

**IL CASO DE BEERS/ALROSA ALLA CORTE DI GIUSTIZIA:
LA PRESENTAZIONE DI IMPEGNI NELLA DISCIPLINA *ANTITRUST* E NUOVI
SVILUPPI IN TEMA DI AUTORITÀ GARANTI E SINDACATO GIURISDIZIONALE**

di

Carmine Pepe

(Cultore della materia presso l'Università degli Studi di Macerata)

17 novembre 2010

Sommario: 1 - Considerazioni preliminari. 2 - Il rapporto amministrazione-giurisdizione nel caso De Beers/Alrosa. 3 – *Segue*. Il giudizio di impugnazione e la violazione dei limiti del sindacato giurisdizionale. 4 – Un confronto con il dibattito interno sul tema del sindacato sugli atti delle *authorities*. 5 - Conclusioni.

1 - Considerazioni preliminari.

Il caso De Beers/Alrosa, recentemente affrontato dalla Corte di Giustizia, consente una riflessione su alcune rilevanti tematiche in ordine al sindacato giurisdizionale delle decisioni delle amministrazioni indipendenti.

Quello delle autorità indipendenti, come noto, è un fenomeno sintomatico - più di ogni altro - dei cambiamenti innescati dall'integrazione europea: da un lato, la comparsa di nuovi soggetti pubblici non legati all'indirizzo politico ma subordinati all'attuazione dei fini imposti dai Trattati e dalle diverse leggi istitutive nei Paesi Membri; dall'altro, l'arretramento dello Stato come soggetto proprietario che opera direttamente nei mercati in funzione correttiva e l'avanzata dello Stato regolatore e garante di valori predeterminati.

Le nuove istituzioni, dai caratteri eccentrici rispetto al modello amministrativo italiano, hanno aperto diversi scenari problematici, affrontati, spesso, in modo sostanzialmente unitario, pur nella multiformità delle *authorities* e nella pluralità dei compiti loro assegnati.

Tra queste tematiche, il problema del rapporto con il sindacato giurisdizionale, in particolare, appare oggi lontano da una soluzione condivisa, come emerge di contrasti in seno alla giurisprudenza comunitaria e nazionale, coinvolgendo così radicalmente i diversi modi di intendere l'amministrazione attraverso autorità indipendenti.

È emblematica, in tal senso, la casistica relativa ai provvedimenti *antitrust* della Commissione e il sindacato su di essi esercitato dal Tribunale di Primo Grado e dalla Corte di Giustizia.

Al tema si è poi aggiunto un ulteriore elemento: il Regolamento CE n.1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente “*Applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato*”, che ha aperto una sorta di “fase due” delle politiche *antitrust*.

Tra le sue linee direttrici si sottolinea, in particolare, la codificazione di una “rete” di soggetti pubblici finalizzata all'applicazione il più possibile uniforme del diritto della concorrenza, e una semplificazione dei procedimenti diretti a prevenire comportamenti distorsivi, volta ad accelerarne l'*enforcement*¹.

Il caso di cui la Corte di Giustizia ha avuto modo di occuparsi fornisce spunti di non poco interesse anche nei riguardi dell'evoluzione giurisprudenziale nazionale in ordine ai limiti del sindacato sugli atti delle autorità indipendenti. In questa sede, dopo un'analisi delle decisioni della Corte, si procederà ad un breve confronto tra la linea argomentativa applicata dal giudice europeo e il percorso seguito dai giudici nazionali.

2 - Il rapporto amministrazione-giurisdizione nel caso De Beers/Alrosa.

La vicenda processuale, come è stato ricordato², rappresenta l'unico caso portato innanzi alla Corte di Giustizia riguardante l'applicazione dell'art. 9, reg. CE 1/2003³. Invero, il numero

1 Si veda il considerando n. 15 del reg. CE 1/2003: «(15) La Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri dovrebbero formare insieme una rete di pubbliche autorità che applicano le regole di concorrenza comunitarie in stretta cooperazione. A tal fine è necessario istituire dei meccanismi di informazione e di consultazione [...]». E per quanto riguarda le esigenze di semplificazione i considerando n. 2 e 3: «(2) È necessario, in particolare, rivedere le modalità di applicazione della deroga al divieto di accordi restrittivi della concorrenza [...]. A tale riguardo va tenuto conto[...] della necessità di esercitare una sorveglianza efficace e, nel contempo, di semplificare, per quanto possibile, il controllo amministrativo.(3) Il sistema centralizzato istituito dal regolamento n. 17 non è più in grado di garantire un equilibrio fra questi due obiettivi. Esso frena l'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie da parte delle giurisdizioni e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri, mentre il sistema di notificazione che esso comporta impedisce alla Commissione di concentrarsi sulla repressione delle infrazioni più gravi. Esso impone inoltre ingenti costi alle imprese».

2 P. MENGOZZI, *Decisioni con impegni e diritto comunitario*, in A. CATRICALÀ, A. LALLI, *L'antitrust in Italia: il nuovo ordinamento*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 100.

3 L'art. 9 “Impegni” recita al comma 1: «Qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione e le imprese interessate propongano degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse

quasi nullo di contenziosi appare fisiologico nella introduzione, accanto ai conosciuti procedimenti “quasi contenziosi” di accertamento delle infrazioni in sede amministrativa, di moduli almeno parzialmente “consensuali”, cioè caratterizzati dalla definizione del procedimento concordata con i privati interessati. La stessa *ratio* dell'intervento normativo mira alla riduzione delle impugnative delle decisioni della Commissione, e, così, ad evitare un'eccessiva dilatazione dei tempi di definizione dei casi⁴.

La vicenda qui affrontata presenta tratti assai peculiari. La fattispecie origina dalla notificazione alla Commissione di un contratto di fornitura intercorrente tra la De Beers e la Alrosa, entrambe imprese operanti nel mercato dei diamanti grezzi, rispettivamente primo e secondo produttore mondiale, oltre che azionisti di controllo di numerose società operanti lungo tutto la filiera della lavorazione del diamante⁵. A ciò seguivano due distinte comunicazioni di addebiti per la possibile violazione degli articoli 81 e 82 del TCE⁶. Dopo la presentazione congiunta di impegni da parte delle due imprese, la Commissione attivava una procedura “semicontenziosa”⁷ coinvolgendo terzi interessati per la presentazione di osservazioni sui *commitments* offerti dalle imprese soggette al procedimento e, soprattutto, annunciando l'intenzione di concludere la procedura con una decisione che avrebbe reso gli impegni vincolanti. Tra i soggetti che presentano osservazioni non figura però, la Alrosa,

loro dalla Commissione nella sua valutazione preliminare, la Commissione può, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese. La decisione può essere adottata per un periodo di tempo determinato e giunge alla conclusione che l'intervento della Commissione non è più giustificato».

4 F. CINTIOLI, G. OLIVIERI, *I nuovi strumenti di tutela antitrust: misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 94.

5 Tale notificazione, effettuata congiuntamente il 5 marzo 2002, e cioè prima dell'entrata in vigore del reg. 1/2003, avvenuta il 1 maggio 2004, si inserisce nel quadro della procedura prevista dal previgente regolamento del Consiglio n. 17 del 6 febbraio 1962, primo regolamento di applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato, nell'ambito dell'art. 4, ove si legge che «*gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate, di cui all'articolo 85, paragrafo 1 del Trattato, [...] per i quali le imprese interessate intendono avvalersi dell'articolo 85, paragrafo 3, devono essere notificati alla Commissione. Fino a quando non siano stati notificati, la dichiarazione di cui all'articolo 85, paragrafo 3 non può essere rilasciata*», e volta cioè ad ottenere un'attestazione negativa di distorsione della concorrenza. L'accordo commerciale tra le imprese come riportato nella sentenza del Tribunale di Primo Grado, causa T-170/06, in www.curia.eu, al punto 12, «*era stato concluso per un periodo di 5 anni*» a decorrere proprio dal rilascio di tale attestazione da parte della Commissione e prevedeva la fornitura da Alrosa alla De Beers di un quantitativo annuo della propria produzione di diamanti grezzi.

