

CEDU, seconda sezione, sentenza 27 settembre 2011

pres. Tulkens- Guido Raimondi e altri

Caso A. Menarini Diagnostic srl c. Italia
(ricorso n. 43509/08)

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è intervenuta sul potere di controllo del Giudice italiano sulle sanzioni antitrust applicate dall'Autorità Amministrativa Indipendente, per valutare la conformità dell'ordinamento al diritto d'accesso alla tutela giurisdizionale. I giudici di Strasburgo hanno stabilito che le sanzioni applicate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato hanno natura penale e che il nostro sistema di controllo è conforme all'art. 6 § 1 della convenzione.

Sommario 1. Il caso – 2. AGCM e la natura penale delle sanzioni - 3. Giudice Amministrativo e art. 6 § 1 della Convenzione- 4. La sentenza di non violazione- 5. Il dissenso del giudice Pinto De Albuquerque- 6. Il correttivo del D.lgs. n.104/2010 – 7. Public e Private Antitrust Enforcement.

1. Il caso. Il 10 settembre 2008, la S.r.l. A. Menarini Diagnostic ricorreva alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) lamentando la violazione dell'art 6 § 1 della Convenzione, da parte della Repubblica italiana.

Menarini Diagnostics è una società fiorentina produttrice di test diagnostici per il diabete, sanzionata, nel 2003, dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (nota come Antitrust) per avere realizzato intese restrittive della concorrenza, in violazione dell'art 2 della L.287/1990. Per la gravità delle pratiche anticoncorrenziali accertate, l'Antitrust le applicava la sanzione di sei milioni di euro.

La società invocava la Giustizia Amministrativa^{1 2} che, nel doppio grado di giudizio, rigettava le doglianze della ricorrente, confermando, di fatto, la sanzione antitrust. A seguito della pronuncia di inammissibilità della Suprema Corte³, Menarini invocava la tutela oltrealpe sostenendo che il controllo esercitato dai nostri giudici amministrativi sulle sanzioni antitrust, non fosse di piena giurisdizione.

La questione sottoposta al vaglio della Corte Europea è stata posta in relazione al diritto a un equo processo, sotto il profilo dell'accesso alla tutela giurisdizionale affidata ad un giudice indipendente, imparziale, costituito per legge, con piena giurisdizione. Laddove, per piena giurisdizione, s'intende il potere dell'organo giudiziario di riformare in ogni modo, in fatto come in diritto, la decisione resa da un organo di grado inferiore.

Il caso Menarini rappresenta una grande novità per la Corte Europea. Per la prima volta, è stata affrontata e dibattuta la questione del sistema italiano di controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità Amministrative Indipendenti; materia, peraltro, già trattata dalla Corte di Giustizia, ma sotto il diverso aspetto dell'art. 31 Reg. CE n.1/2003.

2. AGCM e la natura penale delle sanzioni pecuniarie. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) è stata istituita, in Italia, con legge del 10 ottobre 1990 n. 287, a tutela e a garanzia del diritto di iniziativa economica. AGCM è un'autorità amministrativa indipendente, opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione, con potere ispettivo e sanzionatorio, per garantire il rispetto delle regole del mercato. L'art.15 della legge definisce le sanzioni applicate dall'Autorità, sanzioni amministrative pecuniarie. Ed ecco il primo quesito.

Nel caso Menarini, la Corte è stata adita dopo l'esaurimento delle vie del ricorso interno, e quindi, superato il vaglio della ricevibilità del ricorso ex art. 35 della convenzione, i giudici hanno affrontato la questione attinente l'ammissibilità dello stesso. La Corte ha dovuto indagare sulla natura delle sanzioni antitrust, per potere validamente stabilire se le stesse possero essere ricondotte all'accusa penale di cui all'art.6 § 1.

1 Tar Lazio, sent. 3 dicembre 2004 n.2717

2 Consiglio di Stato, sent. 16 marzo 2006 n.1397

3 Corte di Cassazione S.U. sent. 17 marzo 2008 n. 7063

Per l'attività di ricerca, la Corte si è avvalsa dello strumento offerto da tre criteri guida, come da consolidata giurisprudenza comunitaria. Attraverso l'analisi della *qualificazione giuridica del provvedimento contestato secondo il diritto nazionale*, della *natura dello stesso* e della *natura e la gravità della sanzione*, i giudici di Strasburgo hanno concluso per la natura penale della misura. Hanno potuto osservare che sebbene i fatti di causa non costituissero reato, secondo il diritto penale italiano, gli interessi tutelati dalla L. 287/90 sono di natura pubblica, a sua volta protetti dalla legge penale e che, la sanzione inflitta rivestiva la duplice valenza punitiva e preventiva, volendo rappresentare un deterrente per le altre case farmaceutiche.

