

Concorrenza, cooperazione giudiziaria in materia penale e tutela dei diritti fondamentali: la portata espansiva del test *LM* nella sentenza *Sped-Pro* del Tribunale dell'Unione europea

di Alessandro Rosanò¹

Keywords: Rule of law; *LM* judgment; competition law

1. – La sentenza qui in commento (Tribunale dell'Unione europea, sentenza 9 febbraio 2022, *Sped-Pro*, T-791/19,) è di interesse perché, per la prima volta, la questione delle carenze sistemiche o generalizzate relative alla tenuta dello Stato di diritto viene affrontata dall'angolo prospettico del diritto della concorrenza (così L. Terminiello, *La sentenza Sped-Pro c. Commissione: sull'importanza del rispetto dello Stato di diritto per la tenuta del sistema di applicazione delle regole antitrust dell'Unione*, in *BlogDUE*, 22 marzo 2022, 1). È noto che lo Stato di diritto rientra tra i valori fondativi dell'Unione europea, i quali, come riconosciuto dalla Corte di giustizia, definiscono l'identità stessa dell'ordinamento giuridico dell'Unione e, concretizzandosi in principi, comportano obblighi giuridicamente rilevanti per gli Stati membri (CGUE, sentenza del 16 febbraio 2022, *Ungheria/Parlamento e Consiglio*, C-156/21, punti 127, 232). Tra i principi in parola rientrano quelli di legalità e certezza del diritto, divieto di arbitrarietà del potere esecutivo, tutela giurisdizionale effettiva e separazione dei poteri, uguaglianza davanti alla legge e non discriminazione (CGUE, sentenza del 16 febbraio 2022, *Polonia/Parlamento e Consiglio*, C-157/21, punto 290; per un commento alle due sentenze ora citate, con le quali la Corte di giustizia ha respinto i ricorsi proposti da Ungheria e Polonia al fine di vedere dichiarata l'invalidità del cd. regolamento condizionalità, J. Alberti, *Adelante, presto, con juicio. Prime considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia che sancisce la legittimità del Regolamento condizionalità*, in *Eurojus*, 1/2022, 25-45; M. Buccarella, *Le pronunce della Corte di Giustizia sul nuovo meccanismo di condizionalità finanziaria orizzontale: la legittimità del Regolamento 2020/2092 nel segno della trasparenza amministrativa e di una (ri)affermata identità europea*,

1745

¹ Docente a contratto di Diritto dell'Unione europea e Diritto internazionale presso l'Università della Valle d'Aosta. L'Autore desidera ringraziare Alberto Miglio, Enrico Salmini Sturli e il revisore anonimo per i consigli ricevuti ai fini dell'elaborazione del presente scritto. Eventuali errori, imprecisioni e/o omissioni rimangono di esclusiva responsabilità dell'Autore.

in questa *Rivista*, 2/2022, 1279-1295; P. Mori, *La Corte di giustizia conferma la legittimità del regolamento sulla condizionalità finanziaria. L'Italia, unico tra gli Stati fondatori, non interviene*, in *BlogDUE*, 17 febbraio 2022).

Il rispetto dovuto dagli Stati membri allo Stato di diritto – e agli altri valori indicati all'art. 2 TUE – si configura come una condizione per il godimento dei diritti derivanti dai Trattati e comporta che non possano essere adottate normative nazionali che determinino una regressione rispetto alla tutela del valore in questione. Ciò è stato affermato da parte della Corte di giustizia in particolar modo con riferimento a questioni concernenti leggi in materia di organizzazione della giustizia, reputate tali da compromettere l'indipendenza del potere giudiziario (CGUE, sentenza 20 aprile 2021, *Repubblica*, C-896/19, punto 63 e sentenza 15 luglio 2021, *Commissione/Polonia (Régime disciplinaire des juges)*, causa C-791/19, punto 51; per un commento alla prima di queste pronunce, M.E. Bartoloni, *Limiti ratione temporis all'applicazione del principio della tutela giurisdizionale effettiva: riflessioni in margine alla sentenza Repubblica c. Il-Prim Ministru*, in *Osservatorio europeo*, maggio 2021).

La centralità del tema dell'indipendenza del potere giudiziario ai fini del diritto dell'Unione europea è ben conosciuta (in generale, C. Iannone, G. Etienne, *La Cour de justice de l'Union européenne et le respect du principe de l'indépendance du juge national*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1/2020, 65-98). Come confermato da una giurisprudenza costante della Corte di giustizia, l'indipendenza presenta due caratteri: il primo, esterno, concerne le garanzie che pongono l'autorità giudiziaria al riparo da pressioni o interventi provenienti da altri soggetti (*in primis*, l'esecutivo) tali da incidere sulla decisione delle controversie presentate a quell'autorità (si veda, *ex multis*, CGUE, sentenza 6 ottobre 2015, *Consorci Sanitari del Maresme*, C-203/14, punto 18). Il secondo, interno, riguarda l'imparzialità e l'obiettività dell'autorità in parola e, quindi, attiene al profilo dell'equidistanza rispetto alle parti della controversia (si veda, *ex multis*, CGUE, sentenza 6 luglio 2000, *Abrahamsson e Anderson*, C-407/98, punto 32). Nella sentenza *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, l'indipendenza del potere giudiziario è stata ricollegata al principio di tutela giurisdizionale effettiva, espresso all'art. 19, par. 1, TUE, chiarendosi che giudici nazionali indipendenti sono necessari per garantire una tutela di quel tipo e, in generale, lo Stato di diritto (CGUE, sentenza 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, sulla quale A. Miglio, *Indipendenza del giudice, crisi dello stato di diritto e tutela giurisdizionale effettiva negli Stati membri dell'Unione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2018, 421-431).

