



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

**LA TUTELA PENALE DELLA CONCORRENZA
NELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA**

Patrick M. Ferrari

(matricola R08614)

**DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE
(CURRICULUM IN DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA)**

XXV CICLO

Relatore

Chiarissimo Prof. Bruno Nascimbene

Correlatore

Chiarissimo Prof. Luigi Fumagalli

Coordinatore

Chiarissimo Prof. Marco Pedrazzi

INDICE

PREMESSE INIZIALI

Introduzione	p. 1
1. Il diritto europeo della concorrenza	p. 2
A. La normativa	p. 2
B. Le finalità	p. 8
2. Gli accordi e le pratiche concordate	p. 9
3. I cartelli	p. 12
A. La nozione	p. 12
B. La gravità	p. 15
4. Gli abusi di posizione dominante	p. 16
A. La posizione di dominanza	p. 16
B. L'abuso	p. 22
5. Public e private enforcement	p. 24
Riflessioni finali	p. 26

CAPITOLO I

PUBLIC ENFORCEMENT E PROFILI DI DETERRENZA

Introduzione	p. 28
1. La ripartizione di competenza	p. 29
2. Il public enforcement a livello europeo	p. 32
A. I mezzi d'acquisizione delle prove	p. 32
(i) Le tipologie	p. 32
(ii) Le richieste di informazioni	p. 33
(iii) Il potere di raccogliere dichiarazioni	p. 40

(iv)	Le ispezioni presso le imprese	p. 42
(v)	Le ispezioni presso i domicili privati	p. 45
(vi)	La cooperazione tra autorità di concorrenza	p. 47
(a)	In seno all’Unione	p. 47
(b)	Con paesi terzi	p. 51
(vii)	Il programma di clemenza	p. 69
(viii)	Le denunce	p. 73
B.	Le ammende	p. 76
C.	I limiti in un’ottica di deterrenza	p. 82
3.	Il public enforcement a livello nazionale	p. 89
	Riflessioni finali	p. 91

CAPITOLO II

IL PRIVATE ENFORCEMENT COME COMPLEMENTO DEL PUBLIC ENFORCEMENT

	Introduzione	p. 97
1.	Le tipologie di azioni	p. 98
2.	Il diritto comunitario al risarcimento danni	p. 99
3.	I libri della Commissione	p. 101
4.	Gli sviluppi successivi	p. 108
A.	La proposta di direttiva e le consultazioni pubbliche	p. 108
B.	L’accesso al materiale di clemenza	p. 109
5.	I limiti in un’ottica di deterrenza	p. 113
	Riflessioni finali	p. 114

CAPITOLO III
L'IPOTESI PENALE

Introduzione	p. 116
1. L'esperienza statunitense	p. 117
A. Le origini e le attuali statistiche	p. 117
B. Il procedimento	p. 119
C. La concezione di fondo	p. 120
2. La tendenza alla penalizzazione	p. 121
A. L'OCSE	p. 121
B. L'ICN	p. 124
C. A livello nazionale	p. 126
3. Un modello penale per l'Unione?	p. 128
A. Lo scenario pre-Lisbona	p. 128
(i) La passata ripartizione tra pilastri	p. 128
(ii) La tutela dell'ambiente	p. 131
(iii) La tutela della proprietà intellettuale	p. 134
B. L'attuale base giuridica	p. 139
(i) L'art. 83 TFUE e i principi generali/i diritti fondamentali	p. 139
(ii) L'applicazione in ambito antitrust	p. 143
Riflessioni finali	p. 150

CAPITOLO IV
PROFILI SPECIFICI

Introduzione	p. 155
1. La definizione della fattispecie penale	p. 156

A.	La condotta	p. 156
	(i) Il principio di proporzionalità	p. 156
	(ii) Il principio della certezza del diritto	p. 157
	(iii) Gli altri ordinamenti e le organizzazioni internazionali	p. 160
B.	Il soggetto imputabile	p. 160
	(i) La responsabilità degli enti	p. 160
	(ii) In ambito antitrust	p. 162
C.	Il pregiudizio al commercio tra Stati membri	p. 163
D.	L'elemento soggettivo del reato	p. 166
2.	Le tipologia di pene	p. 167
3.	L'interazione con i programmi di clemenza	p. 172
4.	Il coordinamento tra autorità	p. 176
5.	Il conflitto di giurisdizione	p. 177
6.	Il reciproco riconoscimento	p. 179
	Riflessioni finali	p. 180
	BIBLIOGRAFIA	p. 182

PREMESSE INIZIALI

SOMMARIO: Introduzione. 1. Il diritto europeo della concorrenza. A. La normativa. B. Le finalità. 2. Gli accordi e le pratiche concordate. 3. I cartelli. A. La nozione. B. La gravità. 4. Gli abusi di posizione dominante. 5. Public e private enforcement. Riflessioni finali.

Introduzione

Il diritto europeo della concorrenza e, in particolare, gli artt. 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ("TFUE") delineano fattispecie illecite tra loro variegate, che spaziano dagli accordi verticali anticoncorrenziali all'abuso di posizione dominante.

Tra esse, la forma d'infrazione antitrust unanimemente riconosciuta come di maggiore gravità è il cartello, il quale si sostanzia in una intesa tra imprese operanti nel medesimo stadio della filiera di mercato, avente ad oggetto variabili concorrenziali fondamentali come il prezzo o la clientela.

Proprio in ragione del suo elevato grado di lesività, sia la Commissione europea (la "Commissione") sia le autorità di concorrenza degli Stati membri hanno investito una parte sostanziale delle proprie risorse, ed elaborato specifiche strategie e iniziative, al fine della repressione di tale tipologia di infrazione, come meglio si descriverà nel proseguo.

Nello specifico, la sezione 1 del presente capitolo introduce i tratti essenziali del diritto europeo della concorrenza, evidenziando altresì le finalità ultime; le sezioni 2, 3 e 4 delineano le nozioni di accordo, cartello e abuso di posizione dominante, rispettivamente; la sezione 5 descrive brevemente il concetto di public e private enforcement, che sarà poi sviluppato in dettaglio nei capitoli I e II successivi.

1. Il diritto europeo della concorrenza

A. La normativa

Il diritto europeo della concorrenza trova una sua prima disciplina nelle norme stesse del TFUE.

L'art. 101 TFUE¹, in particolare, vieta accordi di carattere orizzontale o verticale, pratiche concordate e decisioni di associazioni d'impresa, il cui oggetto o effetto sia distorcere o limitare la concorrenza, senza, nel contempo, generare benefici per la collettività, in grado di compensare, conformemente al principio di proporzionalità, il pregiudizio alla dinamica di mercato².

¹ Prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'art. 101 TFUE era numerato come art. 81 TCE. Il testo della disposizione, comunque, è rimasto immutato. Per una prima riflessione in merito alle fattispecie di collusione orizzontale ricadenti nella predetta disposizione, che saranno analizzate in dettaglio nel prosieguo del presente scritto, cui dunque si rimanda, cfr. P. MANZINI, *La collusione tra imprese nella disciplina antitrust comunitaria*, in *Diritto del commercio internazionale*, 4, 2009, p. 821 ss.

² Cfr. art. 101 TFUE: “1. Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi. 2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto. 3. Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili: - a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese, - a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e - a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate, che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi”.

L'art. 102 TFUE³ disciplina invece la fattispecie di abuso di posizione dominante, nella sua duplice forma d'illecito di sfruttamento ed escludente⁴.

Tali norme hanno un'efficacia diretta nella loro integralità, e sono dunque applicabili dalle stesse autorità nazionali⁵.

³ Prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'art. 102 TFUE era numerato come art. 82 TCE. Il testo della disposizione, comunque, è rimasto immutato.

⁴ Cfr. art. 102 TFUE: “[è] incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi”. Sono definite di sfruttamento quelle condotte abusive finalizzate a conseguire un ingiusto vantaggio nel rapporto con la clientela, mediante, ad esempio, un eccessivo aumento di prezzo; si configura, invece, un abuso escludente ove il comportamento illecito dell'impresa sia rivolto all'eliminazione dei concorrenti dal mercato, tramite, ad esempio, una politica di prezzi predatori. I confini tra le due categorie, in verità, non sono netti, e una condotta può assumere entrambe le qualifiche. Ad esempio, una politica di *tying* può generare nel contempo un effetto di sfruttamento nei confronti del cliente, e uno di esclusione in relazione ai concorrenti attivi sul mercato del prodotto debole. Cfr. A. JONES, B. SUFFRIN, *EU Competition Law*, Oxford, 2011, pp. 358-364; R. WHISH, *Competition law*, Oxford, 2009, pp. 199-206, ove l'Autore identifica anche una possibile terza categoria, indicata con il termine “*single market abuse*”. Cfr. anche P. MANZINI, *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Milano, 1994, p. 12 ss.

A fianco delle norme concernenti le forme di collusione orizzontale, gli accordi verticali, e gli abusi di posizione dominante si pone poi la regolamentazione in tema di concentrazioni e aiuti di Stato. Quest'ultimi due profili non saranno tuttavia trattati nel presente scritto, in quanto non strettamente funzionali all'obiettivo dello stesso, volto a evidenziare gli eventuali *deficit* di deterrenza del diritto europeo della concorrenza e valutare l'opportunità di una sua penalizzazione.

⁵ Cfr. sentenza della Corte di Giustizia (la “Corte”), del 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan e Bernard Crehan c. Courage Ltd e altri*, in *Racc.*, p. I-6297 ss., punto 23; sentenza della Corte, del 30 gennaio 1974, causa 127/73, *Belgische Radio en Televisie e société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs c. SV SABAM e NV Fonior (BRT-I)*, in *Racc.*, p. 51 ss., punto 16. La possibilità per le autorità nazionali di applicare direttamente l'art. 101(3) TFUE, tuttavia, è stata introdotta solamente con regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente

Sulle predette disposizioni, invero assai scarse nella loro formulazione letterale, s'innestano poi una pluralità di regolamenti di esecuzione, nonché numerosi atti di *soft law*, quali le comunicazioni e gli orientamenti della Commissione⁶.

Un'ulteriore importante categoria di regole è poi di derivazione prettamente

l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in *GU*, L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1 ss., che ha sostituito il precedente meccanismo di notifica di cui a CEE Consiglio, regolamento n. 17, primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato, in *GU*, 13 del 21 febbraio 1962, p. 204 ss., ai sensi del quale un'intesa, ove in violazione dell'art. 101(1), poteva essere esentata ai sensi dell'art. 101(3) solamente mediante apposita decisione della Commissione. Sul punto, cfr. anche regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in *GU*, L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1 ss., *consideranda* 1-4: "(1) Per istituire un sistema che impedisca distorsioni della concorrenza nel mercato comune occorre provvedere all'applicazione efficace e uniforme degli articoli 81 e 82 del trattato nella Comunità. Il regolamento n. 17 del Consiglio, del 6 febbraio 1962, primo regolamento d'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, ha permesso lo sviluppo di una politica comunitaria in materia di concorrenza che ha contribuito alla diffusione di una cultura della concorrenza nella Comunità. Oggi, tuttavia, alla luce dell'esperienza acquisita, è opportuno sostituire detto regolamento per introdurre disposizioni adeguate alle sfide di un mercato integrato e di un futuro allargamento della Comunità. (2) È necessario, in particolare, rivedere le modalità di applicazione della deroga al divieto di accordi restrittivi della concorrenza di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato. A tale riguardo va tenuto conto, ai sensi dell'articolo 83, paragrafo 2, lettera b), del trattato, della necessità di esercitare una sorveglianza efficace e, nel contempo, di semplificare, per quanto possibile, il controllo amministrativo. (3) Il sistema centralizzato istituito dal regolamento n. 17 non è più in grado di garantire un equilibrio fra questi due obiettivi. Esso frena l'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie da parte delle giurisdizioni e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri, mentre il sistema di notificazione che esso comporta impedisce alla Commissione di concentrarsi sulla repressione delle infrazioni più gravi. Esso impone inoltre ingenti costi alle imprese. (4) L'attuale sistema dovrebbe pertanto essere sostituito con un sistema di eccezione direttamente applicabile, in base al quale le autorità garanti della concorrenza e le giurisdizioni degli Stati membri siano competenti non solo ad applicare l'articolo 81, paragrafo 1 e l'articolo 82 del trattato, direttamente applicabili in virtù della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, ma anche l'articolo 81, paragrafo 3, del trattato". Quanto ai criteri di ripartizione della competenza tra la Commissione e le autorità nazionali al fine dell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, si rimanda al capitolo I, sezione 1, di cui sotto. Più in generale, sulle innovazioni introdotte dal predetto regolamento (CE) 1/2003 (c.d. pacchetto di modernizzazione), cfr. A. JONES, B. SUFFRIN, *EU Competition Law*, Oxford, 2011, in particolare pp. 1029-1036; R. WHISH, *Competition law*, Oxford, 2009, in particolare pp. 246-284.

⁶ Tali documenti sono disponibili sul sito internet della Commissione, all'indirizzo URL <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>.

⁷ Si pensi, ad esempio, alla regola presuntiva d'influenza decisiva, ai sensi della quale il comportamento anticoncorrenziale di una società figlia partecipata al 100% può essere addebitato (anche) alla sua capogruppo. Sebbene non direttamente oggetto della presente trattazione, può comunque essere d'interesse aprire una breve parentesi su tale tema. Ai sensi del diritto della concorrenza, un'affiliata è considerata come appartenente alla stessa impresa (ossia, unità economica) della sua società madre, e la condotta della prima può dunque essere imputata (anche) alla seconda, ove si dimostri che, all'epoca dell'infrazione, la capogruppo esercitava un'influenza decisiva sulla politica commerciale della figlia. Ciò indipendentemente dal fatto che la società madre abbia in qualche modo partecipato all'illecito, o fosse anche solo a conoscenza dello stesso. Cfr. sentenza della Corte, del 10 settembre 2009, causa C-97/08 P., *Akzo Nobel NV e altri c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-8237 ss., in particolare punti 58 ss. La casistica della Commissione e la giurisprudenza delle Corti dell'Unione, inoltre, presumono l'esistenza di una tale forma d'influenza ove la madre detenga una quota del 100% nell'affiliata. Si tratta, in linea di principio, di una presunzione semplice, che può essere confutata mediante prova contraria. Cfr. sentenza della Corte, del 10 settembre 2009, causa C-97/08 P., *Akzo Nobel NV e altri c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-8237 ss., in particolare punto 61. Tale soglia è stata recentemente abbassata al 98%, e poi al 97%. Cfr. sentenza del Tribunale dell'Unione europea (il "Tribunale" e, assieme alla Corte, le "Corti"), del 30 settembre 2009, causa T-168/05, *Arkema SA c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-180 ss., punti 69-70; sentenza del Tribunale, del 30 settembre 2009, causa T-174/05, *Elf Aquitaine SA c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-183 ss., punti 155-156; sentenza del Tribunale, del 17 maggio 2011, causa T-299/08, *Elf Aquitaine SA c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Racc.*, punti 16, 56 e 57; sentenza della Corte, del 2 febbraio 2012, causa C-404/11 P, *Elf Aquitaine SA c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Racc.*, punti 28 e 29. Ci s'interroga, tuttavia, sulla tenuta di tale regola presuntiva in seno all'ordinamento dell'Unione in seguito alla prospettata adesione di quest'ultima alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ("CEDU"), secondo la norma programmatica di cui all'art. 6 del Trattato sull'Unione europea ("TUE"). L'applicazione della presunzione semplice di cui trattasi da parte del giudice comunitario – in considerazione di come essa tenda a estendere il regime di responsabilità della figlia ad un soggetto giuridico distinto, ossia la capogruppo, che potenzialmente non solo potrebbe non avere avuto alcun ruolo nell'infrazione, ma neppure esserne stato a conoscenza, senza peraltro alcuna colpa, delineando quindi una forma di responsabilità di carattere oggettivo, e alla luce del fatto che né il Tribunale né la Corte hanno sinora dato indicazioni sufficientemente precise in merito agli elementi decisivi al fine di confutare tale regola, trasformandola nei fatti in una presunzione assoluta – fa sorgere quantomeno dei dubbi in merito alla conformità della stessa con i principi della certezza del diritto, della personalità della pena e di presunzione di innocenza, di cui agli artt. 6 e 7 della CEDU e agli artt. 48 e 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la "Carta"). Perplessità che si rafforzano ove si osservi che la Corte europea ha ormai chiaramente sancito la natura penale delle infrazioni antitrust ai sensi della CEDU. Cfr. sentenza della Corte europea, del 23 novembre 2006, n. 73053/01, *Jussila c. Finlandia*, punto 43: "the autonomous interpretation adopted by the Convention institutions of the notion of a "criminal charge" by applying the Engel criteria have underpinned a

gradual broadening of the criminal head to cases not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law, for example [...] competition law (Société Stenuit v. France, 27 February 1992, Series A no. 232-A)”. Cfr. anche sentenza della Corte europea, del 27 settembre 2011, n. 43509/08, Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italia, punti 38-45, ove un’ammenda antitrust comminata dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, sebbene di natura amministrativa ai sensi del diritto italiano, è stata qualificata come penale a fini CEDU. Cfr., inoltre, conclusioni dell’AG Léger, del 3 febbraio 1998, causa C-185/95 P, Baustahlgewebe GmbH c. Commissione, in Racc., p. I-8417 ss., punto 31: “non si può contestare, né d’altra parte la Commissione lo contesta, che, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e alla luce dei pareri della Commissione europea dei diritti dell’uomo, la presente fattispecie [ossia, una violazione dell’art.101 TFUE] rientri nella materia penale”. Che le sanzioni antitrust abbiano caratteristiche quantomeno affini a quelle penali, anche ai sensi del diritto dell’Unione, è stato altresì riconosciuto nelle conclusioni dell’AG Kokott, del 3 luglio 2007, causa C-280/06, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Ente tabacchi italiani - ETI SpA e altri e Philip Morris Products SA e altri c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e altri, in Racc. I-10893 ss., punto 71. I dubbi di conformità della regola presuntiva di cui trattasi con l’impianto CEDU, e con gli stessi principi generali dell’Unione, sono stati – quantomeno con riferimento al tema della presunzione di innocenza – condivisi e fatti propri dalle conclusioni dell’AG Bot, del 26 ottobre 2010, cause riunite C-201/09 P e C-216/09 P, ArcelorMittal Luxembourg SA c. Commissione e Commissione c. ArcelorMittal Luxembourg SA e altri, non ancora pubblicate in Racc., punti 204-213: “resto convinto che la responsabilità della società controllante non possa essere dimostrata soltanto sulla base di una presunzione fondata sulla detenzione del capitale. Infatti, benché la detenzione del 100% del capitale sia sufficiente a dimostrare l’esistenza del collegamento sotto il profilo societario, ritengo che essa non possa far presumere di per sé l’esercizio effettivo di un potere di direzione costituente una complicità nell’infrazione. Occorre, a mio parere, che la Commissione produca altri elementi di prova atti a dimostrare l’assenza di autonomia della società controllata, e ciò allo scopo di tutelare i diritti fondamentali riconosciuti alle imprese. Mi riferisco, in particolare, al rispetto dei diritti della difesa e del principio della presunzione di innocenza sancito dagli artt. 47 e 48 della Carta. La Corte ha riconosciuto a più riprese che tali diritti fondamentali, garantiti anche all’art. 6 della CEDU, devono essere rispettati in qualsiasi procedimento con cui possono essere inflitte sanzioni, specie ammende o penalità di mora, anche se si tratta di un procedimento di natura amministrativa. A tal riguardo, la Corte si è espressamente basata sulla natura delle infrazioni in causa e sulla natura e il grado di severità delle sanzioni che vi sono connesse. È noto inoltre che il rispetto di tali garanzie riveste un’importanza ancora più fondamentale nell’ambito di un procedimento di natura quasi penale, in cui la Commissione esercita funzioni di indagine, istruttorie e decisionali e dispone a tal riguardo di un ampio potere discrezionale. Orbene, la presunzione di responsabilità resta, per sua stessa natura, un’eccezione al principio della presunzione di innocenza. Infatti, in virtù di tale principio, l’onere della prova deve gravare sulle autorità di vigilanza e il dubbio deve essere a vantaggio dell’accusato. Orbene, la presunzione di responsabilità in questione allevia notevolmente l’onere della prova incombente alla Commissione ed obbliga le società controllanti a produrre elementi di prova sufficienti a confutare tale

presunzione. Tale inversione dell'onere della prova incide indubbiamente sui diritti della difesa delle imprese. La Corte europea dei diritti dell'uomo ammette l'inversione dell'onere della prova che conduce alla presunzione di responsabilità. Nella citata sentenza Salabiaku/Francia essa ha ritenuto che il principio della presunzione di innocenza garantito dall'art. 6, n. 2, della CEDU non osta ad una presunzione di responsabilità di fatto o di diritto qualora essa sia contenuta «in limiti ragionevoli che tengano conto della gravità dell'offesa e che rispettino i diritti della difesa». Nella citata sentenza Janosevic/Svezia la Corte europea dei diritti dell'uomo ha quindi proceduto ad un test di proporzionalità in relazione ad una presunzione di responsabilità prevista dalla normativa tributaria svedese. Tale normativa prevedeva che le inesattezze rilevate nel corso di un procedimento impositivo erano dovute ad un atto inescusabile imputabile al contribuente e che non era manifestamente irragionevole infliggere una maggiorazione di imposta per sanzionare tale atto. Il sistema fiscale svedese funzionava quindi in base ad una presunzione di responsabilità che spettava al contribuente confutare. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha considerato che tale presunzione rimaneva contenuta in limiti ragionevoli in quanto era confutabile (le norme applicabili in materia prevedevano taluni mezzi di difesa fondati su elementi soggettivi) e che un sistema impositivo efficace era importante ai fini della tutela degli interessi finanziari dello Stato. Ha aggiunto che tale conclusione implicava, in generale, «che i giudici (...) procedano (...) in ogni singolo caso ad una valutazione differenziata e non troppo restrittiva della questione relativa all'esistenza di motivi per annullare o condonare la maggiorazione d'imposta». In linea con tale giurisprudenza, occorre quindi prestare attenzione al modo in cui viene data attuazione alla presunzione controversa. Sebbene questa sia giustificata dall'esigenza di assicurare un'attuazione efficace delle norme sulla concorrenza, rilevo tuttavia che la sua applicazione supera attualmente il semplice «caso particolare in cui una società controllante detenga il 100% del capitale della propria controllata», menzionato nella citata sentenza Akzo Nobel e a./Commissione. Infatti, nella sentenza General Química e a./Commissione, tale presunzione è stata applicata nell'ambito di un gruppo a partecipazione piramidale, in cui la subcontrollata che aveva partecipato all'infrazione era controllata da una società a sua volta interamente controllata dalla società capogruppo. Successivamente, nelle sentenze Arkema/Commissione e Elf Aquitaine/Commissione, detta presunzione è stata applicata ad una situazione in cui la società controllante deteneva il 98% del capitale della sua controllata. Come assicurarsi che la presunzione controversa sia contenuta entro «limiti ragionevoli»? Essa dev'essere confutabile. Come si è visto, la Corte ha confermato tale principio nella citata sentenza Akzo Nobel e a./Commissione, sottolineando che la presunzione in parola può essere confutata dimostrando, in base ai vincoli economici, giuridici e organizzativi, che la società controllata si comporta in maniera autonoma sul mercato e non costituisce con la controllante un'unica entità economica. Orbene, al di là dell'affermazione di principio, detta presunzione sembra molto difficile da confutare. Infatti, nell'ambito di un gruppo di società, il problema è dimostrare l'assenza di influenza della società controllata sulle pratiche commerciali di una controllata, salvo, come ha fatto la Commissione nel caso di specie, cercare nell'ambito dell'infrazione contestata elementi oggettivi che rendano verosimile la presunzione in parola. Ritengo che la presunzione controversa debba essere suffragata in ciascun caso da altri elementi di fatto idonei a dimostrare l'esercizio di un'influenza determinante della società controllante sulla sua

B. Le finalità

Lo scopo delle predette norme antitrust è mantenere nel mercato interno un livello di tensione concorrenziale (effettiva e potenziale) adeguato, evitando che esso venga artificialmente sostituito o alterato da fenomeni di collusione tra imprese o mediante atti unilaterali. In un tale sistema, gli operatori economici, al fine di preservare o incrementare il proprio profitto, sono spinti verso la massimizzazione della propria efficienza. Ciò si traduce in una riduzione dei prezzi e nel miglioramento della qualità dei prodotti e dei servizi offerti. Allo stesso tempo, le imprese che non sono in grado di fronteggiare il mercato sono progressivamente “espunte” dallo stesso⁸.

Contrariamente a quanto si potrebbe pensare, le regole europee di concorrenza non sono finalizzate a garantire un’assoluta libertà di azione. Al contrario, esse interferiscono con tale libertà, e la limitano, così da impedire che gli operatori economici possano adottare comportamenti lesivi delle dinamiche concorrenziali. L’intento è porre degli argini al libero mercato, e prevenire le deviazioni anticoncorrenziali di quest’ultimo.

*controllata. Ciò consentirebbe di evitare un approccio tendente a fondare automaticamente la responsabilità delle società controllanti sulla sola detenzione del capitale. Ciò indurrebbe le autorità di vigilanza a procedere in ciascun caso ad una valutazione differenziata dei vincoli economici, giuridici ed organizzativi che legano la società controllante alla sua controllata. Nel caso di una società controllata al 100%, l’onere della prova che incombe alla Commissione dovrebbe effettivamente essere meno gravoso di quello ad essa incombente nel caso di una società controllata al 70%, ma non dovrebbe essere inesistente”. Attualmente, la regola di presunzione sopra delineata e descritta è oggetto di ricorso dinanzi alla Corte europea da parte di una società olandese. Cfr. ricorso n. 41490/11, *Ooms Avenhorn Holding B.V. e altri c. Paesi Bassi*. Su quest’ultimo punto, cfr. M. BRONCKERS, A. VALLERY, *No Longer Guilty? The impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law*, in *World Competition Law & Economic Review*, 34, 4, 2011, pp. 548-558.*

⁸ In seno all’Unione, si noti poi come il mantenimento di un meccanismo concorrenziale di mercato integri un fine strettamente connesso, se addirittura non strumentale, alla realizzazione di un altro, ossia il mercato unico. Cfr. TFUE, Protocollo 27, intitolato, giustappunto, “*Sul mercato interno e sulla concorrenza*”. Cfr., inoltre, il *considerando* di cui al predetto Protocollo: “*il mercato interno ai sensi dell’articolo 3 del trattato sull’Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata*”. Cfr. anche G. TESAURO, *Diritto dell’Unione europea*, Padova, 2012, p. 630; F. DENOZZA, *La concorrenza come mezzo o come fine*, in P. BILANCIA, M. D’AMICO, *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, pp. 165-172. Più in generale, per una trattazione dei possibili scopi cui può tendere il diritto antitrust, cfr. A. JONES, B. SUFFRIN, *EU Competition Law*, Oxford, 2011, capitolo 1; R. WHISH, *Competition law*, Oxford, 2009, capitolo 1.

Nel diritto antitrust comunitario l'impresa non trova un precetto positivo, ossia l'indicazione di specifici comportamenti che essa è tenuta ad adottare. La norma di concorrenza ha perlopiù una formulazione di carattere negativo, individuando le condotte vietate⁹.

La necessità di preservare le dinamiche concorrenziali non impedisce, tuttavia, che un'impresa possa detenere una posizione di dominanza, o anche di monopolio, a condizione che tale situazione sia il riflesso di una genuina preferenza per i suoi prodotti o servizi. Del pari, forme di accordi tra concorrenti possono essere considerate lecite, a condizione che esse beneficino anche i clienti e consumatori finali¹⁰.

2. Gli accordi e le pratiche concordate

Come già accennato alla sezione precedente, le violazioni di natura orizzontale *ex art.* 101 TFUE possono assumere principalmente due forme: l'accordo o la pratica concordata¹¹.

Ricorre un accordo ove le imprese interessate abbiano espresso la comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo¹². Elementi integranti della fattispecie sono

⁹ Da qui la differenza tra regolamentazione e diritto antitrust, ove la prima tende a specificare *ex ante* le condotte positive che gli operatori di mercato sono tenuti ad osservare, mentre il secondo delinea un nucleo ristretto di precetti di contenuto negativo e interviene *ex post*, in caso di violazione degli stessi. (Tali rilievi sono solo in parte applicabili in tema di concentrazioni e gli aiuti di Stato, le cui norme a livello europeo configurano un meccanismo di controllo *ex ante*). Cfr. regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in *GU*, L 24 del 29 gennaio 2004, p. 1 ss.; TFUE, artt. 107-109. Cfr. anche A. JONES, B. SUFFRIN, *EU Competition Law*, Oxford, 2011, p. 55-56.

¹⁰ Cfr. regolamento (UE) n. 1217/2010, del 14 dicembre 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a talune categorie di accordi ricerca e sviluppo, in *GU*, L 335 del 18 dicembre 2010, p. 36 ss.; regolamento (UE) n. 1218/2010, del 14 dicembre 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a talune categorie di accordi di specializzazione, in *GU*, L 335 del 18 dicembre 2010, p. 43 ss.; Commissione, Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, in *GU*, C 11 del 14 gennaio 2011, p. 1 ss.

¹¹ Cfr. P. MANZINI, *La collusione tra imprese nella disciplina antitrust comunitaria*, in *Diritto del commercio internazionale*, 4, 2009, p. 821 ss.

¹² Cfr. sentenza del Tribunale, del 17 dicembre 1991, causa T-7/89, *Hercules Chemicals NV-SA c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-1711 ss., punto 256. Cfr. anche sentenza della Corte, del 15 luglio 1970, causa 41/69, *ACF Chemiefarma c. Commissione*, in *Racc.*, p. 661 ss., punto 112; sentenza della Corte,

(i) una proposta e (ii) un'accettazione¹³, similamente a quanto avviene in materia di contratti (cfr. art. 1326, comma 1, c.c.). Non è necessario che l'accordo sia giuridicamente vincolante¹⁴. La forma può essere sia scritta che orale¹⁵.

Nella causa *Sandoz*, la Corte ha ritenuto che l'invio sistematico da parte di un produttore di fatture con la dicitura *esportazione vietata*, e il conseguente rispetto di tale indicazione da parte del distributore, potessero considerarsi, rispettivamente, come una proposta e una accettazione (tacita), idonee a configurare una intesa tra imprese finalizzata a impedire il commercio parallelo tra Stati membri¹⁶.

del 29 ottobre 1980, cause riunite da 209/78 a 215/78 e 218/78, *Heintz van Landewyck c. Commissione*, in *Racc.*, p. 3125 ss., punto 86.

¹³ Cfr. sentenza del Tribunale, del 26 ottobre 2000, causa T-41/96, *Bayer AG c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-3383 ss., punto 69.

¹⁴ Cfr. decisione della Commissione, del 23 aprile 1986, caso IV/31.149, *Polipropilene*, punto 81: “[p]erché una restrizione costituisca un “accordo” ai sensi dell’articolo 85, paragrafo 1, non è necessario che l’accordo sia giuridicamente vincolante per le parti. Vi è accordo quando le parti raggiungono un consenso che limiti effettivamente o potenzialmente la loro libertà commerciale stabilendo le linee direttrici della loro reciproca azione o astensione sul mercato”. Cfr. anche decisione della Commissione, del 9 dicembre 1999, caso IV/34466, *Traghetti greci*, punto 141.

¹⁵ Cfr. decisione della Commissione, del 23 aprile 1986, caso IV/31.149, *Polipropilene*, punto 81: “[n]on sono necessarie nell’accordo misure e procedure sanzionatorie né è necessaria la forma scritta”. Il medesimo concetto è ripreso in numerosi altri provvedimenti, tra cui decisione della Commissione, del 13 dicembre 2000, caso COMP/33.133-B, *Carbonato di sodio*, punto 56; decisione della Commissione, del 27 luglio 1994, caso IV/31.865, *PVC*, punto 30; decisione della Commissione, del 21 dicembre 1988, caso IV/31.866, *LDPE*, punto 37; decisione della Commissione, del 7 dicembre 1988, caso IV/31.906, *Vetro piano*, punto 62. Cfr. anche A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2007, pp. 72-74; C. BELLAMY, G. CHILD, *European Community Law of Competition*, Oxford, 2007, pp. 108-109.

¹⁶ Cfr. Sentenza della Corte, dell’11 gennaio 1990, causa C-277/87, *Sandoz*, in *Racc.*, p. I-45 ss., massime 1-4. Sul punto, v. anche sentenza del Tribunale, del 7 luglio 1994, causa T-43/92, *Dunlop Slazenger International Ltd c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-441, punti 54-55: “[i]l Tribunale ritiene nella fattispecie che detto divieto generale di riesportazione dei prodotti oggetto dei contratti della ricorrente non può farsi risalire a un’azione unilaterale di quest’ultima, la quale come tale sarebbe sottratta al divieto di cui all’art. 85, n. 1, del Trattato, che ha ad oggetto soltanto gli accordi, le decisioni di associazioni d’imprese e le pratiche concordate. [...]. Il Tribunale rileva inoltre che la ricorrente, pur sottolineando che gli accordi conclusi con i suoi distributori esclusivi non contenevano una clausola di divieto delle

La pratica concordata presenta un profilo differente, in quanto non è rinvenibile un vero e proprio incontro di volontà, nella forma di una proposta e conseguente accettazione. Essa integra, piuttosto, una tipologia di coordinamento che, senza esser stata spinta sino all'attuazione di un vero e proprio *agreement*, configura comunque una consapevole collaborazione fra concorrenti¹⁷. Ciò che caratterizza tale tipologia d'infrazione, in particolare, è una forma di contatto volontario (nella prassi, si dice positivo) tra due o più parti – generalmente, uno scambio di dati commerciali confidenziali – il quale, pur senza sfociare in un accordo in senso stretto, è comunque in grado d'influenzare il loro comportamento, determinando un parallelismo di condotte sul mercato¹⁸.

Così, ove due imprese s'incontrino al fine di scambiarsi informazioni in merito ai prezzi che esse intendono praticare nel prossimo futuro, senza però accordarsi sugli stessi, potrà ricorrere una pratica concordata¹⁹.

Come sottolineato dalla Corte, l'illegittimità di tale forma d'illecito deve essere intesa alla luce del principio secondo cui *“ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta ch'egli intende seguire sul mercato comune [...]. Se è vero che non esclude il diritto degli operatori di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti, la suddetta esigenza di autonomia vieta però rigorosamente che fra gli operatori stessi abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi lo scopo o l'effetto*

esportazioni, mirante ad attribuire loro una protezione territoriale assoluta, ammette che i suoi distributori esclusivi si sono lamentati nei suoi confronti “tutte le volte in cui erano danneggiati da vendite realizzate nell'ambito del suo rapporto speciale con la Newitt” e che dette lamentele erano testimonianza “del fatto che detti distributori credevano (che essa) violasse le legittime clausole di esclusiva presenti nei loro accordi di distribuzione esclusiva” [...]. Il Tribunale ritiene che una simile interpretazione data dai distributori esclusivi della ricorrente ai contratti che li legavano a quest'ultima, esaminata parallelamente al divieto generale di esportazione di cui parlava la ricorrente nella sua succitata corrispondenza con la Newitt, implica o una clausola tacita preesistente nei contratti conclusi con i suoi distributori, che garantiva loro una protezione territoriale assoluta, o l'accettazione da parte di questi ultimi della politica della ricorrente, quale fabbricante, di non tollerare esportazioni dei suoi prodotti dirette verso qualsiasi mercato mondiale sul quale fosse presente un suo distributore”.

¹⁷ Cfr. sentenza della Corte, del 14 luglio 1972, causa 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Commissione*, in *Racc.*, p. 619 ss., punto 64.

¹⁸ Cfr. A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2007, pp. 80-89; C. BELLAMY, G. CHILD, *European Community Law of Competition*, Oxford, 2007, pp. 119-129.

¹⁹ A meno che non si configuri un accordo tra imprese avente come oggetto lo scambio di dati sensibili.

d'influire sul comportamento tenuto sul mercato da un concorrente attuale o potenziale, ovvero rivelare ad un concorrente il comportamento che l'interessato ha deciso, o prevede, di tenere egli stesso sul mercato"²⁰.

Quella della pratica concordata è da intendersi quale una sorta di categoria di chiusura, volta a intercettare quei fenomeni di collusione che condividono la stessa natura collusiva dell'accordo, e si distinguono da quest'ultimo solo per l'intensità e la forma con cui si manifestano²¹.

La Corte ha comunque chiarito che la Commissione, nell'adottare una decisione sanzionatoria, non è obbligata a identificare con dettaglio quali dei profili dell'infrazione contestata siano riconducibili ad un accordo in senso stretto e quali ad una pratica concordata²².

Sia l'accordo sia la pratica concordata possono assumere una natura orizzontale o verticale, a seconda che le parti siano imprese che operano nel medesimo stadio della filiera industriale, in qualità di concorrenti, oppure a differenti livelli della catena commerciale²³.

3. I cartelli

A. La nozione

L'art. 101 TFUE, similmente a numerose altre normative di concorrenza, non utilizza

²⁰ Cfr. sentenza della Corte, del 16 dicembre 1975, cause riunite 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114-73, *Coöperatieve Vereniging Suiker Unie UA e altri c. Commissione*, in *Racc.*, p. 1663 ss., punti 173-174.

²¹ Cfr. sentenza della Corte, dell'8 luglio 1999, causa C-49/92 P, *Commissione c. Anic Partecipazioni SpA.*, in *Racc.*, p. I-4125 ss., punto 131.

²² Cfr. sentenza della Corte, dell'8 luglio 1999, causa C-49/92 P, *Commissione c. Anic Partecipazioni SpA.*, in *Racc.*, p. I-4125 ss., punti 132-133; sentenza della Corte, del 23 novembre 2006, causa C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios*, in *Racc.*, p. I-11125 ss., punto 32.

²³ Cfr. regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione, del 20 aprile 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, in *GU*, L 102 del 23 aprile 2010, p. 1 ss., art. 1(1)(a): "*per accordi verticali si intendono gli accordi o le pratiche concordate conclusi tra due o più imprese, operanti ciascuna, ai fini dell'accordo o della pratica concordata, ad un livello differente della catena di produzione o di distribuzione, e che si riferiscono alle condizioni in base alle quali le parti possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi*".

il termine cartello²⁴. Esso, tuttavia, è correntemente utilizzato sia dalla Commissione sia dagli operatori del diritto²⁵.

In via di approssimazione, i cartelli possono essere definiti come accordi o pratiche concordate tra due o più concorrenti, dunque di natura orizzontale, volti alla: (i) fissazione del prezzo; (ii) riduzione dei volumi di vendita; (iii) ripartizione del mercato; e/o (iv) alterazione dei meccanismi di gara²⁶.

²⁴ Ai fini del presente lavoro, i termini (i) “cartello” e (ii) “cartello hard core” sono impiegati in maniera interscambiabile, e identificano la medesima fattispecie d’illecito, quale descritta nel prosieguo. Si noti, tuttavia, che taluni autori e autorità di concorrenza tendono a distinguere i due concetti, e classificano la nozione di cartello hard core come un sottoinsieme di quella di cartello, dando a quest’ultimo termine una portata più ampia rispetto a quella qui descritta.

²⁵ Cfr. ICN, *Defining hard core cartel conduct – Effective Institutions – Effective Penalties*, report preparato in occasione della 4° conferenza annuale, tenutasi a Bonn il 6-8 giugno 2005, p. 10.

²⁶ Cfr. Comunicazione della Commissione relativa all’immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, in *GU*, C 298 dell’8 dicembre 2006, p. 17 ss., premessa (1): “*i cartelli sono intese e/o pratiche concordate tra due o più concorrenti, volte a coordinare il loro comportamento competitivo sul mercato e/o ad influire sui pertinenti parametri della concorrenza mediante pratiche consistenti nel fissare i prezzi di acquisto o di vendita od altre condizioni di transazione, nell’assegnare quote di produzione o di vendita, nel ripartire i mercati, anche mediante manipolazione delle gare d’appalto, restrizioni delle importazioni o delle esportazioni e/o azioni anticoncorrenziali dirette contro altre imprese concorrenti*”. Tale definizione è in linea con quella adotta dall’OCSE nella sua Recommendation of the Council concerning effective action against hard core cartels, C/M(98)7/PROV, la quale, al punto I.A.2.a), identifica i cartelli hard core come “*an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce*”. Sul punto, cfr. anche ICN, *Defining hard core cartel conduct – Effective Institutions – Effective Penalties*, report preparato in occasione della 4° conferenza annuale, tenutasi a Bonn il 6-8 giugno 2005, pp. 9-15. Ulteriori definizioni della nozione di cartello sono rinvenibili sui siti internet di numerose autorità di concorrenza, tra le quali: Commissione, Unione, indirizzo URL http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/index_en.html: “[c]artel is a group of similar, independent companies which join together to fix prices, to limit production or to share markets or customers between them”; Office of Fair Trading, Regno Unito, indirizzo URL <http://www.offt.gov.uk/OFTwork/competition-act-and-cartels/cartels/what-cartel>: “[i]n its simplest terms, a cartel is an agreement between businesses not to compete with each other”; Competition Authority, Repubblica d’Irlanda, indirizzo URL <http://www.tca.ie/EN/About-Us/Divisions/Cartels.aspx>: “[a] cartel is an illegal agreement between two or more competitors not to compete with each other. The sole

purpose of cartels, which usually involve a secret conspiracy, is to make more profit at the expense of their customers. As such, they are a crime against consumers. They cause consumers to pay more for goods and services than they otherwise would have paid. There are different types of cartels: Price fixing: Competitors illegally agree the price for, or discounts on, goods or services. Market sharing: Competitors illegally agree on which locations each of them can or cannot operate in, or customers to whom they can or cannot sell. They also divide locations and/or consumers up among competitors. Limiting production: Competitors illegally agree to control the amount of goods or services provided, in order to ensure that prices remain high. Bid-rigging/collusive tendering: Collusive tendering involves competitors illegally agreeing on who will win a tender. Bid-rigging or collusive tendering may take the form of any or all of the specifically prohibited activities, by fixing prices, sharing markets or limiting access to goods or services”; Bundeskartellamt, Germania, *Effective cartel prosecution*, indirizzo URL http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/Kartellverfolgung_eng_web_bf.pdf: “[i]f several competing enterprises coordinate their market conduct for the purpose of eliminating competition this is called a cartel”; Canadian Competition Bureau, Canada, indirizzo URL http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/h_02760.html: “[a] cartel is a formal or informal group of otherwise independent businesses whose concerted goal is to lessen or prevent competition among its participants. Typically, cartel members enter into an agreement or arrangement to engage in one or more anti-competitive activities, such as to fix prices, allocate markets or customers, limit production or supply, or rig bids”; Nederland Competition Authority, Paesi Bassi, indirizzo URL http://www.nma.nl/en/our_work/anti_cartel_enforcement/default.aspx: “[a]rrangements between competitors about prices or clients [...] are prohibited. Companies that do make such arrangements constitute a cartel”; Australian Competition & Consumer Commission, Australia, indirizzo URL <http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/882220>: “[g]enerally speaking, a cartel is an anti-competitive arrangement between two or more competing businesses. Common forms of illegal cartel conduct are: price fixing occurs when competing businesses make an agreement that has the purpose or effect of fixing, controlling or maintaining the price of goods or services; market sharing refers to agreements between competitors that divide up the market so that the participants are sheltered from competition; bid rigging occurs where two or more competitors agree they will not compete genuinely with each other for particular tenders, allowing one of the participants in the agreement to win the tender; output controls agreed on between companies can occur in the form of production or sales quota arrangements that involve an agreement between competitors to limit the volume of particular goods or services available on the market; they have the effect of inflating prices in the market”; Administrative Council for Economic Defense, Brasile, *Brasília declaration: anti-cartel enforcement national strategy (Enacc)*, indirizzo URL <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ34431BE8ITEMID3DAD7B1909B2482EB4A0C2456D06789DPTBRIE.htm>: “[c]artel is an agreement among competitors primarily directed at price-fixing, customer and market allocation, and production output restrictions”. Cfr. anche P. MANZINI, *La collusione tra imprese nella disciplina antitrust comunitaria*, in *Diritto del commercio internazionale*, 4, 2009, p. 821 ss.