Sulla scorta dei tre criteri alternativi, la Corte ha stabilito che le sanzioni antitrust configurano “*l'accusa penale*” dell'articolo 6 § 1 e che il caso rientrava nel campo di applicazione della norma. Un coro unanime per l'ammissibilità del ricorso.

3. Giudice amministrativo e art. 6 § 1 della Convenzione. Le Autorità amministrative indipendenti (A.A.I.), nell'ordinamento italiano, sono enti di diritto pubblico dotati di personalità giuridica, di indipendenza e terzietà dal potere politico, ma non anche da quello giurisdizionale, al cui controllo sono soggette.

Prima dell'entrata in vigore del nuovo codice del processo amministrativo, le singole leggi istitutive delle Autorità disponevano anche in ordine alla competenza giurisdizionale e per AGCM, l'art.33 della l.287/90, riferimento normativo per il caso Menarini, prevedeva la giurisdizione esclusiva del Tar Lazio avverso i provvedimenti antitrust, nonchè il ricorso alla Corte d'appello competente per territorio, per le azioni di nullità di risarcimento del danno e per i ricorsi d'urgenza.

Nel merito, la Corte ha preliminarmente osservato che le sanzioni antitrust vengono comminate da un'Autorità amministrativa e, non da un'Autorità Giudiziaria, sebbene il Giudice Amministrativo (G.A.) opera un controllo giurisdizionale a posteriori sui provvedimenti. Nulla questio.

Il nodo da sciogliere è un altro. La giurisdizione esclusiva del G.A. è piena giurisdizione? Può il giudice amministrativo sostituirsi all'Autorità in tutte le fasi dell'indagine e

dell'istruttoria, da cui scaturisce l'applicazione della sanzione? La risposta può essere immediata solo in ordine alla natura del giudice amministrativo; giudice indipendente, imparziale, costituito per legge a cui ognuno può ricorrere a tutela dei propri diritti e interessi, nel rispetto delle garanzie scritte negli artt. 24, 25, 103, 104, 111 e 113 della nostra Carta Costituzionale. Per i primi due profili, il nostro giudice è il giudice dell'art. 6 § 1. Rimane aperta la spinosa questione che attiene, non alla legittimità della sanzione antitrust, di per sé legittima in quanto applicata in virtù di una legge italiana, bensì alla conformità del sistema normativo, legittimante l'esercizio del potere del giudice italiano sui provvedimenti, alla convenzione.

Il quesito non trova risposta celere. Per meglio comprendere è utile ricorrere allo schema del procedimento sanzionatorio, come scomposto dalla giurisprudenza amministrativa.⁴ Il sindacato del giudice va testato in queste quattro fasi: *a) accertamento dei fatti b) contestualizzazione dei cd concetti giuridici indeterminati c) confronto tra fatti accertati e norma contestualizzata d) applicazione delle sanzioni.* A giudizio della magistratura, il sindacato è pieno sull'accesso al fatto, anche attraverso l'utilizzazione di strumenti processuali come la consulenza tecnica d'ufficio; sull'accertamento e verifica dei fatti posti dall'Autorità a fondamento delle proprie deliberazioni sotto il profilo della verità dei medesimi, attraverso la valutazione degli elementi probatori raccolti dall'Autorità medesima e di quelli prospettati dalle imprese interessate; è, altresì, pieno sulla sanzione, attraverso l'eventuale sostituzione della stessa se risulta essere non congrua⁵. Non è pieno sulle valutazioni complesse, risultanti dall'applicazione di concetti giuridici indeterminati, essendo escluso, per queste ultime, la possibilità di un sindacato giurisdizionale di tipo «forte», volto a sostituire la valutazione del giudice a quella dell'Amministrazione.

E' nato un dibattito giurisprudenziale⁶ ⁷sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità e, si è elaborata la distinzione tra controllo debole e controllo forte, risultando ammissibile, nei confronti degli atti dell'Autorità soltanto un

4 Consiglio di Stato sez VI 23/04/2002 n.2199

5 Consiglio di Stato sez VI 30/08/2002 n. 4362

6 Consiglio di Stato sez VI 02/03/2004 n.926

7 Tar Lazio 07/03/2006 n. 6629

sindacato volto a controllare la ragionevolezza e la coerenza (controllo di tipo «debole») e non anche a sostituire il provvedimento impugnato (controllo di tipo «forte») ⁸. Negli anni si è riusciti a superare la discrasia linguistica giungendo a ritenere che “il giudice amministrativo può sindacare senza alcun limite tutte le valutazioni tecniche; che il sindacato è pieno e particolarmente penetrante e si estende sino al controllo dell'analisi economica o di altro tipo compiuta dall'Autorità, potendo il giudice amministrativo sia rivalutare le scelte tecniche compiute dalla stessa sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati al caso in esame”⁹.

