



Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
PEDRO CRUZ VILLALÓN
presentate il 26 giugno 2012¹

Causa C-199/11

**Europese Gemeenschap, rappresentata dalla Commissione europea
contro
Otis NV,
General Technic-Otis Sàrl (GTO),
Kone Belgium NV,
Kone Luxembourg Sàrl,
Schindler NV,
Schindler Sàrl,
ThyssenKrupp Liften Ascenseurs NV,
ThyssenKrupp Ascenseurs Luxembourg Sàrl,**

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal rechtbank van koophandel te Brussel (Belgio)]

«Rappresentanza dell'Unione europea dinanzi ai giudici nazionali — Competenze attribuite alla Commissione — Articolo 282 CE — Condotta anticoncorrenziale constatata formalmente dalla Commissione — Azione risarcitoria per responsabilità extracontrattuale, esercitata dalla Commissione in rappresentanza dell'Unione — Poteri sanzionatori della Commissione in materia di concorrenza — Articolo 47 della Carta — Indipendenza degli organi giurisdizionali — Limiti del sindacato del giudice dell'Unione e dei giudici nazionali — Parità delle armi»

1. Nell'ambito di una domanda di risarcimento danni proposta dalla Commissione in rappresentanza dell'Unione contro vari fabbricanti di ascensori, il rechtbank van koophandel te Brussel ha sottoposto alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale che si articola in due questioni, relative, da un lato, alla rappresentanza processuale dell'Unione dinanzi ai giudici nazionali e, dall'altro, all'indipendenza degli organi giurisdizionali e alla parità delle armi tra le parti di un processo civile nel quale l'Unione chiede il risarcimento di un danno extracontrattuale in qualità di parte attrice.
2. Per quanto riguarda la rappresentanza processuale, il giudice del rinvio chiede se la rappresentanza dell'Unione spetti alla Commissione, sebbene i danni subiti derivino da contratti conclusi da varie istituzioni e vari organi dell'Unione. La Corte dovrà quindi pronunciarsi sull'applicazione *ratione temporis* e sul contenuto degli articoli 282 del Trattato che istituisce la Comunità europea e 335 TFUE in relazione ai procedimenti avviati dinanzi ai giudici nazionali prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.
3. Più singolare e comparativamente più complessa appare la questione relativa all'indipendenza degli organi giurisdizionali e alla parità delle armi, e pertanto all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La Corte è chiamata a stabilire se l'Unione sia in qualche modo condizionata nell'esercizio di un'azione risarcitoria dinanzi ai giudici nazionali quando il danno sia stato causato da una condotta anticoncorrenziale constatata da una delle sue istituzioni. Le convenute

¹ — Lingua originale: lo spagnolo.

nel procedimento principale sostengono che la Commissione, in quanto organo da cui promana una decisione vincolante che constata una violazione dell'articolo 81, paragrafo 1, CE (divenuto articolo 101, paragrafo 1, TFUE), agisce come attrice *privilegiata*, il che determina uno snaturamento del potere giurisdizionale del giudice nazionale, così come del rapporto equilibrato di forze che deve intercorrere tra le parti del processo.

I – Ambito normativo

4. L'articolo 282 del Trattato che istituisce la Comunità europea disponeva quanto segue:

«In ciascuno degli Stati membri, la Comunità ha la più ampia capacità giuridica riconosciuta alle persone giuridiche dalle legislazioni nazionali; essa può in particolare acquistare o alienare beni immobili e mobili e stare in giudizio. A tale fine, essa è rappresentata dalla Commissione».

5. A decorrere dal 1° dicembre 2009, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'articolo 282 CE è stato sostituito dall'articolo 335 TFUE, che così recita:

«In ciascuno degli Stati membri, l'Unione ha la più ampia capacità giuridica riconosciuta alle persone giuridiche dalle legislazioni nazionali; essa può in particolare acquistare o alienare beni immobili e mobili e stare in giudizio. A tale fine, essa è rappresentata dalla Commissione. Tuttavia, l'Unione è rappresentata da ciascuna delle istituzioni, in base alla loro autonomia rappresentativa, per le questioni connesse al funzionamento della rispettiva istituzione».

6. L'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, intitolato «Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale», dispone, al primo comma, quanto segue:

«Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo».

7. L'articolo 16 del regolamento n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza², intitolato «Applicazione uniforme del diritto comunitario in materia di concorrenza», così dispone:

«1. Quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 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 sia necessario o meno sospendere i procedimenti da esse avviati. Tale obbligo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi di cui all'articolo 234 del Trattato.

2. Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri si pronunciano su accordi, decisioni o pratiche ai sensi dell'articolo 81 o dell'articolo 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».

2 — Regolamento (CE) del Consiglio, del 16 dicembre 2002 (GU 2003, L 1, pag. 1).

II – Fatti e procedimento

8. In seguito a varie denunce, nel 2004 la Commissione ha avviato un'indagine per accertare l'esistenza di pratiche anticoncorrenziali da parte dei quattro principali produttori europei di ascensori e scale mobili, Kone, Otis, Schindler e ThyssenKrupp. L'indagine si è conclusa con la decisione del 21 febbraio 2007, in forza della quale le quattro imprese citate sono state sanzionate per quattro infrazioni molto gravi all'allora articolo 81, paragrafo 1, del Trattato che istituisce la Comunità europea (divenuto articolo 101 TFUE)³.

9. Le società interessate hanno proposto ricorso di annullamento dinanzi al Tribunale, che è stato respinto con sentenze del 13 luglio 2011⁴. Il Tribunale ha respinto tutti i motivi di annullamento invocati dalle ricorrenti, ad eccezione di quello della ThyssenKrupp relativo all'importo dell'ammenda, che è stato parzialmente accolto con conseguente riduzione della stessa⁵.

10. Il 20 giugno 2008 la Commissione, in rappresentanza dell'allora Comunità europea, ha adito i giudici belgi chiedendo che le suddette società fossero condannate a versarle EUR 7 061 688 a titolo di risarcimento dei danni. La Commissione sosteneva che l'allora Comunità europea aveva subito un danno finanziario in Belgio e in Lussemburgo a causa delle pratiche anticoncorrenziali illecitamente concordate tra le società convenute. La Comunità europea aveva infatti stipulato vari contratti pubblici per l'installazione, la manutenzione e l'ammodernamento di ascensori e scale mobili in diversi edifici delle istituzioni europee con sede in entrambi i paesi, il cui prezzo sarebbe stato superiore a quello di mercato per effetto dell'accordo dichiarato illegittimo dalla Commissione.

11. Le società convenute si sono opposte alla domanda contestando la capacità della Commissione di agire in rappresentanza della Comunità europea. Esse hanno inoltre lamentato la mancanza di imparzialità del giudice belga e la violazione del principio della parità delle armi, in considerazione della particolare posizione assunta dalla Commissione nell'ambito di un procedimento per violazione dell'articolo 81, paragrafo 1, CE (divenuto articolo 101, paragrafo 1, TFUE).

12. Alla luce degli argomenti opposti dalle convenute, il rechtbank van koophandel te Brussel ha deciso di sottoporre una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia.

III – Questioni pregiudiziali e procedimento dinanzi alla Corte

13. La domanda di pronuncia pregiudiziale del rechtbank van koophandel te Brussel è stata registrata presso la cancelleria della Corte il 28 aprile 2011. Le questioni pregiudiziali sono del seguente tenore:

«1) a) Il Trattato dispone al suo articolo 282, attualmente [3]35, che l'Unione è rappresentata dalla Commissione. L'articolo 335 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, da un lato, e gli articoli 103 e 104 del Regolamento finanziario, dall'altro, dispongono che, per quanto concerne le questioni amministrative connesse al loro funzionamento, le istituzioni interessate rappresentano l'Unione con l'eventuale conseguenza che sono le istituzioni, in via esclusiva o meno, (...) a poter agire in giudizio. Non vi è alcun dubbio che la riscossione da parte di imprese ecc. (...) di prezzi eccessivi per effetto di un'intesa rientri nella nozione di frode. Nel diritto nazionale belga vale il principio: "Lex specialis generalibus derogat". Nella

3 — Decisione C(2007) 512 def. della Commissione, del 21 febbraio 2007, relativa a un procedimento ai sensi dell'articolo 81 [CE] (Caso COMP/E-1/38.823 – Ascensori e scale mobili) (GU 2008, C 75, pag. 19).