(La limitazione dei volumi di vendita, in quanto mezzo indiretto per la fissazione del prezzo, può essere vista come una sottocategoria di quest'ultima tipologia²⁷. Similarmente, la concertazione sugli incanti può intendersi come una specifica forma di ripartizione del mercato).

Le condotte riconducibili alle quattro categorie enucleate sopra possono assumere forme diverse. Ad esempio, la suddivisione del mercato può avvenire su base geografica oppure mediate assegnazione della clientela. La fissazione del prezzo può avere ad oggetto anche solo una componente dello stesso, come gli sconti. I concorrenti possono accordarsi per praticare un prezzo specifico o semplicemente stabilirne il livello minimo, o anche solo concordare una formula comune per il calcolo dello stesso. L'alterazione dei meccanismi di gara può consistere nella suddivisione del singolo appalto o in un sistema di rotazione del vincitore su un dato numero d'incanti. I cartelli concernenti i volumi di vendita possono riguardare i livelli di produzione oppure le percentuali di crescita sul mercato dei singoli concorrenti. E così via.

B. La gravità

I cartelli sono unanimemente identificati quali le violazioni antitrust di maggiore gravità²⁸, in quanto limitano il confronto tra imprese in relazione a variabili concorrenziali fondamentali. Il nocuo economico che essi sono in grado di arrecare alla collettività è immediato e rilevante²⁹.

²⁷ I volumi di vendita vengono ridotti dai concorrenti, in modo da creare un disallineamento tra domanda e offerta, che tende poi a riequilibrarsi mediante un aumento del prezzo.

²⁸ Cfr. OCSE, Recommendation of the Council concerning effective action against hard core cartels, C/M(98)7/PROV, premesse: “[h]ard core cartels are the most egregious violations of competition law”. Cfr. anche Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, in *GU*, C 298 dell'8 dicembre 2006, p. 17 ss., premessa (1); ICN, *Defining hard core cartel conduct – Effective Institutions – Effective Penalties*, report preparato in occasione della 4° conferenza annuale, tenutasi a Bonn il 6-8 giugno 2005, p. 1: “[s]ecret cartel agreements are a direct assault on the principles of competition and are universally recognised as the most harmful of all types of anticompetitive conduct”.

²⁹ Uno studio condotto dall'OCSE, tra il 1996 e il 2000, stima che una selezione di 16 cartelli abbiano da soli generato un danno complessivo pari a ben \$55 miliardi, con aumenti di prezzo sino al 50% per i prodotti e i servizi interessati. Cfr. OCSE, *Nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws*, 2002, p. 72. Cfr. anche F. GHEZZI, *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust: l'utilizzo dei leniency programs nella lotta contro cartelli e intese hard core*, in

A differenza di altre tipologie d'infrazioni, inoltre, i cartelli sono generalmente inidonei a generare effetti positivi capaci di compensare, anche solo in parte, quelli anticoncorrenziali. Come rilevato dall'*ex* Commissario alla concorrenza Mario Monti, tali illeciti hanno come unico obiettivo quello di ridurre o eliminare il confronto tra operatori, senza produrre alcun riflesso benefico per l'economia³⁰. Al fine di determinarne l'illegittimità, non è pertanto necessario valutare il loro impatto – potenziale o reale – sul mercato. Si tende a presumere che il bilancio degli effetti scaturenti da un cartello non possa essere che negativo.

Si parla, al riguardo, d'illeciti *per se*³¹, sebbene il concetto, di derivazione americana, non sia mai stato ufficialmente avallato in seno all'ordinamento dell'Unione europea (l'"Unione").

4. Gli abusi di posizione dominante

A. La posizione di dominanza

Ai sensi del diritto europeo della concorrenza, si ritiene che un'impresa detenga una

Concorrenza e mercato, 10, 2002, pp. 232-234. Cfr. in particolare, p. 234, ove si specifica come la teoria economica abbia dimostrato che “*i cartelli devono ricevere pubblica condanna perché incidono negativamente sul benessere economico collettivo*”.

³⁰ Cfr. M. MONTI, *XXXI Relazione sulla politica di concorrenza della Commissione*, 2001, prefazione.

³¹ Cfr. ICN, *Defining hard core cartel conduct – Effective Institutions – Effective Penalties*, report preparato in occasione della 4° conferenza annuale, tenutasi a Bonn il 6-8 giugno 2005, p. 14: “[i]n many jurisdictions, hard core cartel conduct is per se illegal because of its pernicious effect on competition and lack of redeeming economic value. Thus, the per se approach does not require an agency to prove harm to competition and does not allow parties to claim an efficiency justification. Certain agreements are conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal, without elaborate inquiry as to the precise harm they have caused or the business excuse for their use. Under a per se analysis, companies may not demonstrate the alleged reasonableness or necessity of the challenged conduct. For example, price fixing cannot be justified by arguing that it was necessary to avoid cutthroat competition, or that it resulted only in reasonable prices. The per se approach can provide certainty with respect to the legality of specific conduct”. Cfr. anche sentenza del Tribunale, del 6 luglio 2000, causa T-62/98, *Volkswagen AG c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-2707 ss., punto 178; sentenza della Corte, del 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, *Consten e Grundig c. Commissione*, in *Racc.*, p. 429 ss.; sentenza della Corte, del 17 luglio 1997, causa C-219/95, *Ferriere Nord c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-4411 ss., punti 12-14. Il tema è inoltre affrontato in numerosi manuali di diritto della concorrenza, tra cui C. BELLAMY, G. CHILD, *European Community Law of Competition*, Oxford, 2007, pp. 157-158 e 163-165; J. FAULL, A. NIKPAY, *The EC law of competition*, Oxford, 1999, pp. 334-336.

posizione dominante ove la stessa sia nella condizione di agire sul mercato, e delineare la propria strategia commerciale, senza essere costretta in misura apprezzabile dalle possibili reazioni di fornitori, clienti e/o concorrenti³². Nell'ambito di tale valutazione, rilevano una pluralità di fattori. Una prima indicazione preliminare è fornita dalla quota di mercato. La Commissione generalmente considera che non ricorra una posizione dominante ove l'impresa detenga una quota inferiore al 40%. Al fine di meglio apprezzare tale dato quale misuratore del potere di mercato, e contestualizzarlo nella maniera più appropriata, è opportuno analizzare anche le oscillazioni dello stesso nel corso degli anni. Alcuni settori, infatti, specialmente quelli caratterizzati da una struttura a gara (*bid*), possono presentare variazioni rilevanti nel corso di brevi lassi temporali. Cosicché un soggetto, in un dato anno, può detenere una quota rilevante, ma quello successivo o precedente assai inferiore³³.

³² Cfr. Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, in *GU*, C 45 del 24 febbraio 2009, p. 7 ss., punti 10-12: *“il diritto comunitario definisce la posizione dominante come una situazione di potere economico grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare il persistere di una concorrenza effettiva sul mercato in questione e di agire in maniera significativamente indipendente rispetto ai suoi concorrenti, ai suoi clienti e, in ultima analisi, ai consumatori. Il concetto di indipendenza è correlato al grado di pressione concorrenziale esercitata sull'impresa in questione. L'esistenza di una posizione dominante significa che tali pressioni concorrenziali non sono sufficientemente efficaci e che l'impresa in questione gode pertanto di un considerevole potere di mercato durante un certo periodo. Questo significa che le decisioni dell'impresa sono per lo più insensibili alle azioni e reazioni dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori. La Commissione può ritenere che non vi siano pressioni concorrenziali effettive anche se permane una qualche concorrenza reale o potenziale. In generale, una posizione dominante deriva da una combinazione di vari fattori che, considerati separatamente, non sono necessariamente determinanti. La Commissione ritiene che un'impresa in grado di aumentare i prezzi al di sopra del livello concorrenziale in maniera redditizia per un periodo di tempo significativo non si trovi a far fronte a pressioni concorrenziali sufficientemente efficaci e possa pertanto, in linea generale, essere considerata un'impresa dominante. Nella presente comunicazione, l'espressione “aumentare i prezzi” comprende il potere di mantenere i prezzi al di sopra del livello concorrenziale e viene utilizzata per designare in forma abbreviata i vari modi in cui i parametri della concorrenza – quali prezzi, produzione, innovazione, varietà o qualità di beni o servizi – possono essere influenzati a beneficio dell'impresa dominante e a scapito dei consumatori”*.

³³ Cfr. Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, in *GU*, C 45 del 24 febbraio 2009, p. 7 ss., punti 13-15: *“[l]e quote di mercato forniscono una prima indicazione utile per la Commissione sulla struttura del mercato e sulla relativa importanza delle varie imprese in esso operanti.*

Altro elemento utile al fine di determinare la posizione di dominanza di un'impresa è il livello di concorrenza potenziale, ossia l'esistenza di possibili nuovi entranti sul mercato, in particolare a seguito di variazioni come un innalzamento del prezzo del prodotto. A tal fine, assume particolare rilevanza l'analisi delle barriere all'entrata, nelle loro differenti forme (costi di produzione connessi a economie di scale, tariffe, accesso alle risorse prime, licenze o autorizzazioni amministrative, ecc.)³⁴.

La Commissione interpreterà tuttavia le quote di mercato alla luce delle condizioni di mercato rilevanti e, in particolare, della dinamica del mercato e del grado di differenziazione dei prodotti. Anche la tendenza o lo sviluppo delle quote di mercato nel tempo possono essere presi in considerazione in mercati volatili o in mercati basati sull'aggiudicazione degli appalti. La Commissione ritiene che quote di mercato modeste siano in generale un buon indicatore dell'assenza di un considerevole potere di mercato. In base all'esperienza della Commissione, è improbabile che l'impresa goda di una posizione dominante se la sua quota di mercato è inferiore al 40 % sul mercato rilevante. Possono esistere tuttavia casi specifici al di sotto di tale soglia in cui i concorrenti non sono in grado di limitare in modo effettivo il comportamento di un'impresa dominante, ad esempio quando devono affrontare gravi limitazioni di capacità. Anche casi di questo genere meritano l'attenzione della Commissione. L'esperienza indica che, quanto maggiore è la quota di mercato e quanto più lungo il periodo di tempo per il quale è detenuta, tanto più probabile è che essa costituisca un'importante indicazione preliminare dell'esistenza di una posizione dominante e, in determinate circostanze, di eventuali effetti gravi di comportamento abusivo, il che giustifica un intervento da parte della Commissione ai sensi dell'articolo 82. Tuttavia, di regola generale, la Commissione non giungerà a una conclusione definitiva sull'opportunità di proseguire l'esame di un caso senza analizzare tutti i fattori che possono essere sufficienti a limitare il comportamento dell'impresa".

³⁴ Cfr. Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, in *GU*, C 45 del 24 febbraio 2009, p. 7 ss., punti 16-17: “[l]a concorrenza è un processo dinamico e una valutazione delle pressioni concorrenziali esercitate su un'impresa non può basarsi soltanto sulla situazione di mercato esistente: è inoltre rilevante l'incidenza potenziale dell'espansione da parte di concorrenti effettivi o dell'ingresso sul mercato di concorrenti potenziali, compresa la minaccia di tale espansione o ingresso. Un'impresa può essere dissuasa dall'aumentare i prezzi se l'espansione o l'ingresso sul mercato sono probabili, tempestivi e sufficienti. Affinché la Commissione consideri l'espansione o l'ingresso sul mercato come probabili occorre che essi siano sufficientemente redditizi per il concorrente o il nuovo operatore, tenuto conto di fattori come le barriere all'espansione o all'ingresso, le reazioni probabili della presunta impresa dominante e di altri concorrenti nonché dei rischi e costi di un insuccesso. Per essere considerati tempestivi, l'espansione o l'ingresso sul mercato devono essere sufficientemente rapidi da scoraggiare o impedire l'esercizio di un potere di mercato considerevole. Per poter essere considerati sufficienti, l'espansione o l'ingresso sul mercato non devono avvenire semplicemente su scala ridotta, ad esempio in una nicchia di mercato, ma devono essere di entità tale da poter scoraggiare

Ulteriore fattore rilevante è poi il contro-potere di mercato degli acquirenti, e la loro capacità di variare fornitore agevolmente. Ad esempio, anche ove il produttore detenga una quota di mercato elevata, è improbabile che esso possa agire con significativa indipendenza nei confronti di un cliente che rappresenta una parte sostanziale del suo fatturato. Assistiamo a un fenomeno di questo tipo, ad esempio, nel settore della GDO, ove i distributori (singolarmente o organizzati in centrali d'acquisto) sono generalmente in grado di esercitare sui loro fornitori una pressione rilevante. Allo stesso modo, ove i clienti non incontrino ostacoli sostanziali nella variazione del loro fornitore (quali contratti di lungo periodo, specifiche tecniche, ridotta capacità produttiva nel mercato dell'approvvigionamento, ecc.), è ragionevole presumere che il produttore debba tenere in considerazione tale scenario nella scelta della sua politica commerciale³⁵.

qualsiasi tentativo di aumentare i prezzi da parte dell'impresa che si presume dominante sul mercato rilevante. Le barriere all'espansione o all'ingresso sul mercato possono avere forme diverse. Può trattarsi di barriere giuridiche, come le tariffe o le quote, o di vantaggi specificamente goduti dall'impresa dominante, come le economie di scala e di diversificazione, l'accesso privilegiato a fattori di produzione o risorse naturali essenziali, tecnologie importanti o una rete di distribuzione e di vendita ben consolidata. Si può trattare anche di costi e altri impedimenti, derivanti ad esempio da effetti di rete, cui devono far fronte i clienti nel passaggio a un nuovo fornitore. Anche lo stesso comportamento dell'impresa dominante può creare barriere all'ingresso sul mercato, ad esempio qualora essa abbia effettuato investimenti significativi che i nuovi operatori o i concorrenti dovrebbero eguagliare o abbia stipulato con i propri clienti contratti a lungo termine che hanno effetti di preclusione. Quote di mercato che si mantengono elevate possono indicare l'esistenza di barriere all'ingresso e all'espansione sul mercato”.

³⁵ Cfr. Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, in *GU*, C 45 del 24 febbraio 2009, p. 7 ss., punto 18: “[l]a pressione concorrenziale può essere esercitata non soltanto dai concorrenti effettivi o potenziali ma anche dai clienti. Anche un'impresa con una quota di mercato elevata può non essere in grado di agire in maniera considerevolmente indipendente rispetto ai clienti che hanno sufficiente forza negoziale. Tale potere contrattuale può derivare dalle dimensioni dei clienti o dalla loro importanza commerciale per l'impresa dominante, nonché dalla loro capacità di passare rapidamente a fornitori concorrenti, di favorire nuovi ingressi sul mercato e di integrarsi a livello verticale, e di minacciare in modo credibile di farlo. Se è ad un livello sufficiente, il potere contrattuale può scoraggiare o far fallire il tentativo da parte dell'impresa di aumentare i prezzi in maniera redditizia. Il potere contrattuale dell'acquirente non può tuttavia essere considerato come una pressione sufficientemente efficace se si limita a proteggere un segmento particolare o circoscritto di clienti dal potere di mercato dell'impresa dominante”.

Occorre anche sottolineare come non solo il produttore possa detenere una posizione di dominanza, ma anche l'acquirente. In tale scenario, saranno i comportamenti commerciali di quest'ultimo nei confronti dei suoi fornitori a dover essere oggetto di valutazione in un'ottica di possibile abuso³⁶.

Infine, si osserva come una posizione di dominanza possa essere detenuta non solo da una singola impresa, ma anche da più operatori congiuntamente, ove sia possibile concludere che, in virtù dei vincoli legali o economici esistenti, essi, pur rimanendo entità economiche distinte ai sensi antitrust, nondimeno tendono ad agire sul mercato in maniera allineata, anche in assenza di una intesa anticoncorrenziale a monte (come avviene nei casi di c.d. collusione tacita)³⁷.

³⁶ Cfr. sentenza del Tribunale, del 17 dicembre 2003, causa T-219/99, *British Airways plc c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-5917 ss., punto 101: “[l]’art. 82 CE trova infatti applicazione tanto alle imprese delle quali venga accertata l’eventuale posizione dominante nei confronti dei rispettivi fornitori, come nella specie, quanto alle imprese che possano assumere la stessa posizione nei confronti della propria clientela”.

³⁷ Cfr., tra le altre, sentenza della Corte, del 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie maritimes belges transports SA (C-395/96 P), Compagnie maritimes belges SA (C-395/96 P) e Dafralines A/S (C-396/96 P) c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-1365 ss., punti 35-45: “[a]i sensi dell’art. 86 del Trattato, una posizione dominante può essere detenuta da più «imprese». La Corte ha ripetutamente dichiarato che la nozione di «impresa» che figura nel capo del Trattato dedicato alle regole di concorrenza presuppone l’autonomia economica dell’entità interessata (v., in particolare, sentenza 25 novembre 1971, causa 22/71, *Béguelin*, *Racc.* pag. 949). Ne consegue che l’espressione «più imprese» di cui all’art. 86 del Trattato implica che una posizione dominante può essere detenuta da due o più entità economiche, giuridicamente indipendenti l’una dall’altra, a condizione che, dal punto di vista economico, esse si presentino o agiscano insieme, su un mercato specifico, come un’entità collettiva. In questo senso occorre comprendere l’espressione «posizione dominante collettiva», che sarà utilizzata in prosieguo nella presente sentenza. Ora, la constatazione dell’esistenza di una posizione dominante non comporta di per sé alcun addebito nei confronti dell’impresa interessata, ma significa solo che questa, indipendentemente dalle cause di tale posizione, è tenuta in modo particolare a non compromettere col suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune (v. citata sentenza *Michelin/Commissione*, punto 57). Questa stessa conclusione si impone in ordine alle imprese che detengono una posizione dominante collettiva. La constatazione che due o più imprese detengono una posizione dominante collettiva deve, in linea di principio, procedere da una valutazione economica della posizione sul mercato pertinente delle imprese interessate, prima di ogni esame della questione se tali imprese abbiano sfruttato in maniera abusiva la loro posizione sul mercato. È pertanto necessario, ai fini di un’analisi ai sensi dell’art. 86 del Trattato, esaminare se le

imprese interessate costituiscano insieme un'entità collettiva nei confronti dei loro concorrenti, delle loro controparti commerciali e dei consumatori su un mercato determinato. Solo in caso affermativo occorrerebbe esaminare se tale entità collettiva detenga effettivamente una posizione dominante e se essa si comporti in maniera abusiva. Occorre rilevare che, nella sentenza impugnata, il Tribunale ha preso cura di esaminare separatamente questi tre elementi, e cioè la posizione collettiva, la posizione dominante e l'abuso di tale posizione. Per accertare l'esistenza di un'entità collettiva nel senso precedentemente evidenziato è necessario esaminare i legami o fattori di correlazione economici tra le imprese interessate (v., in particolare, sentenze 27 aprile 1994, causa C-393/92, Almelo, Racc. pag. I-1477, punto 43, e 31 marzo 1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95, Francia e a./Commissione, Racc. pag. I-1375, punto 221). Al riguardo occorre soprattutto verificare se esistono tra le imprese interessate legami economici che consentano loro di agire insieme, indipendentemente dai loro concorrenti, dai loro clienti e dai consumatori (v., a questo proposito, citata sentenza Michelin/Commissione). Occorre rilevare che la sola circostanza che due o più imprese siano legate da un accordo, da una decisione di associazioni di imprese o da una pratica concordata, ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato, non può costituire, di per sé, una base sufficiente per un siffatto accertamento. Invece, un accordo, una decisione o una pratica concordata (oggetto o meno di esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato), nella rispettiva applicazione, possono incontestabilmente avere la conseguenza che le imprese interessate si siano vincolate quanto al loro comportamento su un mercato determinato in maniera tale che esse si presentino su tale mercato come un'entità collettiva nei confronti dei loro concorrenti, delle loro controparti commerciali e dei consumatori. L'esistenza di una posizione dominante collettiva può pertanto risultare dalla natura e dai termini di un accordo, dalla maniera della sua applicazione e, pertanto, dai legami o fattori di correlazione tra imprese che ne derivano. Tuttavia, l'esistenza di un accordo o di altri vincoli giuridici non è indispensabile all'accertamento dell'esistenza di una posizione dominante collettiva, accertamento che potrebbe risultare da altri fattori di correlazione e dipenderebbe da una valutazione economica e, in particolare, da una valutazione della struttura del mercato di cui trattasi". Cfr. anche sentenza del Tribunale, del 10 marzo 1992, cause riunite T-68/89, T-77/89 e T-78/89, Società Italiana Vetro SpA e altri c. Commissione, in Racc., p. II-1403 ss., punti 357-358: "[i]l Tribunale rileva che la lettera stessa dell'art. 86, primo comma, prevede che «più imprese» possono sfruttare abusivamente una posizione dominante. Costituisce giurisprudenza costante, come ammettono del resto tutte le parti, che nel contesto dell'art. 85 del Trattato, la nozione di accordo o di pratica concordata tra imprese non riguarda accordi o pratiche concordate tra imprese che appartengono ad uno stesso gruppo se le imprese costituiscono un'unità economica (v., ad esempio, sentenza della Corte 31 ottobre 1974, Centrafarm, già citata, punto 41 della motivazione). Ne deriva che quando l'art. 85 riguarda accordi o pratiche concordate tra «imprese», esso riguarda rapporti tra due o più entità economiche in grado di entrare in concorrenza l'una con l'altra. Il Tribunale ritiene che non vi sia alcun motivo, giuridico o economico, di supporre che l'espressione «impresa» che figura all'art. 86 abbia un significato diverso da quello che è ad essa attribuita nel contesto dell'art. 85. Non si può escludere in via di principio che due o più entità economiche indipendenti siano, su un mercato specifico, unite da tali vincoli economici che, per tale motivo, esse detengono insieme una posizione dominante rispetto agli

B. L'abuso

Le regole europee di concorrenza non vietano la posizione di dominanza di per sé. Che un'impresa giunga a detenere una quota di mercato rilevante grazie alla qualità dei suoi prodotti e/o a efficienze interne tali da permettergli di contenere i costi, ossia su base meritocratica, è un risultato chiaramente lecito. Questo è il normale funzionamento del mercato.

Ciò che l'art. 102 TFUE sanziona, invece, è l'abuso di tale posizione. Una volta guadagnato un certo potere di mercato, infatti, l'impresa assume su di sé una forma speciale di responsabilità. E comportamenti altrimenti leciti, proprio in considerazione della posizione di forza detenuta, possono invece divenire illegittimi³⁸.

Figurativamente, l'abuso di posizione dominante si pone dunque come una fattispecie di natura asimmetrica, nel senso che condotte rilevanti assumono un contorno di legittimità antitrust o meno in considerazione del potere di mercato dell'impresa.

Le condotte suscettibili di configurare una violazione dell'art. 102 TFUE non sono tipizzate nella loro interezza. Il predetto articolo riporta alcune ipotesi, ma non si tratta di un numero chiuso³⁹. In generale, ricorre un abuso ove l'impresa (in posizione di dominanza)

altri operatori sullo stesso mercato. Tale potrebbe ad esempio essere il caso in cui due o più imprese indipendenti dispongono in comune, mediante accordo o licenza, di un vantaggio tecnologico che concede loro la possibilità di comportamenti indipendenti in una misura apprezzabile nei confronti dei loro concorrenti, dei loro clienti e infine dei consumatori (sentenza della Corte 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche, già citata, punti 38 e 48 della motivazione)".

³⁸ Cfr. sentenza della Corte, del 9 novembre 1983, causa 322/81, *N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Commissione*, in *Racc.*, p. 3461 ss., punto 57: “la constatazione dell'esistenza della posizione dominante non comporta di per sé alcun addebito nei confronti dell'impresa interessata, ma significa solo che questa, indipendentemente dalle cause di tale posizione, è tenuta in modo particolare a non compromettere col suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune”. Cfr. anche A. JONES, B. SUFFRIN, *EU Competition Law*, Oxford, 2011, pp. 366-368.

³⁹ Cfr. sentenza della Corte, del 14 novembre 1996, causa C-333/94 P, *Tetra Pak International SA c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-5951 ss., punto 37: “[o]ccorre poi sottolineare che l'elenco delle pratiche abusive contenuto nell'art. 86, secondo comma, del Trattato non è tassativo”.

operi sul mercato mediante strategie e condotte unilaterali⁴⁰ (atte a influire sulla struttura concorrenziale dello stesso) differenti da quelle su cui si impernia il normale confronto tra operatori⁴¹.

Le condotte *ex art. 102 TFUE* sono generalmente classificate in abusi (i) di sfruttamento ed (ii) escludenti. I primi hanno come fine principale l'estrazione di un vantaggio illegittimo nei confronti del cliente o consumatore. È il caso della fissazione del prezzo di vendita del prodotto a un livello eccessivo rispetto al suo reale valore economico. I secondi, invece, si pongono come obiettivo primario l'esclusione dal mercato dei concorrenti. Ne sono un esempio i rifiuti di fornitura.

Le due categorie non sono necessariamente alternative. Le pratiche di *tying*, ad esempio, sfruttano il cliente o consumatore, il quale è costretto ad acquistare anche il prodotto "debole" al fine di avere quello "forte", e, nel contempo, determinano anche un effetto escludente nei confronti dei concorrenti attivi sul mercato del bene "legato"⁴².

⁴⁰ A differenza delle fattispecie di accordo e pratica concordata di cui all'art. 101 TFUE, dunque, la violazione di abuso è integrata dalle condotte di singole imprese, e non dal concorso di comportamenti di più soggetti.

⁴¹ Cfr. sentenza della Corte, del 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione*, in *Racc.*, p. 461 ss., punto 91: "la nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva, che riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza"; sentenza della Corte, del 9 novembre 1983, causa 322/81, *N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Commissione*, in *Racc.*, p. 3461 ss., punto 70: "per quanto riguarda l'applicazione dell'art. 86 ad un sistema di sconti dipendenti da obiettivi di vendita, come sopra descritto, bisogna ricordare innanzitutto che l'art. 86, vietando lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato, in quanto il commercio fra stati membri possa esserne pregiudicato, si riferisce ai comportamenti atti ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera l'impresa interessata, il grado di concorrenza è già sminuito e che hanno l'effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza".

⁴² Cfr. anche quanto già detto alla nota 4.

5. Public e private enforcement

L'obiettivo di un'effettiva tutela della concorrenza, mediante un'efficacia attività di prevenzione degli illeciti ex artt. 101 e 102 TFUE, è innanzitutto perseguito dalla Commissione e dalle singole autorità nazionali mediante gli strumenti di public enforcement, ossia i mezzi d'indagine e le misure sanzionatorie⁴³. (In tale contesto, come si vedrà con maggiore dettaglio nel capitolo seguente, assumono particolare rilevanza i programmi di

⁴³ A tal riguardo, si osservi come, nell'ambito del diritto europeo della concorrenza, e nell'ottica assunta dalle stesse autorità antitrust, la sanzione tenda ormai a svolgere principalmente una funzione di prevenzione generale e speciale, mentre l'ottica punitiva-retributiva parrebbe essere relegata in secondo piano. Ciò trova un riflesso negli stessi Orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende, la cui formulazione attuale prevede uno specifico coefficiente di moltiplicazione a fini dissuasivi. Cfr. Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, in *GU*, C 210 dell'1 settembre 2006, punti 30-31: “[l]a Commissione presterà particolare attenzione all’esigenza di garantire l’effetto sufficientemente dissuasivo delle ammende; a tal fine essa può aumentare l’ammenda da infliggere alle imprese che abbiano un fatturato particolarmente grande al di là delle vendite dei beni e servizi ai quali l’infrazione si riferisce. La Commissione terrà inoltre conto della necessità di aumentare la sanzione per superare l’importo degli utili illeciti realizzati tramite l’infrazione, qualora la stima di tale importo sia possibile”. Già negli anni ‘80, la Corte, nella sua sentenza, del 7 giugno 1983, cause riunite 100 a 103/80, *Musique diffusion française e altri c. Commissione*, in *Racc.*, p. 1825 ss., punto 106, sottolineava che “per valutare la gravità di un’infrazione, onde determinare l’importo dell’ammenda, la Commissione deve tener conto non solo delle circostanze particolari della fattispecie, ma anche del contesto in cui si colloca l’infrazione e curare che la sua azione abbia carattere dissuasivo”. Cfr. anche sentenza del Tribunale, del 20 marzo 2002, causa T-31/99, *ABB Asea Brown Boveri Ltd c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-1881 ss., punto 166: “[i]n that regard, the Commission’s power to impose fines on undertakings which, intentionally or negligently, commit an infringement of the provisions of Article 85(1) of the Treaty is one of the means conferred on the Commission in order to enable it to carry out the task of supervision conferred on it by Community law. That task certainly includes the duty to investigate and punish individual infringements, but it also encompasses the duty to pursue a general policy designed to apply, in competition matters, the principles laid down by the Treaty and to guide the conduct of undertakings in the light of those principles. It follows that, in assessing the gravity of an infringement for the purpose of fixing the amount of the fine, the Commission must take into consideration not only the particular circumstances of the case but also the context in which the infringement occurs and must ensure that its action has the necessary deterrent effect, especially as regards those types of infringement which are particularly harmful to the attainment of the objectives of the Community”. Cfr. inoltre M. MAGGIOLINO, *Il potere deterrente dei sistemi sanzionatori comunitario e nazionale e le riduzioni delle sanzioni antitrust*, in *Concorrenza e mercato*, 13-14, 2006, pp. 316-320.

clemenza).

Ai predetti strumenti si affiancano poi quelli di private enforcement, termine mediante il quale s'indica l'applicazione delle norme di concorrenza in sede giudiziale su iniziativa di soggetti privati, con particolare riferimento alle azioni di risarcimento danni⁴⁴.

Sebbene l'interesse principe perseguito in tale contesto sia di carattere privatistico, il private enforcement svolge indirettamente anche una funzione (pubblicistica) di dissuasione, posto che il rischio, ad esempio, di essere condannati all'indennizzo del nocumento causato in seguito alla partecipazione a un illecito antitrust è anch'esso potenzialmente in grado di generare un effetto di prevenzione, disincentivando le imprese dal partecipare al fenomeno collusivo. Sotto questo profilo, dunque, il private enforcement si pone quale complementare al public enforcement, nonché come strumento potenzialmente utile a colmare parte delle deficienze di quest'ultimo in termini di deterrenza, come si descriverà del prosieguo⁴⁵.

⁴⁴ Altre forme di azioni di *private enforcement* sono quelle volte (i) a far dichiarare la nullità degli accordi anticoncorrenziali e (ii) all'adozione di misure inibitorie. Una particolare sotto-categoria dell'azione di risarcimento danni è poi costituita dall'accertamento negativo, ai sensi del quale un'impresa può agire in giudizio affinché il giudice dichiari che una sua specifica condotta non ha determinato effetti negativi in capo a taluni soggetti, o comunque non integra un illecito antitrust. Tale tipologia di azione ha sostanzialmente il fine di anticipare una possibile richiesta di risarcimento danni da parte di soggetti che asseriscono di aver subito un nocumento da una supposta infrazione alle regole di concorrenza, così da radicare la causa in un ordinamento maggiormente favorevole (c.d. *forum shopping*), ai sensi delle regole previste dal Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GU*, L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1 ss. A decorrere dal 10 gennaio 2015, il predetto atto sarà sostituito dal Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GU*, L 351 del 20 dicembre 2012, p. 1 ss. Cfr. F. M. MORETTI, L. NASCIMBENE, *No scent of torpedo*, in *Global Competition Litigation Review*, 2, 2, 2009, p. 67 ss. Per una trattazione di carattere più generale, cfr. F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001. La revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968*, Padova, 2006.

⁴⁵ Al public e private enforcement si aggiungono i c.d. poteri di *advocacy* delle autorità di concorrenza, volti a promuovere il rispetto delle regole antitrust e la tutela del meccanismo di mercato mediante iniziative di carattere non vincolante. Tali poteri possono assumere forme differenti, quali, ad esempio, la partecipazione, a titolo consultivo, ai procedimenti legislativi, la pubblicazione di studi e suggerimenti, l'attività svolta dinanzi ai giudici nazionali in qualità di *amicus curiae*, ecc. Si tratta, comunque, di

Partendo dalla medesima constatazione, la Commissione, nel corso degli ultimi anni, si è focalizzata sullo studio e sull'analisi di possibili meccanismi idonei a stimolare il ricorso alla tutela civile in ambito antitrust. Da qui l'adozione di un Libro Verde sul tema, nel 2005, cui ha fatto seguito, nel 2008, un Libro bianco, ove sono state avanzate proposte concrete sul tema, che sono infine confluite, con alcuni adattamenti, in una bozza di direttiva, recante delle norme di armonizzazione volte ad agevolare l'attore in sede di giudizio antitrust. Tale progetto, tuttavia, parrebbe essere stato abbandonato, almeno per il momento⁴⁶. La Commissione ha difatti preferito concentrarsi su un singolo profilo, quello delle azioni collettive, in relazione alle quali ha anche lanciato una consultazione pubblica, tra il 4 febbraio e il 30 aprile 2011. Sulla stessa linea, nel 2009 la Commissione ha pubblicato uno studio sui meccanismi e sulle modalità di quantificazione del danno derivante dalle violazioni delle regole di concorrenza, allo scopo di coadiuvare i giudici nazionali nella loro attività giurisdizionale. Nel giugno del 2011, essa ha inoltre lanciato una specifica consultazione pubblica sull'argomento.

Riflessioni finali

L'elevato grado di lesività di talune tipologie di violazioni antitrust di rilevanza europea, in particolare i cartelli, impone una riflessione in merito all'effettiva capacità deterrente dell'attuale apparato di public e private enforcement. Questo anche in considerazione di come quest'ultimo si stia evolvendo in maniera parzialmente differente rispetto a esperienze estere di lunga tradizione, come quelle americana e canadese, ma anche più recenti, ad esempio quella australiana.

Da qui lo spunto per questo scritto, nel quale, dopo avere analizzato le caratteristiche principali, in un'ottica di prevenzione, degli strumenti d'indagine e sanzionatori a

iniziative inidonee a generare un effetto di deterrenza rilevante, proprio per la loro natura priva di obbligatorietà.

⁴⁶ La Commissione ha comunque mantenuto in agenda per il 2012 la proposta di direttiva di cui trattasi, probabile indicazione di come questa non sia da considerarsi abbandonata, ma semplicemente sospesa, in attesa di essere ripresa in un prossimo futuro, allorquando si potrà contare su una base di consenso sufficientemente ampia. Cfr. Commissione, *2012 Roadmaps, Competition*, disponibile sul sito internet dell'Unione, all'indirizzo URL http://ec.europa.eu/atwork/key-documents/index_en.htm. Si noti, tuttavia, come questo progetto non paia rientrare tra quelli da finalizzare già nel corso del 2013. Cfr. Commissione, *2013 Roadmaps, Competition*, disponibile sul sito internet dell'Unione, all'indirizzo URL http://ec.europa.eu/atwork/key-documents/index_en.htm.

disposizione della Commissione, nonché il tema della tutela civile in ambito antitrust, ci s'interroga sull'opportunità di un'eventuale penalizzazione del diritto europeo della concorrenza, con particolare riferimento alle forme di collusione orizzontali più gravi.

CAPITOLO I

PUBLIC ENFORCEMENT E PROFILI DI DETERRENZA

SOMMARIO: Introduzione. 1. La ripartizione di competenza. 2. Il public enforcement a livello europeo. A. I mezzi d'acquisizione delle prove. (i) Le tipologie. (ii) Le richieste di informazioni. (iii) Il potere di raccogliere dichiarazioni. (iv) Le ispezioni presso le imprese. (v) Le ispezioni presso i domicili privati. (vi) La cooperazione tra autorità di concorrenza. (a) In seno all'Unione. (b) Con paesi terzi. (vii) Il programma di clemenza. (viii) Le denunce. B. Le ammende. C. I limiti in un'ottica di deterrenza. 3. Il public enforcement a livello nazionale. Riflessioni finali.

Introduzione

Il termine public enforcement identifica l'applicazione delle norme antitrust da parte delle autorità competenti, al fine del perseguimento di un duplice interesse pubblico, ossia (i) la tutela del meccanismo concorrenziale mediante la prevenzione di possibili illeciti (deterrenza generale e speciale) e (ii) la punizione di coloro che hanno colluso (retribuzione).

L'ottica dissuasiva, di cui al punto (i), è sicuramente quella di maggiore rilevanza in tale contesto. Gli strumenti di public enforcement che maggiormente rilevano al riguardo sono: (a) la disponibilità di mezzi d'indagine efficaci, in grado d'intercettare i potenziali illeciti e, di riflesso, ingenerare nell'agente la percezione di un rischio effettivo di essere scoperto e sanzionato nel caso di partecipazione a un'infrazione; e (b) l'esistenza di pene di sufficiente gravità, capaci di determinare nell'individuo un concreto timore per le possibili conseguenze derivanti dal prendere parte a una violazione⁴⁷.

Questi due profili – che, come vedremo, risultano strettamente connessi l'uno con l'altro – saranno analizzati nel prosieguo.

⁴⁷ Il terzo elemento che rileva nella decisione di un soggetto se partecipare o meno a un illecito è naturalmente il livello di profitto atteso. Si tratta di un registro, tuttavia, su cui l'autorità di concorrenza non può incidere, a differenza di quelli concernenti il rischio di essere scoperti e la gravità della sanzione.

Nello specifico, la sezione 1, di carattere preliminare rispetto alla successiva trattazione, descrive quali siano i criteri di allocazione della competenza tra la Commissione e le autorità antitrust nazionali in relazione alle violazioni del diritto europeo della concorrenza; la sezione 2 analizza i mezzi d'acquisizione delle prove di maggiore rilevanza e la politica sanzionatoria della Commissione, nonché le relative norme e i limiti, quanto a magnitudo dissuasiva, di tali strumenti di public enforcement; la sezione 3 riporta alcune osservazioni sui medesimi temi, ma con riferimento agli ordinamenti nazionali.

1. La ripartizione di competenza

Le violazioni del diritto europeo della concorrenza sono perseguite sia dalla Commissione che dalle singole autorità nazionali di concorrenza⁴⁸. L'art. 5 del regolamento (CE) 1/2003 prevede espressamente che *“le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri sono competenti ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato in casi individuali. A tal fine, agendo d'ufficio o in seguito a denuncia, possono adottare le seguenti decisioni: ordinare la cessazione di un'infrazione, disporre misure cautelari, accettare impegni, comminare ammende, penali di mora o qualunque altra sanzione prevista dal diritto nazionale”*. Sulla stessa linea, l'art 11(1) del medesimo regolamento specifica che *“[l]a Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri applicano le regole di concorrenza comunitarie in stretta collaborazione”*.

Tali norme appaiono espressione del principio generale di leale cooperazione di cui all'art. 4(3) TUE, ai sensi del quale gli Stati membri sono tenuti a dare una piena ed effettiva

⁴⁸ Con tale termine si vuole identificare anche le autorità giudiziarie competenti a irrogare sanzioni antitrust. Cfr. Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, in *GU*, C 101 del 27 aprile 2004, p. 43 ss., punto 2: *“in taluni Stati membri, le decisioni di divieto e/o le decisioni di infliggere una sanzione possono essere adottate solo da un organo giurisdizionale: un'altra autorità garante della concorrenza riveste compiti di pubblico ministero e sottopone il caso ai giudici”*; regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in *GU*, L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1 ss., art. 35: *“[g]li Stati membri designano l'autorità o le autorità garanti della concorrenza responsabili dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato in modo da garantire un'efficace conformità alle disposizioni del presente regolamento. [...]. Tra le autorità designate possono figurare le giurisdizioni nazionali. Qualora l'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza sia demandata ad autorità amministrative e giudiziarie nazionali, gli Stati membri possono attribuire competenze e funzioni a tali autorità nazionali, sia amministrative che giudiziarie”*.

applicazione alle norme europee⁴⁹.

L'assegnazione dei singoli casi è disciplinata dalla Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza. Quest'ultima costituisce un foro di discussione e di collaborazione in materia di applicazione e vigilanza sul rispetto della politica comunitaria antitrust. Essa integra, inoltre, il quadro nel quale si realizza il coordinamento tra le autorità europee di concorrenza in relazione a fattispecie che richiedono un'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE. La rete è denominata *European Competition Network* (l'"ECN").

Il principio base di ripartizione prevede che l'autorità antitrust che per prima riceve una denuncia o avvia d'ufficio un procedimento conservi la responsabilità del caso. È tuttavia possibile una riattribuzione dello stesso, ove risulti che l'autorità inizialmente investita della questione non sia nella "posizione più idonea" a intervenire⁵⁰.

A tal fine, è necessario valutare se: (i) l'infrazione abbia avuto origine, sia stata attuata e/o abbia prodotto effetti sensibili nella giurisdizione dell'autorità inizialmente investita del caso; (ii) quest'ultima sia in grado d'intervenire efficacemente al fine di porre fine alla violazione, anche mediante l'irrogazione di sanzioni adeguate; e (iii) la predetta autorità possa raccogliere il materiale probatorio necessario alla dimostrazione dell'illecito⁵¹.

⁴⁹ Cfr. art 4(3) TUE: "[i]n virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano 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. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione". Cfr. anche R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, pp. 44-49; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, pp. 110-116.

⁵⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, in *GU*, C 101 del 27 aprile 2004, p. 43 ss., punto 6.

⁵¹ Cfr. Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, in *GU*, C 101 del 27 aprile 2004, p. 43 ss., punto 8. La nozione di "posizione più idonea", e i criteri utili al fine di tale determinazione, appaiono espressione del principio generale di sussidiarietà di cui all'art. 5(3) TUE, ai sensi del quale, "nei settori che non sono di sua competenza esclusiva, l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a

Ai sensi della stessa Comunicazione, la Commissione è considerata nella “posizione più idonea” a trattare il caso e, quindi, può avocare a sé la competenza qualora l’infrazione riguardi (ossia, produca effetti sulle dinamiche concorrenziali di) più di tre Stati membri.