Viene osservato che al Giudice è attribuito il compito, non di esercitare un potere in materia antitrust, ma di verificare senza alcuna limitazione se il potere attribuito all'Autorità sia stato correttamente esercitato.

Tale ultimo orientamento esclude limiti alla tutela giurisdizionale dei soggetti coinvolti dall'attività dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, individuando quale unica preclusione, l'impossibilità per il giudice di esercitare direttamente il potere rimesso dal legislatore all'Autorità.¹⁰

4. La sentenza di non violazione. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha accertato e dichiarato che, nel caso Menarini, non vi è stata alcuna violazione dell'art. 6 § 1. Il sistema giurisdizionale italiano di controllo, sulle sanzioni antitrust, è pienamente conforme alla convenzione.

Non vi è stata nessuna violazione. Il Tar Lazio e il Consiglio di Stato hanno soddisfatto i requisiti prescritti dall'articolo che si presumeva essere stato violato. I Giudici avevano stabilito che, il loro controllo sulla sanzione impugnata era di piena giurisdizione nella misura in cui hanno potuto verificare l'adeguatezza della stessa e se necessario sostituirla, anche attraverso un giudizio di merito sulla congruità della sanzione.

La stessa Corte di Cassazione, nel dichiarare il ricorso inammissibile, confermava la piena giurisdizione del G.A. E, infatti, la Corte Europea ha ritenuto che il sindacato esercitato

8 Consiglio di Stato sez VI 18/06/2002 n.5156

9 Consiglio di Stato sez VI 10/01/2007 n.29

10 Consiglio di Stato sez VI 08/02/2007 n.515

dai giudici amministrativi sulle decisioni dell'AGCM, sia stato esteso al merito, a garanzia della invocata Convenzione.

Va però detto che la pronuncia sulla conformità non è stata unanime; sei giudici concordi, uno contrario. Il Giudice Andras Sajò ha espresso, al pari dei cinque colleghi, opinione concordante riconoscendo nel caso Menarini un'analisi nel merito, estesa ai presupposti della decisione sotto il profilo della proporzionalità e delle valutazioni tecniche sottostanti¹¹. Analisi che ha saputo rispondere ai requisiti richiesti, superando lo iato tra “controllo debole” e “controllo forte” centrando, invece, l'unico obiettivo di volere proteggere i diritti dell'uomo, come sanciti nella Carta.

Sul punto, si vuole osservare che la società Menarini ha eccepito al Giudice amministrativo il vizio di legittimità dell'eccesso di potere, consentendo la tribunale di compiere un sindacato pieno a garanzia di una tutela effettiva, consentendo al Giudice Sajò, come alla maggioranza della Camera, di ritenere sussistere il sindacato di merito nel caso di specie.

5. Il dissenso del giudice Pinto De Albuquerque. Diametralmente opposta, la posizione del giudice Paulo Pinto De Albuquerque che, muovendo le mosse dalle stesse decisioni dei giudici italiani investiti del caso e addotte dalla Corte, eccepisce l'esistenza di un vizio nel sistema di controllo giurisdizionale, operato sulle sanzioni antitrust; sindacabili in giudizio, per vizi di legittimità, e non di merito. A tal fine, richiama i principi secondo cui il giudice amministrativo esercita un sindacato di legittimità che porta anche alla censura delle valutazioni tecniche se risultano essere inattendibili, attraverso un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica; ma egli non può sostituire le proprie valutazioni a quelle effettuate dall'Autorità, né può intervenire sulla sanzione per ragioni di opportunità¹². Sottolinea che il giudice non può sostituire la specificazione del parametro normativo violato a quella dell'Autorità, né può modificare l'impostazione dell'indagine e quindi del provvedimento, ma solo verificarne la legittimità.

11 Alessandro E. Basilico- “Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e art 6 CEDU”

12 Francesco Sclafani - “Questioni risolte e nodi ancora da sciogliere nel rapporto tra il giudice amministrativo e l'Antitrust”

E osserva che il limite della giurisdizione esclusiva consta nel non potere “riformare in ogni modo, in fatto come in diritto” le decisioni adottate dall’Autorità, in quanto non vi è una revisione del caso, come sarebbe auspicabile, essendo il giudizio un processo di solo annullamento¹³.

