* L 308 del 8 dicembre 2000, pag. 26

¹⁵¹ Trib. primo grado, 27 febbraio 1992, *Basf e a. c. Commissione*, T-79/89, T-84/89, T-8589, T-89/89, T-91/89, , T-91/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, t-102/89, T-104/89, in *Racc.*, pag. II-315

¹⁵² Trib. primo grado, sentenza *ult. cit.* nota 136 punto 59

¹⁵³ Corte giust., 10 luglio 1980, causa 152/78, *Distillers c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 2229.

tazione di una irregolarità formale non produrrà l'effetto di travolgere la sostanza della decisione adottata dalla Commissione, qualora non possa ravvisarsi una relazione intrinseca tra il risultato della decisione e la violazione procedurale. La violazione di forme sostanziali, può essere poi dedotta come motivo di impugnazione laddove si intenda contestare la violazione del disposto di cui all'art.253 TCE, che impone generalmente alle istituzioni comunitarie di motivare adeguatamente gli atti da esse adottati¹⁵⁴. Tale obbligo per giurisprudenza costante, viene interpretato come la necessità che le istituzioni comunitarie palesino in maniera chiara e non equivoca l'*iter* logico seguito nell'emanazione dell'atto controverso, in modo da consentire agli interessati di conoscere le ragioni sottostanti al provvedimento adottato. La motivazione contenuta in una decisione della Commissione costituisce il fondamento che permette ai destinatari della stessa difendere i propri diritti e al giudice competente di esercitare il proprio controllo. Il requisito della motivazione deve essere, però, valutato in funzione delle circostanze del caso di specie, in particolare del contenuto dell'atto, della natura dei motivi esposti e dell'interesse che i destinatari dell'atto o altre persone da questo riguardate direttamente e individualmente possano avere a ricevere spiegazioni. Sotto questo profilo la giurisprudenza chiarisce come la motivazione non debba necessariamente specificare tutti gli elementi di fatto e di diritto pertinenti, in quanto, affinché l'obbligo prescritto dall'articolo 253 TCE possa considerarsi soddisfatto, la stessa viene valutata non solo in base al suo tenore, ma anche al suo contesto e al complesso delle norme giuridiche che disciplinano la materia¹⁵⁵. Per quanto attiene, ad esempio, alla fissazione delle ammende per violazione del diritto della concorrenza, i requisiti della formalità sostanziale costituita dal detto obbligo di motivazione risultano soddisfatti allorché la Commissione indichi, nella sua decisione, gli elementi di valutazione che le hanno consentito di misurare la gravità e la durata dell'infrazione¹⁵⁶.

Pertanto compete all'impresa ricorrente identificare nel proprio ricorso in quali punti della decisione sanzionatoria possa rivenirsi un errore di valutazione da parte della Commissione circa la gravità e la durata dell'infrazione contestata.

Tuttavia, va sottolineato come la carenza oppure l'insufficienza della motivazione costituisce un motivo di violazione delle forme sostanziali che va però distinto dal motivo relativo all'inesattezza della motivazione della decisione, il cui controllo rientra nell'esame della fondatezza della decisione impugnata¹⁵⁷ e pertanto riconducibile al motivo di violazione di una regola del Trattato. Tale differenza viene opportunamente esplicitata dal Tribunale nella sentenza relati-

¹⁵⁴ L'articolo 253 del Trattato infatti prescrive che «I regolamenti, le direttive e le decisioni, adottate congiuntamente dal parlamento europeo e dal Consiglio, nonché detti atti adottati dal Consiglio o dalla Commissione sono motivati e fanno riferimento alle proposte o ai pareri obbligatoriamente richiesti in esecuzione del presente Trattato».

¹⁵⁵ Trib. primo grado 21 marzo 2002, causa T-231/99, *Joynton c. Commissione*, in Racc., pag. II-2085, punti 164, 165

¹⁵⁶ Corte giust., ottobre 2002, cause riunite C-238/99P, C- 244/99P, C- 245/99P, C-247/99P, da C-250/99P a C-252/99P e C-254/99P, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione*, in Racc., pag. I-8375, punto 463; Corte giust., 16 novembre 2000, causa C-279/98P, *Cascades c. Commissione*, in Racc., pag. I-9693, punti38-47; Trib. primo grado 30 settembre 2003, cause riunite T-191//98 e da T-212/98 a T-214/98, *Atlantic Container Line e a. c. Commissione*, in Racc., II-3275, punto 1522.

¹⁵⁷ Trib. primo grado, 7 novembre 1997, causa T- 84/96, *Cipike c. Commissione*, in Racc., pag. II- 2081, punto 47.

va al caso *Glaxo*, nel corso del quale la ricorrente impugnava la decisione della Commissione per violazione dell'art. 81.3 TCE adducendo, tra l'altro, come la decisione fosse viziata a causa di un'insufficienza nella motivazione, poiché la Commissione non aveva espletato una adeguata verifica degli elementi probatori presentateli in merito ai rispettivi benefici e vantaggi del commercio parallelo. Il Tribunale, tuttavia, sottolineava come la questione relativa all'adeguatezza dell'esame effettuato dalla Commissione in una decisione di applicazione delle regole di concorrenza non è soggetta al controllo dell'esistenza o della portata della motivazione di tale decisione, ma piuttosto al controllo della fondatezza dei suoi motivi¹⁵⁸.

Il Tribunale quindi rilevava come il motivo, qualificato dalla ricorrente come un'insufficienza di motivazione, andasse in realtà esaminato, non come essa asseriva come una violazione delle forme sostanziali, ma nel contesto del motivo relativo alla violazione della regola di diritto, nella specie, l'art. 81.3 TCE¹⁵⁹.

Nel contenzioso *antitrust* tale motivo, ossia la violazione del Trattato o di qualsiasi altra regola di diritto in applicazione dello stesso, può essere dedotto da un'impresa ogni qual volta si sostenga una violazione da parte della Commissione degli articoli 81 e 82 TCE, dei regolamenti di applicazione n. 1/2003 e n.139/2004 e dei diversi regolamenti di esecuzione. Si tratta pertanto del *c.d. controllo di merito* esercitabile dal giudice comunitario, sul quale incombe l'onere di verificare se, nell'applicazione delle norme *antitrust*, la Commissione sia incorsa in errori di diritto o abbia erroneamente apprezzato i fatti dai quali discende l'applicazione della norma interessata (v. *infra*, Cap. III, para. n. 2.2).

L'ipotesi invece dello sviamento di potere si riferisce alla circostanza in cui un'autorità amministrativa utilizzi i propri poteri per raggiungere fini diversi da quelli per i quali tali poteri le sono stati conferiti. Pertanto, nel diritto *antitrust* tale motivo può essere invocato qualora si ritenga che una decisione sia stata adottata dalla Commissione per fini diversi da quelli per i quali le singole disposizioni regolamentari la autorizzano ad emettere determinati atti (si pensi alle domande di informazioni e alle ispezioni richieste tramite decisione). Secondo la giurisprudenza, pertanto, una decisione è viziata da sviamento di potere solo se, avuto riguardo al suo scopo e in base ad indizi oggettivi, pertinenti e concordanti, risulti adottata allo scopo esclusivo di raggiungere fini diversi¹⁶⁰. Tuttavia, in caso di pluralità di scopi perseguiti, anche qualora un motivo non giustificato si fosse aggiunto a motivi legittimi, la decisione non sarebbe per questo inficiata da sviamento di potere, qualora non possa riscontrarsi che essa sacrifica lo scopo essenziale¹⁶¹. Considerati gli ampi poteri affidati alla Commissione nel settore *antitrust*, parte della dottrina ritiene che tale motivo non

¹⁵⁸ Trib. primo grado, 13 gennaio 2004, causa T-158/99, *Thermenhotel Stoiser Franz e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-1, punto 97.

¹⁵⁹ Trib. primo grado, 27 settembre 2006, causa T.-168/01, *GlaxoSmithKline Services c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-2969, punto 212.

¹⁶⁰ Trib. primo grado, 4 febbraio 2009, causa T- 145/06, *Omya AG c. Commissione*, non pubblicata in *Raccolta*, punto 99

¹⁶¹ Trib. primo grado, 21 settembre 2005, causa T-87/05, *EDP c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II- 3745, punto 87

sia mai stato invocato a buon fine¹⁶². Ad esempio, in un caso recente (*Omya c. Commissione*)¹⁶³ la ricorrente asseriva che la Commissione fosse incorsa in uno sviamento di potere, in quanto, a suo dire, non aveva adottato la decisione impugnata sul fondamento dell'art. 11 del regolamento n. 139/2004 (ossia per il bisogno di una effettiva rettifica dei dati comunicatele dalle imprese partecipanti all'operazione di concentrazione), quanto piuttosto a fini dilatori, onde ottenere una proroga del termine, necessario per l'esame dell'operazione, previsto dal medesimo regolamento che le consentisse di esaminare le questioni supplementari sollevate da taluni Stati membri nonché da determinati concorrenti della ricorrente¹⁶⁴. Il Tribunale, pur constatando come effettivamente il termine a disposizione della Commissione, prima dell'adozione della decisione ai sensi dell'art. 11 del Regolamento, non le avrebbe consentito di ultimare la sua analisi e procedere, se del caso, con l'invio della comunicazione degli addebiti, concludeva per il rigetto del motivo, attestando che il verbale prodotto circa il colloquio telefonico intervenuto tra la Commissione e la ricorrente non consentiva di concludere che il riferimento da parte della Commissione all'eventuale adozione di una decisione ai sensi dell'art. 11, n. 3, del regolamento n. 139/2004 costituisse una minaccia volta a convincere la ricorrente ad accettare una proroga consensuale del termine per l'esame. Dal verbale infatti, secondo il Tribunale, non risultava, alcuna contestazione da parte della ricorrente circa la sussistenza di taluni errori nei dati trasmessi, segnalati dalla Commissione via posta elettronica ben prima della scadenza del termine per l'esame dell'operazione¹⁶⁵.

3.3 Il giudizio di ricevibilità nel ricorso in annullamento.

La ricevibilità del ricorso per annullamento dipende, innanzitutto, dal rispetto dei termini previsti per l'introduzione dell'azione ai sensi dell'art. 230 TCE. Il quinto comma di tale disposizione prevede, infatti, la possibilità di ricorrere avverso un atto comunitario nel termine di due mesi, dalla pubblicazione dell'atto, dalla sua notificazione ovvero, in mancanza, dal momento in cui il soggetto agente in giudizio ne abbia avuto conoscenza (v. *supra*, para. n. 3.1) Il termine previsto ai sensi dell'art.230 costituisce, come visto (v. *supra*, para. n. 3.1) un termine c.d. di ordine pubblico¹⁶⁶, in quanto istituito al fine di garantire

¹⁶² In questo senso cfr. D. GERARDIN, N. PETIT, *Diritto della concorrenza e ricorsi per annullamento*, in F. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, pag.61.

¹⁶³ Trib. primo grado, 4 febbraio 2009, causa T- 145/06, *Omya AG c. Commissione*, punto 88ss.

¹⁶⁴ Punto 87 ss della sentenza *ult. cit.* Ai sensi dell'art. 10.4 del Regolamento 139/2004, infatti, i termini perentori relativi allo svolgimento del procedimento amministrativo sono «eccezionalmente sospesi qualora la Commissione per circostanze delle quali è responsabile una delle imprese che partecipa alla concentrazione, abbia dovuto chiedere un'informazione mediante decisione in applicazione dell'art.11 o ad ordinare un'ispezione mediante decisione in virtù dell'art. 13».

¹⁶⁵ Cfr. punto 101 ss della sentenza *ult. cit.* Va ricordato, tra l'altro, come alle parti si imponga un onere di contestare, nel proprio ricorso, di tutti i fatti dedotti dalla controparte, in quanto per i giudici comunitari i fatti non contestati si presumono regolarmente provati. V. *supra*, para. n. 2.2.

¹⁶⁶ Per una analisi dei delle differenti categorie di termini processuali vigenti nel processo dell'Unione europea, cfr. M. CONDINANZI E R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione eu-*

la chiarezza e la certezza delle situazioni giuridiche e di evitare qualsiasi discriminazione o trattamento arbitrario nell'amministrazione della giustizia. La violazione del suddetto termine è, pertanto, rilevabile *ex officio* dal Tribunale¹⁶⁷ e superabile dalla parte interessata solo in caso di dimostrazione della sussistenza di un impedimento dovuto al caso fortuito o causa di forza maggiore (ex art. 45 dello Statuto della Corte).

Stando quindi ad un'interpretazione letterale i criteri della pubblicazione dell'atto nonché dell'eventuale notificazione diretta al ricorrente costituiscono i momenti a partire dai quali effettuare il computo del termine di due mesi prescritto dal Trattato; mentre l'eventuale momento in cui un ricorrente viene a conoscenza dell'esistenza di un atto potenzialmente pregiudizievole, per giurisprudenza costante, viene contemplato dai giudici comunitari solo laddove sia dimostrata dal ricorrente la sua impossibilità a conoscere del contenuto della decisione impugnata prima, in virtù della sua notificazione e/o pubblicazione¹⁶⁸.

Una tale interpretazione trova d'altronde conforto nel testo del Trattato all'art.254, secondo cui in capo alle istituzioni comunitarie vige un generale obbligo di pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* dei regolamenti e delle direttive adottati dal Parlamento e dal Consiglio tramite la procedura di codecisione ai sensi dell'art. 251 TCE, dei Regolamenti adottati rispettivamente dal Consiglio e dalla Commissione, nonché delle direttive di queste istituzioni rivolte a tutti gli Stati membri. Il terzo paragrafo di tale norma, invece, non impone, un obbligo di pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale per le *altre* direttive, nonché per le decisioni (e quindi anche le decisioni adottate dalla Commissione nel corso dei procedimenti amministrativi in materia di concorrenza) notificate ai loro destinatari.

Pertanto, nel contenzioso in materia di concorrenza, se il computo dei termini necessario per verificare la ricevibilità di un ricorso introduttivo non pone particolari problemi quando a contestare una decisione della Commissione sia direttamente l'impresa o il diverso soggetto destinatario della stessa e a cui dunque la stessa sia stata notificata, l'assenza nella lettera del Trattato di un obbligo di pubblicazione ufficiale per le decisioni adottate in materia di con-

ropea, Torino, 2009, pag. 20 dove tra l'altro si sottolinea come il rispetto dei termini di cui all'art.230 costituisca un motivo rilevabile sempre d'ufficio dal giudice comunitario trattandosi di una norma di ordine pubblico e come tale non derogabile. Anche rispetto ai c.d. termini processuali in senso stretto, ossia i termini endo-processuali, qualora non siano derogabili (quali i termini previsti per l'intervento, per il deposito della comparsa di risposta nel giudizio di impugnazione, nonché quelli inerenti al deposito delle osservazioni scritte nelle controversie pregiudiziali) l'eventuale violazione potrà rilevarsi *ex officio*; diversamente da quanto accade, invece, nelle altre diverse ipotesi, nelle quali i termini sono suscettibili di proroga da parte dell'autorità che li ha stabiliti, ai sensi dell'art. 82 del Reg. di Proc. della Corte e dell'art. 103 del Reg. di Proc. del Tribunale.

¹⁶⁷ Cfr. Ordinanza del Tribunale, 13 febbraio 1998, causa T-276/97, *Guérin automobile EURL c. Commissione*, in *Racc.*, II-261, punto 14, confermata dall'ordinanza della Corte di giust., 5 marzo 1999, causa C-154/98P, *Guérin c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-1451.

¹⁶⁸ In questo senso M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino 2009, pag. 128 dove si rileva come solo in mancanza di pubblicazione o di notificazione il termine di cui all'art. 230 TCE inizia a decorrere dal giorno in cui il ricorrente ha avuto altrimenti conoscenza dell'atto «*potendo assumere, ai fini della conoscenza, la pubblicazione dell'atto sulla Gazzetta Ufficiale di uno Stato membro oppure dell'Unione*». Cfr anche Trib. primo grado, 12 dicembre 2000, causa T-296/97, *Alitalia c. Commissione*, in *Racc.*, II-3871, punto 61; Trib. primo grado, 27 novembre 2003, causa T-190/00, *Regione Siciliana c. Commissione*, in *Racc.*, II-5015, punto 30.

correnza rischia pregiudicare la posizione giuridica del terzo non destinatario, ma qualificato/qualificabile come direttamente ed individualmente interessato dall'atto e quindi potenzialmente interessato ad esplicitare un ricorso in annullamento.

A riguardo, infatti, va detto come lo stesso regolamento di procedura del Tribunale non sembra venire in aiuto sotto questo profilo, laddove all'art. 102 semplicemente si limita ad indicare che «quando¹⁶⁹ un termine per l'impugnazione di un atto di un'istituzione decorre dalla pubblicazione, tale termine deve essere calcolato, ai sensi dell'art. 101 lett. a) a partire dalla fine del quattordicesimo giorno successivo alla data della pubblicazione dell'atto nella *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea*». Diversamente da quanto prescritto dall'art. 230 TCE, il regolamento di procedura del Tribunale si limita a contemplare e a disciplinare l'ipotesi in cui all'adozione di un atto comunitario da parte di un'istituzione comunitaria, consegua l'obbligo per la stessa di procedere alla sua pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale* riferendosi quindi alle sole circostanze individuate dall'art. 254 TCE primo e secondo paragrafo, di cui *supra*.

Rispetto quindi ad un soggetto non destinatario di una decisione adottata dalla Commissione nell'arco del procedimento amministrativo si pone il problema di comprendere quale sia il momento privilegiato a partire dal quale effettuare il compito dei termini nel rispetto di quanto disposto dall'art. 230 TCE.

Invero, il momento della pubblicazione dell'atto sembrerebbe il criterio generale da privilegiarsi anche nel contenzioso *antitrust* dal momento che, entrambi i Regolamenti di applicazione delle regole di concorrenza contengono una disposizione che obbliga la Commissione alla pubblicazione delle decisioni adottate nel corso del procedimento, nonostante un tale obbligo non si rinvenga nella lettera del Trattato (cfr. l'art. 30.1 del Reg. n. 1/2003 secondo cui la Commissione deve pubblicare le decisioni adottate in applicazione degli articoli da 7 a 10 e degli articoli 23 e 24; mentre ai sensi dell'art. 20.1 del Reg. n. 139/2004 la Commissione pubblica nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* le decisioni che adotta a norma dell'articolo 8, paragrafi da 1 a 6, e degli articoli 14 e 15, ad eccezione delle decisioni provvisorie prese conformemente all'articolo 18, paragrafo 2, unitamente al parere del comitato consultivo¹⁷⁰).

Tuttavia, considerando, da un lato, la facoltà attribuita ai soggetti terzi portatori di un legittimo interesse di prendere parte alla fase pre-contenziosa (v. *supra*, Cap. I, para. n. 3 ss.) e, dall'altro lato, la possibilità per la Commissione stessa di comunicare anche a tali soggetti non destinatari l'avvenuta adozione di una determinata decisione conclusiva del procedimento, in un momento quindi anteriore all'onere di pubblicazione appena menzionato¹⁷¹, privilegiare il criterio della pubblicazione, rispetto al momento dell'avvenuta conoscenza, potrebbe, come sostenuto di recente dalla Commissione stessa¹⁷², creare una

¹⁶⁹ Corsivo aggiunto.

¹⁷⁰ L'art. 18 paragrafo 2 dispone infatti, che in deroga al paragrafo 1 le decisioni a norma dell'articolo 7, paragrafo 3 e dell'art.8, paragrafo 5, possono essere prese a titolo provvisorio, senza fornire alle persone, imprese e associazioni di imprese interessate l'occasione di far conoscere preliminarmente il loro punto di vista, a condizione che la Commissione ne dia loro l'occasione al più presto possibile una volta presa la sua decisione.

¹⁷¹ Cfr. Trib. di primo grado, 19 giugno 2009, causa T-48/04, *Qualcomm Wireless Business Solutions Europe Bv c. Commissione*, non pubblicata in *Racc.*, punto 34.

¹⁷² Trib. primo grado, 19 giugno 2009, causa T- 48/04, *Qualcomm Wireless Business Solutions Europe Bv c. Commissione*, non pubblicata in *Racc.*

sorta di discriminazione tra il ricorrente destinatario della decisione e il soggetto individualmente e direttamente riguardato, potendo quest'ultimo usufruire di un maggior lasso temporale, ai sensi dell'art.102 del regolamento di procedura del Tribunale, per l'esperibilità di un'azione di annullamento. Tale differenza di trattamento tra le due categorie di soggetti inficerebbe in un certo senso la certezza giuridica, ben potendo l'atto controverso essere oggetto di più impugnazioni innanzi al Tribunale, prima da parte del soggetto destinatario formale della decisione e poi, in un secondo momento, dato il diverso termine *a quo* per impugnare, da parte del soggetto terzo.

La questione rileva poi in maniera preponderante nell'ambito del procedimento di controllo delle operazioni di concentrazioni poiché il regolamento n. 139/2004, a differenza del regolamento di applicazione degli articoli 81 e 82 TCE, impone alla Commissione di notificare la decisione definitiva sia agli Stati membri delle imprese partecipanti alle operazioni, che alle imprese interessate dall'operazione non destinatarie formali di una decisione di compatibilità o di incompatibilità (artt. 6.5 e 8.8 del Regolamento n. 139/2004¹⁷³), in aggiunta al generale obbligo di pubblicazione dell'atto sulla Gazzetta ufficiale prescritto dall'art. 20.2 del regolamento stesso¹⁷⁴.

In virtù di tale obbligo di notifica, infatti, anche un soggetto terzo potrebbe in linea di principio rivestire la qualifica di destinatario formale ed essere soggetto, per quanto riguarda il computo dei termini, al criterio della notificazione dell'atto, venendo così assimilato, dal punto di vista processuale, alla stretta del diretto destinatario formale della decisione.

Tale interpretazione del quadro normativo in oggetto è stata, invero, proposta dalla Commissione stessa in un caso recente nel quale, a titolo preliminare, l'esecutivo comunitario contestava la ricevibilità del ricorso sostenendo la violazione dei termini di cui all'articolo 230 CE.

Nella specie, il ricorso era stato promosso dalla *Qualcomm Wireless Business Solution Europea BV* (in prosieguo, *Qualcomm*), impresa concorrente e partecipante al procedimento amministrativo relativo al controllo delle operazioni di concentrazione, avverso una decisione che dichiarava compatibile con il mercato comune un'operazione di concentrazione interpresa da altre due diverse imprese (la *DaimlerChrysler* e la *Deutsche Telekom*) destinatarie dell'atto controverso. La *Qualcomm* promuoveva però la sua azione solo a seguito dell'avvenuta pubblicazione sulla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* della decisione amministrativa, nel rispetto della modalità di calcolo dei termini previsti dal regolamento di procedura del Tribunale.

A fondamento della sua eccezione la Commissione, sottolineava come la decisione fosse stata comunicata alla ricorrente in una data anteriore alla pubblicazione dell'atto, momento a partire dal quale, secondo la stessa, si sarebbe, pertanto, dovuto computare il termine di due mesi.

¹⁷³ Gli articoli 6 e 8 del Regolamento n. 139/2004, rispettivamente al comma 5° e 8°, recitano infatti che la Commissione informa senza indugio della sua decisione le imprese interessate, nonché le autorità competenti degli Stati membri. L'articolo 6 del regolamento concerne in particolare l'esame della notificazione da parte della Commissione e l'avvio del procedimento; mentre l'articolo 8 concerne i poteri di decisione della attribuiti alla Commissione.

¹⁷⁴ Si noti come l'articolo 20 secondo paragrafo del Regolamento n. 139/2004 obbliga la Commissione ad una pubblicazione parziale del testo della decisione, imponendole unicamente di indicare «le parti interessate e il contenuto essenziale della decisione; essa deve tener conto dell'interesse delle imprese a che non vengano divulgati i segreti relativi ai loro affari».

Il caso in esame¹⁷⁵ assume una rilevanza peculiare con riferimento al contenzioso *antitrust*, in quanto la argomentazioni sviluppate dall'esecutivo a sostegno della sua eccezione hanno permesso al Tribunale di chiarire la nozione di notificazione di una decisione, nonché di individuare i momenti a partire dai quali vada calcolato il termine di cui all'art.230 TCE, in caso di ricorso promosso da un soggetto terzo. La Commissione infatti tendeva, attraverso la sua eccezione, a far confluire l'eventuale comunicazione di una decisione ad un soggetto terzo partecipante al procedimento amministrativo, nella nozione di notificazione di un atto di cui all'art.254 TCE.

Il Tribunale, invece, non considerando pertinente il ragionamento della Commissione fondato sulla sua facoltà utilizzata nella prassi di notificare/trasmettere le decisioni adottate anche ai soggetti terzi diversi dai destinatari, rammentava come la via perseguita dalla Commissione avrebbe rischiato di estendere la nozione di destinatario formale di una decisione (ricomprendendo tanto i destinatari individuati formalmente nella decisione quanto ogni altro soggetto designato come tale dalla Commissione senza esserlo stato nella decisione di cui trattasi), vanificando gli effetti dell'obbligo di pubblicazione previsti dal regolamento e conferendo, al contempo, un potere discrezionale alla Commissione di individuare, tra i soggetti che non figurano nominativamente come destinatari in una decisione, quelli che possono intentare un ricorso a partire dalla notificazione di tale decisione e non a partire dalla sua pubblicazione. La concessione di un potere di tale portata in capo alla Commissione, secondo il Tribunale, avrebbe integrato una violazione del principio di parità di trattamento, nella misura in cui si sarebbe instaurato un diverso regime tra le persone cui la Commissione avesse deciso di notificare una decisione (anche se terzi) e tutti i diversi soggetti, potenzialmente interessati ad impugnare l'atto, per i quali il termine avrebbe dovuto continuare a computarsi a partire dalla data di pubblicazione in Gazzetta. Correttamente, infatti, secondo il Tribunale, la Commissione non disporrebbe in ogni caso dei mezzi idonei ad identificare *a priori* tutti i soggetti in linea di principio direttamente e individualmente riguardati da una decisione e, nella fattispecie, tutti i concorrenti attuali o potenziali presenti sul mercato, che potrebbero subire un pregiudizio a causa di un'operazione di concentrazione autorizzata.

Il Tribunale pertanto statuiva che sulla base della giurisprudenza, per "notificazione" deve intendersi unicamente l'operazione con cui l'autore di un atto di portata individuale comunica quest'ultimo al suo destinatario, ponendolo nelle condizioni di prenderne conoscenza e che, pertanto, può considerarsi destinatario solamente il soggetto nominativamente designato nell'atto¹⁷⁶.

Sulla base di questa premessa il Tribunale enfatizza la finalità dell'obbligo di pubblicazione di cui all'art.20.1 del Reg. 139/2004, previsto proprio al fine di garantire l'accesso a tutte le informazioni essenziali necessarie alla proposizione di un ricorso in annullamento¹⁷⁷.

In conclusione, secondo l'organo di prima istanza vigendo un obbligo in capo alla Commissione di pubblicazione delle decisioni adottate nel corso del procedimento amministrativo, l'eventuale previa conoscenza dell'atto non co-

¹⁷⁵ Trib. di primo grado, 19 giugno 2009, causa T-48/04, *Qualcomm Wireless Business Solutions Europe Bv c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Racc.*, punto 49.

¹⁷⁶ Trib. primo grado, 19 giugno 2009, causa T-48/04, *Qualcomm Wireless Business Solutions Europe Bv c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Racc.*, punto 47

¹⁷⁷ Punto 53 sentenza *ult. cit.*

stituisce il momento a partire dal quale computare i termini di cui all'art. 230.5 TCE, in quanto in conformità con l'art.20.1, il conteggio temporale deve effettuarsi a partire dalla data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.

Tale statuizione sembra del resto porsi perfettamente in linea con la giurisprudenza prevalente secondo cui, dal tenore del disposto di cui all'articolo 230 TCE, risulterebbe che il criterio della data in cui si è avuta conoscenza dell'atto impugnato come *dies a quo* del termine di impugnazione, sia sussidiario rispetto a quelli della pubblicazione oppure della notificazione di una decisione.

Nell'ambito di un contenzioso in materia *antitrust*, quindi, la verifica circa la ricevibilità di un ricorso di annullamento, con riferimento al rispetto del termine di due mesi previsto dall'art.230 TCE, comporta una distinzione tra i destinatari formali di una decisione (ossia i soggetti nominativamente indicati nell'atto) e i soggetti terzi partecipanti al procedimento, per cui sotto questo profilo la Commissione non sembra potersi avvalere utilmente dello strumento dell'eccezione di ricevibilità ai sensi dell'art.114 del regolamento di procedura del Tribunale (v. *supra*, para. n. 2.3.2).

Inoltre, data la perfetta simmetria tra la disposizione di cui all'art. 20 del Reg. sulle operazioni di concentrazione e quanto disposto dall'art. 30¹⁷⁸ del Reg. n.1/2003, non vi è ragione per dubitare di un'automatica applicazione del medesimo principio anche per le decisioni adottate in questo procedimento, come del resto già sopra accennato. Entrambe le disposizioni impongono nella sostanza la pubblicazione per le decisioni con cui la Commissione accerta un'infrazione o incompatibilità con il mercato comune, quando le parti non rispettano gli impegni assunti oppure non rispettano le condizioni cui l'operazione era stata autorizzata, quando viene accertata l'inapplicabilità dei due regolamenti, nonché in ipotesi di autorizzazione o di diniego di un'operazione di concentrazione.

La posizione assunta dal Tribunale nel caso ora descritto va salutata con favore in quanto propensa a non delimitare la categoria dei soggetti potenzialmente idonei ed interessati ad instaurare un giudizio innanzi al Tribunale in materia di concorrenza, facendo intendere come il diritto di accesso al giudice al giudice comunitario, in linea di principio, vada attribuito a qualsiasi concorrente o diverso soggetto operante sul mercato interessato da una decisione di infrazione adottata dalla Commissione, qualora in concreto sia direttamente e individualmente interessato dall'atto.

E' bene osservare però, come il criterio utilizzato dal giudice comunitario al fine di concedere la legittimazione ad agire in una controversia in materia di concorrenza sembrerebbe in effetti proprio la partecipazione del soggetto agente al procedimento amministrativo pre-contenzioso¹⁷⁹, ossia il procedimento che

¹⁷⁸ L'art. 20 del Regolamento 139/2004 dispone che «1. La Commissione pubblica nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea le decisioni che adotta a norma dell'art. 8, paragrafi da 1 a 6, e degli articoli 14 e 15, ad eccezione delle decisioni provvisorie prese conformemente all'art.18, paragrafo 2, unitamente al parere del comitato consultivo. 2. La pubblicazione indica le parti interessate e il contenuto essenziale della decisione; essa deve tener conto dell'interesse dell'impresa a che non vengano divulgati i segreti relativi ai loro affari». Ai sensi dell'art. 30 del Regolamento n. 1/2003« 1. La Commissione pubblica le decisioni adottate in applicazione degli articoli da 7 a 10 e degli articoli 23 e 24. 2. L pubblicazione indica le parti interessate e il contenuto essenziale della decisione, comprese le sanzioni irrogate. Essa tiene conto del legittimo interesse delle imprese alla protezione dei propri segreti aziendali».

¹⁷⁹ Corte giust., 28 febbraio1986, Causa 169/84, *Cofaz c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 391, punti 24 2 5; Corte di giust., 31marzo 1998, causa C- 68/94 e C-30/95, *Francia c. Com-*

conduce tramite l'acquisizione di informazioni e di indagine all'adozione da parte della Commissione della decisione controversa (v. *supra*, Cap. I, para. n. 3 ss).

In particolare, tale criterio viene impiegato dal Tribunale al fine di valutare la sussistenza dell'*interesse individuale* nel ricorrente rispetto ad una decisione adottata dalla Commissione¹⁸⁰. E' in virtù di tale tipo di valutazione che la dottrina afferma, inoltre, una certa apertura nell'interpretazione dei requisiti soggettivi di cui all'art.230 TCE¹⁸¹ nell'ambito del diritto *antitrust*.

Pertanto, la preoccupazione sostenuta dalla Commissione nel caso da ultimo descritto e il suo tentativo di uniformare, con riferimento ai termini di impugnazione ex art. 230 TCE, la posizione del destinatario formale di una decisione alla posizione della impresa terza partecipante al procedimento dovrebbe essere considerata anche alla luce di tale orientamento giurisprudenziale.

Dalla giurisprudenza, in realtà, non emergono le ragioni che hanno portato il giudice comunitario a qualificare la partecipazione al procedimento amministrativo come un canone di riferimento per la valutazione dell'interesse individuale del ricorrente. Nel caso *Easy Jet*¹⁸² il Tribunale precisa anche come tale criterio non sia da solo sufficiente a stabilire se una impresa terza possa considerarsi individualmente riguardata da una decisione di compatibilità con il mercato comune di un'operazione di concentrazione, essendo necessario per la stessa essere qualificabile come concorrente di una delle imprese parti dell'operazione e operante sul medesimo mercato di quest'ultima¹⁸³. Successivamente, considera il ricorso ricevibile dal punto di vista soggettivo, rilevando come l'operazione fosse potenzialmente idonea a pregiudicare gli interessi commerciali della ricorrente. In realtà, da alcune sentenze sembrerebbe potersi desumere che il criterio della partecipazione al procedimento non sia neppure una condizione necessaria in talune circostanze. Infatti il Tribunale ha sottolineato, nel caso *Metropole*¹⁸⁴, come diversamente, se la legittimazione attiva dei soggetti terzi venisse subordinata alla loro effettiva partecipazione nel corso del procedimento amministrativo di fatto verrebbe introdotta un'ulteriore condizione di *ricevibilità supplementare, sotto forma di un procedimento precontenzioso obbligatorio non previsto dall'art. 230 TCE*¹⁸⁵. Tuttavia anche in tale

missione, (kali & Salz), in Racc., pag., I-1375, punto 54; Trib. primo grado, 24 marzo 1994, causa T-3/93, *Société anonyme à participation ouvrière Cmpagnie National Air France c. Commissione*, in Racc., pag.II-121, punto 54; Tribunale primo grado, 3 aprile 2003, causa T-114/02 *Babyliss c. Commissione*, in Racc., pag. punto57; Trib. primo grado 4 luglio 2006, *Easy jet c. Commissione*, in Racc., pag.II-1931, punto 38.

¹⁸⁰ Cfr. a riguardo A. ALBORS-LLORENS, *The standing of private parties to challenge community measures :has the European Court Missed the Boat?*, in *Cambridge Law Journal*, March, 2003, pag.79.

¹⁸¹ D. GERARDIN, N. PETIT, *Diritto della concorrenza e ricorso per annullamento*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (cura di) *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, pag. 49; A. ALBORS-LLORENS, *The standing of private parties to challenge community meauseres: has the European Court missed the Boat?*, in *Cambridge Law Journal*, March, 2003, pag.79-80

¹⁸² Trib. primo grado 4 luglio 2006,causa T-177/04, *EasyJet c. Commissione*, in Racc., pag. II-1931.

¹⁸³ Trib. primo grado 4 luglio 2006, causa T-177/04, *EasyJet c.Commissione*, supra cit., punto38.

¹⁸⁴ Trib. primo grado, 8 ottobre 2002, cause riunite T-185/00, T-216/00, T-299/00, *Metropole Television e a. c. Commissione*, in Racc., pag. II-3805.

¹⁸⁵ Trib. primo grado, 8 ottobre 2002, cause riunite T-185/00 e a., *Metropole ult. cit. pun-* to 62; Cfr. anche Trib. primo grado 27 aprile 1995, causa T-96/92, *Comité central d'enterprise*

pronuncia non viene esplicitato il ragionamento sottostante alla suddetta affermazione che sembra pertanto doversi qualificare come una sorta di *obiter dicta*.

Tali pronunce, in conclusione, non apportano alcuna precisazione che aiuti a comprendere il valore attribuito dal giudice comunitario all'elemento della partecipazione, ai fini di vagliare la sussistenza della legittimazione ad agire di un'impresa terza.