Il tema ha assunto rilievo anche nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale e, precisamente, per quel che attiene alla disciplina del mandato d'arresto europeo (MAE), alla luce della crisi dello Stato di diritto in atto in Polonia (sulla quale, M.A. Orlandi, *La crisi costituzionale polacca*, in C. Murgia (a cura di), *Scritti in onore di Sara Volterra*, Torino, 2017, 681 ss.; M. Aranci, *I recenti interventi della Corte di giustizia a tutela della rule of law in relazione alla crisi polacca*, in *European Papers*, 1/2019, 271-283; W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019; M. Wyrzykowski, *Experiencing the Unimaginable: the Collapse of the Rule of Law*

in Poland, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2-3/2019, 417-422). Valorizzando il fatto che, in forza del principio di fiducia reciproca, bisogna ritenere che gli Stati membri rispettino il diritto dell'Unione europea e, in particolare, i diritti fondamentali da esso garantiti, a meno che non sussistano circostanze eccezionali che pongano in discussione ciò, e riprendendo quanto già affermato nella sentenza *Aranyosi e Căldăraru* con riferimento al divieto di trattamenti inumani e degradanti, la Corte di giustizia ha riconosciuto, nella sentenza *Minister for Justice and Equality (Carenze del sistema giudiziario)*, meglio nota come sentenza *LM*, che è possibile giungere a non eseguire un MAE nell'ipotesi in cui l'esecuzione di questo esponga il destinatario a una violazione del suo diritto a un giudice indipendente. A tal fine l'autorità giudiziaria dello Stato membro di esecuzione deve procedere all'applicazione di un test articolato in due fasi. Nella prima fase, l'autorità in questione, sulla base di elementi oggettivi, attendibili, precisi e debitamente aggiornati riguardanti il funzionamento del sistema giudiziario nello Stato membro emittente, valuta se sussista un rischio reale di violazione del diritto fondamentale a causa di carenze sistemiche o generalizzate. In caso di esito positivo, l'autorità deve stabilire in modo concreto e preciso se esistano motivi seri e comprovati per ritenere che, in seguito alla consegna, il destinatario del MAE corra effettivamente il rischio di vedere violato il suo diritto (CGUE, sentenza 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, C-404/15 e C-659/15 PPU; per un commento, S. Gáspár-Szilágyi, *Joined Cases Aranyosi and Căldăraru: Converging Human Rights Standards, Mutual Trust and a New Ground for Postponing a European Arrest Warrant*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2-3/2016, 197-219; sugli sviluppi successivi, A. Łazowski, *The sky is not the limit: mutual trust and mutual recognition après Aranyosi and Căldăraru*, in *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, 2018, 1-30; CGUE, sentenza 25 luglio 2018, *Minister for Justice and Equality (Carenze del sistema giudiziario)*, C-216/18, sulla quale P. Bárd, W. van Ballegooij, *Judicial independence as a precondition for mutual trust? The CJEU in Minister for Justice and Equality v. LM*, in *New Journal of European Criminal Law*, 3/2018, 353-365).

In seguito, la Corte ha chiarito che la mera sussistenza di carenze sistemiche o generalizzate in atto quanto all'indipendenza del potere in uno Stato membro (prima parte del test) non può condurre a ritenere che tutte le autorità giudiziarie di emissione di quello Stato non siano indipendenti e, di conseguenza, a ritenere che il destinatario del MAE vedrà violati i suoi diritti. Pertanto, è obbligatorio procedere a eseguire anche la seconda fase del test (CGUE, sentenza 17 dicembre 2020, *Openbaar Ministerie (Indépendance de l'autorité judiciaire d'émission)*, C-354/20 PPU e C-412/20 PPU, sulla quale A. Rosanò, *The road not taken? Recenti sviluppi sulla nozione di autorità giudiziaria emittente nell'ambito del MAE*, in *La Legislazione Penale*, 8 marzo 2021).

L'impostazione ora riassunta ha trovato ulteriore conferma in seguito, quando la Corte di giustizia ha riconosciuto che il test *LM* può essere validamente applicato anche per quel che riguarda la tutela del diritto a giudice costituito per legge e ha fornito indicazioni specifiche per quanto attiene all'*onus probandi* ai fini della seconda parte del test. Sottolineato che