6 Oggi, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. Più precisamente, quanto alle due comunicazioni avvenute il 4 gennaio 2003, la prima, COMP/E-3/38.381, consultabile in <http://ec.europa.eu/competition>, è congiuntamente diretta alla De Beers e alla Alrosa, e constata che l'accordo notificato poteva costituire un accordo anticoncorrenziale vietato ai sensi dell'art. 101 TFUE; mentre la seconda COMP/E-2/38.381, riguardava la sola De Beers, avvisando che il comportamento in esame poteva integrare un abuso di posizione dominante ai sensi dell'attuale 102 TFUE.

7 Nota della Commissione in *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* (GU C 136, p.32). Il carattere “semicontenzioso” della procedura prevista dal nuovo reg. n.1/2003, all'art. 27 emerge dal Regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione relativo ai «*Procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE*», adottato in attuazione dell'art. 33 del reg.1/2003, il quale disciplina compiutamente le garanzie di contraddittorio delle imprese interessate dalla procedura di infrazione disponendo, in particolare, all'art. 10, il diritto ad essere sentite e presentare osservazioni scritte, e al n. 1 dell'art. 15, il diritto di accesso al fascicolo.

proprio per la sua qualità di parte. All'esito di tale *market test*, la sola De Beers decide di presentare impegni nell'ambito dell'addebito formulato dall'amministrazione per abuso di posizione dominante. Tali impegni, che consistono nella totale cessazione di ogni rapporto commerciale con Alrosa, sono resi vincolanti con Decisione della Commissione nel febbraio del 2006⁸.

Il procedimento giurisdizionale è attivato invece con ricorso del 29 giugno 2006, proposto dall'altra impresa interessata, l'Alrosa. Quest'ultima, pur esente da ogni misura quanto alla violazione del divieto di intese restrittive, restava tuttavia pregiudicata dall'esito del procedimento per abuso di posizione dominante, vedendosi privata della possibilità di vendere la propria produzione al principale *partner* commerciale. Così, alla peculiarità di un procedimento amministrativo "a cavallo" tra due normative, succedutesi nel tempo, e privo di un reale accertamento della infrazione⁹, segue un ricorso al Tribunale di Primo Grado, di un soggetto formalmente terzo alla decisione di vincolatività degli impegni, ma sostanzialmente interessato a ridurre l'onere imposto alla De Beers, attraverso un controllo di legittimità della citata decisione¹⁰.

Di particolare interesse è il primo motivo di ricorso concernente la violazione del principio di proporzionalità¹¹. La ricorrente deduce la sproporzione di un divieto assoluto ed a tempo

8 Decisione 2006/520/CE (Caso COMP/B-2/38.381 – De Beers), (GU L 205, p. 24), consultabile in <http://ec.europa.eu>

9 Il presupposto per la vincolatività dell'impegno, non è, come per l'art. 7 reg. 1/2003, l'accertamento *ex-post* dell'infrazione, preordinata all'adozione di misure strutturali e comportamentali riparative ma soltanto, ai sensi dell'art. 9, la loro capacità di «rispondere alle preoccupazioni» espresse alla Commissione, attraverso un giudizio prognostico *ex-ante* circa una determinata pratica commerciale.

10 Sul punto, sia il Tribunale di Primo Grado che la Corte concordano sulla sussistenza del requisito di cui all'articolo 230, comma 4, TCE, quanto all'interesse diretto e individuale della ricorrente, e, dunque, entrambi i collegi concludono per il riconoscimento della legittimazione ad agire della Alrosa. Ulteriore aspetto interessante, che tuttavia esorbita dall'economia di questo scritto, riguarda una sottile ma fondamentale divergenza sul punto tra il giudice di primo e secondo grado: il Tribunale di Primo Grado ricostruisce il procedimento amministrativo in modo unitario rispetto alle due imprese, riconoscendo in modo pieno il diritto ad essere sentita e il diritto di accesso al fascicolo alla Alrosa, anche nell'ambito del pur distinto procedimento per abuso di posizione dominante formalmente addebitato alla De Beers; con esito opposto quanto all'accoglimento del motivo di ricorso circa la violazione dei diritti procedurali di cui al reg. della Commissione 773/2004, la Corte considera invece adempiuti gli obblighi di comunicazione in capo alla Commissione, collocando la Alrosa in posizione di impresa co-interessata ma non direttamente interessata dalla procedura di infrazione per abuso di posizione dominante.

11 Il Tribunale di Primo Grado, attribuisce peraltro centralità al primo motivo di ricorso affermando «*la Decisione dev'essere annullata per questo solo motivo*», punto 157, caso T-170/06 De Beers/Alrosa, in www.curia.eu. In base al principio di proporzionalità di cui all'art. 5, comma 3 del TCE, l'azione della comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del Trattato. Nella giurisprudenza della Corte, tale principio applicato alla materia della concorrenza comporta «*che la legittimità del divieto di un'attività economica è subordinata alla condizione che i provvedimenti di divieto siano idonei e necessari per il conseguimento degli obiettivi legittimamente perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora si presenti una scelta tra più misure appropriate, è necessario ricorrere alla meno restrittiva e che gli oneri imposti non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti (sentenze della Corte 13 novembre 1990, causa C-331/88, Fedesa e a., Racc. pag. I-4023, punto 13, e 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, RTE e ITP/Commissione, Racc. pag. I-743, punto 93)*», caso T-170/06, punto 58.

indeterminato a contrarre, integrante una compressione totale della propria libertà contrattuale. Nella decisione adottata mancherebbe, inoltre, una motivazione circa il rigetto delle altre soluzioni possibili e, *in primis*, degli impegni congiuntamente presentati: anche questi ultimi, infatti, concludevano per una cessazione totale delle relazioni commerciali, seppure attraverso una progressiva riduzione dei quantitativi delle forniture.

Tale lettura, confermata in prima battuta dal Tribunale, parallelamente alla riaffermazione dell'esigenza di un penetrante controllo giurisdizionale sulle modalità dell'azione amministrativa, sarà poi cassata dalla Corte di Giustizia.

L'accoglimento del ricorso in primo grado si fonda su tre fondamentali argomenti: in primo luogo, si afferma l'applicabilità del principio di proporzionalità anche alla fattispecie dell'articolo 9 reg. 1/2003; in secondo luogo, si riconosce la possibilità di un (ri)esame in sede giurisdizionale dell'idoneità della *valutazione economica complessa* alla base della decisione amministrativa; infine, si statuisce espressamente la necessità di una comparazione di una pluralità di ipotesi economiche, nell'individuazione di soluzioni idonee alla prevenzione di distorsioni del libero mercato.

Le tre questioni appaiono intrinsecamente connesse e, dunque, non a caso vengono trattate dal Tribunale in modo unitario sulla base di un percorso logico di fondo¹². Quanto al principio di proporzionalità viene anzitutto chiarito che la fattispecie dell'art. 9 del reg. 1/2003 non può esserne esente per il solo fatto che manchi un'espressa menzione del citato principio nel testo dell'articolo, a differenza di quanto riscontrabile nell'art. 7¹³. La proporzionalità, inoltre, va valutata con riguardo al fatto che la decisione sia idonea e necessaria al raggiungimento degli scopi cui l'istituzione è preordinata. Tale scopo è, nel caso, la cessazione di un abuso di posizione dominante. L'idoneità e la necessità si associano, dunque, ad un giudizio teleologico sul provvedimento impugnato e comporta, di conseguenza, un sindacato sui presupposti e gli effetti dell'azione della Commissione.