La partecipazione al procedimento da parte di un'impresa è normalmente garantita dalla Commissione, proprio ai concorrenti delle parti di un'operazione (oppure ai concorrenti di un'impresa che abbia violato gli artt. 81 e 82 TCE) al fine di acquisire informazioni tecniche relative allo stato del mercato rilevante, alle peculiarità del settore di riferimento; informazioni che per la loro specificità richiedono l'apporto dei singoli operatori interessati e operanti in quel particolare mercato (v. *supra*, Cap. I, para. n. 3 ss.). Da questo punto di vista va detto come una posizione più sfumata del giudice comunitario emerga anche rispetto all'interpretazione della nozione di «*di gruppo economico/cerchia ristretta di operatori economici identificati o identificabili da parte della Commissione*», riscontrabile in alcune pronunce della Corte¹⁸⁶. Emerge infatti dalla giurisprudenza della Corte come nel caso in cui una decisione riguardi un gruppo di soggetti individuati oppure individuabili al momento dell'adozione dell'atto dalla Commissione in base a criteri tipici dei membri di un determinato gruppo, tali soggetti possano considerarsi individualmente interessati da tale atto, in quanto facenti parte di un gruppo ristretto di operatori economici. Si tratta però di pronunce isolate e non adottate nel contesto del diritto *antitrust*¹⁸⁷, anche se questo in linea di principio non ne esclude l'applicazione in questo ambito.

Rispetto a tale giurisprudenza della Corte di giustizia, il Tribunale sembra utilizzare quindi un approccio più restrittivo per quanto concerne l'interpretazione dei requisiti soggettivi di cui all'art. 230 TCE, rifiutandosi di qualificare il requisito della partecipazione al procedimento precontenzioso come criterio oggettivo di valutazione della legittimazione ad agire, nonostante tale elemento nella pratica abbia sempre garantito l'accesso al giudice comunitario¹⁸⁸. Tale riscontro si deduce anche dal tentativo della Commissione di individuare una diversa argomentazione per contestare la legittimazione ad agire

de la Société générales grandes sources e a c. Commissione, in *Racc.*, pag. II-1213, punti 35 e 36; Trib. primo grado 27 aprile 1995, causa T-12/93, *Comité central d'entreprise de la société anonyme Vittel e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag., II-1247, punti 46-47

¹⁸⁶ Corte giust., 17 gennaio 1985, causa 11/82, *Piraiiki-Patraiki e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 207, punti 7-9; Corte giust., 13 marzo 2008, causa C-125/06P, *Commissione c. Infront WM*, in *Racc.*, pag. I-1451, para. 70 ss; Corte giust., 17 aprile 2008, cause riunite C-373/06P, C-379/06, C-382/06, *Thomas Flaherty e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-2649, punto 41.

¹⁸⁷ Le pronunce di cui *supra* sono state emesse dalla Corte di giustizia in materia di diritti esclusivi nel settore televisivo e in materia di pesca.

¹⁸⁸ Invero anche con riferimento alla disciplina degli aiuti di Stato la Corte di giustizia ha sottolineato come il criterio della partecipazione non possa venir considerato quale presupposto necessario per concedere la legittimazione ad agire ai sensi dell'art. 230.4 cfr. ad esempio Corte di giustizia, 22 novembre 2007, C-260/05, *Sniace Sa c. Commissione*, in *Racc.*, pag., I-1005, punti 57 ss. Per un contributo recente circa la legittimazione ad agire dei ricorrenti non privilegiati in materia di aiuti di Stato cfr. B. GENCARELLI *The standing of Third Parties Aid Cases: Recent Developments in the Case Law of the ECJ*, in *Legal Remedies in European Tax Law*, Amsterdam, 2009.

dei ricorrenti non destinatari formali di una decisione *antitrust*, come si è potuto vedere nell'analizzato caso *Qualcomm*.

Bisogna, infine, rilevare come la difficoltà per un ricorrente di dimostrare il suo interesse diretto ed individuale rispetto ad una decisione adottata in materia *antitrust* di cui non appare destinatario formale può essere agevolmente superata ricorrendo ad un espediente puramente processuale.

Il Tribunale, infatti, quando un ricorso viene proposto da più soggetti si esprime per la ricevibilità dello stesso nel momento in cui riscontri la sussistenza della legittimazione ad agire in capo ad uno solo dei ricorrenti senza ritenere necessario operare una verifica circa la sussistenza dei requisiti, ai sensi dell'art.230.4 comma TCE, con riferimento alla posizione soggettiva di ogni singolo ricorrente¹⁸⁹. Anche sotto questo profilo appare opportuno riferirsi ad un caso concreto. La *Nederlands Vakbond Varkenshouders* (in prosiegua la *NVV*) è un sindacato olandese costituito al fine di rappresentare e tutelare gli interessi degli allevatori di suini, cui aderiscono 3000 membri e che rappresenta approssimativamente il 50% dell'insieme degli allevamenti di suini nei Paesi Bassi. Dopo aver partecipato ad un procedimento relativo ad un'operazione di concentrazione voluto dalla concorrente *Sovion* (impresa olandese attiva nella macellazione del bestiame e suini nonché operante nel settore della produzione lavorazione e vendita di prodotti a base di carne) diretto all'acquisto del controllo esclusivo della totalità della *Hendrix Meat Group* (impresa attiva nei Paesi Bassi e operante nel settore della macellazione di suini e in quello della produzione, lavorazione e vendita delle carni), la *NVV* impugnava la decisione di compatibilità dell'operazione con il mercato comune adottata dalla Commissione unitamente ad un allevatore di suini nonché suo membro (il *Sig.Schep*) e alla *Nederlands Bond van Hadelaren in Vee* (in prosiegua NBHV), i quali invece non avevano preso parte al procedimento pre-contenzioso.

La Commissione pertanto contestava la legittimazione ad agire di tali ultimi due ricorrenti sostenendo come la legittimazione ad agire ad agire dovesse essere dimostrata individualmente e sottolineando, tra l'altro, come si dovesse evitare la fattispecie in cui «nell'ambito di un'eventuale impugnazione proposta da uno dei ricorrenti mancante di legittimazione, la Commissione sarebbe nell'impossibilità di invocare per la prima volta la mancanza di legittimazione di agire di quest'ultimo»¹⁹⁰. Il Tribunale, di contro, rilevava come poiché la legittimazione ad agire della *NVV* (sindacato) non potesse essere messa in discussione considerata la sua partecipazione attiva al procedimento amministrativo, come era stato del resto riconosciuto dalla Commissione stessa¹⁹¹, trattandosi di un unico ricorso proposto da più soggetti, la ricevibilità dello stesso in considerazione della posizione soggettiva di un solo ricorrente, consentiva, per giurisprudenza consolidata, di non esaminare la legittimazione ad agire degli altri ricorrenti¹⁹². Il Tribunale precisa inoltre come detta giurisprudenza trovasse il suo fondamento in ragione di economia processuale, nonché sulla circostanza che «nel caso di unico ricorso proposto da più ricorrenti anche volendo

¹⁸⁹ Trib. primo grado, 12 dicembre 2007, causa T- 112/05, *Akzo Nobel Nv e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag., punto 31; Trib. primo grado, 7 maggio 2009, causa T- 151/05, *Nederlands Vakbond Varkenshouders e.a (NVV) e. a. c. Commissione*, non pubblicata in *Racc.*, punto 44 ss.

¹⁹⁰ Trib. primo grado Trib. primo grado, 7 maggio 2009, causa T- 151/05, *Nederlands Vakbond Varkenshouders e.a (NVV) e. a. c. Commissione*, non pubblicata in *Racc.*, punto 42

¹⁹¹ punto 44 della sentenza *supra cit.*

¹⁹² punto 45 della sentenza *supra cit.*

supporre che uno di questi ultimi non sia legittimato, il Tribunale deve ciò nondimeno esaminare nel merito integralmente tutti i motivi di annullamento e gli argomenti dedotti»¹⁹³.

Pertanto per tali ragioni, a giudizio del Tribunale, l'azione introdotta da più soggetti nel momento in cui verta sui medesimi motivi di impugnazione dell'atto consente di considerare ricevibile il ricorso dal punto di vista soggettivo, laddove risulti certa la legittimazione ad agire di uno solo dei ricorrenti, per ragioni di economia processuale.

Tale giurisprudenza rileva, poi, a maggior ragione nell'ipotesi in cui un ricorso per annullamento venga proposto da un gruppo di società. Nel caso *Akzo Nobel*¹⁹⁴ ad esempio, la società madre (*Akzo Nobel NV*), congiuntamente alle sue controllate, promuoveva un'azione di annullamento al fine di ottenere l'annullamento della decisione sanzionatoria adottata dalla Commissione, tramite cui veniva accertata una violazione dell'art. 81 TCE da parte di queste ultime. La Commissione in particolare asseriva che la decisione dovesse essere indirizzata anche alla società madre, nonostante quest'ultima non avesse partecipato personalmente all'intesa. La Commissione in particolare da una lato sosteneva come in virtù della partecipazione del 100% detenuta dalla società madre, il gruppo costituisse unitamente un'impresa ai sensi dell'art.81 TCE (v. *supra*, Cap. I) e che, pertanto, le società controllate non potevano considerarsi entità autonomamente operanti sul mercato. Sulla base di tali considerazioni infatti la Commissione aveva qualificato la *Akzo Nobel* solidalmente responsabile dell'infrazione accertata nei confronti della sua controllata *Akzo Nobel AB*. La decisione sanzionatoria era stata pertanto notificata ad entrambe le imprese.

Sotto il profilo processuale però l'esecutivo eccepiva la carenza della legittimazione ad agire delle società controllate non destinatarie formali della decisione, asserendo come nel loro ricorso le ricorrenti intendessero in realtà contestare la responsabilità della società madre con riferimento all'imputazione della responsabilità dell'infrazione attribuita a loro dalla Commissione¹⁹⁵.

Il Tribunale, tuttavia ricorrendo alla giurisprudenza del "ricorso unico", riscontrando la legittimazione ad agire della società madre, riteneva non necessario verificare la sussistenza di un interesse diretto ed individuale rispetto alle posizioni giuridiche delle altre società attrici facenti parte del gruppo *Akzo*¹⁹⁶. Per fini di completezza, va ricordato come nel merito la sentenza di primo grado sia stata confermata in sede di impugnazione da parte della Corte di giustizia. In virtù di tale pronuncia si è affermato pertanto come in ipotesi di una detenzione del 100% del capitale da parte di una società madre di un gruppo, sussista una presunzione oggettiva per la quale alla stessa possa essere imputata la responsabilità delle condotte anticoncorrenziali attuate sul mercato dalle sue controllate¹⁹⁷.

¹⁹³ punto 46 della sentenza *supra cit.*

¹⁹⁴ Trib. primo grado, Trib. primo grado, 12 dicembre 2007, causa T- 112/05, *Akzo Nobel Nv e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag.: II-5049, confermata dalla Corte di giust., il 23 aprile 2009, causa C-97/08, *Akzo Nobel e a. c. Commissione*, non pubblicata in *Racc.*

¹⁹⁵ Cfr. punto 37 della relazione di udienza.

¹⁹⁶ punto 31 sentenza *supra cit.*

¹⁹⁷ Corte giust., il 23 aprile 2009, causa C-97/8, *Akzo Nobel e a. c. Commissione*, non pubblicata in *Racc.* Per un commento concernente il percorso giurisprudenziale che ha portato i giudici comunitari ad affermare il principio di responsabilità solidale della casa madre rispetto a violazioni delle norme *antitrust* poste in essere da imprese controllate cfr. J BOURKE, *Parent*

Per quanto riguarda invece la ricevibilità di un ricorso sotto il profilo oggettivo si è visto (v. *supra*, para, n. 3.2) come l'oggetto materiale del ricorso senza dubbi possa essere costituito da tutte quelle decisioni prescritte dai regolamenti di applicazione delle norme *antitrust*, in quanto costituendo il momento conclusivo di un processo decisionale della Commissione presentano il necessario requisito della definitività. Diversamente invece per giurisprudenza consolidata viene negata ad un'impresa la possibilità di impugnare la comunicazione degli addebiti, ossia l'atto con il quale la Commissione manifesta la sua intenzione di avviare, nei confronti del destinatario, il procedimento amministrativo. Nonostante tale atto in un certo senso comporti una modifica nella posizione soggettiva del suo destinatario, esso viene qualificato dalla giurisprudenza come *atto meramente preparatorio*¹⁹⁸. La ragione di tale impossibilità viene opportunamente esplicitata dalla Corte di giustizia nella sentenza *IBM (International Business Mashines Corporation)*¹⁹⁹ nella quale la Corte motiva come diversamente il giudice diverrebbe costretto a pronunciarsi su questioni rispetto alle quali la Commissione non ha ancora avuto modo di esprimersi. Si creerebbe, pertanto, secondo la Corte, una anticipazione del giudizio di merito e in tal modo le varie fasi del procedimento amministrativo verrebbero confuse con il procedimento giurisdizionale. In particolare, sulla base di tali premesse, un ricorso per annullamento viene considerato incompatibile con i principi relativi al riparto delle competenze tra la Corte e la Commissione, nonché con il quadro degli strumenti processuali stabiliti dal Trattato²⁰⁰. E' bene tuttavia rilevare come nel contenzioso *antitrust* la legittimità di una decisione venga valutata solamente alla luce degli elementi disponibili al momento dell'adozione della stessa nel corso del procedimento amministrativo²⁰¹. Pertanto, si vieta al ricorrente di avvalersi davanti al giudice comunitario di elementi di fatto non portati a conoscenza della Commissione nel corso di un procedimento amministrativo. Tale limitazione trova invero fondamento nelle garanzie di cui gode l'impresa accusata nel corso del procedimento amministrativo.

Secondo la giurisprudenza infatti, la comunicazione degli addebiti deve contenere un'esposizione degli addebiti redatta in termini che, per quanto sommari, siano sufficientemente chiari per consentire agli interessati di prendere atto dei comportamenti di cui la Commissione fa loro carico. Solo a questa condizione, infatti, la comunicazione degli addebiti può assolvere la funzione ad essa attribuita dai regolamenti comunitari e consistente nel fornire alle imprese e alle associazioni d'impresa tutti gli elementi necessari per provvedere utilmente alla propria difesa prima che la Commissione adotti una decisione

tal liability for Cartels infringement, in *Competition Policy International*, November, 2009, pag. 1 ss.

¹⁹⁸ Corte giust., 7 luglio 1981, Causa 60/81, *International Business Mashines Corporation (IBM) c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 2639, punto 21; Trib. primo grado, 18 dicembre 1992, cause riunite T-10/92, T-11/92 e T-15/92, *Cimenteries CBR e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-2667, punto 43

¹⁹⁹ Sentenza IBM *supra cit.*

²⁰⁰ Sentenza IBM *supra cit.* punto 20.

²⁰¹ Corte giust., 7 febbraio 1979, cause riunite 15/76 e 16/76, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 321, punto 7; Trib. primo grado, 22 ottobre 1996, cause riunite T-79/95 e T-80/95 *SNCF e British Railways c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-1491, punto 48; Corte 14 settembre 1994, cause riunite da C-278/a C- 280/92, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-4103 punto 31; Corte giust., 13 giugno 2002, causa C- 382/99, *Paesi Bassi c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-5163, punto 49 e 76.

definitiva²⁰². Inoltre, in linea di principio, nel corso del procedimento amministrativo solo i documenti che sono stati citati o menzionati nella comunicazione degli addebiti costituiscono mezzi di prova validi²⁰³.

Da quanto precede si comprende come il contenuto della comunicazione degli addebiti, rappresenta il presupposto giuridico fattuale sulla base del quale, non solo si instaura il contraddittorio tra la Commissione e le imprese coinvolte nel procedimento amministrativo ma si fonda anche il convincimento del giudice per decretare la validità delle prove dedotte in giudizio.

In considerazione di ciò si può considerare con favore come, nonostante la comunicazione degli addebiti non possa formare l'oggetto di un ricorso per annullamento, la valutazione del suo contenuto sembra poter costituire un motivo per promuovere un ricorso diretto ad ottenere il risarcimento del danno.

In materia di concorrenza, infatti, l'unica ipotesi in cui sia stata riscontrata dal Tribunale la sussistenza di una violazione grave e manifesta da parte dell'esecutivo comunitario (presupposto necessario per l'accertamento del diritto al risarcimento del danno, *infra*, para. n. 4), si riferisce al riscontro da parte del Tribunale di un errore nella redazione del contenuto proprio della comunicazione degli addebiti²⁰⁴.

Nel caso *Schneider*²⁰⁵, in particolare, il Tribunale sottolineava l'importanza della comunicazione degli addebiti quale atto tramite cui le imprese interessate vengono poste nella condizione di «reagire alle preoccupazioni espresse dall'istituzione regolatrice, da un lato, esprimendo il loro punto di vista e, dall'altro, prevedendo di sottoporre alla Commissione misure destinate a correggere l'impatto negativo dell'operazione notificata²⁰⁶». In considerazione di tale funzione della comunicazione degli addebiti, il Tribunale constatava quindi che la redazione di tale atto in modo non idoneo a prospettare all'impresa interessata che la mancata proposizione di misure correttive avrebbe escluso la possibilità di ottenere una decisione di compatibilità di un'operazione di concentrazione con il mercato comune, costituiva una violazione grave e manifesta²⁰⁷, tale da far sorgere la responsabilità extracontrattuale della Comunità²⁰⁸ (v. *infra*, para. n. 4).

²⁰² Corte giust., 31 marzo 1993, cause riunite C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85 e da C-125/85 a C-129/85, *Ahlstrom Osakeyhtio e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-1307, punto 42; Trib. primo grado, 16 dicembre 2003, cause riunite T-5/00 e T-6/00, *DEP Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-5761, punto 33

²⁰³ Corte giust., 3 luglio 1991, causa C-62/86 *Akzo c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-3359, punto 21.

²⁰⁴ Cfr. Trib. primo grado, 11 luglio 2007, causa T-351/03, *Schneider Electric SA c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-2237, punto 170.

²⁰⁵ Con riferimento al caso *Schneider* cfr. S. HOLMES, *Blocking Merger Unlawfully: Following the Schneider/Legrand Decision, The Commission now risks Liability in tort*, in *Competition Law Insight*, May 30, 2008; C. GORDON E S. HOLMES, *The Commission Liability for bad Merger's decisions*, in *Competition Law insight*, September 2009, M. L. AITOR., *Non contractual liability of the European Community in competition matters: The aftermath of the CFI Judgment of 11 July 2007 in case T-351/03, Schneider c. Commissione*, in *Global Competition Policy*, February 2008; N. PETIT E M. RATO, *The Commission 's non contractual liability in the field of MergerControl-Don't use a hammer when you need a screwdriver*, pubblicato sul sito eSapience Center for Competition Law

²⁰⁶ Trib. primo grado, 11 luglio 2007, causa T-351/03, *Schneider Electric SA c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-2237, punto 148.

²⁰⁷ punto 152 sentenza *ult. cit.*

²⁰⁸ punto 157 sentenza *ult. cit.*

Tuttavia, sebbene il ricorso diretto ad accertare la responsabilità extracontrattuale della Comunità possa rappresentare in tali circostanze un valido rimedio alternativo al ricorso per annullamento, la regola secondo cui il Tribunale non sarebbe tenuto a considerare le argomentazioni sviluppate dal ricorrente nel corso del procedimento amministrativo se non riportate nell'atto introduttivo (v. *supra*, para. n. 2.2) combinata al limite posto dalla giurisprudenza secondo cui l'inquadramento dell'oggetto del ricorso operato dal ricorrente debba limitarsi ai soli dati emersi nel corso del procedimento amministrativo, sul fondamento dalla funzione attribuita alla comunicazione degli addebiti sopra descritta, permette agevolmente alla Commissione di esperire un'eccezione di ricevibilità ai sensi dell'art.114 del regolamento di procedura del Tribunale, per violazione delle formalità prescritte dal medesimo regolamento ai sensi dell'art. 44 (v. *supra*, para. n. 2.3)²⁰⁹.

L'eventuale accoglimento di una tale eccezione sembrerebbe comunque dipendere in realtà dalle modalità con le quali le parti sviluppano il contenuto dei propri atti. Così sembra infatti potersi dedurre dal ragionamento effettuato dal Tribunale nel caso *Microsoft*²¹⁰. In tale occasione, infatti, la Commissione, evocando la giurisprudenza relativa al combinato disposto di cui all'art.21 dello Statuto della Corte di giustizia e all'art.44 del regolamento di procedura del Tribunale, eccepiva l'irricevibilità del ricorso, contestando alla Microsoft la deduzione di argomentazioni sulla base di allegati esterni al ricorso.

Il Tribunale, effettivamente, rilevava come la ricorrente si fosse più volte riferita ai suddetti allegati, non tanto al fine di suffragare gli elementi di fatto e di diritto indicati negli atti di causa, quanto piuttosto al fine di introdurre elementi nuovi, la cui deduzione è in linea di principio vietata ai sensi dell'art. 48 del regolamento di procedura del Tribunale (v. *supra*, para. n. 2.3.2)Allo stesso tempo però, lo stesso organo giudicante sottolineava come anche la Commissione, pur avendo asserito che non fosse necessario tener conto degli sviluppi argomentativi fondati sugli allegati, ne avesse in realtà commentato alcuni punti *nelle note allegate ai propri atti processuali*. In considerazione di tale comportamento delle parti, il Tribunale non si pronunciava per l'irricevibilità del ricorso, affermando che i riferimenti agli allegati sarebbero stati tenuti in considerazione solo in quanto diretti a suffragare o completare i motivi e gli argomenti espressamente invocati dalle parti nei loro rispettivi atti di causa²¹¹.

Infatti per giurisprudenza consolidata, se è vero le parti non possono avvalersi di documenti o fatti che non siano stati oggetto del contraddittorio nel corso del procedimento amministrativo davanti alla Commissione, in quanto la legittimità di una decisione della Commissione deve valutarsi alla luce degli elementi disponibili al momento della sua adozione²¹², il Tribunale può considerare nuovi elementi laddove sia messo nella posizione di accertare che tali nuovi contenuti siano diretti a suffragare gli argomenti sviluppati nel ricorso. Secondo il Tribunale, infatti, la produzione di un allegato o di un nuovo elemento

²⁰⁹ Cfr. per tutte. Trib. primo grado, 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-3601, punto 91; Trib. primo grado, 5 settembre 2009, causa T-151/05 *NVV ea . c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Racc.*, punto 58.

²¹⁰ Trib. primo grado, 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-3601.

²¹¹ Trib. primo grado, 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-3601, punto. 99

²¹² Trib. primo grado, 5 settembre 2009, causa T-151/05, *NVV ea c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Racc.*, punto 58.

non necessariamente costituisce un tentativo di modificare il contesto di diritto e di fatto precedentemente delimitato nel corso del procedimento amministrativo, potendosi ricondurre invece all'attività di sviluppo di una serie di argomenti, nel semplice esercizio del diritto di difesa²¹³.

Infine, bisogna rilevare come le decisioni adottate dalla Commissione non costituiscano l'unica tipologia di atto comunitario sindacabile dai soggetti destinatari della normativa *antitrust*. Nel corso del primo capitolo si è avuto modo di enfatizzare l'importante funzione che in materia di concorrenza assumono per gli operatori economici le comunicazioni adottate dalla Commissione (v. *supra*, Cap. I, para. n. 2). Si tratta tuttavia di atti c.d. atipici ossia non menzionati nel testo del Trattato e che, in assenza di una precisa base giuridica, non possono considerarsi produttivi di effetti giuridici vincolanti nell'ordinamento comunitario²¹⁴ con la conseguenza di essere in via di principio sottratte al controllo di legalità garantito dai giudici dell'Unione europea. Va segnalato, però, come nonostante non possa attribuirsi alla comunicazione un'efficacia giuridica vincolante, la Commissione è obbligata a non discostarsi nell'esercizio delle sue funzioni a quanto espressamente dichiarato nell'atto di *soft law*.

La Corte, inoltre, ha da sempre garantito la possibilità di impugnare qualsiasi atto delle istituzioni se produttivo di effetti giuridici, indipendentemente dalla sua forma e/o dal suo *nomen iuris*. (v. *supra*, para. n. 3.1)²¹⁵. Sulla base di tale giurisprudenza e in considerazione delle caratteristiche proprie della comunicazione, in via generale si è affermata la possibilità di ricorrere avverso tale categoria di atti comunitari, se tramite la loro adozione si determinino di fatto obblighi specifici cui conseguono effetti giuridici rispetto alla norma tipica di riferimento²¹⁶.

Come anticipato nei precedenti paragrafi (v. *supra*, para n. 1.1) considerata l'impossibilità per i ricorrenti non privilegiati di esperire un'azione di annullamento avverso un atto di portata generale, quale ad esempio una comunicazio-

²¹³ Trib. primo grado, 5 settembre 2009, causa T-151/05 *NVV ea. C. Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 62 ss.; Cfr anche Trib. primo grado, 14 dicembre 2005, causa T-87/05, *EDP c. Commissione*, in *Racc.*, II-3745 punto 155

²¹⁴ Rispetto alla categoria degli atti atipici nell'ordinamento comunitario si rinvia a S. LEFEVRE, *Les actes communautaires atypiques*, Bruxelles, 2006; con riferimento, invece, alle sole comunicazioni della Commissione europea cfr. C. SANNA, *Aiuti di Stato e tutela dell'ambiente nel diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2009, pag. 101-115; M. ANTONIOLI, *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, Milano, 2000; M. C. REALE, *Le comunicazioni interpretative della Commissione delle Comunità europee*, in *Riv. Di Diritto Europeo*, 1993, pag.507 ss.; G. GRECO, *Sentenze della Corte e comunicazioni della Commissione: un'ulteriore fonte combinata di obblighi e di poteri amministrativi*, in *Riv. Italiana di diritto pubblico comunitario*, 1992, pag. 1315.

²¹⁵ Corte di giustizia, 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, pag. 263, punto 42. Sul punto cfr anche B. NASCIBENE E M.CONDINANZI (a cura di), *Giurisprudenza di diritto Comunitario. Casi scelti*, Milano, 2007, pag.166-168; Corte di giust. 16 giugno 1993, C-325/91, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, I-3283, punti 15ss; Corte di giust., 13 novembre 1991, C-303/90, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, I-5315, punti 24-25; Corte di giust., 30 aprile 1996, C-58/94, *Paesi bassi c. Consiglio*, in *Racc.*, I-2185, punti 25-27.

²¹⁶ In questo senso si veda B. NASCIBENE E M.CONDINANZI (a cura di), *Giurisprudenza di diritto Comunitario. Casi scelti*, Milano, 2007, pag.166-168; Corte di giust. 16 giugno 1993, C-325/91, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, I-3283, punti 15ss; Corte di giust., 13 novembre 1991, C-303/90, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, I-5315, punti 24-25; Corte di giust., 30 aprile 1996, C-58/94, *Paesi bassi c. Consiglio*, in *Racc.*, I-2185, punti 25-27; In generale sulla problematica inerente al controllo di legalità degli atti atipici cfr. S. LEFEVRE, *Les actes communautaires atypiques*, Bruxelles, 2006, pag. 342 ss.

ne della Commissione, un'impresa interessata potrà eventualmente esperire un'eccezione di invalidità ai sensi dell'art. 241 del Trattato. Bisogna ricordare però che in linea di principio l'art. 241 TCE contempla la possibilità di far valere in via incidentale l'illegittimità di un atto, unicamente nel caso di una controversia che metta in causa un regolamento adottato congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio, oppure un regolamento del Consiglio, della Commissione, e della Banca Centrale europea. A partire però dalla sentenza *Simmenthal* la Corte ha ampliato l'ambito di applicazione dell'art. 241 CE a tutti quegli atti comunitari che, pur non avendo la forma di regolamento, producono tuttavia effetti analoghi, ossia gli atti di carattere generale che proprio per questo motivo non potrebbero essere impugnati dai singoli ai sensi dell'art. 230 TCE. In tale sentenza la Corte ha anche precisato le condizioni cui viene subordinata la proposizione della suddetta eccezione in tali circostanze. In primo luogo, deve sussistere un collegamento stretto tra l'atto impugnato e quello di cui si fa valere incidentalmente l'illegittimità. Quest'ultimo, poi, deve essere applicabile direttamente o indirettamente alla fattispecie controversa e, infine, deve sussistere un nesso giuridico diretto tra la decisione individuale impugnata e l'atto di portata generale.

E' sulla base di tale giurisprudenza che nel caso *Dansk Rorindustri*²¹⁷ la Corte di giustizia ha affermato per la prima volta il diritto in capo ad un'impresa sanzionata mediante decisione dalla Commissione di contestare il contenuto di una comunicazione adottata dalla Commissione, perché contraria ad una norma primaria o di carattere derivato. Nella specie le ricorrenti eccepivano l'illegittimità degli Orientamenti relativi alle modalità di calcolo delle ammende, sostenendo che il criterio scelto dalla Commissione fosse contrario all'art. 15 del Regolamento 17/62(primo regolamento di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE) nonché a taluni principi generali del diritto comunitario (v. *infra* Cap.III, para. n. 4).

Oltre al giudizio di merito, tale pronuncia si rivela interessante con riferimento al diritto *antitrust* in quanto permette di comprendere sulla base di quali criteri giuridici, un'eccezione di invalidità venga considerata ricevibile dal giudice comunitario rispetto ad una comunicazione adottata dalla Commissione in materia di concorrenza. In particolare, il ragionamento effettuato dal giudice comunitario viene puntualmente illustrato nel testo delle conclusioni elaborate dall'avvocato generale. Quest'ultimo, nella specie, rilevava la portata generale degli Orientamenti, in quanto applicabili a situazioni oggettivamente determinate e comportando effetti giuridici nei confronti di categorie di persone considerate in modo generale ed astratto. Ricordando poi come il contenuto degli stessi vincolasse la condotta della Commissione, in quanto diretti a precisare i criteri che un'istituzione intende applicare nell'esercizio del proprio potere discrezionale, qualifica l'atto atipico come atto produttivo di effetti giuridici.

Pertanto, in capo alle imprese interessate sussisterebbe un diritto a che la Commissione si comporti in modo conforme concretamente ai suddetti orientamenti, i quali nella specie, obbligando l'esecutivo comunitario a seguire determinati passaggi nel procedimento di calcolo delle ammende e, in particolare,

²¹⁷ Corte di giustizia, 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02P, C-205/02P, da C-205/02 a C-213/02P, *Dansk Rorindustri e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-5425, punti 212 e 213. In particolare si vedano le conclusioni dell'avvocato generale A. Tizzano presentante l'8 luglio 2004 nelle cause C-189/02P, C-205/02P, da C-205/02 a C-213/02P, *Dansk Rorindustri e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-5425.

a riconoscere alle imprese determinate circostanze attenuanti e aggravanti, non possono considerarsi un atto meramente interno all'istituzione o dotato di rilevanza meramente interna. Il ragionamento si conclude con la dimostrazione circa la sussistenza di un nesso diretto tra la decisione impugnata e gli Orientamenti relativi al calcolo delle ammende. L'avvocato generale infatti riscontrava come sebbene i suddetti orientamenti non costituissero formalmente la base giuridica della decisione sanzionatoria impugnata dalle ricorrenti, ciò nonostante il nesso tra due atti dovesse individuarsi nel fatto che la Commissione avesse impiegato fedelmente i metodi descritti negli orientamenti, dal punto di vista del metodo seguito per la determinazione dell'ammontare²¹⁸.

4. Le condizioni dell'azione nel ricorso per responsabilità extracontrattuale nel diritto antitrust e il contenuto del ricorso.

A differenza di quanto accade per il ricorso in annullamento, le condizioni cui viene subordinata la facoltà di esperire un'azione volta ad ottenere il risarcimento del danno, sono il frutto di completa elaborazione giurisprudenziale, in assenza nella lettera del Trattato di una qualsiasi indicazione in merito.

L'articolo 235 TCE, infatti, si limita ad attribuire alla Corte di giustizia una competenza giurisdizionale rispetto alle controversie relative al risarcimento del danno di cui all'articolo 288 TCE. Questa ultima disposizione, poi, al secondo paragrafo, afferma un obbligo in capo alla Comunità, e nel contesto della responsabilità extracontrattuale, di risarcire i danni cagionati dalle sue istituzioni o da suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni, conformemente ai principi generali comuni degli Stati membri. Mentre per il tramite di un ricorso in annullamento si rende possibile, quindi, sindacare la legittimità di un atto comunitario produttivo di effetti giuridici sulla base dei motivi prescritti nell'art. 230 TCE, attraverso il ricorso per responsabilità extracontrattuale si vuole conseguire la riparazione di un pregiudizio subito a causa di un atto e/o di un comportamento imputabile ad una istituzione comunitaria (o ai suoi agenti)²¹⁹.

Nonostante la diversa *ratio* sottesa alle due azioni, la Corte sembrerebbe chiamata ad effettuare un giudizio di legalità degli atti comunitari anche nel contesto di un ricorso volto ad ottenere l'accertamento della responsabilità extracontrattuale della Comunità²²⁰, pur se al diverso fine di statuire se dall'eventuale illegittimità discenda un diritto all'indennizzo. A sostegno di tale considerazione si può ricordare come effettivamente, in un primo momento, la giurisprudenza considerasse inammissibile una domanda di risarcimento fondata sulla presunta illegittimità di un atto comunitario, qualora non ne fosse

²¹⁸ Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale A. Tizzano presentate l'8 luglio 2004 nelle cause C-189/02P, C-205/02P, da C-205/02 a C-213/02P, *Dansk Rorindustri e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-5425, punti 59 ss. Le conclusioni sono state confermate dalla Corte di Giustizia, 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02P, C-205/02P, da C-205/02 a C-213/02P, *Dansk Rorindustri e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-5425, punti 212 e 213.

²¹⁹ Trib. di primo grado, 27 settembre 2006, *Jungbunzlauer c. Commissione*, T-43/02, in *Racc.*, pag. II-3435, punto 48.

²²⁰ P. GILLIAUX, *L'intensité du contrôle de la légalité par le juridiction communautaires*, in *Journal de droit Européen*, Février 2009, pag.44

stato previamente richiesto l'annullamento²²¹. Inizialmente, pertanto, il diritto al risarcimento veniva riconosciuto dai giudici comunitari solo in relazione al controllo della legalità dell'atto comunitario, e subordinato al riscontro effettivo della illegittimità di quest'ultimo.

In seguito, però, la Corte, rivisitando la propria posizione originaria, è giunta a decretare il carattere autonomo dell'azione di responsabilità extracontrattuale, sottolineando tra l'altro come, in ragione della sua funzione e delle peculiari condizioni di esercizio, fosse necessario evitare che essa venisse utilizzata per perseguire un risultato raggiungibile tramite l'esperimento di una diversa azione prevista dal Trattato. Sotto questo profilo la giurisprudenza ha potuto così precisare, proprio in materia *antitrust*, come per determinare il danno, causato da un'azione illecita imputabile ad un'istituzione comunitaria, i giudici comunitari considerino *gli effetti della violazione che ha fatto sorgere la responsabilità e non quelli dell'atto in cui questa si iscrive e sempre purché l'istituzione potesse o dovesse adottare un atto di uguale effetto senza violare la norma di diritto*²²².

E' probabilmente in tale dichiarata distinzione dell'oggetto del controllo giurisdizionale tra le due azioni che va individuata la competenza di merito del giudice comunitario nel contesto dell'azione per responsabilità extracontrattuale, in contrapposizione al sindacato di legittimità garantito ai sensi dell'art. 230 (v. *supra*, para. n. 1.1)

Il carattere autonomo del ricorso per il risarcimento del danno garantisce, inoltre, la possibilità di adire il giudice comunitario per tale via, anche nell'ipotesi di inammissibilità del ricorso di annullamento previamente esperito potendosi così fondare le proprie pretese sulla presunta illegittimità del medesimo atto²²³.

E' bene osservare come per il sorgere della responsabilità extracontrattuale della Comunità, la giurisprudenza è consolidata nel richiedere la dimostrazione, da parte del ricorrente, del carattere illecito del comportamento attribuito alle istituzioni, dell'effettività del danno denunciato, nonché dell'esistenza di un nesso di causalità fra il comportamento contestato e il danno lamentato²²⁴.

Perché si possa procedere alla reintegrazione del patrimonio del soggetto danneggiato, la giurisprudenza richiede in primo luogo la prova di un danno effettivo, ossia qualificabile come reale e certo, non essendo invece risarcibile il

²²¹ K. LENAERTS, D. ARTS, I. MASELIS, *Procedural Law of the European Union*, London, 2006, pag. 370 dove si ricorda come nella sentenza *Plaumann* (Corte giust., 15 luglio 1963, causa 25/62, *Plaumann c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 197, punto 108 e/o 2° della motivazione) al punto 108 la Corte aveva considerato infondata la domanda di risarcimento del danno asserendo come « un atto amministrativo che non sia stato annullato non può di per sé costituire un illecito né causare quindi un danno agli amministrati. La domanda di risarcimento non è perciò ammissibile non potendo la Corte eliminare per tale via le conseguenze giuridiche di un provvedimento che non è stato annullato ».