è compito del destinatario del MAE offrire prove specifiche quanto al rischio in concreto, l'orientamento sopra evocato è stato confermato nella pronuncia *Openbaar Ministerie (Tribunal établi par la loi dans l'État membre d'émission)*, nella quale la Corte ha sottolineato che, quanto alla prima fase del test *Aranyosi e Căldăraru*, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve effettuare un'analisi globale, sulla base di elementi oggettivi, affidabili, specifici e adeguatamente aggiornati, quali la proposta motivata della Commissione europea ex art. 7 TUE e la giurisprudenza delle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo. Quanto alla seconda fase, spetta al destinatario del MAE fornire prove specifiche circa il rischio in concreto, che potranno essere eventualmente integrate attraverso informazioni provenienti dall'autorità giudiziaria dello Stato membro di emissione. Ove si tratti di un MAE emesso per ottenere la consegna di un soggetto nei cui confronti debba essere esercitata l'azione penale, le informazioni devono permettere di svolgere una valutazione complessiva delle circostanze del caso concreto. A tal fine possono assumere rilievo dichiarazioni provenienti da autorità pubbliche che incidano sulla causa specifica e informazioni concernenti la situazione personale del destinatario del MAE, la natura dei reati per i quali questi sia perseguito, il contesto di fatto in cui si inserisce l'emissione del MAE e qualsiasi altra informazione riguardante i giudici che compongono il collegio giudicante verosimilmente competente a conoscere del procedimento successivamente alla consegna. Per quanto riguarda i MAE emessi per procedere all'esecuzione di una pena già inflitta (*in executivis*), si tratta di considerare elementi concernenti la procedura di nomina dei giudici che hanno composto il collegio giudicante, l'eventuale distacco di questi ultimi e lo svolgimento del procedimento penale (CGUE, sentenza 22 febbraio 2022, *Openbaar Ministerie (Tribunal établi par la loi dans l'État membre d'émission)*, C-562/21 PPU e C-563/21 PPU).

La sentenza *Sped-Pro* assume allora rilievo perché, per risolvere la questione portata alla sua attenzione quanto alla carente indipendenza di un'autorità nazionale garante della concorrenza (ANC), il Tribunale dell'Unione europea ha ripreso il ragionamento svolto dalla Corte a partire dalla sentenza *LM*.

2. – La controversia trae origine dalle rimostranze della *Sped-Pro*, una società polacca operante nell'ambito dei servizi di spedizione. Nello svolgimento di tale attività, la *Sped-Pro* si avvale dei servizi di trasporto ferroviario delle merci della PKP Cargo (nel prosieguo, la PKP), controllata dallo Stato. Nel 2016, la *Sped-Pro* denuncia la PKP alla Commissione europea, affermando che la PKP avrebbe abusato della propria posizione dominante, violando così l'art. 102 TFUE, a causa del suo rifiuto di concludere un contratto di cooperazione pluriennale alle condizioni di mercato. Con la decisione C(2019) 6099 final del 12 agosto 2019 (caso AT.40459 – Spedizione di merci per ferrovia in Polonia – PKP Cargo), la Commissione europea respinge la denuncia, ritenendo che l'ANC polacca sarebbe stata in una posizione migliore per vagliarla. L'affermazione si ricollega al fatto che il regolamento (CE) n. 1/2003 ha istituito un sistema decentrato di *enforcement* in materia di diritto della concorrenza, definendo “una rete di pubbliche autorità che applicano le regole di concorrenza comunitarie in stretta cooperazione” (considerando n. 15 del regolamento)

basata sul ruolo tanto della Commissione europea, quanto delle autorità nazionali garanti (art. 11). La cooperazione ha luogo tra la Commissione e le autorità nazionali, tra autorità nazionale e autorità nazionale e tra Commissione o autorità nazionali e giudici nazionali (considerando n. 21 e 28). In particolar modo, le autorità nazionali sono competenti ad applicare il diritto della concorrenza in casi individuali, potendo ordinare la cessazione di un'infrazione, disporre misure cautelari, accettare impegni e comminare ammende, penalità di mora o qualunque altra sanzione prevista dal diritto nazionale (art. 5; sul regolamento (CE) n. 1/2003, F. Munari, *Antitrust Enforcement after the Entry into Force of Regulation No. 1/2003: The Interplay between the Commission and the NCAs and the Need for an Enhanced Role of National Courts*, in B. Cortese (ed.), *EU Competition Law. Between Public and Private Enforcement*, Alphen aan den Rijn, 2014, 111-127 e A. M. Romito, *Ruolo e funzioni dell'European Competition Network: dal regolamento (CE) n. 1/2003 alla direttiva ECN*, Bari, 2020).

La decisione della Commissione viene impugnata dalla Sped-Pro dinanzi al Tribunale dell'Unione europea al fine di vederla annullata. Le ragioni addotte sono tre (la prima risulta articolata in due parti): la decisione non sarebbe stata assunta entro un termine ragionevole e non sarebbe adeguatamente motivata; la decisione non terrebbe conto dell'interesse dell'Unione a procedere nell'esame della denuncia; la Commissione sarebbe stata in una posizione migliore per esaminare la denuncia per via delle carenze sistemiche o generalizzate in atto in Polonia e, in particolar modo, per la mancanza di indipendenza dell'ANC polacca e dei giudici nazionali competenti in materia di concorrenza.

Quanto alla prima parte del primo motivo, concernente il principio della ragionevole durata dei procedimenti amministrativi (sancito dall'art. 41, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e riconosciuto dalla giurisprudenza dell'Unione, per esempio in CGUE, sentenza 19 dicembre 2012, *Heineken Nederland e Heineken/Commissione*, C-452/11), il Tribunale rileva che tra la proposizione della denuncia da parte di Sped-Pro e la decisione della Commissione europea sono intercorsi due anni e nove mesi. Secondo la Commissione europea, ciò sarebbe dovuto alla complessità delle questioni di fatto e di diritto sollevate dalla ricorrente e dalla circostanza che essa avrebbe presentato, nel corso del procedimento, un'integrazione della denuncia, nonché osservazioni e informazioni supplementari. Posto che la Commissione si è limitata a statuire che l'ANC polacca era in condizione di meglio valutare la situazione, ciò porta il Tribunale a dubitare di tale giustificazione. Tuttavia, per giurisprudenza della Corte di giustizia, la violazione del principio del termine ragionevole comporta l'annullamento di una decisione della Commissione solo ove essa abbia avuto un'incidenza sull'esito del procedimento. Spetta al ricorrente fornire prova di questo ma, nel caso in discussione, la Sped-Pro non ha presentato nessun elemento rilevante. Pertanto, la prima parte del primo motivo viene respinta in quanto infondata (sentenza *Sped-Pro*, punti 29-34).