4 — Sentenze del 13 luglio 2011, Schindler Holding e a./Commissione (T-138/07, Racc. pag. II-4819); General Technic-Otis e a./Commissione (T-141/07, T-142/07, T-145/07 e T-146/07, non ancora pubblicata nella Raccolta); ThyssenKrupp Liften Ascenseurs e a./Commissione (T-144/07, T-147/07, T-148/07, T-149/07, T-150/07 e T-154/07, Racc. pag. II-5129) e Kone Oyj e a./Commissione (T-151/07, Racc. pag. II-5313).

5 — Sentenza ThyssenKrupp Liften Ascenseurs e a./Commissione, cit. alla nota precedente, punti 303-323.

misura in cui detto principio giuridico vale anche nel diritto dell'Unione, se sia vero che l'iniziativa per la presentazione di azioni in giudizio spetta alle istituzioni interessate (tranne nei casi in cui la Commissione stessa era l'amministrazione aggiudicatrice).

- b) (In subordine) Se la Commissione non dovesse disporre almeno di un mandato di rappresentanza rilasciato dalle istituzioni per difendere in giudizio i loro interessi.
- 2) a) La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea al suo articolo 47 e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali al suo articolo 6, paragrafo 1, garantiscono a tutti il diritto ad un processo equo e il rispetto del principio ad esso connesso secondo cui nessuno può essere giudice nella sua propria causa. Si pone la questione se con questo principio sia compatibile il fatto che la Commissione, in una prima fase, interviene come autorità preposta alla concorrenza e sanziona il comportamento censurato, ossia l'intesa, in quanto integrante una violazione dell'articolo 81, attualmente divenuto articolo 101 del Trattato [FUE], dopo aver svolto essa stessa un'indagine in merito, e successivamente, in una seconda fase, prepara il procedimento di risarcimento del danno dinanzi al giudice nazionale e prende la decisione di avviarlo, mentre lo stesso membro della Commissione è responsabile per entrambe le questioni che sono collegate tra loro, tanto più in quanto il giudice nazionale adito non può discostarsi dalla decisione sanzionatoria.
- b) (In subordine) In caso di soluzione [negativa] della questione 2, sub a) (sussiste incompatibilità), come possa nel diritto dell'Unione la vittima (la Commissione e/o le istituzioni e/o l'Unione) di un atto illecito (l'intesa) far valere il suo diritto al risarcimento, che rappresenta anch'esso un diritto fondamentale».

14. Hanno presentato osservazioni scritte le parti convenute nel procedimento principale (Schindler NV, Otis NV, ThyssenKrupp Liften Ascenseurs NV e Kone Belgium NV) e la Commissione.

15. Tutte le parti del procedimento principale e il Consiglio hanno esposto oralmente le rispettive conclusioni all'udienza tenutasi il 14 marzo 2012.

IV – Sulla prima questione

16. La prima questione sottoposta alla Corte verte sull'interpretazione dell'abrogato articolo 282 CE e sul suo rapporto con la disposizione equivalente attualmente in vigore, ossia l'articolo 335 TFUE.

17. Il quesito formulato dal rechtbank presenta in realtà due aspetti, uno relativo all'applicazione nel tempo dell'articolo 282 CE, con particolare riguardo ai procedimenti nazionali avviati anteriormente al 1° dicembre 2009, data in cui è entrato in vigore il nuovo articolo 335 TFUE, e l'altro relativo all'interpretazione dell'articolo 282 CE. Esaminerò le due questioni separatamente.

A – Sull'applicazione nel tempo dell'articolo 282 CE

18. Il primo aspetto sul quale occorre prendere posizione riguarda l'applicazione *ratione temporis* dell'articolo 282 CE, in quanto la Commissione ha proposto la domanda dinanzi al rechtbank il 20 giugno 2008, dunque un anno e mezzo prima dell'entrata in vigore dell'articolo 335 TFUE.

19. Come è noto, l'articolo 335 TFUE, elevando a diritto primario una prassi preesistente di rappresentanza dell'Unione da parte delle diverse istituzioni munite di idoneo mandato, con sfumature che non rilevano nel caso di specie, ha invertito la regola di cui all'articolo 282 CE. Mentre nel Trattato CE la rappresentanza della Comunità spettava alla Commissione, essa è attualmente attribuita a

ciascuna istituzione dell'Unione. Si tratta quindi di due norme dell'Unione che, a priori, configurano in modi diversi la rappresentanza dell'Unione dinanzi ai giudici degli Stati membri⁶. Pertanto, occorre stabilire se nel presente procedimento, avviato prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, sia applicabile l'articolo 282 CE oppure l'articolo 335 TFUE.

20. Anzitutto, si deve rilevare che l'articolo 282 CE e l'articolo 335 TFUE non sono norme procedurali, bensì norme sostanziali relative all'organizzazione interna dell'Unione. Con tali disposizioni l'Unione stabilisce quale istituzione la rappresenti ad extra, anche nei procedimenti dinanzi ai giudici nazionali. Inoltre, il Trattato di Lisbona non contiene alcuna disposizione diretta a stabilire gli effetti nel tempo dell'articolo 335 TFUE. In assenza di una tale disposizione, detto articolo produce effetti solo per il futuro. Va quindi escluso qualsiasi possibile effetto retroattivo tale da incidere sui rapporti giuridici già costituiti, compresi quelli giuridico-processuali.

21. Di conseguenza, la norma dell'Unione vigente nel momento in cui è stato avviato il procedimento dinanzi al rechtbank, mediante la quale si individua l'autorità cui spetta la rappresentanza ad extra dell'Unione, era l'articolo 282 CE. Una volta instaurato correttamente il rapporto giuridico-processuale, l'entrata in vigore del nuovo articolo 335 TFUE, che ha effetto solo sui rapporti giuridici costituiti dopo il 1° dicembre 2009, non ha modificato in alcun modo lo status processuale dell'attrice nella causa a qua.

22. Questione diversa è se, considerate le particolari circostanze del caso di specie, e alla luce dell'articolo 282 CE, la rappresentanza della Comunità spetti alla Commissione.

B – *Sulla portata dell'articolo 282 CE*

23. Come si è rilevato, i dubbi del giudice a quo riguardano la questione se la Commissione abbia il potere di rappresentare l'Unione europea nel procedimento pendente dinanzi ad esso. L'articolo 282 CE, che come detto è la disposizione applicabile alla presente controversia, prevede che la Commissione esercita, in via esclusiva, la rappresentanza dell'Unione dinanzi ai giudici degli Stati membri.

24. Le convenute nel procedimento principale sostengono segnatamente che tale disposizione è solo una regola generale, derogata, per quanto qui rileva, dagli articoli 274 CE e 279 CE, che contengono disposizioni particolari relative alla tutela degli interessi finanziari della Comunità, a loro volta sviluppate dal regolamento n. 1605/2002⁷. A loro parere, gli articoli 59 e 60 del regolamento citato affidano a ciascuna istituzione della Comunità l'esecuzione del rispettivo bilancio. Qualora vengano rilevati errori, irregolarità o frodi imputabili ad un contraente, le menzionate disposizioni prevedono che ciascuna istituzione può recuperare gli importi già versati.

25. In definitiva, sempre secondo le convenute, la regola generale di cui all'articolo 282 CE, che attribuisce alla Commissione la rappresentanza processuale della Comunità, sarebbe derogata da una *lex specialis* prevista dal regolamento finanziario, in forza della quale spetterebbe a ciascuna istituzione la rappresentanza in difesa dei propri interessi finanziari.

6 — Mi sono espresso sulle differenze tra queste due disposizioni nelle conclusioni presentate il 13 gennaio 2011 nella causa Région de Bruxelles-Capitale (sentenza del 5 maggio 2011, C-137/10, Racc. pag. I-3515), paragrafo 46.

7 — Regolamento (CE, Euratom) n. 1605/2002 del Consiglio, del 25 giugno 2002, che stabilisce il regolamento finanziario applicabile al bilancio generale delle Comunità europee (GU L 248, pag. 1).

26. A mio avviso, l'applicazione della massima *lex specialis derogat legi generali* ai rapporti tra le citate disposizioni non appare affatto decisiva. Tale regola assume rilevanza quando due disposizioni perseguono obiettivi identici e presentano contenuti tra loro incompatibili⁸. Tuttavia, come mi accingo a dimostrare, le disposizioni invocate dalle convenute perseguono finalità diverse e, inoltre, i loro contenuti non sono per nulla inconciliabili.