Quando un’autorità di concorrenza di uno Stato membro o la Commissione decide di aprire un procedimento, lo comunica preventivamente agli altri membri dell’ECN, possibilmente già prima di adottare eventuali misure d’indagine, come ispezioni o richieste d’informazioni⁵². Nel caso sorgano questioni di riattribuzione, queste vengono solitamente risolte entro il termine di due mesi⁵³. I possibili esiti sono diversi.

Se l’infrazione presenta un’estensione geografica rilevante (si veda la regola dei tre Stati membri di cui sopra), in linea di principio la competenza spetta alla Commissione. In caso contrario, alle singole autorità di concorrenza nazionali. Quest’ultime, sebbene ciascuna competente per la propria giurisdizione, agiscono comunque in regime di stretta collaborazione tra loro⁵⁴.

Nella prassi sono tuttavia rinvenibili fattispecie miste, ove, sebbene l’infrazione sia principalmente perseguita dalla Commissione, in quanto di dimensione comunitaria, a una o più autorità nazionali è comunque concessa la titolarità dell’indagine in relazione alla propria giurisdizione. Ciò avviene, generalmente, con riferimento a casi concernenti mercati che sono di particolare importanza per i governi nazionali, o a procedimenti che sono destinati ad avere un vasto eco e ritorno mediatico, cosicché le autorità degli Stati membri sono solitamente restie a cederne la competenza alla Commissione⁵⁵.

livello di Unione”. Per un’analisi di tale principio, cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell’Unione europea*, Torino, 2012, pp. 44-49; G. TESAURO, *Diritto dell’Unione europea*, Padova, 2012, pp. 98-102.

⁵² Cfr. Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell’ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, in *GU*, C 101 del 27 aprile 2004, p. 43 ss., punto 17.

⁵³ Cfr. Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell’ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, in *GU*, C 101 del 27 aprile 2004, p. 43 ss., punto 18.

⁵⁴ Cfr. Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell’ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, in *GU*, C 101 del 27 aprile 2004, p. 43 ss., paragrafo 2.2.3.

⁵⁵ Cfr. S. BASTIANON, *Diritto antitrust dell’Unione europea*, Milano, 2011.

2. Il public enforcement a livello europeo

A. I mezzi d'acquisizione delle prove

(i) Le tipologie

Ancora prima che dalla tipologia e dal livello di sanzione potenzialmente irrogabile, l'effetto dissuasivo di un apparato di public enforcement è strettamente connesso alla capacità dello stesso d'ingenerare nell'agente la consapevolezza di un rischio effettivo di essere scoperto e punito. A tal fine, assumono un ruolo di assoluta centralità i poteri d'indagine e il loro livello di efficacia.

Gli strumenti investigativi comunemente utilizzati dalla Commissione sono le richieste d'informazioni e le ispezioni presso le sedi delle imprese⁵⁶. Il regolamento (CE) 1/2003 ha altresì introdotto la possibilità di condurre accertamenti presso domicili privati, e quella di sentire ogni persona fisica o giuridica che vi acconsenta al fine della raccolta di elementi probatori concernenti l'oggetto dell'indagine⁵⁷.

In un contesto ove le infrazioni antitrust spesso assumono una dimensione sovranazionale, un ruolo rilevante è poi assunto dalla cooperazione tra la Commissione e le altre autorità di concorrenza, in particolare al fine dello scambio degli elementi probatori rilevanti.

Una funzione centrale a fini di deterrenza è altresì svolta dal programma di clemenza. Ad esso si aggiungono, infine, le denunce di soggetti terzi.

I predetti strumenti saranno analizzati in dettaglio nelle seguenti sezioni⁵⁸.

⁵⁶ A questi si aggiungono le indagini di settore condotte dalla Commissione ai sensi dell'art. 17 del Regolamento 1/2003, finalizzate a meglio comprendere le dinamiche concorrenziali, ed eventuali manifestazioni di alterazione delle stesse, in ambiti economici specifici.

⁵⁷ Nonché quello di utilizzare sigilli nel corso delle ispezioni presso le sedi delle imprese. Cfr. capitolo II, sezione 2.A.(iv).

⁵⁸ Al fine di rendere maggiormente efficienti le indagini di cartello, e sfruttare pienamente gli strumenti investigativi a disposizione, nel 2006 è stato costituito in seno alla direzione generale per la concorrenza (DG COMP) della Commissione un apposito dipartimento, specializzato nel perseguimento di tale tipologia d'illecito. Una scelta simile è stata operata da numerose altre autorità. Cfr. ICN, *Defining hard core cartel conduct – Effective Institutions – Effective Penalties*, report preparato in occasione della 4° conferenza annuale, tenutasi a Bonn il 6-8 giugno 2005, p. 32.

(ii) Le richieste di informazioni

Ai sensi dell'art. 18 del regolamento (CE) 1/2003, la Commissione, nello svolgimento delle proprie attività d'indagine, può inviare alle imprese (o associazioni d'imprese)⁵⁹ delle richieste di informazioni, al fine di raccogliere elementi probatori rilevanti⁶⁰.

L'opportunità di avvalersi di tale strumento è sostanzialmente rimessa alla discrezionalità della Commissione stessa. La richiesta di informazioni deve comunque avere un oggetto che sia connesso a quello dell'investigazione in corso ed essere conforme al principio di proporzionalità⁶¹.

I predetti limiti rispondono a un'esigenza di tutela a fronte di eventuali interventi arbitrari dei pubblici poteri⁶².

Affinché una richiesta di informazioni sia considerata legittima è altresì necessario che la Commissione possa ragionevolmente supporre che la relativa risposta le sarebbe utile al fine di determinare l'esistenza o le caratteristiche della presunta violazione⁶³. Non sono in ogni caso ammesse formulazioni di carattere eccessivamente generico, inviate a mero scopo esplorativo, senza che la Commissione abbia già un indizio (o un qualche dato) in merito ad

⁵⁹ Per semplicità, e ai fini della presente sezione, nonché di quelle successive, si farà riferimento alle sole imprese. Quanto detto si applica, tuttavia, anche in relazione alle associazioni d'imprese.

⁶⁰ A questo scopo, la Commissione può inoltre attingere a fonti come studi di settore esterni, banche dati di società specializzate, ecc.

⁶¹ Cfr. sentenza del Tribunale, del 12 dicembre 1991, causa T-39/90, *Samenwerkende Elektriciteitsproduktiebedrijven NV c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-1497 ss., punto 51: "non è sufficiente che l'informazione richiesta sia collegata all'oggetto dell'inchiesta. Occorre inoltre che l'obbligo di fornire un'informazione, imposto ad un'impresa, non costituisca per quest'ultima un onere sproporzionato rispetto alle necessità dell'inchiesta".

⁶² Cfr. sentenza della Corte, del 21 settembre 1989, cause riunite 46/87 e 227/88, *Hoechst AG c. Commissione*, in *Racc.*, p. 2859 ss., punto 19: "in tutti i sistemi giuridici degli Stati membri gli interventi dei pubblici poteri nella sfera di attività privata di ogni persona, sia fisica che giuridica, devono essere fondati sulla legge ed essere giustificati dai motivi contemplati dalla legge; questi ordinamenti prevedono pertanto, pur se con modalità diverse, una protezione nei confronti di interventi arbitrari o sproporzionati. L'esigenza di siffatta protezione dev'essere ammessa come un principio generale del diritto comunitario".

⁶³ Cfr. conclusioni dell'AG Jacobs, del 15 dicembre 1993, causa C-36/92 P, *Samenwerkende Elektriciteits-Produktiebedrijven (sep) NV c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-1911 ss., punto 21.

un possibile illecito⁶⁴.

Tale mezzo d'indagine può naturalmente essere utilizzato anche ove già si disponga di elementi di prova in relazione alla supposta infrazione, a condizione che esso sia comunque utile nell'ottica di meglio valutare la portata dell'illecito, la sua durata o la cerchia delle imprese che vi sono coinvolte⁶⁵.

Una richiesta di informazioni può assumere due distinte forme: (i) quella della domanda semplice; e (ii) quella della decisione. A differenza del previgente regime in vigore sotto il regolamento (CEE) 17/1962, non esiste un rapporto di consequenzialità o pregiudizialità tra queste due tipologie, nel senso che la Commissione può, in linea di principio, adottare una richiesta di informazioni sotto forma di decisione direttamente, senza prima dover tentare d'ottenere una risposta dall'impresa interessata per mezzo di una mera domanda semplice. A condizione, naturalmente, che tale scelta operativa risulti conforme al principio di proporzionalità.

La differenza tra le due forme di cui trattasi è marcata. La domanda semplice non implica per il soggetto destinatario un obbligo di risposta, la quale si configura, dunque, come facoltativa. Ove l'impresa decida di fornire le informazioni richieste, o anche solo una parte di queste, essa è comunque tenuta a farlo in maniera "esatta" e "non fuorviante". Inoltre, essendo la risposta dell'impresa volontaria, essa non potrà poi invocare il principio di non autoincriminazione in relazione ai dati prodotti⁶⁶.

Al contrario, una richiesta di informazioni sotto forma di decisione comporta per l'impresa destinataria non solo un obbligo di fornire una risposta "esatta" e "non fuorviante", ma anche "completa" ed "entro il termine stabilito". In relazione ad essa, inoltre, valgono le tutele connesse al diritto di non autoincriminarsi, ai sensi dell'art. 6 CEDU e dei principi

⁶⁴ Cfr. A. H. BISCHKE, *Article 18*, in F. J. SÄCKER, F. MONTAG, G. HIRSCH, *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, London, 2008, p. 1748.

⁶⁵ Cfr. sentenza della Corte, del 18 ottobre 1989, causa 374/87, *Orkem c. Commissione*, in *Racc.*, p. 3283 ss., punto 15.

⁶⁶ Cfr. B. VESTERDORF, *Legal professional privilege and the privilege against self-incrimination in EC law: recent developments and current issues*, in B. HAWK, *International antitrust law & policy: annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, New York, 2005, p. 709 ss.; W. P. J. WILS, *Efficiency and justice in European antitrust enforcement*, Oxford e Portland, 2008, p. 567. Nella prassi, comunque, la Commissione tende a rispettare tale principio anche nella stesura delle richieste di informazioni adottate mediante domanda semplice.

generali dell'Unione⁶⁷.

⁶⁷ Cfr. sentenza della Corte europea, del 21 dicembre 2000, n. 34720/97, *Heaney e McGuinness c. Irlanda*, punto 40: “[t]he Court recalls its established case-law to the effect that, although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, the rights relied on by the applicants, the right to silence and the right not to incriminate oneself, are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6. Their rationale lies, inter alia, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities, thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6. The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right in question is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 § 2 of the Convention”. Cfr. anche Libro Verde della Commissione sulla presunzione di non colpevolezza, COM(2006)174 def., paragrafo 2.4: “[l]a presunzione di non colpevolezza comprende il diritto di evitare l’autoincriminazione, diritto fondato sul diritto al silenzio e a non essere obbligato a fornire prove di colpevolezza. Si tratta, in altri termini, di applicare l’antica massima *nemo tenetur prodere seipsum* (nessuno può essere obbligato ad accusare se stesso). L’imputato può rifiutarsi di rispondere alle domande e produrre elementi probatori. La Corte europea dei diritti dell’uomo ha ritenuto che, pur se non espressamente menzionato nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, il diritto di non autoincriminarsi è generalmente riconosciuto ed è parte integrante del concetto di “giusto processo”. Esso protegge l’imputato contro un’indebita coazione delle autorità, riducendo il rischio di errori giudiziari e consacrando il principio della parità delle armi. L’accusa deve provare il suo teorema accusatorio senza ricorrere a prove ottenute mediante l’uso della forza o la coazione psicologica. La sicurezza e l’ordine pubblico non possono giustificare la soppressione di tali diritti che sono reciprocamente connessi, per cui ogni coazione intesa ad ottenere una prova incriminatrice costituisce violazione del diritto al silenzio”. Cfr. anche sentenza della Corte, del 18 ottobre 1989, causa 374/87, *Orkem c. Commissione*, punti 33-35: “la Corte ha recentemente rilevato, nella sentenza 21 settembre 1989 (cause riunite 46/87 e 227/88, *Hoechst/Commissione*, Racc . 1989, pag . 2859, punto 15 della motivazione), che anche se i diritti della difesa devono essere rispettati nei procedimenti amministrativi che possono portare all’irrogazione di sanzioni, è necessario evitare che detti diritti vengano irrimediabilmente compromessi nell’ambito di procedure d’indagine previa che possono essere determinanti per la costituzione di prove attestanti l’illegittimità di comportamenti di imprese che possono farne sorgere la responsabilità . Di conseguenza, anche se taluni diritti della difesa riguardano unicamente i procedimenti in contraddittorio che seguono una comunicazione di addebiti, altri diritti devono essere rispettati già dalla fase dell’indagine preliminare. Di conseguenza, benché, per realizzare la finalità perseguita dall’ art . 11, nn . 2 e 5, del regolamento n . 17, la Commissione possa obbligare un’ impresa a fornirle tutte le informazioni necessarie per quanto attiene ai fatti di cui quest’ ultima sia a conoscenza ed a comunicarle, se del caso, i relativi documenti di cui sia in possesso, pur potendo essi servire ad accertare che l’ impresa stessa o un’ altra impresa hanno tenuto un comportamento anticoncorrenziale,

Le informazioni rilevanti possono essere fornite dai soggetti che hanno la proprietà o la rappresentanza delle imprese destinatarie della richiesta, oppure anche mediante degli avvocati, purché muniti di procura.

Ai sensi dell'art. 23(1)(a) e (b) del regolamento (CE) 1/2003, nell'ipotesi di risposta "inesatta"⁶⁸, "fuorviante" o, in caso di richiesta mediante decisione, "incompleta" o tardiva, per dolo o negligenza, la Commissione può irrogare all'impresa sanzioni sino all'1% del fatturato generato dalla stessa nell'esercizio sociale antecedente. Secondo quanto disposto dall'art. 24(1)(d) del regolamento (CE) 1/2003, al fine di costringere il soggetto destinatario a fornire in maniera completa ed esatta le informazioni richieste, la Commissione, mediante decisione, può anche irrogare una penalità di mora, il cui importo può giungere sino al 5% del fatturato giornaliero realizzato dall'impresa nel corso dell'anno finanziario precedente, per ogni giorno di ritardo rispetto alla data specificata nella decisione stessa⁶⁹.

Destinatari di una richiesta di informazioni possono essere solo imprese (o associazioni d'impresa), siano esse oggetto dell'attività d'indagine della Commissione o soggetti terzi rispetto alla presunta infrazione, ma comunque potenzialmente in possesso di elementi utili all'attività investigativa. Ad esempio, al fine di determinare se vi sia stata una collusione a monte tra produttori, può risultare utile raccogliere dati in merito ai prezzi e alle condizioni praticati da essi direttamente dai clienti a valle. Tale potere d'indagine non è esperibile, invece, nei confronti delle persone fisiche⁷⁰.

La richiesta di informazioni comincia a esplicare effetti legali a decorrere dalla data in cui la stessa viene notificata al destinatario.

essa non può però pregiudicare, mediante una decisione di chiedere informazioni, i diritti della difesa riconosciuti all'impresa. La Commissione non può pertanto imporre all'impresa l'obbligo di fornire risposte attraverso le quali questa sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza della trasgressione, che deve invece essere provata dalla Commissione".

⁶⁸ Cfr. decisione della Commissione, del 25 novembre 1981, IV/29.895, *Telos*, punto 21: "[è] inesatta ogni informazione che fornisca dei fatti un'immagine deformata che si discosta sensibilmente dalla realtà in relazione a punti importanti". Al fine di valutare l'esattezza della risposta, quest'ultima deve essere analizzata nella sua globalità. Cfr. C. S. KERSE, N. KHAN, *EC Antitrust Procedure*, London, 2005, p. 135.

⁶⁹ Tali ammende si aggiungono a quelle già eventualmente irrogate ai sensi dell'art. 23(1)(a) e (b) del regolamento (CE) 1/2003.

⁷⁰ Le richieste di informazioni sono solitamente inviate all'impresa interessata tramite fax o e-mail. Più raramente, la Commissione utilizza la posta raccomandata.

Copia di essa deve inoltre essere trasmessa senza indugio dalla Commissione all'autorità di concorrenza dello Stato membro ove ha sede l'impresa destinataria, e a quelle il cui territorio di competenza è interessato dalla supposta infrazione⁷¹. Non è tuttavia previsto che le autorità nazionali ricevano copia anche delle risposte delle imprese. La Commissione può comunque decidere di dividerle.

In base al principio di territorialità, una richiesta di informazioni della Commissione ha carattere vincolante – quanto all'obbligatorietà della risposta e alle eventuali sanzioni applicabili – solamente ove il destinatario abbia sede all'interno dell'Unione, o in uno degli Stati membri dell'Associazione europea di libero scambio che aderiscono allo Spazio economico europeo, ossia la Norvegia, l'Islanda e il Liechtenstein, con l'eccezione della Svizzera, dunque⁷².

Si ritiene che l'impresa destinataria di una richiesta di informazioni adottata mediante decisione sia tenuta a produrre anche quegli elementi e documenti rilevanti localizzati al di fuori dei confini dell'Unione, ove essa possa comunque accedere a distanza agli stessi da uno Stato membro. Si pensi, ad esempio, a delle informazioni fisicamente immagazzinate in *server* localizzati in uno Stato extra-UE, cui si possa tuttavia accedere mediante i terminali dell'impresa localizzati all'interno dei confini dell'Unione.

Una particolare ipotesi di richiesta di informazioni è poi quella che la Commissione, ai sensi dell'art. 18(6) del regolamento (CE) 1/2003, può, mediante domanda semplice, inviare ai governi e alle autorità di concorrenza degli Stati membri, al fine di reperire i dati necessari per assolvere ai compiti affidateli dal predetto regolamento. In tale caso, i poteri sanzionatori di cui all'art. 23(1)(a) non trovano applicazione. La possibilità d'inviare richieste di informazioni ai sensi dell'art. 18(6) del regolamento (CE) 1/2003 affianca e integra il flusso informativo già veicolato nell'ambito dell'ECN, che sarà meglio descritto nel prosieguo, alla sezione 2.A.(vi)(a).

⁷¹ L. O. BLANCO, K. J. JÖRGENS, *Infringement Procedures*, in L. O. BLANCO, *European Community Competition Procedure*, Oxford, 2006, p. 288.

⁷² In tale ultima ipotesi, copia della richiesta di informazioni è trasmessa anche all'Autorità di sorveglianza dell'Associazione europea di libero scambio. Nella prassi, comunque, la Commissione invia richieste di informazioni anche a imprese con sede in paesi che non sono Stati membri dell'Unione o dell'Associazione europea di libero scambio. Cfr. D. GERARD, S. GOODMAN, C. RIZZA, R. SCHULZ, M. SIRAGUSA, S. SORINAS, *Cartels and collusive behaviour: restrictive agreements and practices between competitors*, III, Leuven, 2012, pp. 202-203.

Quanto alla struttura, la richiesta di informazioni, ai sensi dell'art. 18(2) e (3) del regolamento (CE) 1/2003, deve riportare: (i) la base giuridica e lo scopo. Tale requisito si pone come espressione del principio di cui all'art. 296 TFUE, ai sensi del quale ciascun atto giuridico adottato dall'Unione deve essere motivato. La Commissione, in particolare, è tenuta a indicare quale sia la presunta infrazione oggetto d'indagine, nonché, ove applicabile, la circostanza che all'impresa destinataria potrebbe venire contestato tale illecito nel proseguo del procedimento, in modo tale che essa possa avanzare già in questa fase eventuali elementi a suo discarico ed esercitare pienamente il suo diritto di difesa⁷³; (ii) le informazioni richieste; (iii) il termine per la risposta. Quest'ultimo si aggira solitamente intorno alle 2-3 settimane, a seconda della complessità e difficoltà di reperimento dei dati rilevanti. L'impresa può comunque chiedere alla Commissione un'estensione del termine inizialmente previsto, esponendo le ragioni della propria istanza, così da avere un tempo maggiore al fine di rispondere alla domanda nel suo complesso o ad una parte specifica di essa; e (iv) le sanzioni eventualmente applicabili nel caso di repliche inesatte o fuorvianti.

Nell'ipotesi di richieste di informazioni adottate mediante decisione, queste devono inoltre riportare: (v) un'indicazione delle ammende irrogabili in caso di risposta incompleta o tardiva; e (vi) la possibilità d'impugnare tale decisione dinanzi al Tribunale, ai sensi dell'art. 263 TFUE. Secondo quanto disposto dall'art. 278 TFUE, un eventuale ricorso non ha comunque effetto sospensivo, a meno che il Tribunale non ordini in tal senso.

Il *format* e l'ampiezza della richiesta di informazioni sono decisi dalla Commissione. In

⁷³ Cfr. sentenza del Tribunale, dell'8 luglio 2008, causa T-99/04, *AC-Treuhand AG c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-1501, punto 56: “[n]e consegue che la Commissione è obbligata ad informare l'impresa interessata segnatamente dell'oggetto e dello scopo dell'indagine in corso, già sin dal momento della prima misura adottata nei suoi confronti, incluso il caso di una richiesta di informazioni inviata ai sensi dell'art. 11 del regolamento n. 17. A tale riguardo, la motivazione non deve avere la stessa portata di quella richiesta per le decisioni di accertamento, esigenza che deriva dal loro carattere più costrittivo e dall'intensità particolare del loro impatto sulla situazione giuridica dell'impresa interessata [...]. Detta motivazione deve tuttavia permettere a tale impresa di comprendere lo scopo nonché l'oggetto di tale indagine, ciò che implica la necessità di precisare le infrazioni presunte nonché, in tale contesto, il fatto che è possibile che essa sia esposta a contestazioni connesse a siffatta eventuale infrazione, di modo che questa possa adottare le misure che ritiene utili a suo discarico e preparare quindi la sua difesa nella fase contraddittoria del procedimento amministrativo”. Tale specificazione, ove nel frattempo non siano intervenute variazioni, è probabilmente da ritenersi superflua in relazione a richieste d'informazioni successive alla prima.

taluni casi, tuttavia, in particolare con riferimento alla raccolta di dati economici, quest'ultima può ritenere utile contattare informalmente l'impresa destinataria, al fine di discutere con questa le modalità migliori per la produzione e presentazione delle informazioni rilevanti⁷⁴.

La lingua è, in linea di principio, quella dello Stato membro ove ha sede il soggetto destinatario della richiesta⁷⁵. Nella prassi, tuttavia, nell'ipotesi di domanda semplice, la Commissione spesso utilizza l'inglese⁷⁶. L'impresa ha comunque il diritto di rispondere nella lingua dello Stato membro ove essa è localizzata.

Contestualmente alla replica, la Commissione richiede solitamente d'indicare anche le informazioni che la parte considera riservate, e in relazione alle quali quest'ultima intende dunque presentare istanza di confidenzialità. A tal fine, il testo *standard* delle richieste di informazioni rinvia alle nozioni di "segreti aziendali" e "altre informazioni riservate", di cui alla Comunicazione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio⁷⁷.

⁷⁴ Cfr. Commissione, *Antitrust manual of procedures: internal DG competition working documents on procedures for the application of articles 101 and 102 TFUE*, sezione 6, punto 9, disponibile sul sito internet della Commissione, all'indirizzo URL http://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_manproc_3_2012_en.pdf.

⁷⁵ Cfr. CEE Consiglio: Regolamento n. 1 che stabilisce il regime linguistico della Comunità economica europea, in *GU*, n. 17 del 6 ottobre 1958, pp. 385-386, articolo 3: "[i] testi, diretti dalle istituzioni ad uno Stato membro o ad una persona appartenente alla giurisdizione di uno Stato membro, sono redatti nella lingua di tale Stato".

⁷⁶ Specificando comunque il diritto della parte di richiederne una versione nella lingua del proprio paese.

⁷⁷ Cfr. Comunicazione della Commissione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio della Commissione nei casi relativi all'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE, degli articoli 53, 54 e 57 dell'accordo SEE e del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, in *GU*, C 325 del 22 dicembre 2005, p. 7 ss. Sul tema della confidenzialità, cfr. anche articolo 339 TFUE; regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in *GU*, L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1 ss., premessa 32 e artt. 27 e 28; regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE, in *GU*, L 123 del 27 aprile 2004, p. 18 ss., premesse 13 e 14 e artt. 15(2) e 16. Cfr. anche sentenza del Tribunale, del 19 maggio 1999, causa T-175/95, *BASF Lacke + Farben AG c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-1581 ss., punto 45: "[s]econdo la giurisprudenza, il procedimento di consultazione dei fascicoli nelle cause di concorrenza ha lo scopo di consentire ai destinatari di una comunicazione degli addebiti di prendere conoscenza degli elementi di prova contenuti nel fascicolo della Commissione, onde possano pronunciarsi utilmente sulle conclusioni

(iii) Il potere di raccogliere dichiarazioni

La possibilità da parte della Commissione di raccogliere dichiarazioni costituisce una novità introdotta dall'art. 19 del regolamento (CE) 1/2003.

L'audizione ha natura facoltativa. Cosicché, in capo al soggetto intervistato, non grava un obbligo di risposta. Ciò significa anche che la Commissione non può (formalmente) trarre alcun indizio a fini d'indagine da un eventuale rifiuto. Neppure sono previste sanzioni, quantomeno ai sensi dell'ordinamento dell'Unione, nel caso di dichiarazioni inesatte, per dolo o colpa, circostanza che può creare delle perplessità in merito all'attendibilità delle informazioni eventualmente ottenute⁷⁸.

Analogamente a quanto previsto con riferimento alle richieste di informazioni, e per le medesime ragioni, cui si rimanda, è ragionevole ritenere che le domande poste dalla Commissione in sede di audizione possano vertere solamente sull'oggetto dell'indagine. Anche in questo contesto, non sarebbero dunque permessi quesiti di carattere meramente

alle quali è giunta la Commissione, nella sua comunicazione, in base a detti elementi. La consultazione del fascicolo rientra dunque tra le garanzie procedurali miranti a tutelare i diritti della difesa e a garantire, in particolare, l'esercizio effettivo del diritto di contraddittorio, contemplato dall'art. 19, nn. 1 e 2, del regolamento n. 17. La Commissione ha l'obbligo di rendere accessibile alle imprese implicate in un procedimento ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato tutta la documentazione a carico e a favore da essa raccolta nel corso dell'indagine, fatti salvi i segreti aziendali di altre imprese, i documenti interni della Commissione e altre informazioni riservate (sentenze Hercules Chemicals/Commissione, citata, punto 54, Cimenteries CBR e a./Commissione, citata, punti 38 e 41, Io aprile 1993, BPB Industries e British Gypsum/Commissione, citata, punti 29 e 30, e Solvay/Commissione, citata, punto 59)".

⁷⁸ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio – Relazione sul funzionamento del regolamento n. 1/2003, {SEC(2009)574}, COM(2009)206 def., punto 12: “[i]l regolamento n. 1/2003 ha inoltre introdotto il potere di sentire le persone fisiche o giuridiche che vi acconsentano. La Commissione ha utilizzato questo strumento regolarmente; l'esperienza ha comunque dimostrato che l'assenza di sanzioni per risposte false o fuorvianti può essere un disincentivo a fornire dichiarazioni corrette e complete”. Cfr. anche Commission staff working paper accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council – Report on the functioning of Regulation 1/2003, COM(2009)206 def., SEC/2009/0574 def., punto 84: “[i]nterviews pursuant to Article 19 can be carried out in all investigations relating to a possible violation of Articles 81 and 82 EC. The Commission has used this instrument regularly in the last years. Experience has shown that the absence of penalties for misleading or false replies may be a disincentive to provide correct and complete statements. It should be further reflected whether the effectiveness of this tool can be improved”.

“esplorativo”, ferma restando la possibilità per il soggetto sentito di fornire spontaneamente dati che esulino dall’ambito investigativo.

Le dichiarazioni possono essere rese sia da una persona fisica sia da una persona giuridica, per mezzo del suo rappresentante. La lingua da impiegarsi ai fini dell’audizione è scelta dal soggetto intervistato, purché rientri tra quelle ufficiali degli Stati membri. Le audizioni si tengono solitamente presso gli uffici della Commissione. Ove invece si svolgano in altre sedi⁷⁹, ai sensi dell’art. 19(2) del regolamento (CE) 1/2003, l’autorità antitrust nazionale del luogo deve essere avvisata, affinché i suoi funzionari possano assistere alla raccolta delle dichiarazioni, ove lo ritengano opportuno.

Secondo quanto disposto dall’art. 3 del regolamento (CE) 773/2004, all’inizio del colloquio la Commissione è tenuta a informare il soggetto intervistato della base giuridica e della finalità dell’audizione, ricordandone anche la natura facoltativa. L’intervista può svolgersi con qualsiasi mezzo, inclusi il telefono e le vie elettroniche.

La Commissione può registrare in qualsiasi forma le dichiarazioni rese dai soggetti sentiti, ma quest’ultimi devono esserne informati di ciò previamente. Una copia è messa a disposizione del soggetto intervistato, per approvazione. La Commissione stabilisce il termine entro il quale quest’ultimo può comunicare eventuali correzioni da apportare alle affermazioni rese.

Le informazioni raccolte ai sensi dell’art. 19 del regolamento (CE) 1/2003 devono essere distinte dalle dichiarazioni rese nel corso delle ispezioni ai sensi dell’art. 20(2)(e) del predetto regolamento. Quest’ultime, infatti, comportano un obbligo per il soggetto intervistato di rispondere, in maniera corretta e completa, pena l’irrogazione di una sanzione pecuniaria per l’impresa⁸⁰.

Una particolare forma di dichiarazione è quella resa nel contesto del programma di clemenza, che si analizzerà nel prosieguo, alla sezione 2.A.(vii). Ai fini che qui interessano, è sufficiente sottolineare come i dubbi in merito all’attendibilità probatoria delle informazioni fornite in sede di audizione, sopra descritti, siano fortemente mitigati con riferimento alle dichiarazioni di clemenza, poiché eventuali affermazioni inesatte, sebbene anch’esse non

⁷⁹ Ad esempio, i locali della società intenzionata a rendere le dichiarazioni.

⁸⁰ Cfr. regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l’applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in *GU*, L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1 ss., art. 23(1)(d).

punibili con sanzioni pecuniarie, quantomeno ai sensi del diritto europeo della concorrenza, espongono comunque l'impresa al rischio che il beneficio d'ammenda condizionalmente concesso nel corso del procedimento, sotto forma di immunità o riduzione, venga ritirato⁸¹.

Anche con riferimento alle dichiarazioni raccolte ai sensi dell'art. 19 del regolamento (CE) 1/2003, così come per le richieste di informazioni sotto forma di domanda semplice, il soggetto sentito non può invocare il principio di non-autoincriminazione, dato il carattere volontario e non obbligatorio dell'audizione.

Valgono, tuttavia, i medesimi limiti di confidenzialità, con riferimento ai segreti aziendali e le altre informazioni riservate.

(iv) Le ispezioni presso le imprese

Ai sensi dell'art. 20 del regolamento (CE) 1/2003, la Commissione, nell'ambito delle sue attività d'indagine in materia di concorrenza, ha il potere di condurre ispezioni presso le imprese. Queste si svolgono solitamente senza alcun preavviso (c.d. *dawn raid*).

Il giudice comunitario ha specificato che lo scopo di tale forma d'accertamento è determinare la verità e la portata di una determinata situazione di fatto o di diritto⁸². Ciò presuppone che la Commissione abbia già in suo possesso degli indizi sufficientemente seri d'infrazione. Come già rilevato con riferimento alle richieste di informazioni e il potere di raccogliere dichiarazioni, se ne deduce dunque che ispezioni di carattere meramente

⁸¹ Cfr. capitolo II, sezione 2.A.(iv). Cfr. anche J. JOSHUA, *Oral statements in EC competition proceedings: a due process short-cut?*, in *Competition Law insight*, 26, 2004, p. 5. Risulta peraltro difficilmente teorizzabile che un'impresa possa "fabbricare" prove fasulle in relazione ad un illecito mai avvenuto, solamente al fine di far sanzionare i propri concorrenti, e ottenere per essa l'immunità. È infatti necessario ricordare come una domanda di clemenza esponga comunque il richiedente ad un rischio di azioni di risarcimento danni dinanzi al giudice nazionale. Inoltre, la partecipazione a un illecito di cartello, in alcune giurisdizioni, può implicare una forma di responsabilità penale per le persone fisiche che vi hanno partecipato (dirigenti e dipendenti dell'impresa). Si pensi, infine, ai problemi d'immagine che la denuncia di un'infrazione antitrust comunque comporta.

⁸² Cfr. sentenza della Corte, del 26 giugno 1980, causa 136/79, *National Panasonic (UK) Limited c. Commissione*, in *Racc.*, p. 2033 ss., punto 21: "[p]er contro, il procedimento di accertamento di cui si tratta all'art. 14 del regolamento n. 17 non tende a far cessare un'infrazione o a constatare una incompatibilità con norme di legge, ma ha soltanto lo scopo di consentire alla Commissione di raccogliere la documentazione necessaria per accertare la verità e la portata di una determinata situazione di fatto e di diritto".

esplorativo non siano ammesse⁸³.

I *dawn raid* possono essere condotti in base ad (i) un mandato o (ii) una decisione. Nel primo caso, l'attività investigativa assume carattere volontario, nel senso che l'impresa può rifiutare di sottoporsi all'ispezione. Nella seconda ipotesi, l'accertamento ha natura obbligatoria e, ove sia ostacolato l'accesso a locali o documenti, i funzionari della Commissione hanno la possibilità di farsi assistere dall'autorità pubblica domestica al fine dell'esecuzione (forzata) dell'ispezione, previa eventuale autorizzazione del giudice nazionale competente. In tale contesto, tuttavia, il vaglio di quest'ultimo è limitato alla sola verifica dell'autenticità⁸⁴ della decisione della Commissione che dispone l'accertamento, e della proporzionalità delle misure coercitive che si vuole implementare.

La Commissione, ai sensi dell'art. 23(1)(c) del regolamento (CE) 1/2003, può inoltre irrogare all'impresa che ha opposto il rifiuto un'ammenda non eccedente l'1% del fatturato totale generato nel corso dell'esercizio precedente. In aggiunta, essa può anche comminare una penalità di mora, d'importo sino al 5% del fatturato medio giornaliero realizzato dall'impresa, sempre nel corso dell'esercizio precedente, per ogni giorno di ritardo rispetto al termine indicato nella decisione stessa, al fine di costringerla a sottoporsi all'accertamento.

Non esiste un rapporto di consequenzialità o pregiudizialità tra le predette forme, cosicché la Commissione può disporre un'ispezione mediante decisione, senza prima tentare di condurre la stessa sulla base di un mandato⁸⁵.

⁸³ Cfr., da ultimo, sentenza del Tribunale, del 14 novembre 2012, causa T-140/09, *Prysmian e Prysmian Cavi e Sistemi Energia c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Racc.*, punti 65 e 70: “la Commissione, per adottare la decisione di accertamento, aveva l’obbligo di disporre di indizi sufficientemente seri giustificanti la realizzazione di un accertamento presso i locali delle ricorrenti”; “quando le imprese destinatarie di una decisione adottata ai sensi dell’articolo 20, paragrafo 4, del regolamento n. 1/2003 presentano, come nel caso di specie, taluni elementi che mettono in dubbio il carattere sufficientemente serio degli indizi di cui la Commissione disponeva per adottare una tale decisione, il giudice dell’Unione deve esaminare tali indizi e controllare la loro sufficiente serietà”.

⁸⁴ Ma non la validità, il cui accertamento rimane di competenza del giudice dell’Unione.

⁸⁵ Cfr. sentenza della Corte, del 26 giugno 1980, causa 136/79, *National Panasonic (UK) Limited c. Commissione*, in *Racc.*, p. 2033 ss., punto 11: “[l]’art. 14 dello stesso regolamento, relativo ai poteri di accertamento della commissione, presenta invece struttura diversa. I numeri 2 e 3 di detto articolo definiscono le condizioni di esercizio di tali poteri e recitano: 2. gli agenti incaricati dalla Commissione di procedere ai suddetti accertamenti esercitano i loro poteri su presentazione di un mandato scritto che precisi l’oggetto e lo scopo dell’accertamento, nonché la sanzione prevista dall’art. 15 paragrafo 1,

Nel corso dell'ispezione⁸⁶, la Commissione ha il potere di accedere ai locali dell'impresa, ivi compresi i mezzi di trasporto e i terreni, controllare ed estrarre copia di documenti, in versione cartacea o elettronica, nonché porre domande ai rappresentanti o ai membri del personale, a condizione di rispettare l'ambito spaziale e per materia dell'accertamento stesso, così come indicato nell'atto che lo ordina⁸⁷. In base agli artt. 20(3) e 23(1)(c) del regolamento (CE) 1/2003, la produzione d'informazioni inesatte o fuorvianti, o di documenti incompleti, espone l'impresa ad una sanzione sino all'1% del fatturato totale generato dalla stessa nel corso dell'esercizio precedente.

Ai sensi dell'art. 20(3) e (4) del regolamento (CE) 1/2003, sia il mandato che la decisione che autorizzano un'ispezione devono specificare: (i) l'oggetto e lo scopo dell'accertamento. Tali documenti devono fare menzione anche del supposto illecito oggetto dell'attività d'indagine e degli indizi che la Commissione intende accertare⁸⁸; e (ii)

lettera c), per l'ipotesi in cui i libri e gli altri documenti aziendali richiesti siano presentati in modo incompleto. La commissione avvisa in tempo utile, prima dell'accertamento, l'autorità competente dello stato membro nel cui territorio deve essere compiuto l'accertamento della missione di accertamento e dell'identità dei suddetti agenti. 3. Le imprese e le associazioni di imprese sono obbligate a sottoporsi agli accertamenti ordinati dalla commissione mediante decisione. La decisione precisa l'oggetto e lo scopo dell'accertamento, ne fissa la data di inizio e indica le sanzioni previste dall'art. 15, paragrafo 1, lettera c), e dall'art. 16, paragrafo 1, lettera d), nonché il diritto di presentare ricorso dinanzi alla corte di giustizia avverso la decisione. Questa disposizione non esclude certo che la commissione possa procedere ad accertamenti senza adottare una decisione, soltanto mediante mandato scritto conferito ai propri agenti, ma non contiene nemmeno alcun elemento da cui derivi che essa non possa adottare una decisione ai sensi del n. 3 se non quando abbia tentato, in via preliminare, di effettuare un accertamento mediante semplice mandato".

⁸⁶ Sia nel caso d'ispezione disposta mediante decisione, che nell'ipotesi di un accertamento ai sensi di un semplice mandato, cui l'impresa abbia acconsentito di sottoporsi.

⁸⁷ La Commissione, ad esempio, non potrà estrarre copia di documenti o porre quesiti che non hanno alcuna attinenza con la tipologia d'infrazione indicata nel mandato o nella decisione che dispone l'ispezione, o controllare locali presso sedi diverse rispetto a quelle riportate nei predetti documenti.

⁸⁸ Cfr. sentenza del Tribunale, dell'8 luglio 2008, causa T-99/04, *AC-Treuhand AG c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-1501 ss., punto 54: “[o]ccorre ricordare inoltre l'obbligo per la Commissione di indicare in una decisione di accertamento, ai sensi dell'art. 14, n. 3, del regolamento n. 17, l'oggetto e lo scopo di tale accertamento. Tale obbligo rappresenta una garanzia fondamentale per i diritti della difesa delle imprese interessate, con la conseguenza che la portata dell'obbligo di motivazione delle decisioni di accertamento non può essere limitata in base a considerazioni relative all'efficacia dell'indagine. A questo proposito, risulta dalla giurisprudenza che, se è vero che la Commissione non è tenuta a

l'indicazione delle ammende irrogabili nell'eventualità in cui, nel corso dell'ispezione, vengano fornite informazioni inesatte o fuorvianti, o documenti incompleti.

Nel caso di accertamento disposto mediante decisione, quest'ultima deve inoltre contenere: (iii) un riferimento alla sanzione prevista nell'ipotesi di ostruzione, dato il carattere obbligatorio che assume l'ispezione in tale ipotesi; (iv) la data d'inizio della stessa; e (v) la possibilità d'impugnare tale provvedimento dinanzi al Tribunale.

La Commissione deve informare previamente l'autorità antitrust nazionale dello Stato membro ove essa intende svolgere l'ispezione; nel caso di decisione addirittura ancor prima dell'adozione di tale provvedimento, affinché i funzionari nazionali possano assistere quelli comunitari nell'attività di accertamento, secondo quanto disposto dall'art. 20(3) e (4) del regolamento (CE) 1/2003.

(v) Le ispezioni presso i domicili privati

Ai sensi dell'art. 21 del regolamento (CE) 1/2003, la Commissione può condurre ispezioni anche presso domicili privati, ove vi sia un ragionevole sospetto che presso di essi siano conservati documenti concernenti l'impresa e le attività oggetto d'indagine⁸⁹. Tale tipologia di accertamento può essere disposta solamente in relazioni a violazioni gravi degli artt. 101 e 102 TFUE, quali i cartelli.

Il potere di svolgere ispezioni anche presso locali che non siano dell'impresa è stato introdotto dal predetto regolamento poiché l'esperienza di enforcement della Commissione ha dimostrato che, in taluni casi, il materiale probatorio relativo a una supposta violazione può essere localizzato presso le abitazioni di dirigenti e collaboratori della società parte del

comunicare al destinatario di una decisione di accertamento tutte le informazioni di cui è in possesso quanto ad asserite infrazioni, né a procedere ad una rigorosa qualificazione giuridica delle infrazioni stesse, essa deve però chiaramente precisare gli indizi che intende verificare”.

⁸⁹ Cfr. regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in *GU*, L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1 ss., art. 20(1): “[s]e vi sono motivi ragionevoli di sospettare che libri o altri documenti connessi all'azienda e all'oggetto degli accertamenti, che possono essere pertinenti per provare un'infrazione grave all'articolo 81 o all'articolo 82 del trattato, sono conservati in altri locali, terreni e mezzi di trasporto, compreso il domicilio di amministratori, direttori e altri membri del personale delle imprese o associazioni di imprese interessate, la Commissione può, mediante decisione, ordinare che siano effettuati accertamenti in siffatti locali, terreni e mezzi di trasporto”.

procedimento, e non direttamente nei loro uffici⁹⁰.