Al contrario, il riconoscimento di un margine insindacabile di cd. "discrezionalità economica" della Commissione, seppur costante nella giurisprudenza della Corte¹⁴, si fonderebbe – in

12 In particolare i punti 123-125, T-179/06.

13 Il Tribunale argomenta, inoltre, agevolmente richiamandosi al tenore di «*principio generale del diritto comunitario*» assunto dal principio di proporzionalità ad opera della giurisprudenza, e sottolineando che nel 'considerando' 34 del reg. 1/2003 «*conformemente ai principi di sussidiarietà e proporzionalità [...] il regolamento non va al di là di quanto necessario per raggiungere il proprio obiettivo, che è quello di permettere un'applicazione efficace delle regole di concorrenza comunitarie*», punti 92-93, T-179/06.

14 Nel senso di riconoscere l'esistenza della «*economic discretion*» della Commissione, si esprimono sia il Tribunale, punti 108-109, T-179/06, sia anche le Conclusioni dell'Avvocato Generale nel corso del giudizio di impugnazione, in particolare, affermando al punto 70: «*La verifica se taluni provvedimenti siano idonei e necessari per risolvere un problema in materia di concorrenza identificato dalla Commissione esige valutazioni economiche complesse. A tal fine, la Commissione gode di un margine di discrezionalità*», e richiamando alle

questo e altri casi *antitrust* - sulla sussistenza, di una valutazione economica complessa. Questa infatti limiterebbe il sindacato del giudice alla sola completezza e veridicità dei fatti adottati ed alla mancanza di errori manifesti. Solo l'effettivo svolgimento di una tale analisi *«consentirebbe un controllo ristretto sulla proporzionalità della decisione»*¹⁵.

Tuttavia la stessa Commissione ha 'ammesso' l'assenza di compiute valutazioni sui diversi impegni presentati, affermando che *«avrebbe potuto esservi una zona grigia tra gli impegni congiunti e gli impegni individuali della De Beers»*, e che, *«temuto conto della difficoltà di definire soluzioni alternative»*, aveva - ad avviso dei giudici - sproporzionatamente vincolato l'impresa a cessare ogni rapporto commerciale, ritenendola *«l'unica soluzione appropriata per rispondere alle sue preoccupazioni iniziali»*¹⁶.

Benchè la particolare procedura esoneri dunque dalla prova, propriamente detta, di un'avvenuta infrazione, essa, nella ricostruzione prospettata, non dispensa *«dal riunire elementi di analisi sufficienti per consentire un controllo giurisdizionale effettivo della proporzionalità del procedimento adottato»*: come a dire che la *ratio* di economia procedurale ed anche la volontarietà degli impegni non colmano da sole il requisito di una valutazione economica tecnicamente corretta e accurata.

Solo quest'ultima legittima il provvedimento sotto il profilo di proporzionalità come idoneità e necessità, anche qualora la si voglia intendere in termini diversi rispetto alla simile valutazione economica espletata *nell'accertamento* di un'infrazione ai sensi dell'art. 7 reg.1/2003.

note 37 e 39 la sentenza 11 luglio 1985, causa 42/84, Remia/Commissione (Racc. pag. 2545, punto 34); le sentenze 17 novembre 1987, cause riunite 142/84 e 156/84, British American Tobacco e Reynolds Industries/Commissione (Racc. pag. 4487, punto 62), le sentenze 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Aalborg Portland e a./Commissione (Racc. pag. I-123, punto 48).

15 T-170/06, cit., punto 123, e in senso concorde le Conclusioni dell'Avvocato Generale punto 77 ove è stabilito come *«la sussistenza di un margine discrezionale in questioni economiche non significa che il giudice comunitario debba astenersi da qualsiasi controllo sull'interpretazione dei dati di natura economica compiuta dalla Commissione. Piuttosto, esso è autorizzato ad esaminare la legittimità sostanziale delle decisioni della Commissione sotto il profilo della correttezza dei fatti e della presenza di errori di valutazione manifesti. Al riguardo, esso può verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova adottati, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì può accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che dovevano essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono»*. E a tal proposito, alla nota 45, è ricordato come tale impostazione si sia affermata in giurisprudenza *«nell'ambito del controllo delle operazioni di concentrazione»* ma abbia assunto importanza *«al di là di tale settore del diritto e può essere applicata ogniqualvolta decisioni della Commissione devono essere esaminate per individuare errori manifesti di valutazione; v. le sentenze Spagna/Lenzing (cit. alla nota 38, punto 57) e 6 novembre 2008, causa C-405/07 P, Paesi Bassi/Commissione (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 55), nonché la sentenza del Tribunale di primo grado 27 settembre 2006, cause riunite T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP e T-61/02 OP, Dresdner Bank/Commissione (Racc. pag. II-3567, punto 67)»*.

16 T-170/06, punto 124.

Il collegio – pur affermando l'astratta idoneità di un assoluto e definitivo divieto per l'impresa di intrattenere rapporti commerciali con la ricorrente - si spinge a verificare la plausibilità di soluzioni alternative, e la stessa sufficienza degli impegni congiuntamente presentanti ma non parimenti accolti, concludendo per la non necessità della decisione adottata e la conseguente violazione del principio di proporzionalità, dal momento che si erano presentate ulteriori soluzioni ugualmente rispettose dell'art. 9.

Volendo esprimersi sinteticamente, si fa leva sul giudizio di proporzionalità per “scardinare” l'insindacabilità delle valutazioni tecnico-economiche alla base della decisione amministrativa. Ed effettivamente numerosi punti della sentenza costituiscono un'approfondita ponderazione delle diverse ipotesi economiche sulle ripercussioni nel mercato delle soluzioni alternative prospettate nel procedimento¹⁷.

3 – Segue. Il giudizio di impugnazione e la violazione dei limiti del sindacato giurisdizionale

Le conclusioni dell'Avvocato Generale, presentate nel corso del giudizio di impugnazione, e poi – come spesso accade - in più punti fatte proprie dalla sentenza della Corte, divergono in modo significativo da questa impostazione¹⁸. La Commissione *inter alia* lamentava proprio l'erronea interpretazione del principio di proporzionalità¹⁹.

L'accoglimento dell'impugnazione si fonda, ad avviso dell'Avvocato Generale, su una visione non contigua, ma autonoma e distinta tra i procedimenti di cui all'art. 9 e art. 7, con la conseguenza di un diverso modo di applicare alle due fattispecie il sindacato di proporzionalità. Tra le due tipologie di procedimento esistono «*differenze fondamentali*» che il Tribunale «*trascura*»²⁰. Ciò comporta, ferma l'applicabilità del principio generale, un diverso scrutinio quanto alla idoneità e necessità della decisione. Appare «*caratteristico*» dell'art. 9 lo «*sforzo di economia processuale*», per cui rientra nel bilanciamento di valori contrapposti anche «*l'immediata certezza del diritto*». Ciò significa che gli “indici” di idoneità e necessità cambiano: la *idoneità* deve essere *manifesta*, mentre la necessità è

17 In particolare i punti 134 e 143, T-170/2006, costituiscono un'analisi economica degli impegni presentati, in sede di procedimento amministrativo, rispettivamente dalla De Beers e Alrosa congiuntamente e da De Beers singolarmente; in particolare nel successivo punto 154, il Tribunale prende espressamente posizione («*non condivide l'ipotesi*») quanto alle considerazioni di ordine economico, operando una sostanziale sostituzione delle valutazioni operate dalla Commissione.

18 Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott, presentate il 17 Settembre 2009, Caso C-441/07 P, Commissione c. Alrosa, disponibili in www.curia.eu

19 Centralità dell'argomento ribadita *apertis verbis* nell'Introduzione delle Conclusioni, Caso C-441/07, punto 1 *cit.*, chiarendo che la questione «*su quali requisiti risultano dal principio di proporzionalità quando la Commissione europea, in veste di autorità garante della concorrenza accetta e rende obbligatori gli impegni [...] riveste un'importanza rilevante per l'evoluzione del diritto europeo della concorrenza*».