Per quel che riguarda il secondo motivo, il Tribunale afferma che la Commissione europea gode di un potere discrezionale nel definire l'ordine con cui le denunce vengono esaminate e nel respingerle per mancanza di interesse dell'Unione. Tale potere, però, non è illimitato, in quanto la Commissione è tenuta a prendere nella dovuta considerazione tutti gli

elementi di fatto e di diritto portati alla sua attenzione e in quanto è assicurato un controllo giurisdizionale circa le decisioni di rigetto, funzionale a verificare che la decisione non si basi su fatti materialmente inesatti e non sia viziata da errori di diritto, errori manifesti di valutazione o sviamento di potere. Nel caso concreto non si riscontrano tali circostanze, visto che la Commissione ha concluso nel senso che l'ANC polacca fosse in una posizione migliore per decidere alla luce del fatto che la ricorrente è una società polacca, le pratiche denunciate come abusive sarebbero state poste in essere da un'altra società polacca e gli effetti di questi si sarebbero registrati nel mercato polacco. Dunque, anche il secondo motivo di ricorso è respinto (sentenza *Sped-Pro*, punti 38-53).

Infine, con riferimento al secondo motivo e alla seconda parte del primo motivo, la ricorrente fa valere che la conclusione cui è giunta la Commissione europea sarebbe sbagliata in ragione della subordinazione dell'ANC polacca al potere esecutivo e del fatto che gli organi giudiziari nazionali competenti in materia di concorrenza non godrebbero delle necessarie garanzie di indipendenza. Sul punto, il Tribunale sottolinea che, nella propria decisione, la Commissione europea ha richiamato la sentenza *LM* al fine di condurre una valutazione al riguardo (si tratta del punto 25 della decisione sopra citata, il quale verrà illustrato più approfonditamente *infra*). Il governo polacco, intervenuto nella controversia dinanzi al Tribunale, sostiene che tale applicazione analogica sarebbe scorretta, in quanto la sentenza *LM* attiene alla cooperazione giudiziaria in materia penale e, soprattutto, all'esecuzione di un MAE, non al diritto della concorrenza. Sul punto, il Tribunale riconosce che, indubbiamente, esistono delle differenze tra le circostanze che hanno portato alla sentenza *LM* e quelle della causa qui in discussione, ma reputa che l'applicazione analogica sia corretta. Secondo il Tribunale, infatti, tanto le previsioni in materia di MAE quanto quelle relative alla rete europea della concorrenza e alla cooperazione tra la Commissione europea e i giudici nazionali per l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE "istituiscono un sistema di stretta cooperazione tra le autorità competenti basato sui principi di riconoscimento reciproco, di fiducia reciproca e di leale cooperazione", i quali impongono alle autorità garanti della concorrenza e ai giudici nazionali di ritenere, eccezion fatta per circostanze eccezionali, che tutte le altre autorità e gli altri giudici rispettino il diritto dell'Unione e i diritti fondamentali garantiti da questo (sentenza *Sped-Pro*, punti 85 e 88). Allora, la Commissione europea può respingere una denuncia per mancanza di interesse dell'Unione, purché i diritti del denunciante possano essere tutelati in maniera soddisfacente dalle autorità nazionali; pertanto, la Commissione è tenuta a svolgere un accertamento al riguardo (sentenza *Sped-Pro*, punti 89-90). Nel caso concreto, secondo il Tribunale, la Commissione non ha esaminato adeguatamente alcuni indizi prodotti dalla ricorrente, quali il fatto che la PKP era controllata dallo Stato, che quindi l'ANC avrebbe potuto non operare in maniera imparziale nel valutare la controversia e che il Presidente dell'ANC è nominato e revocato dal Primo ministro senza che la legge individui la durata del mandato e i motivi della revoca. A questo si aggiungono ulteriori considerazioni: la società controllante della PKP fa parte di una fondazione attiva nel promuovere la riforma del sistema giudiziario in Polonia; nel 2017 il procuratore generale della Polonia (nonché

Ministro della giustizia) aveva proposto opposizione contro la decisione resa dalla ANC in un altro caso riguardante un abuso di posizione dominante della PKP; in altri casi, l'ANC avrebbe inflitto sanzioni blande nei confronti della PKP; gli organi giudiziari competenti in materia di concorrenza non vedrebbero garantita sufficientemente la loro indipendenza (sentenza *Sped-Pro*, punti 99-102). Da parte sua, la Commissione si è limitata ad affermare che gli argomenti avanzati dalla ricorrente contenevano affermazioni non comprovate e che il fatto che il Presidente dell'ANC è nominato dal Primo ministro non compromette l'indipendenza delle decisioni dell'ANC stessa. Dunque, la motivazione della decisione di rigetto si configura come sommaria, in quanto non consente “né alla ricorrente di conoscere le ragioni per le quali la Commissione ha escluso gli indizi concreti da essa dedotti ... né al Tribunale di esercitare un controllo effettivo sulla legittimità di tale decisione e di valutare se sussistessero motivi seri e comprovati per ritenere che la ricorrente corresse un rischio effettivo di violazione dei suoi diritti”. Perciò, la decisione della Commissione viene annullata (sentenza *Sped-Pro*, punti 105-106).