²²² Trib primo grado, 11 luglio 2007, causa T-351/03, *Schneider Electric SA c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 2237, punto 263.

²²³ In questo senso cfr. M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino 2009, pag. 267.

²²⁴ Corte giust., 29 settembre 1982, causa 26/81, *Oleifici Mediterranei c. CEE*, in *Racc.*, pag. 3057, punto 16; Trib. primo grado 14 dicembre 2005, causa T- 383/00, *Beamglow c Parlamento e a.*, in *Racc.*, pag. II-5459, punto 95; Trib primo grado, 11 luglio 2007, causa T-351/03, *Schneider Electric SA c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-2237, punto 113.

danno puramente ipotetico²²⁵. Spetta al ricorrente in ogni caso fornire *prove concludenti in ordine all'esistenza o alla portata del danno lamentato*, nel senso di una dimostrazione materiale nonché quantitativa dello stesso²²⁶.

Una volta comprovata la sussistenza di un danno reale, è poi richiesta l'esistenza di un nesso di causalità tra il comportamento istituzionale denunciato e il danno subito²²⁷. Con riferimento a tale secondo requisito la giurisprudenza chiarisce l'esigenza di vagliarne la sussistenza *muovendo dall'analisi dei comportamenti esigibili da parte delle istituzioni in base allo stato delle conoscenze scientifiche del momento*²²⁸.

In particolare poi, quando a fondamento dell'azione risarcitoria, venga dedotta l'illegittimità di un atto comunitario, *«questa per poter essere idonea a far sorgere la responsabilità extracontrattuale della Comunità, deve costituire una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica intesa a conferire diritti ai singoli»*²²⁹.

I giudici comunitari valutano il carattere illegittimo dell'azione verificando se l'istituzione cui viene imputata la responsabilità abbia posto in essere una *violazione grave e manifesta dei limiti del suo potere discrezionale*²³⁰.

Tale interpretazione trova giustificazione nell'esigenza di tutelare l'esercizio delle funzioni istituzionali nell'interesse generale. Sebbene poi, per espressa previsione di una norma primaria (art. 7 TCE), ciascuna istituzione può agire solo nei limiti « delle attribuzioni che le sono conferite dal Trattato »²³¹, in ogni caso esse godono di un certo margine discrezionale al fine di adempiere alle rispettive prerogative nel quadro delle politiche comunitarie²³². Sotto questo profilo, infatti, va notato come sia irrilevante che l'atto adottato in violazione del diritto comunitario abbia carattere generale oppure individuale, risultando prioritaria invece, la complessità della situazione nella quale l'istituzione è chiamata ad operare, la difficoltà riscontrabile nel dovere di applicazione o interpretazione delle norme comunitarie. Diversamente, però, laddove il margine di azione di cui gode l'istituzione sia in realtà ridotto, in linea

²²⁵ Sulla necessità del carattere effettivo del danno si rinvia a M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, pag. 278.

²²⁶ Così espressamente Trib. primo grado, 11 luglio 2007, causa T- 351/03 *Schneider Electric SA c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-2237, punto 119 e giurisprudenza ivi citata.

²²⁷ Corte giust., 4 ottobre 1979, cause riunite 64/76, 113/76, 167/ 78, 239/78, 27/79, 28/79 e 45/79, *Durmortier Freres e a. c. Consiglio*, in *Racc.*, pag., 3091, punto 21; Trib. primo grado, 24 ottobre 2000, causa T-178/98, *Fresh Marine c. Commissione*, in *Racc.*, pag., II-3331, punto 118, confermata dalla sentenza della Cort. giust., 10 luglio 2003, causa C-472/00 P, *Commissione c. Fresh Marine*, in *Racc.*, pag. I- 7541.

²²⁸ Così espressamente M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, pag. 279.

²²⁹ In questo senso espressamente Trib. primo grado, 11 luglio 2007, causa T-35103, *Schneider Electric. Sa c. Commissione*, in *Racc.*, 2237, punto 114.

²³⁰ Corte giust., 19 aprile 2007, causa C-282/05 P, *Holcim (Deutschland) c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-2941, punto 47.

²³¹ L'art. 7 TCE infatti dispone al suo primo paragrafo che «L'esecuzione dei compiti affidati alla Comunità è assicurata da: - un Parlamento europeo,- un Consiglio, - una Corte di giustizia, - una Corte dei conti . Ciascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dal presente Trattato».

²³² In questo senso P. GILLIAUX, *L'intensité du controle de la légalité par les juridictions communautaires*, in *Journal de droit européen*, Février 2009, pag. 37 ss, punto 80

di principio la semplice violazione del diritto comunitario potrebbe far sorgere una responsabilità extracontrattuale in capo alla Comunità²³³.

Perché, poi, un pretesa risarcitoria possa venire accolta, la giurisprudenza richiede la sussistenza cumulativa delle condizioni di cui *supra*²³⁴, cosicché, l'eventuale mancanza di un solo presupposto, consente al giudice di respingere l'azione, senza dover tra l'altro procedere alla verifica dei rimanenti requisiti²³⁵.

Infine, per quanto riguarda i termini per la proposizione del ricorso, nel silenzio delle disposizioni del Trattato, lo Statuto della Corte di giustizia (art. 46) stabilisce una prescrizione di 5 anni, decorrente dal momento in cui si verifica il fatto che ha spinto all'esercizio dell'azione giurisdizionale²³⁶.

La norma statutaria prescrive inoltre l'interruzione della prescrizione al momento del deposito dell'istanza innanzi giudice comunitario, oppure qualora l'interessato abbia precedentemente rivolto la sua richiesta di risarcimento all'istituzione competente. In quest'ultimo caso, però, il deposito del ricorso dovrà rispettare i termini di due mesi di cui all'art. 230 TCE.

La giurisprudenza comunitaria precisa poi come il termine di prescrizione non possa iniziare a decorrere prima che sussistano tutte le condizioni cui viene subordinato l'obbligo di risarcimento e, in particolare, prima che si sia concretizzato il danno da risarcire. Ne consegue che in caso di risarcimento richiesto avverso un atto normativo, il termine di prescrizione inizierà a decorrere quando si siano prodotti gli effetti dannosi dell'atto. Nell'ipotesi, invece, di un'azione fondata sull'illegittimità di un atto (individuale), ipotesi più frequente in materia di concorrenza, il termine di prescrizione decorrerà dal momento in cui il soggetto danneggiato abbia avuto conoscenza dell'illegittimità del comportamento dell'Istituzione²³⁷.

A differenza del ricorso per annullamento la Corte ha avuto modo di chiarire come nell'ambito del ricorso per responsabilità extracontrattuale il rispetto del termine di prescrizione sia una condizione di ricevibilità del ricorso anche se non ha carattere d'ordine pubblico, la cui violazione, pertanto, non comporta un intervento *ex officio* da parte del giudice comunitario²³⁸.

²³³ Corte giust., 19 aprile 2007, causa C-282/05 P, *Holcim c. (Deutschland) c. Commissione*, in *Racc.*, I-2941, punto 50 e 47

²³⁴ Corte giust., 29 settembre 1982, causa 26/81, *Oleifici Mediterranei c. CEE*, in *Racc.*, pag. 3057, punto 16; Trib. primo grado, 16 ottobre 1996, causa T-336/94, *Efisol c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-1343, punto 30; Trib. primo grado, 21 aprile, 2005, causa T-28/03, *Holcim (Deutschland) AG c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-2941, punto 86

²³⁵ Corte giust., 15 settembre 1994, causa C-146/91, *Kydep c. Consiglio, e Commissione*, in *Racc.*, pag., I- 4199, punto 81; Trib. primo grado, 20 febbraio 2002, causa T-170/00, *Forde Reederei c. Consiglio e Commissione*, in *Racc.*, punto II-515, punto 37

²³⁶ L'art. 46 dello Statuto della Corte di giustizia dispone infatti come "Le azioni contro la Comunità in materia di responsabilità extracontrattuale si prescrivono in cinque anni a decorrere dal momento in cui avviene il fatto che da loro origine. La prescrizione è interrotta sia dall'istanza presentata alla Corte, sia dalla preventiva richiesta che il danneggiato può rivolgere all'istituzione competente della Comunità. In quest'ultimo caso l'istanza deve essere proposta nel termine di due mesi previsto dall'art. 230 TCE e dall'art. 146 del Trattato CE-EEA; sono applicabili, quando ne sia il caso, rispettivamente le disposizioni di cui all'art.232, secondo comma del Trattato CE e dell'articolo 148, secondo comma del Trattato CEEA.

²³⁷ Sul punto cfr. P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2005, pag. 80-81

²³⁸ Cfr. F. CASTILLO DE LA TORRE, *Le relevé d'office par la juridiction communautaire*, pag. 396 ss.

4.1 Il contenuto del ricorso nell'azione diretta al risarcimento del danno in materia di concorrenza e il giudizio di ricevibilità.

Con riferimento specifico al diritto della concorrenza non si ravvisa una cospicua giurisprudenza relativa alla responsabilità extracontrattuale riconducibile ad un atto oppure ad un comportamento posto in essere dalla Commissione nell'esercizio della sua funzione di attuare e tutelare la libera concorrenza nel mercato comune (art. 83 TCE). La dottrina rileva, d'altronde, come l'interesse verso questo strumento processuale sia in realtà cresciuto solo di recente²³⁹, a seguito delle pronunce in cui il Tribunale di primo grado ha annullato talune decisioni adottate dalla Commissione in applicazione del regolamento relativo alle operazioni di concentrazione n. 139/2004, rilevando la sussistenza di errori nella valutazione circa la compatibilità o la non compatibilità di un'operazione con il mercato comune, in quanto non supportata nella sua analisi prospettica da adeguati elementi probatori²⁴⁰. Effettivamente, dallo studio della casistica emerge la tendenza da parte delle imprese o diversi soggetti implicati in una controversia vertente sul diritto della concorrenza, a non considerare il ricorso ex art. 288 TCE come uno strumento alternativo al ricorso per annullamento, preferendosi invece esperire la suddetta azione solo dopo aver tentato un giudizio di legalità ai sensi dell'art. 230 TCE.²⁴¹

Probabilmente, una ragione di ciò può individuarsi nella difficoltà di comprendere come applicare i presupposti considerati necessari per la ricevibilità del ricorso (v. *supra*, para. n. 4) rispetto all'azione della Commissione nel diritto *antitrust*, la quale, in virtù delle sue funzioni e in conseguenza dei poteri di cui gode (v. *supra* Cap. I), è in tale ambito l'unica istituzione cui poter tentare di addebitare la responsabilità extracontrattuale della Comunità. Del resto, la mancanza di un riferimento normativo indicante lo scopo processuale dell'azione, l'oggetto e le eventuali condizioni cui subordinare il suo esercizio, rende incerta o quanto meno aleatoria l'attività di stesura dell'atto introduttivo e quindi il risultato perseguibile mediante la sua proposizione, pur se dal punto di vista della forma si possa far riferimento a quanto sviluppato dalla giurisprudenza in relazione all'art. 44 del regolamento di procedura del Tribunale, secondo cui dal contenuto del ricorso deve risultare l'oggetto della controversia,

²³⁹ Cfr. D. GERARDIN, N. PETIT, *Diritto della Concorrenza e ricorsi per annullamento*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, pag. 65 dove si sottolinea come la stessa dottrina si sia poco interessata alla responsabilità extracontrattuale della Commissione in relazione al diritto della concorrenza, considerata la poca giurisprudenza sul tema.

²⁴⁰ Cfr. Trib. primo grado, 6 giugno 2002, causa T-342/99, 6 giugno 2002, *Airtours c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-2585; Trib. primo grado, 22 ottobre 2002, causa T-310/01, *Schneider Electric c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-4071; Trib. di primo grado, 25 ottobre 2002, causa 5/02, *Tetra Laval c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-4381; Trib. primo grado, 13 luglio 2006, causa T-464/04, *Impala c. Commissione*, in *Racc.*, II-2289.

²⁴¹ Cfr. ad esempio Trib. primo grado, 9 settembre 2008, causa T-212/03, *My Travel Group plc c. Commissione*, non pubblicata in Raccolta; Trib. primo grado, 11 luglio 2007, causa T-351/03, *Shneider Electric SA c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-2237; Trib. primo grado, 12 dicembre 2007, causa T-113/04, *Atlantic container Line AB e a c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-171; Ordinanza del 29 agosto 2007, causa T-186/05, *Selex Sistemi integrati c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-94 (*pubblicazione sommaria*).

l'esposizione dei motivi dedotti, le conclusioni del ricorrente, e se del caso le offerte di prova. (v. *supra*, para. n.2.2)

Nei paragrafi dedicati al ricorso per annullamento si è visto, però, come il disposto di cui all'art. 230 CE prescriva puntualmente i criteri oggettivi dai quali desumere in cosa debba consistere il contenuto di un ricorso sotto profilo materiale, nonché i motivi che possono ispirare l'esercizio dell'azione stessa. L'interpretazione fornita dai giudici comunitari, seppur con determinati limiti, in linea generale permette di astrarre il principio e di applicarlo al singolo caso concreto. In materia di concorrenza si è pertanto compreso, ad esempio, come oggetto di un controllo di legalità possa essere solo una decisione definitiva adottata durante lo svolgimento del procedimento amministrativo pre-contenzioso, e non l'atto preparatorio alla sua adozione, come nel caso della comunicazione degli addebiti (v. *supra*, para n. 3.3) In questo contesto quindi l'elaborazione giurisprudenziale permette di tradurre concretamente il dato normativo astratto nel testo del ricorso (es. atto produttivo di effetti giuridici vincolanti ai sensi dell'art.230 = decisione definitiva per violazione degli artt. 81 e 82 TCE), cui poi devono coniugarsi le regole processuali relative alla stesura dello stesso, onde non incorrere in un giudizio di irricevibilità da parte del Tribunale oppure di un'eccezione di irricevibilità proponibile dalla Commissione convenuta in giudizio (v. *supra*, para. n. 2.2). Nel contesto di tale tipo di sindacato inoltre, rispetto all'art. 230 è possibile determinare quando l'irricevibilità vada ricondotta al rilievo da parte del Tribunale del mancato soddisfacimento di una condizione dell'azione vera e propria (come nel caso della legittimazione ad agire e il requisito del termine per il ricorso) oppure debba imputarsi alla carenza di uno dei requisiti prescritti dal regolamento di procedura per il ricorso, ai sensi dell'art. 44.1.

Con riferimento, invece, alla responsabilità extracontrattuale dal materiale giurisprudenziale analizzato non sembrerebbe possibile individuare un modello paradigmatico di ricorso nel contesto del diritto della concorrenza, che dia delucidazioni circa le modalità opportune per presentare una tale azione in maniera proficua.

Infatti, in primo luogo, bisogna rilevare che il risarcimento del danno, in tale settore, è stato riconosciuto dal Tribunale di primo grado una sola volta, in tempi piuttosto recenti, nel caso *Schneider*²⁴² e, quindi, non vi sono altri esempi ai quali fare riferimento per poter inquadrare in maniera certa in cosa debba sostanzarsi un ricorso per responsabilità extracontrattuale in tale ambito. Dall'altro lato, poi, si può riscontrare come nella maggior parte dei casi i ricorsi in tale contesto siano stati respinti dal Tribunale in forza dell'art. 111 del suo regolamento di procedura²⁴³ (v. *supra*, para. n. 2.3.1) e/o,²⁴⁴ in ogni caso, in

²⁴² Trib. primo grado, 11 luglio 2007, causa T-351/03, *Schneider Electric SA c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II- 2237, punti 147 ss.

²⁴³ Per alcuni esempi si veda Trib. primo grado 10 luglio 1997, causa T-38/96, *Guerin Automobiles c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-12333; Ordinanza del Trib. primo grado, 14 maggio 1998, causa T-262/97, *Anthony Goldstein c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-2177, punto 11; Trib. primo grado, 13 dicembre 1999, cause riunite T-190/95 e T-45/96, *Société de distribution de mécaniques et d'automobiles c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-3617; Ordinanza Trib. primo grado, 12 dicembre 2007, causa T-113/04, *Atlantic container Line AB e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-171, punto 16; Ordinanza Trib. primo grado, ordinanza 29 agosto 2007, causa T- 186/05, *Selex sistemi integrati Spa c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-94, punto 10, confermata dalla Corte giust., 16 luglio 2009, causa C- 481/07P, *Selex sistemi integrati c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Racc.*, dove al punto 39 si ribadisce la necessità

forza dell'art. 44 del medesimo regolamento per la carenza di un requisito del ricorso, ravvisata ogni qualvolta il ricorrente non sia stato capace di dimostrare concretamente anche uno solo dei presupposti dell'azione²⁴⁵.

Invero, il Tribunale quando è chiamato ad effettuare un giudizio circa la ricevibilità del ricorso inteso a conseguire il risarcimento del danno normalmente premette alla motivazione del suo giudizio un'indicazione generale circa il contenuto dello stesso. Ricordando infatti come ai sensi dell'articolo 44.1 lett. c) del suo regolamento di procedura, dal ricorso debba risultare l'oggetto della controversia, nonché l'esposizione sommaria dei motivi dedotti, specifica poi come *per essere conforme a tali requisiti il ricorso debba contenere gli elementi che consentano di identificare il comportamento che il ricorrente addebita all'istituzione, le ragioni per le quali egli ritiene che esista un nesso di causalità tra il comportamento e il danno che asserisce di aver subito, nonché la natura e l'entità del danno*²⁴⁶, sostanzialmente richiedendo al ricorrente di soddisfare l'onere prescritto in via giurisprudenziale (v. *supra*, para. n. 3) di dimostrare i tre presupposti dell'azione. L'indicazione tuttavia, nonostante sembri diretta a fornire una specificazione relativa al contenuto del ricorso per risarcimento del danno in rapporto alle prescrizioni di cui all'art. 44.1 del regolamento di procedura del Tribunale (si veda l'espressione *per essere conforme a tali requisiti*), non permette di individuare tra questi (comportamento illecito, danno, nesso di causalità) quale elemento costituisca l'oggetto materiale del ricorso su cui verte il sindacato giurisdizionale del giudice comunitario.

Da tale impostazione, pertanto, sembrerebbe potersi ravvisare una sorta di identità tra il possibile contenuto dell'atto introduttivo e i presupposti/ condizioni necessarie alla proposizione di un ricorso per risarcimento del danno, così come interpretate dalla giurisprudenza (v. *supra*, para. n. 4).

Ad esempio nel caso *Selex (Sistemi integrati c. Commissione)*²⁴⁷, il Tribunale rilevava in particolare la mancanza di offerte di prova, come richiesto dall'art. 44 lett. d) del suo regolamento di procedura, atte a dimostrare l'esistenza di un danno certo e reale²⁴⁸, la cui prova, in ogni caso, per giurisprudenza consolidata grava sul ricorrente come condizione dell'azione.

Nello specifico, la *Selex* lamentava la sussistenza di un mancato guadagno dovuto alla sua esclusione dalle gare di appalto a livello nazionale e imputava la suddetta perdita all'adozione da parte della Commissione di una decisione di

a che il ricorso introduttivo in primo grado contenga tutti gli elementi prescritti dall'articolo 44 del regolamento di procedura del Tribunale.

²⁴⁴ Il Tribunale infatti può respingere in quanto manifestamente irricevibile anche una sola parte dei motivi dedotti ben potendo continuare l'esame dei rimanenti nel merito.

²⁴⁵ Cfr. ad esempio Ordinanza Trib. primo grado, 29 agosto 2007, causa T-186/05, *Selex sistemi integrati Spa c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-94, punto 10, confermata dalla Corte di giustizia 16 luglio 2009, casua C- 481/07 P, *Selex sistemi integrati c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Racc.*, punto 39.

²⁴⁶ Cfr. Ordinanza Trib. primo grado, 14 maggio 1998, causa T-262/97, *A. Goldstein c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-2177, punto 22; Trib. primo grado, 11 luglio 2007, causa T-351/03, *Schneider Electric Sa c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 2237, punto 94; Trib. primo grado, 9 settembre 2008, causa T-212/03, *My Travel Group c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Racc.*, punti 100 -101.

²⁴⁷ Ordinanza Trib. primo grado, 29 agosto 2007, causa T-186/05, *Selex sistemi integrati Spa c. Commissione* in *Racc.*, pag. II-94.

²⁴⁸ Cfr. Corte giust., 9 novembre 2006, causa C-243/05P, *Agraz e a. c. Commissione*, in *Racc.*, I-10833, punto 27; Trib. primo grado, 11 luglio 2007, causa T- 351/03, *Schneider Electric Sa c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-2237, punto 119 e giurisprudenza ivi citata;

rigetto della sua denuncia, nella quale asseriva la violazione dell'art. 82 CE da parte della concorrente *Eurocontrol*.

Tuttavia, secondo il Tribunale, la *Selex* tramite le sue argomentazioni era riuscita a determinare il valore delle gare d'appalto ma non l'asserito mancato guadagno. In particolare, il Tribunale considerava che sebbene in tali ipotesi la giurisprudenza riconoscesse la difficoltà di procedere ad una quantificazione esatta del danno e il potere del giudice di considerare comunque sufficienti eventuali calcoli effettuati in base a valori statistici medi, ciò non esimerebbe comunque un ricorrente dal produrre tutti i dati relativi ad un'eventuale valutazione approssimativa, nonché le prove circa gli ostacoli alla determinazione esatta del danno. Il Tribunale si pronunciava infine per la manifesta infondatezza in diritto (ai sensi dell'art.111 del suo regolamento di procedura)²⁴⁹.

In sede di impugnazione, poi, la Corte di giustizia confermava quanto stabilito dal Tribunale, tra l'altro sottolineando come ai sensi dell'art.44. n.1 lett. e) del regolamento di procedura dell'organo di prime cure «*il ricorso deve contenere le offerte di prova, se ve ne sia necessità, ipotesi che ricorre nella specie, in considerazione dell'onere probatorio gravante sulla ricorrente con riguardo alla dimostrazione dell'esistenza e dell'entità del danno*»²⁵⁰.

Pertanto, la difficoltà per un ricorrente di superare il giudizio di ricevibilità esperibile dal Tribunale, obbligando il giudice ad occuparsi dell'applicazione delle condizioni dell'azione allo specifico ambito materiale interessato, quale ad esempio il diritto *antitrust*, sembrerebbe di fatto una diretta conseguenza dell'onere posto a carico del soggetto agente di provare ogni singolo presupposto dell'azione che, coniugato all'obbligo di cui all'art.44 del regolamento di procedura del Tribunale, mantiene il sindacato del giudice di fatto ad un livello non esplicitato rispetto al diritto della concorrenza a causa della non distinzione tra i presupposti sostanziali, cui si subordina l'esercizio dell'azione, e i requisiti formali del ricorso.

Del resto anche nel caso *Schneider*²⁵¹, il Tribunale riconosceva il diritto della ricorrente ad ottenere il risarcimento del danno solo dopo aver verificato la sussistenza di tutte le condizioni presupposte all'esercizio dell'azione.

Nella specie l'organo di prima istanza dopo aver ricordato la funzione di garanzia svolta dalla comunicazione degli addebiti con riferimento ai diritti di difesa delle imprese coinvolte (v. *supra* para. n. 3.3) qualificava il disposto di cui all'art. 18. 1 e 3 del Regolamento 4064/89 (primo Regolamento relativo alle operazioni di concentrazione) quale norma tesa a conferire diritti ai singoli, in quanto diretta a garantire alle imprese interessate la possibilità di esprimere il proprio punto di vista in relazione alle obiezioni mosse dall'esecutivo comunitario nella comunicazione degli addebiti, considerato che la Commissione può fondare le proprie decisioni di incompatibilità di un'operazione con il mercato comune, soltanto rispetto alle contestazioni sulle quali le imprese notificanti hanno potuto formulare le proprie osservazioni. Secondo il Tribunale quindi l'omessa indicazione nella comunicazione degli addebiti dell'impossibilità per la *Schneider* di ottenere una decisione di compatibilità

²⁴⁹ Ordinanza del Tribunale di primo grado, 29 agosto 2007, causa T-185/05, *Selex sistemi integrati Spa c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-94, punti 18 ss.

²⁵⁰ Corte giust., 16 luglio 2009, causa C.481/07P, *Selex sistemi integrati c. Commissione*, in *Racc.*, pag., punto 39.

²⁵¹ Trib. primo grado, 11 luglio 2007, causa T-351/03, *Schneider Electric SA c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 2237, punti 145 e 146.

dell'operazione di concentrazione in assenza di misure correttive, costituiva una violazione grave e manifesta dell'art. 18 del Regolamento di applicazione.

Il Tribunale inoltre statuiva che la violazione dei diritti di difesa della Schneider da parte della Commissione integrava un illecito idoneo a far sorgere la responsabilità extracontrattuale della Comunità a condizione che venissero provati anche l'esistenza di un danno reale e certo e un nesso di causalità diretto tra il danno e la violazione del diritto comunitario²⁵². Il Tribunale a riguardo però chiariva anche come la sussistenza del danno andasse individuata rispetto all'omissione formale da parte della Commissione, non rilevando invece l'analisi dei mercati rilevanti effettuata nella comunicazione degli addebiti e nella decisione di incompatibilità. Infatti secondo l'organo di prima istanza «solo la circostanza che la Schneider sia stata privata, per effetto della discrepanza tra la comunicazione degli addebiti (...) e la decisione di incompatibilità della possibilità di presentare misure correttive (...) crea un diritto in capo alla ricorrente ad ottenere il risarcimento dei danni che essa ha subito in conseguenza di tale comportamento illecito»²⁵³.

Sulla base di tale precisazione il Tribunale specificava poi che il danno doveva determinarsi in relazione agli effetti della violazione cui riconnettere il sorgere della responsabilità extracontrattuale e non quelli dell'atto in cui questa si iscrive. Di conseguenza l'analisi del nesso di causalità comporta, secondo l'organo di prima istanza, un confronto tra la situazione generata dall'azione illecita e la situazione che si sarebbe creata qualora l'istituzione avesse tenuto un comportamento rispettoso della norma di diritto²⁵⁴. Nella specie infatti si escludeva che l'esistenza del danno imputabile alla Comunità potesse dedursi dal confronto tra la situazione generata dalla decisione di incompatibilità e una situazione caratterizzata dall'autorizzazione espressa o tacita dell'operazione²⁵⁵.

Il Tribunale constatava invero la sussistenza di un nesso di causalità sufficientemente stretto ai fini del riconoscimento del diritto rispetto a due tipi di danno. Il primo corrispondente alle spese sostenute dall'impresa per partecipare alla ripresa del procedimento di controllo dell'operazione a seguito dell'annullamento della decisione, previamente pronunciato dal Tribunale²⁵⁶. Il secondo invece, corrispondente alla riduzione del prezzo di cessione che la Schneider aveva dovuto concedere all'acquirente dell'attività della *Legrand* «per ottenere un rinvio dell'esecuzione di tale cessione ad una data idonea a far sì che i procedimenti giurisdizionali allora in corso dinanzi al giudice comunitario non fossero privati del loro oggetto prima di essere giunti a conclusione»²⁵⁷.

In conclusione il sindacato esperito dal Tribunale di primo rispetto ad un ricorso per responsabilità extracontrattuale sembrerebbe essere più circoscritto, se confrontato all'operato del giudice nell'ambito di un ricorso per annullamento (v. *infra*, Cap. III). Infatti a differenza di quest'ultimo, nel caso di un'azione

²⁵² Trib. primo grado, 11 luglio 2007, causa T-351/03, *Schneider Electric SA c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-2237, punto 157.

²⁵³ Punto 258 sentenza *ult. cit.*

²⁵⁴ Punto 264 sentenza *ult. cit.*

²⁵⁵ Punto 267 sentenza *ult. cit.*

²⁵⁶ Trib. primo grado, 13 dicembre 2001, *Schneider Electric SA c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-4071.

²⁵⁷ Trib. primo grado, 11 luglio 2007, causa T-351/03, *Schneider Electric SA c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-2237, punto 288.

volta ad ottenere il risarcimento del danno l'organo di prima istanza verifica la sussistenza delle singole condizioni presupposte per l'introduzione dell'azione dalla cui sussistenza o meno consegue una pronuncia di irricevibilità o di merito. E' pacifico pertanto constatare come in tale contesto non sia agevole scindere il c.d. sindacato preliminare dal controllo di merito dal momento che entrambi vertono sul medesimo oggetto.

CAPITOLO TERZO

**IL GIUDIZIO DI MERITO
NEL CONTENZIOSO ANTITRUST**

CAPITOLO TERZO

IL GIUDIZIO DI MERITO NEL CONTENZIOSO ANTITRUST

Sommario. 1. Premessa. - 2. La fase istruttoria nel contenzioso *antitrust*. - 2.1. Onere della prova nel contenzioso *antitrust* e il concetto di prova. - 2.2. L'accertamento del fatto da parte del Tribunale di primo grado nel contenzioso *antitrust*. - 3. Tribunale di primo grado e Corte di giustizia: confronto tra il ricorso per annullamento e il rinvio pregiudiziale. - 4. Esiste un giudizio di merito nel contenzioso *antitrust*?. - 5. Conclusioni.

1. Premessa.

Il tema del controllo di merito garantito dai giudici comunitari nell'ambito di un contenzioso *antitrust* è oggi oggetto di un ampio dibattito in dottrina. In particolare, viene rilevato come rispetto alla complessità che caratterizza la materia sostanziale il sindacato giurisdizionale di merito affidato al Tribunale, quale organo deputato all'accertamento del fatto, non sembra garantire un controllo effettivo e pieno con riferimento al contenuto delle decisioni adottate dalla Commissione in applicazione dei due regolamenti base, ossia Regolamento n. 1/2003 e del Regolamento n.139/2004¹.

La carenza o, comunque, la tenuità del controllo giurisdizionale nei casi di specie viene criticata alla luce della “riunione” nelle mani di un'unica istituzione di poteri di accertamento e sanzionatori(v. *supra*, Cap. I), rispetto ai quali si vorrebbe o quanto meno sarebbe auspicabile una verifica più incisiva da parte del giudice comunitario². A ciò si aggiunga come negli ultimi tempi, anche a seguito dell'adozione da parte della Commissione dei nuovi orientamenti relativi al calcolo delle ammende³, basato sull'intero fatturato dell'impresa sanzionata⁴,

¹ Cfr. M. SIRAGUSA, *Access to the Courts in a Community based on the Rule of Law*, reperibile sul sito web [www. Curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu) nella sezione dedicata al Tribunale di primo grado; P. BIAVATI, *Il Diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, in *Rivista Trimestrale di dir. e proc. Civ.*, 2007, pag. 97 ss.; J. TEMPLE LANG, *Do we need European Union Competition Court?*, in *Melange en Hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, 2008, pag. 343 ss; D. GERARDIN, N. PETIT, *Diritto della Concorrenza e ricorsi per annullamento*, in E FERRARI, M. RAMAGLIOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, pag. 68; G. CAGGIANO, *Il ruolo dei giudici comunitari nell'evoluzione del diritto della concorrenza; in Studi sull'integrazione europea*, 2/2009, pag. 389 ss.

² In questo senso in particolare si veda M. SIRAGUSA, *Access to the Courts in a Community based on the Rule of Law*, reperibile sul sito web [www. curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)

³ Cfr. Comunicazione della Commissione europea relativa agli Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, para. 2 lett. a) del regolamento CE n.1/2003, in *GUUE* C 210, del primo settembre 2006, pag. 2-5, in sostituzione dei precedenti Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 15 para.2 del regolamento n. 17 e dell'art.65, para. 5 del Trattato CECA, pubblicate in *GUCE* C 9, del 14 febbraio 1998, pag. 2 . Per qualche commento relativo al diverso approccio seguito dalla Commissione cfr. F. AMATO, *I nuovi orientamenti della Commissione in materia di ammende per violazioni del diritto della Concorrenza*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2007, pag. 239 ss; S. CRESPI, *Spunti di riflessione a margine dei nuovi orientamenti in materia di calcolo delle ammende per violazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE*, in *Rivista italiana di Diritto*

l'ammontare delle sanzioni inflitte alle imprese per violazione delle norme *antitrust* ha subito un forte incremento⁵. tale per cui il carattere repressivo del procedimento pre-contenzioso (v. *supra*, Cap. I, para n. 3.2) viene percepito dagli operatori come ingiusto se non adeguatamente controbilanciato da un adeguato controllo in sede giurisdizionale. Se è vero, infatti, come si è avuto modo di rilevare (v. *supra*, Cap. II, para. n. 1.1) che il Tribunale gode di una competenza

Pubblico Comunitario, 2006, pag., 811 ss, D. HENRY, *Les amendes de la Commission en droit de la concurrence face a la censure du juge européen*, in *Cahiers de droit européen*, 2006, pag. 35ss. Per un commento invece relativo all'applicazione degli orientamenti del 1998, cfr. J.F. BELLIS, *La détermination des amendes pour infraction au droit communautaire de la concurrence – Bilan de cinq années d'application des lignes directrices de 1998*, in *Cahiers de Droit Européen*, in *Cahiers de droit européen*, 2003, pag. 373 ss; D. GERARDIN, D. HENRY, *The EC fining policy for violations of competition law: An empirical review of the Commission decisional practice and the Community court's judgments*, 2005, reperibile on line <http://www.gele.coleurope.be>

⁴ Cfr. in particolare l'art. 23 del regolamento n. 1/2003, il cui secondo paragrafo dispone che la Commissione può, mediante decisione, infliggere ammende «alle imprese quando, intenzionalmente o per negligenza: a) commettono un'infrazione alle disposizioni dell'articolo 81 e 82 del Trattato; oppure b) contravvengono a una decisione che disponga misure cautelari ai sensi dell'art.8; oppure c) non rispettano un impegno reso obbligatorio mediante decisione ai sensi dell'art. 9. Per ciascuna impresa o associazione di imprese partecipanti all'infrazione l'ammenda non deve superare il 10% del fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente. Qualora l'infrazione di un'associazione sia relativa alle attività dei membri della stessa, l'ammenda non deve superare il 10% dell'importo del fatturato totale di ciascun membro attivo sul mercato coinvolto dall'infrazione dell'associazione». «L'ultimo capoverso del paragrafo 4° del medesimo articolo ribadisce poi come “La responsabilità finanziaria di ciascuna impresa per il pagamento dell'ammenda non deve superare il 10% del suo fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente». Per un commento su tale disposizione, nonché sulla previsione di cui all'art. 24 del regolamento in tema di penalità di mora irrogabili dalla Commissione, cfr. C. SCHEPISI, *Capitolo VI sanzioni*, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto della concorrenza. Commentario al Regolamento (CE)n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007, pag., 267 ss.

⁵ Cfr. a riguardo W. P. J. WILS, *The increased Level of EU antitrust fines, judicial review, and the European Convention of Human Rights*, in corso di pubblicazione su *World Competition*, volume 33, n. 1 March 2010, secondo il quale, innanzitutto, per verificare se effettivamente ci sia stato un incremento rilevante nell'ammontare delle sanzioni inflitte oggi dalla Commissione europea sarebbe opportuno non limitarsi ad un confronto dell'importo nominale inflitto nei singoli casi, dovendosi in realtà correggere il dato alla luce anche dell'inflazione intervenuta nel corso del tempo. In secondo luogo, l'autore rileva come l'ammontare debba essere valutato alla luce della gravità dell'infrazione e quindi in particolare come «Optimal deterrence and proportional justice require that fines are higher in cases which concern infringers covering large volumes of trade in big markets, causing very substantial economic harm, than in a smaller cases. The fine of € 1.06 billion which the European Commission recently imposed on Intel may appear quite high in nominal terms, but it represents only around 1% of Intel's sale during the violation period. Indeed, over the last few years, the Commission has increasingly focused its *antitrust* enforcement activity on very large cases». Rispetto a tale ultimo rilievo l'autore sottolinea come ciò sia anche dovuto all'entrata in vigore del Regolamento n. 1/2003, per il quale oggi in virtù dell'applicazione decentrata delle regole di concorrenza la Commissione si occupa solo di un caso su sei, intervenendo solo rispetto a quelle infrazioni i cui effetti interessino i mercati di più di tre Stati membri. Infine, l'autore rileva come effettivamente l'aumento dell'ammontare delle sanzioni possa riscontrarsi in relazione alla prescrizione contenuta nell'art. 23 del regolamento n. 1/2003 (*supra* nota 4), secondo cui il calcolo della sanzione può raggiungere la soglia del 10% del fatturato totale realizzato dalle imprese nel corso dell'esercizio precedente alla decisione adottata dalla Commissione. Sotto questo profilo l'autore, tuttavia, riscontra un'applicazione rara di tale soglia massima del 10% nella pratica.

piena di merito per quanto concerne le sanzioni ai sensi dell'art. 229 TCE⁶, la stessa rischierebbe di essere vanificata se non supportata da un adeguato accertamento fattuale da parte del giudice nel contesto del ricorso per annullamento finalizzato ad accertare un'eventuale violazione degli artt. 81 e 82 TCE. Va ricordato infatti che, se la sanzione viene inflitta in caso di accertamento di un'infrazione alle regole del Trattato, l'ammontare della stessa viene invece individuato con riferimento all'elemento della durata e della gravità dell'infrazione commessa⁷. Da un certo punto di vista tale constatazione potrebbe anche trovare fondamento giuridico nel carattere di interdipendenza esistente tra i due diversi tipi di controllo, affermato tra l'altro in via giurisprudenziale proprio dal Tribunale (v. *sopra*, Cap. II para. n. 1.1), secondo cui la richiesta proponibile dal ricorrente di ridurre oppure estinguere l'importo della sanzione presuppone, implicandola necessariamente, una domanda di annullamento totale o parziale della decisione stessa⁸. E' d'altronde in questa prospettiva che la dottrina manifesta apertamente il proprio disappunto con particolare riferimento al ruolo del giudice nel contenzioso *antitrust*, laddove rispetto alla complessità del dato fattuale che caratterizza la materia del diritto della concorrenza si avverte l'esigenza di un ruolo particolarmente attivo del Tribunale, affinché quanto dedotto dalla Commissione nel corso dei procedimenti amministrativi trovi un riscontro giurisdizionale nel sindacato del giudice, quale soggetto terzo e imparziale chiamato a dirimere le controversie innanzi ad esso introdotte.