20 Conclusioni C-441/07, punto 49.

intrinseca nella presentazione volontaria degli impegni. Tuttavia, la possibile presenza di pregiudizi per terzi interessati (ed è il caso della ricorrente Alrosa) impone anche un'autonoma valutazione delle soluzioni alternative possibili al fine ritenere sussistente il requisito della necessarietà. Anche tale indice appare però mutato nel contesto dell'art. 9 reg.1/2003. Qui si dispone, infatti, che il vaglio venga effettuato sotto il canone della «manifesta» idoneità delle soluzioni alternative possibili o che gli altri impegni presentati siano «idonei in maniera analoga». Solo un tale accertamento in sede processuale avrebbe consentito di pronunciarsi per l'illegittimità della decisione di accettazione degli impegni. Al contrario il tribunale non «dimostra» affatto il ricorrere di tali circostanze.

Fin qui sembra dunque delinearsi una diversità ben definita tra le procedure “modernizzate” dal reg. 1/2003: quella dell'art. 7, diretta all'accertamento vero e proprio e, dunque, basata su una valutazione economica complessa in cui il margine di discrezionalità economica della Commissione è sindacato, alla luce del principio di proporzionalità, in modo potenzialmente pieno; quella dell'art. 9, che si conclude con la presentazioni di impegni, in cui il giudizio di proporzionalità è parziale, giustificandosi la decisione sulla base di una valutazione economica sommaria. In questo caso è sufficiente che gli impegni resi vincolanti siano *manifestamente idonei* a prevenire l'effetto anticoncorrenziale e che, qualora siano pregiudicati terzi non direttamente interessati dalla decisione, non esistano altre soluzioni manifestamente o analogamente idonee a conseguire il medesimo risultato.

Se questa è la corretta applicazione del principio di proporzionalità nella fattispecie, meno lineari appaiono le considerazioni effettuate quanto al ruolo del Tribunale: la conclusione è che l'approfondimento effettuato dai giudici di primo grado sulla idoneità dal punto di vista economico degli impegni presentati nel procedimento, e che l'amministrazione non aveva tenuto in considerazione, costituisce una violazione dei limiti del sindacato giurisdizionale, perchè integra una lesione della discrezionalità della Commissione. Allo stesso modo si addebita al giudice di primo grado di non aver dimostrato la fondatezza delle diverse ipotesi economiche.

I punti critici sono diversi: da una parte, infatti, si considera la valutazione sugli effetti economici degli impegni presentati come una ricostruzione dei fatti alla base del processo: i fatti, ancorchè nel loro significato economico sfuggirebbero ad una rivalutazione della Corte, la quale è vincolata dalla ricostruzioni dell'organo di grado inferiore²¹. Al contrario però,

21 In tal senso si vedano i punti 65, 66, 67 delle Conclusioni ove è stabilito che «l'impugnazione si limita alle questioni di diritto e che la Corte non può sostituire la propria valutazione dei fatti e delle prove a quella

viene affermato che nel momento in cui un tale riesame non si ferma al fatto, ma integra anche una violazione dei limiti di giurisdizione – come sostenuto nell'impugnazione dalla Commissione - costituirebbe una questione di diritto, allora liberamente rivalutabile anche dal giudice di secondo grado.

In questa logica occorre dunque, in prima battuta, individuare quali sono questi limiti. Tuttavia l'accertamento di una violazione dei limiti del sindacato passa non già per l'individuazione, di un limite - astratto e *a priori* - al potere di rivalutare i fatti nelle sue implicazioni economiche da parte del Tribunale, quanto – ed è il percorso seguito nel ragionamento dell'Avvocato Generale - attraverso una verifica concreta del rispetto dei criteri interpretativi anteriormente fissati sul principio di proporzionalità²². In termini banali, così facendo, a ben vedere, ciò che si fa uscire dalla porta rientra dalla finestra: la violazione dei limiti di giurisdizione è infatti acclarata solo una volta che si riconosce un errore del Tribunale nell'aver sostenuto – errando propriamente non in termini giuridici ma “tecnici” - l'idoneità degli impegni presentati a rispondere alle preoccupazioni della Commissione, o, più precisamente, nel non aver individuato nei fatti o nel materiale probatorio indici tali da far ritenere manifestamente o analogamente idonei gli impegni presentati. Il che presuppone proprio una riconsiderazione dei fatti di causa e del loro significato economico.

Dal complesso ragionamento proposto nelle Conclusioni possono trarsi alcune considerazioni. Il riesame in sede di impugnazione, paradossalmente, torna ulteriormente su quelle considerazioni fattuali e probatorie, di carattere non esclusivamente giuridico, che pure sono ritenute esercitate in violazione dei limiti di giurisdizione. Dunque, «*non incombe alla Corte [...] farsi arbitro fra le opinioni divergenti del tribunale e della Commissione*», altrimenti ciò significherebbe sostituirsi «*in maniera inammissibile*» alla valutazione economica complessa riservata all'amministrazione, o ad un suo controllo nei limiti della giurisdizione effettuabili, entrambi, solo in primo grado. Tuttavia le indagini operate sulle valutazioni del Tribunale portano a ritenere che questo ha sostituito la propria valutazione a quella della Commissione «*violando, in modo giuridicamente errato, il < suo > margine di discrezionalità*», e trattasi di «*errore di diritto*»²³ che giustifica l'accoglimento dell'impugnazione e l'annullamento della sentenza. Laddove con l'inciso «*in modo giuridicamente errato*» l'Avvocato Generale recupera sotto la sfera delle considerazioni di diritto, le valutazioni effettuate dal Tribunale sui fatti alla base delle ipotesi economiche che giustificano o meno una certa decisione da parte

del Tribunale», poiché ai sensi degli artt. 225, n.1, CE e 58, n.1, dello Statuto della Corte, «*il Tribunale è il solo competente ad accertare i fatti [...] e a valutarli*», Conclusioni C-441/07 *cit.*.

22 Conclusioni C-441/07, punti 84, 85, 86.

23 Conclusioni C-441/07, punto 90.

dell'amministrazione. È evidente però che nessun limite al sindacato giurisdizionale sussiste qualora la rivalutazione dei fatti alla base delle valutazioni economiche complesse da un lato, e la corretta individuazione del principio di diritto (nella specie di proporzionalità), consente di raggiungere la *prova* dell'erroneità della valutazione dell'amministrazione. Sicchè lo stesso ragionamento cade in contraddizione laddove riconosce che la violazione dei limiti della giurisdizione sussiste nella riedizione delle valutazioni economiche, non in quanto tali ma in quanto errate.

I motivi di questa apparente confusione, con qualificazioni ambigue di ciò che è fatto e ciò che è diritto, nell'ambito della zona grigia - non compiutamente chiarita - delle valutazioni economiche complesse, sono del tutto giustificabili e comprensibili nel momento in cui si prenderanno in considerazione – come si farà in seguito - gli spunti di parte della dottrina in materia.