27. Infatti, gli articoli 274 CE e 279 CE, così come le disposizioni del regolamento n. 1605/2002, stabiliscono i poteri di esecuzione del bilancio di ciascuna istituzione, tra i quali figurano quelli relativi all'adozione di «ogni provvedimento necessario, incluso l'annullamento della procedura stessa». Per contro, l'articolo 282 CE si riferisce unicamente alla capacità giuridica della *Comunità* e al potere di rappresentanza di quest'ultima conferito alla Commissione. Non vi è contraddizione tra le due disposizioni, né esse perseguono i medesimi fini: una prevede la competenza di ciascuna istituzione ad adottare decisioni in ordine alle misure di tutela delle risorse finanziarie di cui dispone, l'altra definisce le funzioni di rappresentanza della *Comunità* spettanti alla Commissione, anche dinanzi ai giudici nazionali. Si tratta di due aspetti separabili e indipendenti che ammettono un'interpretazione armonica, dato che una decisione relativa alle misure di esecuzione del bilancio adottata da un'istituzione della *Comunità* non è affatto identica all'attribuzione della rappresentanza della *Comunità* nel caso in cui essa decida di adire i giudici nazionali.

28. Tale interpretazione del Trattato è stata implicitamente avvalorata dalla Corte nella causa *Région de Bruxelles-Capitale*⁹, in cui è stata confermata la legittimità della delega dei poteri di rappresentanza della Commissione ad altre istituzioni della *Comunità*. La Corte ha dichiarato, avallando una diffusa prassi forense, che «era (...) nell'interesse di una buona amministrazione che le *Comunità* fossero concretamente rappresentate, (...) per le azioni in giudizio proposte dinanzi ai giudici nazionali, da parte dell'istituzione interessata dall'atto o dall'azione de qua»¹⁰. Tale maggiore efficacia veniva conseguita attraverso la corrispondente delega da parte della Commissione all'istituzione interessata¹¹.

29. La motivazione della sentenza conferma che esisteva un potere di rappresentanza esclusivo della Commissione, che tuttavia poteva essere delegato ad altre istituzioni. Per contro, in nessun caso era ammessa un'applicazione prioritaria del regolamento n. 1605/2002 tale da privare la Commissione dei poteri ad essa conferiti dall'articolo 282 CE. In ogni caso, quando un'istituzione diversa dalla Commissione esercitava la rappresentanza dell'Unione dinanzi ai giudici di uno Stato membro, tale funzione veniva svolta in virtù della corrispondente delega della Commissione, e non per effetto del carattere di *lex specialis* degli articoli 274 CE e 279 CE e del regolamento n. 1605/2002, come sostenuto dalle convenute nel procedimento principale.

30. Infine, se la tesi della *lex specialis* fosse corretta, la modifica dell'articolo 282 CE introdotta con l'attuale articolo 335 TFUE risulterebbe superflua. Come è noto, la nuova disposizione attribuisce a ciascuna istituzione dell'Unione il potere di rappresentare la medesima, privando così la Commissione della sua tradizionale esclusiva in materia. Come ho già avuto occasione di esporre nelle mie conclusioni relative alla citata causa *Région de Bruxelles-Capitale*, l'attuale articolo 335 TFUE codifica una prassi costante basata sul conferimento di mandati¹². Una prassi che, come confermato dalla Corte in detta causa, era perfettamente legittima, ancorché migliorabile sotto il profilo dell'efficacia.

8 — V., tra le altre, sentenze del 14 aprile 2005, *Belgio/Commissione* (C-110/03, Racc. pag. I-2801, punto 3); del 15 dicembre 2004, *Siig* (C-272/03, Racc. pag. I-11941, punto 16), e del 18 luglio 2007, *Derin* (C-325/05, Racc. pag. I-6495, punto 55).

9 — Sentenza cit. alla nota 6.

10 — Sentenza cit. supra, punto 20.

11 — V. anche, nel medesimo senso, sentenza del 13 novembre 1973, *Werhahn Hansamühle e a./Consiglio* (da 63/72 a 69/72, Racc. pag. 1229, punto 7).

12 — Conclusioni citate supra, paragrafo 46.

31. Pertanto, la Commissione sostiene giustamente, ed è questo anche il parere del Consiglio, di avere operato nel rispetto dell'articolo 282 CE. La parte in causa nel procedimento dinanzi al rechtbank non è la Commissione, ma la Comunità europea. La Commissione, in quanto rappresentante della Comunità in forza dell'articolo 282 CE, poteva legittimamente scegliere di non delegare le proprie funzioni di rappresentanza ad altre istituzioni e di assumere quindi la difesa della Comunità nel suo complesso. Nulla si può obiettare, sotto il profilo dell'articolo 282 CE, a tale decisione.

C – Riepilogo

32. Riassumendo, ritengo che l'articolo 282 CE sia applicabile ai procedimenti nazionali ancora in corso al 1° dicembre 2009 e che non occorra esigere che l'Unione soddisfi, dopo tale data, i requisiti di rappresentanza di cui all'articolo 335 TFUE

33. Ritengo inoltre che l'articolo 282 CE debba essere interpretato nel senso che non osta a che la Commissione agisca in giudizio in rappresentanza della Comunità per chiedere il risarcimento di un danno subito da quest'ultima e riferibile a vari suoi organi e istituzioni.

V – Sulla seconda questione

34. Con la seconda questione pregiudiziale il rechtbank espone alla Corte i suoi dubbi sulla questione se l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea consenta alla Commissione di esercitare, in rappresentanza dell'Unione, un'azione di responsabilità per i danni causati da una violazione dell'articolo 81, paragrafo 1, CE (divenuto articolo 101, paragrafo 1, TFUE), quando sia stata la stessa Commissione ad adottare in precedenza la decisione che ha constatato tale violazione, la quale è vincolante per il giudice competente. Considerata la vincolatività della decisione della Commissione, il giudice del rinvio dubita di poter risolvere la controversia in maniera indipendente. Esso interroga inoltre la Corte sulla compatibilità di tale situazione con il principio della parità delle armi nel processo civile.

35. Le convenute nel procedimento principale considerano che il fatto che il giudice nazionale sia vincolato dalla decisione della Commissione contravviene al principio di indipendenza degli organi giurisdizionali, connaturato all'articolo 47 della Carta ed espressamente sancito dall'articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Esse lamentano inoltre una violazione del principio della parità delle armi, la cui tutela sarebbe parimenti garantita dalle disposizioni sopra citate, e ritengono che la Commissione, nella sua funzione e qualità di autorità garante della concorrenza, possieda informazioni privilegiate relative alle imprese coinvolte di cui non tutte le convenute dispongono. Esse inoltre deducono altri argomenti estranei alle questioni sollevate dal giudice del rinvio, che pertanto non occorre esaminare nelle presenti conclusioni¹³.

36. Dal canto suo, la Commissione, sostenuta dal Consiglio, difende la legittimità del proprio comportamento e osserva che non sussiste alcuna incompatibilità tra la sua posizione di attrice nel procedimento principale, la sua precedente azione come autorità garante della concorrenza e le esigenze degli articoli 47 della Carta e 6 della CEDU. Essa afferma che i servizi giuridici incaricati della difesa dell'Unione nel procedimento principale hanno agito senza avere contatti con i membri del servizio giuridico responsabili dei procedimenti in materia di concorrenza. Inoltre, la Commissione sostiene che non sono state utilizzate informazioni riservate nell'atto di citazione né in alcun altro documento prodotto nel procedimento civile. D'altro canto, considera che la giurisprudenza della

13 — Le società convenute hanno invocato un'eventuale violazione del diritto fondamentale alla vita privata, sia nella parte in cui tutela la riservatezza delle persone giuridiche, sia in quella in cui tutela il segreto professionale.

Corte europea di diritti dell'uomo (in prosieguo: la «Corte eur. D.U.») non osta a che la sua decisione, pur essendo stata adottata da una delle parti, sia vincolante per il giudice nazionale, purché essa sia soggetta ad un controllo giurisdizionale esteso al merito, il che si verifica e, di fatto, si è verificato nel caso di specie.