Alcune recenti pronunce del Tribunale, concernenti per lo più le operazioni di concentrazione (si pensi ai noti casi *Airtours*, *Schneider*, *Tetra Laval*, e il più recente caso *Impala*)⁹, hanno tuttavia evidenziato, o quanto meno fatto supporre, che il Tribunale possa qualificarsi come organo giurisdizionale capace

⁶In generale circa la competenza giurisdizionale propria del giudice comunitario in materia di ammende cfr. B. VESTERDOF, *The Court of Justice and Unlimited Jurisdiction: what does it mean in practice?*, in *Competition Policy International*, June 2009, pag. 2 ss.; si veda anche D. HENRY, *Les amendes de la Commission en droit de la concurrence face a la censure du juge européen*, in *Cahiers de droit européen*, 2006, pag. 35ss.

⁷E'infatti nello stesso regolamento di applicazione degli articoli 81 e 82 TCE e precisamente nel terzo paragrafo dell'art. 23 che si dispone come "Per determinare l'ammontare dell'ammenda occorre tener conto oltre che della gravità dell'infrazione anche della sua durata". Bisogna sottolineare come tali criteri rilevino solo con riferimento alle sanzioni inflitte dalla Commissione per l'accertata violazione delle norme antitrust contenute nel Trattato. Con riferimento invece alla disciplina delle operazioni di concentrazione il Regolamento n. 139/04 all'art. 14 conferisce il potere alla Commissione di comminare ammende solo in caso di violazione degli obblighi procedurali, come nel caso di una richiesta di informazioni, oppure nel caso di mancata notifica di un'operazione, realizzazione dell'operazione in violazione di una decisione che ne aveva accertato l'incompatibilità con il mercato comune o attraverso cui la Commissione aveva imposto determinate condizioni e oneri in capo alle imprese interessate.

⁸ Ordinanza del Presidente del Trib. di primo grado, 9 novembre 2004, causa T- 2527/03R, *FNICGV c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-3795.

⁹Trib. primo grado, 6 giugno 2002, causa T-342/99, 6 giugno 2002, *Airtours c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-2585; Trib. primo grado, 22 ottobre 2002, causa T-310/01, *Schneider Electric c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-4071; Trib. di primo grado, 25 ottobre 2002, causa 5/02, *Tetra Laval c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-4381; Trib. primo grado, 13 luglio 2006, causa T-464/04, *Impala c. Commissione*, in *Racc.*, II-2289.

effettivamente di effettuare un controllo analitico delle decisioni adottate dalla Commissione, se del caso provvedendo al loro annullamento¹⁰.

Bisogna anche rilevare come lo stesso regolamento di procedura attribuisca invero al Tribunale poteri istruttori incisivi che però, a quanto emerge dalla giurisprudenza, non sembrano essere normalmente impiegati, nemmeno nel contesto del diritto della concorrenza (v. *infra*, para. n. 2). Tale assunto trova riscontro nella formula sovente impiegata dal giudice comunitario nelle sue pronunce in materia di concorrenza secondo cui esso esercita un controllo pieno sulla sussistenza dei presupposti necessari all'applicazione del Trattato¹¹, ossia degli artt. 81 e 82 TCE. Il controllo invece sul contenuto della decisione adottata dalla Commissione incontra un limite nella discrezionalità che caratterizza l'azione di quest'ultima, relativamente alla quale il Tribunale, anche se organo deputato all'accertamento del fatto ossia dei dati concreti sui cui si basano le argomentazioni delle parti, con riguardo alle valutazioni tecnico- economiche si limita alla verifica dell'osservanza delle regole di procedura e di motivazione, dell'esattezza materiale dei fatti nonché dell'insussistenza di un errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere¹².

Va precisato, ad ogni modo, che la discrezionalità riconosciuta all'esecutivo comunitario non implica, tuttavia, l'astensione del Tribunale da un esame circa l'interpretazione operata dalla Commissione dei dati e delle informazioni prodotte. Oltre alla verifica della loro attendibilità e della loro coerenza, il Tribunale è anche tenuto ad accertare se tali elementi fattuali costituiscono l'insieme di dati rilevanti e da necessariamente considerarsi per valutare una situazione complessa, nonché se la loro natura è tale da considerare le conclusioni che se ne sono tratte¹³ (v. *infra*, para. n. 4).

In linea di principio, quindi, nel settore antitrust il giudice comunitario svolge un controllo pieno con riferimento alla sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle disposizioni di concorrenza e un controllo limitato sulle valutazioni economiche complesse. Si tratta di una giurisprudenza consolidata, frutto probabilmente di una scelta di politica giudiziaria, che trova in realtà il suo fondamento normativo nel testo del Trattato CECA, il cui art. 33 prescriveva un limite al controllo della Corte di giustizia, impedendole di rivedere le conclusioni

¹⁰ Cfr. B. VESTERDOF, *The Court of Justice and its Unlimited Jurisdiction: what does it mean in practice?*, in *Competition Policy International*, June 2009, pag. 2 ss.

¹¹ Trib. primo grado, 8 luglio 2008, causa T-99/04, *Ac-Treuhand c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-1501, punto 130; Trib. Primo grado, 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-3601, punti 85ss.

¹² Corte giust., 11 luglio 1985, Causa 42/84, *Remia c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 2545, punto 34; Corte giust., 17 novembre 1987 cause riunite 142/84 e 156/84 *Bat e Reynolds c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 4487, punto 62, Corte giust., 2 ottobre 2003, causa C-194/99, *P Thyssen Stahl c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-10821, punto 78; Trib. primo grado, 30 marzo 2000, causa T-65/96, *Kish Glass c. Commissione*, in *Racc.*, II-1885 punto 64, confermata in impugnazione con ordinanza della Corte di giustizia, 18 ottobre 2001, causa C-241/00P *Kish Glass c. Commissione*, in *Racc.*, I-7759; Trib di primo grado, 17 settembre 2007, causa 201/04, *Microsoft c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-3601, punto 88; Trib. Primo grado, 30 gennaio 2007, causa T-340/03, *France Telecom c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-107, punti 162.

¹³ Trib. Primo grado, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-3601, punto 89; Corte giust., 15 febbraio 2005, causa C-12/03 P, *Commissione c. Tetra Laval*, in *Racc.*, pag. I-987, punto 39.

contenute in decisioni o raccomandazioni della Commissione assunte sulla base di fatti e circostanze economiche, se non nel caso in cui si accusasse tale istituzione di «aver commesso uno sviamento di potere o di aver misconosciuto in modo patente le disposizioni del Trattato oppure ogni norma giuridica concernente la sua applicazione»¹⁴.

Del resto, si è già rilevato nel corso dei precedenti capitoli come l'analisi del contenzioso *antitrust* non possa prescindere dai meccanismi di attuazione della politica di concorrenza nel mercato unico stabiliti dal diritto dell'Unione europea, all'interno dei quali la Commissione gode di una ampia discrezionalità (v. *supra*, Cap. I), dal sistema processuale di legalità istituito dal Trattato sul fondamento dell'art. 220 TCE, e dalle regole processuali che regolano lo svolgimento del contenzioso davanti alle giurisdizioni comunitarie (v. *supra*, Cap. II). Si pensi, sotto questo profilo, a quanto constatato con riferimento allo svolgimento del processo innanzi all'organo di prima istanza (v. *supra*, Cap. II, para. n. 2.1), nel quale il ruolo fondamentale svolto dal giudice relatore invita a supporre l'esistenza di un diverso equilibrio all'interno del contenzioso comunitario, che impedisce un'analisi sulla base della logica processuale nazionale.

Si tratta, quindi, di capire come, in tale contesto, “si muova” il Tribunale e se effettivamente possa ravvisarsi una certa carenza nella sua attività giurisdizionale in materia di concorrenza oppure se, considerato il sistema istituito dal Trattato a tutela della concorrenza, il sindacato giurisdizionale del Tribunale non possa che considerarsi pienamente rispettoso delle regole che, per quanto criticabili, fondano il suddetto sistema.

A tal fine, nei prossimi paragrafi verrà analizzato il riparto dell'onere della prova tra le parti nel contenzioso *antitrust*, premessa una breve disamina dei poteri istruttori attribuiti all'organo di prima istanza, per poi verificare come il Tribunale procede all'apprezzamento degli elementi probatori onde esplicitare il suo controllo di merito. L'obiettivo è quello di comprendere se in relazione al contenzioso comunitario in materia *antitrust* sussista effettivamente un sindacato di merito e, in caso di risposta affermativa, in cosa esso concretamente si sostanzia¹⁵.

L'analisi verrà, tuttavia, limitata prevalentemente al ricorso per annullamento, dal momento che come si è rilevato (v. *supra*, Cap. II, para. n. 4.1) per quanto concerne il ricorso per responsabilità extracontrattuale il c.d. giudizio di merito sembra coincidere di fatto con il controllo preliminare di ricevibilità (v. *infra*, para. n. 2.2).

¹⁴ In questo senso espressamente G. CAGGIANO, *Il ruolo dei giudici comunitari nell'evoluzione del diritto della concorrenza*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2/2009, pag. 399.

¹⁵ Cfr. in questo senso L. PRETE E A. NUCARA, *Standard of Proof of Judicial Review in EC Merger Cases: everything clear after Tetra Laval?*, in *European Competition Law Review*, 2005, pag. 692 ss.

2. La fase istruttoria nel processo comunitario antitrust.

Nel corso del precedente capitolo si è avuto modo di vedere come il processo comunitario si caratterizzi per la sussistenza di una fase scritta e di una fase orale, a conclusione della quale la causa viene poi trattenuta in decisione (v. *supra*, Cap. II, para. n. 2.1).

Per quanto concerne la fase istruttoria in realtà il regolamento di procedura del Tribunale, così come del resto il regolamento di procedura della Corte di giustizia, non fornisce indicazioni precise, facendo presupporre l'impossibilità di individuare nel contesto del contenzioso comunitario un momento deputato in modo puntuale alla attività istruttoria¹⁶. Dal punto di vista normativo, occorre rilevare come il Capo I del regolamento di procedura del Tribunale, dedicato alla disciplina della fase scritta, si concluda con la prescrizione contenuta all'art. 54 secondo cui «*qualora nella fase scritta siano stati disposti misure di organizzazione del procedimento o i mezzi istruttori e tali misure o mezzi siano stati eseguiti, il presidente fissa la data dell'inizio della fase orale*». E' in virtù di tale disposizione che pertanto, da un punto di vista meramente sistematico, l'attività istruttoria del giudice comunitario sembra trovare collocazione a conclusione della fase scritta, prima dell'apertura del confronto orale tra il collegio giudicante e le parti, benché non sia esclusa la possibilità di disporre mezzi istruttori anche nella fase orale¹⁷.

Del resto, si è visto come competa al giudice relatore ai sensi dell'art. 52 del regolamento di procedura del Tribunale, una volta conclusosi il dialogo scritto tra le parti, proporre nella relazione preliminare alla *conference de chambre* della propria sezione di appartenenza l'opportunità di adottare misure di organizzazione del procedimento (art. 64 del regolamento di procedura del Tribunale) e/o di assumere determinati provvedimenti istruttori (art. 65 ss. del regolamento di procedura del Tribunale) sulla base delle proprie valutazioni conseguenti allo

¹⁶ In questo senso esplicitamente M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il Contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, pag. 390 ss., dove si sottolinea come l'art. 54 del regolamento di procedura del Tribunale prevede, appunto, la possibilità per lo stesso di disporre misure di organizzazione (art. 64 del suo regolamento di procedura) nonché mezzi istruttori anche nel corso della fase orale. Allo stesso modo l'art. 60 del regolamento di procedura della Corte di giustizia prevede il potere in capo alla stessa, sentito l'avvocato generale, di disporre anche durante la fase orale qualsiasi mezzo istruttorio e di predisporre la rinnovazione o l'ampliamento di ogni atto di istruzione. E' sulla base di tali disposizioni che gli autori sottolineano l'impossibilità di attribuire, nel processo comunitario, una valenza autonoma nonché una collocazione sistematica all'attività istruttoria esperibile dal giudice comunitario. Analogamente si veda R. BONATTI, *Nuove prospettive sui poteri istruttori del giudice comunitario*, in *Riv. di Diritto Processuale Civile*, 2001, pag. 579, il quale rileva come non possa riconoscersi valenza autonoma alla fase istruttoria, dal momento che da un lato solamente attraverso il deposito degli atti scritti che le parti allegano prove e descrivono i fatti, eventualmente chiedendo un ulteriore accertamento al giudice. Nella fase orale invece si realizzerebbe il contraddittorio relativo a quanto accertato nella fase scritta il che, tuttavia, non impedisce al giudice di predisporre misure istruttorie in qualsiasi fase del processo anche in corso o DOPO la chiusura della fase orale.

¹⁷ Così espressamente M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, pag. 390 dove espressamente si sottolinea come analogamente venga disposto dall'art. 54 del regolamento di procedura della Corte di giustizia.

studio del fascicolo di causa. Ne consegue come l'attività *c.d.* istruttoria nel contenzioso comunitario vada in un certo senso identificata nell'attività di redazione della relazione preliminare predisposta dal giudice relatore, ossia quel documento di natura endo-procedimentale (v. *supra*, Cap. II, para. n. 2.1) attraverso cui il Tribunale si interroga¹⁸ sulla necessità di richiedere documenti alle parti, oppure invita le stesse ad incrementare le offerte di prova allegate e/o a rispondere a determinati quesiti scritti rispetto ad aspetti della controversia ritenuti rilevanti e decisivi. Tuttavia, bisogna rilevare come lo studio operato dal giudice relatore possa in realtà spingere l'organo giudicante a disporre le misure di organizzazione e/o istruttorie anche nel corso della fase orale (art. 54 regolamento di procedura del Tribunale) a conclusione della quale, quindi, valutano gli elementi probatori emersi nel corso del procedimento. Il Tribunale, infatti, procede a tale valutazione solamente in sede di decisione in camera di consiglio. Sotto questo profilo bisogna considerare come il processo comunitario sia retto dal principio della libertà di apprezzamento della prova da parte del giudice, in quanto il solo criterio utilizzato dai giudici comunitari al fine di valutare l'ammissibilità del materiale probatorio dedotto in giudizio dalle parti consta nella *credibilità* della prova stessa¹⁹, in quanto in linea di principio il diritto comunitario postula l'ammissibilità di qualsiasi mezzo di prova²⁰.

Ne consegue, pertanto, come con specifico riferimento al contenzioso *antitrust* le parti siano libere di suffragare le proprie pretese con qualsiasi mezzo purché diretto a soddisfare le condizioni previste dagli art. 81 e 82 TCE e dal Regolamento di applicazione delle operazioni di concentrazione n. 139/04 (v. *supra*, Cap. I)²¹, con l'unico limite, caratteristico delle controversie in materia di concorrenza, secondo cui né i ricorrenti né la Commissione possono avvalersi

¹⁸ Ai sensi dell'art. 52 del regolamento di procedura del Tribunale quest'ultimo infatti decide in merito alle proposte del giudice relatore.

¹⁹ In questo senso cfr. K. LENAERTS, *Reflexions sur la preuve et sur la procédure en droit communautaire de la concurrence*, in *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, 2008, pag. 477.

²⁰ Cfr. sul punto M. CONDINANZI E R. MASTROIANNI, *Il Contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, pag. 77 dove tra l'altro si sottolinea come parziale codificazione di un meccanismo presuntivo si rinviene nell'art. 24 dello Statuto della Corte di giustizia, secondo cui il giudice comunitario può richiedere alle parti di produrre tutti i documenti e di dare tutte le informazioni che reputa opportune prendendo atto eventualmente del rifiuto opposto dalla parte. Il contenuto sanzionatorio consisterà, pertanto, nella presunzione di inattendibilità dell'allegazione della parte che oppone il rifiuto ovvero di veridicità dell'affermazione proveniente dall'altra parte.

²¹ Cfr. G. CAGGIANO, *Il ruolo dei giudici comunitari nel diritto della concorrenza*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2/2009, pag.403 dove si ricorda come tale principio sia stato affermato dal Tribunale nella sentenza *Dalmine*, confermata in sede di impugnazione dalla Corte di giustizia, (Trib. Primo grado, 8 luglio 2004, causa T-50/00, *Dalmine c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-2395, punti 72-73, confermata dalla Corte di giustizia, 27 gennaio 2007, *Dalmine c. Commissione*, causa C- 407/04P, in *Racc.*, pag., I-829, punti 62 e 63) secondo cui il principio vigente nel diritto comunitario è quello della libera produzione delle prove e il solo criterio per valutare le prove prodotte è quello della loro credibilità.

innanzi al Tribunale di elementi o dati non emersi nel corso del procedimento amministrativo (v. *supra*, Cap. II, para n. 3.3)²².

Il giudice relatore, in ogni caso, ha facoltà di scegliere se adottare una misura istruttoria propriamente detta oppure una misura di organizzazione del procedimento, disciplinate entrambe nel Capo III del regolamento di procedura del Tribunale.

I mezzi istruttori in particolare, ai sensi dell'art. 65 del regolamento di procedura del Tribunale, comprendono a) la comparizione personale delle parti; b) la richiesta di informazioni e la produzione di documenti; c) la prova testimoniale; d) la perizia; e) il sopralluogo²³. L'eventuale assunzione dei mezzi istruttori viene disposta dal Tribunale con ordinanza, nella quale devono specificarsi i fatti da provare. Nel caso poi della prova testimoniale, della perizia o del sopralluogo, il Tribunale è tenuto a sentire l'opinione delle parti prima di decidere quale mezzo adottare (art. 66 del regolamento di procedura del Tribunale).

Come si è già anticipato, in materia di concorrenza, non può rilevarsi una prassi costante da parte dei giudici comunitari, ad utilizzare opportunamente tali strumenti²⁴, anche se vi sono state circostanze in cui il giudice comunitario è ricorso allo strumento della perizia d'ufficio, ad esempio in caso di necessaria quantificazione del danno²⁵, oppure nel contesto di controversie implicanti l'intervento di una consulenza medica esterna²⁶. Anche il ricorso allo strumento della perizia tecnica rimane in ogni caso sporadico e, pertanto, non è possibile affermarne l'utilizzo da parte dei giudici in materia *antitrust*, diversamente da quanto accade invece con riferimento alle misure di organizzazione.

Tali misure sottendono, in realtà, una finalità che si differenzia tecnicamente dall'assunzione di un mezzo istruttorio, in quanto ai sensi dell'art. 64 del regolamento di procedura la loro applicazione servirebbe a «garantire, nelle migliori condizioni, la messa appunto delle cause, lo svolgimento dei procedimenti e la composizione delle liti. Esse sono decise dal Tribunale sentito l'avvocato generale» L'art. 64 del regolamento di procedura, al secondo paragrafo, prosegue specificando come in particolare tali misure hanno lo scopo di

²² Cfr. K. LENAERTS, *Reflexions sut la preuve et sur la procédure en droit communautaire de la concurrence*, in *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, 2008, pag. 477.

²³ Relativamente alla disciplina dei mezzi istruttori nel processo dell'Unione europea, cfr. M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, pag. 71 ss.; K. LENAERTS, D. ARTS, I. MASELIS, *Procedural Law of European Union*, London, 2006, pag. 560 ss.; M. TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 2006, pag. 417; P. BIAVATI, *Diritto Processuale dell'Unione europea*, Milano, 2005, pag. 198 ss.

²⁴ E. B. DE LA SERRE AND A. L. SIBONY, *Expert evidence before the EC Courts*, in *Common Market Law Review*, 45, 2008, pag. 941-985.

²⁵ Cfr. ad esempio Trib. primo grado, 11 luglio 2007, causa T-351/03, *Schneider Electric c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-2237, punto 324 dove la perizia concerneva la valutazione dei costi subiti dalla ricorrente per aver dovuto ri-notificare alla Commissione l'operazione di concentrazione e la vendita differita dell'impresa Legrand.

²⁶ E. B. DE LA SERRE AND A. L. SIBONY, *Expert evidence before the EC Courts*, in *Common Market Law Review*, 45, pag. 948 e la cospicua giurisprudenza citata alla nota n. 44.

garantire un buon svolgimento delle fasi processuali, nonché di facilitare la produzione delle prove²⁷. In particolare poi, tramite la loro adozione, il Tribunale determina i punti sui quali le parti sono chiamate a completare le rispettive argomentazioni oppure che richiedono un'istruttoria²⁸. Il ricorso alle misure di organizzazione dovrebbe poi facilitare il Tribunale a definire la portata delle conclusioni e dei motivi e argomenti delle parti e a risaltare i punti controversi tra le stesse²⁹. E' in quest'ottica che la medesima disposizione attribuisce al Tribunale il potere di interrogare le parti in giudizio, di rivolgere loro quesiti cui le stesse possono rispondere per iscritto oppure oralmente, di chiedere informazioni o "ragguagli" sia alle parti che a soggetti terzi, nonché di richiedere la presentazione di documenti e di qualsiasi altra prova concernente la causa³⁰. Le misure di organizzazione si differenziano pertanto dai mezzi istruttori di cui, come detto, agli artt. 65 ss. del regolamento di procedura, per il loro carattere informale e generico e, a differenza di questi ultimi, non vengono disposte con ordinanza, ma notificate alle parti tramite una lettera del cancelliere³¹.

Va sottolineato, poi, come la possibilità garantita al Tribunale di acquisire informazioni nel corso del processo, permette allo stesso di aggirare il limite posto dall'art. 48, par. 2, del suo regolamento di procedura, secondo cui è fatto divieto nel processo comunitario di introdurre motivi nuovi in corso di causa (v. *supra*, Cap. II, para. n. 2.3.2)³², ottenendo in tal modo dati rispetto ai quali alle parti viene in ogni caso concesso di esprimere il proprio punto di vista. L'adozione di una misura di organizzazione viene infatti comunicata dal Tribunale alle parti in giudizio, alle quali viene data l'opportunità di presentare per iscritto oppure oralmente le rispettive osservazioni³³. In linea teorica, quindi, tale facoltà attribuita al Tribunale potrebbe risultare favorevole per la parte in giudizio in posizione di difficoltà quanto al soddisfacimento del suo onere probatorio (v. *infra*, para. n. 2.1), in quanto sembrerebbe più conveniente per la stessa sollecitare l'intervento del giudice, non tanto attraverso una esplicita richiesta di adozione della misura che incontrerebbe in ogni caso i limiti preclusivi di cui all'art. 48,

²⁷ Articolo 64 del regolamento di procedura del Tribunale paragrafo 2. lett. a).

²⁸ Articolo 64 del regolamento di procedura del Tribunale paragrafo 2. lett. b).

²⁹ Art. 64 del regolamento di procedura del Tribunale paragrafo 2. lett. c).

³⁰ Articolo 64 del regolamento di procedura del Tribunale paragrafo 3.

³¹ K. LENAERTS, D. ARTITS, I. MASELIS, *Procedural Law of the European Union*, London, 2006, pag. 559.

³² In questo senso Corte giust., 14 maggio 1998, causa C-259/96, *Council c. De Nil and Impens*, in *Racc.*, pag. I-2915, punto 31. In tale pronuncia la Corte respingeva il motivo di impugnazione di una pronuncia del Tribunale di primo grado, relativo alla violazione dell'articolo 48, par. 2, del regolamento di procedura del Tribunale, constatando come dal fascicolo di causa fosse emersa l'avvenuta richiesta da parte del Tribunale, alle ricorrenti, di determinare l'ammontare della differenza delle loro retribuzioni. La Corte rilevando come tale domanda si fondasse sull'art. 64 del regolamento di procedura, non riconosceva una violazione del regolamento di procedura.

³³ Il secondo capoverso dell'art. 64 4 del regolamento di procedura del Tribunale espressamente infatti prevede che «Qualora le circostanze del procedimento lo esigano, il Tribunale comunica alle parti le misure da esso previste dando loro l'occasione di presentare oralmente o per iscritto le loro osservazioni».

par. 2, del regolamento di procedura del Tribunale, nonché una possibile eccezione di parte, ma piuttosto sviluppando le proprie argomentazioni a sostegno dei motivi di impugnazione, al fine di canalizzare l'attenzione del giudice su un rilievo considerato incisivo per l'accoglimento dell'istanza. D'altronde tale considerazione trova conforto proprio nella funzione della relazione preliminare che, preordinata all'inquadramento della controversia, di fatto circoscrive le posizioni delle parti in giudizio, sulla base delle quali, in virtù delle rispettive argomentazioni dedotte negli atti, il giudice relatore si interroga sull'opportunità di proporre la misura di organizzazione più adatta nel contenuto.

Bisogna comunque osservare come nonostante le misure di organizzazione sembrino uno strumento predisposto per il giudice, al fine di semplificare l'istruzione della causa, permettendogli di meglio inquadrare i punti critici caratterizzanti una controversia, la loro adozione può anche conseguire ad un'esplicita richiesta di parte (art. 64, par. 4, del regolamento di procedura del Tribunale)³⁴.

La parte richiedente, però, a tal fine deve essere in grado di offrire un principio di prova sufficiente a giustificare l'adozione della misura³⁵. Se quindi, ad esempio, una parte richiede al Tribunale di ordinare la produzione di determinati documenti, l'organo giudicante deve essere posto nelle condizioni di verificare, per garantire un buon svolgimento del procedimento, l'opportunità di ordinare tale documentazione. Spetta quindi alla parte richiedente identificare i documenti sollecitati, nonché fornire un minimo di elementi accreditanti l'utilità documenti degli stessi ai fini del ricorso³⁶. Un obbligo di tal genere deve riconnettersi alla vigenza, nel processo comunitario, del principio dell'onere della prova cui consegue un onere di allegazione ai sensi dell'art. 44, para.1 lett. (e) (v. *infra*, para. n. 2.1) per il quale la richiesta di una misura d'organizzazione deve essere finalizzata alla precisazione dei motivi di ricorso oppure alla prova circa la veridicità delle allegazioni fattuali (v. *supra*, Cap. II, para. 2.2). Laddove invece la richiesta di parte miri piuttosto ad ottenere nuovi elementi, risultando le deduzioni concrete suscettibili di essere ulteriormente specificate da documenti, il Tribunale potrà rigettare l'istanza³⁷.

Ad esempio nel caso *NVV c. Commissione*³⁸, già analizzato (v. *supra* Cap. II, para. n. 3.3), i ricorrenti, soggetti terzi e partecipanti al procedimento

³⁴ Ai sensi dell'articolo 64, par. 4, del regolamento di procedura del Tribunale «*Ciascuna parte può, in qualsiasi momento del procedimento, proporre l'adozione o la modifica di misure di organizzazione del procedimento. In tal caso le parti sono sentite prima che tali misure siano disposte con ordinanza*».

³⁵ Corte giust., sentenza 28 aprile 1966, *IIFO c. Alta autorità*, in *Racc.*, pag. 125, punti 51-65.

³⁶ Corte giust., 17 dicembre 1998, causa C-185/95, *Baustahlgewebe c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-8417, punti 90, 92-93; Trib. primo grado, 13 dicembre 2001, cause riunite T-45/98 e T-47/98, *Krupp Thyssen Stainless c. Commissione*, in *Racc.*, pag., II-3757, punti 30-31.

³⁷ Trib. Primo grado, 8 novembre 2000, causa T-175/97, *Bareyt e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-1053, 89-91.

³⁸ Trib. Primo grado, 7 maggio 2009, causa T- 151/05, *NVV e a c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 28.

amministrativo relativo ad un'operazione di concentrazione, richiedevano tramite lettera al Tribunale, ai sensi dell'art. 64 para. n. 3, lett. d), di ingiungere alla Commissione la presentazione di tutti i documenti o atti concernenti la causa e d'inviarne loro una copia, senza specificare le ragioni di tale richiesta. Il Tribunale, dopo aver ricordato l'onere in capo alla parte richiedente l'adozione di una tal misura di identificare i documenti sollecitati e fornire al giudice un minimo di elementi idonei ad accreditare la rilevanza di tali documenti ai fini del procedimento, si pronunciava asserendo che, nonostante effettivamente la Commissione in linea di principio non possa fondare la propria decisione su documenti ai quali né il Tribunale né i ricorrenti hanno avuto accesso, questa sola circostanza, di per sé, non giustificerebbe un'ingiunzione alla produzione dei documenti in base dell'art. 64 del regolamento di procedura. Il Tribunale precisava, infatti, come una misura di organizzazione del procedimento possa essere ordinata dall'organo giudicante solo se i ricorrenti argomentano in maniera plausibile che i documenti richiesti sono necessari e pertinenti ai fini del giudizio³⁹. Il Tribunale constatava, pertanto, che la formulazione della richiesta non consentiva di valutare l'utilità ai fini del procedimento dei documenti richiesti, né di precisare perché tali documenti dovessero considerarsi necessari e pertinenti ai fini del giudizio e non disponeva, quindi, l'adozione della misura.

Invero, trattandosi di un ricorso per annullamento di una decisione adottata dalla Commissione che dichiarava l'operazione di concentrazione voluta dalle imprese concorrenti compatibile con il mercato comune, non sembra difficile immaginare come la richiesta delle ricorrenti fosse diretta all'acquisizione nel fascicolo di causa dei documenti necessari a comprendere sulla base di quali dati e informazioni la Commissione avesse studiato il mercato interessato e reputato l'operazione compatibile. Da questo punto di vista la motivazione del Tribunale sembrerebbe rispondere ad una logica puramente formale e prevalente anche rispetto all'eventuale rischio di sperequare il contraddittorio tra le parti. Bisogna, però, constatare come nella medesima sentenza, nella parte dedicata alla descrizione del procedimento contenzioso, il Tribunale avesse comunque adottato diverse misure di organizzazione, tra le quali, in particolare, una richiesta di ingiunzione, eseguita dalla Commissione, di presentare l'elenco dei soggetti cui essa aveva inviato un questionario nel corso del procedimento amministrativo al fine di ottenere informazioni tecniche nel settore interessato dall'operazione di concentrazione, l'elenco dei soggetti che avevano fornito una risposta, nonché una copia di tutte le risposte alle domande. Probabilmente è ragionevole ritenere che la richiesta avanzata dalle parti abbia spinto/indotto il Tribunale ad intervenire *ex officio*, nonostante dal punto di vista della forma stessa tale richiesta non potesse ritenersi accoglibile.

Va sottolineato, inoltre, come a causa delle modalità di redazione delle sentenze non sia possibile analizzare con precisione il tipo di uso concreto di tali

³⁹ Trib. Primo grado, 7 maggio 2009, causa T- 151/05, *NVV e a. c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 218.

misure, ovvero di poter determinare il contenuto specifico delle domande o dei quesiti formulati dal Tribunale, nonostante in materia di concorrenza si possa riscontrare un uso cospicuo delle suddette misure⁴⁰.

Tuttavia, nell'ambito di una controversia vertente sul diritto della concorrenza indubbiamente peculiari risultano i casi in cui, attraverso tali misure, il Tribunale interroga le parti in relazione alla pertinenza oppure rilevanza di una determinata sentenza oppure giurisprudenza. Ad esempio, nel caso *Qualcomm*⁴¹ (v. *supra*, Cap. II para. n. 3.3) il Tribunale aveva richiesto alla Commissione di esplicitare la propria opinione in merito alla pertinenza al caso in suo esame di una sua precedente pronuncia⁴² sul fondamento della quale l'organo giudicante ha poi affermato il concetto di notificazione di una decisione *antitrust* rispetto ai destinatari non formali dell'atto, nonostante nell'opinione della Commissione la menzionata pronuncia non fosse rilevante nel caso di specie emessa poiché adottata in una controversia emessa in materia di aiuti di Stato⁴³.

Tale prassi del Tribunale va salutata con favore se si considera che, ai sensi dell'art. 111 del regolamento di procedura del Tribunale, l'infondatezza manifesta di un ricorso può essere accertata anche qualora le argomentazioni sviluppate da una parte in causa nel proprio atto introduttivo risultino contrarie ad una giurisprudenza costante (v. *supra* Cap. II para. n. 2.3.1). Se è vero, infatti, che l'assunzione da parte del Tribunale di una misura di organizzazione non impedisce ad esso di adottare un'ordinanza motivata di manifesta irricevibilità e/o infondatezza del ricorso⁴⁴, il fatto che il giudice di prime cure si mostri aperto a comprendere la percezione che le parti interessate hanno rispetto all'applicazione della giurisprudenza al caso concreto rappresenta, in un certo senso, un'ulteriore garanzia per le stesse. Da questo punto di vista infatti, in tal modo viene concesso sia al ricorrente sia al convenuto la possibilità di evidenziare i limiti o le eventuali contraddizioni rilevate in seno ad un determinato filone giurisprudenziale con riferimento allo specifico caso concreto.

Nel caso *Qualcomm*, ad esempio, la tesi avanzata dalla Commissione, anche se non accolta dal Tribunale (v. *supra*, Cap. II para. 3.3), ha indubbiamente evidenziato come la poca chiarezza riscontrabile nell'applicazione del criterio della partecipazione al procedimento amministrativo, quale elemento considerato dal Tribunale per determinare la legittimazione ad agire di un soggetto terzo rispetto ad una decisione asserente la compatibilità con il mercato comune di

⁴⁰Cfr. In questo senso K LENAERTS, D. ARTITS, I. MASELIS, *Procedural Law of the European Union*, London, 2006, pag. 557 dove si sottolinea, con riferimento alle misure di organizzazione, come «*The Court of First instance makes avid use of such measures, acting in a more inquisitorial manner than the Court of Justice formerly did*».

⁴¹Trib. Primo grado, 19 giugno 2009, causa T-48/04, *Qualcomm Wireless Business Solutions Europe BV c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

⁴²Trib. Primo grado, 15 luglio 2005, causa T-17/02, *Olsen c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-2031.

⁴³Trib. Primo grado, 19 giugno 2009, causa T-48/04, *Qualcomm Wireless Business Solutions Europe BV c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 36.

⁴⁴Corte giust., 19 gennaio 2006, causa C-547/03 P, *AIT c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-845, punto 30. Sul punto si rinvia al Cap. II para. n. 2.3.1.

un'operazione di concentrazione, potenzialmente determina una disparità di trattamento tra i destinatari formali della decisione e i soggetti terzi. Questi ultimi, infatti, nonostante possano di fatto venire a conoscenza dell'avvenuta adozione dell'atto contemporaneamente ai destinatari formali, in virtù dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza con riferimento ai limiti temporali di cui all'art. 230 TCE, usufruiscono nella pratica di un maggior lasso temporale per poter impugnare la decisione amministrativa, potendosi riferire ai termini di cui all'art. 102 del regolamento di procedura del Tribunale (v. *supra*, Cap. II, para. n. 3.3).