Come anticipato, le Conclusioni del caso sono state di recente accolte dalla Corte di Giustizia²⁴, limitatamente all'esito della controversia. A ben vedere, infatti, la Corte adotta, quanto al problema del rapporto con i poteri dell'amministrazione nel particolare procedimento, una visione - per quanto possibile - più radicale. Pur aderendo ad un autonomo atteggiarsi del principio di proporzionalità nell'ambito delle procedure di cui all'art. 9, “aggrava” la posizione del Tribunale quanto ad un superamento dei limiti del sindacato. Infatti, nei motivi di accoglimento è stabilito che la Decisione della Commissione poteva essere oggetto di annullamento da parte del Tribunale unicamente qualora questo «*avesse constatato che la citata conclusione <della Commissione> [...] era evidentemente infondata, alla luce degli elementi di fatto da essa stabiliti*»²⁵. In questo modo l'attività in primo grado si complica. Non sarebbe sufficiente, infatti, dimostrare l'insussistenza di idoneità e necessità del provvedimento, anche se nei caratteri “attenuati” ricostruiti dall'Avvocato Generale nella prospettiva dell'art. 9, ma si carica la parte – e per certi aspetti il Tribunale, considerando l'approccio elastico dell'organo di primo grado quanto al distinguo tra onere di allegazione ed onere probatorio dimostrato in questa vicenda - dell'onere di provare la manifesta inidoneità della decisione della Commissione di rendere vincolanti gli impegni. Una *probatio*, ad una prima analisi, *diabolica*, per più di un aspetto: va considerato infatti la genericità delle «*preoccupazioni*» espresse dalla Commissione nelle valutazioni preliminari, la carenza istruttorie nell'ambito di un procedimento non diretto ad un accertamento ma diretto ad una

24 Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, caso C-441/07 P, del 29 giugno 2010, in <http://www.curia.eu>

25 Sent. C-441/07 P, punto 63.

conclusione “concordata”, e più in generale la rara eventualità che la Commissione decida di accettare impegni volontariamente presentati non proseguendo ai sensi della procedura del diverso art. 7, qualora la soluzione sia «*evidentemente infondata*» e, in ultimo, che un terzo interessato porti la questione innanzi ad un giudice. Un'evenienza, questa, sì rara, ma presente proprio nel caso Alrosa/De Beers.

La posizione della Corte appare, quindi, più rigida e, al tempo stesso, “laconica” sul piano argomentativo, mancando, apparentemente, una base ermeneutica alla posizione assunta che non si fondi su di una rilettura del principio di proporzionalità²⁶. Tuttavia, ad un'analisi più approfondita, vengono chiarite le ambiguità che si è cercato di evidenziare nell'impianto argomentativo delle Conclusioni.

Può dirsi, in sostanza, che il difficile equilibrio tra le garanzie di un procedimento veloce e dall'esito certo e prevedibile e, parallelamente, un'efficace attuazione delle nuove politiche *antitrust*, trovino una loro (seppur discutibile) sintesi: si comprime - di fatto - la profondità del sindacato in sede giurisdizionale sulle valutazioni economiche e queste vengono riservate esclusivamente all'amministrazione, purchè questa non cada in errori manifesti. Il che, probabilmente, denota una certa coerenza con la *ratio* delle procedure semplificate ed ovvia alle problematiche connesse alla lunghezza dei giudizi. Si tratta di un'interpretazione analoga a quella a lungo mantenuta in passato dalla giurisprudenza in materia²⁷ che appare soltanto in tale contesto accettabile, ossia nei limiti della più volte ribadita peculiarità della vicenda, non certo esaurendo, quindi, il dibattito sul rapporto amministrazioni indipendenti-giurisdizione nell'"ordinarietà" dei casi.

4 – Un confronto con il dibattito interno sul tema del sindacato sugli atti delle *authorities*

Sulla scorta di quanto evidenziato può essere utile un confronto con alcuni spunti della dottrina sul tema. Ci si limiterà, sinteticamente e senza pretesa di esaustività, ad indagare alcune ragioni e alcune implicazioni relative all'ingresso di discipline non giuridiche, e più precisamente tecnico-economiche, nel processo amministrativo.

La doverosa premessa è che tale confronto appare ormai necessitato dalla opportunità di costituire un modello di sindacato unico a livello comunitario, prescritto nel diritto positivo

26 Si vedano i punti 36 e ss., Sent. C-441/07 P.

27 cfr. *supra*, §2, note 14 e 15, e, quanto alla giurisprudenza nazionale, *infra*, §3, nota 29. cfr. anche R. CHIEPPA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità antitrust*, in *Dir. Proc. Amm.*, n.4/2004, p. 1039, e in part. nota. 47.

(ricordato in apertura)²⁸, e da ultimo accolto anche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, all'esito di un'evoluzione non sempre lineare²⁹.

Le incertezze riscontrate anche in sede comunitaria circa il discrimine tra fatto e diritto derivano dalla particolare tecnica legislativa utilizzata per le autorità *antitrust*, e per le autorità indipendenti in generale.

È stato messo in evidenza come tale tecnica legislativa, per individuare il fatto produttivo di effetti giuridici, non descrive il fatto stesso in maniera tassativa ed esaustiva - fissandone direttamente tutti i termini mediante riferimenti determinati ed univoci, e che cioè implicino perciò solo accertamenti di fatto secondo i canonici criteri probatori - ma rinvia, per la «*sussunzione del fatto nell'ipotesi normativa*»³⁰, all'integrazione dell'interprete, mediante l'utilizzo di concetti indeterminati che vanno «*completati e specificati con elementi o criteri extragiuridici*».³¹

28 Il riferimento è al già citato 'considerando' 15 del reg. 1/2003. A tal proposito si è efficacemente ricordato del rischio di interpretazioni difformi all'interno di un sistema a rete, dal momento «*se vi sono maglie della rete più deboli, ciò indebolisce l'intera rete, con pericolo che in molti tentino di forzare la rete laddove le maglie sono più deboli*», R. CHIEPPA, *op. ult. cit.* p. 1021.

29 Da una parte, i limiti strutturali del processo amministrativo a consentire l'ingresso alla complessità e quantità del materiale probatorio richiesto nei casi di *antitrust*, dall'altra la giurisprudenza consolidata in merito all'insindacabilità della discrezionalità tecnica, sono state le ragioni principali della lentezza di tale evoluzione. Inizialmente si è parlato di un modello di sindacato "estrinseco", per cui si vedano: Cons. di Stato, sez. VI, 14 marzo 2000, n. 1348. in *Giust. Civ.*, 2000, I, p. 2169, con nota di M. ANTONIOLI, *Brevi riflessioni sullo spettro del sindacato devoluto al giudice amministrativo in tema di abuso di posizione dominante e di individuazione geografica del mercato rilevante*, e Tar Lazio, sez. I, 7 ottobre 2001, n.7286, in *Foro amm.*, 2001, p. 2498, con nota di F. APRILE; Cons. di Stato, sez. VI, del 12 febbraio 2001, 652, oltre che, più di recente, Tar Lazio, Roma, sez. I, 9 agosto 2005, n. 6157 in *Gior. Dir. Amm.*, n. 3/2006, p. 243, con commento di A. TRAVI, *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia «amministrativa»?;* si è poi giunti alla possibilità di un sindacato "intrinseco debole" delle valutazioni tecniche, per cui si vedano: Cons. Stato, sez. VI, n. 2199 del 23 aprile 2002, in *Foro It.*, 2002, III, coll., p. 482 e segg., con note di G. SCARSELLI, *Brevi note sui procedimenti amministrativi che si svolgono dinanzi alle autorità garanti e sui loro controlli giurisdizionali*, e F. FRACCHIA, C. VIDETTA, *La tecnica come potere*; Cons. St., sez. VI, 1 novembre 2002, n. 5156, in *Gior. Dir. Amm.*, n. 6/2003, p. 609, con commento di F. LIGUORI, *Il sindacato debole sulle valutazioni riservate delle amministrazioni indipendenti*. Infine la giurisprudenza si è orientata verso un «*sindacato intrinseco forte*» e «*un modello comune a livello comunitario*», il quale impone di «*coniugare il principio di effettività della tutela giurisdizionale*» con la «*specificità delle controversie*», Cons. St., sez VI, del 2 marzo 2004, n. 926, in *Foro it.*, 2005, III, con nota di S. BASTIANON, *Dai buoni pasto ai «concetti giuridici indeterminati». Ovvero: come cambia il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'autorità antitrust*, intraprendendo così la strada già segnata dalla dottrina, di non modulare il sindacato in modo univoco e valevole per la totalità delle fattispecie riguardanti le autorità indipendenti, ma di poterlo variare a seconda dei casi. Già in questo senso, *ex-multis*: M. E. SCHINAIA, *Il controllo giurisdizionale sulle autorità amministrative indipendenti*, in *Foro amm.*, Cons. St., 2003, p. 3160, il quale, proprio in merito all'aspetto puramente formale della qualificazione del controllo esercitabile propone il cambiamento da «*debole*» ad «*adeguato*».