La Commissione non può condurre accertamenti presso domicilia privati sulla base di un mero mandato, ma è necessaria l'adozione di una specifica decisione a tal fine, la cui esecuzione deve essere preliminarmente autorizzata dell'autorità giudiziaria competente dello Stato membro ove essa è destinata a svolgersi. Il vaglio operato a livello nazionale, tuttavia, si limita alla verifica dell'autenticità del provvedimento assunto e del fatto che le misure disposte non siano arbitrarie o sproporzionate. Si tratta di una valutazione – di carattere perlopiù formale – da compiersi alla luce, in particolare, della gravità della presunta violazione, dell'importanza della prova ricercata, del livello di coinvolgimento dell'impresa cui l'elemento probatorio che si spera di trovare afferisce, e della ragionevole probabilità che quest'ultimo sia effettivamente localizzato presso il domicilio da ispezionarsi.

L'autorità giudiziaria dello Stato membro non può comunque contestare la necessità o la legittimità dell'accertamento. Le valutazioni in merito alla validità della relativa decisione sono riservate alla Corte⁹¹.

⁹⁰ Cfr. regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in *GU*, L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1 ss., *considerando* 26: “[l]’esperienza ha dimostrato che esistono casi in cui i documenti aziendali sono conservati presso il domicilio dei dirigenti e dei collaboratori delle imprese. Per salvaguardare l’efficacia degli accertamenti sarebbe opportuno pertanto autorizzare l’accesso degli agenti e delle altre persone autorizzate dalla Commissione a tutti i locali in cui possono trovarsi documenti aziendali, comprese le abitazioni private. L’esercizio di quest’ultimo potere dovrebbe tuttavia essere subordinato all’autorizzazione dell’autorità giudiziaria”.

⁹¹ Cfr. regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in *GU*, L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1 ss., art. 21(3): “[u]na decisione adottata ai sensi del paragrafo 1 non può essere eseguita senza l’autorizzazione preliminare dell’autorità giudiziaria nazionale dello Stato membro interessato. Quest’ultima controlla l’autenticità della decisione della Commissione e verifica che le misure coercitive previste non siano né arbitrarie né sproporzionate in considerazione, in particolare, della gravità della presunta infrazione, dell’importanza della prova richiesta, del coinvolgimento dell’impresa interessata e della ragionevole probabilità che i registri e i documenti aziendali relativi all’oggetto degli accertamenti siano detenuti nei locali per i quali è chiesta l’autorizzazione. L’autorità giudiziaria nazionale può chiedere alla Commissione, direttamente o attraverso l’autorità garante della concorrenza dello Stato membro una spiegazione dettagliata degli elementi che sono necessari per permetterle di verificare la proporzionalità delle misure coercitive previste. Tuttavia, l’autorità giudiziaria nazionale non può mettere in discussione la necessità degli accertamenti né chiedere che siano fornite informazioni contenute nel fascicolo della

Nel corso delle ispezioni presso domicili privati, la Commissione può esercitare i medesimi poteri previsti in relazione agli accertamenti nei locali delle imprese, con l'eccezione dell'utilizzo dei sigilli e della possibilità di porre domande in merito a fatti o documenti. Essa può comunque chiedere mere indicazioni su dove un dato elemento probatorio sia localizzato all'interno del luogo oggetto di verifica.

Il primo caso conosciuto d'ispezione presso un domicilio privato condotta dalla Commissione risale al 2 maggio 2007, nell'ambito del procedimento *Tubi marini*⁹².

(vi) La cooperazione tra autorità di concorrenza

(a) In seno all'Unione

Ai sensi dell'art. 12 del regolamento (CE) 1/2003, la Commissione e le autorità antitrust degli Stati membri hanno la facoltà scambiarsi informazioni concernenti possibili violazioni dell'art. 101 o dell'art. 102 TFUE, al fine dell'applicazione degli stessi⁹³.

Commissione. Il controllo della legittimità della decisione della Commissione è riservato alla Corte di giustizia". Cfr. anche Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE, in GU, C 101 del 27 aprile 2004, p. 54 ss., punto 40: "[p]er le ispezioni in locali diversi da quelli delle imprese, il regolamento prescrive che la decisione della Commissione che ordina tali ispezioni non può essere eseguita senza l'autorizzazione preliminare dell'autorità giudiziaria nazionale. Quest'ultima può controllare l'autenticità della decisione della Commissione e verificare che le misure coercitive previste non siano né arbitrarie né sproporzionate in considerazione, in particolare, della gravità della presunta infrazione, dell'importanza della prova richiesta, del coinvolgimento dell'impresa interessata e della ragionevole probabilità che i registri e i documenti aziendali relativi all'oggetto degli accertamenti siano detenuti nei locali per i quali è chiesta l'autorizzazione. La giurisdizione nazionale può chiedere alla Commissione, direttamente o tramite l'autorità nazionale garante della concorrenza, una spiegazione dettagliata degli elementi che sono necessari per permetterle di verificare la proporzionalità delle misure coercitive previste".

⁹² Cfr. decisione della Commissione, del 28 gennaio 2009, caso COMP/39.406, *Tubi marini*. Cfr. anche R. WHISH, *Competition law*, Oxford, 2009, p. 1057.

⁹³ Tali informazioni possono essere utilizzate anche al fine dell'applicazione della normativa antitrust nazionale, a condizione che la stessa si applichi congiuntamente a quella europea e non porti a esiti diversi. Cfr. regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in GU, L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1 ss., art. 12(1) e (2): "[a]i fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri hanno la facoltà di scambiare e utilizzare come mezzo di prova qualsiasi elemento di fatto o di diritto, comprese informazioni riservate.

I dati così veicolati, tuttavia, possono essere utilizzati dall'autorità ricevente al fine di comminare sanzioni nei confronti di *persone fisiche* solamente ove: (i) lo Stato d'origine preveda sanzioni analoghe; o (ii) le informazioni scambiate siano state raccolte con un livello di tutela del diritto di difesa quantomeno equivalente a quelle del paese di destinazione. Ove solamente quest'ultima condizione sia soddisfatta, il materiale trasmesso non può comunque essere impiegato per irrogare pene di carattere detentivo⁹⁴.

Le informazioni scambiate possono essere utilizzate come mezzo di prova soltanto ai fini dell'applicazione degli articoli 81 o 82 del trattato e riguardo all'oggetto dell'indagine per il quale sono state raccolte dall'autorità che le trasmette. Tuttavia qualora la legislazione nazionale in materia di concorrenza sia applicata allo stesso caso e in parallelo al diritto comunitario in materia di concorrenza e non porti a un risultato diverso, le informazioni scambiate ai sensi del presente articolo possono essere utilizzate anche per l'applicazione della legislazione nazionale in materia di concorrenza". Cfr. anche Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, in *GU*, C 101 del 27 aprile 2004, p. 43 ss., punto 28(b): *"la seconda tutela garantita alle imprese si riferisce all'utilizzazione delle informazioni scambiate nell'ambito della rete. Conformemente all'articolo 12, paragrafo 2, del Regolamento del Consiglio le informazioni scambiate possono essere utilizzate come mezzo di prova soltanto ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato e riguardo all'oggetto dell'indagine per il quale sono state raccolte. Ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 2, le informazioni scambiate possono essere utilizzate anche per l'applicazione del diritto nazionale in materia di concorrenza, qualora questo si applichi al medesimo caso in parallelo al diritto comunitario in materia di concorrenza. Tuttavia, ciò è possibile solo quando l'applicazione del diritto nazionale non porti ad un esito del procedimento di accertamento dell'infrazione diverso rispetto all'esito determinato dall'applicazione dell'articolo 81 e dell'articolo 82 del trattato"*.

⁹⁴ Cfr. regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in *GU*, L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1 ss., art. 12(3): *"[l]e informazioni scambiate a norma del paragrafo 1 possono essere utilizzate come mezzo di prova per comminare sanzioni a persone fisiche soltanto quando: - il diritto dell'autorità che trasmette le informazioni prevede sanzioni di tipo analogo in caso di infrazione all'articolo 81 o all'articolo 82 del trattato o, in mancanza, - le informazioni sono state raccolte in un modo che rispetta lo stesso livello di tutela dei diritti di difesa delle persone fisiche di quello previsto dalle norme nazionali dell'autorità che le riceve. In tal caso le informazioni scambiate non possono tuttavia essere utilizzate dall'autorità che le riceve per imporre sanzioni detentive"*. Cfr. anche Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, in *GU*, C 101 del 27 aprile 2004, p. 43 ss., punto 28(c): *"la terza tutela prevista dal Regolamento del Consiglio si riferisce alle sanzioni inflitte a carico delle persone fisiche sulla base delle informazioni scambiate ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 1. Il Regolamento del Consiglio prevede solo sanzioni a carico delle imprese che violano gli articoli 81 e 82 del trattato. Alcune legislazioni nazionali prevedono per la stessa fattispecie anche sanzioni a carico delle persone fisiche. Le persone fisiche godono in genere di diritti di difesa più ampi [ad esempio,*

Il legittimo interesse dell'impresa a che le informazioni riservate raccolte dalla Commissione e dalle autorità nazionali degli Stati membri nel corso delle loro indagini non siano divulgate, tutelato dall'art. 28 del regolamento (CE) 1/2003, non impedisce che tali dati

possono invocare il diritto di non rispondere, diversamente dalle imprese che possono solo rifiutarsi di rispondere alle domande che le porterebbero ad ammettere di aver commesso l'infrazione]. L'articolo 12, paragrafo 3, del Regolamento del Consiglio assicura che le informazioni fornite da un'impresa non vengano utilizzate per aggirare il maggior grado di tutela di cui godono le persone fisiche. Tale disposizione vieta l'imposizione di sanzioni sulla base di informazioni scambiate conformemente al Regolamento del Consiglio qualora la legislazione dell'autorità che trasmette e dell'autorità che riceve le informazioni non prevedano sanzioni di tipo analogo a carico delle persone fisiche, salvo il caso in cui i diritti dei soggetti interessati, in materia di raccolta della prova, siano stati rispettati dall'autorità che trasmette le informazioni nella stessa misura in cui sarebbero stati rispettati dall'autorità che riceve le informazioni. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 12, paragrafo 3 del Regolamento del Consiglio la qualificazione delle sanzioni ai sensi del diritto nazionale (quali "amministrative" o "penali") non ha alcuna rilevanza. Il Regolamento mira a creare una distinzione tra sanzioni che comportano una pena detentiva e altri tipi di sanzioni, quali le ammende inflitte alle persone fisiche e altre sanzioni a carico della persona. Se gli ordinamenti di entrambe le autorità trasmittente e ricevente prevedono sanzioni simili (ad esempio in entrambi gli Stati membri possono essere inflitte ammende a carico di un dipendente dell'impresa il quale abbia partecipato alla violazione dell'articolo 81 o 82 del trattato), le informazioni scambiate ai sensi dell'articolo 12 del Regolamento del Consiglio possono essere utilizzate dall'autorità ricevente. In tal caso, le tutele procedurali previste dai due sistemi si considerano equivalenti. Se, al contrario, le stesse sanzioni non sono previste da entrambi gli ordinamenti, le informazioni possono essere utilizzate solo se nel caso in questione sia stato rispettato lo stesso livello di tutela dei diritti della persona (cfr. l'articolo 12, paragrafo 3, del Regolamento del Consiglio). In quest'ultimo caso, tuttavia, le sanzioni detentive possono essere imposte solo quando sia l'autorità trasmittente sia l'autorità ricevente abbiano il potere di imporre tali sanzioni". Ove le informazioni siano state fornite alla Commissione nel contesto di un programma di clemenza, le stesse possono essere veicolate alle autorità nazionali degli Stati membri solamente ove, oltre che il rispetto delle condizioni di cui all'art. 12(3) del regolamento (CE) n. 1/2003, sia anche garantita una tutela in termini di accesso da parte di soggetti terzi equivalente a quella comunitaria. Cfr. Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, in GU, C 298 dell'8 dicembre 2006, p. 17 ss., punto 35: "[l]e dichiarazioni ufficiali effettuate ai sensi della presente comunicazione sono trasmesse soltanto alle autorità di concorrenza negli Stati membri, a norma dell'articolo 12 del regolamento n. 1/2003, purché siano soddisfatte le condizioni di cui nella comunicazione sulla cooperazione all'interno della rete e purché il livello di salvaguardia contro la loro diffusione assicurato dall'autorità di concorrenza che riceve tali informazioni sia equivalente a quello applicato dalla Commissione".

possano essere scambiati ai sensi del predetto art. 12, ove ciò sia necessario al fine di comprovare una violazione del diritto europeo delle concorrenza⁹⁵.

Il flusso di informazioni sopra descritto avviene tramite l'ECN, secondo le specifiche previste dalla relativa Comunicazione⁹⁶.

La cooperazione tra la Commissione e le autorità nazionali degli Stati membri non si limita alla sola condivisione di dati, ma si estende anche all'esecuzione concreta delle attività d'indagine.

Ai sensi dell'art. 22(1) del regolamento 1/2003, l'autorità nazionale di uno Stato membro, al fine di stabilire l'esistenza di una possibile violazione dell'art. 101 o dell'art. 102 TFUE, può procedere sul proprio territorio a qualsiasi accertamento o altra misura di acquisizione dei fatti prevista dalla legge nazionale in nome e per conto dell'autorità di un altro Stato membro⁹⁷. Similarmente, la Commissione può richiedere a un'autorità nazionale

⁹⁵ Cfr Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, in *GU*, C 101 del 27 aprile 2004, p. 43 ss., punto 28(a): *“innanzitutto, l'articolo 28 del Regolamento del Consiglio stabilisce che “la Commissione e le autorità degli Stati membri garanti della concorrenza nonché i loro funzionari, agenti e qualsiasi altra persona che lavori sotto la supervisione di tali autorità (...) sono tenuti a non divulgare le informazioni acquisite o scambiate in applicazione” del Regolamento del Consiglio “che, per la loro natura, sono protette dal segreto d'ufficio”. L'interesse legittimo delle imprese alla tutela dei loro segreti aziendali non può tuttavia impedire la divulgazione delle informazioni necessarie a comprovare la violazione degli articoli 81 e 82 del trattato. Il “segreto d'ufficio”, di cui all'articolo 28 del regolamento del Consiglio, è una nozione comunitaria che si applica in particolare ai segreti aziendali ed alle altre informazioni riservate. Ciò consentirà di pervenire ad un livello minimo comune di tutela nell'intera Comunità”.*

⁹⁶ Cfr Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, in *GU*, C 101 del 27 aprile 2004, p. 43 ss.

⁹⁷ Cfr. regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in *GU*, L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1 ss., art. 22(1): *“[p]er stabilire l'esistenza di un'infrazione all'articolo 81 o all'articolo 82 del trattato l'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro può procedere, sul proprio territorio, a qualsiasi accertamento o altra misura di acquisizione dei fatti prevista dalla legislazione nazionale in nome e per conto dell'autorità garante della concorrenza di un altro Stato membro. Qualsiasi scambio o uso delle informazioni raccolte è effettuato ai sensi dell'articolo 12”.* Cfr. anche Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, in *GU*, C 101 del 27 aprile 2004, p. 43 ss., punto 29: *“[a]i sensi del Regolamento del Consiglio, un'autorità nazionale garante della concorrenza può chiedere aiuto ad un'altra autorità nazionale garante della*

di procedere a un'ispezione presso un'impresa, a condizione che la stessa sia disposta da una decisione⁹⁸.

(b) Con paesi terzi

La Commissione coopera non solo con le autorità di concorrenza degli Stati membri, ma intrattiene stretti rapporti anche con paesi terzi, sulla base di accordi di carattere bilaterale, oltre che di regole sviluppate in contesti di natura multilaterale⁹⁹.

concorrenza al fine sia di raccogliere informazioni per suo conto sia di applicare misure volte all'accertamento dei fatti per suo conto. L'articolo 12 del Regolamento del Consiglio autorizza l'autorità nazionale garante della concorrenza che presta l'assistenza a trasmettere le informazioni raccolte all'autorità nazionale garante della concorrenza che ha richiesto l'assistenza. Lo scambio di informazioni tra due o più autorità nazionali garanti della concorrenza così come il loro utilizzo quale mezzo di prova da parte dell'autorità nazionale garante della concorrenza che ha richiesto l'assistenza deve essere effettuato conformemente all'articolo 12 del Regolamento del Consiglio. Quando un'autorità nazionale garante della concorrenza agisce per conto di un'altra autorità nazionale, essa si attiene alle proprie norme procedurali e fa uso dei poteri di indagine che le sono conferiti dal diritto nazionale".

⁹⁸ Cfr. regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in *GU*, L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1 ss., art. 22(2): “[s]u richiesta della Commissione, le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri procedono agli accertamenti che la Commissione ritiene necessari a norma dell'articolo 20, paragrafo 1 o che essa ha ordinato mediante decisione ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 4. I funzionari delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri incaricati di procedere agli accertamenti così come quelli da esse autorizzati o nominati esercitano i loro poteri conformemente alla loro legislazione nazionale. Gli agenti e le altre persone che li accompagnano autorizzati dalla Commissione possono, su richiesta di questa o dell'autorità garante della concorrenza dello Stato membro nel cui territorio devono essere effettuati gli accertamenti, assistere i funzionari dell'autorità interessata”. Cfr. anche Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, in *GU*, C 101 del 27 aprile 2004, p. 43 ss., punto 30: “[a] norma dell'articolo 22, paragrafo 2, del Regolamento del Consiglio, la Commissione può chiedere ad un'autorità nazionale garante della concorrenza di effettuare accertamenti per suo conto. La Commissione può adottare una decisione ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 4 del Regolamento del Consiglio o presentare all'autorità nazionale garante della concorrenza una semplice richiesta. Gli agenti dell'autorità nazionale garante della concorrenza esercitano i propri poteri in conformità alla propria normativa nazionale. Gli agenti della Commissione possono assistere l'autorità nazionale garante della concorrenza nell'effettuazione degli accertamenti”.

⁹⁹ A tali forme di collaborazione internazionale si è arrivati progressivamente. Inizialmente, infatti, l'ordinamento europeo ha cercato di estendere la portata applicativa delle proprie norme di concorrenza unilateralmente, tramite la teoria dell'implementazione, declinazione di quella degli effetti, derivata dal

diritto internazionale e dall'esperienza statunitense, ai sensi della quale ricadono nella competenza di una data autorità non solo gli illeciti posti in essere all'interno della giurisdizione di propria competenza, ma anche quelle infrazioni che, sebbene implementate in aree diverse, generano comunque un impatto indiretto in seno ad essa. Cfr. conclusioni dell'AG Mayras, del 2 maggio 1972, cause 48/69 a 49/69, 51/69 a 57/69, *Imperial Chemical Industries Ltd, Badische Anilin-und Soda-Fabrik AG, Farbenfabriken Bayer AG, J. R. Geigy AG, Sandoz AG, SA française des matières colorantes (Francolor), Cassella Farbwerke Mainkur AG, Farbwerke Hoechst AG, Azienda colori nazionali - ACNA Spa c. Commissione*, in *Racc.*, p. 619 ss., in particolare pp. 695-700; sentenza della Corte, del 14 luglio 1972, causa 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Commissione*, in *Racc.*, p. 619 ss., punti 132-141; sentenza della Corte, del 27 settembre 1988, cause riunite 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85, 125 a 129/85, *Imprese produttrici di paste di legno c. Commissione*, in *Racc.*, p. 5193 ss., punti 16-18: “è opportuno sottolineare a questo proposito che una trasgressione dell'art. 85, quale la conclusione di un accordo che ha avuto come effetto quello di restringere la concorrenza all'interno del mercato comune, implica due atti, vale a dire la formazione dell'intesa e la sua messa in pratica. Subordinare l'applicazione dei divieti posti dal diritto sulla concorrenza al luogo di formazione dell'intesa si risolverebbe chiaramente nel fornire alle imprese un facile mezzo per sottrarsi a detti divieti. Quello che conta è quindi il luogo in cui l'intesa viene posta in atto. Nella fattispecie, i produttori hanno messo in atto la loro intesa sui prezzi all'interno del mercato comune. A questo proposito, è irrilevante che si siano valse di affiliate, di agenti, subagenti o succursali stabiliti nella Comunità onde creare dei contatti fra essi e gli acquirenti che vi sono stabiliti. Così stando le cose, la competenza della Comunità ad applicare le proprie norme sulla concorrenza nei confronti di detti comportamenti trae fondamento dal principio di territorialità che è universalmente accolto nel diritto internazionale pubblico”. Cfr. sentenza del Tribunale, del 25 marzo 1999, causa T-102/96, *Gencor Ltd c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-753 ss., punti 87-88, e 89-101: “secondo la sentenza “Pasta di legno”, il criterio dell'attuazione dell'intesa viene soddisfatto con la semplice vendita nella Comunità, indipendentemente dall'ubicazione delle fonti di approvvigionamento e degli impianti di produzione. Orbene, non è controverso che la Gencor e la Lonrho [ossia, le due imprese notificanti] realizzavano vendite nella Comunità prima della concentrazione e che avrebbero continuato a farlo dopo. Ciò considerato, applicando nella specie il regolamento n. 4064/89 a un progetto di concentrazione notificato da imprese che hanno la loro sede sociale e che svolgono le loro attività estrattive e di produzione al di fuori della Comunità, la Commissione non ha operato un'erronea valutazione dell'ambito territoriale di applicazione del regolamento n. 4064/89”; “[a] seguito dell'accordo di concentrazione, i rapporti di concorrenza che prima esistevano tra la Implants e la DPL [ossia le società (di proprietà, rispettivamente, di Gencor e Lonrho) destinate a essere conferite ai fini della costituzione dell'impresa comune], per quanto riguarda, in particolare, le loro vendite nella Comunità, sarebbero stati eliminati. Questo avrebbe modificato la struttura della concorrenza all'interno del mercato comune, dal momento che, in luogo di tre fornitori sudafricani di metalli del gruppo del platino, ne sarebbero rimasti solo due. La messa in opera della progettata concentrazione avrebbe implicato non soltanto la fusione delle attività estrattive e di produzione dei metalli del gruppo del platino dei partecipanti svolte nel Sudafrica, ma anche quella delle loro attività di

commercializzazione dappertutto nel mondo e più particolarmente nella Comunità, dove la Implats e la DPL realizzavano vendite non trascurabili. Si deve rilevare che, qualora sia prevedibile che una progettata concentrazione produca un effetto immediato e sostanziale nella Comunità, l'applicazione del regolamento è giustificata con riferimento al diritto internazionale pubblico. A questo proposito, dalla decisione controversa emerge che il risultato dell'operazione sarebbe stata la creazione di una posizione dominante duopolistica della Amplats e della Implats/DPL sui mercati del platino e del rodio con la conseguenza che risulterebbe ostacolata in maniera significativa la concorrenza effettiva nel mercato comune ai sensi dell'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89. Si deve pertanto verificare se i tre criteri dell'effetto immediato, sostanziale e prevedibile sono nella specie riuniti. [...]. Ne consegue che l'applicazione del regolamento n. 4064/89 nei confronti della progettata concentrazione era conforme al diritto internazionale pubblico". In dottrina, cfr. E. VALLE LAGARES, *International Agreements Regarding Cooperation in the Field of Competition: The New Strategy of the European Commission*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2010, pp. 155-157. La teoria degli effetti/dell'implementazione, intesa quale criterio di collegamento, ha la finalità e il pregio di permettere a uno Stato di proteggersi anche nei confronti di quelle condotte che, sebbene commesse al di fuori dei propri confini, sono comunque in grado di ledere i suoi interessi. Essa, tuttavia, data la sua natura unilaterale, ossia non coordinata, risulta insoddisfacente sotto una pluralità di profili, in quanto: (i) genera un rischio di conflitto, sia di competenza sia di giudicati, a causa della moltiplicazione dei fori interessati. Sul punto, cfr. comunicazione della Commissione al Consiglio, Verso un quadro internazionale di regole in materia di concorrenza, COM(1996)284 def., p. 8: “[a]lcune autorità garanti della concorrenza cercano di affrontare i problemi di accesso al mercato causati da pratiche anticoncorrenziali attuate sui mercati esteri estendendo l'ambito territoriale delle loro norme di concorrenza nazionali. Tale politica solleva problemi di competenza e di sovranità e può dar luogo a conflitti tra paesi”. Integra un esempio di tale problematica il caso *Uranium litigation*, concernente un'intesa tra produttori Canadesi, Francesi e Australiani dell'omonimo prodotto, promossa dai relativi governi, ma poi ritenuta illecita dalle corti statunitensi ai sensi del diritto antitrust americano. Cfr. *Re Uranium Antitrust Litigation*, 617 F 2d 1248 (7th Cir 1980). L'apertura di più procedimenti nell'ambito di ordinamenti differenti con riferimento alla medesima infrazione può inoltre imporre costi aggiuntivi non indifferenti per le imprese, e un clima d'incertezza per le stesse. Cfr. C. SCHEPISI, *Le relazioni esterne in materia di concorrenza: gli accordi CE/USA e CE/Canada tra dimensione internazionale e dimensione comunitaria*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 6, 1, 2001, p. 150; E. VALLE LAGARES, *International Agreements Regarding Cooperation in the Field of Competition: The New Strategy of the European Commission*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2010, pp. 155-157. Per un'analisi del tema con riferimento al diritto delle concentrazioni, ove ben si evidenziano i costi connessi all'esigenza di notificare la stessa operazione nell'ambito di una pluralità di giurisdizioni, con esiti, peraltro, potenzialmente differenti, cfr. T. CALVANI, *Devolution and Convergence in Competition Enforcement*, in *European Competition Law Review*, 24, 9, 2003, p. 416; e (ii) non affronta talune questioni di rilevanza centrale, concernenti (a) la necessità di coordinamento e assistenza interstatale a fini d'indagine e (b) la tutela degli operatori economici in un ambito di mercato più ampio rispetto a quello nazionale, così da favorire i flussi

commerciali tra differenti paesi. La dimensione sovranazionale degli illeciti antitrust, e quella multinazionale delle imprese, infatti, fanno sì che gli elementi probatori concernenti una singola infrazione possano essere localizzati nell'ambito di più giurisdizioni. Sulla stessa linea, una violazione del diritto della concorrenza, quale un abuso di posizione dominante o un aiuto di Stato, anche ove concernente il solo mercato nazionale, può altresì impattare negativamente sugli interessi di Stati terzi, incidendo e pregiudicando le attività delle loro imprese in quel territorio. Questi sono solamente alcuni dei possibili scenari da cui è possibile evincere l'importanza di un'effettiva cooperazione tra autorità di paesi diversi e la necessità di garantire una tutela antitrust che travalichi i meri confini domestici, così da (i) rendere maggiormente efficace ed efficiente l'attività di enforcement nell'ambito di ciascun ordinamento e, nel contempo, (ii) agevolare la libera circolazione di beni e servizi e la creazione di condizioni di confronto commerciale eque tra operatori economici in ambito transnazionale, nel reciproco interesse degli Stati. Sul punto, cfr. J. ALMUNIA, Commissario per la concorrenza, speech/10/183, del 27 aprile 2010: “[i]t is clear that, at the beginning of the 21st century, we cannot afford to operate, to enforce our competition laws, in national or regional silos. We must not remain isolated from what happens in other jurisdictions. Even if markets often remain regional or national in terms of competitive assessment, fostering global convergence in our legal and economic analysis is essential to ensuring effectiveness of our enforcement and creating a level playing field for businesses across our jurisdictions. From our perspective as enforcers: we need to be able to bring cases which involve companies and behaviours that cut across multiple jurisdictions. This requires practical cooperation between our agencies but also a degree of convergence between our policies. And it is also true from the perspective of businesses: cooperation and convergence contribute to a level playing field across jurisdictions, increase legal predictability by reducing the risk of incoherent intervention, and ultimately facilitate cross-border trade and investments to the benefit of our economies”. Cfr. anche E. VALLE LAGARES, *International Agreements Regarding Cooperation in the Field of Competition: The New Strategy of the European Commission*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, pp. 155-157: “[c]ooperation with other competition agencies can be expected to bring significant benefits for the EU: direct benefits in terms of more effective/efficient enforcement of EU competition rules, but also indirect benefits, such as fair treatment of EU companies in non-EU markets, and the creation of a level-playing field between EU companies and foreign competitors”. Sempre sul punto, si veda la comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Europa globale: competere nel mondo. Un contributo alla strategia per la crescita e l'occupazione dell'UE, COM(2006)567 def., p. 8: “[l]'UE ha un interesse strategico a sviluppare regole internazionali e politiche di cooperazione in materia di concorrenza per assicurare che le imprese europee non risentano, nei paesi terzi, dell'eccessivo sovvenzionamento delle imprese locali o di pratiche contrarie alla concorrenza”. Cfr., infine, decisione degli Stati membri del GATT, del 18 novembre 1960, *Restrictive Business Practices: Arrangements for Consultations*, BISD 9S/28: “business practices which restrict competition in international trade may hamper the expansion of world trade and the economic development in individual countries and thereby frustrate the benefits of tariff reduction and removal of quantitative restrictions or may otherwise interfere with the objectives of

L'Unione, in particolare, ha innanzitutto tentato di favorire la convergenza verso uno *standard* minimo di tutela antitrust mediante apposite previsioni inserite nell'ambito di trattati internazionali dalla portata più ampia, in tema di libera circolazione¹⁰⁰.

Essa ha inoltre sviluppato specifici accordi di cooperazione in materia di concorrenza. I temi disciplinati da questi – quantomeno da quelli di forma più avanzata ed elaborata, come i trattati stipulati con gli Stati Uniti¹⁰¹, il Canada¹⁰², il Giappone¹⁰³ e la Corea del Sud¹⁰⁴, che

the General Agreement on Tariffs and Trade”; comunicazione della Commissione al Consiglio, Verso un quadro internazionale di regole in materia di concorrenza, COM(1996)284 def., p. 7, ove si sottolinea come le pratiche anticoncorrenziali integrino delle “*barriere agli scambi nel mondo liberalizzato*”.

¹⁰⁰ Cfr. le disposizioni in materia di concorrenza contenute negli accordi di libero scambio stipulati dall'Unione con Stati terzi, disponibili sul sito internet della Commissione, all'indirizzo URL <http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/index.html>. Sul punto, cfr. anche comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Europa globale: competere nel mondo. Un contributo alla strategia per la crescita e l'occupazione dell'UE, COM(2006)567 def., p. 10: “[g]li FTA [Free Trade Agreements] dovrebbero anche affrontare le barriere non tariffarie ove possibile mediante una convergenza normativa e contenere disposizioni utili ad agevolare gli scambi. Essi dovrebbero prevedere inoltre disposizioni più rigorose in materia di diritti di proprietà intellettuale e di concorrenza come, ad esempio, norme sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale”. Le stesse norme antitrust di cui ai Trattati sono state elaborate e adottate nell'ottica della realizzazione del mercato unico, ossia in un contesto di più ampio respiro. Ciò risulta evidente dalla lettera stessa del protocollo 27 del TFUE, il quale associa esplicitamente la politica di concorrenza a quelle concernenti il mercato interno. Sul punto, cfr. anche G. TESAURO, *Globalizzazione e diritto della concorrenza*, in A. RAFFAELLI, *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, Atti del V Convegno di Treviso, Milano, 2003, p. 9.

¹⁰¹ Cfr. accordo tra le Comunità europee e il Governo degli Stati Uniti d'America in merito all'applicazione delle loro regole di concorrenza, in *GU*, L 95 del 27 aprile 1995, p. 47 ss. Il primo trattato risale, in verità, al 1991, ma questo venne poi annullato dalla Corte, a causa dell'incompetenza della Commissione a concludere autonomamente accordi in tale settore. Un nuovo testo fu adottato nel 1995, sulla base di una decisione congiunta della Commissione e del Consiglio. Cfr. sentenza della Corte, del 9 agosto 1994, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-3666 ss. Cfr. anche accordo tra le Comunità europee e il governo degli Stati Uniti d'America in merito all'utilizzazione dei principi della “*comitas gentium*” attiva nell'applicazione del loro diritto della concorrenza, in *GU*, L 173 del 18 giugno 1998, p. 28 ss.; e le Best Practices on Cooperation in Merger Investigations, del 14 ottobre 2011, concernenti il coordinamento tra le autorità americane (FTC e DOJ) e la Commissione in materia di concentrazioni, disponibili sul sito internet della Commissione, all'indirizzo URL http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/best_practices_2011_en.pdf. Per una lista completa degli accordi di cooperazione in materia di concorrenza stipulati dall'Unione con Stati terzi, e i relativi

verranno dunque presi a riferimento ai fini della trattazione di cui sotto – possono ricondursi a cinque filoni principali¹⁰⁵.

Un primo profilo concerne l'obbligo, posto in capo a ciascuna delle parti, di segnalarsi reciprocamente, mediante notifica, le rispettive iniziative e attività di enforcement che rischiano d'incidere sugli interessi rilevanti dell'altra. Circostanza che ricorre, ad esempio, ove l'illecito perseguito dall'autorità di concorrenza di uno dei firmatari (i) sia stato (a) commesso, in tutto o in parte, all'interno del territorio dell'altra parte, (b) posto in essere da un'impresa con sede in quest'ultimo, (c) incoraggiato o avallato dall'altro firmatario, ovvero (ii) implichi rimedi (comportamentali o strutturali) da attuarsi nella giurisdizione dell'altro contraente¹⁰⁶. La finalità principe di tale strumento è prevenire il sorgere di eventuali

testi, si veda il sito internet della Commissione, all'indirizzo URL <http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/index.html>.

¹⁰² Cfr. accordo tra le Comunità europee e il governo del Canada in merito all'applicazione dei rispettivi diritti della concorrenza, in *GU*, L 175 del 10 luglio 1999, p. 50 ss.

¹⁰³ Cfr. accordo tra la Comunità europea e il governo del Giappone per la cooperazione in materia di atti anticoncorrenziali, in *GU*, L 183 del 22 luglio 2003, p. 12 ss.

¹⁰⁴ Cfr. accordo tra la Comunità europea e il governo della Repubblica di Corea concernente la cooperazione in merito ad attività anticoncorrenziali, in *GU*, L 202 del 4 agosto 2009, p. 36 ss.

¹⁰⁵ L'Unione ha recentemente negoziato un accordo bilaterale di cooperazione in ambito antitrust anche con la Confederazione elvetica. Cfr. proposta di decisione del Consiglio relativa alla firma di un accordo fra l'Unione europea e la Confederazione svizzera in merito alla cooperazione sull'applicazione dei rispettivi diritti della concorrenza, dell'1 giugno 2012, COM(2012)244 def.; proposta di decisione del Consiglio relativa alla conclusione di un accordo fra l'Unione europea e la Confederazione svizzera in merito alla cooperazione sull'applicazione dei rispettivi diritti della concorrenza, dell'1 giugno 2012, COM(2012)245 def.

¹⁰⁶ Cfr. accordo tra le Comunità europee e il Governo degli Stati Uniti d'America in merito all'applicazione delle loro regole di concorrenza, in *GU*, L 95 del 27 aprile 1995, p. 47 ss, art. II: “[e]ach Party shall notify the other whenever its competition authorities become aware that their enforcement activities may affect important interests of the other Party. 2. Enforcement activities as to which notification ordinarily will be appropriate include those that: (a) are relevant to enforcement activities of the other Party; (b) involve anticompetitive activities (other than a merger or acquisition) carried out in significant part in the other Party’s territory; (c) involve a merger or acquisition which one or more of the parties to the transaction, or a company controlling one of more of the parties to the transaction, is a company incorporated or organized under the laws of the other Party or one of its States or Member States; (d) involve conduct believed to have been required, encouraged or approved by the other Party; or (e)

problematiche tra le parti, così da risolverle, ove possibile, in una fase ancora preliminare, mediante un'attività di consultazione bilaterale e in un'ottica di bilanciamento dei rispettivi interessi (*negative comity*). Esso, inoltre, rileva al fine di un'eventuale coordinamento delle rispettive attività d'indagine.

Un secondo aspetto riguarda lo scambio di informazioni, cosicché, ove l'autorità di concorrenza di una parte entri in possesso di dati o documenti rilevanti per le attività istituzionali dell'altra, li possa trasmettere a quest'ultima, secondo le modalità previste dall'accordo. Un limite alla condivisione del materiale probatorio rilevante può essere

involve remedies that would, in significant respects, require or prohibit conduct in the other Party's territory. 3. With respect to mergers or acquisitions required by law to be reported to the competition authorities, notification under this Article shall be made: (a) in the case of the Government of the United States of America, (i) not later than the time its competition authorities request, pursuant to 15 USC paragraph 18a(e), additional information or documentary material concerning the proposed transaction, (ii) when its competition authorities decide to file a complaint challenging the transaction, and (iii) where this is possible, far enough in advance of the entry of a consent decree to enable the other Party's views to be taken into account; and (b) in the case of the Commission of the European Communities, (i) when notice of the transaction is published in the Official Journal, pursuant to Article 4(3) of Council Regulation (EEC) No 4064/89, or when notice of the transaction is received under Article 66 of the ECSC Treaty and a prior authorization from the Commission is required under that provision, (ii) when its competition authorities decide to initiate proceedings with respect to the proposed transaction, pursuant to Article 6(1)(c) of Council Regulation (EEC) No 4064/89, (iii) far enough in advance of the adoption of a decision in the case to enable the other Party's views to be taken into account. 4. With respect to other matters, notification shall ordinarily be provided at the stage in an investigation when it becomes evident that notifiable circumstances are present, and in any event far enough in advance of: (a) the issuance of a statement of objections in the case of the Commission of the European Communities, or a complaint or indictment in the case of the Government of the United States of America; and (b) the adoption of a decision or settlement in the case of the Commission of the European Communities, or the entry of a consent decree in the case of the Government of the United States of America; to enable the other Party's views to be taken into account. 5. Each Party shall also notify the other whenever its competition authorities intervene or otherwise participate in a regulatory or judicial proceeding that does not arise from its enforcement activities, if the issues addressed in the intervention or participation may affect the other Party's important interests. Notification under this paragraph shall apply only to: (a) regulatory or judicial proceedings that are public; (b) intervention or participation that is public and pursuant to formal procedures; and (c) in the case of regulatory proceeding in the United States, only proceedings before federal agencies. Notification shall be made at the time of the intervention or participation or as soon thereafter as possible. 6. Notification under this Article shall include sufficient information to permit an initial evaluation by the recipient Party of any effects on its interests".

previsto in quei casi ove la trasmissione dello stesso risulterebbe contraria alle leggi nazionali o agli interessi dell'ordinamento d'origine¹⁰⁷. Allo stesso modo, l'utilizzo delle informazioni veicolate può trovare un ostacolo nei dettami della normativa del paese di destinazione. Ciò può avvenire, in particolare, alla luce di considerazioni attinenti alle differenti garanzie procedurali e alla diversa tipologia di sanzioni previste dagli ordinamenti interessati¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Cfr. accordo tra le Comunità europee e il Governo degli Stati Uniti d'America in merito all'applicazione delle loro regole di concorrenza, in *GU*, L 95 del 27 aprile 1995, p. 47 ss., artt. III, VIII e IX, rispettivamente: “1. *The Parties agree that it is in their common interest to share information that will (a) facilitate effective application of their respective competition laws, or (b) promote better understanding by them of economic conditions and theories relevant to their competition authorities' enforcement activities and interventions or participation of the kind described in Article II(5).* 2. *In furtherance of this common interest, appropriate officials from the competition authorities of each Party shall meet at least twice each year, unless otherwise agreed, to (a) exchange information on their current enforcement activities and priorities, (b) exchange information on economic sectors of common interest, (c) discuss policy changes which they are considering, and (d) discuss other matters of mutual interest relating to the application of competition laws.* 3. *Each Party will provide the other Party with any significant information that comes to the attention of its competition authorities about anticompetitive activities that its competition authorities believe is relevant to, or may warrant, enforcement activity by the other Party's competition authorities.* 4. *Upon receiving a request from the other Party, and within the limits of Articles VIII and IX, a Party will provide to the requesting Party such information within its possession as the requesting party may describe that is relevant to an enforcement activity being considered or conducted by the requesting Party's competition authorities*”; “1. *Notwithstanding any other provisions of this Agreement, neither Party is required to provide information to the other Party if disclosure of that information to the requesting Party (a) is prohibited by the law of the Party possessing the information, or (b) would be incompatible with important interests of the Party possessing the information.* 2. *Each Party agrees to maintain, to the fullest extent possible, the confidentiality of any information provided to it in confidence by the other Party under this Agreement and to oppose, to the fullest extent possible, any application for disclosure of such information by a third party that is not authorized by the Party that supplied the information*”; “[n]othing in this Agreement shall be interpreted in a manner inconsistent with the existing laws, or as requiring any change in the laws, of the United States of America or the European Communities or of their respective States or Member States”.

¹⁰⁸ Cfr. sentenza del Tribunale, del 27 settembre 2006, causa T-59/02, *Archer Daniels Midland Co. c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-3627 ss., punti 262-265, dalla cui lettura congiunta si evince come un documento trasmesso da un'autorità straniera possa essere utilizzato dalla Commissione al fine dell'applicazione della normativa europea di concorrenza solo ove, a prima vista, non vi siano dubbi che esso è stato acquisito nella giurisdizione d'origine secondo le stesse tutele processuali garantite dai principi generali del diritto dell'Unione. In sede di ricorso avverso la predetta pronuncia, e in maniera più articolata sul tema, cfr. anche conclusioni dell'AG Mengozzi, del 6 novembre 2008, causa C 511/06 P,

Un terzo tema attiene al coordinamento e alla cooperazione tra le parti. Questo profilo rileva, in particolare, nell'ottica della messa in comune di talune risorse di enforcement ad opera dei contraenti e della ripartizione di specifici compiti, secondo ed entro i limiti posti dai rispettivi ordinamenti e interessi, nonché al fine della condivisione di determinate tempistiche, come quelle delle ispezioni, così da non pregiudicare le indagini svolte dall'altro contraente¹⁰⁹.

Archer Daniels Midland Co. c. Commissione, ibidem, p. I-5843 ss., punti 119-120: “condivido senz’altro l’idea, seguita nella sentenza impugnata e non controversa tra le parti nella presente causa, di considerare come necessario, ai fini dell’utilizzo come prova in un procedimento condotto dalla Commissione di elementi di informazione assunti nell’ambito di un procedimento condotto da autorità di un paese terzo, il rispetto tanto delle garanzie procedurali stabilite per quest’ultimo procedimento quanto di quelle stabilite per il procedimento condotto dalla Commissione. Tale idea, che corrisponde all’applicazione cumulativa della legge dello Stato di origine della prova e della legge dello Stato di ricezione della prova, si impone, a mio avviso, in considerazione del fatto che ci si muove nell’ambito del diritto pubblico, in particolare in materia di sanzioni, e che il rispetto dei diritti della difesa in qualsiasi procedimento con cui possono essere inflitte sanzioni, in particolare ammende o penali di mora, costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario, che va osservato anche se si tratta di un procedimento di natura amministrativa. Il rispetto dei diritti procedurali in una fattispecie come quella in esame presuppone dunque che la prova formata nel procedimento straniero sia stata ivi assunta nel rispetto delle formalità prescritte dalle pertinenti disposizioni dell’ordinamento straniero, che la sua trasmissione alla Commissione e il suo utilizzo da parte di quest’ultima siano consentiti da quell’ordinamento e che detto utilizzo non si ponga in contrasto con le specifiche garanzie di cui l’impresa interessata avrebbe beneficiato, in virtù del diritto comunitario, ove l’assunzione della prova fosse avvenuta direttamente nel procedimento condotto dalla Commissione”. Cfr. anche i limiti previsti in relazione all’impiego di informazioni scambiate in seno alla stessa ECN, di cui al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l’applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in GU, L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1 ss., art. 12(3), già analizzati sopra alla sezione 2.A.(vi)(a).