Infine, non può non ricordarsi come, per quanto concerne l'assunzione delle prove nel processo comunitario in materia di concorrenza, non di rado⁴⁵ il giudice ricorra al meccanismo delle presunzioni⁴⁶. Sotto questo profilo, infatti, la giurisprudenza sottolinea come la specificità della produzione delle prove in caso di violazioni delle regole di concorrenza stabilisce un corollario secondo cui l'autorità (amministrativa) o il soggetto privato sul quale rispettivamente incombe l'onere della prova deve, sulla base di principi fondati sull'esperienza, poter trarre determinate conclusioni da una successione tipica di eventi⁴⁷. Ad esempio, rispetto ad un gruppo di imprese, la vigenza di una responsabilità solidale della casa madre per i comportamenti anticoncorrenziali posti in essere dalle imprese controllate, qualora la prima detenga una partecipazione del 100% nel capitale delle seconde, si è affermata in seno alla giurisprudenza comunitaria in virtù di un meccanismo presuntivo. In effetti, in tali circostanze il c.d. *common sense*⁴⁸ porta a riscontrare come la casa madre, in virtù di tale partecipazione, abbia il diritto esclusivo di determinare i membri degli organi direttivi dell'impresa controllata, stabilendo per tale via anche un'interdipendenza di tipo personale tra le società. Di conseguenza, dal punto di vista pratico, gli interessi degli *altri azionisti* non possono svolgere alcun ruolo attivo nell'assunzione di decisioni strategiche rispetto all'attività quotidiana dell'impresa controllata. Pertanto, alla totale omologazione degli interessi consegue l'impossibilità per la società controllata di

⁴⁵ In questo senso cfr. conclusioni dell'avvocato generale J. KOKOTT, presentate il 23 aprile 2009 nell'ambito della causa C-97/08P, *Akzo Nobel Nv e a. c. Commissione*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, dove al punto 72 si sottolinea come «*in linea generale, le regole sulla presunzione non sono affatto estranee al diritto della concorrenza*».

⁴⁶ Cfr., ad esempio, Corte di giust., 8 luglio 1999, causa C-49/92P, *Commissione c. Anic Partecipazioni*, in *Racc.*, pag. I-4125, punti 121 e 126; Corte di giust., 8 luglio 1999, causa C-199/92, *Huls c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-4287, punti 162 e 167; Corte di giust., 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P e C-219/00P, *Aalborg Portland e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-123, punto 81.

⁴⁷ Corte di giust., 21 settembre 2006, causa C-105/04P, *Nederlands Federative Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-8725, punto 37; cfr. anche le conclusioni dell'avvocato generale J. KOKOTT punto 89 presentate in data 12 febbraio 2009, nella causa Corte giust., 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands e a. c. Commissione*, in *Racc.*, I-000; nonché il punto 72 delle conclusioni presentate il 23 aprile 2009 nell'ambito della causa Corte giust., 10 settembre 2009, causa C-97/08 P, *Akzo Nobel Nv e a. c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Racc.*, e giurisprudenza ivi citata.

⁴⁸ Cfr. J. BOURKE, *Parental liability for Cartel Infringements*, in *Competition Policy International*, November 2009, dove alla pag. 4 l'autore sottolinea come tale presunzione sia «*firmly rooted in common sense*».

adottare un comportamento autonomo sul mercato essendo di fatto asservita, a prescindere dalla forma legale rivestita, all'entità economica di cui essa stessa è parte, ovverossia la casa madre⁴⁹.

Bisogna tra l'altro sottolineare come la presunzione venga utilizzata dal giudice comunitario per determinare *l'intensità della prova*, dalla quale viene quindi fatto discendere il riparto dell'onere di allegazione tra le parti in causa⁵⁰ (v. *infra* para. n. 2.1).

Da quanto si può desumere dalle regole vigenti in relazione alla fase istruttoria, il Tribunale di primo grado sembrerebbe volersi porre in una dimensione esterna alla controversia, in posizione di ricezione delle rispettive contestazioni delle parti, in merito alla posizione assunta dalle stesse in contraddittorio nel corso del procedimento amministrativo. Da quanto descritto sino ad ora, infatti, è possibile affermare come la modalità di redazione del ricorso (v. *supra*, Cap. II, para. n. 2.2) rilevi anche rispetto all'attività istruttoria dell'organo di prima istanza. Il giudice relatore e in un secondo momento l'intero organo giudicante assumono le prove e dispongono le misure di organizzazione ritenute opportune in base a quanto emerge dal dialogo scritto ricorrendo, sembrerebbe, al meccanismo deduttivo per accertare i fatti di causa (v. *infra*, para. n. 2.2). Ciò che quindi rileva ai nostri fini è comprendere come attraverso le sole misure di organizzazione e i meccanismi presuntivi il Tribunale si rapporti al merito di una decisione adottata dalla Commissione (v. *infra*, para. n. 4).

2.1. L'onere della prova nel contenzioso antitrust e il concetto di prova.

Il principio dell'onere della prova, pienamente applicato nel processo comunitario⁵¹, non trova in realtà un'esplicita regolamentazione né tra le

⁴⁹ Per un'illustrazione compiuta del ragionamento sotteso all'affermazione di tale presunzione cfr. le conclusioni dell'avvocato generale J.KOKOTT, punto 73, presentate in data 23 aprile 2009. Il principio viene ad ogni modo ripreso e confermato dalla Corte di giustizia. Cfr. Corte di giust., 10 settembre 2009, causa C-97/08P, *Akzo Nobel Nv. e a. c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Racc.*, punti 58 ss. Per un contributo che illustra l'evoluzione giurisprudenziale in materia cfr. J. BOURKE, *Parental liability in Cartel Infringements*, in *Competition Policy International*, November 2009, pag. 1ss reperibile anche on line all'indirizzo www.competitionpolicyinternational.com

⁵⁰ Cfr. conclusioni avvocato generale J KOKOTT, presentate in data 23 aprile 2009 punto 74, nella causa Corte giust., Corte di giust., 10 settembre 2009, causa C-97/08P, *Akzo Nobel Nv. e a. c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Racc.*. Cfr. anche A. L. SIBONY, E. BARBIER DE LA SERRE, *Charge de la preuve et et théorie du controle en droit de la concurrence : pour un changement de perspective*, in *RTD*, 43 (2) avr-juin 2007; B. VESTERDOF, *Standard of proof in merger cases: reflections in the light of recent case law of the community courts*, in *European Competition Journal*, 2005, pag. 3ss.

⁵¹ Cfr. in questo senso G. CAGGIANO, *Il ruolo dei giudici comunitari nell'evoluzione del diritto della Concorrenza*, in *Studi sull'Integrazione europea*, n. 2/2009, dove l'autore, alla pag. 403 nota n. 67, cita le conclusioni dell'avvocato generale A. TIZZANO del 30 marzo 2006, causa C-526/04, *Laboratoires Boiron SA c. Ursaff de Lyon (ACOSS)*, in *Racc.*, pag. I-7529, punto 68, nelle quali si afferma la vigenza nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea del generale principio di diritto secondo cui «chi vuol fare valere un diritto in giudizio

disposizioni dello Statuto della Corte di giustizia, né nel contesto dei regolamenti di procedura, rispettivamente del Tribunale e della Corte.

Tuttavia, si è avuto modo di constatare come la stesura del ricorso introduttivo, nonché del controricorso, implichi per le parti agenti in giudizio un dovere di suffragare ogni singolo motivo di impugnazione (o, più in generale, del ricorso nel caso dell'azione per risarcimento del danno), con adeguate argomentazioni in fatto e in diritto supportate da opportune offerte di prova, ai sensi dell'art. 44.1 lett. e) del regolamento di procedura del Tribunale (v. *supra*, Cap. II, para. n. 2.2). Invero, la formulazione di tale disposizione potrebbe indurre a propendere per l'assenza di un obbligo per le parti di documentare le rispettive asserzioni con mezzi probatori adeguati, in quanto la norma dispone che le conclusioni del ricorrente devono trovare riscontro «*se del caso*» in adeguate offerte di prova. La Corte di giustizia ha però chiarito come tale espressione implichi, in realtà, proprio l'esigenza per le parti in causa di corredare il proprio atto introduttivo con offerte di prova ogni qualvolta ve ne sia la necessità⁵². Diversamente infatti, non solo qualsiasi richiesta istruttoria rivolta al Tribunale potrà essere rigettata (v. *supra*, Cap. II, para. n. 2.2), ma l'eventuale diniego di quest'ultimo non potrà essere oggetto di censura nemmeno in sede di impugnazione⁵³. La Corte, sotto questo profilo, ha avuto occasione di sottolineare come ciò sia dovuto al ruolo attribuito nel processo al Tribunale di primo grado, il quale «*nell'esercizio del proprio potere sovrano è il solo giudice dell'eventuale necessità di integrare gli elementi di informazione di cui dispone nelle cause di cui è investito ordinando siffatte misure, le quali non possono essere dirette a supplire le carenze del ricorrente nella produzione delle prove*⁵⁴».

Ciò che rende particolare l'applicazione del principio dell'onere della prova in materia di concorrenza si rinviene nell'impossibilità per le parti di allegare documenti e riferirsi a fatti non emersi nel corso del procedimento amministrativo davanti alla Commissione⁵⁵. La produzione di documenti diversi e non visionati nel corso di tale procedimento amministrativo può costituire, infatti, oggetto di un'eccezione di irricevibilità da parte della Commissione⁵⁶ (v. *supra*, Cap. II, para. n. 2.3.2). Con riferimento alla posizione processuale rivestita dall'esecutivo comunitario nel contenzioso *antitrust*, tale limitazione si concilia pienamente con la *ratio* del ricorso *ex art. 230*, secondo cui il Tribunale è chiamato verificare la

deve provare i fatti che ne costituiscono che ne costituiscono il fondamento, regola spesso espressa con il famoso brocardo latino ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat»

⁵² Corte giust., 16 luglio 2009, causa C- 481/07P, *Selex sistemi integrati SpA c. Commissione*, non pubblicata in *Racc.*, punto 39.

⁵³ Corte giust., 28 giugno 2005, cause riunite C- 189/02/P, C-202/02P, da C- 205/02P, a C- 208/P e C-213/02P, *Dansk Rorindustri e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-5425, punto 67.

⁵⁴ Corte giust., 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02 P e a., *ult. cit.* punto 67.

⁵⁵ Cfr. K. LENAERTS, *Reflexions sur la preuve et sur la procedure en droit communautaire de la Concurrence*, in *Melange en Hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, 2008, pag. 477.

⁵⁶ Cfr. per tutte Trib. primo grado, 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-3601, punto 91; Trib. primo grado, 5 settembre 2009, causa T-151/05, *NVV c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Racc.*, punto 58.

legittimità della decisione adottata dalla Commissione, necessariamente circoscrivendo il suo esame al quel quadro fattuale utilizzato dalla stessa nel procedimento amministrativo. Diversamente, apparirebbe contraddittoria la verifica della regolarità delle deduzioni conclusive elaborate dalla Commissione nella fase pre-contenziosa, rispetto ad elementi di cui la stessa ignorava l'esistenza. Del resto, bisogna ricordare come, ai sensi dell'art. 2 del Regolamento n. 1/2003, nonostante l'introduzione di un regime di eccezione legale per l'applicazione del terzo paragrafo dell'art. 81 TCE, il processo di modernizzazione relativo all'attuazione degli artt. 81 e 82 TCE non ha invertito il meccanismo dell'onere della prova⁵⁷. Pertanto, l'accertamento di un'eventuale infrazione delle suddette norme primarie deriva dalla capacità della Commissione di soddisfare nel corso del procedimento amministrativo l'onere probatorio su di essa gravante (v. *supra*, Cap. I, para. n. 3.1).

Da questo punto di vista è evidente come poteri investigativi e la possibilità di richiedere informazioni e di effettuare studi di settore attribuiti espressamente alla Commissione dalle singole disposizioni regolamentari da un lato, consentano alla stessa di adempiere ai suoi oneri generali derivanti dal Trattato che le attribuisce il compito di applicare il diritto della concorrenza nell'interesse generale (art. 211 e 83 del TCE, v. *supra* Cap. I, para. 1.1 e 1.1.2); dall'altro, essi rappresentano gli strumenti grazie a cui la Commissione può formulare le sue constatazioni nella comunicazione degli addebiti e avviare così il procedimento amministrativo in contraddittorio con l'impresa o con i diversi soggetti interessati.

Analogamente, con riferimento al controllo predisposto dal Regolamento delle concentrazioni n. 139/2004, la Commissione è l'unico organo competente a verificare l'eventuale compatibilità o incompatibilità dell'operazione notificata con il mercato comune sulla base dei criteri di cui all'articolo 2 della richiamata disciplina.⁵⁸ e pertanto effettuare, in chiave prospettica, un'analisi del mercato rilevante⁵⁹ (v. *supra*, Cap. I, para. n. 2.3).

Tuttavia, al di fuori dei fattori qualificabili come comuni in quanto generalmente necessari all'applicazione delle norme *antitrust* (*impresa, commercio, Stati membri e mercato rilevante*), l'applicazione degli articoli 81 e 82 TCE presuppone la sussistenza di condizioni differenti, così come il Regolamento n. 139/2004 prescrive l'utilizzo di criteri determinati affinché un'operazione di concentrazione possa ritenersi compatibile con il mercato

⁵⁷ Secondo l'art. 2 del Regolamento n. 1/2003 infatti «In tutti i procedimenti nazionali o comunitari relativi all'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato, l'onere della prova di un'infrazione dell'art. 81, paragrafo 1 o dell'articolo 82 del Trattato incombe alla parte o all'autorità che asserisce tale infrazione. Incombe invece all'impresa o all'associazione di imprese che invoca l'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, del Trattato l'onere di provare che le condizioni in esso enunciate sono soddisfatte».

⁵⁸ Cfr. artt. 2 e 3 del Regolamento n. 139/2004, *supra* Cap. I, para. n. 2.3.

⁵⁹ Cfr. Trib. primo grado, 14 maggio 1994, causa T- 2/93, *Air France c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-323 dove il Tribunale ai punti 79-84 sottolinea come spetti alla Commissione, per verificare se un'operazione di concentrazione tra imprese crei o rinforzi una posizione dominante, definire il mercato rilevante.

comune (v. *supra* Cap. I). Inoltre, la portata delle singole disposizioni normative è stata nel tempo sviluppata proprio dalla giurisprudenza comunitaria a cui pertanto bisogna riferirsi per comprendere quando possa considerarsi soddisfatto l'onere probatorio gravante sulla Commissione (v *infra* para. 4). Tale attitudine della giurisprudenza comunitaria si rinviene chiaramente con riferimento alla disciplina delle concentrazioni. Il Regolamento n. 139/2004, infatti, non fornisce alcuna indicazione rispetto al tipo di *evidenziary threshold* che la Commissione deve soddisfare per poter considerare compatibile o incompatibile con il mercato comune un'operazione di concentrazione⁶⁰. Tuttavia, in diverse controversie concernenti la disciplina delle operazioni di concentrazione, il Tribunale di primo grado ha annullato le decisioni della Commissione, riscontrando la mancanza di prove atte a supportare le conclusioni dell'esecutivo. Il Tribunale, in particolare, rilevava l'assenza di prove cogenti nel caso *Airtours*⁶¹, di prove sufficienti nel caso *Schenider*,⁶² di prove specifiche e consistenti nel caso *Babyliss*⁶³. Successivamente, nell'ambito del noto caso *Tetra Laval*⁶⁴.il Tribunale stabiliva che l'analisi prospettica elaborata dalla Commissione nel caso di specie, secondo cui, a seguito dell'operazione di concentrazione, si sarebbe creata una posizione dominante solo dopo un certo lasso temporale, fatto salvo il margine discrezionale riconosciuto all'esecutivo potesse considerarsi legittima solo *se particolarmente plausibile*⁶⁵.

Tuttavia, secondo la Commissione nonché a giudizio di parte della dottrina, il Tribunale nel suddetto caso aveva introdotto uno standard probatorio eccessivamente gravoso⁶⁶.

Un chiarimento sul punto è rinvenibile nella successiva sentenza emessa dalla Corte di giustizia, a seguito dell'impugnazione promossa dalla Commissione avverso la sentenza di primo grado⁶⁷. Nella specie la Corte, confermando le conclusioni dell'avvocato generale, dopo aver ricordato come la funzione essenziale della prova consista nella capacità della stessa di persuadere il giudice in merito alla fondatezza di una tesi⁶⁸, mitigava la pronuncia del Tribunale,

⁶⁰ In questo senso cfr. L. PRETE E A. NUCARA, *Standard of Proof and scope of Judicial review EC Merger Cases: everything clear after Tetra Laval?*, in *E. C.L. R.*, 2005, pag.694.

⁶¹ Trib. primo grado, 6 giugno 2002, causaT-342/99, *Airtours c. Commissione*, in *Racc.*, pag.II-2585punto 294.

⁶² Trib. primo grado, 22 ottobre 2002, causaT-310/01, *Schneider Electric.c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-4071, punti 179, 209 e 349.

⁶³ Trib. primo grado, 3 aprile 2003, causaT-114/02, *Babyliss c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II- 1279.

⁶⁴ Trib. primo grado, 25 ottobre 2002, causa T-5/02, *Tetra Laval c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II- 4381.

⁶⁵ Trib. Primo grado, ..2002, causa T-5/02, *Tetra Laval supra cit.* punto 162.

⁶⁶ Cfr. in questo senso J. T. LANG, *Two important Merger Regulations judgments: the implications of Schneider Le Grand and Tetra-Laval Sidel*, in *European Law Review*, 2003, pag. 268. In senso opposto, invece, si veda B. VESTERDOF, *Standard of Proof in Merger Cases: Reflections in the light of recent case law of the Community Courts*, in *European Competition Journal*, 2005, n. 21.

⁶⁷ Corte giust., 15 febbraio 2005, causa C- 12/03 P, *Commissione c. Tetra Laval VB*, in *Racc.*, pag. I-987.

⁶⁸ Corte giust., 15 febbraio 2005, causa C-12/03P *ult. cit.* punto 39.

stabilendo l'obbligo per la Commissione di fondare la propria analisi prospettica, con riferimento al giudizio di compatibilità di un'operazione di concentrazione con il mercato comune, sulla base di una più o meno forte probabilità.

Generalmente parlando, quindi, la giurisprudenza impone alla Commissione di fornire adeguate prove delle infrazioni che essa accerta, obbligandola a produrre nelle decisioni adottate a norma delle regole di concorrenza, elementi precisi e concordanti che dimostrino, in modo convincente, l'esistenza dei fatti che secondo il giudizio dell'esecutivo integrano tali violazioni⁶⁹. Sotto il profilo della prova, la giurisprudenza chiarisce come i suddetti elementi possono costituire prove dirette, ossia assumere la forma di uno atto scritto⁷⁰, nonché prove indirette concretizzabili anche in un comportamento⁷¹.

Rispetto, ad esempio, all'applicazione del divieto sancito dall'articolo 81. 1, si è visto come il Trattato richieda il soddisfacimento di una serie di condizioni distinte (v. *supra*, Cap. I, para. n. 2.1), ossia, innanzitutto, l'esistenza di un accordo tra imprese, una pratica, concordata o un'associazione tra imprese; in secondo luogo, che tali condotte collusive abbiano per oggetto oppure per effetto una sensibile restrizione della concorrenza; in terzo luogo, che il commercio intracomunitario subisca un pregiudizio a causa di tali comportamenti anticoncorrenziali, diversamente non sussistendo la competenza della Commissione⁷². (v. *supra*, Cap. I, para. n. 2). Perché l'onere probatorio della Commissione circa la sussistenza di un accordo possa ritenersi soddisfatto, è sufficiente che la stessa dimostri che due imprese abbiano manifestato la volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo concordato⁷³. mentre non viene richiesta la dimostrazione dell'esistenza di un intento comune alle imprese interessate di perseguire uno scopo anticoncorrenziale⁷⁴. Di contro, spetterà, invece, all'impresa/e accusata/e di aver adottato una condotta collusiva e anti concorrenziale fornire la prova di essere dissociata/e dall'accordo dedotto dalla

⁶⁹ Corte giust., 28 marzo 1984, cause riunite 29/83 e 30/83, *Cram e Rheinzink c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 1679, punto 20; Corte giust., 6 gennaio 2004, cause riunite C-2/01 e C-3/01P, *BAI e Commissione c. Bayer*, in *Racc.*, pag. I-23, punto 62.

⁷⁰ Trib. primo grado, 15 marzo 2000, cause riunite T-25/95, T-26/95, da T-30/95 a T-32/95, da T-34/95 a T-39/95, da T-42/95, T- 48/95, da T- 50/95 a T-65/95, da T- 68/95 a T-71/95, T- 87/95, T-88/95, T-103/95 e T-104/95, *Cimenteries CBR e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-491, punto 862; Corte giust., 7 gennaio 2004, cause riunite C- 204/00P, C-205/00P, C-211/00 P, C-213/00 P, C- 217/00 P e C-219/00P, *Aalborg Portland e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-123, punto 237.

⁷¹ Trib. primo grado, 26 ottobre 2000, causa T- 41/96 *Bayer c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-3383, punto 47, confermata in sede di impugnazione Corte giust., 6 gennaio 2004, cause riunite C- 2/01, e C- 3/01P, *BAI e Commissione c. Bayer*, in *Racc.*, pag. I-23, punto 62.

⁷² Corte giust., 31 marzo 1993, cause riunite C-89/85, C- 104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e da C-125/85 a C-129/85, *Ahlstrom Osakeyhtio e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-1307, punto 176.

⁷³ Corte 15 luglio 1970, causa 41/69, *ACF Chemiafarma c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 661, punto 112; Corte giust., 11 gennaio 1990, causa C-227/87, *Sandoz Prodotti Farmaceutici c. Commissione*, in *Racc.*, I-45, punto 13; Trib. primo grado, 26 ottobre 2000, causa T-41/96, *Bayer c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-3383, punti 67 e 73.

⁷⁴ Trib. primo grado, 27 settembre 2006, causa T-168/01, *GlaxoSmithKline Service Ulimited c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-2969, punto 77.

Commissione, consistente nella dimostrazione di una volontà inequivocabile, palesata anche alle altre imprese partecipanti, di volersi sottrarre al suddetto accordo⁷⁵.

Nel contesto del divieto di cui all'art. 82 TCE, invece, la detenzione di una posizione dominante sul mercato da parte di un'impresa, requisito necessario per valutarne lo sfruttamento abusivo ai sensi dell'art. 82 TCE, implica già un'alterazione della concorrenza nel mercato. Per questa ragione la detenzione da parte di un'impresa di una cospicua parte di un determinato mercato di riferimento (per esempio, il 50%), viene qualificata, salvo casi eccezionali, come prova "certa" circa la sussistenza di una posizione dominante⁷⁶. Sembrerebbe, pertanto, sufficiente la prova deducibile dalla Commissione di tale posizione per considerare integrato il disposto di cui all'art. 82 TCE, quanto meno nei casi di abusi escludenti. Infatti, rispetto a tali ipotesi di abuso, ciò che rileva è la constatazione del comportamento autonomo dell'impresa sul mercato, per la quale si ha la possibilità di fissare liberamente i prezzi senza dover tener conto delle reazioni dei clienti e dei fornitori⁷⁷. Per tali ragioni, con riferimento alla pratica abusiva dei prezzi predatori, è stata stabilita una presunzione semplice, per la quale la Commissione può considerare integrata la violazione dell'art.82 TCE, nel caso in cui i prezzi di vendita praticati dall'impresa in posizione dominante risultino inferiori alla media dei costi variabili. Diversamente, qualora i prezzi siano superiori alla media dei costi variabili, ma superiori ai costi totali di produzione, spetterà alla Commissione dimostrare la sussistenza di una strategia predatoria da parte dell'impresa⁷⁸

Si è tuttavia rilevata (v. *supra*, Cap. I, para. n. 2.2) la possibilità per le imprese in posizione dominante di provare, in risposta alle constatazioni avanzate dalla Commissione, come in realtà le condotte realizzate sul mercato conseguano all'esigenza di proteggere i propri interessi commerciali non potendo, quindi, ricondursi alla fattispecie di abuso di posizione dominante. Nella sentenza

⁷⁵ Corte giust., 6 gennaio 2004, cause riunite C-2/0\, e C-3/01P, *BAI e Commissione c. Bayer*, in *Racc.*, pag. I-23, punto 63, Corte giust., 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00P, C-205/00P, C-213/00P, C-217/00P e C-219/00P, *Aalborg Portland e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-123, punti 81-84; Trib. primo grado, 11 dicembre 2003, causa T-61/99, *Adriatica Navigazione c. Commissione*, in *Racc.*, pag.II-5349, punti 135-138.

⁷⁶ Trib. primo grado, 7 ottobre 1999, *Irish Sugar c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-2969, punto 70; Trib. primo grado, 22 novembre 2001, causa T-139/98, *AAMS c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-3413, punto 51; Trib. primo grado 14 dicembre 2005, causa T-210/01, *General electric c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-5575, punto 115. Nel caso *France Telecom*, il Tribunale riteneva come la sussistenza di un mercato in forte crescita non esclude l'applicazione delle regole di concorrenza e. in particolare, l'articolo 82 del Trattato, soprattutto laddove le imprese implicate detengono una porzione di mercato di molto superiore rispetto a quella detenuta dai loro primi concorrenti, dato che costituisce indice circa la sussistenza di una posizione dominante e che limita, pertanto, la concorrenza potenziale, cfr. Trib. primo grado, 30 gennaio 2007, causa T-340/03, *France Telecom c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-107, punti 111-112.

⁷⁷ Trib. primo grado, 30 settembre 2003, cause riunite T- 191/98, T-212/98 a T-214/98, *Atlantic Container Line e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag., II-3275, punto 1084.

⁷⁸ Corte giust., 2 aprile 2009, causa C-202/07, *France Télécom c. Commissione*, non pubblicata in *Racc.*, punto 111.

Atlantic Container Line, il Tribunale ha però specificato come le giustificazioni consentite per via giurisprudenziale nell'ambito di applicazione dell'art. 82 TCE non possono condurre ad ammettere la sussistenza di motivi di esenzione. Infatti, «L'unico motivo di tali giustificazioni è di consentire ad un'impresa dominante non di dimostrare che le pratiche di cui trattasi procurano taluni vantaggi che ne giustificano l'adozione, ma solo che le dette pratiche mirano a proteggere in modo ragionevole i suoi interessi commerciali nei confronti di azioni intraprese da terzi e che, quindi, esse non costituiscono in realtà pratiche abusive»⁷⁹. In considerazione di tale giurisprudenza con riferimento alle pratiche abusive dei prezzi predatori, l'impresa dovrebbe poter superare la presunzione descritta, adducendo in alcuni casi eccezionale ragioni economiche e commerciali idonee a giustificare l'applicazione di prezzi molto inferiori ai costi. Si pensi, al riguardo, alla necessità di smaltire merci invendute il cui costo di stoccaggio è particolarmente elevato. Tale ipotesi sembra infatti potersi desumere dalla pronuncia emessa dalla Corte di giustizia nel caso *France Télécom*⁸⁰, dove la Corte, infatti, ammetteva la possibilità per la Commissione di considerare il mancato recupero delle perdite quale possibile elemento *per escludere giustificazioni economiche diverse dall'eliminazione di un concorrente*⁸¹. Da una lettura a contrario di tale affermazione, sembrerebbe effettivamente conseguire la possibilità per l'impresa interessata di superare la presunzione in parola, dimostrando la sussistenza di tali diverse giustificazioni economiche (ossia non l'eliminazione dei concorrenti) (v. *infra*, para. n. 4).

Se, dunque, rispetto ad ogni singola fattispecie sostanziale l'esecutivo comunitario deve porsi nelle condizioni di palesare la sussistenza di tutti i presupposti necessari all'applicazione degli artt. 81 e 82 TCE nonché del regolamento n. 139/2004, si comprende, allora, come per il soggetto ricorrente innanzi al Tribunale di primo grado l'onere della prova si riterrà assolto laddove lo stesso riesca a dimostrare, allegando opportuni elementi probatori ai sensi dell'art. 44.1 lett. (e) del regolamento di procedura del Tribunale, *come la Commissione non sia stata in grado di adempiere al proprio onere probatorio*. Pertanto, ciò che deve emergere dal ricorso, in maniera chiara e precisa, sono gli elementi in fatto e in diritto tesi a palesare un'eventuale contraddittorietà del ragionamento proposto nella motivazione della decisione della Commissione, cosicché, dal punto di vista pratico, il ricorso per annullamento in materia di concorrenza potrebbe essere inteso come una sorta di controricorso rispetto a quanto dedotto e/o dimostrato dalla Commissione durante lo svolgimento dei procedimenti amministrativi.

Il giudizio dinnanzi al Tribunale, pertanto, in questa prospettiva altro non è che il proseguimento del contraddittorio instauratosi in sede amministrativa,

⁷⁹ Trib. primo grado, 30 settembre 2003, cause riunite T-191/98 e da T-212/98 a T-214/98, *Atlantic Container Line AB e a. c. Commission*, in *Racc.*, II- 3275, punto 1114.

⁸⁰ Corte giust, 2 aprile 2009, causa C-202/07, *France Telecom c. Commissione*, non pubblicata in *Racc.*

⁸¹ punto 111 sentenza *ult. cit.*

rispetto al quale il giudice di prima istanza si pone come giudice dei fatti, ossia come il garante della veridicità dei fatti dal punto di vista materiale e come giudice della tesi che, in un certo senso può rivelarsi la più convincente.

2.2. L'accertamento dei fatti da parte del Tribunale di primo grado in materia di concorrenza.

In linea generale, *l'accertamento del fatto* sul piano processuale costituisce quell'attività di indagine rientrante nel processo decisionale di un organo giudicante, esperita sulla base della valutazione delle offerte di prova prodotte dalle parti in causa oppure acquisite *ex officio*, e preordinata all'emissione di una pronuncia inerente al merito di una controversia.

Nel processo comunitario, si è visto, la valutazione dei mezzi probatori viene effettuata in camera di consiglio in sede di decisione della controversia, a seguito dell'attività istruttoria essenzialmente compiuta dal giudice relatore e riassunta nella relazione preliminare (v. *supra*, para. n. 2).

Per comprendere quindi in cosa consista l'accertamento del fatto da parte del Tribunale di primo grado nell'ambito di una controversia in materia di concorrenza è necessario riferirsi alla funzione della prova nel contenzioso in materia di concorrenza.

Secondo la giurisprudenza, infatti, la funzione essenziale della prova che una parte deve allegare al ricorso (art. 44. 1 lett. e del regolamento di procedura del Tribunale) a sostegno delle proprie argomentazioni deve ravvisarsi nella capacità della stessa di persuadere l'organo giudicante in merito alla fondatezza di una tesi⁸². Nel paragrafo precedente, si è evidenziato come sotto questo profilo l'offerta di prova nel contenzioso *antitrust* sia funzionale alla dimostrazione che la controparte non ha opportunamente adempiuto al proprio onere probatorio, tanto che l'introduzione dell'azione processuale innanzi al Tribunale di primo grado, a conclusione del procedimento amministrativo, pone l'organo di prima istanza nella posizione di garante circa la veridicità materiale dei fatti e come giudice della tesi qualificabile come più convincente, in considerazione delle risultanze acquisite sulla base del dialogo scritto intervenuto in contraddittorio tra le parti. Considerato l'onere probatorio incombente sulla Commissione, la giurisprudenza, d'altronde, sottolinea come spetti sulla parte in causa, normalmente individuabile

⁸² Cfr. Corte di giust., 21 settembre 2006, causa C-105/04P, *Nederlands Federative Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-8725, punto 37; cfr. anche le conclusioni dell'avvocato generale J. KOKOTT punto 89 presentate in data 12 febbraio 2009, nella causa Corte giust., 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands e a. c. Commissione*, in *Racc.*, I-000; nonché il punto 72 delle conclusioni presentate il 23 aprile 2009 nell'ambito della causa Corte giust., 10 settembre 2009, causa C-97/08 P, *Akzo Nobel Nv e a. c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Racc.*, e giurisprudenza ivi citata; Corte di giust., 15 febbraio 2005, causa C-12/03 P, *Commissione c. Tetra Laval*, in *Racc.*, pag. I-987, punti 41 e 44; Corte giust., 10 luglio 2008, causa C-413/06P, *Bertelsmann AG e Sony Corporation of America c. Impala*, in *Racc.*, pag. I-4951, punto 51.

nella impresa accusata di un'infrazione (v. *supra* para. n. 2.1), controbattere alle conclusioni della parte avversaria, «*producendo prove contrarie e concludenti, pena il soddisfacimento, da parte di siffatte conclusioni, dei requisiti in punto di onere della prova*». ⁸³.

Nonostante il suo carattere sibillino, criptico, nonché apparentemente circolare, tale affermazione permette di comprendere nella sostanza la formula normalmente impiegata dalla giurisprudenza in materia di concorrenza, secondo cui il controllo di merito presuppone, in primo luogo, la verifica circa la sussistenza dei presupposti di diritto per l'applicazione della normativa *antitrust* ⁸⁴, rispetto ai quali il Tribunale esercita un controllo pieno, consistendo essi nelle condizioni alle quali il Trattato subordina l'applicazione degli art. 81 e 82 e del regolamento relativo alle operazioni di concentrazione.

Pertanto, la verifica fattuale esperita dal Tribunale di primo grado non concerne la realtà economica del mercato interessato dalla controversia, ma essendo invece diretta a determinare quale delle tesi in causa sia maggiormente plausibile, è preordinata alla verifica degli elementi di fatto e di diritto necessari all'esercizio del potere discrezionale della Commissione nell'attuazione delle regole vigenti in materia di concorrenza.

Ne consegue, quindi, che l'accertamento del fatto in materia di concorrenza dal punto di vista pratico coincide, con il c.d. sindacato di merito, dal momento che se in linea di principio il controllo del Tribunale è limitato alla verifica dell'esattezza materiale dei fatti e alla mancanza di errori manifesti di valutazione con riferimento all'operato della Commissione, ciò non di meno la completezza e l'affidabilità dei fatti a base di una decisione può costituire oggetto del sindacato giurisdizionale ⁸⁵ (v. *infra*, para. n. 4).

Sotto questo profilo, quindi, l'accertamento fattuale nel contesto di un ricorso per annullamento è assimilabile al giudizio di merito garantito dall'organo di prima istanza nell'ambito di un'azione volta ad ottenere il risarcimento del danno.

Infatti anche nel caso *Schneider* (v. *supra*, Cap. II, para. n. 4) il Tribunale chiariva che la causa del danno subito dalla ricorrente non andasse ricercata nell'analisi dei mercati rilevanti effettuata nella comunicazione degli addebiti o nella decisione di incompatibilità, quanto piuttosto nell'omissione nella comunicazione degli addebiti «di una menzione essenziale per le sue conseguenze

⁸³ Corte giust., 31 marzo 1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95, *Francia e a. c. Commissione (Kali e Salz)*, in *Racc.*, I-1375, punto 228;

⁸⁴ Trib. primo grado, 8 luglio 2008, causa T-99/04, *Ac-Treuhand c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-1501, punto 130; Trib. Primo grado, 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-3601, punti 85ss.

⁸⁵ Cfr. Corte giust., 10 luglio 2008, causa C-413/06P, *Bertelsmann AG e Sony Corporation of America c. Impala*, in *Racc.*, pag. I-4951, punto 69; cfr anche G. CAGGIANO, *Il ruolo dei giudici comunitari nell'evoluzione del diritto della Concorrenza*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2/2009, pag. 403, nota n. 68.

e per il dispositivo della decisione di incompatibilità, la quale non comportava nessuna difficoltà tecnica particolare (...)»⁸⁶.

Con riferimento all'accertamento del fatto, tuttavia, la differenza tra i due rimedi giurisdizionali va rilevata nell'impossibilità di individuare nell'ambito di un ricorso volto ad ottenere il risarcimento del danno un autonomo momento deputato al controllo fattuale poiché, come già rilevato (v. *supra*, Cap. II, para. n. 4) in questo contesto il sindacato di merito concerne la verifica della sussistenza delle condizioni presupposte all'esercizio dell'azione, il cui onere probatorio incombe tra l'altro sul ricorrente, senza possibilità di distinguere il giudizio di ricevibilità dal sindacato di merito.

Rispetto ad entrambe le azioni, infatti, il Tribunale è chiamato a verificare il soddisfacimento dell'onere probatorio. Mentre nel ricorso per annullamento tale controllo concerne i presupposti necessari all'applicazione delle regole antitrust, nel ricorso per responsabilità extracontrattuale la verifica è limitata alla sussistenza dei presupposti "processuali".

3. Tribunale di primo e grado e Corte di giustizia: confronto tra il ricorso per annullamento e il rinvio pregiudiziale.

Il rinvio pregiudiziale disciplinato dall'art. 234 TCE come è noto rappresenta uno strumento di dialogo privilegiato tramite cui il giudice nazionale, competente ad applicare il diritto comunitario, dispone della facoltà di interrogare la Corte di giustizia, in via incidentale nell'ambito di un procedimento nazionale in corso, sottoponendole quesiti vertenti sull'interpretazione del diritto dei Trattati.