30 S. VENEZIANO, *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, testo della relazione italiana all'XI Convegno di diritto amministrativo "Concetti giuridici a contenuto indeterminato e giurisdizione amministrativa", organizzato dalla Associazione dei Giudici amministrativi tedeschi, italiani e francesi in Palermo il giorno 14 ottobre 2005, in www.giustizia-amministrativa.it

31 In senso analogo, secondo l'insegnamento della dottrina civilistica, i concetti giuridici indeterminati sono parte di norme incomplete, «*frammenti di norme*», che non hanno una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito dei programmi normativi di altre disposizioni; esse sono «*una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione*

Questo elemento appare, per certi aspetti, connaturato al diritto comunitario in ragione dell'uniformazione della regolamentazione dei mercati. La riduzione di margini discrezionali tradizionalmente intesi, infatti, e l'utilizzo di norme "tecniche" negli obiettivi di *policy*, è funzionale ad escludere *tout court* il merito amministrativo, inteso come un vero e proprio potere di scelta, proprio in quanto «*il merito amministrativo è di per sé nemico dell'uniformità comunitaria*»³².

Il richiamo sistematico ai "concetti giuridici indeterminati", nozione sulla quale la stessa giurisprudenza si è soffermata³³, sono alla base di un rinnovato interesse verso lo studio di tale categoria anche nella dottrina amministrativa³⁴. La peculiarità di questo fenomeno nel diritto amministrativo rispetto ad altri settori, in cui pure la norma è costituita da concetti elastici, sta nell'ambito dei poteri del giudice amministrativo a fronte dell'applicazione che l'autorità abbia dato a norme così formulate. Si è sottolineato, a tal proposito, che tale rapporto *norma-fatto*³⁵, che fa del giudice un interprete che integra la norma attraverso i

precostituito da una fattispecie normativa astratta». L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Civ.*, 1986, 5.

32 F. MERUSI, *Variazioni su tecnica e processo*, in *Dir. Proc. Amm.*, n.4/2004, pagg. 973 e segg.

33 Cons di Stato, sez. VI, n. 2199/2002 e 926/2004, *cit.*

34 Non sono infrequenti clausole generali quali «*sana e prudente gestione dei soggetti vigilati*», «*stabilità*» e «*fiducia nel sistema finanziario*», il suo buon funzionamento e la sua competitività, «*la tutela degli investitori*», o regole di comportamento generiche come «*diligenza, correttezza e trasparenza per servire al meglio l'interesse dei clienti*» e per l' «*integrità dei mercati*», per quanto riguarda ad esempio il settore della vigilanza sui valori mobiliari, o, analogamente, le nozioni di «*intese restrittive della libertà di concorrenza*», «*abuso di posizione dominante*» «*operazioni di concentrazione*», in materia *antitrust*. Così F. MERUSI, in *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. Amm.*, 2002, 2, p. 18 e segg., evidenzia come «*Ciò spiega perché negli ultimi anni nella dottrina tedesca si sia accentuato il dibattito sui concetti giuridici indeterminati e nella dottrina italiana sulla cd. discrezionalità tecnica, cioè sui modi utilizzati dal legislatore per disciplinare l'esercizio del potere. Fino a che punto nozioni come «mercato rilevante», «sana e prudente gestione», «roaming», o la nota formula britannica per determinare il livello massimo delle tariffe di alcuni servizi RPI-X, (dove RPI sono i costi accertati e X il coefficiente di efficienza sostitutiva dell'effetto concorrenziale) vincolino la Pubblica Amministrazione e perciò tutelino effettivamente il diritto fondamentale corrispondente all'esercizio del potere amministrativo disciplinato da tali formule e da tali norme che rinviano a nozioni di scienze non giuridiche è il quesito attorno al quale, più o meno chiaramente, ruota il dibattito. Se nelle scienze giuridiche, come in generale nelle scienze sociali, fosse possibile ridurre il linguaggio a formula matematica, come pretendeva uno dei padri della teoria dei giochi, tutto sarebbe più chiaro*», e F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2008, 4, p. 793, il quale sottolinea inoltre come «*si deve considerare l'insorgenza di sempre nuove autorità indipendenti alle quali vengono affidate valutazioni tecniche amplissime, con ricadute provvedimenti tanto gravi che impongono un penetrante sindacato giurisdizionale. Non è perciò un mistero che i più recenti studi sulle valutazioni tecniche – o, come si diceva una volta, sulla discrezionalità tecnica – si trovano proprio negli studi dedicati alle autorità indipendenti. La stessa giurisprudenza sembra aver concentrato i propri sforzi interpretativi in merito a questo delicato argomento avendo a riguardo l'attività delle autorità regolatrici*».

35 F. MERUSI, in *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. Amm.*, 2002, 2, p. 18 e segg., utilizza la sequenza schematica del Guicciardi, già ripresa a sua volta da P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, CEDAM, 2001, p. 385: «*Ne segue che, mentre nel rapporto norma-fatto la valutazione complessa, con l'eventuale ausilio di periti, è demandata al giudice (l'esempio classico, presente ora anche nel processo amministrativo, è l'accertamento dell'entità del danno) nel rapporto norma-potere-fatto il giudice non si può sostituire ad un potere già esercitato, ma deve solo stabilire, nell'ipotesi che l'esercizio del potere sia regolato da concetti giuridici indeterminati e/o da norme tecniche, se la valutazione complessa*

concetti elastici, in diritto civile e penale, diventa, per il giudice amministrativo e l'amministrazione, un rapporto *norma-potere-fatto*.

Ciò porta a concludere che il potere delle autorità *antitrust* e delle autorità amministrative indipendenti è un potere vincolato, ma vincolato da concetti giuridici indeterminati e da norme tecniche, laddove è evidente che la restrittività e la cogenza del vincolo è inversamente proporzionale alla indeterminatezza del concetto giuridico utilizzato dalla norma e all'opinabilità dei canoni epistemologici utilizzati dalla scienza o disciplina tecnica richiamata dalla norma.

Tuttavia, si è detto di come la risposta al problema della profondità del sindacato in tali circostanze sia stata oscillante in giurisprudenza. Questa ha fatto ricorso principalmente a ragionamenti deduttivi, utilizzando la categoria tradizionale della discrezionalità tecnica dell'amministrazione, tentando così di tradurre il fenomeno delle valutazioni economiche complesse nell'alternativa tra legittimità e merito amministrativo (insindacabile).³⁶

Al contrario, però, il ricorso a giudizi tecnici può rendersi necessario in ciascuno dei momenti logici nei quali si articola il potere discrezionale dell'amministrazione³⁷. A proposito di queste considerazioni si è detto, con sintesi efficace, che l'apprezzamento tecnico «rispetto alla diade legittimità-merito» è «trasversale»³⁸ e non a caso in alcune pronunce tale ricostruzione è sembrata essere stata utilizzata al fine di definire il confine della sindacabilità³⁹.

La «pervasività della tecnica»⁴⁰, come emblema delle autorità *antitrust* e delle autorità garanti in generale, giustifica dunque l'approccio al tema avutosi in sede comunitaria.

operata nell'esercizio del potere sia una delle valutazioni compatibili con quel concetto giuridico indeterminato o con quella norma tecnica».