¹⁰⁹ Cfr. accordo tra le Comunità europee e il Governo degli Stati Uniti d’America in merito all’applicazione delle loro regole di concorrenza, in GU, L 95 del 27 aprile 1995, p. 47 ss., art. IV: “1. *The competition authorities of each Party will render assistance to the competition authorities of the other Party in their enforcement activities, to the extent compatible with the assisting Party’s laws and important interests, and within its reasonably available resources.* 2. *In cases where both Parties have an interest in pursuing enforcement activities with regard to related situations, they may agree that it is in their mutual interest to coordinate their enforcement activities. In considering whether particular enforcement activities should be coordinated, the Parties shall take account of the following factors, among others: (a) the opportunity to make more efficient use of their resources devoted to the enforcement activities; (b) the relative abilities of the Parties’ competition authorities to obtain information necessary to conduct*

Un quarto punto inerisce il principio della “cortesia positiva”, ai sensi del quale una parte, ove ne abbia un interesse rilevante, può richiedere all’altra di attivarsi al fine di reprimere determinati comportamenti anticoncorrenziali posti in essere all’interno del territorio di quest’ultima. È il caso, in particolare, di quelle condotte che, sebbene implementate nell’ambito geografico di un contraente, siano comunque in grado di generare delle distorsioni anche al di fuori dei confini di questo¹¹⁰. Allo stesso tempo, il soggetto

the enforcement activities; (c) the effect of such coordination on the ability of both Parties to achieve the objectives of their enforcement activities; and (d) the possibility of reducing costs incurred by persons subject to the enforcement activities. 3. In any coordination agreement, each Party shall conduct its enforcement activities expeditiously and, in so far as possible, consistently with the enforcement objectives of the other Party. 4. Subject to appropriate notice to the other Party, the competition authorities of either Party may limit or terminate their participation in a coordination arrangement and pursue their enforcement activities independently”. A seguito di ispezioni condotte dallo Stato A all’interno del suo territorio, ad esempio, le imprese oggetto di accertamento, messe in allerta, potrebbero cercare di distruggere del materiale probatorio (relativo alla medesima infrazione o anche ad un’altra, al fine di effettuare una sorta di “pulizia interna”) localizzato nello Stato B. Da qui l’interesse che le autorità di concorrenza dei due paesi si coordinino tra loro.

¹¹⁰ Cfr. accordo tra le Comunità europee e il Governo degli Stati Uniti d’America in merito all’applicazione delle loro regole di concorrenza, in *GU*, L 95 del 27 aprile 1995, p. 47 ss., art. V: “1. *The Parties note that anticompetitive activities may occur within the territory of one Party that, in addition to violating that Party’s competition laws, adversely affect important interests of the other Party. The Parties agree that it is in both their interests to address anticompetitive activities of this nature.* 2. *If a Party believes that anticompetitive activities carried out on the territory of the other Party are adversely affecting its important interests, the first Party may notify the other Party and may request that the other Party’s competition authorities initiate appropriate enforcement activities. The notification shall be as specific as possible about the nature of the anticompetitive activities and their effects on the interests of the notifying Party, and shall include an offer of such further information and other cooperation as the notifying Party is able to provide.* 3. *Upon receipt of a notification under paragraph 2, and after such other discussion between the Parties as may be appropriate and useful in the circumstances, the competition authorities of the notified Party will consider whether or not to initiate enforcement activities, or to expand ongoing enforcement activities, with respect to the anticompetitive activities identified in the notification. The notified Party will advise the notifying Party of its decision. If enforcement activities are initiated, the notified Party will advise the notifying Party of their outcome and, to the extent possible, of significant interim developments.* 4. *Nothing in this Article limits the discretion of the notified Party under its competition laws and enforcement policies as to whether or not to undertake enforcement activities with respect to the notified anticompetitive activities, or precludes the notifying Party from undertaking enforcement activities with respect to such anticompetitive activities”.* Si osservi come tale richiesta possa essere inoltrata solamente dalle autorità dello Stato, e non direttamente dalle imprese, le quali, ove

richiedente può decidere di sospendere o deferire le proprie iniziative di enforcement in relazione a tali condotte, così da evitare sovrapposizioni con quelle, da essa stessa sollecitate, dell'altra parte¹¹¹.

abbiano un interesse a sollecitare delle indagini nella giurisdizione dell'altro firmatario, avranno comunque la possibilità di: (i) richiedere alle istituzioni del proprio paese di esercitare i poteri di *positive comity*; (ii) presentare una denuncia, secondo la normativa nazionale, direttamente all'autorità antitrust dell'altra Parte.

¹¹¹ Cfr. anche accordo tra le Comunità europee e il governo degli Stati Uniti d'America in merito all'utilizzazione dei principi della "comitas gentium" attiva nell'applicazione del loro diritto della concorrenza, in *GU*, L 173 del 18 giugno 1998, p. 28 ss., art. IV: "1. *The competition authorities of the Parties may agree that the competition authorities of the Requesting Party will defer or suspend pending or contemplated enforcement activities during the pendency of enforcement activities of the Requested Party.* 2. *The competition authorities of a Requesting Party will normally defer or suspend their own enforcement activities in favor of enforcement activities by the competition authorities of the Requested Party when the following conditions are satisfied: (a) The anti-competitive activities at issue: (i) do not have a direct, substantial and reasonably foreseeable impact on consumers in the Requesting Party's territory, or (ii) where the anti-competitive activities do have such an impact on the Requesting Party's consumers, they occur principally in and are directed principally towards the other Party's territory; (b) The adverse effects on the interests of the Requesting Party can be and are likely to be fully and adequately investigated and, as appropriate, eliminated or adequately remedied pursuant to the laws, procedures, and available remedies of the Requested Party. The Parties recognize that it may be appropriate to pursue separate enforcement activities where anti-competitive activities affecting both territories justify the imposition of penalties within both jurisdictions; and (c) The competition authorities of the Requested Party agree that in conducting their own enforcement activities, they will: (i) devote adequate resources to investigate the anti-competitive activities and, where appropriate, promptly pursue adequate enforcement activities; (ii) use their best efforts to pursue all reasonably available sources of information, including such sources of information as may be suggested by the competition authorities of the Requesting Party; (iii) inform the competition authorities of the Requesting Party, on request or at reasonable intervals, of the status of their enforcement activities and intentions, and where appropriate provide to the competition authorities of the Requesting Party relevant confidential information if consent has been obtained from the source concerned. The use and disclosure of such information shall be governed by Article V; (iv) promptly notify the competition authorities of the Requesting Party of any change in their intentions with respect to investigation or enforcement; (v) use their best efforts to complete their investigation and to obtain a remedy or initiate proceedings within six months, or such other time as agreed to by the competition authorities of the Parties, of the deferral or suspension of enforcement activities by the competition authorities of the Requesting Party; (vi) fully inform the competition authorities of the Requesting Party of the results of their investigation, and take into account the views of the competition authorities of the Requesting Party, prior to any settlement,*

La *positive comity*, quanto a finalità, si affianca dunque alla teoria degli effetti, con la differenza che mentre quest'ultima si risolve in un'affermazione unilaterale di competenza, il principio della "cortesia positiva" si orienta invece verso un declino concordato della stessa a favore di un'autorità straniera. Dunque, modalità operative tra loro speculari ma obiettivi simili, ossia accertarsi che un illecito capace d'impattare su più mercati nazionali sia adeguatamente contrastato, evitando, nel contempo, un possibile conflitto di competenza o giudicati tra giurisdizioni.

Un ultimo aspetto riguarda il principio della "cortesia negativa", secondo cui una parte s'impegna a tenere in considerazione anche gli interessi dell'altra nell'ambito delle proprie attività d'indagine e sanzionatorie, in un'ottica di bilanciamento delle rispettive posizioni. A tal fine, un'autorità può, ad esempio, decidere di rinunciare ad aprire un procedimento o a comminare talune tipologie di pene nell'ambito di specifici casi¹¹².

initiation of proceedings, adoption of remedies, or termination of the investigation; and (vii) comply with any reasonable request that may be made by the competition authorities of the Requesting Party. When the above conditions are satisfied, a Requesting Party which chooses not to defer or suspend its enforcement activities shall inform the competition authorities of the Requested Party of its reasons. 3. The competition authorities of the Requesting Party may defer or suspend their own enforcement activities if fewer than all of the conditions set out in paragraph 2 are satisfied. 4. Nothing in this Agreement precludes the competition authorities of a Requesting Party that choose to defer or suspend independent enforcement activities from later initiating or reinstating such activities. In such circumstances, the competition authorities of the Requesting Party will promptly inform the competition authorities of the Requested Party of their intentions and reasons. If the competition authorities of the Requested Party continue with their own investigation, the competition authorities of the two Parties shall, where appropriate, coordinate their respective investigations under the criteria and procedures of Article IV of the 1991 Agreement".

¹¹² Cfr. accordo tra le Comunità europee e il Governo degli Stati Uniti d'America in merito all'applicazione delle loro regole di concorrenza, in *GU*, L 95 del 27 aprile 1995, p. 47 ss., art. VI: "[w]ithin the framework of its own laws and to the extent compatible with its important interests, each Party will seek, at all stages in its enforcement activities, to take into count the important interests of the other Party. Each Party shall consider important interests of the other Party in decisions as to whether or not to initiate an investigation or proceeding, the scope of an investigation or proceeding, the nature of the remedies or penalties sought, and in other ways, as appropriate. In considering one another's important interests in the course of their enforcement activities, the Parties will take account of, but will not be limited to, the following principles: 1. While an important interest of a Party may exist in the absence of official involvement by the Party with the activity in question, it is recognized that such interests would normally be reflected in antecedent laws, decisions or statements of policy by its competent authorities.

Anche in questo frangente, così come per la *positive comity*, una delle finalità principali della fattispecie è introdurre un elemento di flessibilità nei rapporti tra i firmatari, al fine di prevenire all'origine eventuali conflitti di competenza e giudicati tra essi¹¹³.

La conclusione di accordi bilaterali tra l'Unione e Stati terzi ha generato risultati positivi, rafforzando lo scenario di enforcement del diritto europeo della concorrenza, e contribuendo a creare condizioni di confronto eque per le imprese anche al di fuori dei confini della Comunità. Il limite di tale approccio risiede, tuttavia, nella costellazione di trattati che l'Unione si trova a dover negoziare con differenti paesi, e nella possibile divergenza tra le regole previste dagli stessi.

2. A Party's important interests may be affected at any stage of enforcement activity by the other Party. The Parties recognize, however, that as a general matter the potential for adverse impact on one Party's important interests arising from enforcement activity by the other Party is less at the investigative stage and greater at the stage at which conduct is prohibited or penalized, or at which other forms of remedial orders are imposed. 3. Where it appears that one Party's enforcement activities may adversely affect important interests of the other Party, the Parties will consider the following factors, in addition to any other factors that appear relevant in the circumstances, in seeking an appropriate accommodation of the competing interests: (a) the relative significance to the anticompetitive activities involved of conduct within the enforcing Party's territory as compared with conduct within the other Party's territory; (b) the presence or absence of a purpose on the part of those engaged in the anticompetitive activities to affect consumers, suppliers or competitors within the enforcing Party's territory; (c) the relative significance of the effects of the anticompetitive activities on the enforcing Party's interests as compared with the effects on the other Party's interests; (d) the existence or absence of reasonable expectations that would be furthered or defeated by the enforcement activities; (e) the degree of conflict or consistency between the enforcement activities and the other Party's laws or articulated economic policies; and (f) the extent to which enforcement activities of the other Party with respect to the same persons, including judgments or undertakings resulting from such activities, may be affected".

¹¹³ Gli accordi non si spingono, tuttavia, sino a prevedere dei criteri di ripartizione di competenza vincolanti tra le Parti, ma, piuttosto, lasciano che tali questioni vengano risolte dalle autorità di concorrenza in relazione a ciascun caso e sulla base di specifici contatti, nell'ambito dei principi di *positive e negative comity*. Cfr. C. SCHEPISI, *Le relazioni esterne in materia di concorrenza: gli accordi CE/USA e CE/Canada tra dimensione internazionale e dimensione comunitaria*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 6, 1, 2001, p. 151. Sul punto, occorre inoltre osservare come il tema dell'allocazione della competenza sia centrale anche al fine di ridurre i costi per le imprese e il rischio che, da una singola operazione commerciale, promanino una serie di decisioni tra loro differenti. Rilievo che vale, in particolare, con riferimento alle concentrazioni. Cfr. quanto già detto alla nota 99.

Da qui una preferenza, quantomeno in via astratta, verso una soluzione di carattere multilaterale, volta a costituire un quadro antitrust uniforme, dal punto di vista sia del diritto sostanziale sia della cooperazione, mediante un singolo accordo che sia in grado di vincolare una pluralità di ordinamenti, e non più una sola coppia (o poco più) di parti contraenti. Si tratta, nondimeno, di una prospettiva la cui piena realizzazione deve necessariamente tenere conto delle differenti tradizioni e sensibilità giuridiche dei vari paesi. Si pensi, a titolo di esempio, alla dicotomia esistente tra giurisdizioni ove l'illecito antitrust assume un carattere penale e ordinamenti di stampo meramente amministrativo¹¹⁴. O, ancora, alla “delicatezza politica” di argomenti quali gli aiuti di Stato.

In verità, già il trattato costitutivo dell'Organizzazione internazionale per il commercio (l'“OIC”), al Capo V, prevedeva un insieme organico di norme volte a disciplinare quelle pratiche commerciali restrittive della concorrenza in grado d'incidere sui flussi commerciali internazionali. Esso, tuttavia, non entrò mai in vigore, a causa della mancata ratifica da parte degli Stati Uniti. In seguito, negli accordi GATS, all'art. VIII, e TRIPS, agli artt. 31 e 40, la materia antitrust trovò una disciplina solamente marginale e settoriale¹¹⁵.

Al fine di sviluppare regole di concorrenza maggiormente articolate e di più ampia portata, sulla linea di quanto già tentato ai tempi dell'OIC, nel 1993, durante l'Uruguay Round, fu presentata in seno all'Organizzazione mondiale del commercio (l'“OMC”) una possibile bozza di codice internazionale antitrust¹¹⁶, che venne però repentinamente accantonata dagli Stati membri, in quanto considerata troppo ambiziosa nei suoi contenuti.

¹¹⁴ Per una disamina del punto, cfr. KATALIN J. CSERES, MAARTEN P. SCHINKEL, FLORIS O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006; CARON BEATON-WELLS, ARIEL EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011.

¹¹⁵ I testi di tali trattati sono disponibili sul sito internet dell'OMC, all'indirizzo URL http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm.

¹¹⁶ Tale foro fu considerato come il più idoneo ove sviluppare un codice comune in materia di concorrenza, in ragione delle tematiche di natura commerciale disciplinate in seno ad esso e del fatto che la predetta organizzazione fosse già dotata di un apparato sovranazionale di risoluzione delle controversie. Sul punto, cfr. M. MONTI, Commissario per la concorrenza, speech/02/399, del 17 settembre 2002: “*the World Trade Organisation is the institution best suited to house an International Competition Agreement. The WTO possesses the advantages of a very broad membership and a tradition of enforcing binding rules*”. Cfr. anche B. ZANETTIN, *The Evolution of the EC International Competition Policy*, in G. AMATO, C. D. Ehlermann, *EC Competition Law: A Critical Assessment*, Oxford, 2007, 786.

Sulla scorta di un rinnovato entusiasmo, nel 1996, in occasione della prima Conferenza ministeriale dell'OMC, tenutasi a Singapore, si decideva di costituire un apposito gruppo di lavoro, con il compito di analizzare l'interazione tra concorrenza e circolazione di merci e servizi, ed individuare un nucleo ristretto di principi antitrust comuni quale piattaforma per una progressiva convergenza di natura multilaterale¹¹⁷. Le riunioni del predetto gruppo furono aperte anche ai rappresentanti dell'OCSE e della Conferenza delle Nazioni unite sul commercio e lo sviluppo ("UNCTAD"), nell'ottica di capitalizzare sugli studi già elaborati da queste due organizzazioni.

Nel 2001, in occasione della quarta Conferenza ministeriale dell'OMC, a Doha, alla luce del lavoro svolto sino ad allora, e delle relative risultanze, gli Stati membri risolvevano di focalizzarsi su specifici profili, quale una maggiore chiarezza nella definizione di taluni principi di base, le condotte di cartello e le modalità di cooperazione volontaria tra autorità, in vista del negoziato di un testo normativo comune, che sarebbe dovuto iniziare successivamente alla quinta Conferenza ministeriale di Cancún, nel 2003¹¹⁸. A causa

¹¹⁷ Cfr. OMC, dichiarazione ministeriale, del 13 dicembre 1996, WT/MIN(96)/DEC, punto 20: "[h]aving regard to the existing WTO provisions on matters related to [...] competition policy and the built-in agenda in these [area], including under the TRIMs Agreement, and on the understanding that the work undertaken shall not prejudice whether negotiations will be initiated in the future, we also agree to [...] establish a working group to study issues raised by Members relating to the interaction between trade and competition policy, including anti-competitive practices, in order to identify any areas that may merit further consideration in the WTO framework". Cfr. anche E. GREPPI, *The WTO as a new institutional framework for international trade*, in *New trends in International Trade Law*, Torino, 2000, p. 202 ss.

¹¹⁸ Cfr. OMC, dichiarazione ministeriale, del 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, punti 23-25: "[r]ecognizing the case for a multilateral framework to enhance the contribution of competition policy to international trade and development, and the need for enhanced technical assistance and capacity-building in this area as referred to in [the following] paragraph, we agree that negotiations will take place after the Fifth Session of the Ministerial Conference on the basis of a decision to be taken, by explicit consensus, at that session on modalities of negotiations. We recognize the needs of developing and least-developed countries for enhanced support for technical assistance and capacity building in this area, including policy analysis and development so that they may better evaluate the implications of closer multilateral cooperation for their development policies and objectives, and human and institutional development. To this end, we shall work in cooperation with other relevant intergovernmental organisations, including UNCTAD, and through appropriate regional and bilateral channels, to provide strengthened and adequately resourced assistance to respond to these needs. In the period until the Fifth Session, further work in the Working Group on the Interaction between Trade and

dell'impossibilità di trovare una base di discussione condivisa nel corso della stessa, il progetto fu tuttavia sospeso nel 2004¹¹⁹.

L'insuccesso del progetto sopra descritto mostra chiaramente le difficoltà esistenti nell'amalgamare tra loro approcci e normative differenti, anche in considerazione dei diversi gradi di sviluppo economico esistenti tra i vari paesi¹²⁰. A ciò si aggiunga la tradizionale reticenza degli Stati Uniti, i quali – a differenza dell'Unione, che sin dagli inizi aveva espresso chiaramente il proprio favore nei confronti di un approccio multilaterale, da svilupparsi in seno all'OMC¹²¹ – non hanno mai fatto mistero della loro preferenza verso una forma d'integrazione basata principalmente su accordi di carattere bilaterale¹²².

Competition Policy will focus on the clarification of: core principles, including transparency, non-discrimination and procedural fairness, and provisions on hardcore cartels; modalities for voluntary cooperation; and support for progressive reinforcement of competition institutions in developing countries through capacity building. Full account shall be taken of the needs of developing and least-developed country participants and appropriate flexibility provided to address them”.

¹¹⁹ Cfr. OMC, decisione del Consiglio generale, dell'1 agosto 2004, WT/L/579: “[r]elationship between Trade and Investment, Interaction between Trade and Competition Policy and Transparency in Government Procurement: the Council agrees that these issues, mentioned in the Doha Ministerial Declaration in paragraphs 20-22, 23-25 and 26 respectively, will not form part of the Work Programme set out in that Declaration and therefore no work towards negotiations on any of these issues will take place within the WTO during the Doha Round”.

¹²⁰ Cfr. A. T. GUZMAN, *Is International Antitrust Possible*, in *New York University Law Review*, 73, 1998, p. 1505.

¹²¹ Cfr. comunicazione della Commissione al Consiglio, del 18 giugno 1996, Verso un quadro internazionale di regole in materia di concorrenza, COM(1996)284 def. Nonostante i risultati negativi conseguiti dalla Conferenza ministeriale di Cancún, la Commissione non smise di supportare il progetto di un accordo multilaterale in materia di concorrenza da adottarsi in seno all'OMC, sottolineando come tale risultato potesse essere perseguito anche tra un numero ristretto di Stato membri, secondo un modello di cooperazione rafforzata. Cfr. comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, Riapertura dei negoziati sull'Agenda di sviluppo di Doha – La prospettiva UE, COM(2003)734 def., p. 12: “[n]el tentativo di costruire un fondamento pratico per il lavoro dell'OMC sui temi di Singapore [tra cui la concorrenza, oltre che gli investimenti, la facilitazione degli scambi e la trasparenza degli appalti pubblici] l'UE dovrebbe [...] partire dal presupposto che rimane auspicabile discutere tutti i quattro temi in oggetto nell'ambito di una singola agenda. Se tuttavia, come appare probabile, si dimostrerà difficile raggiungere un accordo sulle modalità all'interno di un singolo negoziato, allora l'OMC dovrà trovare un modo per affrontare queste materie su altre basi. L'UE dovrebbe perciò esplorare senza pregiudiziali la possibilità che alcuni membri dell'OMC vedano accolto il proprio desiderio di partecipare ai

Iniziative finalizzate a sviluppare un maggiore coordinamento e una convergenza legislativa minima tra ordinamenti differenti, secondo un modello multilaterale, sono state sviluppate anche nell'ambito di organizzazioni diverse dall'OMC. Un codice organico di norme e principi comuni antitrust è stato adottato, sin dal 1980, in seno all'UNCTAD, e da allora costantemente aggiornato¹²³.

Sulla stessa linea, anche l'OCSE¹²⁴ ha sviluppato raccomandazioni e linee guida volte a stimolare la cooperazione interstatale e un'uniformità di base a livello normativo.

negoziati sui temi di Singapore e accettare che altri non vi prendano parte o si ritirino esplicitamente dai negoziati. La Comunità dovrebbe pertanto considerare strettamente nel merito ognuno dei quattro temi, senza insistere ulteriormente perché tutti vengano trattati in modo identico qualora non esista una posizione unitaria. Dovrebbe esplorare la possibilità di negoziare alcuni o eventualmente tutti i temi di Singapore al di fuori del singolo progetto dell'agenda di Doha, in misura proporzionata alla partecipazione ai negoziati e accettando che i risultati finali vengano adottati su base volontaria da parte dei soli membri interessati. Alla luce di quanto precede, la Commissione dovrà valutare, sulla base del livello di interesse e del numero di paesi che intendono partecipare, se tali negoziati possano effettivamente fornire valore aggiunto. Inoltre, nella misura in cui l'attuazione degli impegni futuri resterà un problema reale per i paesi in via di sviluppo, in particolare per i più deboli, la Comunità e altri partner dovranno continuare ad assegnare la massima priorità all'assistenza tecnica e agli aiuti allo sviluppo in questi campi. L'esplorazione di questo approccio rappresenta probabilmente l'unico modo per sviluppare regole sui temi di Singapore, accettando la possibilità che non tutti i membri siano pronti ad adottare questa posizione già ora o nel prossimo futuro. Sembra inoltre l'unico modo per consentire l'avvio dei negoziati su questi temi eliminando, una volta per tutte, la falsa logica secondo la quale l'UE dovrebbe in qualche modo "pagare" per questi temi".

¹²² Cfr. T. CALVANI, *Devolution and Convergence in Competition Enforcement*, in *European Competition Law Review*, 24, 9, 2003, p. 418; A. BURNSIDE, H. CROSSLEY, *Co-operation in competition: a new era?*, in *European Law Review*, 30, 2, 2005, p. 256.

¹²³ Cfr. UNCTAD, *Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices*, adottato dall'Assemblea Generale dell'ONU con Risoluzione 35/63, del 5 dicembre 1980, disponibile sul sito internet dell'UNCTAD, all'indirizzo URL <http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/CPSet/cpset.htm>.

¹²⁴ L'OCSE è stata istituita con la Convenzione sull'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economici, firmata il 14 dicembre 1960. Alla data attuale, ne fanno parte 31 Paesi (nello specifico, Australia, Austria, Belgio, Canada, Cile, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Giappone, Gran Bretagna, Grecia, Irlanda, Islanda, Italia, Lussemburgo, Messico, Norvegia, Nuova Zelanda, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Repubblica Ceca, Repubblica di Corea, Repubblica Slovacca, Spagna, Stati Uniti, Svezia, Svizzera, Turchia e Ungheria.). L'organizzazione mantiene stretti contatti con oltre 70 paesi non

Iniziative simili, forse quelle di maggiore successo alla data attuale, sono rinvenibili altresì in seno all'ICN¹²⁵, la quale raggruppa circa 104 autorità di concorrenza, di 92 giurisdizioni differenti, e si pone attualmente come un foro d'eccellenza per la condivisione di differenti modelli ed esperienze di enforcement antitrust.

Ai fini che qui interessano, è sufficiente osservare come, rispetto al (fallito) progetto sviluppatosi in seno all'OMC, le attività delle predette organizzazioni scontino una debolezza intrinseca, poiché indirizzate esclusivamente verso la redazione di mere raccomandazioni e regole non vincolanti, la cui applicazione è dunque rimessa alla volontà di ciascuno Stato, ed è inoltre priva di forme di controllo giurisdizionale.

membri (che possono partecipare come osservatori ai lavori dei Comitati o a determinati programmi), nonché con altri enti internazionali. La sede è a Parigi. Il massimo organo di decisione politica e strategica è il Consiglio, che si riunisce periodicamente a livello dei rappresentanti permanenti di ciascun paese membro. Vi è poi un Segretariato, suddiviso in Direzioni Generali, che funge da sostegno alle attività di circa 250 tra Comitati e Gruppi di lavoro, tra cui quello competente in materia di concorrenza. L'OCSE si finanzia grazie ai contributi dei paesi membri, i quali sono calcolati sulla base del PIL. Gli Stati Uniti sono il principale Stato contributore. Gli obiettivi dell'organizzazione sono supportare la crescita economica sostenibile, aumentare l'occupazione, innalzare il tenore di vita, mantenere la stabilità finanziaria, assistere lo sviluppo delle economie dei paesi non membri, contribuire alla crescita del commercio internazionale. Per maggiori informazioni, si rimanda al sito internet dell'OCSE, all'indirizzo URL http://www.oecd.org/home/0,2987,en_2649_201185_1_1_1_1_1,00.html.

¹²⁵ L'origine dell'ICN è da rinvenirsi nella costituzione, nel 1997, dell'International Competition Policy Advisory Committee (l'"ICPAC") ad opera del DOJ, al fine dello studio e dell'elaborazione di possibili proposte di azione con riferimento a tre differenti aspetti connessi all'internazionalizzazione del diritto antitrust: (i) le concentrazioni di carattere transnazionale, implicanti obblighi di notifica in una pluralità di giurisdizioni; (ii) la cooperazione tra autorità di differenti Stati in relazione ai fenomeni di cartello; (iii) l'interazione tra flussi commerciali e concorrenza. I lavori dell'IPAC si conclusero nel 2000, con la redazione di un report finale, ove venne sottolineata l'esigenza di creare un nuovo foro di discussione a livello internazionale (*Global Competition Initiative*), cui potessero partecipare, oltre che i rappresentanti degli Stati, anche soggetti privati, e che fosse idoneo a favorire lo sviluppo di una cultura antitrust comune, la progressiva convergenza delle diverse normative, e la collaborazione transnazionale a fini di enforcement. Copia integrale di tale report, unitamente a ulteriori informazioni in merito all'ICPAC, sono disponibili sul sito internet del DOJ, all'indirizzo URL <http://www.justice.gov/atr/icpac/finalreport.html>. L'iniziativa raccolse l'immediato supporto sia della Commissione sia dell'International Bar Association e, a seguito di un primo incontro informale tenutosi in Inghilterra, nel febbraio del 2001, tra 40 funzionari antitrust di differenti paesi, nell'ottobre dello stesso anno fu lanciato l'ICN. Inizialmente le autorità di concorrenza partecipanti erano 14. Alla data attuale, esse ammontano a circa 104, di 92 giurisdizioni differenti.

Esse hanno nondimeno il pregio di sapersi innestare con maggiore pragmatismo nel tessuto reale, il quale, in ragione delle differenze esistenti tra i diversi ordinamenti di concorrenza, e delle innumerevoli tradizioni giuridiche, probabilmente risulta ancora acerbo per l'adozione di un vero e proprio codice antitrust comune che sia vincolante per una pluralità di Stati.

(vii) Il programma di clemenza

I programmi di clemenza prevedono che un'impresa possa ottenere un beneficio, generalmente in termini di riduzione d'ammenda, ove la stessa denunci all'autorità antitrust competente la violazione alla quale essa ha preso parte, e fornisca gli elementi probatori necessari al fine di provare l'infrazione.

Si tratta, in sostanza, della variante antitrust dei meccanismi premiali già previsti in ambito penale per i collaboratori di giustizia.

Gli Stati Uniti furono il primo ordinamento a introdurre un programma di questa tipologia, nel 1978, ma inizialmente non ebbe particolare successo. Acquisì invece una rilevanza sempre maggiore a decorrere dal 1993, quando la sua struttura venne semplificata e resa maggiormente chiara, così da permettere alle imprese di valutare con un più elevato grado di certezza quali fossero le condizioni necessarie per beneficiare di uno sconto di ammenda¹²⁶.

La Commissione ha adottato il suo primo programma di clemenza nel 1996¹²⁷. Modifiche e variazioni sono state poi apportate nel 2002¹²⁸ e, infine, nel 2006¹²⁹.

La versione attualmente in vigore prevede che la prima impresa a fornire alla

¹²⁶ Cfr. S. HAMMOND, Assistant Attorney General del DOJ, *The evolution of criminal antitrust enforcement over the last two decades*, discorso tenuto in data 25 febbraio 2010 in occasione del 24° National Institute on White Collar Crime, Miami.

¹²⁷ Cfr. Comunicazione della Commissione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi d'intesa tra imprese, in *GU*, C 207 del 18 luglio 2006, p. 4 ss.

¹²⁸ Cfr. Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese, in *GU*, C 45 del 19 febbraio 2002, p. 3 ss.

¹²⁹ Cfr. Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, in *GU*, C 298 dell'8 dicembre 2006, p. 17 ss.

Commissione informazioni concernenti un possibile cartello, le quali (i) siano di per sé idonee a provare l'esistenza dell'infrazione, o, in ogni caso, (ii) sufficienti a condurre un'ispezione mirata, ha la possibilità di ottenere una piena immunità dall'ammenda che le sarebbe altrimenti inflitta¹³⁰. La domanda di *leniency* deve contenere un *set* minimo d'indicazioni relative al supposto illecito e ai soggetti coinvolti, fatto comunque salvo l'obbligo della parte di fornire tutti i dati rilevanti a sua disposizione, in un'ottica di piena e fattiva collaborazione. Tale atteggiamento di cooperazione nei confronti della Commissione deve perdurare per l'intera durata del procedimento.

L'impresa deve inoltre porre fine alla sua partecipazione al cartello immediatamente dopo il deposito della sua istanza di clemenza, non avere distrutto, celato o falsificato elementi probatori, e non avere informato soggetti terzi della sua istanza di *leniency*, se non altre autorità antitrust. La piena immunità non è comunque disponibile per quei soggetti che abbiano esercitato coercizione su altri affinché quest'ultimi prendessero parte all'infrazione¹³¹.

¹³⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, in *GU*, C 298 dell'8 dicembre 2006, p. 17 ss., punto 8: “[l]a Commissione concede l'immunità da qualsiasi ammenda, che le sarebbe altrimenti stata inflitta, a un'impresa che riveli la sua partecipazione a un presunto cartello avente ripercussioni negative sulla Comunità, se l'impresa in questione è la prima a fornire informazioni ed elementi probatori che consentano alla Commissione, a giudizio di questa, di: (a) effettuare un'ispezione mirata riguardo al presunto cartello, oppure (b) constatare una violazione dell'articolo 81 CE in correlazione con il presunto cartello”.

¹³¹ Cfr. Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, in *GU*, C 298 dell'8 dicembre 2006, p. 17 ss., punti 9, 12 e 13: “[p]er consentire alla Commissione di effettuare un'ispezione mirata ai sensi del precedente punto (8), lettera (a), l'impresa deve fornire alla Commissione le informazioni ed elementi probatori indicati qui di seguito, nella misura in cui, a giudizio della Commissione, questo non arrechi pregiudizio alle ispezioni: (a) una dichiarazione ufficiale comprendente, nella misura in cui i dati sono noti al richiedente al momento della presentazione della domanda - la descrizione particolareggiata del presunto accordo di cartello, inclusi per esempio gli scopi, le attività e il funzionamento, il prodotto o servizio che ne forma oggetto, l'ambito geografico, la durata e la stima dei quantitativi di mercato in questione, le date, i luoghi, il contenuto dei presunti contatti di cartello ed i partecipanti specifici e tutte le pertinenti spiegazioni inerenti agli elementi probatori forniti in appoggio alla domanda; - la denominazione e indirizzo della persona giuridica che presenta la domanda d'immunità e la denominazione e indirizzo di tutte le altre imprese che partecipano o hanno partecipato al presunto cartello; - il nome e cognome, la

Qualora la Commissione sia già in possesso d'informazioni concernenti l'ipotetico illecito – sia per effetto di una precedente domanda di clemenza, sia quale risultante di proprie indagini – l'impresa può comunque beneficiare di uno sconto di ammenda ove essa sia in grado di veicolare dati ulteriori che costituiscano un “valore aggiunto significativo”, in grado di rafforzare l'impianto probatorio.

La prima impresa a soddisfare tale condizione ha la possibilità di beneficiare di una riduzione di sanzione compresa tra il 30% e il 50%; la seconda tra il 20% e il 30%; le altre sino al 20%. La parte deve comunque rispettare gli obblighi in tema di collaborazione, cessazione dalla partecipazione all'illecito e distruzione, alterazione o celamento dei

funzione, l'indirizzo professionale e ove necessario l'indirizzo privato di tutte le persone che, a conoscenza del richiedente, sono o sono state implicate nel presunto cartello, comprese le persone implicate per conto del richiedente stesso; - l'indicazione delle altre autorità di concorrenza, all'interno e all'esterno dell'UE, alle quali il richiedente si è rivolto o intende rivolgersi in relazione al presunto cartello; nonché (b) gli altri elementi probatori riguardanti il presunto cartello dei quali il richiedente è in possesso o dispone al momento della presentazione della domanda, inclusi in particolare ogni altro elemento probatorio contemporaneo all'infrazione”; “per qualificarsi ai fini dell'immunità dall'ammenda devono essere soddisfatte in ogni caso tutte le seguenti condizioni. (a) L'impresa deve cooperare effettivamente, integralmente, su base continua e sollecitamente, dal momento in cui presenta la domanda e per tutto il corso del procedimento amministrativo della Commissione. Il che comporta quanto segue: - fornire prontamente alla Commissione tutte le pertinenti informazioni ed elementi probatori, riguardanti il presunto cartello, di cui l'impresa venga in possesso o di cui disponga; - restare a disposizione della Commissione per rispondere prontamente a ogni richiesta che possa contribuire a stabilire i fatti; - mettere a disposizione della Commissione, per i colloqui a scopo d'indagine, gli attuali (e se possibile gli ex) dipendenti e dirigenti; - non distruggere, falsificare o celare informazioni pertinenti o elementi probatori riguardanti il presunto cartello; - non far sapere di aver presentato la domanda né render nota nessuna parte del suo contenuto prima che la Commissione abbia inviato una comunicazione degli addebiti, a meno che non sia stato convenuto altrimenti. (b) L'impresa deve aver posto fine alla sua partecipazione al presunto cartello immediatamente dopo aver presentato la domanda, tranne per quanto, a giudizio della Commissione, sia ragionevolmente necessario allo scopo di preservare l'integrità delle ispezioni. (c) Al momento in cui intende presentare la domanda alla Commissione, l'impresa non deve aver distrutto, falsificato o celato elementi probatori riguardanti il presunto cartello né aver informato di voler presentare la domanda né aver reso nota nessuna parte del suo contenuto, tranne ad altre autorità garanti della concorrenza”; “un'impresa che abbia esercitato coercizione su altre imprese perché aderissero al cartello o continuassero a parteciparvi non può beneficiare dell'immunità dall'ammenda. Essa può tuttavia qualificarsi ai fini di una riduzione dell'ammenda, se soddisfa ai pertinenti requisiti e risponde a tutte le condizioni a tale scopo, indicate più oltre”.

documenti, già descritti sopra con riferimento alla piena immunità.

Ove l'impresa fornisca del materiale probatorio idoneo a estendere la portata dell'infrazione o la sua durata, la parte beneficerà di una immunità parziale con riferimento a tali nuovi fatti o periodi¹³².

Il programma europeo di clemenza, nel corso degli anni, si è dimostrato uno strumento

¹³² Cfr. Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, in *GU*, C 298 dell'8 dicembre 2006, p. 17 ss., punti 23-26: “[I]e imprese che rivelano la loro partecipazione a un presunto cartello avente ripercussioni negative sulla Comunità, ma che non soddisfano i requisiti indicati nella precedente parte II, possono eventualmente beneficiare di una riduzione dell'importo dell'ammenda, rispetto a quello che altrimenti sarebbe loro inflitto. Al fine di poter beneficiare di un simile trattamento, un'impresa deve fornire alla Commissione elementi probatori della presunta infrazione che costituiscano un valore aggiunto significativo rispetto agli elementi probatori già in possesso della Commissione. Inoltre, l'impresa deve soddisfare le condizioni cumulative indicate al punto (12), lettere (a), (b) e (c). Il concetto di “valore aggiunto” si riferisce alla misura in cui gli elementi probatori forniti rafforzano, per la loro stessa natura e/o per il loro grado di precisione, la capacità della Commissione di provare l'esistenza del presunto cartello. Nel procedere a tale valutazione, la Commissione ritiene di norma che elementi probatori documentali risalenti al periodo cui si riferiscono i fatti abbiano maggior valore rispetto a elementi probatori venuti ad esistenza successivamente. Gli elementi probatori direttamente legati ai fatti in questione vengono in genere considerati come più importanti di quelli che hanno solo un legame indiretto. Allo stesso modo, sul valore degli elementi probatori presentati influisce la misura in cui altre fonti li corroborano, il che è necessario per poterli ritenere affidabili come prove a carico delle altre imprese implicate nel caso: agli elementi probatori concludenti è attribuito maggior valore rispetto a elementi probatori quali le dichiarazioni, che devono essere corroborate in caso di contestazione. Nella decisione finale che adotta alla conclusione del procedimento amministrativo, la Commissione determina l'entità della riduzione dell'importo dell'ammenda di cui beneficerà l'impresa, rispetto a quello che altrimenti le sarebbe stato imposto. Rispettivamente per - la prima impresa che fornisca elementi probatori aventi un valore aggiunto significativo: riduzione del 30-50 %, - la seconda impresa che fornisca elementi probatori aventi un valore aggiunto significativo: riduzione del 20-30 %, - le altre imprese che forniscano elementi probatori aventi un valore aggiunto significativo: riduzione fino al massimo del 20 %. Al fine di definire il livello della riduzione all'interno di queste forcelle, la Commissione tiene conto della data in cui gli elementi probatori che soddisfano le condizioni menzionate al punto (24) le sono stati comunicati e del grado di valore aggiunto che detti elementi hanno rappresentato. Se l'impresa che chiede una riduzione dell'ammenda è la prima a presentare elementi probatori concludenti ai termini del punto (25), che serviranno alla Commissione per accertare altri fatti tali da accrescere la gravità o la durata dell'infrazione, la Commissione non terrà conto di questi elementi nel determinare l'importo di eventuali ammende da infliggere all'impresa che li ha forniti”.

di enforcement di grande utilità per la Commissione. Basti guardare le statistiche concernenti i casi di cartello sanzionati dalla Commissione tra il 1990 e il 2012, di cui all'Allegato 1, le quali mostrano un'impennata significativa proprio in seguito all'adozione del primo meccanismo di *leniency*, nel 1996. In particolare, i grafici mostrano come il numero di decisioni adottate passi da 10, con riferimento al periodo 1995-1999, a ben 30, negli anni 2000-2004¹³³, per poi attestarsi su un livello simile¹³⁴.

(viii) Le denunce

Ai sensi dell'art. 7 del regolamento (CE) 1/2003, le persone che dimostrino un legittimo interesse possono presentare una denuncia e chiedere alla Commissione di far cessare le condotte anticoncorrenziali oggetto della stessa in violazione dell'art. 101 o dell'art. 102 TFUE¹³⁵.

Ricorre un legittimo interesse ove i fatti riportati dal segnalante siano idonei a incidere sui suoi interessi¹³⁶. È il caso, ad esempio, di un cliente che informi la Commissione

¹³³ La prima applicazione del programma europeo di clemenza risale al 1998. Cfr. 1999/210/CE: decisione della Commissione, del 14 ottobre 1998, casi IV/F-3/33.708, *British Sugar Plc*, IV/F- 3/33.709, *Tate & Lyle Plc*, IV/F-3/33.710, *Napier Brown & Company Ltd*, IV/F-3/33.711, *James Budgett Sugars Ltd*.

¹³⁴ Per una trattazione maggiormente approfondita dell'istituto della clemenza, cfr. D. GERARD, S. GOODMAN, C. RIZZA, R. SCHULZ, M. SIRAGUSA, S. SORINAS, *Cartels and collusive behaviour: restrictive agreements and practices between competitors*, III, Leuven, 2012, p. 351 ss.

¹³⁵ Cfr. regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in *GU*, L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1 ss., art. 7: “[s]e la Commissione constatata, in seguito a denuncia o d’ufficio, un’infrazione all’articolo 81 o all’articolo 82 del trattato, può obbligare, mediante decisione, le imprese e associazioni di imprese interessate a porre fine all’infrazione constatata. [...]. Possono presentare una denuncia ai sensi del paragrafo 1 le persone fisiche o giuridiche che abbiano legittimo interesse e gli Stati membri”.

¹³⁶ Cfr. regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE, in *GU*, L 123 del 27 aprile 2004, p. 18 ss., art. 5(1); Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 del trattato CE, in *GU*, C 101 del 27 aprile 2004, p. 5 ss., punti 33 e 36: “[I]a qualifica formale di autore di una denuncia ai sensi dell’articolo 7, paragrafo 2 del regolamento 1/2003 è riservata alle persone giuridiche e fisiche che sono in grado di dimostrare di avere un legittimo interesse). Si considera che gli Stati membri abbiano un legittimo interesse per tutte le denunce che decidono di presentare”; “[...] le imprese (direttamente o tramite associazioni legittimate a

dell'esistenza di un possibile cartello a monte, in cui sia coinvolto anche un suo fornitore.