L'uniforme interpretazione ed applicazione del diritto comunitario viene del resto garantita dalla Corte di giustizia proprio attraverso le pregiudiziali di interpretazione, alle quali è generalmente riconosciuta un'efficacia *erga omnes* per quanto concerne la loro portata.

Tuttavia, in virtù alla *ratio* sottesa a tale strumento, ossia garantire un'uniforme e corretta applicazione del diritto comunitario sul territorio dell'Unione, l'introduzione di tale ricorso indiretto presuppone la competenza in capo al giudice nazionale di illustrare compiutamente nell'ordinanza di rinvio i punti di fatto e di diritto che permettano alla Corte di pronunciarsi di fornire alla giurisdizione di rinvio l'interpretazione del diritto comunitario più congrua e utile alla risoluzione della controversia nel procedimento principale.

Tuttavia, bisogna sottolineare come proprio rispetto al diritto *antitrust*, la Corte normalmente suole ricordare che l'esigenza di giungere ad un'interpretazione del diritto comunitario che sia utile per il giudice nazionale, impone a quest'ultimo l'onere di definire l'ambito di fatto e di diritto in cui si inseriscono le questioni

⁸⁶ Trib. primo grado, 11 luglio 2007, causa T-351/03, *Schneider Electric SA c. Commissione*, in *Racc.*, pag., 2237, punto 157.

sollevate⁸⁷ e che, tali esigenze valgono in modo particolare nel settore della concorrenza, caratterizzato da situazioni di fatto e di diritto complesse⁸⁸.

In particolare nell'ambito del rinvio pregiudiziale nel contesto del diritto della concorrenza la mancata definizione dell'ambito fattuale inerente alla controversia nazionale, causa di irricevibilità dell'ordinanza di rinvio.

Ad esempio nel caso *Centro Europa 7*⁸⁹, nel cui ambito il giudice nazionale richiedeva un'interpretazione delle norme primarie relative al diritto della concorrenza con particolare riferimento all'art. 86.1 in combinato disposto con l'art. 82 TCE, la Corte dopo aver ricordato la giurisprudenza inerente all'applicazione delle due disposizioni⁹⁰, dichiarava la questione irricevibile per l'omessa indicazione, da parte del giudice nazionale nella decisione di rinvio, di alcuna indicazione relativa alla definizione del mercato rilevante, al calcolo delle quote di mercato detenute dalle diverse imprese e al presunto abuso di posizione dominante⁹¹. Sotto questo profilo pertanto è agevole riscontrare una certa analogia con riferimento all'individuazione del quadro fattuale, nel rapporto intercorrente tra il Tribunale e le parti in causa nel contesto del ricorso per annullamento e quello sussistente tra la Corte di giustizia e il giudice nazionale nell'ambito del rinvio pregiudiziale. Così come nel primo caso compete al ricorrente definire i punti di fatto e di diritto rilevanti onde non incorrere in un giudizio di irricevibilità per violazione dei requisiti formali del ricorso (art. 44 del regolamento di procedura del Tribunale, v. *supra*, Cap. II, para. n. 2.2 ss.) e per consentire al Tribunale di verificare la sussistenza dei presupposti necessari all'applicazione delle regole *antitrust* da parte della Commissione (v. *supra*, para. n. 2.2), analogamente nel rinvio pregiudiziale spetta al giudice nazionale, nel rispetto delle proprie regole processuali, fornire tutte le indicazioni necessarie in punto di fatto acquisite nel corso del processo, affinché la Corte possa fornire l'interpretazione di una disposizione *antitrust*, volta a chiarire l'accezione e la portata dei presupposti sottesi alla sua applicazione.

⁸⁷ Corte giust., 26 gennaio 1993, cause riunite da C- 320/90 a C- 322/90, *Telemarsicabruzzo e a.*, in *Racc.*, pag. I-393, punto 6; Corte giust., 14 luglio 1998, causa C-341/95, *Bettati*, in *Racc.*, pag. I-4355, punto 67; Corte giust., 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany International*, in *Racc.*, pag. I-5751, punto 39; Corte giust., 31 gennaio 2008, causa C- 380/05, *Centro Europa 7 Srl c. Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e a.*, in *Racc.*, pag., I-349, punto 57.

⁸⁸ Corte giust., 26 gennaio, 1993, cause riunite C-320/90 a C-322/90, *Telemarsicabruzzo e a.*, in *Racc.*, pag. I-393, punto 7; Corte giust., 14 luglio 1998, causa C-341/95, *Bettati*, in *Racc.*, pag. I-4355; 68; Corte giust., 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany International*, in *Racc.*, pag. I- 5751, punto 39; Corte giust., 31 gennaio 2008, causa C- 380/05, *Centro Europa 7 c. Ministero delle Comunicazioni e a.*, in *Racc.*, pag. I- 349, punto 58.

⁸⁹ Corte giust., 31 gennaio 2008, causa C-380/05, *Centro Europa 7 c. Ministero delle Comunicazioni e a.*, in *Racc.*, pag. I-349.

⁹⁰ punto 60 sentenza *ult. cit.*

⁹¹ punto 61 ss. sentenza *ult. cit.* Cfr. anche nello stesso senso Corte di giust., ordinanza 17 settembre 2009, causa C-408/09 e C-409/08, *Investitionsbank Sachsen-Anhalt e a.*, non pubblicata in *Racc.*, punto 32.

4. Esiste un sindacato di merito nel contenzioso antitrust?

Si è già avuto modo di rilevare nel secondo capitolo come, in linea di principio, nel contenzioso dell'Unione europea il sindacato di merito venga identificato nella competenza attribuita al Tribunale di primo grado in contrapposizione alla funzione di mera legittimità conferita alla sola Corte di giustizia (v. *supra*, Cap. II, para. n. 2). L'istituzione del Tribunale di primo grado, infatti, conseguiva alla necessità di alleggerire il carico di lavoro della Corte di giustizia, in modo da preservare sotto il profilo qualitativo la funzione nomofilattica della stessa nell'esercizio della sua funzione principale volta a garantire l'uniforme interpretazione e applicazione del diritto comunitario (art. 220 TCE). Nella decisione istitutiva del Tribunale di primo grado, d'altronde, il Consiglio enfatizzava come, nel sistema giurisdizionale comunitario, si rendesse necessario prevedere un doppio grado di giudizio al fine di meglio tutelare gli interessi individuali dei singoli, attribuendo al nuovo giudice una competenza a conoscere in primo grado dei ricorsi proposti dalle persone fisiche e giuridiche che spesso richiedono *l'esame di fatti complessi*, quali ad esempio le controversie in materia di concorrenza⁹².

Nei paragrafi precedenti di questo capitolo, tuttavia, si è avuto modo di illustrare le modalità attraverso cui l'organo di prima istanza procede alla verifica dei fatti interessati da una controversia in materia di concorrenza nel contesto di un ricorso in annullamento (v. *supra* para. n. 2.2) e come tale attività sia intrinsecamente condizionata dallo schema del processo comunitario che nella pratica conferisce un ruolo determinante al giudice relatore con riferimento all'istruzione della causa (v. *supra* Cap. II, para. n. 2.1 e *supra* para. n. 2). Partendo dal contenuto dei ricorsi delle parti in causa e a seguito delle risultanze redatte nella relazione preliminare sul cui fondamento si procede all'adozione delle misure di organizzazione, l'accertamento fattuale nella pratica si risolve in un'attività di comprensione, da parte della sezione competente cui viene affidata la decisione della controversia, volta alla verifica della corretta applicazione da parte della Commissione delle regole *antitrust* comunitarie, procedendosi quindi a

⁹² Cfr. Decisione del Consiglio del 24 ottobre 1988 che istituisce il Tribunale di primo grado delle comunità europee, in *GUCE* L 319 25 novembre 1988, pag. 1-8, dove effettivamente nei considerando il Consiglio affermava la necessità di istituire un organo giurisdizionale di prima istanza «per le controversie che esigono un esame approfondito dei fatti complessi». Secondo il Consiglio infatti «l'istituzione di un doppio grado di giurisdizione è atta a migliorare la tutela giurisdizionale dei soggetti; considerando che al fine di preservare la qualità e l'efficacia della tutela giurisdizionale nell'ordinamento giuridico comunitario, si deve consentire alla Corte di concentrare la sua attività sul suo compito principale, che è quello di assicurare l'interpretazione uniforme del diritto comunitario; considerando che è quindi necessario valersi dell'autorizzazione conferita dall'art.32 *quinquies* del Trattato CECA, dell'art. 168 A del Trattato CEE e dell'art. 140 del Trattato CEEA, e trasferire al Tribunale la competenza a conoscere in primo grado di talune categorie di ricorsi che spesso richiedono l'esame di fatti complessi, ossia i ricorsi proposti dagli agenti, dalle istituzioni, nonché per quanto riguarda il Trattato CECA-i ricorsi promossi da imprese o associazioni in materia di prelievi, di produzione, di prezzi, di intese e concentrazioni e, per quanto riguarda il Trattato CEE – i ricorsi proposti da persone fisiche o giuridiche in materia di concorrenza».

valutare se la Commissione abbia soddisfatto tutte le condizioni prescritte nei disposti di cui agli artt. 81 e 82 TCE, quali specificate nei due regolamenti di applicazione (Reg. n. 1/2003 e Reg. n. 139/2004), ovvero, per dirla con il linguaggio della Corte di giustizia, a verificare «la sussistenza dei presupposti di diritto»⁹³ (v. *supra*, para. n. 2.2).

Tale verifica ad ogni modo non si arresta ad un controllo della correttezza materiale dei dati dedotti dalla Commissione a sostegno della sua analisi. La giurisprudenza è consolidata nel ritenere che il controllo del Tribunale possa implicare un'analisi concernente la completezza, l'affidabilità oppure la natura degli elementi di fatto e di diritto costituenti il contenuto della decisione della Commissione al fine di valutare se tali insieme di dati correttamente possano suffragare le conclusioni tratte dall'esecutivo comunitario⁹⁴.

Questa seconda tipologia di controllo si inserisce, invero, nella verifica circa la sussistenza di un errore manifesto di valutazione nelle conclusioni cui è giunta la Commissione⁹⁵, che pertanto costituisce l'oggetto sostanziale del sindacato di merito esperito dal Tribunale e non va confusa con l'attività di accertamento fattuale *supra* descritta. Nonostante infatti le due attività di controllo sembrino coincidere dal momento che costituiscono l'oggetto della discussione da parte del collegio giudicante in camera di consiglio (v. *supra*, para. n. 2), nella pratica costituiscono due momenti distinti del convincimento del giudice, anche se dal punto di vista logico l'accertamento del fatto inteso come la verifica del rispetto da parte della Commissione dei presupposti di diritto delle regole di concorrenza, non può che precedere e determinare, sotto il profilo sostanziale, il controllo di merito vertente sull'attendibilità o plausibilità del ragionamento della Commissione e, quindi, sull'assenza di un errore manifesto nella dimostrazione delle sue analisi nel corso dello svolgimento della fase pre-contenziosa.

Ne consegue come in relazione al ricorso per annullamento, l'impresa o il diverso soggetto coinvolto da una decisione adottata dalla Commissione nel corso del procedimento amministrativo ha la facoltà di prospettare al Tribunale la propria tesi in merito alle conclusioni cui è giunto l'esecutivo nel rispetto, però, delle condizioni presupposte all'azione di annullamento (v. *supra* Cap. II para. n.

⁹³ Trib. primo grado, 8 luglio 2008, causa T-99/04, *Ac-Treuhand c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-1501; Trib. Primo grado, 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, in *Racc.*,..., punti 85ss.

⁹⁴ Trib. Primo grado, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-3061, punto 89; Corte giust., 15 febbraio 2005, causa C-12/03 P, *Commissione c. Tetra Laval*, in *Racc.*, pag. I-987, punto 39.

⁹⁵ Corte giust., 11 luglio 1985, Causa 42/84, *Remia c. Commissione* in *Racc.*, pag. 2545, punto 34; Corte giust., 17 novembre 1987 Cause riunite 142/84 e 156/84 *Bat e Reynolds c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 4487, punto 62, Corte giust., 2 ottobre 2003, causa C- 194/99, P, *Thyssen Stahl c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-10821, punto 78; Trib. primo grado, 30 marzo 2000, causa T- 65/96, *Kish Glass. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II- 1885, punto 64, confermata in impugnazione con ordinanza della Corte di giustizia 18 ottobre 2001, causa C-241/00P *Kish Glass c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-7759; Trib di primo grado, 17 settembre 2007, causa 201/04, *Microsoft c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-3601, punto 88; Trib. Primo grado, 30 gennaio 2007, causa T-340/03, *France Telecom c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-107, punti 162.

3.1) e dei requisiti formali prescritti per la stesura dell'atto introduttivo, ai sensi dell'art. 44 del regolamento di procedura del Tribunale.

Dal contenuto del ricorso, infatti, il Tribunale deve essere posto nelle condizioni di comprendere la sostanza del contraddittorio intervenuto nel corso del procedimento amministrativo dal punto di vista del ragionamento proposto a sostegno del motivo dedotto che deve trovare riscontro nell'allegazioni probatorie così come prescritto dall'art. 44, par.1 lett. (e) del regolamento di procedura del Tribunale. (v. *supra*, Cap. II, para. n. 2.2). Del resto, poiché la funzione della prova nel processo comunitario consta nella capacità della stessa di persuadere in merito alla fondatezza di una tesi⁹⁶, il sindacato di merito del Tribunale potrebbe qualificarsi come la conclusione cui l'organo di prima istanza perviene perché persuaso dalle argomentazioni di una delle parti in causa, laddove opportunamente suffragate da elementi di prova consistenti. Infatti, quando la richiesta di annullamento di una decisione della Commissione si fonda sulla deduzione di una violazione di una regola diritto, unico motivo tra quelli prescritti dall'art. 230 TCE inerente al merito delle risultanze istruttorie cui giunge la Commissione nel corso del procedimento amministrativo (v. *supra*, Cap. II para. n. 3.2), il *petitum* della controversia non può che concernere, a prescindere dalla posizione giuridica del ricorrente rispetto alla decisione della Commissione, la contestazione alla Commissione di non aver compiutamente soddisfatto nella fase precontenziosa l'onere probatorio con riferimento agli artt. 81.1 e 82 del Trattato nonché con riferimento al regolamento sul controllo delle operazioni di concentrazioni. Così, rispetto all'art. 81.3 TCE l'oggetto del ricorso sarà inteso a suffragare l'adempimento dell'onere probatorio da parte dell'impresa coinvolta dal procedimento amministrativo (v. *supra*, para. n. 2.1).

Si prenda, ad esempio, il caso *Independent Music Publishers and Labels Association (in prosieguo Impala) c. Commissione*⁹⁷, dove il Tribunale di primo grado annullava la decisione adottata dalla Commissione, attestante la compatibilità con il mercato comune della creazione di una joint venture voluta dalla *Sony* e dalla *Bertelsmann Music Group* nel mercato della musica registrata. L'operazione progettata consisteva nel far confluire le attività a livello mondiale delle parti della concentrazione nel settore della musica registrata (ad eccezione delle attività della *Sony* in Giappone) in tre nuove società, o più, costituite secondo un *Business Contribution Agreement* (accordo sull'integrazione delle attività). Tali imprese comuni sarebbero poi state gestite congiuntamente con la denominazione *Sony BMG*. Al momento della notifica dell'operazione alla Commissione le più importanti imprese operanti nell'industria della musica (*Universal Music, Sony Music, EMI, Warner Music e la BGM*) insieme detenevano l'80% del mercato mondiale. A seguito dell'operazione, le imprese operanti sotto la denominazione *Sony BGM* avrebbero acquistato il 25 % delle

⁹⁶ Corte di giust., 10 luglio 2008, causa C-413/06P, *Bertelsmann AG e Sony Corporation of America c. Impala*, in *Racc.*, pag. I-4951, punto 52.

⁹⁷ Trib. primo grado, 13 luglio 2006, causa T- 464/04, *Impala c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 2289.

quote di mercato, superando quelle detenute dalla *EMI* e dalla *Warner*. Le etichette indipendenti, pertanto, temevano che l'operazione comportasse la loro esclusione dal mercato, dal momento che la presenza della *Sony e Bertelsmann* anche nei mercati a monte (ossia il mercato dei media e dei canali di distribuzione) avrebbe fortemente facilitato la promozione dei prodotti delle imprese *Sony BGM* alla radio e alla televisione⁹⁸. L'*Independent Music Publishers and Labels Association (Impala)*, in qualità di associazione internazionale che raggruppa 2.500 società indipendenti di produzione musicale, dopo aver partecipato al procedimento amministrativo, decideva di impugnare la decisione della Commissione secondo cui l'operazione non avrebbe creato una posizione dominante collettiva. La decisione della Commissione si fondava essenzialmente su tre argomenti: l'eterogeneità dei prodotti, la mancanza di trasparenza all'interno del mercato per la quale non ravvisava un pericolo di controllo del comportamento da parte delle *major record companies* sulle altre e l'assenza di meccanismi di ritorsione.

La ricorrente nel suo ricorso sosteneva, invece, che l'affermazione della Commissione secondo cui l'operazione non avrebbe creato una posizione dominante collettiva sulla base delle analisi di cui *supra*, fosse in realtà viziata da un errore manifesto di valutazione, a causa tra l'altro della mancanza di un'analisi di tipo prospettico⁹⁹. Il Tribunale, pertanto, considerava opportuno esaminare se la Commissione avesse correttamente valutato il rischio della creazione di una posizione dominante collettiva¹⁰⁰. solo dopo aver ricordato quali oneri incombassero in capo alla stessa in circostanze di tal fatta. In particolare, il Tribunale ricordava come compete alla Commissione valutare il rischio della creazione di una posizione dominante collettiva, dovendo valutare se in prospettiva l'operazione sottoposta al suo vaglio crei una situazione nella quale una concorrenza effettiva nel mercato rilevante venga ostacolata da parte delle imprese partecipanti alla concentrazione e da una o più imprese terze che insieme hanno, in particolare a causa dei fattori di correlazione tra esse esistenti, il potere di adottare sul mercato una medesima linea d'azione e di agire in gran parte indipendentemente dagli altri concorrenti, dalla loro clientela e, infine, dai consumatori¹⁰¹. Secondo la giurisprudenza, infatti, l'analisi prospettica che la Commissione deve effettuare nell'ambito del controllo delle concentrazioni, in relazione a una posizione dominante collettiva, «richiede un attento esame in particolare delle circostanze che, a seconda di ciascun caso, si rivelano pertinenti

⁹⁸ Cfr. K. WRIGHT, *Perfect symmetry? Impala c. Commission and the standard of proof in mergers*, in *European Law Review*, (2007) n. 32, pag. 408 ss.

⁹⁹ Trib. primo grado, 13 luglio 2006, causa T- 464/04, *Impala c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-2289, punti 485ss.

¹⁰⁰ Trib. primo grado, 13 luglio 2006, causa T- 464/04, *Impala c. Commissione*, *ult. cit.*, punto 524.

¹⁰¹ Trib. primo grado 13 luglio 2006, causa T- 464/04, *Impala c. Commissione*, *ult. cit.*, punto 522; Corte giust., 31 marzo 1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95, *Francia e a. c. Commissione (Kali e Salz)*, in *Racc.*, I-1375, punto 221.

per valutare gli effetti dell'operazione di concentrazione sul gioco della concorrenza nel mercato rilevante»¹⁰². Ciò vale a maggior ragione in quanto «non si tratta di analizzare eventi del passato, relativamente ai quali spesso si dispone di numerosi elementi che consentono di comprenderne le cause, e neppure eventi del presente, ma piuttosto di prevedere quelli che si verificheranno in futuro, in base a una più o meno forte probabilità, qualora non sia adottata alcuna decisione volta a vietare o a precisare i presupposti della concentrazione prevista».

Il Tribunale, in particolare, rilevava come dalle poche osservazioni, estremamente superficiali, se non puramente formali, prodotte dalla Commissione non fosse possibile considerare adempiuto l'obbligo dell'istituzione di effettuare un'analisi prospettica e di procedere ad un attento esame delle circostanze pertinenti per valutare gli effetti dell'operazione di concentrazione sul gioco della concorrenza nel mercato rilevante, soprattutto quando, come nella fattispecie, la concentrazione sollevi gravi difficoltà. Infatti, secondo il Tribunale, sia dalla circostanza che la Commissione avesse dovuto elaborare argomenti complessi nella decisione per concludere che non esisteva una posizione dominante collettiva prima della concentrazione, sia dal fatto che essa, nella comunicazione degli addebiti, dopo cinque mesi di indagini, avesse concluso nel senso che siffatta posizione esistesse già, doveva concludersi per la necessità di un esame più approfondito al fine di verificare se la fusione tra due delle cinque *major* rischiasse di creare una posizione dominante collettiva. Poiché tale esame non era stato effettuato, il Tribunale accoglieva il motivo dedotto da *Impala*.

Il Tribunale giunge a tale conclusione perché non convinto della tesi proposta dalla Commissione secondo la quale, nonostante a seguito dell'operazione il coordinamento tra i quattro operatori rimanenti sarebbe complessivamente diventato più facile, non sussistevano elementi di prova sufficienti a dimostrare che la riduzione del numero delle case discografiche da cinque a quattro avrebbe rappresentato una modifica sufficientemente importante da comportare la probabile creazione di una posizione dominante collettiva. In particolare, la Commissione non aveva individuato elementi di prova sufficienti a dimostrare che il passaggio da cinque a quattro grandi case discografiche avrebbe facilitato la trasparenza del mercato e l'adozione di misure di ritorsione in misura tale da rendere prevedibile la creazione di una posizione dominante collettiva delle quattro grandi case discografiche rimanenti¹⁰³.

Da quanto precede emerge come anche nel contenzioso *antitrust* il controllo del Tribunale rappresenti una verifica della legittimità della decisione adottata dalla Commissione atta a riscontrare se, in virtù della normativa prevista per il diritto della concorrenza e nel rispetto della giurisprudenza della Corte di giustizia, l'attuazione del diritto della concorrenza sia effettuata correttamente

¹⁰² Corte giust., 31 marzo 1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95, *Francia e a. c. Commissione (Kali e Salz)*, in *Racc.*, I-1375, punto 222

¹⁰³ Trib. primo grado, 13 luglio 2006, causa T-464/04, *Impala c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-2289, punto 522.

dall'esecutivo comunitario. Pertanto, la formula tipicamente impiegata dalla giurisprudenza, secondo cui nell'ambito del controllo di legittimità ai sensi dell'art. 230 TCE, il sindacato offerto dal giudice dell'Unione implica un controllo pieno sulla sussistenza dei presupposti necessari all'applicazione del Trattato, ossia degli artt. 81 e 82 TCE, una verifica dell'osservanza delle regole di procedura e di motivazione, dell'esattezza materiale dei fatti nonché dell'insussistenza di un errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere alla luce delle modalità tramite cui il Tribunale garantisce il suo controllo, indica l'intento del giudice comunitario di preservare un corretto equilibrio istituzionale con riferimento all'operato della Commissione. Il Tribunale non ripete in sede giurisdizionale le indagini di mercato, in quanto per espressa previsione primaria (art. 220 TCE) è tenuto ad accertare in concreto se esistano tutti gli elementi di fatto e di diritto per l'esercizio del potere discrezionale da parte della Commissione¹⁰⁴. Pertanto, per poter decretare se l'operato del Tribunale di primo grado comporti un controllo di merito bisognerebbe in realtà accordarsi su quale sia l'oggetto del sindacato rispetto al quale l'organo di prima istanza può esercitare, a differenza della Corte di giustizia, un esame dell'analisi fattuale.

Sotto questo profilo bisogna rilevare come in realtà anche la dottrina riconosce che i limiti riscontrabili nella funzione giurisdizionale del giudice comunitario siano riconducibili alla divisione dei poteri istituito nel Trattato tra la Corte di giustizia e la Commissione da un lato e alle caratteristiche peculiari dei ricorsi giurisdizionali dall'altro¹⁰⁵. Ciò nonostante, la stessa manifesta una preoccupazione ravvisando una sorta di contraddizione di fatto tra la competenza giurisdizionale attribuita all'organo di prima istanza e *la scelta* del giudice comunitario di operare una sorta di *self-restraint* nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale, ponendo un limite al proprio controllo rispetto al potere discrezionale attribuito all'esecutivo comunitario. Effettivamente anche volendo circoscrivere l'oggetto del sindacato di merito al corretto adempimento da parte della Commissione delle condizioni prescritte per l'applicazione della normativa *antitrust*, le argomentazioni normalmente dedotte in giudizio dalla stessa a sostegno di un tale adempimento presentano inevitabilmente dei connotati di tipo economico, la cui attendibilità è più facilmente criticabile nel contesto di un'analisi prospettica, come accade per le operazioni di concentrazione piuttosto che rispetto a circostanze del passato¹⁰⁶. Nel caso dell'applicazione degli artt. 81 e 82 TCE, infatti, la decisione della Commissione si fonda su circostanze accertate o asseritamente accertate che presentano un maggior grado di certezza.

¹⁰⁴ Cfr. Corte di giust., 10 luglio 2008, causa C- 413/06P, *Bertelsmann AG e Sony Corporation of America c. Commissione*, in Racc., pag. I-459, punto 69.

¹⁰⁵ Cfr. in questo senso G. CAGGIANO, *Il ruolo dei giudici comunitari, nell'evoluzione del diritto della concorrenza*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2/2009, pag. 389 ss.; M. SIRAGUSA, *Access to the Courts in a Community based on the Rule of Law*, reperibile on line all'indirizzo www.Curia.Europa.eu.

¹⁰⁶ M. SIRAGUSA, *Access to the Courts in a Community based on the Rule of Law*, supra cit.

Tuttavia, anche se il criterio dell'errore manifesto non viene utilizzato con riferimento alle scelte discrezionali della Commissione di carattere economico, non sembra potersi affermare un'incapacità del giudice comunitario di pronunciarsi sulla base di ragionamenti propri del pensiero economico. Sotto questo profilo appare utile riferirsi ad un caso concreto, il caso *France Telecom*¹⁰⁷.

Nel 1999 la Commissione decideva di avviare sul territorio dell'Unione europea un'indagine settoriale, nell'ambito dello sviluppo dell'accesso ad internet ad alta velocità, concentrandosi specificamente sulla fornitura dei servizi relativi all'accesso alla rete locale e all'utilizzazione della rete locale residenziale. In particolare, sulla base delle informazioni raccolte, la Commissione effettuava un esame dettagliato delle condizioni tariffarie di fornitura da parte della *Wanadoo Interactive SA* (in prosieguo la *Win*) di servizi d'accesso ad internet ad alta velocità a destinazione della clientela residenziale in Francia. All'epoca della controversia la *Win* era una società appartenente al gruppo *France Télécom* e il 99% del suo capitale era detenuto dalla *Wanadoo SA*, mentre la partecipazione della *France Télécom* nel capitale della *Wanadoo* si aggirava intorno al 72%. Il gruppo formato dalla *Wanadoo* e dalle sue controllate riuniva tutte le attività relative ad internet del gruppo *France Télécom*. La *Win* invece assicurava all'interno del gruppo *Wanadoo* le responsabilità operative e tecniche connesse ai servizi di accesso ad internet sul territorio francese, inclusi i servizi ADSL. Dopo aver avviato un procedimento *ex officio*, la Commissione constatava la violazione dell'art. 82 TCE da parte della società *Win* che praticava prezzi predatori nell'offerta dei suoi servizi *Wanadoo*. La Commissione, in particolare, rilevava come la *Win* detenesse una posizione dominante sul mercato e abusasse della stessa applicando prezzi al di sotto dei costi *nell'ambito di una strategia predatoria intenzionale avente il fine di appropriarsi prioritariamente del mercato*¹⁰⁸.

La *Win*, nel suo ricorso diretto all'annullamento della decisione della Commissione, deduceva che quest'ultima avesse commesso una violazione dell'art. 82 TCE nel sostenere la sussistenza di una strategia predatoria e in ogni caso che essa avesse violato il proprio onere probatorio, non avendo considerato quale componente integrale del test sulla strategia predatoria, né comprovato, il recupero delle perdite.

¹⁰⁷ Trib. primo grado, 30 gennaio 2007, causa T-340/03, *France Télécom c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-107, confermata in sede di impugnazione Corte di giust., 2 aprile 2009, causa C-202/07P, *France Télécom c. Commissione*, non pubblicata *Racc.*. Per un qualche commento da parte della dottrina si veda A. ALEMANNI, M. RAMONDINO, *The ECJ France Télécom /Wanadoo Judgement " To recoup or not to recoup? That was the question for a predatory price finding under article 82 EC"*, in *European Law Reporter* June, 2006, n.6, pag. 202 ss; in senso apertamente critico rispetto all'orientamento affermato dalla giurisprudenza in tale sentenza cfr. A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Prezzi predatori e antitrust europeo: spiragli che non si schiudono*, in *Foro Italiano*, 2009, IV Col. 274-278.

¹⁰⁸ Trib. primo grado, 30 gennaio 2007, causa T- 340/03, *France Télécom c. Commissione*, in *Racc.*, punto 8.

La *Win*, con la sua argomentazione, tentava di introdurre rispetto alle ipotesi di prezzi predatori un elemento ulteriore nell'onere probatorio della Commissione. Come si è visto, infatti, in materia di prezzi predatori opera una presunzione affermata dalla giurisprudenza per cui si considerano abusivi i prezzi inferiori alla media dei costi variabili. Nel caso in cui, invece, i prezzi praticati dall'impresa in posizione dominante siano superiori alla media dei costi variabili, ma inferiori alla media dei costi totali, possono considerarsi abusivi qualora vi sia il rischio di eliminazione dei concorrenti dal mercato,¹⁰⁹ (v. *supra*, para. n. 2.1). La *Win* sosteneva, in accordo con parte della dottrina economica e giuridica nonché con la giurisprudenza statunitense, come sarebbe irrazionale sotto il profilo economico per un'impresa in posizione dominante praticare una strategia di prezzi predatori senza contemplare la possibilità di riuscire a garantirsi un recupero delle perdite dopo l'applicazione di prezzi inferiori ai costi variabili o ai costi totali. Diversamente, ossia in assenza di una concreta possibilità per l'impresa di conseguire il recupero delle perdite, la politica dei prezzi bassi eventualmente condotta dovrebbe valutarsi alla luce di altre ragioni, differenti dalla presunta strategia predatoria.

Il Tribunale, tuttavia, rigettava il motivo dedotto dalla ricorrente, argomentando come sulla base della giurisprudenza non potesse concludersi un obbligo per la Commissione di dimostrare la possibilità per un'impresa di procedere al recupero delle perdite quale condizione per la constatazione di una pratica dei prezzi predatori.

Dalla lettura della motivazione del Tribunale invero, così come redatta, non è possibile comprendere se il Tribunale, prima di pronunciarsi per il rigetto della tesi avanzata dalla *Win* uniformandosi così alla giurisprudenza che individua una presunzione in caso di prezzi predatori, abbia nella pratica vagliato l'opportunità di adottare un diverso approccio che avrebbe pertanto introdotto un differente test di analisi. Sotto questo profilo bisogna comunque ricordare che una tale opportunità sarà stata indubbiamente oggetto di discussione in seno alla camera di consiglio e, probabilmente, in virtù di una scelta di tecnica redazionale l'organo di prima istanza si è limitato a prospettare solamente la propria conclusione, e non anche le ulteriori valutazioni di cui si è detto, conforme, del resto, alla giurisprudenza consolidata.

Per comprendere la posizione del giudice comunitario in riferimento a tale questione è utile riferirsi al *pourvoi* della Corte di giustizia, nell'ambito del quale la ricorrente deduceva una violazione da parte dell'organo di prima istanza dell'art. 82 TCE in considerazione del rifiuto, secondo la *Win*, di prendere in considerazione l'impossibilità di recuperare le perdite¹¹⁰. In tale sede la ricorrente

¹⁰⁹Corte giust., 3 luglio 1991, causa C-62/86, *Akzo c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-3359, punti 71-72; Trib. primo grado, 6 ottobre 1994, causa T-83/91, *Tetrapak c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-755, 148-149; confermata dalla sentenza della Corte di giustizia 14 novembre 1996, causa C-333/94P, *Tetrapak c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-5951, punto 41.

¹¹⁰ Corte giust., 2 aprile 2009, causa C-202/07P, *France Télécom c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta.*, punti. 99 ss.

precisava, infatti, come in realtà la giurisprudenza comunitaria richieda sempre una dimostrazione circa la possibilità di recuperare le perdite al fine di accertare la sussistenza di una strategia predatoria. Di contro, invece, la Commissione sosteneva come una dimostrazione siffatta, effettivamente richiesta ad esempio dai giudici statunitensi, *si fondasse su una logica economica estranea al diritto comunitario*. La Corte, nella sua motivazione, ha avallato la posizione dell'esecutivo comunitario, fondando la propria motivazione sulla funzione dell'art. 82 TCE rispetto al generale obiettivo sottostante alla normativa *antitrust* europea, ossia l'instaurazione di un regime che garantisca una concorrenza leale all'interno del mercato comune, ai sensi dell'art. 3, n. 1 lett. (g) TCE. (v. *supra*, Cap. I). In particolare, la Corte, a differenza del Tribunale, ammetteva invero la possibilità per la Commissione di considerare il recupero delle perdite come elemento rilevante in sede di valutazione della natura abusiva della pratica predatoria, riconoscendo come tale elemento possa contribuire ad escludere, in caso di applicazione di prezzi inferiori alla media dei costi variabili, giustificazioni economiche diverse dalla semplice intenzione di eliminare le imprese concorrenti dal mercato¹¹¹.

Tuttavia, allo stesso tempo, non considerava compatibile con la *ratio* dell'art. 82 qualificare la possibilità di un'impresa in posizione dominante di recuperare le perdite come elemento determinante per escludere l'abuso e il rafforzamento della suddetta posizione detenuta sul mercato. La Corte ricordava infatti come l'art. 82 TCE trovi applicazione rispetto ad una situazione di mercato che si presenta già indebolita in virtù della posizione dominante detenuta dall'impresa in posizione dominante, che pertanto usufruisce del potere di impedire un normale sviluppo della concorrenza sul mercato¹¹². Sulla base di queste argomentazioni il giudice di ultima istanza decideva di non allinearsi alle conclusioni dell'avvocato generale, secondo il quale invece il Tribunale aveva commesso un errore di diritto nel non considerare applicabile al caso in esame il test del recupero delle perdite, considerando tra l'altro come un tale elemento venisse espressamente preso in considerazione dalla giurisprudenza americana¹¹³. L'avvocato generale, del resto,

¹¹¹ Corte giust., 2 aprile 2009, causa C- 202/07P, *France Télécom c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta.*, punto 111.

¹¹² Corte giust., 2 aprile 2009, causa C- 202/07P, *France Télécom c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta.*, punto 104.