36 In tal senso, una volta risolto il problema della collocazione della discrezionalità tecnica, ora in una posizione contigua all'attività discrezionale, ora a quella vincolata, la giurisprudenza ne ha poi deciso l'insindacabilità o meno. Cfr. L. LOMBARDI, *Sindacato giurisdizionale delle valutazioni tecniche tra vecchie e nuove istanze*, in *Urbanistica e Appalti* n. 10/2008, in cui si evidenzia come la posizione della dottrina vede distinguersi, anteriormente alla decisione 601/1999 del Consiglio di Stato tre orientamenti. Il primo sottrae la discrezionalità tecnica alla sfera della legittimità e le nega autonomia rispetto al merito ritenendola insindacabile da parte del giudice, in quanto coincidente con il merito. Il secondo, più diffuso, afferma una generale sindacabilità tecnica, sussumendola nell'alveo della discrezionalità «pura»: il sindacato sulla discrezionalità tecnica viene limitato ai profili di eccesso di potere per incongruità, contraddittorietà, errata ricostruzione del fatto, insufficienza della motivazione, illogicità, violazione del principio di imparzialità. Un terzo indirizzo restringe la sindacabilità della discrezionalità tecnica alle sole ipotesi di *manifesta* illogicità, incongruità e contraddittorietà, applicando gli schemi proprio del giudizio per travisamento dei fatti.

37 Su questi aspetti in particolare F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, n.4/2004, pagg. 983 e segg., S. BACCARINI *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. Proc. Amm.*, n.1/2001, pagg. 80 e segg., P. LAZZARA, *Le competenze comunitarie e i limiti al sindacato giurisdizionale in materia antitrust*, in *Gior. dir. Amm.*, n.2/2006, p. 179.

38 S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, cit., p. 96.

39 Cons. St., sez. VI, del 23 aprile 2002, n. 2199.

40 F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, cit., p. 991 e analogamente, S. BACCARINI, *op.ult.cit.*, p. 87, il quale parla di «carattere pervasivo della tecnica».

Sembra emergere anche a livello nazionale la consapevolezza dello spostamento della discussione dal piano teorico-sostanziale a quello probatorio-processuale: è necessario che il giudice sia pienamente convinto, attraverso ogni modo astrattamente consentito nel processo, della giustezza delle valutazioni economiche, anche complesse, dell'amministrazione, per scongiurarne il rischio di un'autoreferenzialità⁴¹ e garantire l'effettività della tutela giurisdizionale.

Anche il giudice amministrativo italiano, infatti, ponendosi in questa direzione, ha raggiunto una posizione decisiva quanto alla definizione di un modello di sindacato "stabile" nel tempo⁴². Attraverso una precisazione circa la qualificazione del sindacato intrinseco come "debole"⁴³, si è successivamente determinato il superamento della dicotomia sindacato forte-debole. Appare evidente come una tale specificazione comportasse una concezione di necessario *self-restraint* del giudice. La giurisprudenza da ultimo citata tuttavia, muove da una più ampia premessa e riconduce il sindacato degli atti dell'autorità *antitrust* ad un modello che non si può considerare, quanto al profilo del limite della cognizione, come *speciale* rispetto a quello esperibile nei confronti dei provvedimenti di un'amministrazione 'tradizionale'. Centrale è stata, dunque, la considerazione di "ordinarietà" o "non specialità" del sindacato sugli atti delle *authorities* unita ad una maggiore sensibilità quanto all'esigenza di effettività della tutela processuale: in questo modo l'etichetta di sindacato di tipo debole è stata apertamente dequalificata, vanificandone ogni portata applicativa⁴⁴. L'indirizzo in esame appare consolidato in recenti pronunce ove la consapevolezza di una maggior incisività del sindacato non dà spazio a formule incerte o ambigue. Il sindacato del giudice amministrativo ha quindi assunto un carattere «*pieno e particolarmente penetrante*», potendosi estendere «*sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo)*» e potendo sia «*rivalutare*» le scelte tecniche sia «*applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati*» alla fattispecie concreta⁴⁵.

41 Per queste considerazioni si veda il contributo di A. CATRICALÀ in *Authorities. Imparzialità e indipendenza*, a cura di L. PAGANETTO, Roma, Donzelli, 2007, 25 ss.

42 Cons. St., sez. VI, del 2 marzo 2004, n. 926.

43 Non è un caso che la dottrina abbia definito «*infelice*» il termine, con specifico riguardo alle suggestioni negative in punto di effettività di tutela che un tale aggettivo comporta. Vedi in particolare. C. OSTI, *op. ult. cit.* e M.E. SCHINAIA, *op. ult. cit.*

44 In particolare al punto 3.3, Cons. St., n. 926/2004, il Collegio ha precisato che con l'espressione «*di tipo debole*» non si è inteso «*limitare il proprio potere di piena cognizione su fatti oggetto di indagine*» e «*sul processo valutativo*», ma si è voluto soltanto «*porre un limite finale alla statuizione del giudice, il quale dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall'autorità in base a regole tecniche, anch'esse sindacate*» non deve spingersi fino ad esprimere autonome scelte perché altrimenti «*assumerebbe egli la titolarità del potere*».

45 Cons. di Stato, sez. VI, 31 novembre 2007, n. 6469, e più recentemente Cons. di Stato, sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 424, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it. In quest'ultima si legge che i ricorrenti

Il “modello comunitario”, in confronto, sembra aver risposto prima di quanto realizzatosi nella giurisprudenza nazionale, alle costanti critiche della dottrina avverso certi orientamenti restrittivi dei Tar e del Consiglio di Stato. La percezione di una sorta di denegata giustizia, si è detto, risulta attenuata a livello comunitario perché manca una *volontà* di autolimitazione, né sussiste un *obbligo* di autolimitazione che nasca esternamente dalle esigenze generali del sistema: presso la Corte di Giustizia la limitazione può sussistere, in modo endogeno, «*o forse, più esattamente, non esiste in quanto tale ma solo come portato dell'attività concretamente esperita dal giudice*»⁴⁶. La ricostruzione prospettata riconosce, in sostanza, che se una valutazione è verificabile, ancorché opinabile, sarà verificata in contraddittorio nel processo. In quest'ottica, il modello comunitario sembrerebbe anche combaciare con gli auspici che la dottrina nazionale ha formulato *de jure condendo* in tema di sindacato degli atti delle *authorities* elaborando i principi attorno ai quali «*si gioca l'affidabilità delle giurisdizioni*»⁴⁷: effettività della tutela, certezza del diritto e ragionevole durata del processo. Analogamente si è ritenuto possibile in sintesi, «*ricondere i termini della questione ad una serie di aggettivi si tratta (si dovrebbe trattare) di un sindacato necessario, di un sindacato pieno, di un sindacato esauriente, di un sindacato rapido, di un sindacato attento agli indirizzi degli altri Stati che fanno parte del mercato comune*»⁴⁸.

Il condizionale, come si è avuto modo di notare, è d'obbligo. Quello che esemplarmente è stato definito come «*attivismo*» della Corte di Giustizia, nel vaglio compiuto di nozioni teoriche e tecniche tanto da far risultare le sue pronunce brevi saggi di economia, è stato tuttavia possibile non senza costi, in termini di rinunce ad altri valori - non solo giuridici - che

chiamati a subire gli effetti delle determinazioni dell'Agcm, una volta che «*reagiscono dinanzi alla giurisdizione, la natura anfibia del procedimento antitrust riemerge e l'accertamento operato dall'Autorità viene posto a penetrante scrutinio. Tuttavia in siffatto modello il giudice amministrativo, a differenza di quello penale non decide ma controlla la correttezza della decisione, sicché non spetta a lui condividerla, ma solo verificarne la validità. Il limite di siffatto sindacato risiede solo nel divieto di sostituzione del giudice all'amministrazione. [...]*».