3. – Tra i primi commentatori della sentenza *Sped-Pro* vi è chi ha posto in evidenza che tale pronuncia sarebbe espressiva dell'importanza trasversale assunta da considerazioni inerenti al rispetto dello Stato di diritto nei diversi settori di competenza dell'Unione e che essa permetterebbe di comprendere come valori un tempo meramente astratti avrebbero assunto sempre di più una dimensione giustiziabile (così D. Pérez de Lamo, *Mutual Trust and Rule-of-Law Considerations in EU Competition Law: The General Court Extends the “L.M. Doctrine” to Cooperation Between Competition Authorities (Sped-Pro, T-791/19)*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 1 marzo 2022). L'affermazione è innegabile, considerato che i valori di cui all'art. 2 TUE innervano l'Unione nel suo complesso. Dunque, ancorché la giurisprudenza sviluppata dalla Corte di giustizia con riferimento alla crisi dello Stato di diritto abbia interessato altri ambiti, nulla esclude che l'impostazione già emersa in quelli possa essere ripresa e riferita al diritto della concorrenza, tenuto conto anche di come esso rientri tra le competenze esclusive dell'Unione.

Allo stesso modo, nulla esclude che il test *LM* possa essere fatto oggetto di applicazione analogica. Al di là di quanto sostenuto dal Tribunale, che si è sforzato di dimostrare le similitudini tra cooperazione giudiziaria in materia penale e diritto della concorrenza (si avrà modo di tornare sul tema *infra*), è da notare che lo stesso test è il derivato di un'applicazione analogica. Infatti, originariamente, la Corte di giustizia aveva sostenuto, con riferimento al sistema comune di asilo, che “nell'ipotesi in cui si abbia motivo di temere seriamente che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo nello Stato membro competente, che implicino un trattamento inumano o degradante, ai sensi dell'art. 4 della Carta, dei richiedenti asilo trasferiti nel territorio di questo Stato membro, tale trasferimento sarebbe incompatibile con detta disposizione”; dunque, “gli Stati membri, compresi gli organi giurisdizionali nazionali, sono tenuti a non trasferire un richiedente asilo verso lo Stato membro competente ... quando non possono ignorare che le carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in tale Stato membro costituiscono motivi seri e comprovati

di credere che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti” (CGUE, sentenza 21 dicembre 2011, *N.S. e a.*, C-411/10 e C-493/10, punti 86-94). In questo caso, la Corte di giustizia aveva posto come punto di partenza del proprio ragionamento il principio di fiducia reciproca, in forza del quale era stato introdotto il sistema comune di asilo con l’obiettivo principale di accelerare il trattamento delle domande nell’interesse sia dei richiedenti asilo, sia degli Stati membri (sentenza *N.S. e a.*, punto 83; su questa sentenza, G. Morgese, *Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronunzia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri*, in *Studi sull’integrazione europea*, 1/2012, 147-162; G. Mellon, *The Charter of Fundamental Rights and the Dublin Convention: An Analysis of N.S. v. Secretary of State for the Home Department (C-411/10)*, in *European Public Law*, 4/2012, 655-663; T. Van den Sanden, *Joined Cases C-411/10 & C-493/10, N.S. V. Sec’y of State for the Home Dep’t*, in *Columbia Journal of European Law*, 1/2012-2013, 143-174).

Individuata allora nella fiducia reciproca la premessa grazie alla quale è possibile – come fa il Tribunale – accostare cooperazione giudiziaria in materia penale e concorrenza, si giunge alla conclusione che il test *LM* possa applicarsi anche nel secondo di tali ambiti. Peraltro, proprio alla luce di tale dato, sembra possibile ipotizzare il ricorso al test in parola anche in ulteriori casi. Può farsi l’esempio del Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVF), nel cui contesto operano (anche) l’Autorità bancaria europea, l’Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali e l’Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati. I regolamenti istitutivi di dette autorità prevedono, tra l’altro, che esse effettuino regolarmente verifiche *inter pares* di tutte le attività delle autorità competenti degli Stati membri o di parte di esse in modo da rafforzare l’uniformità e l’efficacia dei risultati in materia di vigilanza. Tali verifiche includono anche una valutazione del grado di indipendenza delle autorità competenti (valga per tutti il riferimento all’art. 30, par. 3, lett. a) del regolamento (UE) n. 1093/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, che istituisce l’Autorità europea di vigilanza (Autorità bancaria europea), modifica la decisione n. 716/2009/CE e abroga la decisione 2009/78/CE della Commissione). Il test *LM* potrebbe fornire una guida nello svolgimento di questa funzione (sul SEVF, R. D’Ambrosio, *Le autorità di vigilanza finanziaria dell’Unione*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2/2011, 109-144; M. Andenas, G. Deipenbrock (eds), *Regulating and Supervising European Financial Markets. More Risks than Achievements*, Cham, 2016; M. Simoncini, *Nuovi regolatori e vecchi principi nel diritto dell’UE. Poteri e limiti delle autorità europee di vigilanza finanziaria*, in F. Lanchester (a cura di), *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*, Milano, 2016, 441-472).