37. Per dare risposta agli interrogativi sollevati del rechtbank esaminerò, in primo luogo, la questione relativa all'indipendenza del giudice del rinvio, questione che, come mi accingo ad esporre, si riferisce più all'estensione della giurisdizione che all'imparzialità del giudice. Mi concentrerò poi sul principio della parità delle armi nel procedimento civile nazionale.

A – I limiti della competenza del giudice del rinvio a conoscere dell'azione risarcitoria per responsabilità extracontrattuale

38. Il giudice del rinvio ci sottopone un dubbio che può essere così riassunto: la decisione con cui la Commissione constata un accordo contrario all'articolo 81 CE (divenuto articolo 101 TFUE) è vincolante per tutte le autorità pubbliche, comprese quelle nazionali. Se, dopo avere adottato una simile decisione, la Commissione esercitasse dinanzi ad un giudice nazionale un'azione di risarcimento per i danni subiti dall'Unione a causa del comportamento anticoncorrenziale constatato in detta decisione, si potrebbe legittimamente dubitare della compatibilità di siffatto procedimento con il diritto di ogni persona a che la sua causa sia esaminata da un giudice imparziale. Poiché il giudice competente, nella fattispecie il rechtbank van koophandel te Brussel, deve dichiarare l'esistenza di un danno sulla base di un fatto illecito la cui constatazione gli sarebbe praticamente imposta da una delle parti, la conseguente riduzione del suo margine di valutazione apparirebbe come una restrizione ingiustificata della sua indipendenza.

39. Tale argomento, come appena esposto, e al di là del modo in cui venga presentato, è, a mio parere, privo di fondamento.

40. Occorre anzitutto sottolineare che non è la Commissione ad esercitare l'azione di responsabilità dinanzi al giudice belga, bensì la Comunità e, attualmente, l'Unione. Non si tratta di una fattispecie nella quale la Commissione adotta un atto e successivamente chiede essa stessa ad un singolo il risarcimento dei danni subiti. Al contrario, la Commissione non interviene nel procedimento nazionale come parte, ma come rappresentante dell'Unione, la quale avrebbe subito, in qualche misura, un danno individuabile e nel suo caso riferibile a vari suoi organi e istituzioni.

41. Tale precisazione inizia ad indebolire l'argomento delle convenute nel procedimento principale, dato che la duplicità di funzioni da esse lamentata è solo la conseguenza di una normale ripartizione di poteri nell'ambito di un'organizzazione politico-amministrativa complessa, tra le cui funzioni rientra l'elaborazione e l'esecuzione di politiche pubbliche, ma anche la difesa dei suoi diritti ed interessi legittimi dinanzi a qualsiasi organo giurisdizionale. È questo il caso dell'Unione, nel cui ambito, nella ripartizione interna dei poteri, sono state affidate importanti responsabilità alla Commissione. Invero, il fatto che la Commissione eserciti i poteri ad essa conferiti in materia di concorrenza e, allo stesso tempo, assuma la rappresentanza processuale dell'Unione non è il risultato di una concezione distorta ed arbitraria della separazione dei poteri, come sostengono le società convenute. Al contrario, tutte le organizzazioni politiche, compresi gli Stati membri, dispongono di strumenti per far valere i propri diritti e interessi dinanzi ai giudici¹⁴. Inoltre, il diritto di accesso al giudice ordinario delle amministrazioni pubbliche costituisce un progresso significativo verso il consolidamento dello Stato di diritto, in virtù del quale i pubblici poteri perdono gradualmente le proprie facoltà di autotutela ed

14 — Tale possibilità di tutela giurisdizionale dei pubblici poteri è garantita, in alcuni casi, dal diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva. Ciò si verifica, inter alia, nel caso dell'Austria (v., ad esempio, sentenza della Corte costituzionale austriaca n. 11.828/1988), della Germania (v., inter alia, sentenze della Corte costituzionale tedesca 6, 45 (49); 21, 362 (373) e 61, 82 (104)), o della Spagna (v. sentenza della Corte costituzionale spagnola n. 175/2001). A tale riguardo v. Velasco Caballero, F., *Tutela Judicial Efectiva a las Administraciones Públicas. La Administración como titular de los derechos fundamentales del art. 24.1 de la Constitución*, Ed. Bosch, Barcellona, 2003.

affidano la difesa dei loro diritti agli organi giurisdizionali. È quanto si verifica, nella presente fattispecie, nel caso dell'Unione, la quale non dispone di strumenti autonomi per ottenere coattivamente il risarcimento del danno subito, ma deve rivolgersi al giudice, nella fattispecie quello nazionale, per ottenere il risarcimento dei danni che le sono stati illecitamente arrecati. In questi casi, la rappresentanza processuale dell'Unione viene attribuita alla Commissione in forza dell'articolo 282 CE, a prescindere dalla materia di cui trattasi.

42. In linea con quanto precede, va evidenziato che l'Unione (e non la Commissione) partecipa al procedimento principale non come istituzione titolare di pubblici poteri incaricata di garantire la concorrenza nel mercato interno, bensì nella sua qualità di cliente, come consumatore, di alcune imprese asseritamente responsabili di un danno antiggiuridico. È vero che l'Unione esercita la sua politica di concorrenza mediante decisioni adottate in forza del Trattato, mentre nel caso di specie si tratta dell'esercizio di un'azione civile che non rientra in tale politica, ma costituisce un rimedio risarcitorio di carattere patrimoniale volto a ristabilire una situazione giuridica di natura privata. Nella causa pendente dinanzi al rechtbank, e ciò è stato rilevato sia dalla Commissione che dal Consiglio in udienza, l'Unione agisce in veste di soggetto privato che ha subito un danno patrimoniale. Pertanto, e contrariamente a quanto sostenuto dalle convenute, non sussiste alcuna sovrapposizione di funzioni, bensì due comportamenti chiaramente distinti non solo sotto l'aspetto temporale, ma soprattutto sotto quello dei mezzi e degli obiettivi¹⁵.

43. Ciò premesso, occorre esaminare se una decisione adottata da un'istituzione dell'Unione, nella fattispecie la Commissione, il cui contenuto è vincolante per tutte le autorità pubbliche nazionali, giudici inclusi, privi ingiustificatamente questi ultimi della loro *indipendenza* nel caso in cui debbano pronunciarsi su una domanda di risarcimento danni fondata su detta decisione. Orbene, ritengo che tale approccio, incentrato sull'indipendenza del giudice e sostenuto sia dal giudice del rinvio che dalle parti del procedimento principale, non sia quello appropriato. Nessuna delle parti nella presente causa dubita dell'imparzialità del giudice a quo, né si può affermare di essere di fronte ad un'intromissione extragiuridica ed illegittima nello svolgimento del procedimento principale. Semmai, i dubbi riguardano, nelle circostanze del caso di specie, la *portata della potestà giurisdizionale del giudice del rinvio*, asseritamente limitata a causa di una decisione della Commissione che è per esso vincolante e predetermina uno dei presupposti della controversia: l'esistenza di un'infrazione accertata dal soggetto competente a farlo. Tale è anche la posizione adottata dalla Corte eur. D.U. nei casi in cui un organo giurisdizionale subisca una limitazione all'estensione del proprio sindacato. In tali circostanze, essa considera che viene messa in discussione non tanto l'indipendenza di tale organo, quanto la sua stessa qualità di «tribunale»¹⁶.

44. Pertanto, ritengo che l'obiezione sollevata dal rechtbank non riguardi tanto la sua «indipendenza» come giudice, quanto la sua capacità di pronunciarsi nel merito della controversia pendente dinanzi ad esso.

45. Per sciogliere tale dubbio, propongo di esaminare anzitutto la natura della decisione della Commissione controversa ed i suoi effetti giuridici sui procedimenti dinanzi ai giudici nazionali. Ricorderò poi che tale decisione è soggetta al controllo giurisdizionale esteso al merito dei giudici dell'Unione, mentre i giudici nazionali sono chiamati, nel procedimento civile per il risarcimento dei danni, a determinare il danno e il nesso di causalità. In definitiva, ritengo che il rechtbank non veda *limitata* la propria potestà giurisdizionale, bensì la eserciti nell'ambito di una normale ripartizione di funzioni tra i giudici nazionali e il giudice dell'Unione.

15 — Sui diversi fondamenti ed obiettivi delle politiche pubbliche in materia di concorrenza e delle azioni civili per danni, v. Wils, W.P.J., «The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages», *World Competition*, 32, n. 1, 2009, pagg. 5-11, e Komninos, A.P., *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2008, pagg. 7-12.