¹¹³ Conclusioni dell'avvocato generale presentate il 25 settembre 2008(nella causa C- C- 202/07P, *France Télécom c. Commissione*, in *Racc.*) punto Si veda anche A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Prezzi predatori e antitrust europeo: spiragli che non si schiudono*, in *Foro Italiano*, 2009, IV Col. 274-278, dove si sottolinea come a partire dalla sentenza *Brooke Group (Brooke Group Ltd v. Brown & Willison Tobacco Corp., 509 US 209 1993)* secondo la giurisprudenza statunitense con riferimento alla pratica dei prezzi predatori «non sia sufficiente verificare che i prezzi siano inferiori a quelli generalmente praticati sul mercato, essendo necessario dimostrare che gli stessi si collocano *below an appropriate measure of the defendant's costs*. L'eventuale superamento di questo ostacolo, inoltre, non esaurirebbe l'impegno probatorio di chi ha interesse a dimostrare la sussistenza di una condotta lesiva della concorrenza. E' imprescindibile verificare la sussistenza di una serie di probabilità che in un periodo di tempo successivo alla cessazione della pratica siano recuperati per l'appunto nelle perdite inevitabilmente subite in regime di vendita sotto costo». L'autore enfatizza pertanto

si era espresso in tal senso senza effettuare un confronto tra la normativa *antitrust* comunitaria e quella applicata negli Stati Uniti d'America. Bisogna infatti sottolineare come il diritto americano in materia di concorrenza non conosca una disciplina analoga a quanto prescritto dall'art. 82 TCE. Sulla base del divieto di *monopolization* (*Section 2 of the American Sherman Antitrust Act*) il diritto *antitrust* americano monitora le strategie delle imprese dirette ad appropriarsi di quote consistenti di mercato, sanzionando l'eventuale condotta abusiva di un'impresa a prescindere dalla sussistenza di una posizione dominante e, quindi, anche laddove la quota di mercato detenuta in partenza si aggiri ad esempio intorno al 10%. L'art. 82 TCE, invece, come si è visto, trova applicazione rispetto all'*abuso* di posizione dominante (v. *supra*, Cap. I, para. n. 2.2), ossia rispetto ad una situazione di mercato già alterata proprio dalla posizione dominante. E' pertanto in virtù di tali considerazioni che si può comprendere la riluttanza da parte del giudice comunitario ad intensificare l'onere probatorio incombente sulla Commissione per l'applicazione dell'art. 82 TCE, senza che per questo si possa affermare, come sostenuto da parte della dottrina, l'estraneità della logica economica al diritto comunitario della concorrenza¹¹⁴. La Corte invero nel caso *France Télécom* dimostra di utilizzare il pensiero economico tenendo conto però, nell'interpretazione degli artt. 81 e 82 TCE, della finalità perseguite dal legislatore comunitario (v. *supra*, Cap. I), limitandosi pertanto a non qualificare l'elemento del recupero delle perdite come *condizione necessaria* per l'applicazione dell'art. 82 TCE. Del resto, anche la presunzione secondo cui i prezzi inferiori ai costi medi variabili di produzione devono considerarsi abusivi e i prezzi superiori ai costi medi variabili ma inferiori ai costi totali possono considerarsi abusivi solo se stabiliti nel quadro di una strategia diretta all'eliminazione dei concorrenti sul mercato, costituisce un approccio ampiamente condiviso da una parte almeno

come sia proprio il peso attribuito al requisito del *recoupment* a segnare le distanze rispetto al tradizionale orientamento comunitario teso a considerare ipso facto anticompetitivi i prezzi inferiori alla media dei costi variabili e per quanto concerne i prezzi inferiori alla media dei costi variabili si limita a richiedere la prova dell'esistenza di un disegno di eliminazione dei concorrenti.

¹¹⁴ Si veda ancora A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Prezzi predatori e antitrust europeo: spiragli che non si schiudono*, *supra*, cit. L'articolo si conclude con una critica alla pronuncia *France Télécom* per il mancato allineamento della Corte di giustizia alla giurisprudenza americana. In particolare poi viene rilevato come la stessa Commissione nei nuovi orientamenti relativi all'abuso di posizione dominante di tipo escludente nell'esplicare il test di valutazione si riferisca anche alla mancata copertura del recupero dei costi fissi supportati per la produzione di beni e servizi. Sulla base di questo rilievo gli autori considerano contraddittorie le argomentazioni dedotte dalla Commissione innanzi alla Corte di giustizia nella presente controversia. Infatti gli autori sottolineano come la Commissione «in spregio alla coerenza» avesse affermato che la logica economica è estranea al diritto comunitario. A ben vedere però come si è avuto modo di descrivere nel testo, sosteneva l'estraneità al diritto comunitario della logica economica propria del diritto *antitrust* americano, cfr. Corte giust., 2 aprile 2009, causa C-202/07P, *France Télécom c. Commissione*, non pubblicata in *Racc.*, punto 102.

della dottrina economica in materia¹¹⁵ e perfino alcuni orientamenti della giurisprudenza americana si fondano su presupposti analoghi¹¹⁶.

L'analisi del caso *France Telecom* permette di prospettare alcune considerazioni con riferimento al sindacato di merito nell'ambito del diritto della concorrenza.

Il criterio dell'errore manifesto utilizzato dal giudice comunitario come parametro per accertare una violazione di diritto, ai sensi dell'art. 230 TCE, da parte della Commissione, pur non trovando applicazione con riferimento alle scelte discrezionali adottate nell'applicazione della normativa *antitrust* non esautorava il giudice comunitario dall'esercitare la propria competenza giurisdizionale, finalizzata a garantire la corretta applicazione nell'interpretazione del diritto comunitario (art. 220 TCE) contemplando anche la dottrina economica.

Un determinato orientamento economico viene ad ogni modo impiegato dal giudice comunitario al fine di accertare se, alla luce della *ratio* sottostante al diritto della concorrenza nella sistematica del Trattato, la Commissione soddisfi le condizioni necessarie per l'applicazione degli artt. 81 e 82 TCE e per l'applicazione del Regolamento n. 139/2004 relativo alle operazioni di concentrazione. E' in questa prospettiva che dovrebbe pertanto leggersi il riparto di competenza tra il Tribunale di primo grado e la Corte di giustizia (v. *supra*, Cap. II, *para.* n.1.2.) per il quale all'organo di prima istanza compete lo studio pragmatico delle conclusioni cui è giunta la Commissione rispetto alle quali, attraverso il test dell'errore manifesto applicato all'accertamento fattuale, verifica nel merito il soddisfacimento dell'onere probatorio da parte della Commissione oppure dell'impresa ricorrente nell'ipotesi dell'art. 81.3. Spetta, invece, alla Corte di giustizia determinare, in sede di giudizio di impugnazione, l'estensione e/o la portata dei requisiti per l'applicazione del diritto della concorrenza, inquadrando in tal modo l'attività pseudo-normativa della Commissione nell'ambito dell'adozione dei suoi numerosi strumenti di *soft-law* (v. *supra*, Cap. I, *para.* n. 1.1.2).

Bisogna riscontrare come, in ogni caso, dall'analisi della giurisprudenza in materia di concorrenza non sia sempre agevole comprendere l'insieme dei dati che conducono il giudice comunitario a propendere per una tesi piuttosto che per un'altra. Ad esempio, nel caso *France Télécom*, nonostante la Commissione avesse sostenuto l'irrelevanza della giurisprudenza americana nell'applicazione dell'art. 82 TCE sul mercato comune, la Corte di giustizia si è limitata a palesare come doveva interpretarsi la norma nel contesto comunitario senza esplicitare le ragioni che l'hanno indotta ad escludere un'analogia che le permettesse di introdurre uno standard probatorio più rigido con riferimento alle pratiche di

¹¹⁵ Cfr. per tutti P. AREEDA E D. TURNER, *Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act*, in *Harvard Law Review*, March 1975.

¹¹⁶ Cfr. ad esempio *Cascade Health Solutions v. Peace Health* 502 F 3d 895 (9th Cir. 2007); *Rebel Oil Co Inc v. Atalntic Richfield Co*; 146 F 3d 10088;1095-96 (9th Cir.1998); *Vollrath Co v. Sammi Corp.*, 9 F. 3 d 1455; 1460 (9 th Cir 1993); and *Marsann Co v. Brammal Inc*, 788F 2d 611, 613 (9 th Cir 1986).

prezzi predatori così come accade nell'ordinamento americano. Tuttavia, un'eventuale carenza nella tecnica redazionale delle sentenze non può portare ad affermare una carenza nella tutela offerta dal Tribunale dovendosi semplicemente constatare, sulla base dell'analisi sino a qui condotta, come il controllo di legittimità ai sensi dell'art. 230 TCE non costituisca lo strumento processuale tramite cui contestare il *contenuto* delle modalità attraverso le quali la Commissione adempie ai suoi obblighi di esecuzione ai sensi dell'art. 83 TCE in combinato disposto con l'art. 211 TCE (v. *supra*, Cap. I, para. n. 1.1.2).

D'altronde, il vero *contenuto* della politica di concorrenza deve rivenirsi non tanto nelle disposizioni primarie dalla cui applicazione la Commissione perviene all'adozione di una decisione individuale, quanto piuttosto nelle comunicazioni di volta in volta da essa adottate. È in tali atti, infatti, che l'esecutivo comunitario manifesta pubblicamente i propri orientamenti e le scelte discrezionali concernenti le modalità di individuazione del mercato rilevante, i criteri per determinare una sanzione, nonché l'approccio seguito nell'applicazione degli artt. 81 e 82 TCE (v. *supra*, Cap. I, para. n. 1.1). Nonostante nel caso in cui tali atti atipici producano effetti giuridici vincolanti, la giurisprudenza riconosca la possibilità di contestarne la validità sperando un ricorso per annullamento ai sensi dell'art. 230 TCE (v. *supra*, Cap. II, para. n. 3.3.), la portata generale degli stessi ne esclude l'impugnabilità da parte delle persone fisiche e giuridiche ai sensi dell'art. 230. 4 comma essendo pressoché impossibile provarne l'incidenza diretta e individuale sulla posizione giuridica di cui sono titolari, condizione necessaria perché i ricorrenti non privilegiati possano impugnare atti a portata generale (v. *supra*, Cap. II, para. n. 3.1). Tuttavia, si è rilevato nel secondo capitolo come una comunicazione della Commissione possa in realtà venire impugnata per il tramite di un'eccezione di inapplicabilità ai sensi dell'art. 241 TCE. Tale strumento processuale consente, infatti, di pervenire all'annullamento di una decisione individuale, eccependo l'illegittimità dell'atto di portata generale, quale ad esempio una comunicazione della Commissione, rispetto ad una disposizione primaria o di carattere derivato (v. *supra*, Cap. II, para. n. 3.3).

Nel caso *Dansk Rorindustri*¹¹⁷, ad esempio, le imprese ricorrenti deducevano a fondamento della loro richiesta di annullamento della decisione sanzionatoria adottata nei loro confronti dalla Commissione, l'illegittimità degli orientamenti relativi al calcolo delle ammende¹¹⁸. Secondo le ricorrenti, infatti, le modalità di calcolo definite dalla Commissione comportavano una violazione dell'art.15.2 del Regolamento n. 17/62 (primo regolamento di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE) nonché di principi generali quali la parità di trattamento, in quanto prevedevano, quale punto di partenza per la determinazione dell'importo dell'ammenda, importi base stabiliti dalla Commissione senza considerare il fatturato rilevante dell'impresa sanzionata. Si trattava pertanto, secondo le

¹¹⁷ Corte di giust, 28 giugno 2005, cause riunite C- 189/02P, C-202/02P, C-205/02P a C-208/02P e C-213/02 P, *Dansk Rorindustri A/S e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-5425.

¹¹⁸ Cfr. punto 247 ss. sentenza *ult. cit.*

ricorrenti, di un metodo di calcolo meccanico che non considerava l'esigenza di una modulazione individuale dell'ammenda per ciascuna impresa coinvolta dall'infrazione¹¹⁹. Sulla base di tali rilievi, le ricorrenti asserivano la Commissione *avesse superato i limiti del suo potere discrezionale* violando il regolamento di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE nonché i principi generali del diritto comunitario. La Corte di giustizia, confermando la sentenza del Tribunale di primo grado, pur considerando ricevibile l'eccezione di inapplicabilità (v. *supra* Cap. II para. n. 3.3), respingeva nel merito l'impugnazione, dopo aver comunque esaminato il contenuto degli orientamenti della Commissione. Bisogna sottolineare, peraltro, come a distanza di un anno dalla pronuncia della sentenza la Commissione abbia modificato i propri orientamenti basando il nuovo metodo di calcolo per determinare l'ammontare delle ammende in materia *antitrust*, sul fatturato individuale dell'impresa sanzionata¹²⁰.

5. Conclusioni e risultato dell'analisi.

Da quanto sino ad ora analizzato discende che l'operato dei giudici comunitari può essere analizzato solamente adottando una prospettiva d'insieme del sistema giurisdizionale comunitario, in quanto gli eventuali limiti rinvenibili nel controllo giurisdizionale comunitario vanno, in realtà, ricondotti alle scelte costituzionali e di carattere sistemico operate dal legislatore e, per volere del quale, ciascuna azione processuale suppone una precisa *ratio* che si manifesta nelle condizioni presupposte al suo esercizio e che, pertanto, condiziona l'esperimento del sindacato del giudice.

Per quanto riguarda il diritto della concorrenza, l'eccezione di invalidità ai sensi dell'art. 241 TCE, ad esempio, costituisce un diverso, ma opportuno strumento per poter eventualmente sottoporre al vaglio giurisdizionale quelle scelte discrezionali compiute dalla Commissione nell'esercizio delle sue funzioni esecutive di applicazione delle regole *antitrust*, che nella pratica non risultano sindacabili nel contesto del ricorso per annullamento. L'esperimento, infatti, di tale azione incidentale consente di addivenire all'annullamento di una decisione individuale laddove si riscontri il superamento da parte della Commissione dei limiti inerenti all'esercizio del suo potere discrezionale perché esercitato in violazione del diritto primario e/o derivato, senza tuttavia compromettere l'equilibrio interistituzionale.

In virtù di tale complementarità dei mezzi giurisdizionali, l'operato del Tribunale di primo grado sembra pienamente rispettoso delle regole poste a

¹¹⁹ Corte giust, 28 giugno 2005, cause riunite C- 189/02 P, C-202/02P, C-.205/02 P a C-208/02P e C-213/02P, *Dansk Rorindustri A/S e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I- 5425, punti 247 ss.

¹²⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione europea relativa agli Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23 , para. n. 2 lett. a) del Regolamento CE n. 1/2003, in *GUUE* C 210, del primo settembre 2006, pag. 2-5.

tutela della libera concorrenza e della competenza ad esso attribuita quale organo deputato all'accertamento del fatto in primo grado. Anche nel contesto del ricorso per annullamento, infatti, il Tribunale non rinuncia a confrontarsi con questioni di natura meramente economica e complesse, utilizzando i poteri ad esso riconosciuti dal regolamento di procedura, in particolare le misure di organizzazione, per stabilire se le parti in causa nell'applicare la normativa *antitrust*, abbiano soddisfatto i rispettivi oneri probatori.

Sotto questo profilo, però, dal momento che il contenzioso comunitario in materia di concorrenza viene instaurato solo a seguito dello svolgimento dei procedimenti amministrativi nel rispetto dei Regolamenti n. 1/2003 e n. 139/2004, in ogni caso la completezza del quadro fattuale sottoponibile al vaglio del giudice comunitario dipende dalla modalità di delimitazione ad opera del ricorrente del *petitum* all'interno del proprio atto introduttivo, in quanto nella sostanza lo stesso non può differenziarsi da quanto è emerso, nel corso della fase precontenziosa, in contraddittorio con la Commissione.

La tecnica di redazione del ricorso sulla base dell'interpretazione fornita dell'art. 44 del regolamento di procedura del Tribunale riveste pertanto una funzione essenziale per ottenere l'accoglimento delle proprie pretese. Il giudizio di ricevibilità, infatti, nel contenzioso comunitario concerne sia la verifica della sussistenza delle singole condizioni presupposte all'esercizio dei ricorsi, sia il rispetto dei requisiti formali degli atti scritti. E' in realtà in tale fase del processo decisionale che si individua una certa tenuità nell'esercizio del controllo giurisdizionale del giudice comunitario.

Si è visto, infatti, come nonostante il ricorso per responsabilità extracontrattuale venga normalmente incluso nella c.d. competenza di merito attribuita al giudice comunitario, in considerazione dell'interpretazione relativa alle condizioni presupposte all'esercizio della suddetta azione e dei requisiti formali necessari per l'introduzione del ricorso ai sensi dell'art. 44 del regolamento di procedura del Tribunale, difficilmente nella pratica è possibile superare le soglie del controllo preliminare di ricevibilità. Paradossalmente infatti, seppur con tutti i limiti che caratterizzano l'azione per annullamento, è in tale giudizio di legalità che il giudice comunitario mostra l'incisività e l'effettività del proprio controllo, mostrando di saper operare anche analisi concernenti il pensiero economico, pur nel rispetto delle scelte di sistema operate dai redattori dei Trattati istitutivi.

Talvolta può, comunque, riscontrarsi una certa difficoltà nel comprendere il significato e la portata delle pronunce del Tribunale di primo grado, nonché il fondamento di talune scelte, in ragione della già segnalata cripticità nella tecnica redazionale delle stesse. Tuttavia, è possibile ovviare al suddetto problema contestualizzando le sentenze e analizzandole congiuntamente alle decisioni emesse in sede di *pourvoi* dalla Corte di giustizia.

**SENTENZE E ORDINANZE
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA**

SENTENZE E ORDINANZE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Corte giust., 16 dicembre 1963, Causa 14/63, *Forges de clabecq c. Alta Autorità*, in *Racc.*, pag. 705.

Corte giust., 15 luglio 1963, causa 25/62, *Plaumann c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 197.

Corte giust., sentenza 28 aprile 1966, *IIFO c. Alta autorità*, in *Racc.*, pag. 125.

Corte giust., 13 luglio 1966, causa 32/65, *Repubblica italiana c. Consiglio e Commissione*, in *Racc.*, pag. 296.

Corte giust. 13 febbraio 1969, Causa 14/68, *Wilhelm e .a.*, in *Racc.*, pag. 1.

Corte giust., 15 luglio 1970, causa 41/69, *ACF Chemiafarma c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 661.

Corte giust., 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, pag. 263.

Corte giust., 21 febbraio 1973, Causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione*, in *Racc.*, pag.215.

Corte giust.,30 gennaio 1974, causa 127/73 *BRT e SABAM*, in *Racc.*, pag.51.

Corte giust., 13 novembre 1975, Causa 26/75, *General Motors Continental NV c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 1367.

Corte giust., 16 dicembre1976,causa 33/76, *Rewe- Zentralfinaz eG c. Landwirtschaftskammer fur das Saarland*, in *Racc.*, pag. 1989.

Corte giust.,16 dicembre 1976, causa 45/76, *Comet BV c. Produktschap voor Siergewassen*, in *Racc.*, pag. 2043.

Corte giust., 9 marzo 1978, Causa 106/77, *Simmenthal*, in *Racc.*, pag. 629.

Corte giust., 7 febbraio 1979, cause riunite 15/76 e 16/76, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, pag.321.

Corte giust. 13 febbraio 1979, Causa 85/79, *Hofmann-La Roche c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 461.

Corte giust., 4 ottobre 1979,cause riunite 64/76, 113/76, 167/ 78, 239/78, 27/79, 28/79 e 45/79, *Durmortier Freres e a. c. Consiglio*, in *Racc.*, pag., 3091.

- Corte giust.**, 10 luglio 1980, causa 152/78, *Distillers c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 2229.
- Corte giust.**, 10 luglio 1980, causa C-253/78, *Guerlain SA e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag.2327.
- Corte giust.**, 7 luglio1981, Causa 60/81, *International Business Mashines Corporation(IBM) c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 2639
- Corte giust.**, 29 settembre 1982, causa 26/81, *Oleifici Mediterranei c. CEE*, in *Racc.*, pag. 3057.
- Corte giust.**, 6 ottobre 1982, causa C-283/81, *CILFIT c. Ministero della sanità*, in *Racc.*, pag. 3415.
- Corte giust.**, 25 ottobre 1983, causa 107/82, *Aeg-telefunken Ag. C. Commissione*, in *Racc.*, pag. 3151
- Corte giust.**, 7 giugno 1983, cause riunite 100/80-103/80, *Musique Diffusion française e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 1825, punto 105
- Corte giust.**, 25 ottobre 1983, causa 107/82, *Allgemeine Elektricitatets-Gesellschaft c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 3151.
- Corte giust.**, 1984 *VBVB c. VBBB*, cause riunite 43/82 e 63/82, in *Racc.*, pag. 19
- Corte giust.**, 28 marzo 1984, cause riunite 29/83 e 30/83, *Cram e Rheinzink c. Commissione*, in *Racc.*, p.1679.
- Corte giust.**, 17 gennaio 1985,causa 11/82, *Piraiki-Patraiki e.a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag.207.
- Corte giust.**, sentenza 20 marzo 1985, causa 41/83 *Italia c. Commissione*, in *Racc.*, p. 873.
- Corte giust.**, 11 luglio 1985, Causa 42/84, *Remia c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 2545, punto 34.
- Corte giust.**, 19 settembre 1985, cause riunite 172/83 e 226/83, *Hoogovens Groep c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 2831.
- Corte giust.**, 19 settembre 1985, cause riunite 172/83 e 226/83, *Hoogovens Groep c. Commissione*, in *Racc.*, pag. 2831.
- Corte giust.**, 28 febbraio 1986, Causa 169/84, *Cofaz S. A. e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag.391.

Corte giust., 17 novembre 1987, cause riunite 142/84 e 156/84, *British American Tobacco Company Ltd e R. J. Reynolds Industries Inc c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-4487.

Corte giust., 22 settembre 1988, cause riunite 358/85 e 51/86, *Francia c. Parlamento* in *Racc.*, pag. 4821.

Corte giust., 11 gennaio 1990, causa C-227/87, *Sandoz Prodotti Farmaceutici c. Commissione*, in *Racc.*, I-45.

Ordinanza Corte di giustizia, 23 maggio 1990, causa C-72 /90, *Asia Motor France e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-2181.

Corte giust., 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame*, in *Racc.*, pag. I-2433.

Corte giust., parere n. 1/91, in *Racc.*, pag., I-6079.

Corte giust., 24 gennaio 1991, C- 339/89 *Altsthom Atlantique c. Compagnie de construction mecanique Sulzer SA*, , in *Racc.*, pag. I-107.

Corte giust., 28 febbraio 1991, causa C-234/89, *Stergios Delimitis..* in *Racc.*, pag. I-935.

Corte giust., 19 marzo 1991, C-202/88, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I- 1223.

Corte giust., 3 luglio 1991, causa C-62/86 *Akzo c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-3359.

Corte giust., 13 novembre 1991, C-303/90, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-5315

Corte giust., 26 gennaio 1993, cause riunite da C- 320/90 a C- 322/90, *Telemarsicabruzzo e a.*, in *Racc.*, pag. I-393.

Corte giust., 31 marzo 1993, cause riunite C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85 e da C-125/85 a C-129/85, *Ahlstrom Osakeyhtio e a. .c Commissione*, in *Racc.*, pag. I-1307.

Corte giust., 16 giugno 1993, C-325/91, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-3283.

Corte giust., 19 maggio 1994, causa T-2/93, *Air France c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-23

Corte giust., 15 settembre 1994, causa C-146/91, *Kydep c. Consiglio, e Commissione*, in *Racc.*, pag., I- 4199

- Corte giust.**, 14 settembre 1994, cause riunite da C-278/a C-280/92, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-4103.
- Corte giust.**, 14 dicembre 1995, C-312/93, *Peterbroeck Van Campenhout & Cie SCS c. Belgio*, in *Racc.*, pag. I-4599
- Corte giust.**, 14 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e 431/93, *Van Schijndel c. Stichting Pensioenfonds Voor Fysiotherapeuten*, in *Racc.*, pag. I-4705.
- Corte giust.**, 30 aprile 1996, causa C-58/94, *Paesi bassi c. Consiglio*, in *Racc.*, pag. I-2185.
- Corte giust.**, 18 marzo 1997, causa C-285/95P, *Guérin automobiles c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-1503.
- Corte giust.**, 31 marzo 1998, causa C-68/94 e C-30/95, *Francia c. Commissione (Kali & Salz)*, in *Racc.*, pag. I-1375.
- Corte giust.**, 14 maggio 1998, causa C-259/96, *Council c. De Nil and Impens*, in *Racc.*, pag. I-2915.
- Corte giust.**, 14 luglio 1998, causa C-341/95, *Bettati*, in *Racc.*, pag. I-4355.
- Corte giust.**, 1 ottobre 1998, causa C-279/95, *Lagnase –Iglo c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-5609.
- Corte giust.**, 17 dicembre 1998, causa C-185/95, *Baustahlgewebe c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-8417.
- Corte giust.**, 4 marzo 1999, causa C-119/97P, *Union française de la Presse e.a. c. Commissione*, in *Racc.*, I-1341.
- Corte giust.**, 5 marzo 1999, causa C-154/98P, *Guérin c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-1451.
- Corte giust.**, 1 giugno 1999, C- 126/97, *Eco Swiss*, in *Racc.*, pag. I-3055.
- Corte giust.**, 1 luglio 1999, causa C-155/98 P, *Alexopoulou c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-4069.
- Corte giust.**, 8 luglio 1999, causa C- 49/92P, *Commissione c. Anic Partecipazioni*, in *Racc.*, pag. I-4125.
- Corte giust.**, 8 luglio 1999, causa C- 199/92, *Huls c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I- 4287.
- Corte giust.**, 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, in *Racc.*, pag. I-5751.

Corte giust., 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96 P C-396/96 P, *Compagnie maritimes belges transports e a. c. Commissione*, *Racc.*, pag. I-1365.

Corte giust., 16 novembre 2000, causa C-279/98P, *Cascades c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-9693.

Corte giust., 16 dicembre 2000, causa C-286/89 P, *Stora c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-9925.

Corte giust., 15 febbraio 2001, causa C- 239/99, *Nachi Europe*, in *Racc.*, pag. I-1197.

Corte giust., 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd e B. Crehan*, in *Racc.*, pag. I-6297.

Corte giustizia, 18 ottobre 2001, causa C-241/00P, *Kish Glass c. Commissione*, in *Racc.*, I- 7759.

Corte giust., 22 gennaio 2002, causa C-218/00, *Cisal Battistello Venanzio & C.SA c. Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro*, in *Racc.*, pag. I-691

Corte giust., 13 giugno 2002, causa C-382/99, *Paesi Bassi c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-5163.

Cort. giust., 10 luglio 2003, causa C-472/00 P, *Commissione c. Fresh Marine*, in *Racc.*, pag. I- 7541.

Corte giust., ottobre 2002, cause riunite C-238/99P, C- 244/99P, C- 245/99P, C-247/99P, da C-250/99P a C-252/99P e C-254/99P, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-8375

Corte giust., 9 settembre 2003, causa C- 137/00, *Milk Marque e Nationals Farmers' Union*, in *Racc.*, pag. I- 7975.

Corte giust., 18 settembre 2003, causa C-338/00 P, *Volkswagen Ag c. Commissione*, in *Racc.*, pag., 9189.

Corte giust., 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Kobler*, in *Racc.*, I-10239

Corte giust., 2 ottobre 2003, causa C- 194/99, P, *Thyssen Stahl c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-10821.

Corte giust., 6 gennaio 2004, cause riunite C-2/01 P e C-3/01P, *Bundesverband de Arzneimittel-Importeure Ev e Commissione c. Bayer Ag.*, in *Racc.*, pag. I-23.

Corte giust., 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P e C-219/00P, *Aalborg Portland e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-123.

Corte giust., 15 febbraio 2005, causa C-12/03 P, *Commissione c. Tetra Laval*, in *Racc.*, pag. I-987.

Corte giust., 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02P, C-213/02 P, *Dansk Rorindustri A/S e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-5425.

Corte giust., 19 gennaio 2006, causa C-547/03P, *AIT c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-845

Corte giust., 16 marzo 2006, causa C- 234/04, *Kapferer*, in *Racc.*, I-2585

Corte giust., 23 marzo 2006, causa C-237/04, *Enirisorse*, in *Racc.*, pag. I-2843.

Corte giust., 2 maggio 2006, causa C-417/04P, *Regione Sicilia c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-3881.

Corte Giust., 13 luglio 2006, cause riunite C- 295/04 a C-298/04, *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito c. Fondiaria Sai SpA e Nicolò Tricarico e.a c. Assitalia SpA*, in *Racc.*, pag. I-6619

Corte giust., 21 settembre 2006, causa C-105/04P, *Nederlands Federative Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied c. Commissione*, in *Racc.*, pag., I-8725.

Corte giust., 9 novembre 2006, causa C-243/05P, *Agraz e a c. Commissione*, in *Racc.*, I-10833.

Corte giust. 23 maggio 2007, causa C-438/05, *Internazionali Transport Workers' Federation c. Viking Line ABP*, in *Racc.*, pag. I- 10779.

Corte giust., 19 aprile 2007, causa C-282/05 P, *Holcim (Deutschland) c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-2941

Corte giustizia, 22 novembre 2007, C-260/05, *Sniace Sa c. Commissione*, in *Racc.*, pag., I-1005

Corte giust., 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval un Parteneri Ltd, Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, in *Racc.*, pag. I- 11767

Corte giust., 31 gennaio 2008, causa C- 380/05, *Centro Europa 7 c. Ministero delle Comunicazioni e a.*, in *Racc.*, pag. I- 349

Corte giust., 13 marzo 2008, causa C-125/06P, *Commissione c. Infront WM*, in *Racc.* pag. I-1451.

Corte giust., 17 aprile 2008, cause riunite C-373/06P, C-379/06, C-382/06, *Thomas Flaherty e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-2649.

Ordinanza della Corte giust., 8 aprile 2008, causa C-503/07, *Saint-Gobain Glass Deutschland c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I- 2217.

Corte giust., 10 luglio 2008, causa C-413/06P, *Bertelsmann AG e Sony Corporation of America c. Impala*, in *Racc.*, pag. I-4951.

Corte giust., 16 settembre 2008, causa C-468/06 a C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia EE e a. c. GlaxoSmithKline AVEE Farmakeftikon Proionton*, non ancora pubblicata in Raccolta

Corte giust., 20 novembre 2008, causa C- 209/07, *Competition Authority c. Beef Industry Development Society Ltd e a.*, in *Racc.*, pag., I- 8637

Corte giust., 26 marzo 2009, causa C-113/07 P, *SELEX Sistemi Integrati SpA c. Commissione*, non pubblicata in *Racc.*

Corte giust., 2 aprile 2009, causa C-202/07, *France Telecom c. Commissione*, non pubblicata in *Racc.*

Corte giust., il 23 aprile 2009, causa C-97/08, *Akzo Nobel e a. c. Commissione*, non pubblicata in *Racc.*

Corte giust., 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands e a. c. Commissione*, in *Racc.*, I-000.

Corte giust., 16 luglio 2009, causa C- 481/07P, *Selex sistemi integrati c. Commissione*, non pubblicata in *Racc.*

Corte giust., 10 settembre 2009, C-97/08P, *Akzo Nobel e a. c. Commissione*, non pubblicata in *Racc.*

Corte giust., 6 ottobre 2009, cause riunite C-501/06 P, 513/06P, C-515/06P, 519/06P, *GSK c. Commissione*, non pubblicata in *Racc.*

**SENTENZE E ORDINANZE
DEL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO**

SENTENZE E ORDINANZE DEL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO

Trib. primo grado, 8 marzo 1990, causa T- 28/89, *Maindiaux e a. c. CES*, in *Racc.*, pag. II-59

Trib. primo grado, 7 maggio 1991, causa T- 18/90, *Jongen c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-187,

Trib. primo grado, 27 febbraio 1992, *Basf e a. c. Commissione*, T-79/89, T-84/89, T-8589, T-89/89, T-91/89, , T-91/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, t-102/89, T-104/89, in *Racc.*, pag. II-315

Trib. primo grado, 9 luglio 1992, causa T-66/89, *Publishers Association c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-1995 punto 53

Trib. primo grado, 18 settembre 1992, causa T-24/90, *Automec Srl c. Commissione*, in *Racc.*, pag.,II-2223

Trib. primo grado, 18 dicembre 1992, cause riunite T-10/92, T-11/92 e T-15/92, *Cimenteries CBR e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag.,II-2667

Trib. primo grado, 24 marzo 1994, causa T-3/93, *Siciété anonime à participation ouvrière Compagnie National Air France c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-121

Trib. primo grado, 17 luglio 1994, *Matra Hachette c. Commissione*, T- 17/93, in *Racc.* II-595.

Trib. primo grado, 8 giugno 1995, causa T-7/93, *Langnese-Iglo GmbH c. Commissione*, in *Racc.*, II-1533.

Trib. primo grado, 27 aprile 1995, causa T-96/92, *Comité central d'entreprise de la Societé generales grandes sources e a c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-1213

Trib. primo grado, 27 aprile 1995, causa T-12/93, *Comité central d'entreprise de la société anonyme Vittel e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag., II-1247

Trib. primo grado, 18 settembre 1996, causa T-387/94, *Asia Motor France, Jean – Michel Cesbron, Monin Automobiles SA, Europe Auto Service SA e Sa Somaco SARL c. Commissione*, in *Racc.*, pag.II-00961

Trib. primo grado, 12 dicembre 1996, cause riunite T-177/94 e T-377/94, *Altmann e a. c. Commisisione*, in *Racc.*, pag. II- 2041

Trib. primo grado, 1996, causa T-546/93, *Metropole Television and Others c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-649

Trib. primo grado, 18 settembre 1996, causa T-387/94, *Asia Motor France, Jean – Michel Cesbron, Monin Automobiles SA, Europe Auto Service SA e Sa Somaco SARL c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-00961.

Trib. primo grado, 22 ottobre 1996, cause riunite T-79/95 e T-80/95 *SNCF e British Railways c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-1491,

Trib. primo grado, 8 ottobre 1996, cause riunite T- 24/93 a T-26/93, T-28/93, *Compagnie maritime belge transports ea. c. Commissione*, *Racc.*, pag. II-1201

Trib. primo grado, 12 dicembre 1996, cause riunite T-177/94 e T-377/94, *Altmann e a. c. Commisisione*, in *Racc.*, pag. II- 2041

Trib. primo grado, 10 luglio 1997, causa T-38/96, *Guerin Automobiles c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-12333

Trib. primo grado 24 ottobre 1997, *British Steel plc c. Commissione*, T- 243/94, in *Racc.*, p. II-1887

Trib. primo grado, 7 novembre 1997, causa T- 84/96, *Cipike c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II- 2081

Ordinanza del Tribunale, 13 febbraio 1998, causa T-276/97, *Guérin automobile EURL c. Commissione*, in *Racc.*, II-261

Trib. primo grado, 14 maggio 1998, causa T-354/94, *Stora c. Commissione*, in *Racc.* p. II-2111

Trib. primo grado, 15 settembre 1998, causa T-374/94, *European Night service c. Commissione*, in *Racc.*, II-3141.

Ordinanza del Trib. primo grado, 14 maggio 1998, causa T-262/97, *Anthony Goldstein c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-2177.

Trib. primo grado, 28 gennaio 1999, causa T- 14/96, *Bretagne, Angleterre, Irland (BAI) c. Commissione*, in *Racc.*, II- 139

Trib. primo grado, 4 marzo 1999, causa T-87/96, *Assicurazioni Generali e Unicredito c. Commissione*, in *Racc.*, pag., II-203

Trib. primo grado, 25 marzo 1999, causa T- 102/96, *Gencor Ltd c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-753

Trib. primo grado, 20 aprile 1999, T-305/94 a T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 e T-335/94, *Limburgse Maatschappij e a. c. Commissione (PVC II)*, in *Racc.*, II-183

Trib. primo grado, 7 ottobre 1999, causa T-228/97, *Irish Sugar c. Commissione*, in *Racc.*, II-2969.

Trib. primo grado, 13 dicembre 1999, cause riunite T-190/95 e T-45/96, *Société de distribution de mécaniques et d'automobiles c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-3617.

Trib. Primo grado, 15 dicembre 1999, causa T- 22/97, *Kesko oy c. Commissione*, in *Racc.*, II-3775,

Trib. primo grado, 15 marzo 2000, cause riunite T-25/95, T-26/95, da T-30/95 a T-32/95, da T-34/95 a T-39/95, da T-42/95, T- 48/95, da T- 50/95 a T-65/95, da T- 68/95 a T- 71/95, T- 87/95, T-88/95, T-103/95 e T-104/95, *Cimenteries CBR e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-491.

Trib. di primo grado, 22 marzo 2000, cause riunite T-125/97 e T-127/97, *Coca-cola Company c. Commissione*, in *Racc.*, II-1733

Trib. primo grado, 30 marzo 2000, causa T- 65/96, *Kish Glass. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II- 1885

Trib. primo grado, 30 marzo 2000, T-513/93, *Consiglio Nazionale degli spedizionieri doganali c. Commissione*, in *Racc.*, II-1807

Trib. primo grado, 20 marzo 2000, causa T-9/99, *HFB e a. c. Commissione*, in *Racc.*, II-1487.

Trib. primo grado, 24 ottobre 2000, causa T-178/98, *Fresh Marine c. Commissione*, in *Racc.*, pag., II-3331

Trib. primo grado, 26 ottobre 2000, causa T- 41/96 *Bayer c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-3383.

Trib. primo grado, 8 novembre 2000, causa T-175/97, *Bareyt e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-1053

Trib. primo grado, 22 novembre 2001, causa T-139/98, *AAMS c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-3413.

Trib. primo grado, 13 dicembre 2001, cause riunite T-45/98 e T-47/98, *Krupp Thyssen Stainless c. Commissione*, in *Racc.*, pag., II-3757

Trib. primo grado, 13 dicembre 2001, causa T-310/01, *Schneider Electric SA c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-4071.