Tornando al tema centrale, l’utilità del test ai fini del diritto della concorrenza deve essere rimarcata alla luce di considerazioni tanto di fatto, quanto di diritto. Infatti, è stato notato che le ramificazioni delle crisi dello Stato di diritto sono ormai giunte fino al settore qui di interesse. In Ungheria, per esempio, sono state approvate riforme dirette a rilassare i controlli quanto a cartelli anticoncorrenziali e gare d’appalto o, addirittura, a esentare imprese coinvolte in attività anticoncorrenziali dall’applicazione

della normativa nazionale rilevante (K. Cseres, M. Borgers, *Mutual (Dis)trust. EU Competition Law Enforcement in the Shadow of the Rule of Law Crisis*, in *Verfassungsblog*, 16 febbraio 2022; in generale sulla crisi dello Stato di diritto in Ungheria, M. Volpi, *La nuova Costituzione ungherese. Una democrazia dimezzata*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2012, 1013-1026.; G. Halmai, *The Early Retirement Age of the Hungarian Judges*, in F. Nicola, B. Davies (eds.), *EU Law Stories: Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, Cambridge, 2017, 471-488; A. Di Gregorio, *Hungarian constitutional developments and measures to protect the rule of law in Europe*, in questa *Rivista*, 2/2019, 1465-1481). A questo si aggiunge che con la direttiva (UE) 2019/1, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace quanto agli articoli 101 e 102 TFUE e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno, si è cercato di fare sì, tra l'altro, che le autorità garanti godano di adeguate garanzie di indipendenza, in modo che “siano protette da qualsiasi intervento o pressione politica esterni che sia tale da comprometterne l'imparzialità nella valutazione delle questioni loro sottoposte” (considerando n. 17 della direttiva). Al riguardo, l'art. 4 stabilisce che gli Stati membri devono provvedere affinché tali autorità svolgano i loro compiti ed esercitino i loro poteri in modo imparziale e nell'interesse di un'applicazione efficace e uniforme del diritto della concorrenza, subordinatamente a obblighi proporzionati di responsabilità e senza pregiudicare la stretta cooperazione tra le autorità garanti della concorrenza nell'ambito della rete europea della concorrenza. A tal fine, gli Stati membri devono assicurare almeno che il personale delle autorità sia in grado di svolgere i propri compiti ed esercitare i propri poteri in modo indipendente da ingerenze politiche e da altre influenze esterne e che non solleciti né accetti istruzioni dal governo o da altre entità pubbliche o private. Si prevede inoltre che il personale possa essere sollevato dal proprio incarico solamente se non soddisfa più le condizioni richieste per lo svolgimento dei propri compiti o se riconosciuto responsabile di gravi illeciti ai sensi del diritto nazionale (sulla direttiva, E. Latorre, *La Direttiva N. 1/2019 e il suo impatto sulla disciplina antitrust dell'Unione europea*, in *Eurojus.it*, 3/2019, 239-254 e C. Potocnik-Manzouri, *The ECN+ Directive: An Example of Decentralised Cooperation to Enforce Competition Law*, in *European Papers*, 2/2021, 987-1013).

Allora, non può che ritenersi benvenuta l'applicazione analogica del test *LM* al settore della concorrenza, visto che si tratta di uno strumento idoneo a permettere un controllo quanto al rispetto del requisito dell'indipendenza da parte delle autorità garanti. Nel caso *Sped-Pro*, il controllo è di competenza della Commissione europea ma, per quanto il Tribunale non sembri avere operato un'affermazione in questo senso, è da ritenersi, data la struttura decentrata del sistema di *enforcement* risultante dal regolamento 1/2003 e dalla direttiva 2019/1 di cui si diceva, che esso potrà essere svolto anche da una ANC nei confronti di un'altra ANC. In questo senso potrebbe valorizzarsi quanto chiarito dalla Commissione europea nella Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (2004/C 101/03). Al punto 14 si legge che la Commissione è nella posizione più idonea a trattare un caso “quando uno o più accordi o pratiche ... incidono sulla concorrenza in più di tre Stati membri (mercati transfrontalieri che coprono più di tre Stati membri o

diversi mercati nazionali)". Al riguardo, la Commissione fornisce un esempio, facendo riferimento alla situazione di un'impresa che, detenendo una posizione dominante in quattro diversi mercati nazionali, abusi della propria posizione, imponendo sconti fedeltà ai suoi distributori in tali mercati. Allora, facendo l'ipotesi di un'impresa che detenga una posizione dominante in tre mercati nazionali e in questi abusi della sua posizione dominante, si potrebbe sostenere che le ANC siano meglio in grado di affrontare il caso. Ove una di queste ritenesse di declinare la propria competenza, reputando che un'altra sia maggiormente legittimata, la questione dell'indipendenza della seconda ANC potrebbe sorgere e dovrebbe essere affrontata secondo le modalità chiarite nella sentenza *Sped-Pro*.