16 — V., inter alia, Corte eur. D.U., sentenze Van de Hurk c. Paesi Bassi del 19 aprile 1994, Serie A n. 288, §§ 45-55; Terra Woningen c. Paesi Bassi del 17 dicembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI, fasc. 25, §§ 51-55; Sigma Radio Television Ltd c. Cipro del 21 luglio 2011, ricorsi nn. 32181/04 e 35122/05 (Quinta Sezione) (Eng), §§ 147-169.

46. Nella sentenza *Masterfoods e HB*¹⁷ la Corte ha avuto occasione di definire la portata delle decisioni adottate dalla Commissione in forza dell'articolo 81, paragrafo 1, CE (articolo 101, paragrafo 1, TFUE). Il contenuto di detta pronuncia è stato successivamente trasposto nell'articolo 16 del regolamento n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza. In estrema sintesi, la sentenza citata e detta disposizione stabiliscono l'obbligo per tutte le autorità nazionali, comprese quelle giurisdizionali, di astenersi dall'adottare decisioni incompatibili con una decisione della Commissione adottata in forza dell'articolo 81 CE (divenuto articolo 101 TFUE)¹⁸. In altre parole, le decisioni della Commissione basate su tali disposizioni sono *vincolanti* per i giudici nazionali¹⁹.

47. È indubbio che la sentenza *Masterfoods e HB* ha lasciato irrisolte importanti questioni che contribuirebbero in misura significativa a delimitare la portata degli effetti vincolanti delle decisioni della Commissione in materia di concorrenza. Non è, infatti, per nulla evidente se tali effetti si estendano al dispositivo della decisione o all'intero contenuto della stessa, comprese le valutazioni dei fatti. All'udienza, in risposta a quesiti della Corte, la Commissione ha affermato che le sue decisioni non sono vincolanti per le autorità pubbliche in tutti i loro elementi, ma non ha precisato a quali di essi si riferisse. Comunque sia, e per quanto rileva nella presente causa, sembra incontestabile che la constatazione del comportamento illecito contenuta nella decisione si impone in ogni caso ai giudici nazionali. Tale constatazione costituisce il fondamento di qualsiasi azione per responsabilità extracontrattuale negli ordinamenti nazionali, uno dei cui requisiti è l'esistenza di un danno anti-giuridico.

48. Pertanto, il giudice del rinvio potrebbe avere motivi per sospettare, a priori, di una domanda presentata da un'autorità pubblica che ha predeterminato essa stessa, con le conseguenze che ne derivano, l'infrazione che serve da fondamento alla sua domanda. Tuttavia, come ha giustamente osservato la Commissione nelle sue osservazioni scritte, tale circostanza non rappresenta un problema, se esiste un mezzo di ricorso effettivo dinanzi ai giudici dell'Unione contro la decisione che constata l'infrazione. Invero, la potestà giurisdizionale di un giudice nazionale potrebbe risultare ingiustificatamente limitata qualora esso non potesse più dichiarare o mettere in discussione l'esistenza di un atto illecito nell'ambito di un procedimento per il risarcimento dei danni. Ciò non si verifica però nel caso di specie, per i motivi che passo ora ad esporre.

49. In primo luogo, il giudice nazionale non ha il potere di disapplicare la decisione della Commissione o di sindacarne la validità, non solo perché così è stato stabilito nella sentenza *Masterfoods e HB*, ma anche perché una costante giurisprudenza, inaugurata con la sentenza *Foto-Frost*²⁰, vieta alle autorità pubbliche nazionali di sindacare la validità degli atti dell'Unione. Il monopolio sul giudizio di validità attribuito ai giudici dell'Unione, e solo a loro, verrebbe in rilievo qualora un giudice nazionale mettesse in discussione, nel corso di un procedimento per risarcimento danni, la constatazione di

17 — Sentenza del 14 dicembre 2000, *Masterfoods e HB* (C-344/98, Racc. pag. I-11369).

18 — Secondo quanto dichiarato dalla Corte, e successivamente ripreso nel citato articolo 16 del regolamento n. 1/2003, «i giudici nazionali, quando si pronunciano su accordi o pratiche che sono già oggetto di decisione da parte della Commissione, non possono adottare decisioni in contrasto con quella della Commissione, anche se quest'ultima è in contrasto con la decisione pronunciata da un giudice nazionale di primo grado» (sentenza *Masterfoods e HB*, cit., punto 52). La questione era stata precedentemente risolta allo stesso modo anche in casi nei quali non vi era stata alcuna decisione della Commissione (sentenza del 28 febbraio 1991, *Delimitis*, C-234/89, Racc. pag. I-935, punto 47).

19 — Tale soluzione è stata adottata anche a livello nazionale in vari Stati membri, in relazione alle decisioni in materia di concorrenza. Ad esempio, nel caso della Repubblica federale di Germania, le decisioni di tutte le autorità nazionali degli Stati membri hanno la medesima efficacia vincolante delle decisioni adottate dalla Commissione, ai sensi dell'articolo 33, paragrafo 4, del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, del 26 luglio 1998. Tale principio è inoltre riconosciuto dalla legislazione del Regno Unito, segnatamente agli articoli 47A(9), 47B(5), 58 e 58A del *Competition Act* del 1998.

20 — Sentenza del 22 ottobre 1987 (314/85, Racc. pag. 4199, punti 12-20).

un'infrazione già accertata con decisione della Commissione. In tali circostanze, l'ordinamento dell'Unione consente al giudice nazionale di effettuare un rinvio pregiudiziale per esame di validità alla Corte di giustizia, salvaguardando così l'indipendenza dell'organismo interno e, allo stesso tempo, l'unità e la coerenza del sistema di fonti del diritto dell'Unione²¹.

50. Inoltre, le parti interessate dalla decisione, che nel caso di specie partecipano al procedimento principale quali convenute, hanno sempre avuto la possibilità di proporre un ricorso di annullamento dinanzi al Tribunale e, in ultima istanza, alla Corte. Come è noto, il ricorso di annullamento costituisce un procedimento di riesame giurisdizionale che consente di sottoporre l'atto impugnato ad un controllo integrale. I motivi di cui all'articolo 230, paragrafo 2, CE (divenuto articolo 263, paragrafo 2, TFUE) sono sufficientemente ampi per consentire un controllo giuridico di tutti gli elementi che costituiscono l'atto²². Il fatto che la giurisprudenza della Corte e del Tribunale riconosca alla Commissione un margine di discrezionalità tecnica non significa che il controllo giurisdizionale sia un controllo limitato ai requisiti minimi, come hanno sostenuto le società convenute nelle loro osservazioni scritte. Il riconoscimento di tale margine di discrezionalità trova corrispondenza nella giustizia amministrativa dei vari ordinamenti giuridici rappresentati nell'Unione, il cui controllo sull'amministrazione è incentrato sulle questioni di diritto, mentre gli aspetti tecnici sono sottoposti ad un'analisi basata sull'errore manifesto²³. L'estensione e l'intensità di questo tipo di controllo giurisdizionale negli Stati membri sono inoltre compatibili con i requisiti della CEDU²⁴. Pertanto, il riesame delle decisioni adottate dalla Commissione in forza dell'articolo 81, paragrafo 1, CE (divenuto articolo 101, paragrafo 1, TFUE) effettuato dai giudici dell'Unione costituisce, sotto un profilo generale, un riesame giurisdizionale completo che, nel caso in cui la decisione risulti infondata, garantisce all'interessato una tutela giurisdizionale effettiva.

51. Pertanto, precisato quanto precede, si può rilevare che i giudici nazionali dispongono di varie opzioni al momento di esaminare una decisione della Commissione nel contesto di una domanda di risarcimento danni.