La segnalazione deve essere strutturata secondo il modulo C, allegato al regolamento (CE) 773/2004¹³⁷. Al denunciante, in particolare al fine di tutelarsi da eventuali azioni di ritorsione, è concessa la possibilità di richiedere che la propria identità non venga divulgata¹³⁸.

La Commissione non è obbligata ad aprire un procedimento a seguito di una segnalazione. Essa compie tale valutazione alla luce di una serie di elementi, tra cui

rappresentare i loro interessi) possono far valere un legittimo interesse se operano nel mercato rilevante o quando il comportamento denunciato è idoneo a ledere direttamente i loro interessi”.

¹³⁷ Cfr. regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE, in *GU*, L 123 del 27 aprile 2004, p. 18 ss., art. 5(1); Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 del trattato CE, in *GU*, C 101 del 27 aprile 2004, p. 5 ss., punti 29 e 31: “[u]na denuncia ai sensi dell’articolo 7, paragrafo 2, del regolamento 1/2003 può essere presentata esclusivamente per una presunta infrazione degli articoli 81 o 82 affinché la Commissione intervenga ai sensi dell’articolo 7, paragrafo 1, del regolamento 1/2003. Tutte le denunce ai sensi dell’articolo 7, paragrafo 2, del regolamento 1/2003 devono essere conformi al modulo C di cui all’articolo 5, paragrafo 1, del regolamento 773/2004, riportato in allegato a detto regolamento”; “[i]l modulo C richiede che i denuncianti forniscano informazioni esaurienti relativamente alla loro denuncia. Essi dovrebbero anche fornire copia della documentazione rilevante di cui possano ragionevolmente disporre e, per quanto possibile, indicare dove la Commissione potrebbe ottenere informazioni e documenti rilevanti di cui essi non possono disporre. In casi particolari, la Commissione può dispensare dall’obbligo di comunicare una parte delle informazioni previste dal modulo C (articolo 5, paragrafo 1, del regolamento 773/2004). La Commissione ritiene che questa possibilità possa, in particolare, contribuire ad agevolare le denunce da parte di associazioni di consumatori che, pur potendo presentare elementi di prova a sostegno della loro denuncia, non possono disporre di specifiche informazioni provenienti dalle imprese oggetto della denuncia”.

¹³⁸ Cfr. Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 del trattato CE, in *GU*, C 101 del 27 aprile 2004, p. 5 ss., punto 81: “[l]e persone che desiderano informare la Commissione di presunte infrazioni degli articoli 81 o 82 senza che la loro identità venga comunicata alle imprese a cui vengono mossi gli addebiti possono senz’altro contattare la Commissione. Questa è tenuta a rispettare la richiesta di anonimato dei suoi informatori, a meno che la loro richiesta di non essere identificati sia manifestamente infondata”.

l'interesse comunitario¹³⁹ e la fondatezza dei fatti allegati¹⁴⁰. È tuttavia tenuta ad assumere una decisione motivata al riguardo entro un termine ragionevole, e a comunicare la stessa al denunciante, il quale ha poi il diritto di impugnarla dinanzi alle giurisdizioni comunitarie¹⁴¹.

Ove la Commissione decida di proseguire con l'indagine, il segnalante beneficia di alcuni diritti in seno al procedimento. Ai sensi dell'art. 6 del regolamento (CE) 773/2004, esso ha la possibilità di ricevere copia non confidenziale della comunicazione degli addebiti,

¹³⁹ Cfr. Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 del trattato CE, in *GU*, C 101 del 27 aprile 2004, p. 5 ss., punti 41 e 45: *[s]econdo una giurisprudenza comunitaria costante, la Commissione on è tenuta ad aprire un'indagine su tutti i casi né, a maggior ragione, ad adottare una decisione ai sensi dell'articolo 249 del trattato CE sull'esistenza o meno di un'infrazione degli articoli 81 o 82, ma è legittimata ad assegnare diversi gradi di priorità alle denunce che le vengono presentate ed a fare riferimento all'interesse comunitario per determinare l'ordine di priorità da assegnare a tali denunce. Diverso è il caso in cui la denuncia rientra nell'ambito della competenza esclusiva della Commissione*"; *“[s]e giunge alla conclusione che un caso non presenta un interesse comunitario sufficiente a giustificare (ulteriori) indagini, la Commissione è legittimata a respingere una denuncia invocando tale motivo. Una simile decisione può essere presa sia prima di aprire un'indagine, sia dopo aver proceduto a degli accertamenti. Tuttavia la Commissione non è obbligata ad archiviare una denuncia per mancanza di interesse comunitario”*. Al fine della valutazione dell'interesse comunitario ad aprire un procedimento rileva anche la possibilità per il denunciante di far valere i propri diritti dinanzi al giudice nazionale. Cfr. Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 del trattato CE, in *GU*, C 101 del 27 aprile 2004, p. 5 ss., punto 47, primo *bullet*: *“[l]a Commissione può respingere una denuncia qualora il denunciante abbia la possibilità di far valere i suoi diritti promuovendo un'azione dinanzi ai giudici nazionali”*.

¹⁴⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 del trattato CE, in *GU*, C 101 del 27 aprile 2004, p. 5 ss., punto 47: *[c]ostituisce un motivo valido per respingere la denuncia il fatto che la stessa, pur soddisfacendo i requisiti di cui all'articolo 5 del regolamento 773/2004 e del modulo C, non dimostri in maniera sufficiente l'effettiva sussistenza dei fatti denunciati”*.

¹⁴¹ Cfr. Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 del trattato CE, in *GU*, C 101 del 27 aprile 2004, p. 5 ss., punto 60, 74 e 77: *“[l]a Commissione è tenuta a decidere in merito a una denuncia entro un termine ragionevole”*; *“[q]uando la Commissione respinge una denuncia con decisione ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento 773/2004 deve motivare la sua decisione conformemente all'articolo 253 del trattato CE, ossia in maniera adeguata all'atto in questione e tenendo conto delle circostanze di ciascun caso”*; *“[l]a decisione di rigetto di una denuncia è un atto impugnabile dinanzi alle giurisdizioni comunitarie”*.

e presentare delle osservazioni in merito. Ove lo si ritenga opportuno, al segnalante è anche concessa l'opportunità di esporre le proprie argomentazioni nel corso dell'audizione finale, di cui all'art. 27 del regolamento (CE) 1/2003¹⁴².

È fatta salva la possibilità per una persona fisica o giuridica di comunicare eventuali fatti anticoncorrenziali alla Commissione anche in assenza di un legittimo interesse. In tale caso, tuttavia, il denunciante non godrà dei benefici sopra descritti, quale il diritto a che la Commissione assuma una decisione motivata al riguardo, la possibilità di impugnare la stessa dinanzi al giudice dell'Unione, e la facoltà di partecipare al procedimento. La Commissione è comunque tenuta a trattare le informazioni pervenute secondo un principio di buona condotta della pubblica amministrazione¹⁴³.

B. Le ammende

Al fine di quantificare l'ammenda da irrogare per le violazioni *ex art.* 101 e 102 TFUE, la Commissione applica la metodologia enucleata nei propri Orientamenti¹⁴⁴.

¹⁴² Cfr. regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in *GU*, L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1 ss., art. 27; regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE, in *GU*, L 123 del 27 aprile 2004, p. 18 ss., art. 6: “[I]a Commissione, quando invia una comunicazione degli addebiti in merito ad una questione sulla quale ha ricevuto una denuncia, fornisce al denunciante una copia della versione non riservata della comunicazione e fissa il termine entro cui questi può presentare osservazioni scritte. All’occorrenza la Commissione può consentire ai denunciati di esprimersi nel corso dell’audizione delle parti destinatarie della comunicazione degli addebiti, qualora essi lo richiedano nelle loro osservazioni scritte”.

¹⁴³ Cfr. Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 del trattato CE, in *GU*, C 101 del 27 aprile 2004, p. 5 ss., punto 4: “[I]’altra possibilità è la comunicazione di informazioni sul mercato, che non devono soddisfare i requisiti richiesti per la presentazione di denunce ai sensi dell’articolo 7, paragrafo 2, del regolamento 1/2003. A tal fine, la Commissione ha creato un apposito sito web per raccogliere informazioni dai cittadini, dalle imprese e dalle loro associazioni che desiderino informare la Commissione di presunte violazioni degli articoli 81 ed 82. Queste informazioni possono dare avvio ad un’indagine della Commissione”.

¹⁴⁴ Cfr. Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell’articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, in *GU*, C 210 dell’1 settembre 2006, p. 2 ss., i quali hanno sostituito i precedenti Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell’articolo 15,

Il primo passo consiste nell'identificare il valore delle vendite di beni e servizi, afferenti al mercato oggetto dell'infrazione, effettuate dall'impresa interessata nell'ambito dello Spazio economico europeo (lo "SEE") nel corso dell'ultimo anno di violazione (il valore delle vendite)¹⁴⁵. Qualora tale anno non sia indicativo, a causa, ad esempio, di una fluttuazione anomala delle vendite, o in considerazione di altre specifiche circostanze, la Commissione può utilizzarne uno differente¹⁴⁶, oppure prendere a riferimento la media di più anni¹⁴⁷.

paragrafo 2, del regolamento n. 17 e dell'articolo 65, paragrafo 5, del trattato CECA, in *GU*, C 9 del 14 gennaio 1998, p. 3 ss.

¹⁴⁵ Cfr. Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, in *GU*, C 210 dell'1 settembre 2006, p. 2 ss., punto 13: “[a]l fine di determinare l'importo di base dell'ammenda da infliggere, la Commissione utilizzerà il valore delle vendite dei beni o servizi, ai quali l'infrazione direttamente o indirettamente si riferisce, realizzate dall'impresa nell'area geografica interessata all'interno dello Spazio economico europeo (SEE). In linea di massima la Commissione prenderà come riferimento le vendite realizzate dall'impresa nell'ultimo anno intero in cui questa ha partecipato all'infrazione (di seguito «il valore delle vendite»)”.

¹⁴⁶ Cfr. decisione della Commissione, del 7 ottobre 2009, caso COMP/39.129, *Trasformatori di potenza*, punto 227: “[t]he Commission will normally use the sales made by the undertaking during the last full business year of its participation in the infringement. However, the Commission intends to use in this Decision, as already indicated in its Statement of Objections, the sales figures of the year 2001 due to the fact that on 1 October 2002 the Japanese producers Hitachi, Fuji and Toshiba transferred their respective power transformer businesses into the then created joint ventures JAEPS and TM T&D”.

¹⁴⁷ Cfr. decisione della Commissione, del 28 gennaio 2009, caso COMP/39.406, *Tubi marini*, punto 422: “[t]he Commission will normally use the sales made by the undertaking during the last full business year of its participation in the infringement. However, given the volatility of annual sales in this case, it appears more appropriate to use the average sales of the last three years before the end of the infringement”; decisione della Commissione, dell'8 luglio 2009, caso COMP/39.401, *E.ON-GDF*, punti 350-353: “[c]onformément au point 13 des lignes directrices pour le calcul des amendes, la Commission utilisera normalement les ventes réalisées par les parties durant la dernière année complète de leur participation à l'infraction pour déterminer le montant de base de l'amende. [...]. Dans la présente décision, en ce qui concerne les ventes réalisées en France, la Commission prend exceptionnellement en compte la moyenne des ventes concernées par l'infraction pour calculer le montant de base de l'amende. Ce calcul semble en effet justifié dans les circonstances très particulières de l'espèce, les ventes concernées en France ayant augmenté au cours de cette période à un rythme largement supérieur à celui qui caractérise une croissance normale du marché au fil des ans en raison de la législation applicable, qui a permis à un nombre plus élevé et à des catégories plus nombreuses de clients de devenir éligibles au cours de la période d'infraction, à la suite de l'ouverture progressive du marché. Dans ces

Ove l'infrazione abbia una dimensione più ampia rispetto allo SEE, e il fatturato rilevante generato dalle imprese interessate in seno ad esso non rifletta adeguatamente il peso avuto da ciascuna di queste nell'illecito, la Commissione può derivare il valore iniziale da utilizzarsi al fine del calcolo dell'ammenda applicando la quota di mercato detenuta dalle parti nel più vasto ambito geografico della violazione alle vendite aggregate realizzate dalle predette imprese nello SEE. (Si prenda, ad esempio, il caso di un accordo di cartello volto alla ripartizione del mercato, il quale preveda che a un soggetto sia allocato il territorio dell'Unione e all'altro concorrente un'area geografica differente. Utilizzando il criterio usuale, il valore delle vendite di quest'ultima impresa sarebbe chiaramente prossimo allo zero, e l'ammenda così calcolata assai esigua, nonostante la sua piena partecipazione all'infrazione).

Alla somma risultante è dunque applicata una percentuale che può arrivare sino al 30% (coefficiente di gravità). Quest'ultima è determinata alla luce di una serie di parametri, quale la quota di mercato aggregata detenuta dalle imprese partecipanti alla violazione, l'estensione geografica di quest'ultima, la circostanza che l'infrazione sia stata effettivamente implementata. Il valore della predetta percentuale, nei casi di cartello, si attesterà sui livelli più alti¹⁴⁸.

La somma così ottenuta è dunque moltiplicata per il numero di anni di durata

circumstances, si ce calcul se fondait sur la dernière année complète de l'infraction, comme le prévoient les lignes directrices pour le calcul des amendes, la valeur des ventes concernées en France pour la période totale de l'infraction serait largement surestimée, à un point tel qu'elle ne pourrait plus être considérée comme représentative. La Commission estime donc qu'un calcul tel que décrit ci-dessus donne une meilleure indication du degré de gravité de l'amende et est donc plus approprié en l'espèce".

¹⁴⁸ Cfr. Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, in *GU*, C 210 dell'1 settembre 2006, p. 2 ss., punti 22-23: “[p]er decidere se la proporzione del valore delle vendite da prendere in considerazione in un determinato caso debba situarsi sui valori minimi o massimi all'interno della forcella prevista, la Commissione terrà conto di un certo numero di fattori, quali la natura dell'infrazione, la quota di mercato aggregata di tutte le imprese interessate, l'estensione geografica dell'infrazione e se sia stata data attuazione o meno alle pratiche illecite. Per la loro stessa natura, gli accordi orizzontali di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazione della produzione, che sono generalmente segreti, costituiscono alcune delle più gravi restrizioni della concorrenza. Nell'ambito della politica di concorrenza essi saranno severamente sanzionati. In generale, pertanto, la proporzione del valore delle vendite considerata per le infrazioni di questo tipo si situerà sui valori più alti previsti”.

dell'infrazione (la durata). Alla cifra risultante è inoltre sommato un importo compreso tra il 15% e il 25% del valore delle vendite, come inizialmente identificato (l'*entry fee*). Tale percentuale è fissata sulla base dei medesimi parametri utilizzati con riferimento al coefficiente di gravità¹⁴⁹.

All'importo di base così calcolato sono poi apportati degli adeguamenti alla luce delle possibili circostanze aggravanti (recidiva, rifiuti di collaborazione, coercizione) e attenuanti (immediata cessazione dell'attività illecita, mera negligenza, partecipazione marginale, collaborazione al di fuori del programma di clemenza, e autorizzazione o incoraggiamento da parte di autorità pubbliche).

L'importo dell'ammenda può inoltre essere incrementato al fine di garantire un sufficiente effetto deterrente, in considerazione della dimensione dell'impresa e/o del profitto ottenuto grazie alla partecipazione all'illecito (coefficiente di deterrenza)¹⁵⁰.

Alla somma che ne risulta è poi applicato il *cap* del 10% del fatturato totale generato dal soggetto sanzionato nel corso dell'anno finanziario precedente¹⁵¹. Infine, si scontano le

¹⁴⁹ Cfr. Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, in *GU*, C 210 dell'1 settembre 2006, p. 2 ss., punto 25: “*a prescindere dalla durata della partecipazione di un'impresa all'infrazione, la Commissione inserirà nell'importo di base una somma compresa fra il 15 % e il 25 % del valore delle vendite definito nella sezione A al fine di dissuadere ulteriormente le imprese dal prendere parte ad accordi orizzontali di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazione della produzione. Essa può applicare tale importo supplementare anche ad altre infrazioni. Per decidere la proporzione del valore delle vendite da considerare in un determinato caso, la Commissione terrà conto di un certo numero di fattori, fra cui in particolare quelli indicati al punto 22*”.

¹⁵⁰ Cfr. Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, in *GU*, C 210 dell'1 settembre 2006, p. 2 ss., punto 30: “[I]a Commissione presterà particolare attenzione all'esigenza di garantire l'effetto sufficientemente dissuasivo delle ammende; a tal fine essa può aumentare l'ammenda da infliggere alle imprese che abbiano un fatturato particolarmente grande aldilà delle vendite dei beni e servizi ai quali l'infrazione si riferisce. La Commissione terrà inoltre conto della necessità di aumentare la sanzione per superare l'importo degli utili illeciti realizzati tramite l'infrazione, qualora la stima di tale importo sia possibile”.

¹⁵¹ Cfr. Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, in *GU*, C 210 dell'1 settembre 2006, p. 2 ss., punto 32: “[I]l'importo finale dell'ammenda da infliggere a ciascuna impresa e associazione d'impresa che ha partecipato all'infrazione non deve in ogni caso superare il 10 % del fatturato totale realizzato nel corso dell'esercizio sociale precedente, come stabilito all'articolo 23, paragrafo 2, del regolamento (CE) n.

eventuali riduzioni di ammenda ai sensi del programma di clemenza¹⁵².

Se la cifra da ultimo ottenuta risulta comunque non proporzionata rispetto alla situazione finanziaria deficitaria dell'impresa, e la sua irrogazione rischia di determinare il fallimento della stessa e la perdita di valore dei relativi *asset*, la Commissione, anche alla luce di un contesto sociale ed economico particolare, può ulteriormente ridurre l'ammontare della sanzione applicando uno sconto per incapacità contributiva¹⁵³.

1/2003". Tale soglia si pone come espressione del principio di proporzionalità, quale sancito dall'art. 5 TUE, cui la Commissione si deve necessariamente attenere nella quantificazione dell'ammenda antitrust. Cfr. sentenza della Corte, del 22 maggio 2008, causa C-266/06 P, *Evonik Degussa GmbH c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-81 ss., punto 51; sentenza del Tribunale, del 5 aprile 2006, causa T-279/02, *Degussa AG c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-897 ss., punto 77. L'ammenda irrogata, in particolare, deve essere tale da (i) generare gli effetti di deterrenza (specifica e generale) che essa si propone ma, allo stesso tempo, (ii) non andare oltre quanto strettamente necessario al fine del raggiungimento di tale obiettivo. Essa, infine, in un'ottica di bilanciamento, (iii) non può essere eccessiva rispetto all'interesse perseguito. Si parla, al riguardo, di tre distinti criteri: idoneità, necessità e adeguatezza (o proporzionalità in senso stretto), rispettivamente. Cfr. C. BARNARD, *The substantive law of the EU: the four freedoms*, Oxford, 2010, pp. 171-172; M. LEGNAIOLI, *Le decisioni della Commissione europea a tutela della concorrenza e il sindacato di proporzionalità*, in *Foro Amministrativo – C.d.S.*, 4, 2011, p. 1096 ss.; R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, pp. 48-49; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, p. 109; F. RISSO, *Le intese anticoncorrenziali: prova, sanzioni e autorizzazioni in deroga*, in *Foro Amministrativo – C.d.S.*, 4, 2008, p. 1233 ss. Nello specifico, l'imposizione di una sanzione troppo elevata potrebbe compromettere l'operatività dell'impresa, rendendo nei fatti assai improbabile il pagamento integrale della somma. Al contrario, un'ammenda ponderata permette alla società di continuare a operare sul mercato e versare l'importo dovuto. Tale profilo sarà meglio analizzato sotto, alla sezione 2.C. In un'ottica di private enforcement, la necessità di limitare l'importo massimo della sanzione è inoltre strumentale al mantenimento, in seno alla società, di un livello di risorse interne sufficiente a permettere il risarcimento dei danni eventualmente subiti da soggetti terzi, ove gli stessi volessero agire dinanzi al giudice nazionale a tal fine.

¹⁵² Cfr. quanto già detto sopra, alla sezione 2.A.(vii).

¹⁵³ Cfr. Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, in *GU*, C 210 dell'1 settembre 2006, p. 2 ss., punto 35: "[i]n circostanze eccezionali la Commissione può, a richiesta, tener conto della mancanza di capacità contributiva di un'impresa in un contesto sociale ed economico particolare. La Commissione non concederà alcuna riduzione di ammenda basata unicamente sulla constatazione di una situazione finanziaria sfavorevole o deficitaria. Una riduzione potrebbe essere concessa soltanto su presentazione di prove oggettive dalle quali risulti che l'imposizione di un'ammenda, alle condizioni fissate dai presenti orientamenti, pregiudicherebbe irrimediabilmente la redditività economica dell'impresa e

In ultimo, la Commissione ha comunque la possibilità di dipartire dalla metodologia di calcolo di cui alla sua Comunicazione, ove circostanze specifiche lo richiedano¹⁵⁴. In tale caso, tuttavia, essa è comunque tenuta a fornire un'adeguata motivazione¹⁵⁵.

Al fine di generare un maggiore effetto di deterrenza, nel corso degli ultimi anni la Commissione ha progressivamente innalzato il livello delle proprie ammende. Come evidenziato dalla tabella di cui all'Allegato 2, l'importo totale delle sanzioni irrogate nei casi di cartello nel quinquennio 2005-2009 è quasi triplicato rispetto al periodo 2000-2004, e risulta addirittura 32 volte superiore rispetto a quello del 1995-1999¹⁵⁶. Si noti, poi, che ben 9

priverebbe i suoi attivi di qualsiasi valore". La Commissione, in concomitanza con l'attuale periodo di crisi economica che ha interessato l'economia mondiale, ha fatto uso di tale potere più volte. Cfr., ad esempio, decisione della Commissione, del 28 marzo 2012, caso COMP/39.452, *Ferramenta per finestre*; decisione della Commissione, del 7 dicembre 2011, caso COMP/39.600, *Compressori per frigoriferi*; decisione della Commissione, del 20 luglio 2010, caso COMP/38.866, *Fosfati per mangimi*; decisione della Commissione, del 30 giugno 2010, caso COMP/38.344, *Acciaio per precompresso*; decisione della Commissione, del 23 giugno 2010, caso COMP/39.092, *Ceramiche sanitarie e rubinetteria*. Nello specifico, in *Ceramiche sanitarie e rubinetteria*, la Commissione ha concesso una riduzione d'ammenda del 50% a tre imprese, e del 25% ad altre due; in *Acciaio precompresso*, gli sconti di sanzione sono ammontati a 25%, 50% e 75%, rispettivamente; in *Fosfati per mangimi*, l'ammenda di un'impresa è stata ridotta del 70%. Un singolo sconto di sanzione è stato applicato anche nel caso *Compressori per frigoriferi*. Una riduzione del 45% è stata infine concessa in *Ferramenta per finestre*. (Dati aggiornati al 31 marzo 2012). La differenza nelle percentuali di riduzioni riflette la diversa valutazione operata dalla Commissione in merito alle reali difficoltà finanziarie delle imprese. Cfr. altresì quanto già detto in tema di proporzionalità alla nota 151, applicabile anche in relazione al punto 35 degli Orientamenti di cui trattasi.

¹⁵⁴ Cfr. Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, in *GU*, C 210 dell'1 settembre 2006, p. 2 ss., punto 37: "[n]onostante i presenti orientamenti espongano la metodologia generale per la fissazione delle ammende, le specificità di un determinato caso o la necessità di raggiungere un livello dissuasivo possono giustificare l'allontanamento da tale metodologia o dai limiti fissati al punto 21".

¹⁵⁵ Cfr. sentenza del Tribunale, del 29 aprile 2004, *Tokai Carbon e altri c. Commissione*, cause riunite T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, in *Racc.*, p. II-1181 ss., punto 352; sentenza del Tribunale, del 19 marzo 2003, causa T-213/00, *CMA CGM e altri c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-913, punto 271. Cfr. anche C. GRAVE, J. NYBERG, *Zahlungsunfähigkeit eines Unternehmens (inability to pay) in der Bußgeldbemessung durch die Europäische Kommission*, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, 10, 2011, p. 926 ss.

¹⁵⁶ Tale incremento, quantomeno per quanto attiene alla comparazione tra gli anni 1995-1999 e i successivi periodi, è in parte dovuto anche all'aumento dei procedimenti aperti dalla Commissione. Cfr. tabella di

delle 10 maggiori ammende mai comminate dalla Commissione a singole imprese, sempre in relazione a casi di cartello, sono concentrate negli ultimi 6-7 anni¹⁵⁷. Sul punto, cfr. l'Allegato 3.

C. I limiti in un'ottica di deterrenza

Gli strumenti e i poteri d'indagine descritti alle sezioni precedenti, sebbene certamente fondamentali al fine di accertare l'esistenza di una possibile infrazione antitrust, presentano nondimeno delle deficienze in un'ottica di deterrenza.

Come descritto, l'impiego delle richieste di informazioni e delle ispezioni presuppone che la Commissione sia già in possesso di alcuni elementi d'illecito, non essendone ammesso un uso di carattere esplorativo. Tale limite si pone come espressione del principio generale di proporzionalità, e risponde altresì all'esigenza di evitare comportamenti arbitrari in sede investigativa da parte della Commissione. Allo stesso tempo, tuttavia, esso riduce inevitabilmente la capacità d'intercettare le infrazioni in mancanza di un previo indizio.

A ciò si aggiungono poi dei profili minori, quali la mancata previsione di sanzioni, quantomeno a livello dell'ordinamento dell'Unione, per le persone fisiche che forniscono alla Commissione informazioni inesatte o fuorvianti nel corso delle indagini, aumentando così il pericolo che taluni elementi probatori possano rimanere celati, o essere veicolati in maniera distorta.

Le stesse denuncie, essendo rimesse alla mera volontà di soggetti terzi – i quali, peraltro, si trovano spesso nell'impossibilità di raccogliere un *set* informativo esauriente – non possono che avere uno spettro di utilizzo ridotto.

Il tutto in un contesto ove i soggetti collusi pongono sempre maggiore attenzione a non lasciare traccia della loro attività illecita, rendendo il reperimento delle informazioni rilevanti alquanto difficoltoso¹⁵⁸. Talune tipologie di documenti, peraltro, sono spesso distrutte su base periodica, in conformità con le *retention policy* adottate internamente dalle società¹⁵⁹.

cui all'Allegato 1.

¹⁵⁷ Cfr. tabella di cui all'Allegato 2.

¹⁵⁸ Cfr. F. GHEZZI, *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust: l'utilizzo dei leniency programs nella lotta contro cartelli e intese hard core*, in *Concorrenza e mercato*, 10, 2002, p. 240.

¹⁵⁹ Ne fanno eccezione i documenti di rilevanza fiscale, i quali devono essere conservati per un dato periodo nell'eventualità di accertamenti.

I predetti limiti appaiono solo in parte suppliti dal programma di clemenza. Da una parte, è certamente vero che il ricorso a tale strumento ha assunto sempre maggiore rilevanza nel corso degli ultimi anni. D'altra parte, tuttavia, i dati statistici a disposizione, qui riportati nell'Allegato 1, mostrano come il numero d'infrazioni di cartello – ossia la tipologia di violazione di maggiore gravità, sulla quale la Commissione ha investito una parte rilevante delle proprie risorse – sanzionati a livello europeo nel corso del periodo 2005-2009, pari a 33, tenda ad essere sostanzialmente in linea con quello del quinquennio antecedente, compreso tra il 2000 e il 2004, equivalente a 30. L'incremento, dunque, risulta essere stato minimo. (I cartelli oggetto di decisione finale nel lasso temporale fra il 2010 e il giugno 2012 sono stati 15, in media con il decennio precedente). Questo anche alla luce di un limite fisiologico della Commissione in termini di risorse a disposizione, dal quale deriva l'impossibilità da parte della stessa di perseguire in contemporanea un numero elevato d'infrazioni antitrust¹⁶⁰.

Ne risulta una situazione di sostanziale immobilità, ove la Commissione, nonostante i poteri d'indagine maggiormente penetranti introdotti con il regolamento (CE) 1/2003 e un ampio utilizzo del programma di clemenza, non pare essere stata in grado d'incrementare progressivamente il numero d'infrazioni sanzionate, mantenendo una media di non più di 6-7 provvedimenti di condanna all'anno per violazioni di cartello. Un numero probabilmente insufficiente al fine di creare nelle imprese la percezione di un rischio reale di essere scoperte e condannate, ingenerando così un concreto effetto dissuasivo.

Al riguardo, si faccia riferimento anche alle stime elaborate da taluni studi, i quali evidenziano come la probabilità che un'intesa orizzontale in violazione della normativa europea di concorrenza rimanga impunita ammonti quantomeno all'80%¹⁶¹.

¹⁶⁰ Si noti, poi, come il successo del programma europeo di clemenza non possa che dipendere anche (i) dalla probabilità di essere scoperti (ove il rischio di essere sanzionati mediante un'azione autonoma della Commissione sia limitato, infatti, anche lo stimolo ad autodenunciarsi si riduce), e (ii) dalla gravità della sanzione prevista (l'impulso a confessare al fine d'ottenere una piena immunità, o comunque una qualche forma di beneficio, è certamente influenzato e tendenzialmente proporzionale all'entità della possibile pena). Entrambi gli elementi di cui ai punti (i)-(ii), tuttavia, come evidenziato, appaiono limitati in seno all'ordinamento dell'Unione.

¹⁶¹ Cfr. E. COMBE, C. MONNIER, R. LEGAL, *Cartels: the probability of getting caught in the European Union*, Bruges, 2008; J. M. CONNOR, *Price-fixing overcharges, legal and economic evidence*, in *Research in Law and Economics*, 22, 2007, p. 59 ss.; F. GHEZZI, *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust: l'utilizzo dei leniency programs nella lotta contro cartelli e intese hard core*, in *Concorrenza e mercato*, 10, 2002, p. 247. Si veda anche lo studio svolto da P. E. BRYANT, E. E. WOODROW, *Price*

In tale contesto, l'apparato sanzionatorio assume dunque un ruolo centrale. In un'ottica di deterrenza ottimale, infatti, (i) il rischio che l'illecito venga alla luce e sanzionato e (ii) la gravità della pena comminabile sono elementi strettamente connessi l'uno con l'altro¹⁶², cosicché, quanto più limitato è il primo, come nel caso di specie, tanto maggiore dovrà essere la seconda¹⁶³.

L'“arsenale” a disposizione della Commissione, tuttavia, non appare pienamente idoneo a tal fine, per una serie di ragioni.

La sola ammenda per l'impresa, innanzitutto, rischia di non essere percepita come una minaccia sufficientemente grave per l'agente, posto che gli individui coinvolti nell'infrazione – ossia i soggetti che materialmente concepiscono e pongono in essere la violazione –

fixing: the probability of getting caught, in *The Review of Economics and Statistics*, 1991, p. 531 ss., ove i due Autori concludono come, nel sistema americano, ossia in un ordinamento dotato di strumenti d'indagine già all'epoca maggiormente penetranti rispetto a quelli attualmente a disposizione della Commissione, la probabilità di scoprire un illecito di cartello avente ad oggetto la fissazione del prezzo si aggiri intorno al 13-17%. Più in generale, occorre comunque osservare che la quantificazione del rischio che un illecito antitrust venga scoperto implica un calcolo particolarmente complesso, in quanto il numero totale d'infrazioni non è un dato disponibile, ma può solamente essere stimato in via indiretta. V. M. E. STUCKE, *Am I a price fixer? A behavioural economics analysis of cartels*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011, p. 267.

¹⁶² Cfr. OCSE, *Fighting hard core cartels: harm, effective sanctions and leniency programmes*, nota 12: “[s]anctions are not the only deterrent to cartel conduct, of course. The probability of detection is a related and important element”. Altro elemento che rileva nella decisione di un soggetto di partecipare a un illecito è naturalmente il livello di profitto atteso. Tale considerazione trova un riflesso anche negli stessi Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, in *GU*, C 210 dell'1 settembre 2006, p. 2 ss., punto 31: “[l]a Commissione terrà inoltre conto della necessità di aumentare la sanzione per superare l'importo degli utili illeciti realizzati tramite l'infrazione, qualora la stima di tale importo sia possibile”. Si tratta di un dato, tuttavia, che l'autorità di concorrenza non può influenzare, e su cui non ha dunque la possibilità d'incidere a fini di deterrenza, a differenza di quelli concernenti il rischio di essere scoperti e la gravità della sanzione.

¹⁶³ Cfr. M. MAGGIOLINO, *Il potere deterrente dei sistemi sanzionatori comunitario e nazionale e le riduzioni delle sanzioni antitrust*, in *Concorrenza e mercato*, 13-14, 2006, pp. 334-344, in particolare i grafici esemplificativi alle pp. 338-339. Cfr. anche quanto detto alla nota precedente.

rimangono comunque schermati da una qualsivoglia forma di responsabilità diretta¹⁶⁴. Certo, si potrebbe teorizzare che parte di tale *deficit* dissuasivo venga compensato dalle attività di controllo interno svolte dalla società stessa, finalizzate a verificare che *manager* e dipendenti agiscano effettivamente in conformità al diritto della concorrenza, così da evitare una eventuale sanzione in capo all'impresa. Tale osservazione, tuttavia, sconta due limiti: (i) le difficoltà connesse a un'attività di effettivo monitoraggio, in particolare all'interno di realtà aziendali complesse, costituite da numerose filiali e dipartimenti, dislocati anche in zone geografiche differenti; e (ii) la possibilità che siano i vertici stessi della società, ossia quei soggetti che dovrebbero provvedere e promuovere la creazione di un efficiente meccanismo di *compliance*, a voler attuare il piano collusivo illecito.

Posto che la pena assume una forma meramente pecuniaria, inoltre, non manca chi rileva come parte di essa risulti, quantomeno in taluni casi, suscettibile di essere traslata dall'impresa su soggetti terzi, mediante, ad esempio, un aumento del prezzo dei prodotti, con conseguente mitigazione dell'effetto dissuasivo connesso all'ammenda stessa.

In aggiunta ai rilievi di cui sopra, occorre poi osservare come l'importo della sanzione trovi un argine nella solvibilità del soggetto condannato, cosicché, anche a volere innalzare l'attuale limite edittale del 10% del fatturato di cui all'art. 23 del regolamento (CE) 1/2003¹⁶⁵, da numerosi Autori indicato come palesemente insufficiente a fini di deterrenza¹⁶⁶, essa non

¹⁶⁴ Fatta eccezione per possibili sanzioni disciplinari all'interno dell'impresa.

¹⁶⁵ Cfr. sopra, sezione 2.B.

¹⁶⁶ Cfr. F. GHEZZI, *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust: l'utilizzo dei leniency programs nella lotta contro cartelli e intese hard core*, in *Concorrenza e mercato*, 10, 2002, p. 285, ove l'Autore, teorizzando un cartello della durata di cinque anni, ove l'impresa abbia ottenuto dalla sua partecipazione all'illecito un vantaggio pari anche solo al 5% in termini di profitti, e stimando a circa il 14% il pericolo che l'infrazione possa essere intercettata, calcola che, a fini di deterrenza ottimale, l'ammontare della sanzione dovrebbe aggirarsi intorno ad un valore 18 volte superiore all'attuale massimo edittale del 10%. Nell'esempio qui descritto, è stato assunto, a fini conservativi, un beneficio per l'impresa del 5% in termini di profitto. Sul punto, tuttavia, si consideri che, al fine della quantificazione delle ammende antitrust nei casi di cartello aventi ad oggetto la fissazione del prezzo, le autorità di concorrenza statunitensi presumono che il vantaggio dal partecipare all'illecito ammonti almeno al 10%. Cfr. US Federal sentencing guidelines manual, capitolo 2, parte 2R11: "[i]t is estimated that the average gain from price-fixing is 10 percent of the selling price". Cfr. anche OCSE, *Fighting hard core cartels: harm, effective sanctions and leniency programmes*, 2002, p. 72: "cartel mark-up can vary significantly across cases, but in some it can be very large, as much as 50% or more". Le conclusioni cui giunge il predetto Autore sono in linea con altri studi. Cfr., in particolare, W. P. J. WILS, *Is criminalization of EU*

può comunque spingersi oltre un certo limite. Un'ammenda sproporzionata rispetto alla reale capacità contributiva dell'impresa, infatti, rischierebbe di condurre alla scomparsa di un operatore potenzialmente efficiente, determinando una lesione del meccanismo concorrenziale là dove la finalità perseguita dovrebbe esserne la tutela, rischiando, in aggiunta, di creare gravi ripercussioni sociali, ad esempio in termini occupazionali¹⁶⁷.

La società è dunque conscia del fatto che, anche ove essa fosse scoperta, possibilità in ogni caso limitata, come visto, le conseguenze cui si esporrebbe in linea di principio non potrebbero comunque essere così gravi da minarne alla radice la stabilità economica, e assumere i contorni di una “*corporate death penalty*”¹⁶⁸.

competition law the answer?, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, pp. 78-81, ove si stima che, in relazione ad un cartello della durata di 5 anni, in relazione al quale il vantaggio per i partecipanti si attesti a circa il 10% [in termini d'incremento di fatturato] e il rischio di essere scoperti sia quantificabile intorno al 33%, il livello della sanzione, al fine di generare una reale magnitudo dissuasiva, dovrebbe attestarsi ad un livello 15 volte superiore a quello del 10% del fatturato attualmente in vigore. (Le stime di cui sopra, tuttavia, si focalizzano solamente sul public enforcement, e assumono che l'effetto di deterrenza connesso al private enforcement sia nullo). Più in generale, cfr. OCSE, *Hard core cartels: third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation*, 2005, p. 26, ove si sottolinea come “*corporate sanctions in the form of fines are almost never sufficiently high to be an optimal deterrent*”. Cfr. anche P. MANZINI, *European Antitrust in Search of the Perfect Fine*, in *World Competition*, 1, 2008, p. 3 ss.

¹⁶⁷ Cfr. M. MAGGIOLINO, F. GHEZZI, *Crisi d'impresa e diritto antitrust*, in *Rivista delle società*, 2/3, 2011, p. 394. Cfr. anche quanto già detto alla sezione 2.B.

¹⁶⁸ Cfr. A. HAMDANI, A. KLEMENT, *Corporate crime and deterrence*, in *Stanford Law Review*, 61, 2, 2008, p. 277-278. Invero, il giudice comunitario ha chiarito che il fallimento di un'impresa quale conseguenza della sanzione ad essa irrogata non integra di per sé un risultato incompatibile con il diritto dell'Unione. Cfr. sentenza del Tribunale, del 29 aprile 2004, cause riunite T-236/01, T-239/01, da T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, *Tokai Carbon e altri c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-1181 ss., punto 372: “*il fatto che un provvedimento assunto da un'autorità comunitaria cagioni il fallimento ovvero la liquidazione di una determinata impresa non risulta vietato, in quanto tale, dal diritto comunitario*”. Cfr. anche sentenza del Tribunale, del 29 novembre 2005, causa T-64/02, *Hans Heubach c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-5137 ss., punto 163; sentenza della Corte, del 2 luglio 2002, causa C-499/99, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.*, p. I-6031 ss., punto 38; sentenza della Corte, del 15 gennaio 1986, causa 52/84, *Commissione c. Belgio*, in *Racc.*, p. 89 ss., punto 14. Cfr., inoltre, decisione della Commissione, dell'11 marzo 2008, caso COMP/38.543, *Servizi internazionali di trasloco*, punto 629: “[b]ien que les données fournies par Sirva montrent que l'entreprise connaît des difficultés financières sérieuses et bien que les

Taluni Autori, peraltro, sottolineano come un eccessivo innalzamento del livello delle ammende a fini di deterrenza rischierebbe d'ingenerare una progressiva trasformazione della natura delle stesse da amministrativa a penale¹⁶⁹, generando seri dubbi di legittimità in merito

activités de Sirva aux États-Unis fassent actuellement l'objet d'une procédure judiciaire de restructuration au titre du «Chapter 11», sa situation n'est pas critique au point de justifier, en soi, l'ajustement du montant de l'amende dont Sirva est tenue conjointement et solidairement responsable. Ce montant représente seulement 0,08 % du chiffre d'affaires total de Sirva en 2006". Sulla stessa linea, cfr. sentenza del Tribunale, del 19 marzo 2003, causa T-213/00, *CMA CGM e altri c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-913 ss., punto 351: "la Commissione non è minimamente obbligata a tener conto della situazione deficitaria di un'impresa ai fini della determinazione dell'importo dell'ammenda, considerato che ammettere un obbligo del genere si risolverebbe nel procurare un ingiustificato vantaggio concorrenziale alle imprese meno adeguate alle condizioni del mercato". Cfr. anche sentenza del Tribunale, del 5 ottobre 2011, causa T-11/06, *Romana Tabacchi c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Racc.*, punto 257; sentenza della Corte, del 10 maggio 2007, causa C-328/05 P, *SGL Carbon AG c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-3921 ss., punto 100; sentenza del Tribunale, del 29 aprile 2004, *Tokai Carbon e altri c. Commissione*, cause riunite T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, in *Racc.*, p. II-1181 ss., punto 370; sentenza del Tribunale, del 20 marzo 2002, causa T-23/99, *LR AF 1998 A/S c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-1705 ss., punto 308; sentenza del Tribunale, del 20 marzo 2002, causa T-9/99, *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG e altri c. Commissione*, in *Racc.*, II-1487 ss., punto 596; sentenza del Tribunale, del 19 maggio 1999, causa T-175/95, *BASF Lacke + Farben c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-1581 ss., punto 158; sentenza del Tribunale, dell'11 marzo 1999, causa T-141/94, *Thyssen Stahl c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-347 ss., punto 630. Cfr. anche C. GRAVE, J. NYBERG, *Zahlungsunfähigkeit eines Unternehmens (inability to pay) in der Bußgeldbemessung durch die Europäische Kommission*, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, 10, 2011, p. 926 ss.; C. LO SURDO, *Gli orientamenti per il calcolo delle ammende*, in A. CATRICALÀ, P. TROIANO, *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Padova, 2010, p. 445. Tale impostazione, tuttavia, pare semplicemente voler riflettere un atteggiamento precauzionale sul punto da parte delle istituzioni comunitarie. Nei fatti, la Commissione è ben conscia della necessità che il livello della sanzione non ecceda la capacità contributiva dell'impresa, al fine di preservare l'operatività di quest'ultima. Ne sono una riprova concreta i casi di applicazione del punto 35 degli Orientamenti per il calcolo delle ammende, sopra riportati alla nota 153.