E’ lo stesso Giudice Sajò che, salvando il caso Menarini dalla violazione, pone, però, l’accento critico sul nostro apparato giuridico, seguendo le preziose indicazioni fornite dal collega Pinto De Albuquerque. In effetti, nella selva delle A.A.I., il principio di effettività della tutela giurisdizionale deve essere coniugato con la specificità delle controversie, mancando, prima della riforma del codice del processo amministrativo, una regola generale analoga all’art.134 c.p.a. Ora, sebbene la giurisprudenza nazionale abbia cercato di uniformare il sistema italiano a quello europeo in materia di diritto della concorrenza, il vizio nel sistema esisteva.

6. Il correttivo del D.lgs. n.104/2010. Con Decreto legislativo del 2 luglio 2010 n. 104, è stato introdotto il nuovo codice del processo amministrativo che, all’art 134 devolve alla giurisdizione estesa al merito del giudice amministrativo, le sanzioni pecunarie applicate dalle Autorità Amministrative Indipendenti. La nuova norma pare essere il correttivo che conferma l’esistenza del vizio lamentato dal Giudice Pinto De Albuquerque, ma è anche una prima risposta all’esigenza del Paese, di vedere realizzato un quadro giuridico-normativo uniforme, per le dodici Autorità italiane¹⁴.

Ma gli interrogativi restano. I cultori del diritto si interrogano sia in ordine alle difficoltà e ai rischi del sindacato di merito, in una materia densa di tecnicismi, sia in ordine all’opportunità di avere voluto riservare detta giurisdizione alle sole sanzioni pecuniarie. La materia antitrust, come le altre materie di competenza delle Autorità, necessita di uno studio qualificato e multidisciplinare che sappia accompagnare il giudice nella definizione dei casi. Nel sindacato di merito, il giudice amministrativo può annullare, riformare sostituire l’atto impugnato e, può sostituirsi all’Autorità Amministrativa per l’adozione del

13 Franco Gaetano Scoca- “Giudice amministrativo ed esigenze del mercato”.

14 Commissione Affari Costituzionali-Camera dei Deputati. “Indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti” del 16/02/2012.

provvedimento o di altre misure. E' evidente come al Giudice è ora attribuito un potere pieno che richiede alte capacità tecniche per l'individuazione del punto di equilibrio nelle valutazioni tecniche. Ed è altresì evidente, come il Giudice in tale laboriosa attività non può essere lasciato da solo. E' pertanto auspicabile e necessario costruire un sistema a rete, stabile e uniforme a livello comunitario, capace di garantire la tutela piena ed efficace a cui il nostro sistema deve tendere¹⁵, nell'interesse del singolo, delle imprese, delle Autorità e delle istituzioni comunitarie.

Resta da sciogliere il nodo sulla sorte dei provvedimenti diversi dalle sanzioni. Il nuovo articolo prevede un controllo giurisdizionale pieno solo sulle sanzioni pecuniarie e, non anche su tutte le decisioni connotate da discrezionalità tecnica adottate dalle Autorità. Una svista grave perchè se si vuole scongiurare la violazione dell'art 6 § 1 della convenzione, lo Stato Italiano deve prevedere la giurisdizione estesa al merito su tutti gli atti delle Autorità.¹⁶

Infine, merita di essere segnalata la sentenza della Corte Costituzionale [del 27 giugno 2012, n. 162](#), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art.134 cpa nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con cognizione estesa al merito e alla competenza funzionale del TAR Lazio – sede di Roma, le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB). La Corte di cassazione ha, infatti, sempre precisato che la competenza giurisdizionale a conoscere delle opposizioni (art. 196 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) avverso le sanzioni inflitte dalla CONSOB ai promotori finanziari, anche di tipo interdittivo, spetta all'autorità giudiziaria ordinaria, posto che anche tali sanzioni, non diversamente da quelle pecuniarie, debbono essere applicate sulla base della gravità della violazione e tenuto conto dell'eventuale recidiva e quindi sulla base di criteri che non possono ritenersi espressione di discrezionalità amministrativa ([C.Cass sez. un. civili, 22 luglio 2004, n. 13703](#); sentenza n. [11 febbraio 2003, n. 1992](#); [11 luglio 2001, n. 9383](#)).

15 Roberto Chieppa - "Quale punto di equilibrio per l'intensità del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'AGCM?"