52. Anzitutto, come si è già rilevato al paragrafo 47 delle presenti conclusioni, il giudice nazionale, qualora nutrisse dubbi sulla legittimità della decisione della Commissione, potrebbe effettuare un rinvio pregiudiziale affinché sia esaminata la validità di quest'ultima. Qualora invece la decisione avesse un destinatario preciso, occorrerebbe che questi ne avesse contestato la validità dinanzi al Tribunale²⁵. In tal caso, come è accaduto nella fattispecie, il giudice nazionale potrebbe sospendere il procedimento in attesa della decisione definitiva del giudice dell'Unione. Ciò è quanto sembra indicare l'articolo 16, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003, secondo cui spetta alle giurisdizioni nazionali «valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da esse avviati» nel caso in cui rischino

21 — V., inter alia, sentenze del 21 febbraio 1991, Zuckerfabrik Süderdithmarschen e Zuckerfabrik Soest (C-143/88 e C-92/89, Racc. pag. I-415, punto 17); del 21 marzo 2000, Greenpeace France e a. (C-6/99, Racc. pag. I-1651, punto 54); del 10 gennaio 2006, IATA e ELFAA (C-344/04, Racc. pag. I-403, punto 27); del 22 giugno 2010, Melki e Abdeli (C-188/10 e C-189/10, Racc. pag. I-5667, punto 54), e del 21 dicembre 2011, Air Transport Association of America e a. (C-366/10, Racc. pag. I-13755, punto 47).

22 — A tal fine, il criterio utilizzato dalla Corte viene formulato, in generale, nei seguenti termini: «un'autorità comunitaria, allorché è chiamata, nell'esercizio delle sue attribuzioni, a compiere valutazioni complesse, dispone per tale motivo di un ampio potere discrezionale il cui esercizio è assoggettato ad un controllo giurisdizionale limitato, il quale implica che il giudice comunitario non può sostituire la sua valutazione degli elementi di fatto a quella della detta autorità. Pertanto, il giudice comunitario si limita, in casi del genere, ad esaminare l'esattezza sostanziale dei fatti e le qualificazioni giuridiche che questa autorità ne ha desunto e, in particolare, se l'operato di quest'ultima non sia inficiato da errore manifesto o sviamento di potere, o se tale autorità non abbia manifestamente oltrepassato i limiti del proprio potere discrezionale» (sentenze del 13 luglio 1966, Consten e Grundig/Commissione, 56/64 e 58/64, Racc. pag. 429; del 22 gennaio 1976, Balkan-Import Export, 55/75, Racc. pag. 19, punto 8; del 14 luglio 1983, Øhrgaard e Delvaux/Commissione, 9/82, Racc. pag. 2379, punto 14; dell'11 luglio 1985, Remia e a./Commissione, 42/84, Racc. pag. 2545, punto 34; del 15 giugno 1993, Matra/Commissione, C-225/91, Racc. pag. I-3203, punti 24 e 25, e del 5 maggio 1998, National Farmers' Union e a., C-157/96, Racc. pag. I-2211, punto 39).

23 — V., per tutti, Fromont, M., *Droit administratif des États européens*, PUF, Parigi, 2006, pagg. 200 e segg.

24 — V. Corte eur. D.U., sentenza Jussila c. Finlandia del 23 novembre 2006, n. 73053/01, *Recueil des arrêts et décisions* 2006-XIII § 57, nonché Bryan c. Regno Unito del 22 novembre 1995, Serie A n. 335-A, §§ 44-47, e Tsfayo c. Regno Unito del 14 novembre 2006, ricorso n. 60860/00, § 46.

25 — Occorre ricordare che, secondo costante giurisprudenza della Corte, in caso di incidenza diretta e individuale, la rinuncia ad impugnare la decisione dinanzi ai giudici dell'Unione priverebbe l'interessato della possibilità di chiedere il rinvio pregiudiziale per esame di validità (v., inter alia, sentenze del 9 marzo 1994, TWD Textilwerke Deggendorf, C-188/92, Racc. pag. I-833, punto 23, e del 14 settembre 1999, Commissione/AssiDomän Kraft Products e a., C-310/97 P, Racc. pag. I-5363, punti 60 e segg.).

di adottare «decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati». Pertanto, qualora il rechtbank nutrisse dubbi sulla validità della decisione e, inoltre, rilevasse che quest'ultima è attualmente sottoposta all'esame dei giudici dell'Unione, la sospensione del procedimento nazionale eviterebbe qualsiasi rischio di contrasto tra le decisioni dei giudici dell'Unione e quella del giudice belga.

53. Tale conclusione risponde ad un'esigenza non solo della certezza del diritto, ma anche del principio di leale cooperazione. Nella citata sentenza *Masterfoods* la Corte ha dichiarato che, «[q]uando la soluzione della controversia pendente dinanzi al giudice nazionale dipende dalla validità della decisione della Commissione, dall'obbligo di leale cooperazione deriva che il giudice nazionale, al fine di evitare di emettere una decisione incompatibile con quella della Commissione, dovrebbe sospendere il procedimento fino alla pronuncia della sentenza definitiva sul ricorso di annullamento da parte dei giudici comunitari, a meno che esso non ritenga che, nelle circostanze del caso di specie, sia giustificato deferire alla Corte una questione pregiudiziale sulla validità della decisione della Commissione»²⁶. Secondo la Corte, tale obbligo di sospensione discenderebbe dal fatto che «l'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza si fonda su un obbligo di leale cooperazione tra, da un lato, i giudici nazionali, e, dall'altro, rispettivamente, la Commissione e i giudici comunitari, obbligo nell'ambito del quale ciascuno agisce in funzione del ruolo assegnatogli dal Trattato»²⁷.

54. In sintesi, sebbene il rechtbank sia vincolato dalla constatazione dell'atto illecito contenuta nella decisione della Commissione, ciò non implica affatto che il controllo giurisdizionale ne risulti limitato e che le parti non abbiano accesso ad un «tribunale». Al contrario, spetta al rechtbank dichiarare e quantificare il danno subito dall'Unione nel caso di specie, previa determinazione del nesso causale, compito che comporta un'analisi dettagliata e complessa di natura giurisdizionale. Qualora avesse dubbi sulla validità della decisione della Commissione, il rechtbank, pur non potendo sindacare il contenuto di tale decisione, dato il monopolio sul controllo attribuito ai giudici dell'Unione, in circostanze come quelle della presente causa potrebbe sempre sospendere il procedimento in attesa che il Tribunale o la Corte confermino tale validità. Pertanto, si può concludere che il rechtbank non ha subito una limitazione dei suoi poteri giurisdizionali e le convenute non sono state private del diritto di accesso ad un giudice dotato di una competenza estesa al merito. Al contrario, e per effetto dell'esistenza di due ordinamenti che interagiscono tra loro e si assoggettano alle rispettive catene di validità, il processo rispecchia la ripartizione delle funzioni tra i due giudici, quello dell'Unione e quello nazionale, incaricati di pronunciarsi nell'esercizio delle rispettive competenze.

55. In definitiva, e alla luce degli argomenti esposti, ritengo che l'articolo 47 della Carta, nella parte relativa al diritto di accesso al giudice, debba essere interpretato nel senso che non osta a che un giudice nazionale si pronunci su una domanda di risarcimento dei danni subiti dall'Unione, quando l'infrazione che ha determinato il danno sia stata constatata con una decisione della Commissione adottata in forza dell'articolo 81, paragrafo 1, CE (divenuto articolo 101, paragrafo 1, TFUE).

B – *La parità delle armi tra le parti del processo civile*

56. Il giudice del rinvio chiede infine alla Corte se il fatto che la Commissione disponga di informazioni raccolte durante la procedura di infrazione alle quali non tutte le convenute hanno accesso, trattandosi di informazioni che possono essere soggette a segreto professionale, contravvenga al principio della parità delle armi risultante dall'articolo 47 della Carta e dall'articolo 6 della CEDU.

²⁶ — Sentenza *Masterfoods* e *HB*, cit., punto 57.

²⁷ — Sentenza *Masterfoods* e *HB*, cit., punto 56.

57. Il principio della parità delle armi, in quanto elemento del diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva garantito dall'articolo 47 della Carta, fa parte dell'ordinamento giuridico dell'Unione da molto tempo. Tale principio viene invocato non solo dinanzi ai giudici dell'Unione²⁸, ma anche nei procedimenti sanzionatori avviati dalla Commissione²⁹, così come nei procedimenti nazionali nei quali viene data attuazione al diritto dell'Unione³⁰. Occorre ora concentrarsi su quest'ultima ipotesi, in cui la Corte fa ampiamente riferimento alla giurisprudenza della Corte eur. D.U.