¹⁶⁹ Anche alla luce della metodologia di calcolo delle sanzioni antitrust – si pensi all'uso delle circostanze attenuanti e aggravanti, all'istituto della recidiva, ma anche allo stesso programma di clemenza – l'AG Kokott, nelle sue conclusioni, del 3 luglio 2007, causa C-280/06, *AGCM c. ETI e altri*, in *Racc.*, p. I-10893 ss., punto 71, ha sottolineato che "dal carattere sanzionatorio delle misure adottate dalle autorità garanti della concorrenza per punire comportamenti anticoncorrenziali – in particolare dalle ammende – consegue che si tratta di un settore quantomeno affine al diritto penale". La natura penale delle ammende antitrust è stata invece chiaramente riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte europea. Cfr. sentenza della Corte europea, del 27 settembre 2011, n. 43509/08, *Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italia*;

ad un sistema di public enforcement come quello europeo, ove le sanzioni sono comminate dal medesimo soggetto che svolge le attività d'indagine, in una commistione tra i ruoli di accusa e giudice¹⁷⁰.

Da quanto detto, si evince come la mera ammenda rivolta alle imprese rischi dunque di essere uno strumento sanzionatorio di per sé non pienamente idoneo a garantire un concreto effetto di prevenzione nell'ambito del diritto europeo della concorrenza, in quanto misura non solo diretta verso un soggetto differente dalla persona fisica che commette materialmente l'illecito e, almeno in parte, suscettibile di essere traslata in capo a terzi, ma, anche in considerazione della limitata probabilità che l'illecito sia scoperto, altresì priva di un grado di elasticità tale da poter essere spinta sino ad un probabile livello di deterrenza ottimale.

sentenza della Corte europea, del 27 febbraio 1992, serie A n. 232-A, *Société Stenuit c. Francia*. Conclusione che deriva, tuttavia, da una nozione di reato particolarmente ampia (propria e unica della CEDU), in grado di attrarre “cases not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law”. Cfr. sentenza della Corte europea, del 23 novembre 2006, n. 73053/01, *Jussila c. Finlandia*, punto 43.

¹⁷⁰ Cfr. D. SLATER, S. THOMAS, D. WAELBROECK, *Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?*, Global Competition Law Centre Paper, Collegio d'Europa, Bruges, 2008; W. P. J. WILS, *The increased level of EU antitrust fines, judicial review, and the European Convention of Human Rights*, in *World Competition*, 33, 1, nota 1. In merito all'interazione tra diritti umani e penalizzazione del diritto antitrust, cfr. P. WHELAN, *Criminal cartel enforcement in the EU: avoiding a human rights trade-off*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011, pp. 217-235. Si noti, tuttavia, come la Corte europea, nella causa *Menarini*, abbia ritenuto che la concentrazione dei poteri d'indagine e sanzionatorio in capo ad un unico organo sia in linea di principio conforme all'art. 6 CEDU, a condizione che, in sede di ricorso, la sanzione pecuniaria irrogata possa poi essere sottoposta al pieno controllo, sia di merito che di legittimità, di un organo giudiziario. Cfr. sentenza della Corte europea, del 27 settembre 2011, n. 43509/08, *Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italia*. Rimane dunque da determinare se il sindacato del Tribunale in sede di ricorso avverso le decisioni antitrust della Commissione possa definirsi pieno, specialmente alla luce della più recente giurisprudenza, oppure sconti ancora quell'atteggiamento di *judicial deference* che per anni ha caratterizzato il giudice comunitario. Questione che si pone come ancor più rilevante nell'ottica del futuro accesso dell'Unione alla CEDU. Sul punto, cfr. T. BOMBOIS, *L'arrêt Menarini c. Italie de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Cahiers de Droit Européen*, 2, 2011, p. 541 ss.; D. BOSCO, *Du contrôle de pleine juridiction exercé sur les décisions des autorités de concurrence*, in *Contrats Concurrence Consommation*, 12, 2011, p. 19 ss.

3. Il public enforcement a livello nazionale

Come descritto sopra alla sezione 1., la competenza ad applicare gli artt. 101 e 102 TFUE è condivisa dalla Commissione con le singole autorità di concorrenza nazionali.

Dall'analisi degli apparati di public enforcement a disposizione di quest'ultime¹⁷¹, tuttavia, emerge come i rilievi, quanto a *deficit* di deterrenza, evidenziati con riferimento all'ordinamento dell'Unione si pongano, almeno in parte, anche a livello domestico.

Gli strumenti d'indagine previsti dagli ordinamenti nazionali e, in particolare, l'impiego del programma di clemenza, ormai introdotto in 26 Stati membri su 27, con l'eccezione di Malta, non sembrano pienamente idonei ad intercettare un numero d'illeciti sufficiente a ingenerare nell'agente la percezione di un rischio concreto di essere scoperto e punito.

Ciò è bene evidenziato dai dati statistici elaborati dall'ECN, di cui all'Allegato 4. Basti notare come le decisioni *ex art.* 101 e 102 TFUE adottate dalle autorità antitrust degli Stati membri nel corso degli ultimi anni siano un numero limitato. La media per singolo paese nel periodo compreso tra il 2004 e il 2011 è di circa 2,7.

Quanto al profilo sanzionatorio, si osserva altresì come in 11 ordinamenti nazionali su 27 (il Belgio, la Bulgaria, la Finlandia, la Lettonia, la Lituania, il Lussemburgo, Malta, i Paesi Bassi, il Portogallo, la Spagna e la Svezia) le violazioni del diritto della concorrenza siano punite con mere ammende rivolte alla sole imprese, circostanza che genera i medesimi dubbi, quanto a capacità dissuasiva, espressi sopra alla sezione 2.

Con riferimento ai restanti Stati membri, le cui legislazioni già contemplano delle misure penali, occorre inoltre sottolineare come quest'ultime siano spesso applicabili ai soli fenomeni di concertazione tra concorrenti in occasione di gare pubbliche e/o talune licitazioni private (c.d. *bid rigging*. Cfr. l'Austria, la Germania, l'Italia, la Polonia e l'Ungheria), e abbiano dunque una portata limitata. Più in generale, poi, anche ove prevista con riferimento alla fattispecie di cartello nel suo complesso, e quindi atta a intercettare un maggior numero di condotte, la sanzione penale stenta comunque a trovare una compiuta ed effettiva

¹⁷¹ Il regolamento (CE) 1/2003 non disciplina i poteri d'indagine a disposizione delle singole autorità nazionali di concorrenza, né specifica le tipologie di sanzioni che esse sono chiamate ad irrogare in relazione alle violazioni del diritto europeo della concorrenza. Tali profili sono regolati dalle normative nazionali, con il limite di una piena ed effettiva applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, ai sensi del principio di leale collaborazione di cui all'art. 4 TUE.

applicazione da parte dei giudici nazionali, specialmente per quanto attiene alle pene detentive.

La diversità normativa tra i diversi Stati membri, sopra descritta, pone tra l'altro delle difficoltà in termini di collaborazione tra autorità di concorrenza. Come già evidenziato, ai sensi dell'art. 12 del regolamento (CE) 1/2003, le informazioni scambiate in seno all'ECN possono essere utilizzate al fine d'imporre sanzioni in capo alle persone fisiche solamente ove l'ordinamento di destinazione e quello di origine prevedano (i) pene simili o (ii) il medesimo livello di tutela dei diritti di difesa dell'individuo in sede di raccolta delle prove. Nel caso in cui sia soddisfatta solamente quest'ultima condizione, non è possibile utilizzare il materiale probatorio veicolato al fine dell'imposizione di misure detentive¹⁷².

L'attuale frammentazione del quadro sanzionatorio – caratterizzato da misure di tipologia e natura differenti, circostanza che inevitabilmente si riflette anche sul livello di tutela garantito all'individuo in sede d'indagine¹⁷³ – determina dunque un impedimento alla condivisione delle informazioni e al loro utilizzo.

La mancanza di norme uniformi in tale contesto (i) può inoltre ostacolare il reciproco riconoscimento di decisioni e sentenze nei diversi Stati membri¹⁷⁴, e (ii) rischia altresì di determinare il sorgere di “zone franche”. Le imprese, in particolare quelle attive in una

¹⁷² Cfr. regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in *GU*, L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1 ss., art. 12(3): “[l]e informazioni scambiate a norma del paragrafo 1 possono essere utilizzate come mezzo di prova per comminare sanzioni a persone fisiche soltanto quando: il diritto dell'autorità che trasmette le informazioni prevede sanzioni di tipo analogo in caso di infrazione all'articolo 81 o all'articolo 82 del trattato o, in mancanza, le informazioni sono state raccolte in un modo che rispetta lo stesso livello di tutela dei diritti di difesa delle persone fisiche di quello previsto dalle norme nazionali dell'autorità che le riceve. In tal caso le informazioni scambiate non possono tuttavia essere utilizzate dall'autorità che le riceve per imporre sanzioni detentive”. Cfr. anche quanto già detto alla sezione 2.A.(vi)(a).

¹⁷³ La raccolta del materiale probatorio da parte di un'autorità nazionale al fine dell'imposizione di un'ammenda amministrativa (in particolare, ove questa sia rivolta esclusivamente all'impresa) tenderà a essere assistita da un livello di tutela inferiore rispetto a quello garantito da un ordinamento che preveda (anche) delle sanzioni penali per l'individuo. Rimane altresì il limite di utilizzo con riferimento all'imposizione di misure detentive.

¹⁷⁴ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Verso una politica penale dell'unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'unione attraverso il diritto penale, COM(2011)573 def., p. 5.

pluralità di mercati nazionali, potrebbero essere spinte a implementare delle condotte di cartello in quei paesi caratterizzati da una realtà sanzionatoria più lassista, evitando gli ordinamenti ove la condotta illecita può assumere un profilo di maggiore gravità¹⁷⁵.

Riflessioni finali

Nelle precedenti sezioni si è analizzato il sistema di public enforcement del diritto della concorrenza attualmente in vigore a livello europeo. Si è anche brevemente discusso dell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE in ambito nazionale.

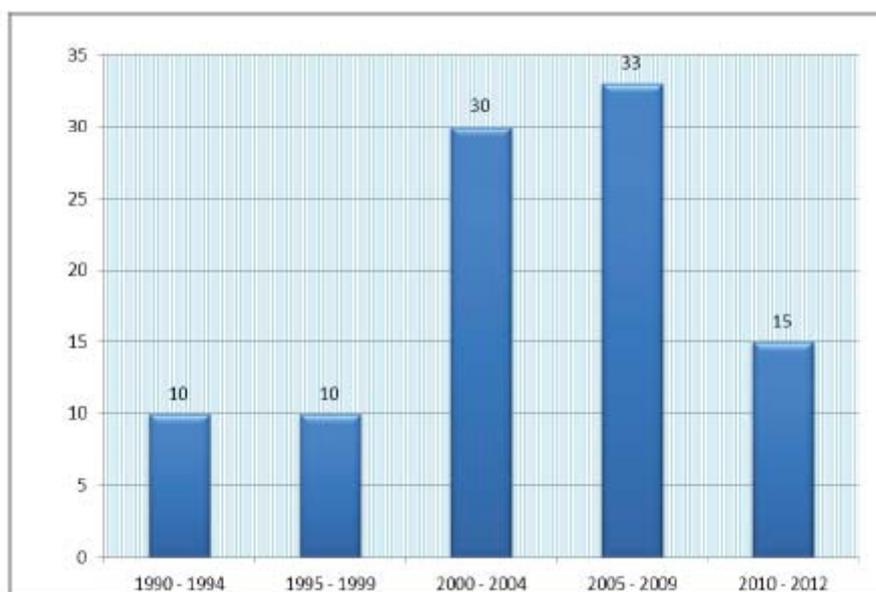
Dalla trattazione sviluppata emerge come l'apparato attuale paia scontare delle deficienze in un'ottica di deterrenza ottimale, dovute, in particolare, ai limiti fisiologici d'utilizzo degli strumenti d'indagine e a tipologie di sanzioni che si rivelano inidonee ad incidere direttamente sull'interesse della persona fisica che compie materialmente l'illecito.

Da qui l'esigenza che l'effetto dissuasivo complessivo sia integrato e amplificato mediante altri mezzi. Uno tra questi è sicuramente il private enforcement, su cui la Commissione, nel corso degli ultimi anni, ha investito risorse ed energie, e che sarà oggetto di studio nel successivo capitolo.

¹⁷⁵ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale, COM(2011)573 def., p. 5.

Numero di decisioni adottate dalla Commissione in relazione a casi di cartello *ex art.* 101 TFUE tra il 1990 e il 27 giugno 2012¹⁷⁶

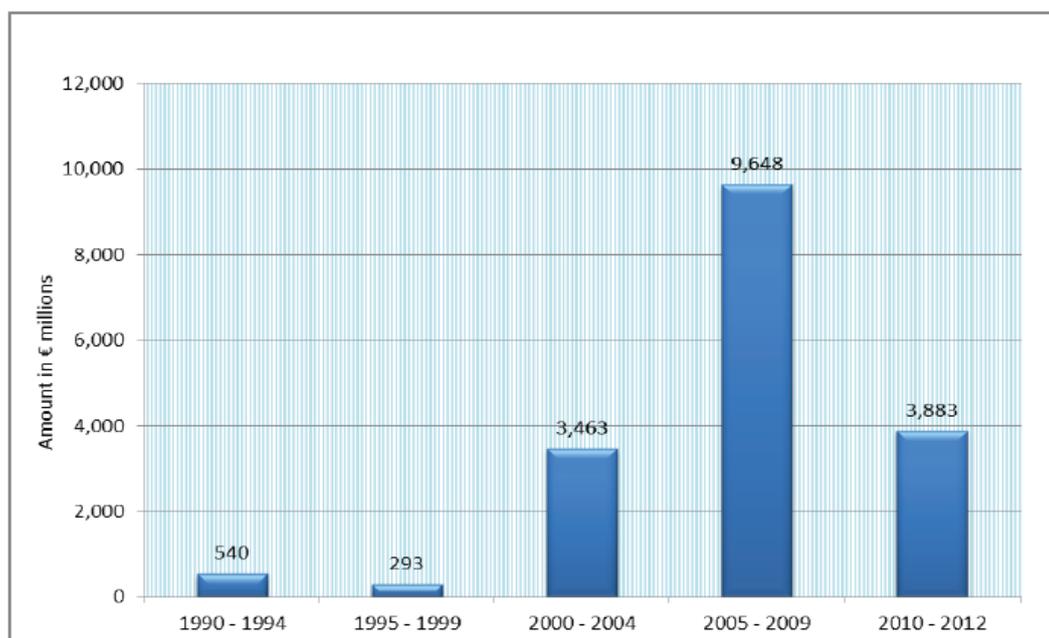
Period	Cases decided
1990 -1994	10
1995 - 1999	10
2000 - 2004	30
2005 - 2009	33
++2010 - 2012++	15
total	98



¹⁷⁶ Dati e tabelle tratti dal sito internet della Commissione, all'indirizzo URL <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

**Ammende (in milioni di €) comminate dalla Commissione in relazione a casi di cartello
ex art. 101 TFUE tra il 1990 e il 27 giugno 2012¹⁷⁷**

Year	Amount in €*)
1990 - 1994	539 691 550
1995 - 1999	292 838 000
2000 - 2004	3 462 664 100
++2005 – 2009++	9 647 837 500
++2010 - 2012++	3 883 258 432
total	17 826 289 582



¹⁷⁷ Dati e tabelle tratti dal sito internet della Commissione, all'indirizzo URL <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>. Le cifre riportate non tengono in considerazione eventuali variazioni degli importi in sede di ricorso dinanzi al Tribunale o la Corte.

Dieci maggiori sanzioni per singola impresa comminate dalla Commissione in relazione a casi di cartello ex art. 101 TFUE¹⁷⁸

Anno	Impresa	Caso	Ammontare (€)
2008	Saint Gobain	<i>Vetro destinato al settore auto</i> ¹⁷⁹	896.000.000
2009	E.ON	<i>Gas</i> ¹⁸⁰	553.000.000
2009	GDF Suez	<i>Gas</i> ¹⁸¹	553.000.000
2001	F. Hoffmann-La Roche AG	<i>Vitamine</i> ¹⁸²	462.000.000
2007	Siemens AG	<i>Apparecchiature di comando con isolamento in gas</i> ¹⁸³	396.562.500
2008	Pilkington	<i>Vetro destinato al settore auto</i> ¹⁸⁴	370.000.000
2010	Ideal Standard	<i>Attrezzature per sale da bagno</i> ¹⁸⁵	326.091.196
2007	ThyssenKrupp	<i>Ascensori e scale mobili</i> ¹⁸⁶	319.779.900
2008	Sasol Ltd	<i>Cere per candele</i> ¹⁸⁷	318.200.000

¹⁷⁸ Dati e tabelle tratti dal sito internet della Commissione, all'indirizzo URL <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>. Le cifre riportate tengono in considerazione eventuali variazioni degli importi in sede di ricorso dinanzi al Tribunale o la Corte.

¹⁷⁹ Decisione della Commissione, del 12 novembre 2008, caso COMP/39.125, *Vetro destinato al settore auto*.

¹⁸⁰ Decisione della Commissione, dell'8 luglio 2009, caso COMP/39.401, *E.ON/GDF*.

¹⁸¹ Decisione della Commissione, dell'8 luglio 2009, caso COMP/39.401, *E.ON/GDF*.

¹⁸² Decisione della Commissione, del 21 novembre 2001, caso COMP/E-1/37.512, *Vitamine*.

¹⁸³ Decisione della Commissione, del 24 gennaio 2007, caso COMP/38.899, *Apparecchiature di comando con isolamento in gas*.

¹⁸⁴ Decisione della Commissione, del 12 novembre 2008, caso COMP/39.125, *Vetro destinato al settore auto*.

¹⁸⁵ Decisione della Commissione, del 23 giugno 2010, caso COMP/39.092, *Attrezzature per sale da bagno*.

¹⁸⁶ Decisione della Commissione del 21 febbraio 2007, caso COMP/E-1/38.823, *Ascensori e scale mobili*.

¹⁸⁷ Decisione della Commissione, dell'1 ottobre 2008, caso COMP/C.39.181, *Cere per candele*.

2010	Air France / KLM	<i>Tariffe per trasporto aereo</i> ¹⁸⁸	310.080.000
------	------------------	---	-------------

¹⁸⁸ Decisione della Commissione, del 9 novembre 2010, caso COMP/39.258, *Tariffe per trasporto aereo*.

Numero di decisioni comunicate dalle autorità nazionali ai sensi dell'art. 11(4) del regolamento (CE) 1/2003¹⁸⁹

	Total Year 2004	Total Year 2005	Total Year 2006	Total year 2007	Total year 2008	Total year 2009	Total year 2010	Total Year 2011	Jan. - Sept. 2012
Total number of case investigations of which the Network has been informed ¹⁾	301	203	165	150	159	150	169	163	78
- of which COM cases	101	22	21	10	10	21	11	26	5
- of which NCA cases	200	181	144	140	149	129	158	137	73
Cases in which an envisaged decision has been submitted by NCAs during the period indicated ²⁾	32	76	64	72	60	70	94	88	66

¹⁾ Case investigations started whether by a National Competition Authority (NCA) or by the Commission.

²⁾ Cases having reached the envisaged decision stage; only submissions from the NCAs under Article 11(4) of Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 101 and 102 TFEU.

¹⁸⁹ Cfr. regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in *GU*, L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1 ss., art. 11(4): “[a]l più tardi 30 giorni prima dell'adozione di una decisione volta a ordinare la cessazione di un'infrazione, ad accettare impegni o a revocare l'applicazione di un regolamento d'esenzione per categoria, le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri informano la Commissione. A tal fine esse forniscono alla Commissione una presentazione del caso in questione, la decisione prevista o, in sua mancanza, qualsiasi altro documento che esponga la linea d'azione proposta. Tali informazioni possono essere fornite anche alle autorità garanti della concorrenza degli altri Stati membri. Su richiesta della Commissione, l'autorità garante della concorrenza che agisce rende disponibili alla Commissione altri documenti in suo possesso necessari alla valutazione della pratica. Le informazioni fornite alla Commissione possono essere messe a disposizione delle autorità garanti della concorrenza degli altri Stati membri. Le autorità nazionali garanti della concorrenza possono anche scambiarsi le informazioni necessarie alla valutazione di un caso di cui si occupano a norma degli articoli 81 o 82 del trattato”. Dati e tabelle tratti dal sito internet della Commissione, all'indirizzo URL <http://ec.europa.eu/competition/ecn/statistics.html#1>.

CAPITOLO II

IL PRIVATE ENFORCEMENT COME COMPLEMENTO DEL PUBLIC ENFORCEMENT

SOMMARIO: Introduzione. 1. Le tipologie di azioni. 2. Il diritto comunitario al risarcimento danni. 3. I libri della Commissione. 4. Gli sviluppi successivi. A. La proposta di direttiva e le consultazioni pubbliche. B. L'accesso al materiale di clemenza. 5. I limiti in un'ottica di deterrenza. Riflessioni finali.

Introduzione

Nelle sezioni precedenti si è evidenziato come il public enforcement del diritto europeo della concorrenza sconti evidenti carenze dissuasive. La stessa Commissione pare conscia di questo. Motivo per cui, nel corso degli ultimi anni, essa ha concentrato energie e tempo al fine di incoraggiare lo sviluppo del private enforcement, nella speranza che quest'ultimo possa contribuire a garantire un livello dissuasivo ottimale.

Il presente capitolo cercherà di valutare se tale strategia possa considerarsi idonea al fine del raggiungimento della finalità di deterrenza che ci si pone. In particolare, la sezione 1 analizza le diverse tipologie di azioni in cui il private enforcement in ambito antitrust può declinarsi; la sezione 2 descrive come il diritto al risarcimento danni per violazione del diritto europeo della concorrenza trovi radice nell'ordinamento stesso dell'Unione, sebbene non chiaramente esplicitato nei Trattati; le sezioni 3 e 4 si focalizzano sulle iniziative implementate dalla Commissione al fine d'incentivare la tutela civile in ambito antitrust (Libri, progetto di direttiva, consultazioni pubbliche), analizzando altresì il tema (di particolare attualità) dell'accesso ai documenti di clemenza da parte di coloro che vorrebbero utilizzare gli stessi in sede di risarcimento danni; la sezione 4 pone la questione se gli strumenti di private enforcement siano potenzialmente idonei a colmare gli attuali *deficit* di deterrenza dell'apparato di public enforcement; la sezione 5 sviluppa alcune riflessioni finali sul punto.

1. Le tipologie di azioni

Con il termine private enforcement del diritto europeo della concorrenza s'identifica l'applicazione delle regole antitrust dell'Unione da parte dei giudici nazionali in sede di tutela civile, a seguito di una domanda presentata da una persona fisica o giuridica che vi abbia interesse.

Le azioni esperibili in tale ambito sono riconducibili sostanzialmente a tre categorie: (i) quelle inibitorie, principalmente finalizzate a ottenere, nelle more del giudizio principale, l'immediata cessazione del comportamento concorrenziale. Presupposti per l'accoglimento sono, generalmente, la veridicità e la fondatezza *prima facie* di quanto lamentato dal ricorrente (*fumus boni iuris*) e il rischio che, in attesa della pronuncia principale sul merito, si possa determinare in capo all'attore un danno grave e di carattere irreparabile (*periculum in mora*); (ii) le azioni di nullità, volte a far dichiarare l'invalidità di clausole negoziali in violazione delle norme di concorrenza; e (iii) le domande di risarcimento danni, ai sensi delle quali il ricorrente cerca ristoro per il nocimento economico subito in conseguenza di condotte anticoncorrenziali (il caso più semplice è forse quello dell'acquirente che abbia pagato un *surplus* di prezzo come conseguenza di una violazione commessa a monte tra produttori¹⁹⁰).

¹⁹⁰ Cfr. Libro Verde della Commissione sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2005)672 def., para 1.1: “[g]li articoli 81 e 82 del trattato sono direttamente applicabili in tutti i loro elementi. Sin dall’inizio, anche i privati hanno svolto un ruolo importante nell’applicazione di tali articoli. In questo contesto, per applicazione della normativa da parte dei privati si intende l’applicazione della normativa antitrust in occasione delle controversie civili davanti ai tribunali nazionali. Tale applicazione può avvenire in varie forme. Ai sensi dell’articolo 81, paragrafo 2, del trattato le decisioni o gli accordi vietati dall’articolo 81 sono nulli. Le norme del trattato consentono inoltre di proporre azioni inibitorie. Infine, coloro che hanno subito un danno a causa di una violazione delle norme antitrust possono chiederne il risarcimento”. Una particolare forma di azione è poi quella di accertamento negativo, mediante la quale una persona fisica o giuridica può presentare domanda affinché il giudice dichiari che specifici soggetti non hanno titolo ad alcuna forma di ristoro in conseguenza di una supposta infrazione cui essa avrebbe partecipato (ad esempio, perché la condotta in oggetto non ammonta a una violazione antitrust, o comunque il convenuto non ha subito alcun nocimento a seguito della stessa). La *ratio* di una tale azione risiede nella possibilità di poter radicare il giudizio in una giurisdizione maggiormente favorevole rispetto a quella che il soggetto danneggiato avrebbe potuto scegliere ove non fosse stato anticipato (*forum shopping*), secondo le regole di cui al regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GU*, L 12 del 16

Le azioni di cui al punto (iii) sono certamente quelle di maggiore rilevanza, quantomeno in un'ottica di deterrenza. Il fatto che il soggetto leso abbia la possibilità di agire in giudizio al fine d'ottenere il risarcimento dei danni subiti a causa della violazione antitrust può infatti fungere da ulteriore strumento di deterrenza, disincentivando l'impresa dal prendere parte all'infrazione¹⁹¹. Sotto questo profilo, dunque, il private enforcement si pone quale complementare al public enforcement, rafforzando la magnitudo dissuasiva dell'intero apparato normativo.

2. Il diritto comunitario al risarcimento danni

Le norme europee di concorrenza non disciplinano esplicitamente il tema del risarcimento danni. Il diritto, da parte di colui che ha subito una lesione ai propri interessi in seguito ad una violazione *ex art.* 101 o 102 TFUE, ad ottenere ristoro (comunque, sempre a livello nazionale) ai sensi dell'ordinamento dell'Unione è stato derivato dalla giurisprudenza della Corte dal principio di leale collaborazione di cui all'art. 4(3) TUE, ai sensi del quale gli Stati membri sono tenuti a dare piena ed effettiva applicazione alle regole europee.

Nel caso *Courage*, in particolare, il giudice dell'Unione ha chiarito come “[sia] *compito dei giudici nazionali incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le norme del*

gennaio 2001, p. 1 ss. A decorrere dal 10 gennaio 2015, il predetto atto sarà sostituito dal Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GU*, L 351 del 20 dicembre 2012, p. 1 ss. Cfr. anche F. M. MORETTI, L. NASCIBENE, *No Scent of Torpedo*, in *Global Competition Litigation Review*, 2, 2, 2009, p. 67 ss.

¹⁹¹ Cfr. Libro Verde della Commissione sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2005)672 def., para 1.1: “[I]e norme antitrust di cui agli articoli 81 e 82 del trattato sono applicate sia dalle autorità pubbliche che dai privati. Entrambe le forme di applicazione fanno parte di un sistema di applicazione comune e perseguono lo stesso obiettivo: impedire le pratiche anticoncorrenziali vietate dalla normativa antitrust e tutelare le imprese e i consumatori da tali pratiche e dai danni che ne possono conseguire. L'applicazione della normativa antitrust, sia da parte dei privati che delle autorità pubbliche, costituisce uno strumento importante per creare e mantenere un'economia competitiva”; Libro Bianco della Commissione in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2008)165 def., para. 1.2: “[i]l fatto che i privati dispongano di mezzi d'azione efficaci aumenta inoltre la probabilità che venga individuato un maggior numero di limitazioni illegali della concorrenza e che gli autori dell'infrazione vengano considerati responsabili della stessa. Il miglioramento della giustizia retributiva produrrebbe pertanto di per sé conseguenze positive anche in termini di effetto deterrente per le infrazioni future e di maggiore rispetto delle norme antitrust comunitarie”.

diritto comunitario, garantire la piena efficacia di tali norme e tutelare i diritti da esse attribuiti ai singoli (v., in particolare, sentenze 9 marzo 1978, causa 106/77, Simmenthal, Racc. pag. 629, punto 16, e 19 giugno 1990, causa C-213/89, Factortame, Racc. pag. I-2433, punto 19). La piena efficacia dell'art. 85 del Trattato e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. Un siffatto diritto rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulate, che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità"¹⁹².

Sulla stessa linea, nel caso Manfredi, la Corte ha specificato che, “[p]er quanto [...] riguarda la possibilità di chiedere il risarcimento del danno causato da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza, occorre ricordare che la piena efficacia dell'art. 81 CE e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di tale articolo sarebbero messi in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza (v. sentenza *Courage e Crehan*, cit., punto 26). Ne consegue che chiunque ha il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito quando esiste un nesso di causalità tra tale danno e un'intesa o pratica vietata dall'art. 81 CE”¹⁹³.

¹⁹² Cfr. sentenza della Corte, del 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan e Bernard Crehan c. Courage Ltd e altri*, in *Racc.*, p. I-6297 ss., punti 25-27.

¹⁹³ Cfr. sentenza della Corte, del 13 luglio 2006, *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, (C-295/04), *Antonio Cannito c. Fondiaria Sai SpA* (C-296/04) e *Nicolò Tricarico* (C-297/04) e *Pasqualina Murgolo* (C-298/04) c. *Assitalia SpA*, in *Racc.*, p. I-6619 ss., punti 60-61. Dallo stesso principio di leale collaborazione di cui all'art. 4(3) TUE parrebbe potersi derivare anche il diritto ad ottenere un provvedimento inibitorio da parte di colui che abbia subito un danno, ove ne ricorrano le circostanze. Sul punto, cfr. conclusioni dell'AG Jacobs, del 22 maggio 2003, *AOK Bundesverband, Bundesverband der Betriebskrankenkassen (BKK), Bundesverband der Innungskrankenkassen, Bundesverband der landwirtschaftlichen Krankenkassen, Verband der Angestelltenkrankenkassen eV, Verband der Arbeiter-Ersatzkassen, Bundesknappschaft e See-Krankenkasse c. Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co.* (C-264/01), *Mundipharma GmbH* (C-306/01), *Gödecke GmbH* (C-354/01) e

La disciplina del risarcimento danni causati da violazioni del diritto europeo della concorrenza rimane dunque di competenza dei singoli ordinamenti nazionali, sia per quanto attiene al profilo sostanziale, sia in relazione al dato procedurale. L'ordinamento dell'Unione, tuttavia, impone che le regole domestiche applicabili al riguardo siano (i) tali da non rendere impossibile o eccessivamente difficile ottenere un ristoro concreto (principio di effettività) e (ii) non meno favorevoli rispetto a quelle che disciplinano violazioni simili del diritto nazionale (principio di equivalenza)¹⁹⁴.

3. I libri della Commissione

Al fine di stimolare il ricorso alla tutela civile in ambito antitrust, con l'obiettivo ultimo d'incrementare il livello di deterrenza dell'apparato di enforcement nel suo complesso, l'Unione, sin dal 2004, ha intrapreso numerose iniziative.

Intersan, Institut für pharmazeutische und klinische Forschung GmbH (C-355/01), in Racc., p. I-2493 ss., punto 104: “[s]e fosse possibile dimostrare che le ricorrenti hanno agito autonomamente nel fissare i massimali, violando l’art. 81 CE, e se esse non fossero in grado di difendere il proprio comportamento in base all’art. 86, n. 2, non ho dubbi sul fatto che si potrebbe concedere, in base al diritto comunitario, tanto un risarcimento danni quanto un provvedimento inibitorio a chiunque abbia subito un danno in conseguenza di tale comportamento, a condizione che le norme processuali nazionali siano compatibili con i principi dell’equivalenza e dell’efficacia. Come dichiarato dalla Corte, la piena efficacia dell’art. 81 CE e, in particolare, l’effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se non fosse possibile per chiunque chiedere, di fronte ad un giudice nazionale, il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza. La stessa analisi a mio avviso è parimenti applicabile ai provvedimenti inibitori”.

¹⁹⁴ Cfr. sentenza della Corte, del 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan e Bernard Crehan c. Courage Ltd e altri*, in Racc., p. I-6297 ss., punto 29: “in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell’effetto diretto del diritto comunitario, purché dette modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v. sentenza 10 luglio 1997, causa C-261/95, *Palmisani*, Racc. pag. I-4025, punto 27)”. In maniera simile, cfr. sentenza della Corte, del 13 luglio 2006, *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, (C-295/04), *Antonio Cannito c. Fondiaria Sai SpA* (C-296/04) e *Nicolò Tricarico* (C-297/04) e *Pasqualina Murgolo* (C-298/04) c. *Assitalia SpA*, in Racc., p. I-6619 ss., punto 62.

A seguito di uno studio risalente al predetto anno, nel quale si evidenziava la profonda diversità in tema di regole applicabili e il sostanziale sottosviluppo delle azioni di risarcimento danni in ambito antitrust (nella duplice forma, *follow-on* e *stand-alone*) nei differenti Stati membri, la Commissione, nel 2005, ha pubblicato un Libro Verde, nel quale ha inizialmente esplorato tali temi, al fine d'identificare aree e linee di possibile intervento¹⁹⁵. (Gli argomenti affrontati, in particolare, concernevano l'accesso alle prove, il requisito della colpa, la quantificazione del danno, le azioni collettive, le spese processuali, il foro competente e la legge applicabile, l'utilizzo di periti e il termine di prescrizione)¹⁹⁶.

Sulla base delle considerazioni sviluppate nel predetto documento, delle osservazioni pervenute da parte di soggetti terzi¹⁹⁷, e di ulteriori approfondimenti, nel 2008 la Commissione pubblicava un Libro Bianco, in cui sono identificate specifiche soluzioni, atte a rimuovere ostacoli di carattere procedurale e sostanziale che le singole normative nazionali tendono a frapporre ad un efficiente sistema di private enforcement del diritto europeo della concorrenza¹⁹⁸.

Un primo tema affrontato attiene all'esigenza di dotarsi di fattispecie di azioni collettive efficienti – sia rappresentative, ossia intentate da soggetti qualificati, come le associazioni dei consumatori, sia *class action* – che permettano di agire in giudizio anche in presenza di un nocumento diffuso e di valore relativamente ridotto¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Cfr. studio legale Ashurst, Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, disponibile sul sito internet della Commissione, all'indirizzo URL <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>. Cfr. anche Libro Verde della Commissione sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2005)672 def., para 1.2: “[n]onostante, quindi, il diritto comunitario esiga un sistema efficace per l'introduzione delle domande di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust, nei 25 Stati membri questo settore del diritto è ancora caratterizzato da uno sottosviluppo totale”.

¹⁹⁶ Cfr. Libro Verde della Commissione sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2005)672 def.

¹⁹⁷ Disponibili sul sito internet della Commissione, all'indirizzo URL http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/green_paper_comments.html.

¹⁹⁸ Cfr. Libro Bianco della Commissione in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2008)165 def.

¹⁹⁹ Cfr. Libro Bianco della Commissione in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2008)165 def., para. 2.1: “la Commissione ritiene che vi sia la chiara

Un secondo profilo riguarda l'accesso ai documenti da parte del ricorrente, spesso occultati e in possesso delle sole imprese che hanno colluso. Sul punto, la Commissione propone che l'attore abbia la possibilità di richiedere al giudice l'adozione di un ordine di esibizione, ove ricorrano determinate circostanze²⁰⁰.

necessità di meccanismi che consentono l'aggregazione delle singole istanze da parte delle vittime delle violazioni delle norme antitrust. I singoli consumatori, ma anche le piccole imprese, in particolare coloro che hanno subito un danno diffuso e di valore relativamente basso, sono spesso scoraggiati dall'intentare un'azione individuale per danni a causa dei costi, ritardi, incertezze, rischi ed oneri che ne possono derivare. Di conseguenza, molte di queste vittime rimangono attualmente prive di risarcimento. Nei rari casi in cui più azioni individuali vengono intentate in relazione alla medesima violazione, insorgono inefficienze procedurali, che colpiscono i richiedenti, i convenuti e il sistema giudiziario stesso. Allo scopo di affrontare in modo efficace tali inefficienze nel settore dell'antitrust, pertanto, la Commissione suggerisce di combinare due meccanismi complementari di azione collettiva: – le azioni rappresentative, intentate da soggetti qualificati, quali associazioni dei consumatori, organismi statali o associazioni commerciali, a nome di vittime identificate o, in casi piuttosto limitati, identificabili. [...]. – azioni collettive con modalità opt-in, nelle quali le vittime decidono espressamente di aggregare in una sola azione le proprie richieste individuali di risarcimento del danno subito. Visto che i soggetti qualificati non potranno, o non vorranno, portare avanti ogni singola pretesa risarcitoria, è necessario che questi due tipi di azione si completino reciprocamente per garantire un sistema di azione collettivo efficace per le vittime di violazioni delle norme antitrust”.

²⁰⁰ Cfr. Libro Bianco della Commissione in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2008)165 def., para. 2.2: “[i] casi di diritto della concorrenza prevedono l'analisi di una notevole quantità di elementi fattuali. Gran parte degli elementi di prova decisivi per comprovare un caso di danni provocati dalla violazione di norme antitrust sono spesso occultati e, essendo in possesso del convenuto o di terzi, non sono solitamente noti in maniera sufficientemente dettagliata all'attore. Anche se è essenziale superare questa strutturale asimmetria informativa e migliorare l'accesso delle vittime alle prove rilevanti, è parimenti importante evitare gli effetti negativi di obblighi di divulgazione eccessivamente ampi ed onerosi, in particolare il rischio di abusi. La Commissione propone dunque di garantire in tutta l'UE un livello minimo di divulgazione inter partes nelle cause di risarcimento del danno per violazione delle norme comunitarie antitrust. Basandosi sull'approccio seguito nella direttiva sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (direttiva 2004/48/CE), l'accesso alle prove dovrebbe basarsi sull'allegazione dei fatti e sul controllo giurisdizionale rigoroso della fondatezza dell'azione e della proporzionalità della richiesta di divulgazione. La Commissione propone pertanto quanto segue: • i giudici nazionali dovrebbero, in circostanze tassative, avere il potere di ordinare alle parti in causa o a terzi di divulgare categorie precise di prove rilevanti; • le circostanze per la divulgazione dovrebbero includere il fatto che l'attore: – abbia illustrato tutti i fatti e mezzi di prova che ha ragionevolmente potuto raccogliere, a condizione che questi dimostrino motivi plausibili per ritenere che egli abbia subito un danno a seguito di una

Un terzo profilo concerne la rilevanza probatoria delle decisioni di condanna – definitive o quantomeno confermate in primo grado di ricorso – adottate dalle autorità di concorrenza nazionali, che si suggerisce divengano vincolanti in sede di tutela civile per quanto attiene all’esistenza dell’infrazione e i suoi contorni²⁰¹. Al riguardo, si noti come, in virtù del principio del primato del diritto dell’Unione²⁰², i provvedimenti sanzionatori adottati dalla Commissione risultino comunque vincolanti per i giudici domestici. Ai sensi della normativa nazionale di taluni Stati Membri, come la Germania, inoltre, le decisioni adottate dall’autorità antitrust nazionale hanno già efficacia obbligatoria in sede giudiziaria.

violazione di norme sulla concorrenza da parte del convenuto; – abbia dimostrato in modo sufficiente al giudice che egli non è in grado altrimenti, ricorrendo a tutti gli sforzi ragionevolmente possibili, di presentare le prove richieste; – abbia specificato categorie di prove da divulgare sufficientemente precise; e – abbia dimostrato in modo sufficiente al giudice che il previsto provvedimento di divulgazione è sia rilevante nel caso di specie che necessario e proporzionato; • dovrebbe essere prevista una protezione adeguata per le dichiarazioni rilasciate dalle imprese che presentano richiesta di trattamento favorevole e per le indagini delle autorità di concorrenza; • per evitare la distruzione di prove rilevanti o il rifiuto di eseguire un ordine di divulgazione, i giudici dovrebbero avere il potere di applicare sanzioni con effetto sufficientemente deterrente, compresa la possibilità di trarre conclusioni sfavorevoli alla parte nel procedimento civile per danni”.

²⁰¹ Cfr. Libro Bianco della Commissione in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2008)165 def., para. 2.3: “[l]a Commissione non vede alcuna ragione per cui una decisione definitiva adottata ai sensi dell’articolo 81 o 82 da un’autorità nazionale della rete europea della concorrenza (ECN) e una sentenza definitiva emessa da una corte d’appello, che conferma la decisione dell’autorità nazionale o che constata essa stessa un’infrazione, non debbano essere accettate in ogni Stato membro come prova inconfutabile dell’infrazione in successive cause civili per il risarcimento dei danni antitrust. Una norma di tale portata garantirebbe un’applicazione più coerente degli articoli 81 e 82 da parte dei diversi organismi nazionali ed aumenterebbe la certezza del diritto. Accrescerebbe inoltre significativamente l’efficacia e l’efficienza procedurale delle azioni per il risarcimento dei danni causati da violazioni delle norme antitrust: se i convenuti possono mettere in dubbio la violazione degli articoli 81 o 82 stabilita in una decisione di un’autorità nazionale per la concorrenza ed eventualmente confermata da una corte d’appello, i giudici dinanzi ai quali venga intentata un’azione per danni dovranno riesaminare i fatti e gli aspetti giuridici già oggetto di indagine e valutazione da parte di un’autorità pubblica specializzata (e da una corte d’appello). Una tale duplicazione dell’analisi fattuale e giuridica determina considerevoli costi aggiuntivi, nonché una durata ed un’imponderabilità notevoli per l’azione di risarcimento danni intentata dalle vittime”.

²⁰² Cfr., ad esempio, sentenza della Corte, del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. SpA Simmenthal*, in *Racc.*, p. 629 ss.

Un quarto tema è quello dell'elemento psicologico. Il Libro Bianco, in particolare, ritiene che, una volta dimostrati i fatti che integrano una violazione del diritto europeo della concorrenza, la colpa si debba presumere. Fatta comunque salva la possibilità per il convenuto di provare di avere agito a seguito di un errore scusabile²⁰³.

Un quinto aspetto si riferisce alle difficoltà connesse a una corretta quantificazione del danno. Problematica che la Commissione si propone di affrontare mediante la formulazione di specifiche indicazioni pratiche²⁰⁴.