Trib. primo grado, 20 febbraio 2002, causa T-170/00, *Forde Reederei c. Consiglio e Commissione*, in *Racc.*, pag. II-515

Trib. primo grado, 21 marzo 2002, causa T-231/99, *Joyson c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-2085,

Trib. primo grado, 6 giugno 2002, *Airtours c. Commissione*, T-342/99, in *Racc.*, pag. II-2585.

Trib. primo grado, 8 ottobre 2002, cause riunite T- 185/00, T-216/00, T-299/00, T-300,00, *Métropol télévision SA (M6) e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-3805.

Trib. primo grado, 22 ottobre 2002, causa T-310/01, *Schneider Eletric c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-4071

Trib. primo grado, 25 ottobre 2002, causa 5/02, *Tetra Laval c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-4381.

Trib. primo grado, 4 marzo 2003, causa T-319/99, *Fenin c.*, in *Racc.*, p. II-357,

Trib. primo grado, 3 aprile 2003, causa T-119/02, in *Racc.*, pag. II-1433

Trib. primo grado, 3 aprile 2003, causa T-114/02, *Babyliss c. Commissione*, in *Racc.*, pag., 1279.

Trib. primo grado, 17 giugno 2003, causa T- 52/00, *Coe Clerici Logistic c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-209.

Trib. primo grado, 30 settembre 2003, cause riunite T-191/98 e da T-212/98 a T-214/98, *Atlantic Container Line AB e a. c. Commissione*, in *Racc.*, II- 3275.

Trib. primo grado, 30 settembre 2003, causa T-158/00, *ARD c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-3825.

Trib. primo grado, 11 dicembre 2003, causa T-61/99, *Adriatica Navigazione c. Commissione*, in *Racc.*, pag.II-5349.

Trib. primo grado, 16 dicembre 2003, cause riunite T-5/00 e T-6/00, *DEP Nederlandse Federative Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied c. Commission*, in *Racc.*, pag II-5761.

Trib. primo grado, 13 gennaio 2004,causa T-158/99, *Thermenhotel Stoiser Franz e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-1, punto 97.

Trib. primo grado, 8 luglio 2004, causa T-50/00, *Dalmine c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-2395.

Trib. primo grado, 28 settembre 2004, *MCI c. Commissione*, T-310/00, in *Racc.*, II-3253

Ordinanza del Presidente del Trib. di primo grado, 9 novembre 2004, causa T-252/03R, *FNICGV c. Commssione*, in *Racc.*, pag. II- 3795.

Trib. primo grado, 26 gennaio 2005, causa T-193/02, in *Racc.*, II-..,

Trib. primo grado, 14 aprile 2005, causa T-141/03, *Sniace c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-1197

Trib. primo grado, 21 aprile, 2005, causa T-28/03, *Holcim (Deutschland) AG c. Commissione*, in *Racc.*, pag. I-2941,

Ordinanza Trib. di primo grado, 11 luglio 2005, causa T-294/04, *Internationaler Hilfsfond c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-2719

Trib. primo grado, 21 settembre 2005, causa T-87/05, *EDP c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II- 3745,

Trib. primo grado, 17 ottobre 2005, causa T-28/02, *First Data e a. c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-4119,

Trib. primo grado, 14 dicembre 2005, causa T-210/01, *General elettric c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-5575

Trib. primo grado, 15 giugno 2005, cause riunite T-71/03T-74/03, T-87/03 and T-91/03 *Tokai Carbon and Others v Commission*, in *Racc.*,II-10, punto 59

Trib. primo grado, 14 dicembre 2005, causa T-210/01, *General elettric c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-5575, punto 592

Trib. primo grado 14 dicembre 2005, causa T- 383/00, *Beamglow c Parlamento e a.*, in *Racc.*, pag. II-5459

Trib. primo grado, 4 luglio 2006, *Easy Jet c. Commissione*, T-177/04, in *Racc.*, pag. II-1931

Trib. primo grado, 13 luglio 2006, causa T-464/04, *Impala c. Commissione*, in *Racc.*, II-2289.

Trib. primo grado, 27 settembre 2006, causaT-168/01, *GlaxoSmith Service c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-2969.

Trib. primo grado, 27 settembre 2006, *Jungbunzlauer c. Commissione*, T-43/02, in *Racc.*, pag. II- 343 punto 48

Trib. primo grado, 27 settembre 2006, causa T-59/02P, *Archer Daniels Midlannds c. Commissione*, in *Racc.*, II-3627

Trib. primo grado, 27 settembre 2006, causa T-322/01, *Roquette Frères c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II- 3137

Trib. primo grado, 30gennaio 2007, causa T-340/03, *France Telecom c. Commissione*, in *Racc.*, pag. II-107.

Trib. primo grado, 27 settembre 2006, causa T-314/01 *Avebe v Commission* , in Racc., II-0000

Trib. primo grado, 30 gennaio 2007, causa T-340/03, *France Telecom c. Commissione*, in Racc., pag. II-107.

Trib. primo grado, 11 luglio 2007, causa T-351/03, *Schneider Electric SA c. Commissione*, in Racc., pag. 2237.

Ordinanza del 29 agosto 2007, causa T- 186/05, *Selex Sistemi integrati c. Commissione*, in Racc., pag. II-94, pubblicazione sommaria

Trib. primo grado, 12 settembre 2007, causa T-60/05, *Union françaises de l'express (UFEX) e a .c. Commissione*, in Racc., II-3397.

Trib. primo grado, 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, in Racc., pag. II-3601.

Ordinanza Trib. primo grado, 12 dicembre 2007, causa T-113/04, *Atlantic container Line AB e a. c. Commissione*, in Racc., pag. II-171

Trib. primo grado, 12 dicembre 2007, causa T- 112/05P, *Akzo Nobel NV e a. c. Commissione*, in Racc., II-5049.

Trib. primo grado, 1 luglio 2008, causa T-276/04, *Compagnie maritime belge SA c. Commissione*, in Racc., pag. II-1277

Trib. primo grado, 8 luglio 2008, causa T-99/04, *Ac-Treuhand c. Commissione*, in Racc., pag. II-1501.

Trib. primo grado, 9 settembre 2008, T-212/03, *My Travel Group plc c. Commissione* non pubblicata in *Raccolta*

Trib. primo grado, 8 ottobre 2008, causa T-69/04, *Schunk GmbH e a. c. Commissione*, non pubblicata in *Racc.*

Trib. primo grado, 4 febbraio 2009, causa T- 145/06, *Omya AG c. Commissione*, non pubblicata in *Raccolta*

Trib. primo grado, 7 maggio 2009, causa T- 151/05, *Nederlands Varkbond Varkenshouders e.a (NVV) e. a. c. Commissione*, non pubblicata in *Racc.*

Trib. primo grado, 19 giugno 2009, causa T-48/04, *Qualcomm Wireless Business Solutions Europe Bv c. Commissione*, non pubblicata in *Racc.*

Trib. primo grado, 7 maggio 2009, causa T-151/05, *NVV ea c. Commissione*, non pubblicata in *Racc.*

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

R.ADAM, A.TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, TORINO, 2008.

A.ADINOLFI, L.DANIELE, B.NASCIMBENE, S.AMADEO, *L'Applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al Regolamento 1/2003 del Consiglio 16 dicembre 2002*.

G.AGNANOSTARAS, *The quest for an effective remedy and the measure of judicial protection afforded to putative Community law rights*, (2007) 32 *European Law Review*, October, pag. 727

M.L.AITOR, *Non contractual liability of the European Community in competition matters: The aftermath of the CFI Judgment of 11 July 2007 in case T-351/03, Schneider c. Commission*, in *Global Competition Policy*, February 2008.

A.ALBORS-LLORENS, *The standing of private parties to challenge community measures: has the European Court missed the Boat?*, in *Cambridge Law Journal*, March, 2003, pag.79-80.

A.ALI, M.BORRACETTI, M.CONDINANZI, R.MASTROIANNI, B.NASCIMBENE, M.C.REALE, *Il processo Comunitario dopo Nizza*, (a cura di) B. NASCIMBENE, Milano, 2003;

C. AMALFITANO, *La conoscenza e l'applicazione del diritto dell'Unione europea, da parte del giudice e dell'arbitro, Relazione presentata alla tavola rotonda dedicata a "L'applicazione del diritto straniero da parte delle autorità giudiziarie e non giudiziarie in Europa"*, Genova, 25 e 26 settembre 2009.

C.AMALFITANO, *La protezione dei ricorrenti non privilegiati nel sistema comunitario*, in *Dir. Un. Eur.* 2003

A.A., *When an act is not an act?* (2007) 32, *European Law Review*, pag.1

A. ANDREAGELI, *The impact of the Modernisation Regulation on the guarantees of due process in competition proceedings*, in (2006) 31 *European Law Review*, June, pag.342

A. ANDREAGELI, *The enforcement of Article 81 EC before National courts after the House of Lords' decision in Inntrepreneur Pub Co Ltd v Crehan*, (2007) 32, *E.uopean Law. Review.*, pag., 260

M.ANTONIOLI, *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, Milano, 2000.

P.AREEDA E D.TURNER, *Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act*, in *Harvad Law Review*, March 1975.

L. ARNAUDO, *Le misure cautelari in diritto antitrust comunitario e nazionale*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2006, pag. 983.

A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, 2006.

A. ARNULL, *Les incidens du traité d'Amsterdam sur la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Revue des affaires Européen*, 2000, pag.223

D. BALEY, *Scope of judicial review under article 81 EC*, 41 *Common Market Law Rev.* (2004), pag.1327-1360

M.C. BARUFFI, *La tutela dei singoli nei procedimenti amministrativi comunitari*, Milano 2001

S. BASTIANON, *Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, Milano 2005

S. BASTIANON, *Gli orientamenti sulla priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 TCE nelle pratiche escludenti*, in *Dir. Comm. Int.*, 2009, pag.61

J.F. BELLIS, *La politique de concurrence - Trente ans après*, in *Melange à George Vandensanden. Promenades au sein du droit européen*, 2008.

G.A. BENACCHIO E M. CARPAGNANO (a cura di), *Il private enforcement del diritto comunitario della Concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali. Atti del convegno tenuto presso la facoltà di giurisprudenza di Trento, 15-16 giugno 2007*

C. BENTIVOGLIO, S. TRENTO, *Economia e politica della concorrenza*, 2005

G. BERMANN, *Cases and materials on European Union Law*, West Group 2004

P. BIAVATI, *La richiesta di informazioni nel processo comunitario*, in *Riv. Trim. proc. civ.*, 1989, p. 181

P. BIAVATI, *Accertamenti dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, Milano 1992

P. BIAVATI, *Europa e processo civile. Metodi e prospettive.*, Torino 2003

P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano 2005

P. BIAVATI, *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, in *Rivista Trimestrale di diritto e processuale/processo civile*, 2007, pag. 97

P. BIAVATI, *L'impatto del diritto comunitario sull'insegnamento del diritto processuale civile*, in *rivista trim di dir. e proc. civ.*, n. 1 del 2008, pag. 227

- R.BIN, P.CARETTI**, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna 2005
- M. BREALEY**, *The burden of Proof*, *European Law Review*, 1985, pag. 250
- G.Bo**, *La pronuncia della Corte di giustizia nella causa Unibet tra principio di autonomia processuale e principio di non discriminazione*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, n. 3 del 2008, pag. 1065
- S.BONI**, *La tutela dei diritti di coloro che denunciano violazioni del diritto antitrust: ordinamento comunitario e italiano a confronto*, in *Diritto dell'Unione europea*,. 2003 pag. 45
- S.BONI**, *Le inconciliabili definizioni dei principi comunitari sulla ricevibilità dei ricorsi dei terzi in materia di concentrazioni e le possibili ripercussioni sul funzionamento dello European Competition Network*, in *Diritto dell'Unione europea*, 4/2003
- J.BOURKE**, *Parental Liability for Cartels Infringement*, in *Competition Policy International*, November 2009, pag.1 ss.
- G.CAGGIANO**, *Il ruolo dei giudici comunitari nel diritto della Concorrenza*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2/2009, pag. 389 ss
- F.CASTILLO DE LA TORRE**, *Le relevé d'office par la juridiction communautaire*, in *Melanges.*, pag. 396ss
- F.CHALTIEL**, *L'application du droit Communautaire par le juge national*, in *Mélange en hommage à Guy I..50 ans de droit communautaire*, Tome 2, pag. 843
- S.CHIARLONI**, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *riv. trim. di dir. e proc. civ.*, n. 1 del 2008, pag. 129
- COMMISSIONE EUROPEA**, *Modernizzazione delle disposizioni di applicazione delle norme comunitarie antitrust. Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio e pacchetto modernizzazione*, Bruxelles- Luxemburg, 2004.
- M.CONDINANZI**, *Parlamento europeo e tribunale di primo grado. Novità processuali e istituzionali*, in *Foro it.*, IV, 1992 , c. 136
- M.CONDINANZI**, *Codice del processo comunitario*, Torino, 2004
- M.CONDINANZI**, *Il tribunale di primo grado e la giurisdizione comunitaria*, Milano, 1996.
- M.CONDINANZI, R.MASTROIANNI**, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009.

- L. DANIELE**, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell'Unione europea*, 4/2008, pag. 655.
- E. COULON**, *L'indispensable réforme du Tribunal de première instance des Communautés européennes*, in *Revue des affaires Européen*, 2000, pag.254
- E. COULON**, *Les Mutations du Tribunal de première instance sous La présidence de Bo Vesterdof: La continuité dans le chagement*, pag. 13
- M.C.CORRADI**, *L'applicazione del diritto antitrust nazionale e comunitario a norma dell'art. 134 c.p.i.*, in *riv. trim. dir e proc. civ.*, n. 2 del 2009, pag.709
- P.CRAIG**, *The Treaty of Lisbon: Process, architecture and substance*, (2008) 33 *E. L. Rev.*, pag.137
- M.D'ALBERTI**, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazioni*, Bologna 2008
- A. DAWES**, *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instace, Droit de la concurrence, Sot. Lélos kai Sia e a. c. GlaxoSmithKline AEVE*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne* 4/2008, pag. 843
- E.B.DE LA SERRE**, *Expert evidence before the EC Courts*, in *Common Market Law Review*, 45: 941-985, 2008
- G.DI FEDERICO**, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, Napoli 2008.
- G.DI FEDERICO**, *L'impugnabilità della decisione comunitaria attributive della qualità di denunciante dei procedimenti antitrust*, in *Dir.Un.Eur.*, p.147;
- E.B.DE LA SERRE**, *Les Offices du Juge des Référés Communautaire*, in *Melange en Hommage à George Vandendersanden*, Bruxelles, 2008, pag. 237
- S.DRAKE**, *Scope of Courage and the principle of "individual liability" for damages: further development of the principle of effective judicial protection by the Court of justice*, in (2006) 31 *European Law Review* , December, pag. 841
- M.DOUGAN**, *The constitutional dimension to the case law on Union citizenship*, (2006) 31 *European Law Review*, October, pag.613
- V.FAURÉ'**, *L'Apport du Tribunal de première instance des Communautés européennes au droit communautaire de la concurrence*, Dalloz, 2005.
- E.FERRARI, M.MARGHERITA, M.SICA**, *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006

J.FLYNN, *Has Europe got the competition Court it needs ?The CFI, The CBI, The House of Lords, and Judicial panels*, in *Melange en Hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, 2008

L.FUMAGALLI, in A. TIZZANO, (a cura di), *I Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano 2004, pag.187.

K. FOUNTOUKAKOS, *Rocking on: Standard of proof, evidentiary standards, and the role of the Statement of Objections in merger proceedings after the ECJ's judgement in the Sony BMG saga*, *European Law Reporter*, n. 11/ 2008, p.366-374 (ok)

K. FOUNTOUKAKOS, *Parallel trade in pharmaceuticals and abuse of dominance after the ECJ's judgement in Syfait II*, *European Law Reporter*, n. 1/2009, pag.2

G .FRIDEN, *Quelques reflexions sur la recevabilité d'un pourvoir contre un arret du Tribunal de première instance*, in *Revue des affaires Européen*, 2000, pag. 231

E.FRIDENSKOLD, *Bread for stones: Access to justice and the standard of review in general State aid cases, British Aggregates Association/Commission, ECJ (Third Chamber), judgement of 22 december 2008, Case C-487/06 P*, *European Law Reporter*, n. 4/2009, pag. 126

GAUDIN, *La Cour de justice jurisdiction constitutionnelle?*, in *Revue des affaires Européen*, 2000, pag 209

B.GENCARELLI, *The standing of Third Parties Aid Cases: Recent Developments in the Case Law of the ECJ*, in *Legal Remedies in European Tax Law*, Amsterdam, 2009

A.GENTILI, *Contraddittorio e giusta decisione nel rprocesso civile*, in *riv. trim. dir. e proc. civ.*, n. 2 del 2009, pag.745.

D.J.GERBER, P.CASSINIS, *The modernization of European Community Competition Law: Achieving Consistency in Enforcement-Part II*, in *European Competition Law Review*, 2006, pag. 54

D.GERADIN, *Droit de la concurrence et recours en annulation à l' ère post modernisation*, in *The Global Competition Law Centre, Working Papers Series*, 2005/2006, <http://www.gele.coleurop.be>

D.GERADIN, *The EC fining policy for violations of competition law:: An empirical review of the Commission decisional practice and the Community courts' judgments*, 2005, <http://www.gele.coleurop.be>

P.GILLIAX, *L'intensifié du controle de la legalité par les jurisdictions communautaires*, in *Journal de Droit Européen*, Février 2009, pag. 37

C.GORDON E S.HOLMES, *The Commission Liability for bad Merger's decisions*, in *Competition Law insight*, September 2009.

T.GRAF AND S.HALLOUET, *Dominant companies may not refuse ordinary orders with the aim of restricting parallel trade: the european Court of Justice judgement in GlaxoSmithKline AVEE*, 2009, E.C. L.R. pag.194

G.GRECO, *Sentenze della Corte e comunicazioni della Commissione: un'ulteriore fonte combinata di obblighi e di poteri amministrativi*, in *Riv. Italiana di diritto pubblico comunitario*, 1992, pag. 1315.

M.GUSTAFSSON, *What are the prospects enhanced private antitrust litigation? A Swedish perspective*, (2005) 30 *European Law Review*, pag., 490.

D.HAMANN, *Iura novit Curia and the Principle of Equal Treatment of Shareholders (Commission/ Spain, ECJ(First Chamber), Judgement of 18 December 2008, C-338/06)*, *European Law Reporter*, n.4/2009, pag.152

L.H.HENDRINK, P.A.BUIGUES, *The office of the Chief Competition Economist at the European Commission*, 2005 reperibile sul link <http://ec.europa.eu/dgs/competition>

S.HOLMES, *Blocking Merger Unlawfully: Following the Schneider/Legrand Decision, The Commission now risks Liability in tort*, in *Competition Law Insight*, May 30, 2008.

P.IANNUCELLI, *Les dommages et intérêt concurrentiels à nouveau devant la Cour de justice*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 2006, n.9, pag 54

P.IANNUCELLI, *La Cour botte en touche sur la réparation civile des dommages causés par une infraction aux règles de concurrence*, Octobre/Decembre 2006, pag. 67

L.IDOT, *Premières vues sur le nouveau règlement de mise en oeuvre des article 81 et 82*, *Europe* février 2003, pag. 4

L.IDOT, *Concurrence et libre circulation. Regards sur les derniers développements*, in *Revue des affaires Européen*, 2005/3, pag.391

L.IDOT, *L'accès au dossier de la Commission dans la procédure de mise en oeuvre des articles 81 et 82 TCE*, in *Le droit à la mesure de l'homme: Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, 2006, Parigi, pag.1999.

C.S.KERSE E N.KHAN, *EC Antitrust procedure*, London, 2005;

U.KLINKE, *Quelque réflexions à propos de la relation entre la Cour de justice et le Tribunal de première instance de Communautés européennes*, in *Revue des affaires Européen*, 2000, pag.239

M.KRAJEWSKI, M.FARLEY, *No-economic activities in upstream and downstream markets and the scope of competition law after FENIN*, (2007) 32, *European Law Review*, pag. 111 (Milano)

C.KOCH, *Locus Standi of private applicants under the EU Constitution: preserving gaps in the protection of individuals' rights to an effective remedy*, (2005) 30, *European Law Review*, pag., 511

R.LANE, *Ec competition Law post-Lisbon: a matter of protocol*, in *Views of European law from the mountain: liber amicorum Piet Jan Slot*, 2009, pag., 167-178

A.LANG E C.SANNA (a cura di), *Federalismo e Regionalismo. Esperienze Italiana, Svizzera e dell'Unione europea a confronto*, Milano, 2005, pag. 118.

J.T.LANG, *Two important Merger Regulations judgments: the implications of Schneider Le Grand and Tetra-Laval Sidel*, in *European Law Review*, 2003.

N.LAVRANOS, *The scope of the exclusive jurisdiction of the Court of justice*, (2007) 32, *European Law Review*, pag. 83.

S.LEFEVRE, *Les actes communautaire atypiques*, Bruxelles, 2006.

K. LENAERTS, D.ARTS, I.MASELIS, *Procedural law of the European Union*, London, 2006.

K.LENAERTS, *Reflexions sur la preuve et sur la procedure en droit communautaire de la concurrence*, in *Melange en Hommage à Georges Vandensanden*, 2008, pag. 475

K.LENAERTS, *La systemique des voies de recours dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, in *Melange en Hommage à Georges Vandensanden*, 2008, pag. 259

N.LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *riv. trim. di diritto e proc. civ.*, n. 2 del 2009, pag. 479

E.LOOZEN, *Professional ethics and restraints of competition*, in (2006) 31 *European Law Review*, pag. 28

G.MAMMERELLA E P.CACACE, *Storia e politica dell'Unione europea*, Bari 2005;

P.MANZINI, *Antitrust applicato. Raccolta sistematica della giurisprudenza*, Torino, 2004

M.MARQUIS, *O2 (Germany) v Commission and the exotic mysteries of Article 81(1)EC*, (2007) 32, *European Law Review*, pag. 29

G.MAYER, *The Art of fining II: In Immunity They Trusted*, European Law Reporter, n. 2/2008, pag.34 (ok diritti di difesa)

M.MESSINA, *La rete europea delle autorità garanti della concorrenza tra convenzione europea dei diritti dell'uomo e carta dei diritti fondamentali*, in *diritto dell'unione europea*, 4/2008, pag.731

E.MOAVERO MILANESI, *Antitrust e concentrazioni fra imprese nel diritto comunitario*, Milano 1992;

E.MOAVERO MILANESI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, 2004;

N.MOLONEY, Case Law , A. Court of Justice, *Case C-310/97P, Commission v. AssiDoman Kraft Products AB, Iggesund Brunk AB, MoDo Paper AB, Sodra Cell AB, Stora Kopparbergs Bergslags AB and Svenska Cellulosa AB (Wood Pulp III)*, *Judgement of the Full Court of 14 September 1999*, Common Market Law Review 37, pag.:971-981, 2000.

C.MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, Padova, 2004

B.NASCIMBENE E M.CONDINANZI, *Giurisprudenza di diritto comunitario. Casi scelti*, Milano 2007;

R.NAZZINI, *Procedure comunitarie e nazionali in materia antitrust. Sui profili processuali del rapporto tra diritto comunitario e diritti interni*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1/2006, pag.97

R.NAZZINI, *The wood began to move : an essay on consumer welfare, evidence and burden of proof in Artiche 82 EC cases*, in (2006) 31 *European Law Review*, August, pag.518

R.NAZZINI, *Rights of Defence and Use OF Evidence Obtained in Non-Member State investigations: The Advocate General's Opinion in the Citric Acid Cartel*, European Law Reporter, n. 2/2009

P.NEBBIA, *Damages actions for infringement of EC competition law: compensation or deterrence?*, (2008) 33 *European Law Review*, February, pag.23

G.OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino 2005;

P.OLIVER, *Concurrence et libre circulation: leur place dans le traité*, in *Revue des affaires Européen*, 2005/3, pag. 379

P.OUART, *Les Victimes*, in *Le droit à la mesure de l'homme: Mélange en l'honneur de Philippe Léger*, 2006, pag. 444

A.PANGALDI, *Regolamenti comunitari e normative nazionali di attuazione e coordinamento: una novità per la cooperazione giudiziaria civile europea*, in *riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2007, pag. 1312.

A.PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della Concorrenza. Profili sostanziali*, Milano 2007;

I.PELIKANOVA, *La protection Juridictionelle des particulliers par le Tribunal de premiere instance des Comunautes europeennes*, in *Le droit à la mesure de l'homme: Mélange en l'honneur de Philippe Léger*, 2006, pag.239 ss.

A.PERA, *Concorrenza e antitrust. Usi e abusi del mercato : le regole e le istituzioni per il suo corretto funzionamento*, Bologna 2005.

B.PERRIN, *Challenges facing the EU Network of Competition Authorities: insight from a comparative criminal law perspective*, (2006) 31 *European Law Review*, August, pag. 540

N.PETIT, *Traité de Lisbonne et politique de concurrence : rupture?*, in *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 53e année, 2008, pag. 265-279

S.PRECHAL, S.DE VRIES, *Seamless web of judicial protection in the internal market?* (2009) 34 *E. L. Review*, pag. 5

C.PRIETO, *Professions liberals, concurrence et libre circulation*, in *Revue des affaires Européen*, 2005/3, pag.447

L.PRETE E A.NUCARA, *Standard of proof and scope of judicial review in Ec merger cases: everything clear after Tetra Laval?*, in *European Competition Law Review.*, 2005. p. 693.

L. PROSPERETTI , M. SIRAGUSA, *Economia e diritto antitrust* , Roma, 2006.

N.PETIT E M.RATO, *The Commission 's non contractual liability in the field of MergerControl-Don't use a hamer when you need a screwdriver*, pubblicato sul sito *eSapience Center for Competition Law*

E.A.RAFFAELLI, J.F.BELLIS, *Diritto comunitario della concorrenza*, Milano2006.

L.RAIMONDI, *Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione*, in *Diritto dell'Unione europea*, n.4/2008, pag 773

S.VAN RAEPENBUSCH, *L'intérêt à agir dans le contentieux Communautaire*, in *Mélange en hommage à Geoges Vandensanden*, Bruxelles, 2008.

M.C.REALE, *Le comunicazioni interpretative della Commissione delle Comunità europee*, in *Riv. Di Diritto Europeo*, 1993, pag.507 ss

G.F.RICCI, *La suprema Corte tra funzione nomofilattica e tutela dello ius litigatoris. Il problema alla luce del controllo della motivazione*, in *riv. trim. dir. e proc. civ.*, n. 2 del 2009, pag. 571.

L.RITTER, W.D.BRAUN, F.RAWLINSON, *European Competition Law: practitioner's Guide*, The Hague, London, 2000

J.RODRIGUEZ RODRIGO, *Aplicación del derecho de la competencia a los baremos de honorarios de abogados: Arduino y Cipolla*, in *La Union Europea ante el Derecho de la Globalización*, pag.435

C.SANNA, *Aiuti di Stato e tutela dell'ambiente nel diritto comunitario*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi internazionali*, 2009, pag. 101

M.SCARPA, *Le nuove frontiere dell'efficacia probatoria del documento informatico*, in *riv. trim. di dir. e proc. civ.*, n. 1 del 2008, pag. 251

H.G.SCHERMERS, D.F.WAELBROECK, *Judicial protection in the European Union*, London, 2006

D.SLATER, S.THOMAS AND D.WAELEBROECK, *Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair Trial: no need for reform?*, in *European Competition Journal*, 2009, pag. 97

A.L.SIBONY, E.BARBIER DE LA SERRE, *Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit de la concurrence : pour un changement de perspective*, in *RTD*, 43 (2) avr-juin 2007.

A.SIKORA, *Chronique de jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes (October-décembre 2006). CJCE, 5 Décembre 2006, Cipolla et Macrino*, in *Revue des affaires Européennes*, 2006/4, pag.751

M.SIRAGUSA, *Access to the Courts in a Community based on the Rule of Law*, reperibile on line all'indirizzo [www. Curia. Europa.eu](http://www.Curia.Europa.eu).

M.TAVASSI, *Le azioni di danno antitrust nella giurisprudenza italiana*, relazione in occasione del convegno tenutosi presso l'Università di Trento in data 8-9 Maggio, con riguardo al *Private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*.

J.TEMPLE LANG, *Do we need a European Union Competition Court?*, in *Melange en Hommage à Georges Vandersanden*, 2008.

J.TEMPLE LANG, *Tell us everything. How much evidence should complaints to EC have to produce?*, *Competition Law Insight*, 25 September 2007, pag.14.

G.TESAURO, *Diritto Comunitario*, Padova 2008

C.TIMMERMANS, *The European Union's judicial system*, 41 *Common Market Law Rev.* (2004) pag. 393-405.

G.TOSATO, L.BELLODI, *IL nuovo diritto della concorrenza . Aspetti procedurali*, Milano, 2004.

C. TIMMERMANS, *The European's Judicial System*, in *Common Market Law Review*, n.41 : 393-405, 2004

A.Tizzano, *Qualche considerazione sull'Unione economica e monetaria*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1997, pag. 455.

A.TIZZANO, *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano 2004

G.Tridimas, *A political economy perspective of judicial review in the European Union: Judicial appointments rules, accessibility and jurisdiction of the European Court of Justice*, *European Journal of Law and Economics*, 18, pag. 99-116, 2004.

G.TRIDIMAS, *National Courts and European Court of Justice:public choice analysis of the preliminary reference procedure*, (2004), 24, *International review of law and economics*, pag. 125-145

T.TRIDIMAS, *Knocking on heaven's door: fragmentation, efficiency and defiance in the preliminary reference procedure*, *Common Market Law Review*, n.40 (2003) 9-50
(internet o Corte z/290)

T.TRIDIMAS, *Liability for breach of Community Law: Growing up and..down?*,2004, pag. 393-430

N. J.TRAVERS, *The cancellation o variation of orders granting interim measures in Community Law: a view five years on of the artegodan Saga*, in *Melange en Hommage à George Vandendersanden*, 2008, pag. 271

W.VAN GERVEN, *Rights, Remedies and Procedures*, in *Common Market Law Review*, n. 37, 2000, pag. 501-536

VAN BAEL & BELLIS, *Competition law of the European community*, The Hague, 2005.

VAN BAEL & BELLIS, *Il diritto Comunitario della Concorrenza. Con analisi della disciplina del procedimento antitrust in Italia*, Torino, 2009.

C.VELLANI, *Le preclusioni nella fase introduttiva del processo ordinario*, in *riv. trim di dir. e proc. civ.*, n. 1 del 2008, pag., 153

B.VESTERDOF, *Judicial review in EC competition law : Reflections on the role of the Communities Courts in the EC system of competition law enforcement*, in *Competition Policy international*, volume 1, number 2, autumn 2005.

B.VESTERDOF, *Standard of proof in merger cases: reflections in the light of recent case law of the community courts*, in *European Competition Journal*, 2005, pag. 3ss.

B.VESTERDOF, *The Court of Justice and Unlimited Jurisdiction: what does it mean in practice?*, in *Competition Policy Intenational*, June 2009, pag. 2 ss

M.VOGT, *Indirect judicial protection in EC law. The case of the plea Illegality..*, *European law Review*, (2006), 31, pag 365

D.WAELEBROECK, *Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémences, non-contestation des faits et transactions): que va-t-il rester aux juges?*, reperibile on line all'indirizzo <http://www.gele.coleurope.be>.

M. WAELEBROECK, *La place de la concurrence dans le traité de Lisbonne*, in *Mélanges en hommages à Georges Vandersanden*, 2008, pag. 829-841.

R.WHISH, *Competition Law*, Oxford University Press, 2009.

WEITBRECHT, *E.U. merger Control in 2001- the Year of Controversy*, in *European Community/competition law Review*, 2002.

P.J.W.WOUTER, *Principles of European antitrust enforcement*, Oxford and Portland, Oregon, 2005.

K.WRIGHT, *Perfect symmetry? Impala c. Commission and standard of proof in Mergers*, ..(2007) *European Law Review*, pag.408.

J.ZILLER, *Il Nuovo Trattato europeo*, Bologna 2007.

RINGRAZIAMENTI

RINGRAZIAMENTI

Scrivere una tesi di Dottorato è un lavoro estremamente personale, cui si giunge dopo un' intenso percorso di studio ed elaborazione individuale. Per tre anni la mente viene sollecitata a concentrarsi su di un solo argomento e in ogni caso a formulare collegamenti e nessi con il tema di ricerca, probabilmente inesistenti, ogni qualvolta vi sia ha la possibilità di spaziare con i pensieri verso diversi ambiti. E' in fondo un modo come un altro per riempire la propria casa, la propria stanza, lo studio, ma anche le case, le stanze e gli studi altrui, di carte, fotocopie, giornali, libri, appunti e sentenze, tante sentenze

Durante la stesura del lavoro, poi, in concomitanza con l'intensificarsi del processo di elaborazione mentale, in un certo senso si diventa compulsivi. Non si accetta di parlare di altro se non della tesi, si costringe l'interlocutore, se si ravvisa uno spiraglio per intavolare un confronto, ad uno sforzo talvolta inumano, richiedendo una prontezza e una velocità di comprensione come se i propri pensieri e propri ragionamenti tecnici, dovessero apparire immediati anche a chi non si occupa, ad esempio, di diritto della concorrenza e di contenzioso comunitario. Si cercano conferme e rassicurazioni nelle persone che hanno la sfortuna di partecipare allo svolgimento del lavoro, quanto meno perché presenti fisicamente, richiedendo una partecipazione a distanza, una presenza non invasiva ma costante, con il pensiero implicito ma manifesto, che nessuno in fondo è grado di capire il tipo di lavoro che si sta svolgendo ...

La conclusione della tesi di Dottorato quindi rappresenta un traguardo personale ma soprattutto una liberazione per il mondo circostante all'autore, che conta con pazienza i giorni, le ore e minuti che lo separano dalla fine di un incubo cui ha partecipato involontariamente, con l'auspicio che sia l'ultima volta, l'ultima tesi ...

Per queste ragioni desidero ringraziare in primo luogo il **Professore M. Condinanzi**, per avermi supportata e incoraggiata durante questo mio percorso studi e per avermi insegnato che si può in un certo senso affrontare i grandi temi del diritto "sporcandosi le mani con i fatti" ed elaborando un lavoro scientifico.

Un ringraziamento particolare poi a mia madre **Claudia** e ai miei fratelli **Francesco** e **Lorenzo**. Grazie per la vostra pazienza, per la vostra instancabile partecipazione, con la promessa che almeno per qualche tempo non pronuncerò più le parole tesi, diritto della concorrenza e contenzioso comunitario.

Grazie anche a **Lupo** per aver sopportato ed accettato per due anni e mezzo di vivere, dormire e andare in vacanza (lo confesso) con i libri diritto comunitario. Un ringraziamento speciale a **Luigi** e a **Riccardo** che mi hanno accompagnata in questo lungo percorso, stimandomi e sostenendomi in ogni sua fase e difficoltà.

Grazie a **Costanza**, senza la quale non avrei mai riscritto il progetto di ricerca a memoria, dopo la sua magica scomparsa dal computer, in una notte di ormai tre anni fa ...

Grazie a **Luca** per aver condiviso con me le ansie e timori nella fase di pre-consegna, rendendo in fondo piacevole e anche divertente il mio lungo periodo di isolamento.

Grazie ad **Alex**, per esserci stato nel momento del bisogno, regalandomi un momento di pace e serenità.

Grazie a **Chiara** per i suoi consigli e per il suo sostegno concreto fino all'ultimo minuto, nella mia corsa contro il tempo.

Grazie a **Bruno** per lunghe chiacchierate sul contenzioso, per aver risposto a tutte le mie instancabili e pedanti domande con pazienza e curiosità, ribattendo con tenacia alle mie critiche da studiosa del processo comunitario.

Grazie a **Cristina, Elena e Paolo**, con i quali ho condiviso questi tre anni di Dottorato. Alla fine ce l'abbiamo fatta ...

Grazie alle mie incrollabili amiche **Alice, Laura e Camilla**, per i messaggi del lunedì, per l'entusiasmo e l'incoraggiamento dimostratomi sempre e comunque.

Grazie a **Raffaella e Francesco Piccolo**, che seppur per un periodo limitato, hanno saggiato fisicamente il mio lavoro, subendo senza obiezioni l'occupazione della sala e rendendo divertenti i miei momenti di pausa.

Infine grazie all'**Art Director Francesco** e al **Junior Designer Giovanni** per avermi svelato un nuovo mondo..