58. Secondo la Corte eur. D.U., il principio della parità delle armi è inteso ad assicurare l'equilibrio tra le parti del processo, garantendo così che qualsiasi documento prodotto dinanzi al giudice possa essere esaminato e contestato da ciascuna di esse. Il danno causato dalla mancanza di tale equilibrio deve essere dimostrato, in linea di principio, da chi lo ha subito³¹. Inoltre, sulla base della cosiddetta «teoria delle apparenze», applicata al principio della parità delle armi a partire dalla sentenza Kress c. Francia³², la Corte eur. D.U. ha dichiarato che anche uno squilibrio oggettivo e astratto può essere sufficiente per constatare una violazione di detto principio³³. Tale giurisprudenza è stata applicata principalmente nei procedimenti nazionali in materia penale, ma anche, sebbene con minor frequenza, in quelli di natura civile, sociale e amministrativa³⁴.

59. La Corte ha fatto propria tale giurisprudenza e ha applicato in molte occasioni le garanzie elaborate dalla Corte eur. D.U. descritte supra³⁵. Sebbene la giurisprudenza della Corte non sembri aver accolto con troppo entusiasmo la cosiddetta «teoria delle apparenze» e nella maggior parte dei casi richieda la prova di un danno effettivo derivante dallo squilibrio tra le parti, non vi è dubbio che il grado di tutela sia sostanzialmente analogo a quello garantito dalla Corte eur. D.U.³⁶.

60. Applicando la giurisprudenza citata al caso di specie, la questione che viene ora sottoposta alla Corte riguarda alcuni aspetti ben definiti. Da un lato, si contesta il fatto che la Commissione, in quanto rappresentante dell'Unione dinanzi ai giudici belgi, abbia accesso alle informazioni contenute nel fascicolo relativo alla decisione che ha constatato un'infrazione all'articolo 81, paragrafo 1, CE (divenuto articolo 101, paragrafo 1, TFUE). Le convenute nel procedimento principale sostengono che la Commissione ha potuto orientare la formulazione della decisione al fine di condizionare l'esito di un successiva domanda di risarcimento danni. Dall'altro, esse sottolineano la posizione privilegiata della Commissione in quanto soggetto da cui promana la decisione che predetermina l'illecito nel

28 — V., inter alia, ordinanza del 4 febbraio 2000, *Emesa Sugar* (C-17/98, Racc. pag. I-665, punti 8, 9 e 18), e sentenza del 10 febbraio 2000, *Deutsche Post* (C-270/97 e C-271/97, Racc. pag. I-929, punto 30).

29 — V., inter alia, sentenza del Tribunale del 20 marzo 2002, LR AF 1998/Commissione (T-23/99, Racc. pag. II-1705, punto 171).

30 — V., inter alia, sentenze del 9 ottobre 2008, *Katz* (C-404/07, Racc. pag. I-7607, punto 49), e del 2 maggio 2006, *Eurofood IFSC* (C-341/04, Racc. pag. I-3813, punto 66).

31 — V., inter alia, Corte eur. D.U., sentenze *Neumeister c. Austria* del 27 giugno 1968, Serie A n. 8; *Delcourt c. Belgio* del 17 gennaio 1970, Serie A n. 11; *Borgers c. Belgio* del 30 ottobre 1991, Serie A n. 214-B, e *Dombo Beheer c. Paesi Bassi* del 27 ottobre 1993, Serie A n. 274.

32 — Corte eur. D.U., sentenza *Kress c. Francia* del 7 giugno 2001, ricorso n. 39594/98, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-VI. Sulla teoria delle apparenze e la sua applicazione al principio della parità delle armi nella giurisprudenza della Corte eur. D.U., v. Alonso García, R., «El enjuiciamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del funcionamiento contencioso del Conseil d'État y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en concreto, del papel desempeñado, respectivamente, por el Comisario del Gobierno y por el Abogado General)», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2002, n. 1, pagg. 1 e segg., e Santamaría Dacal, A., «El Tribunal de Estrasburgo, el commissaire du gouvernement y la tiranía de las apariencias», *Revista de Administración Pública*, n. 157, 2002.

33 — Corte eur. D.U., sentenza *Kress*, cit. alla nota precedente, punto 85.

34 — V., inter alia, Corte eur. D.U., sentenze *Feldbrugge c. Paesi Bassi* del 29 maggio 1986, serie A n. 99; *Bendenoun c. Francia* del 24 febbraio 1994, serie A n. 284; *Hentrich c. Francia* del 22 settembre 1994, Serie A n. 296-A, e *Miailhe c. Francia* (n. 2) del 26 settembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV, fasc. 16.

35 — V., inter alia, sentenze del 26 giugno 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e a.* (C-305/05, Racc. pag. I-5305, punto 31); del 2 dicembre 2009, *Commissione/Irlanda e a.* (C-89/08 P, Racc. pag. I-11245, punti 52 e segg.), e del 17 dicembre 2009, riesame *M/EMEA* (C-197/09 RX-II, Racc. pag. I-12033, punti 39 e 40).

36 — Tale contrasto è confermato dal confronto tra la motivazione della sentenza della Corte eur. D.U. nella causa *Kress c. Francia*, cit., e quella della Corte nella causa *Emesa Sugar*, parimenti citata. Di fronte alla difficoltà di rispondere alle conclusioni dell'avvocato generale, la Corte ha concentrato l'attenzione sul danno effettivamente causato al ricorrente, senza mai menzionare la teoria delle apparenze. Ciò non significa che il livello di tutela sia inferiore a quello garantito dalla Corte eur. D.U., posto che, alcuni anni dopo, quest'ultima ha confermato la conclusione cui era giunta la Corte in detta causa (v. decisione *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij c. Paesi Bassi* del 20 gennaio 2009, ricorso n. 13645/05, *Recueil des arrêts et décisions* 2009).

procedimento nazionale. Infine, esse rilevano che le informazioni contenute nel fascicolo, comprese quelle soggette a segreto professionale, non sono state messe a disposizione di tutte le convenute, il che ha conferito alla Commissione un vantaggio informativo atto a pregiudicare l'equilibrio che deve regnare tra le parti del processo.

61. Per rispondere alla prima delle obiezioni fondate sul principio della parità delle armi, si deve rilevare anzitutto che le informazioni in possesso della Commissione alle quali fanno riferimento le convenute non sono state fornite al giudice nazionale. Così risulta dall'ordinanza di rinvio e dalle osservazioni scritte e orali presentate alla Corte. Pertanto, le informazioni controverse fanno parte di un fascicolo in possesso della Commissione il cui contenuto non è stato comunicato al giudice nazionale all'insaputa delle convenute.

62. Tale circostanza influisce in modo sostanziale sull'analisi del caso di specie, se lo si confronta con la giurisprudenza della Corte eur. D.U. Si deve infatti ricordare che, secondo tale giurisprudenza, la constatazione dello squilibrio deve riflettersi in qualche modo nell'intervento del giudice. In altre parole: la disparità consiste nel fatto che *il giudice* dispone di elementi, effettivi od oggettivi, che favoriscono una parte a svantaggio dell'altra, senza che quest'ultima disponga di strumenti efficaci per opporvisi.

63. Nelle circostanze del caso di specie, non è stato dimostrato che esistano informazioni diverse dalla decisione pubblica, di cui la Commissione dispone in quanto risultato di procedimenti anteriori, prodotta nel procedimento principale. Più avanti mi concentrerò sullo specifico utilizzo delle informazioni riservate nella causa a qua; per il momento è sufficiente aggiungere che, qualora tale circostanza fosse confermata, l'esito della strategia difensiva della Commissione dipenderà dall'efficacia degli argomenti svolti nella sua domanda, nonché dalla rilevanza dei fatti adottati nel procedimento civile. Qualora risultasse che le informazioni che tanto preoccupano le convenute emergono dall'atto introduttivo, o vengono prodotte come prova documentale, esse potrebbero comunque esaminarle e contestarle (fatte salve le obiezioni mosse a tale comportamento della Commissione sotto il profilo dell'obbligo di riservatezza, sul quale mi pronuncerò più avanti). Qualora, invece, tali informazioni non venissero prodotte nel corso del procedimento, difficilmente il giudice potrebbe spostare l'ago della bilancia a favore di una parte e a sfavore dell'altra. Pertanto, ritengo che la Commissione non si trovi a priori in una situazione di vantaggio tale da ledere il principio della parità delle armi per il semplice fatto di avere raccolto determinate informazioni nel corso di una precedente indagine.