Ulteriormente, può notarsi che il rinvio a *LM* è evidentemente da intendersi come rinvio al filone che si è sviluppato nel corso del tempo a partire da questa sentenza. Ciò permette di risolvere il dubbio che è stato avanzato da chi ha affermato che "in assenza di chiarimenti da parte del Tribunale in relazione a quali siano gli elementi che in astratto possano consentire di ritenere soddisfatto [l']onere della prova, ... la necessità di dover fornire indizi seri e comprovati potrebbe rappresentare un ostacolo non da poco alla possibilità di invocare l'applicazione, in futuro, della pronuncia in commento" (così L. Terminiello, cit., p. 10). Infatti, considerando la giurisprudenza successiva e, in particolar modo, la già citata sentenza *Openbaar Ministerie (Tribunal établi par la loi dans l'État membre d'émission)*, è possibile individuare le indicazioni necessarie a tal fine. Come si diceva *supra*, con riferimento all'ipotesi di un MAE emesso al fine di esercitare l'azione penale, la Corte di giustizia ha affermato, ai fini dell'applicazione della seconda parte del test, che il destinatario del MAE deve fornire informazioni che devono permettere di svolgere una valutazione complessiva delle circostanze del caso concreto, relative a dichiarazioni provenienti da autorità pubbliche che incidano sulla causa specifica, alla situazione personale del destinatario, alla natura dei reati per i quali egli sia perseguito, al contesto di fatto in cui si inserisce l'emissione del MAE, nonché altre informazioni sui giudici che compongono il collegio giudicante verosimilmente competente. Nell'ipotesi di una valutazione concernente un'ANC, può ritenersi che parimenti l'impresa interessata a contestare l'indipendenza di un'autorità garante dovrà fornire informazioni che dovranno permettere una valutazione complessiva delle circostanze del caso concreto e che, a tale scopo, saranno da considerarsi dichiarazioni provenienti da autorità pubbliche che incidano su quel caso. Assumeranno inoltre rilievo la situazione dell'impresa la cui condotta debba essere valutata, la natura delle contestazioni quanto a violazioni del diritto della concorrenza, il contesto di fatto e informazioni concernenti la composizione dell'ANC.

4. – Considerando quanto detto fino ad ora, può ragionevolmente ritenersi che la sentenza *Sped-Pro* rappresenti un avanzamento per il diritto nell'Unione europea, tale da aggiungere una freccia in più all'arco della Commissione europea (e, considerato quanto sostenuto poco fa, anche a quello delle autorità garanti) nel contrasto al fenomeno della crisi dello Stato di diritto.

Si ritiene comunque opportuno svolgere alcune considerazioni critiche. Nell'annullare la decisione della Commissione, il Tribunale osserva che ciò dipenderebbe dalla sommarietà della motivazione adottata dall'esecutivo europeo e, quindi, dall'assenza di una vera e propria valutazione sostanziale degli indizi dedotti dalla Sped-Pro. L'affermazione è corretta, ma a questo deve aggiungersi anche che l'interpretazione del test *LM* offerta dalla Commissione non sembra potere andare esente da una qualche forma di perplessità. Infatti, nella propria decisione, la Commissione sostiene che, sulla base della sentenza *LM*, la ricorrente dovrebbe dimostrare che sussistono seri motivi per ritenere che correrebbe un rischio reale di violazione del suo diritto fondamentale (punto 25 della decisione). In realtà, non è così. Sulla base della giurisprudenza sviluppatasi a partire da *Aranyosi e Căldăraru*, devono sussistere carenze sistemiche o generalizzate. Per quanto tale concetto non sia stato definito dalla Corte di giustizia (sul punto, M. Lanotte, *I criteri funzionali al riconoscimento di una "carezza sistemica o generalizzata" dei valori fondanti dell'Unione europea*, in *I Post di AISDUE*, 9 giugno 2022), potrebbe intuitivamente convenirsi con quella dottrina secondo la quale come tali dovrebbero identificarsi situazioni in cui l'intero sistema dello Stato di diritto è stato compromesso e, di conseguenza, esso non sarebbe più in grado di svolgere le proprie funzioni (così A. von Bogdandy, M. Ioannidis, *Systemic Deficiency in the Rule of Law: What it is, What has been done, What can be done*, in *Common Market Law Review*, 2014, 59-96). E anche ove non si volesse aderire a questa impostazione, bisognerebbe in ogni caso ammettere che i seri motivi di cui parla la Commissione sono cosa diversa dalle carenze sistemiche o generalizzate individuate dalla Corte di giustizia. *En passant*, si nota che, nel 2014, dunque prima della sentenza *Aranyosi e Căldăraru*, fu adottata la direttiva 2014/41 sull'ordine europeo di indagine penale, che si configura come il primo atto nel quale è stato tipizzato un motivo di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione di portata generale concernente la tutela dei diritti fondamentali. All'art. 11, par. 1, lett. f), si prevede che l'autorità giudiziaria di esecuzione possa rifiutare se "sussistono seri motivi per ritenere che l'esecuzione dell'atto di indagine richiesto nell'OEI sia incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione ai sensi dell'articolo 6 TUE e della Carta". Tuttavia, la giurisprudenza della Corte si è orientata in un senso parzialmente diverso, in forza del quale lo standard da raggiungersi è più elevato.

Dubbi sorgono poi con riferimento al passaggio in cui il Tribunale afferma che "al pari dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la cooperazione tra la Commissione, le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri e i giudici nazionali, ai fini dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, si fonda sui principi di riconoscimento reciproco, di fiducia reciproca e di leale cooperazione, i quali impongono a ciascuna di tali autorità e giudici di ritenere, tranne che in circostanze eccezionali, che tutte le altre autorità e i giudici rispettino il diritto dell'Unione e i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo" (sentenza *Sped-Pro*, punto 88).