16 Sara Gobbato- Art 6 Cedu e sindacato giurisdizionale dei provvedimenti delle Autorità Amministrative indipendenti. Un problema solo italiano?

7. Public e Private Antitrust Enforcement. In materia antitrust sussiste la competenza parallela ad applicare le regole da parte delle Autorità di Concorrenza e delle Giurisdizioni Nazionali. In Italia, la disciplina è dettata dalla L. 287/1990 mentre in ambito europeo dagli articoli 81 e 82 del trattato CE, secondo le regole di procedura dell'art.31 Reg. 2003/01/CE che attribuiscono alla Corte di giustizia la competenza giurisdizionale anche di merito per decidere sui ricorsi presentati avverso le decisioni con le quali la Commissione irroga un'ammenda o una penalità di mora, per la violazione degli artt 101 e 102 del Trattato, in materia di intese anticoncorrenziali e abuso di posizione dominante.

In ambito nazionale la tutela dell'interesse pubblico alla concorrenza del mercato (Public Antitrust Enforcement) è affidata ad AGCM, mentre la tutela delle situazioni giuridiche soggettive, lese da condotte anticompetitive (Private Antitrust Enforcement) è rimessa al singolo, il quale può invocare tanto la violazione della norma nazionale ex art.33 della L.287/1990, tanto la violazione delle norme del Trattato, secondo la regola del pregiudizio al commercio degli Stati Membri.

L'esistenza del doppio binario implica una potenziale sovrapposizione di pronunce sulla medesima fattispecie sostanziale, sebbene almeno a livello comunitario, il rispetto della pregiudizialità amministrativa alle decisioni della Commissione e della Corte di Giustizia previene collisioni. In Italia, come in altri Paesi, la pregiudizialità non opera in virtù l'indipendenza del giudice civile rispetto al giudicato amministrativo¹⁷.

La competenza parallela implica, altresì, la diversa tipologia di azione civile esperibile in sede giudiziaria. E così tanto il singolo può agire per follow-on (l'azione civile è fondata su di un illecito antitrust già accertato dall'Autorità di concorrenza nazionale o comunitaria con un provvedimento definitivo che costituisce il presupposto logico-giuridico dell'azione civile) oppure per stand-alone (azione incardinata in giudizio dall'attore in assenza di un precedente accertamento della violazione delle regole antitrust da parte dell'Autorità amministrativa, rimettendo ogni determinazione al Giudice adito).

17 www.osservatorioantitrust.eu - Schede informative n.1

E infatti, le Corti italiane si sono pronunciate sia in casi di follow-on (*i casi Telsystem deciso dalla Corte d'Appello di Milano il 18/07/1995, il caso Albacom deciso dalla Corte d'Appello di Roma il 20/01/2003, il caso Manfredi deciso dal Giudice di Pace di Bitonto il 21/05/2007*) sia in casi di stand-alone (*caso Bluvacanze deciso dalla Corte d'Appello di Milano il 11/07/2003 ed il caso Juventus FC. deciso dalla Corte d'Appello di Torino il 06/07/2000*),¹⁸ ma pare necessario individuare una soluzione uniforme per tutti gli Stati Membri.

Tuttavia, il regolamento CE n.01/2003 prevede già gli strumenti di cooperazione tra Commissione, Autorità di Concorrenza e Giudici Nazionali per promuovere un'applicazione coerente delle norme di concorrenza da parte dei giudici nazionali, basate sul principio della leale cooperazione tra l'Unione europea e gli Stati membri. Questo comporterebbe l'assistenza della Commissione ai giudici nazionali, nell'applicazione del diritto UE e, il supporto dei giudici nazionali alla Commissione, nell'adempimento delle proprie funzioni. Ma, l'indipendenza che contraddistingue il potere giurisdizionale in ciascuno Stato membro ha reso improponibile una rete che coinvolga al suo interno tutte le giurisdizioni nazionali, alla stregua di quanto accade per le autorità nazionali di concorrenza attraverso lo strumento della *European Competition Network* (ECN)¹⁹.

Concludo, le brevi considerazioni sul panorama europeo, richiamano l'attenzione sulla nota aspra del Giudice Pinto De Albuquerque. E rimane attuale la riflessione a cui le sue parole ci conducano, in quanto, è opportuno scandagliare le norme dell'art. 134 cpa e del art. 31 del Reg. CE n.01/2003 con la lente dell'art. 6 § 1 CEDU.

18 Prof. Gian Michele Roberti- "Il ruolo del giudice tra public e private enforcement"

19 www.osservatorioantitrust.eu - Schede informative n.11