64. Con la loro seconda obiezione fondata sul principio della parità delle armi, le convenute sostengono che il potere della Commissione di adottare decisioni vincolanti che predeterminano il fatto illecito nella causa principale provoca uno squilibrio nel procedimento incompatibile con l'articolo 6 della CEDU. In particolare, le parti della causa a qua hanno sottolineato l'importanza della sentenza *Yvon c. Francia*³⁷, in cui la Corte eur. D.U. ha dichiarato l'incompatibilità con l'articolo 6 della CEDU dell'intervento del commissario del governo francese in un procedimento di controllo giurisdizionale dell'indennità di espropriazione. In detta causa la Corte eur. D.U. ha considerato in particolare che la posizione assunta dal commissario del governo incideva sull'onere argomentativo del giudice. Sebbene l'importo indicato dal commissario del governo non fosse vincolante per il giudice, la Corte eur. D.U. ha sottolineato che il diritto francese obbligava il giudice, sia in primo grado che in appello, a motivare «espressamente» l'eventuale rigetto della proposta del commissario³⁸.

65. Oltre a tale circostanza, la Corte eur. D.U. ha preso in considerazione il fatto che l'interessato, nella specie l'espropriato, si contrapponeva sia all'amministrazione espropriante che al commissario del governo, e ha sottolineato che quest'ultimo disponeva di informazioni preziose alle quali l'espropriato non aveva accesso³⁹.

37 — Corte eur. D.U., sentenza *Yvon c. Francia* del 24 aprile 2003, ricorso n. 44962/98, *Recueil des arrêts et décisions* 2003-V.

38 — Corte eur. D.U., sentenza *Yvon c. Francia*, cit., punto 36.

39 — *Ibidem*, punto 37.

66. La somma delle tre circostanze (condizionamento del giudice, doppia difesa dell'amministrazione e accesso all'informazione), ma non ciascuna di esse singolarmente, determinava, secondo la Corte eur. D.U., una violazione dell'articolo 6 della CEDU.

67. È sufficiente rammentare le circostanze della causa *Yvon c. Francia* per giungere alla conclusione che la sentenza pronunciata in detta causa non conduce a mettere in discussione il ruolo della Commissione nel procedimento principale. Inoltre, come si è appena esposto, il fatto che la capacità di giudizio dell'organo giurisdizionale fosse condizionata dall'intervento del commissario del governo non è l'unico elemento sul quale la Corte eur. D.U. ha fondato la constatazione dell'infrazione all'articolo 6 della CEDU. Al contrario, ciò che determinava una violazione del diritto era la somma delle circostanze, ma non ciascuna di esse singolarmente. Oltre a ciò, come si è esposto ai paragrafi 50 e 52 delle presenti conclusioni, il fatto che il giudice nazionale sia vincolato dalla decisione della Commissione è una conseguenza della normale ripartizione di funzioni tra le giurisdizioni dell'Unione e quelle degli Stati membri, e le limitazioni che ne derivano per detto giudice sono compensate dal controllo sulla decisione svolto nell'ambito delle vie di ricorso previste dai Trattati.

68. In terzo e ultimo luogo, per quanto concerne il fatto che gli organi della Commissione competenti a svolgere il procedimento sanzionatorio erano i medesimi incaricati di proporre la domanda di risarcimento dei danni, ritengo che si tratti di una critica alla quale si possa facilmente controbattere. Le società convenute sostengono che la Commissione avrebbe sempre un accesso privilegiato al fascicolo del procedimento di infrazione, comprese le informazioni coperte da segreto professionale, al fine di proporre la domanda di risarcimento, dato che, in definitiva, si tratta di un organo collegiale le cui decisioni vengono adottate a maggioranza di tutti i suoi membri. Pertanto, sempre secondo le convenute, il soggetto da ultimo incaricato di adottare la decisione che constata un'infrazione sarebbe lo stesso incaricato di proporre la domanda di risarcimento dei danni a nome dell'Unione. Ne conseguirebbe che l'azione per responsabilità viene esercitata da una posizione di innegabile vantaggio, a detrimento delle convenute.

69. Neanche questo argomento convince, in quanto impone alla Commissione una *probatio diabolica* difficilmente superabile. Nelle sue osservazioni scritte, la Commissione ha spiegato che i servizi giuridici incaricati di preparare la domanda di risarcimento danni non hanno avuto contatti con i servizi che hanno trasmesso il fascicolo relativo all'infrazione. Ciò è stato confermato all'udienza, in cui l'agente della Commissione ha osservato che si tratta di una prassi abituale, applicata non solo nei casi in cui la Commissione partecipa ad un procedimento nazionale, ma anche, in generale, a qualsiasi tipo di procedimento nel quale le informazioni riservate potrebbero essere utilizzate per scopi diversi da quelli per i quali sono state fornite⁴⁰. Tale prassi è stata codificata all'articolo 28 del regolamento n. 1/2003, secondo cui le informazioni raccolte durante una procedura d'infrazione «possono essere utilizzate soltanto per lo scopo per il quale sono state assunte»⁴¹.

70. Se la Commissione fosse tenuta a dimostrare in ciascun caso quali misure ha adottato per garantire l'uso appropriato delle informazioni raccolte durante la fase di elaborazione di un fascicolo, le si chiederebbe di fornire la prova di un comportamento che, come si è appena rilevato, è prevista dalla normativa vigente. In tali circostanze, è ragionevole che l'onere probatorio ricada sulle parti convenute nel procedimento principale, le quali dovrebbero fornire prove effettive del fatto che la Commissione si è illegittimamente servita di informazioni riservate al fine di preparare la propria difesa in un procedimento civile come quello a quo. Come accade negli ordinamenti giuridici nazionali degli Stati membri dell'Unione, la prova di una violazione del diritto incombe, di regola, alla parte che la

40 — V. Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, adottato dalla Commissione [COM(2008) 165 def., punto 2.9]. V. anche Staff Working Document della Commissione complementare al Libro bianco citato, pagg. 84 e segg. V., al riguardo, Siracusa, M. e Rizza, C., *EU Competition Law*, vol. III, Claeys & Casteels, Deventer-Lovanio, 2012, pagg. 490 e segg.

41 — Benché tenendo conto delle eccezioni di cui agli articoli 12 e 15 del menzionato regolamento.

asserisce. Nella fattispecie, tale onere probatorio deve ricadere sulle convenute nel procedimento principale, le quali non hanno fornito alcun indizio del fatto che la Commissione abbia utilizzato illegittimamente informazioni fornite nell'ambito di procedure di infrazione istruite anteriormente alla proposizione della domanda dinanzi al rechtbank.

71. In conclusione, e alla luce degli argomenti precedentemente esposti, ritengo che l'articolo 47 della Carta, nella parte concernente il diritto alla parità delle armi, debba essere interpretato nel senso che non osta a che la Commissione proponga una domanda di risarcimento dei danni dinanzi ai giudici nazionali, nel caso in cui essa abbia precedentemente istruito un procedimento conclusosi con una decisione che è servita da fondamento a tale domanda.

VI – Conclusione

72. In considerazione di quanto sopra esposto, propongo alla Corte di rispondere come segue alla domanda di pronuncia pregiudiziale:

- «1) L'articolo 282 CE è applicabile ai procedimenti nazionali ancora in corso al 1° dicembre 2009 e non occorre esigere che l'Unione Europea soddisfi, dopo tale data, i requisiti di rappresentanza di cui all'articolo 335 TFUE.

L'articolo 282 CE deve essere interpretato nel senso che non osta a che la Commissione Europea agisca in giudizio in rappresentanza della Comunità Europea per chiedere il risarcimento di un danno subito da quest'ultima e riferibile a vari suoi organi e istituzioni.

- 2) L'articolo 47 della Carta, nella parte relativa al diritto di accesso a un giudice, deve essere interpretato nel senso che non osta a che un giudice nazionale si pronunci su una domanda di risarcimento dei danni subiti dall'Unione Europea, nel caso in cui l'infrazione che ha determinato il danno sia stata constatata con una decisione della Commissione Europea adottata in forza dell'articolo 81, paragrafo 1, CE (divenuto articolo 101, paragrafo 1, TFUE).

L'articolo 47 della Carta, nella parte concernente il diritto alla parità delle armi, deve essere interpretato nel senso che non osta a che la Commissione Europea proponga, in rappresentanza dell'Unione Europea, una domanda di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali, malgrado essa stessa abbia precedentemente istruito un procedimento per infrazione conclusosi con una decisione che è servita da fondamento a tale domanda».