Per costante insegnamento della Corte di giustizia, è la fiducia reciproca che impone agli Stati membri di ritenere, tranne che in circostanze eccezionali, che gli altri Stati membri rispettano il diritto dell'Unione

europea e i diritti fondamentali da esso riconosciuti (si veda per tutti CGUE, parere 18 dicembre 2014, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, avis 2/13, punto 194; per un'introduzione quanto alla fiducia reciproca, T. Wischmeyer, *Generating Trust Through Law? Judicial Cooperation in the European Union and the "Principle of Mutual Trust"*, in *German Law Journal*, 3/2016, 339-382; K. Lenaerts, *La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, in *Common Market Law Review*, 3/2017, 805-840; S. Prechal, *Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Union*, in *European Papers*, 2/2017, 75-92). Il reciproco riconoscimento e la leale cooperazione svolgono funzioni differenti. Il primo, nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale (e civile), è il principio basato sulla fiducia reciproca che permette a una decisione assunta dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro di essere automaticamente accettata in tutti gli Stati membri, nella misura in cui abbia implicazioni transnazionali, producendovi effetti identici o, quanto meno, analoghi (sul tema, C. Amalfitano, *Spazio giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali*, in S.M. Carbone, M. Chiavario (a cura di), *Cooperazione giudiziaria civile e penale nel diritto dell'Unione europea*, Torino, 2008, 3; A. Suominen, *The Principle of Mutual Recognition in Cooperation in Criminal Matters*, Cambridge, 2012, 47; K. Lenaerts, *The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2015, 550). La seconda, sancita all'art. 4, par. 3, TUE, impone a Unione e Stati membri di rispettarci e assistersi reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati e agli Stati membri di adottare ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione, di facilitare all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e di astenersi da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione (per un'introduzione, O. Porchia, *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, 2008; M. Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford, 2014, 41 ss.; M. Condinanzi, *Leale cooperazione*, in *Europa. Un'utopia in costruzione*, Roma, 2018, 122-131; B. Guastaferro, *Sincere Cooperation and Respect for National Identities*, in R. Schütze, T. Tridimas (eds), *Oxford Principles Of European Union Law: The European Union Legal Order: Volume I*, Oxford, 2018, 350 ss.). Dunque, è solo alla fiducia reciproca che si sarebbe dovuto fare riferimento.

Pertanto, proprio per quel che attiene al richiamo alla fiducia reciproca, è stato notato che, nella sentenza qui in commento, "the Court for the first time explicitly recognises that the principle of mutual trust underpins the cooperation between all enforcers of EU antitrust law" (B. van Rompuy, *Independence as a Prerequisite for Mutual Trust between EU Competition Enforcers: Case T-791/19, Sped-Pro v Commission*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2022, 2, corsivo aggiunto). A questo si aggiunge un dato ulteriore: "the principle of mutual trust in competition law is unwritten and the only document mentioning trust is the Commission Staff Working Document, Impact Assessment accompanying proposal of Directive 2019/1, where it can be read that "[t]rust in enforcement by NCAs would be enhanced" (M. Kozak, *Mutual Trust as a Backbone of EU Antitrust Law*, in *Market and Competition Law Review* 2020, 128-129). Allora, trattandosi di una prima volta e posta l'assenza di ulteriori appigli

interpretativi, il Tribunale avrebbe potuto dedicare maggiore spazio al tema del rapporto tra fiducia reciproca e diritto della concorrenza.

5. – Dal 2010 in poi, la crisi dello Stato di diritto si è imposta come una delle sfide principali alle quali l'Unione europea è stata chiamata a fare fronte. Da un lato, essa ha costituito un fattore importante di rallentamento del processo di integrazione europea, tale da mettere in evidenza alcuni limiti del diritto dell'Unione europea in vigore. Si pensi sotto questo punto di vista all'impossibilità di raggiungere le maggioranze prescritte dall'art. 7 TUE per attivare la procedura di tutela dei valori dell'Unione e per poi sanzionare gli Stati membri che si rendano responsabili di dette violazioni o al fatto che nel 2020 Ungheria e Polonia minacciarono di non dare voto favorevole al quadro finanziario pluriennale 2021-2027 se non fosse stata modificata la proposta di cd. regolamento condizionalità. Dall'altro lato, la crisi dello Stato di diritto ha costretto le istituzioni dell'Unione a trovare soluzioni innovative al problema posto, con la conseguenza che comunque il processo di integrazione europea ha saputo progredire sia sul piano normativo (si pensi, appunto, al cd. regolamento condizionalità), sia sul piano giurisprudenziale (sentenza *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, filone *Aranyosi e Căldăraru* e *LM*). La sentenza *Sped-Pro* conferma allora la vitalità del processo di integrazione e la sua capacità di reagire rispetto ai momenti di crisi e dimostra l'esigenza di fare fronte ai gravi problemi posti dal progressivo deterioramento della tenuta dello Stato di diritto in alcuni Stati membri anche per quel che riguarda il diritto della concorrenza, se si reputa di continuare a preservare il mercato interno. Alcuni chiarimenti rispetto al ragionamento svolto dal Tribunale si rendono necessari, ma non si dubita che sia la Corte di giustizia e il Tribunale stesso nello svolgimento delle loro funzioni di controllo giurisdizionale, sia la Commissione europea e le autorità nazionali garanti della concorrenza nell'applicazione del test *LM* potranno fornire indicazioni utili al riguardo.