46 C. OSTI, *Un giudice a Berlino: equità ed efficienza nel riesame giudiziale dei provvedimenti dell'Autorità della concorrenza*, in *Giur. comm.*, 2008, 873 ss it., secondo il quale detta limitazione «in altri termini, sta nella natura stessa dell'attività dell'agenzia amministrativa: «*non è che il giudice applichi a tale attività uno scrutinio diverso da quello che esso applica a qualsiasi altra attività dell'agenzia (a cominciare da quelle sopra discusse: definizione del mercato rilevante, della posizione dominante, del suo abuso, della natura facilitante di una pratica, della esistenza di una restrizione concorrenziale, e così via dicendo)*. È che, laddove lo stesso scrutinio di legittimità gli permette, allorché egli o ella conosce di tali categorie (ad esempio, definizione del mercato rilevante) di esercitare un sindacato pieno e, pertanto, persino (di fatto) di sostituirsi al giudizio dell'autorità amministrativa, nel caso di attività quali l'avvio e prosecuzione di un'istruttoria tale sostituzione non sarà concretamente possibile - in quanto si tratta di un'attività, per così dire, che è discrezionale in sé. La limitazione, pertanto, è risultato intrinseco alle caratteristiche dell'oggetto dell'esame del giudice, piuttosto che un obbligo auto- o etero-imposto al giudice stesso».

47 R. CHIEPPA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità antitrust*, cit., p. 1076.

48 F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze di mercato*, Testo corretto e integrato della relazione tenuta al Consiglio di Stato il 5 ottobre 2007, in www.giustizia-amministrativa.it

rientrano nel processo⁴⁹. Va dato merito al giudice amministrativo italiano che, a fronte della teorizzazione del “sindacato intrinseco debole”, sotto questo punto di vista, sia riuscito ad approntare risposte in tempi rapidi⁵⁰. Altrettanto non è accaduto in sede comunitaria se si pone attenzione alle date di presentazione dei ricorsi rispetto alle date delle loro decisioni. In tal senso esiste un evidente *trade-off*, tra l'accuratezza e la profondità del sindacato e la rapidità di una decisione definitiva sulle questioni. È questo un dato di fatto da non sottovalutare, specialmente nelle materie “a rapido sviluppo” che già sono all'attenzione delle amministrazioni indipendenti.

5 - Conclusioni.

Due le considerazioni conclusive che si possono trarre in questa sede da questo breve confronto. In primo luogo il *self-restraint* dei giudici pur auspicato da parte della dottrina, tendenzialmente favorevole alla natura paragiurisdizionale dei garanti, appare oggi lontano da una praticabilità effettiva. L'evoluzione giurisprudenziale ha mostrato la progressiva (e necessitata) penetrazione di discipline non giuridiche nel processo. Si assiste ad una 'crescita dimensionale' dei procedimenti giurisdizionali, alimentata dalla portata devolutiva dei ricorsi sempre più ampia, tanto per la genericità e il numero dei parametri di legittimità delle decisioni amministrative, che per il carattere non esatto delle discipline extragiuridiche richiamate nella legislazione. La *deference* nei confronti delle valutazioni tecniche delle autorità di garanzia, che più volte si ravvisa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, più raramente nel Tribunale di Primo Grado, risulta più apparente che reale: dalle argomentazioni analizzate è evidente la trasversalità delle valutazioni economiche complesse rispetto alle

49 C. OSTI, *Un giudice a Berlino*, cit., il quale, in particolare, sottolinea come i processi in sede comunitaria si svolgano con «la parziale non curanza per i tempi del giudizio (che spesso si trasmette confortevolmente da generazione in generazione di giudici e di avvocati), e <per> l'essersi i giudici di Tribunale e Corte attrezzati con risorse (e in particolare, con gli ottimi e omnipresenti “referendari”, sul modello dei clerks del giudice americano), che consentono loro un'indagine dei fatti che a tutto voler concedere risulterebbe impervia al giudice nazionale».

50 È stato fatto notare R. CHIEPPA, *op. ult. cit.*, p. 1079, nota n.140, come, nonostante la complessità dei casi, si sia riusciti a svolgere i due gradi di giudizio in un tempo di circa un anno e mezzo. Infatti «Prendendo ad esempio alcuni dei casi più complessi e rilevanti trattati dall'Autorità antitrust si ricava che: per il caso Carburanti la decisione dell'Autorità risale al 18 giugno 2000; la sentenza del Tar al 18 gennaio 2001 e quella del Consiglio di Stato al 20 luglio 2001; per il caso Rc Auto [il caso che abbiamo più volte richiamato con riferimento alla sentenza 2199/2002 Cons di Stato], in cui vi erano circa 35 parti in causa, il provvedimento è del 27 luglio 2000, la sentenza Tar del 5 luglio 2001 e quella del Consiglio di Stato del 26 febbraio 2002; per il caso Enel – Infostrada [anch'esso richiamato con riferimento a Cons. di Stato 5156/2002] il ricorso avverso il provvedimento del 28 febbraio 2001 è stato deciso dal Tar con sentenza del 14 novembre 2001 e dal Consiglio di Stato all'udienza del 18 giugno 2002, con pubblicazione del dispositivo, seguito poi dalle motivazioni in data 1 ottobre 2002»; sensibilmente diverso è poi il dato con specifico riguardo al caso che ha segnato il superamento della dicotomia sindacato forte-debole Cons di Stato n. 926/2004: «il provvedimento dell'Autorità è del 13 giugno 2002, la sentenza del Tar del 10 marzo 2003 e quella del Consiglio di Stato è stata pubblicata nel dispositivo il 27 gennaio 2004».

questioni di fatto e alle questioni di diritto, e la necessità di un preciso riesame per pervenire tanto ad un giudizio di “idoneità” tecnica che di compatibilità giuridica.

In secondo luogo, va sottolineato come il processo, in via di cambiamento, sia preceduto, oggi, da procedimenti amministrativi significativamente diversi rispetto al passato. La «*relazione obiettiva ed in un certo senso strutturale tra i modelli di tutela (giurisdizionale e non giurisdizionale) e modelli di amministrazione*»⁵¹, porta dunque a spostare l'attenzione sulle conseguenze delle interazioni determinate tra i due momenti di cambiamento, quello amministrativo e quello giurisdizionale. Nel caso De Beers/Alrosa l'interprete che si interroghi sulla adeguata profondità del sindacato giurisdizionale, si trova a fare i conti con un procedimento conclusosi con l'accettazione di impegni presentati volontariamente. Alla mancanza di un'istruttoria finalizzata all'accertamento dell'infrazione, in funzione di una definizione rapida del procedimento, non può sopperirsi con uno *standard* probatorio in sede processuale analogo a quello richiesto per l'accertamento. Il nuovo modello amministrativo verrebbe così vanificato, fraintendendo il senso dell'effettività del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi. Questo ha raggiunto ormai, nella generalità dei casi, una soglia soddisfacente e consolidata, giungendo, talora anche alla duplicazione, di fatto, della valutazione economica complessa, ritenuta imprescindibile per un controllo giudiziale effettivo.

Non sembra esistere, tuttavia, un parallelismo con l'ipotesi dell'accettazione di impegni. Ragionevolmente, richiedere anche in questo caso la stessa profondità di sindacato comporterebbe un effettivo 'eccesso' della giurisdizione: si imporrebbero, anche solo indirettamente, oneri ulteriori per l'amministrazione, che le procedure “modernizzate” mirano ad evitare e, specularmente si investirebbe l'autorità giudiziaria - e il processo - dei compiti che sono stati, in passato, dell'autorità amministrativa, con ricadute sulla funzionalità e la tempestività nell'esercizio delle funzioni di quest'ultima.

51 A. PAJNO. *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. Proc. Amm.*, n.3/2004, p. 617, oltre che, in senso analogo M. E. SCHINAIA, *Il controllo giurisdizionale sulle autorità amministrative indipendenti*, in *Foro amm. - Cons. St.*, 2003, p. 3160, secondo il quale, significativamente, il proliferare della autorità indipendenti: «*non poteva non incidere sulla funzione stessa del giudice amministrativo e sul rilievo del suo operato nella società civile*».