Un sesto tema riguarda l'utilizzo del *passing-on*, sia in termini offensivi (l'attore, pur non essendo l'acquirente diretto del bene oggetto d'infrazione, ritiene comunque di avere subito un nocumento, posto che l'aumento di prezzo è stato traslato a valle sino a lui) che difensivi (il convenuto considera che il ricorrente non abbia subito un pregiudizio posto che le conseguenze dell'infrazione sono state riversate da quest'ultimo in capo ai suoi clienti). Il Libro Bianco, in particolare, suggerisce che l'onere probatorio connesso al *passing-on* in ottica difensiva debba essere sopportato dall'impresa convenuta, mentre propone d'applicare una presunzione semplice di traslazione del danno a favore dell'acquirente indiretto che

²⁰³ Cfr. Libro Bianco della Commissione in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2008)165 def., para. 2.4: “[s]e la violazione degli articoli 81 o 82 è stata accertata, gli Stati membri adottano approcci diversi per quanto riguarda il criterio relativo alla colpa per ottenere il risarcimento dei danni. In alcuni Stati membri l'esistenza della colpa non è una condizione necessaria per una richiesta di risarcimento di danni antitrust, o la colpa è presunta inconfutabilmente, una volta comprovata l'infrazione. La Commissione non ritiene che vi sia, a livello di politiche, alcuna ragione contraria ad un'impostazione di questo tipo. Per quanto riguarda gli altri Stati membri, la giurisprudenza della Corte di giustizia sui presupposti per la responsabilità civile per la violazione di norme del trattato direttamente applicabili, quali gli articoli 81 e 82, ed il principio di effettività indicano che il ricorso al criterio della colpa ai sensi del diritto nazionale debba essere limitato. La Commissione non vede ragioni per esentare gli autori dell'infrazione da responsabilità a causa dell'assenza di colpa, tranne nei casi in cui l'autore dell'infrazione abbia commesso un errore scusabile. La Commissione propone [...] una misura volta a chiarire, per gli Stati membri che richiedono la prova della colpa, quanto segue: – una volta che la vittima abbia dimostrato una violazione degli articoli 81 o 82, l'autore dell'infrazione deve essere ritenuto responsabile per i danni causati a meno che non dimostri che la violazione è il risultato di un errore realmente scusabile; – un errore è scusabile se una persona ragionevole che avesse agito con un elevato livello di diligenza non avrebbe potuto essere consapevole del fatto che il comportamento limitava la concorrenza”.

²⁰⁴ Cfr. Libro Bianco della Commissione in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2008)165 def., para. 2.5.

voglia agire per il risarcimento del danno subito, salvo il diritto del convenuto di confutare la stessa adducendo elementi contrari²⁰⁵.

Con riferimento al termine di prescrizione, inoltre, si teorizza che lo stesso non debba decorrere prima che il soggetto danneggiato sia nella posizione di poter ragionevolmente venire a conoscenza dell'infrazione. Un ulteriore termine, della durata di almeno due anni, dovrebbe inoltre applicarsi dalla data di adozione di una eventuale decisione da parte dell'autorità di concorrenza, in modo tale da assicurarsi che l'attore abbia la possibilità di attendere e intentare delle cause *follow-on*, chiaramente più agevoli quanto a onere probatorio²⁰⁶.

²⁰⁵ Cfr. Libro Bianco della Commissione in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2008)165 def., para. 2.6: “[l]a Commissione ricorda che la Corte ha sottolineato l'importanza del principio compensativo e del presupposto che il risarcimento deve poter essere concesso a chiunque abbia subito un danno e possa dimostrare un sufficiente nesso causale con l'infrazione. In questo contesto, gli autori dell'infrazione dovrebbero poter invocare la possibilità che il sovrapprezzo sia stato trasferito. [...]. L'onere della prova per questa argomentazione non dovrebbe essere inferiore a quello previsto per la dimostrazione del danno da parte dell'attore. Vi sono difficoltà, d'altro canto, anche se un acquirente indiretto invoca il trasferimento del sovrapprezzo come base per dimostrare il danno subito. Gli acquirenti che si trovano all'estremità, o quasi, della catena di distribuzione sono spesso i più danneggiati dalle violazioni delle norme antitrust, ma vista la loro distanza dall'infrazione per loro è particolarmente difficile presentare sufficienti prove dell'esistenza e della portata di un trasferimento del sovrapprezzo illegale lungo la catena di distribuzione. [...] la Commissione intende pertanto ridurre gli oneri a carico della vittima e propone quanto segue: gli acquirenti indiretti dovrebbero poter contare sulla presunzione semplice che il sovrapprezzo illegale sia stato loro trasferito nella sua interezza”.

²⁰⁶ Cfr. Libro Bianco della Commissione in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2008)165 def., para. 2.7: “[p]er quanto riguarda il decorrere dei termini di prescrizione, le vittime possono dover affrontare difficoltà pratiche in caso di infrazione continuata o ripetuta o quando non possono ragionevolmente essere state consapevoli dell'infrazione. Quest'ultimo caso si verifica spesso relativamente alle infrazioni più serie e dannose, come i cartelli, che spesso rimangono segreti sia durante sia dopo la loro esistenza. La Commissione propone pertanto che il termine di prescrizione non inizi a decorrere: – prima del giorno in cui l'infrazione cessa, in caso di infrazione continuata o ripetuta; prima che si possa ragionevolmente presumere che la vittima dell'infrazione sia a conoscenza dell'infrazione e del pregiudizio che essa le ha causato. Onde conservare la possibilità di intentare azioni collegate a procedimenti condotti dalle autorità pubbliche, dovrebbero essere adottate misure volte ad evitare che i termini di prescrizione scadano mentre è ancora in corso il procedimento avviato da parte delle autorità pubbliche preposte alla tutela della concorrenza (e delle corti di appello). A tale scopo, la Commissione privilegia la possibilità di fissare un nuovo

La Commissione sottolinea altresì l'esigenza di mitigare le spese processuali connesse alle azioni di risarcimento danni per violazioni *ex art.* 101 o 102 TFUE, tramite la previsione dell'istituto della transazione e/o l'introduzione di specifiche regole, anche derogatorie rispetto a quelle usuali²⁰⁷.

Un ultimo tema concerne l'interazione con i programmi di clemenza, e la necessità che il ricorso agli stessi da parte delle imprese non sia pregiudicato dal timore di una possibile esposizione in sede civile. Al riguardo, la Commissione propone (i) che le dichiarazioni di *leniency* siano mantenute strettamente confidenziali nei confronti di soggetti terzi²⁰⁸, e (ii) l'introduzione di un meccanismo atto a mitigare la responsabilità dei soggetti beneficiari dell'immunità in sede civile²⁰⁹.

termine di prescrizione, che inizi a decorrere una volta che un'autorità di concorrenza o una corte d'appello hanno adottato una decisione in merito all'infrazione, piuttosto che la possibilità di sospendere il termine di prescrizione durante il procedimento pubblico. In quest'ultimo caso, per gli attori (e i convenuti) sarà talvolta difficile calcolare con precisione il periodo rimanente, dato che il momento di avvio e di chiusura del procedimento da parte delle autorità di concorrenza non sempre è di pubblico dominio. Inoltre, ove una sospensione iniziasse in una fase molto avanzata del termine di prescrizione, potrebbe non esservi tempo sufficiente per preparare un'azione. La Commissione propone pertanto quanto segue: un nuovo termine di prescrizione di almeno due anni dovrebbe iniziare a decorrere una volta che la decisione relativa all'infrazione sulla quale l'attore basa la propria azione è diventata definitiva”.

²⁰⁷ Cfr. Libro Bianco della Commissione in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2008)165 def., para. 2.8.

²⁰⁸ Su questo punto, cfr. anche quanto detto al capitolo I, sezione 2.A.(vii).

²⁰⁹ Cfr. Libro Bianco della Commissione in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2008)165 def., para. 2.9: “[n]elle azioni di risarcimento del danno intraprese da privati deve essere garantita una tutela adeguata contro la divulgazione delle dichiarazioni rilasciate dalle imprese che presentano richiesta di trattamento favorevole, onde evitare di mettere queste ultime in una posizione di svantaggio rispetto ai coautori dell'infrazione. In caso contrario, la minaccia di divulgazione delle ammissioni fatte da coloro che presentano richiesta di trattamento favorevole potrebbe avere un effetto negativo sulla qualità delle loro dichiarazioni o addirittura dissuadere coloro che abbiano commesso un'infrazione dal presentare una richiesta di partecipare al programma di clemenza. La Commissione propone pertanto che tale tutela si applichi: – a tutte le dichiarazioni rilasciate da tutti i richiedenti di trattamento favorevole, relativamente ad una violazione dell'articolo 81 del trattato CE (anche quando la normativa nazionale antitrust viene applicata in parallelo); – indipendentemente dal fatto che la richiesta di trattamento favorevole venga accettata, respinta o non determini alcuna decisione da parte dell'autorità di concorrenza. Questa tutela

4. Gli sviluppi successivi

A. La proposta di direttiva e le consultazioni pubbliche

Nel corso del 2009, la Commissione elaborava un progetto di direttiva, finalizzato a introdurre nelle normative nazionali dei differenti Stati membri parte delle proposte avanzate nel Libro Bianco, sopra analizzato, così da agevolare il ricorso alla tutela civile in ambito antitrust.

Nello specifico, la bozza di atto, mai pubblicata ufficialmente ma comunque circolata informalmente, disciplinava il ricorso alle azioni collettive e rappresentative (artt. 4-7), l'accesso alle prove (artt. 8-10), l'argomento del *passing-on* (artt. 11-12), il valore probatorio in sede civile delle decisioni adottate dalle autorità di concorrenza (art. 13), nonché i temi della colpa (art. 14) e della prescrizione (art. 15).

Tale progetto, tuttavia, parrebbe essersi arenato, almeno per il momento, probabilmente a causa delle difficoltà riscontrate nel trovare una base di consenso sufficientemente ampia in seno all'Unione. Esso rimane comunque inserito nella *road-map* 2012 della Commissione²¹⁰.

L'attenzione di quest'ultima si è invece concentrata sullo sviluppo di due specifici profili, di portata circoscritta: (i) le modalità e i meccanismi di quantificazione del danno conseguente un'infrazione antitrust, e (ii) l'introduzione di un sistema di azioni collettive e rappresentative efficiente e fruibile. In relazioni a ciascuno di questi due profili, la Commissione ha lanciato una consultazione pubblica nel 2011.

In particolare, quella concernete i danni sottolinea come le possibili conseguenze negative derivanti da una violazione dell'art. 101 o dell'art. 102 TFUE siano principalmente

si applica quando la divulgazione viene ordinata da un giudice, sia prima che dopo l'adozione di una decisione da parte dell'autorità per la concorrenza. [...]. Un'ulteriore misura per garantire che i programmi di clemenza conservino la loro piena attrattiva potrebbe essere quella di limitare la responsabilità civile di coloro la cui richiesta di immunità sia stata accettata. La Commissione propone dunque di valutare ulteriormente la possibilità di limitare la responsabilità civile del beneficiario dell'immunità rispetto alle richieste di risarcimento presentate dai suoi partner contrattuali diretti ed indiretti".

²¹⁰ Cfr. Commissione, *2012 Roadmaps, Competition*, disponibile sul sito internet dell'Unione, all'indirizzo URL http://ec.europa.eu/atwork/key-documents/index_en.htm. Si noti, tuttavia, come questo progetto non paia essere stato inserito tra quelli da finalizzare nel corso del 2013. Cfr. Commissione, *2012 Roadmaps, Competition*, disponibile sul sito internet dell'Unione, all'indirizzo URL http://ec.europa.eu/atwork/key-documents/index_en.htm.

due: (a) un aumento del prezzo praticato al cliente o al consumatore; e (b) la perdita di proventi e opportunità commerciali da parte dei concorrenti esclusi da mercato. (Ulteriore forma di nocumento, che non è tuttavia analizzata nel testo della Commissione, riguarda la riduzione del livello di qualità e innovazione sul mercato). Per ognuna delle tipologie *sub* (a)-(b), lo studio sviluppa considerazioni pratiche e possibili metodi di quantificazione.

Il documento di consultazione pubblica avente a oggetto le azioni collettive e rappresentative, invece, sottolinea come tali tipologie di ricorso, di carattere inibitorio e/o risarcitorio, possano svolgere un ruolo fondamentale nello sviluppo di un'effettiva tutela civile – sia con riferimento al diritto antitrust che, più in generale, nell'ambito della tutela del consumatore – e pone un serie di quesiti di carattere pratico sul tema. Viene comunque sottolineata l'esigenza di scongiurare abusi similari a quelli in parte già verificatisi negli Stati Uniti e, in particolare, la necessità di evitare d'introdurre incentivi che possano stimolare il ricorso alle vie legali anche in relazione a domande infondate nel merito.

B. L'accesso al materiale di clemenza

Un tema strettamente connesso alle azioni di risarcimento danni è quello dell'accesso ai documenti di clemenza da parte di soggetti terzi che intendano poi utilizzare tale materiale in sede di tutela civile.

Il timore che le informazioni fornite in sede di *leniency* possano poi essere impiegate a fini di risarcimento danni nei confronti di quella stessa impresa che le ha fornite, infatti, potrebbe disincentivare il ricorso al programma di clemenza, compromettendo in ultima analisi l'efficacia di quest'ultimo.

L'importanza della questione è stata da ultimo evidenziata anche dall'ECN, il quale, in una sua recente risoluzione, adottata il 23 maggio 2012, ha ribadito l'esigenza di una adeguata protezione del materiale di clemenza al fine di non impattare sui *leniency program*, strumenti di enforcement ormai imprescindibili per le autorità antitrust²¹¹.

²¹¹ Cfr. risoluzione dell'ECN, del 23 maggio 2012, *Protection of leniency material in the context of civil damages actions*, disponibile sul sito internet della Commissione, all'indirizzo URL http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_material_protection_en.pdf. Cfr., in particolare, pp. 2-3: “[t]he CAs are determined to defend the effectiveness of leniency programmes in order to ensure a high level of anti-cartel enforcement. [...]. The CAs recognise the importance of effective recovery of damages caused by cartels. [...]. Civil damage claims and leniency programmes are complementary tools to enforce competition law and deter further infringements. However, at present, civil damage claims in

Sebbene le logiche sottese siano del tutto similari, il tema dell'accesso ai documenti di clemenza può comunque essere affrontato su due distinti livelli, ossia quello europeo e quello nazionale.

(i) La normativa europea non disciplina nello specifico l'argomento di cui trattasi. Il regolamento (CE) 1049/2001 prevede, quale principio di generale applicazione, che un'istituzione dell'Unione possa rifiutare l'accesso a un documento di cui sia venuta in possesso solamente ove ciò sia necessario al fine della tutela (a) di un interesse pubblico concernente la sicurezza, la difesa o questioni militari, le relazioni internazionali o la politica finanziaria, monetaria o economica della Comunità o di uno Stato membro, (b) della vita privata o dell'integrità dell'individuo, e/o (c) degli interessi commerciali di una persona fisica o giuridica, delle procedure giurisdizionali, della consulenza legale o degli obiettivi delle attività ispettive, di indagine o di revisione contabile, sempre che non vi sia un interesse pubblico prevalente alla divulgazione.

Il diritto di un soggetto terzo ad accedere al materiale di clemenza deve dunque essere analizzato alla luce della predetta normativa, la quale, di per sé, non prevede una protezione assoluta e generalizzata a tal riguardo. Il giudice europeo non si è ancora espresso con dettaglio sul tema. Nel caso *Peroxide*, esso ha comunque sottolineato come, quantomeno

cartel cases in the European Union mostly rely on public enforcement (follow-on actions) and public anti-cartel enforcement is nourished by leniency programmes. Thus, appropriate protection of leniency material is necessary to ensure the effectiveness of leniency programmes and to enable the authorities to uncover and terminate cartels as well as to document and establish their existence and the participation therein of the companies up to the requisite legal standard. It is often this action by the authorities that in turn constitutes the basis for civil damages claims for harm caused by cartels. Therefore, if the incentives to cooperate under the leniency programmes are not preserved, the victims of currently hidden and future cartels are unlikely to learn about those cartels in the first place and would be deprived of exercising their rights to an effective remedy. It is thus through the public enforcement of competition law, complemented by the emerging private enforcement, that fierce competition, strong innovation, economic growth and consumer welfare can be fostered in the European Union. Moreover, an equivalent standard of appropriate protection of leniency material across the European Union facilitates opportunities for constructive cooperation among CAs, as well as the effective allocation of cases and resources and contributes to the effectiveness of their enforcement tools. Competition enforcement is closely interlinked across Europe and even world-wide. In conclusion, as far as possible under the applicable laws in their respective jurisdictions and without unduly restricting the right to civil damages, CAs take the joint position that leniency materials should be protected against disclosure to the extent necessary to ensure the effectiveness of leniency programmes”.

nella fattispecie in esame, la decisione della Commissione che negava l'accesso al fascicolo istruttorio da parte di una impresa terza – passaggio preliminare al fine d'identificare eventuali documenti di clemenza in relazione ai quali presentare al giudice nazionale istanza per l'adozione di un ordine di esibizione – fosse da considerarsi nulla, poiché non conforme alla disciplina di cui al regolamento (CE) 1049/2001²¹².

Nell'ottica di preservare l'efficienza del programma europeo di clemenza, la Comunicazione della Commissione in tema di *leniency* ha comunque previsto che l'accesso alle dichiarazioni delle imprese collaboranti sia consentito solamente ai destinatari della comunicazione degli addebiti, e a condizione che le informazioni in tal modo ottenute siano utilizzate esclusivamente ai fini di procedimenti giudiziari o amministrativi per l'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza sulle quali verte il caso pendente in sede europea²¹³.

La Commissione è inoltre intervenuta in qualità di *amicus curiae* nell'ambito di taluni procedimenti civili, anche in paesi extra-UE, come gli Stati Uniti, ove il giudice era stato chiamato dalle parti ad adottare un ordine di esibizione avente ad oggetto dei documenti di clemenza in suo possesso, al fine di ribadire come tale materiale fosse meritevole di protezione²¹⁴.

Lo stesso mediatore europeo ha sottolineato come, in talune situazioni, al fine di tutelare l'interesse pubblico, e preservare l'efficienza del programma di clemenza dell'Unione, non si possa escludere che l'accesso ai documenti di *leniency* da parte di soggetti terzi debba essere rifiutato, specialmente in relazione a quelle informazioni fornite dalle imprese beneficiare di una piena immunità²¹⁵.

²¹² Cfr. sentenza del Tribunale, del 15 dicembre 2011, causa T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Racc.*

²¹³ Cfr. Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, in *GU*, C 298 dell'8 dicembre 2006, p. 17 ss, in particolare punti 33-34. La predetta Comunicazione non ha, tuttavia, carattere vincolante, e la Commissione ha la possibilità di discostarsene, fornendo un'adeguata motivazione. Cfr. sentenza del Tribunale, del 29 aprile 2004, *Tokai Carbon e altri c. Commissione*, cause riunite T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, in *Racc.*, p. II-1181 ss., punto 352; sentenza del Tribunale, del 19 marzo 2003, causa T-213/00, *CMA CGM e altri c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-913, punto 271.

²¹⁴ Cfr. S. R. MILLER, K. NORDLANDER, J. C. OWNES, *U.S. discovery of European Union and U.S. leniency application and other confidential investigatory materials*, in *The CPI Antitrust Journal*, 1, 2010.

²¹⁵ Cfr. Mediatore Europeo, caso 3699/06, *ELB c. Commissione Europea*.

(ii) Con riferimento, invece, al materiale di clemenza fornito nell'ambito di procedimenti nazionali finalizzati all'applicazione dell'art. 101 TFUE, la Corte, nel caso *Pfleiderer*, ha sottolineato come il diritto di un terzo di accedere ai documenti di *leniency* debba essere determinato dal giudice domestico tramite un'analisi caso per caso, bilanciando l'interesse del soggetto danneggiato ad ottenere un effettivo risarcimento, da una parte, e l'esigenza di preservare l'efficienza del programma di *leniency*, dall'altra²¹⁶.

La predetta pronuncia originava da un rinvio pregiudiziale *ex art.* 234 TCE, ora art. 267 TFUE, effettuato dal giudice tedesco, il quale, sulla scorta delle indicazioni fornite dalla Corte, con delibera del 18 gennaio 2012, ha poi negato la divulgazione del materiale di clemenza.

In un caso simile, *National Grid*, l'autorità giudiziaria inglese, a seguito della ponderazione dei differenti interessi in rilievo, è invece giunta a una conclusione parzialmente differente, riconoscendo il diritto da parte di un soggetto terzo di accedere a taluni documenti di *leniency*²¹⁷.

Recentemente, il giudice austriaco ha sollevato un'ulteriore domanda di pronuncia pregiudiziale sul tema, al fine di determinare se il diritto dell'Unione osti ad una norma nazionale che non consenta l'esercizio di ponderazione di cui alla sentenza *Pfleiderer*, ma semplicemente subordini l'accesso al fascicolo istruttorio dell'autorità nazionale da parte di un terzo, ivi compresi i documenti di clemenza, all'unanime consenso delle parti del procedimento²¹⁸.

La Commissione ha infine in progetto di sviluppare una proposta normativa, presumibilmente sotto forma di direttiva, finalizzata a disciplinare il tema, nel tentativo di trovare un adeguato punto di equilibrio tra l'esigenza di proteggere l'efficienza dei

²¹⁶ Cfr. sentenza della Corte, del 14 giugno 2011, causa C-360/09, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, non ancora pubblicata in *Racc.*

²¹⁷ Cfr. caso n. HC08C0324, [2012] EWHC 869 (Ch) *National Grid Electricity Transmission PLC c. ABB Ltd e altri*.

²¹⁸ Cfr. domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Oberlandesgerichts Wien (Austria), del 20 ottobre 2011, causa C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde / Donau Chemie AG e a.*, in *GU*, C 13 del 14 gennaio 2012, p. 5.

programmi di clemenza, quali strumenti di public enforcement, e, allo stesso tempo, tutelare l'interesse privatistico dei soggetti danneggiati dagli illeciti antitrust²¹⁹.

5. I limiti in un'ottica di deterrenza

Lo sviluppo della tutela civile in ambito antitrust da parte della Commissione ha, come detto, lo scopo di determinare un effetto di deterrenza aggiuntivo rispetto a quello generato dal public enforcement mediante gli strumenti d'indagine (attivi e passivi) e le misure sanzionatorie. Ciò al fine di giungere ad un livello di dissuasione ottimale.

Si pone, tuttavia, il tema di valutare se il private enforcement, come si intende svilupparlo in sede sovranazionale, sia effettivamente idoneo a tale fine.

Sul punto è innanzitutto necessario osservare come il diritto europeo della concorrenza disciplini esclusivamente il comportamento delle imprese. Un'eventuale istanza di risarcimento danni può dunque essere rivolta solamente a quest'ultime (a meno che non siano previste a livello nazionale delle norme che configurino una parallela responsabilità per le persone fisiche). Ne deriva che, similmente a quanto già detto in tema di public enforcement, le possibili conseguenze negative tendono a concentrarsi sulla società, e non sull'individuo che ha materialmente posto in essere l'infrazione, con conseguente mitigazione dell'effetto deterrente. Anche in questo ambito, dunque, la persona materialmente coinvolta nell'illecito risulta in larga misura schermata.

Allo stesso modo, gli strumenti di carattere civilistico tendono a risolversi in misure di carattere pecuniario, le quali, secondo quanto già spiegato al capitolo I, sezione 2.C., sono

²¹⁹ Cfr. J. ALMUNIA, Commissario per la concorrenza, speech/12/428, dell'8 giugno 2012: *"I intend to propose legislation later this year that will strike the right balance between the protection of leniency programmes and the victims' rights to obtain compensation"*. Cfr. anche Commissione, *2012 Roadmaps, Competition*, disponibile sul sito internet dell'Unione, all'indirizzo URL http://ec.europa.eu/atwork/key-documents/index_en.htm: *"[t]he interaction between the measures improving the conditions for antitrust damages actions and various aspects of public enforcement of competition rules needs to be addressed, for instance the operation and protection of the Commission's and Member States' leniency programmes. Individual action by Member States does not seem capable of achieving this in any consistent manner"*. Questa iniziativa, tuttavia, non pare essere stata inserita tra quelle che la Commissione progetta di finalizzare nel 2013. Cfr. Commissione, *2012 Roadmaps, Competition*, disponibile sul sito internet dell'Unione, all'indirizzo URL http://ec.europa.eu/atwork/key-documents/index_en.htm.

potenzialmente suscettibili di essere traslate, almeno in parte, su soggetti terzi. Occorre inoltre bilanciarle con l'esigenza di sopravvivenza finanziaria della società condannata.

Da qui dei dubbi, quantomeno legittimi, in merito all'effettiva magnitudo di deterrenza derivante dal private enforcement del diritto europeo della concorrenza, il quale pare piuttosto presentare carenze dissuasive simili a quelle già riscontrate con riferimento agli strumenti di public enforcement.

Perplessità accresciute dalla circostanza che la Commissione si è già detta contraria a sviluppare le proprie proposte e iniziative in tema di risarcimento danni secondo il modello (più aggressivo) statunitense. Si dubita, dunque, che eventuali iniziative dell'Unione sul tema si possano orientare verso l'adozione, ad esempio, di un'azione di classe con modalità *opt-out*, su cui si vada altresì ad innestare un patto di quota lite per l'intero ammontare della somma risarcita, o di danni punitivi, strumenti che paiono invece alla base dello sviluppo del private enforcement di taluni altri ordinamenti.

Infine, è da sottolineare come, quantomeno con riferimento a illeciti per loro natura segreti, come i cartelli, la probabilità che un soggetto possa autonomamente scoprire l'illecito e, di conseguenza, agire in sede giudiziaria al fine della propria tutela, mediante un'azione *stand alone*, è alquanto ridotta. Il successo del private enforcement, in qualche misura, risulta dunque ancorato ad iniziative di natura *follow-on*, conseguenti a provvedimenti già assunti dalle autorità di concorrenza. La debolezza, sopra descritta, dell'apparato di public enforcement quanto a capacità d'intercettare autonomamente le infrazioni non può dunque che riflettersi anche in ambito private enforcement.

Riflessioni finali

Dalla trattazione di cui sopra, emerge come il private enforcement del diritto europeo della concorrenza, anche in considerazione di come si prospetta di svilupparlo in futuro, rischi di non rivelarsi pienamente idoneo a colmare le deficienze dell'attuale apparato di public enforcement in termini di deterrenza. Questo poiché entrambe le tipologie di strumenti condividono dei limiti fisiologici quanto a magnitudo di dissuasione, tra cui l'incapacità di colpire direttamente l'autore materiale dell'illecito e la loro natura principalmente pecuniaria.

Nel capitolo successivo, anche tramite la comparazione con l'esperienza di altri ordinamenti, si cercà quindi d'identificare possibili soluzioni aggiuntive, da affiancare alle attuali, già perseguite dalla Commissione, che possano rivelarsi idonee a colmare i limiti dissuasivi sopra analizzati.

Ci si concentrerà, in particolare, sull'eventuale introduzione di nuove tipologie di sanzioni, sia amministrative che penali, così da individuare quale potrebbe essere il corretto *mix* sanzionatorio da adottare al fine d'ottenere un livello ottimale di deterrenza.

CAPITOLO III

L'IPOTESI PENALE

SOMMARIO: Introduzione. 1. L'esperienza statunitense. A. Le origini e le attuali statistiche. B. Il procedimento. C. La concezione di fondo. 2. La tendenza alla penalizzazione. A. L'OCSE. B. L'ICN. C. A livello nazionale. 3. Un modello penale per l'Unione? A. Lo scenario pre-Lisbona. (i) La passata ripartizione tra pilastri. (ii) La tutela dell'ambiente. (iii) La tutela della proprietà intellettuale. B. L'attuale base giuridica. (i) L'art. 83 TFUE e i principi generali/i diritti fondamentali. (ii) L'applicazione in ambito antitrust. Riflessioni finali.

Introduzione

Nella prima parte di questo scritto si sono analizzati gli attuali apparati di public e private enforcement del diritto europeo della concorrenza, evidenziandone i possibili limiti in un'ottica di deterrenza ottimale. Da qui l'esigenza di sviluppare nuovi strumenti, al fine del raggiungimento di un adeguato livello dissuasivo.

Nel presente capitolo, ci si propone di valutare se l'introduzione di misure sanzionatorie di natura penale per le infrazioni di concorrenza possa essere un'ipotesi fruibile nell'ottica di supplire alle carenze di cui sopra. Nello specifico, la sezione 1 analizza l'esperienza americana in tema di rapporto tra diritto penale e antitrust; la sezione 2 descrive come, nel corso degli ultimi anni, si sia ingenerata una tendenza alla penalizzazione del diritto della concorrenza in numerosi ordinamenti, anche sulla scia delle discussioni sviluppatesi al riguardo in seno all'ICN e l'OCSE; la sezione 3.A. tratta della politica penale dell'Unione nello scenario pre-Lisbona, in particolare delle oscillazioni tra lo strumento della decisione quadro e quello della direttiva, nonché dei relativi interventi in tema di ambiente e proprietà intellettuale; la sezione 3.B. si focalizza sull'attuale base giuridica posta a fondamento dell'azione europea in ambito penale e sui principi e diritti fondamentali rilevanti, nell'ottica di valutare se un'eventuale penalizzazione del diritto antitrust dell'Unione si porrebbe come conforme ai predetti.

1. L'esperienza statunitense

A. Le origini e le attuali statistiche

Il diritto antitrust americano presenta una matrice penale sin dalle sue origini²²⁰. Già la prima normativa statunitense di concorrenza, introdotta nel 1890, prevedeva sanzioni per le persone fisiche coinvolte in illeciti di cartello, nella forma sia della reclusione (sino a un anno) che della multa (per un massimo di \$5.000)²²¹.

Il livello delle pene venne inasprito nel 1974, con l'adozione dell'Antitrust Procedures and Penalties Act²²². Nel 1987, furono varate apposite Sentencing Guidelines and Policy Statements, ai sensi delle quali la detenzione diveniva misura necessaria, non più sostituibile dal giudice con pene di natura alternativa²²³.

Le statistiche concernenti l'applicazione delle misure detentive negli Stati Uniti in relazioni alle infrazioni di cartello costituiscono un utile parametro per rendersi conto delle attuali dimensioni del fenomeno penale in ambito antitrust in quel paese.

Come evidenziato dalle tabella di cui agli Allegati 5-6, nel periodo compreso tra il 2002 e il 2011, le autorità giudiziarie federali hanno inflitto condanne per una media di 15.342 giorni di reclusione totali annui, con un picco di 31.391 nel 2007. L'entità media delle pene detentive comminate è stata di 502 giorni nel 2011, 898 giorni nel 2010 e 725 nel 2009.

²²⁰ In questa sede, ci si riferisce al solo diritto antitrust federale e non alle singole normative statali.

²²¹ Cfr. Sherman Act, ch 647, 26 Stat 209 (1890).

²²² Cfr. Antitrust Procedures and Penalties Act, Pub L No. 93-528, 3, 88 Stat 1706, 1708 (1974).

²²³ Cfr. US Sentencing Commission, Sentencing Guidelines and Policy Statements (1987). La vincolatività di tale documento venne meno solamente nel 2005, quando la Corte Suprema degli Stati Uniti, nella causa *United States c. Brooker*, 543 US 220 (2005), ne dichiarò incostituzionale la natura obbligatoria, restituendo ai giudici federali un margine di discrezionalità nel decidere quale tipologia di sanzione applicare. A quel tempo, tuttavia, l'uso della pena della detenzione in ambito antitrust si era ormai radicato nella tradizione giuridica statunitense e nella prassi delle corti. Cfr. V. D. I. BAKER, *Punishment for cartel participants in the US: a special model?*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011, pp. 29-31; W. E. KOVACIC, *Criminal enforcement norms in competition policy: insights from US experience*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011, pp. 64-65.

Si tratta, peraltro, di dati che potrebbero ulteriormente lievitare nel corso dei prossimi anni, ove si pensi che il massimo edittale attualmente previsto per le violazioni di cartello è di ben 10 anni²²⁴.

Le predette cifre, peraltro, non tengono in considerazione altre forme di limitazione della libertà personale, come gli arresti domiciliari.

È inoltre importante sottolineare come l'attività sanzionatoria delle autorità federali statunitensi non abbia interessato solamente individui di nazionalità americana, ma si sia rivolta altresì verso soggetti di differenti paesi (tra cui, Francia, Germania, Giappone, Corea, Norvegia, Paesi Bassi, Svezia, Svizzera, Taiwan, Regno Unito e Italia), i quali sono stati perseguiti anche tramite l'utilizzo di meccanismi di estradizione²²⁵ e il ricorso all'Interpool²²⁶.

Ciò a riprova di come la prassi delle autorità antitrust di oltre oceano sia ormai orientata

²²⁴ Il massimo edittale per quanto concerne le ammende a persone giuridiche e fisiche è di \$100 milioni e \$1 milione, rispettivamente. Cfr. anche DOJ, *Price fixing, bid rigging, and market allocation schemes: what they are and what to look for*, data non specificata, disponibile sul sito internet del DOJ, all'indirizzo URL <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/211578.pdf>.

²²⁵ Il primo caso in cui un giudice straniero ha riconosciuto la possibilità di estradare un suo cittadino negli Stati Uniti in relazione a un illecito di cartello risale al 2005. Si tratta di un procedimento inglese, *Stati Uniti c. Ian P. Norris* (Bow St. Magis. Ct. 2005).

²²⁶ Cfr. V. S. HAMMOND, Assistant Attorney General del DOJ, *Chartering new waters in international cartel prosecutions*, discorso tenuto in data 2 marzo 2006 in occasione del 20° National Institute on White Collar Crime, San Francisco, ove si legge: “[i]n 2001, the Antitrust Division raised the stakes for fugitives even further by adopting a policy of placing fugitives on a “Red Notice” list maintained by the International Criminal Police Organization (Interpol). A Red Notice is essentially an international “wanted” notice that many of Interpol’s 184 member countries recognize as the basis for a provisional arrest with a view toward extradition. The Antitrust Division will seek to extradite any fugitive defendant apprehended through the Interpol Red Notice Watch. Thus, due to the use of the Interpol Red Notice, even if a fugitive resides in a country that would not extradite the defendant to the United States for an antitrust offense, the fugitive still runs the risk of being extradited if he travels outside of his home country. If the defendant travels to a third country where he is on a Red Notice list, that country may choose to detain the defendant and entertain an extradition request from the United States [...]. Thus, a fugitive is not only restricted from traveling to the United States, but also runs the risk of detainment and extradition every time he crosses an international border”.

verso “*jail sentences for all defendants domestic and foreign*”²²⁷.

B. Il procedimento

La natura penale del diritto antitrust statunitense trova un chiaro riflesso nelle regole di procedura e nel garantismo al quale esse sono improntate, con le figure *dell’Antitrust Division*, costola del Department of Justice (“DOJ”), del *grand jury* e dei giudici federali che, in via di prima approssimazione, possono ricondursi a quelle del procuratore, del giudice per le indagini preliminari e delle corti d’assise dell’ordinamento italiano, rispettivamente.

L’indagine di cartello è condotta dall’Antitrust Division, la quale si avvale anche di agenzie esterne, quale l’FBI²²⁸.

L’attività investigativa è svolta in stretto coordinamento con un *grand jury* – organo composto da un numero di cittadini compreso tra 16 e 23 – il cui compito principale è quello di determinare se, alla luce del materiale probatorio raccolto, vi siano gli estremi per formalizzare le accuse nei confronti della persona giuridica o fisica indagata e, eventualmente, istruire un processo dinanzi al giudice federale. Il *grand jury* non ha il potere di formalizzare l’accusa senza il parere positivo del DOJ.

L’eventuale condanna penale, sotto forma (come già visto) di ammenda pecuniaria o misura di detenzione spetta al giudice federale.

²²⁷ Cfr. S. HAMMOND, Assistant Attorney General del DOJ, *The evolution of criminal antitrust enforcement over the last two decades*, discorso tenuto in data 25 febbraio 2010 in occasione del 24° National Institute on White Collar Crime, Miami.

²²⁸ Cfr. Grand Jury Manual, disponibile sul sito internet del DOJ, all’indirizzo URL <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/4371.htm>, capitolo I, sezione H: “[h]istorically, Antitrust Division lawyers have done most of the Division’s investigative work. From time to time, the FBI was asked to assist staffs. In the last several years, however, the Division has greatly expanded its use of outside investigators due primarily to the growth in criminal enforcement. The Division now uses investigative agents more frequently and from a wider variety of agencies. In the last few years, the Division has worked with agents from the FBI, Department of Agriculture, Department of Defense, Environmental Protection Agency, Department of Housing and Urban Development, Department of Commerce, Farmer’s Home Administration, General Services Administration, Department of Interior, U.S. Postal Service, and Department of Transportation”.

C. La concezione di fondo

In ambito statunitense, le infrazioni di cartello tendono a essere considerate come una declinazione della fattispecie di furto, e come tali meritevoli di sanzioni penali elevate. In un discorso risalente al 1999, Joel Klein, Assistant Attorney General del DOJ, sottolineava che “*cartel behavior (price-fixing, market allocation, and bidrigging) is bad for consumers, bad for business, and bad for efficient markets generally. And let me be very clear: these cartels are the equivalent of theft by well-dressed thieves, and they deserve unequivocal public condemnation*”²²⁹.

Tale concezione è il frutto di un contesto culturale che eleva il mercato e il suo corretto funzionamento a valore fondato, e in cui l’illecito economico viene visto come reato dall’elevato disvalore sociale. Già nel 1998, la Corte Suprema degli Stati Uniti sottolineava che “*the white collar crime is one of the most serious problems confronting law enforcement authorities*”²³⁰. Affermazione che ha poi trovato una sua conferma negli scandali finanziari verificatisi negli Stati Uniti nel corso degli anni successivi: Enron (2001), Worldcom (2002) e Madoff (2008).

L’FBI, senza mezzi termini, definisce le violazioni di cartello come “*lying, cheating, and stealing*”²³¹.

²²⁹ Cfr. J. KLEIN, Assistant Attorney General del DOJ, *The war against international cartels: lessons from the battlefield*, discorso tenuto in data 14 ottobre 1999 in occasione della 26° Conference on International Antitrust Law & Policy presso il Fordham Institute, New York. L’assimilazione tra il reato di furto e l’illecito di cartello è rinvenibile anche in altre giurisdizioni. Sul punto, cfr. J. VICKERS, Director General dell’Office of Fair Trading, *Policy for Markets and Enterprise*, discorso tenuto in data 31 marzo 2003 dinanzi alla British Chamber of Commerce, Londra: “*cartels are like theft, criminalisation makes the punishment fit what is indeed a crime*”; H. C. BOWEN, Ministro dell’Economia australiano, discorso tenuto in data 11 febbraio 2008 dinanzi alla House of Representatives, Camberra: “*serious cartel behaviour is theft from the Australian consumers*”.

²³⁰ Cfr. *Braswell c. Stati Uniti*, 487 U.S. 99, 115 (1988).

²³¹ Cfr. il sito internet dell’FBI, all’indirizzo URL http://www.fbi.gov/about-us/investigate/white_collar.

2. La tendenza alla penalizzazione

A. L'OCSE

Il tema della penalizzazione delle violazioni antitrust e, in particolare, delle forme di collusione orizzontale tra concorrenti, ancor prima che a livello nazionale, ha trovato ampio sviluppo in ambito sovra-nazionale, in particolare in seno all'OCSE.

Tale organizzazione è stata istituita con la Convenzione sull'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economici, firmata il 14 dicembre 1960. Alla data attuale, ne fanno parte 31 paesi²³². Essa mantiene stretti contatti con oltre 70 Stati non membri (che possono partecipare come osservatori ai lavori dei Comitati o a determinati programmi), nonché con altri enti internazionali.

La sede è a Parigi. Il massimo organo di decisione politica e strategica è il Consiglio, che si riunisce periodicamente a livello dei rappresentanti permanenti di ciascun paese membro. Vi è poi un Segretariato, suddiviso in Direzioni Generali, che funge da sostegno alle attività di circa 250 tra Comitati e Gruppi di lavoro, tra cui quello competente in materia di concorrenza. L'OCSE si finanzia mediante i propri paesi membri, i quali contribuiscono in relazione al loro PIL. Gli Stati Uniti sono il principale paese finanziatore.

Gli obiettivi dell'organizzazione sono supportare la crescita economica sostenibile, aumentare l'occupazione, innalzare il tenore di vita, mantenere la stabilità finanziaria, assistere lo sviluppo delle economie dei paesi non membri, contribuire alla crescita del commercio internazionale²³³.

In quest'ottica, nel 1998 il Consiglio dell'OCSE varava un programma di lotta contro i cartelli mediante l'adozione di un'apposita raccomandazione. Partendo dal presupposto che “*anticompetitive practices may constitute an obstacle to the achievement of economic growth, trade expansion and other economic goals*”, il documento statuisce che “[m]ember countries

²³² Nello specifico, Australia, Austria, Belgio, Canada, Cile, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Giappone, Gran Bretagna, Grecia, Irlanda, Islanda, Italia, Lussemburgo, Messico, Norvegia, Nuova Zelanda, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Repubblica Ceca, Repubblica di Corea, Repubblica Slovacca, Spagna, Stati Uniti, Svezia, Svizzera, Turchia e Ungheria.

²³³ Per maggiori informazioni, si rimanda al sito internet dell'OCSE, all'indirizzo URL http://www.oecd.org/home/0,2987,en_2649_201185_1_1_1_1_1_1,00.html.

should ensure that their competition laws effectively halt and deter hard core cartels”, e invita gli stessi a dotarsi di *“effective sanctions, of a kind and at a level adequate to deter firms and individuals from participating in such cartels”*²³⁴.

Con il predetto atto formale, l’OCSE affermava per la prima volta che l’obiettivo ultimo, o comunque principale, delle normative di concorrenza dovesse essere quello della deterrenza, e sottolineava l’importanza di un efficiente sistema sanzionatorio a tal fine. L’argomento della penalizzazione del diritto antitrust, tuttavia, non trovava (ancora) esplicita menzione.

Questo tema venne nondimeno sviluppato nell’ambito di tre successivi report (nel 2000, 2003 e 2005, rispettivamente), volti ad analizzare lo stato di recepimento dei contenuti della predetta raccomandazione.

Nello studio del 2000, in particolare, l’OCSE evidenziava come 9 dei suoi Stati membri – Canada, Irlanda, Giappone, Corea, Norvegia, Stati Uniti, Francia, Grecia e Svizzera – avessero già introdotto nei loro ordinamenti delle misure penali per le infrazioni di cartello²³⁵. Il documento sottolineava, inoltre, come una più ampia penalizzazione avrebbe favorito la cooperazione tra le autorità di concorrenza. Si menzionava, a tal riguardo, l’esempio del Canada, la cui normativa permette lo scambio di informazioni con autorità giudiziarie straniere solamente in relazione a illeciti classificati come reati ai sensi della propria legge nazionale²³⁶.

Una posizione maggiormente esplicita in tema di misure penali è rinvenibile nel successivo report del 2003, ove l’OCSE affermava chiaramente che *“sanctions against natural persons [...] can complement organizational fines and provide an enhancement to deterrence. [...] The prospect of spending time in jail can be a powerful deterrent for*

²³⁴ Cfr. OCSE, *Recommendation of the Council concerning effective action against hard core cartels*, 1998. La raccomandazione in oggetto era stata fortemente cercata e voluta dagli Stati Uniti, preoccupata dai potenziali effetti negativi generati sulla propria economia dai cartelli di dimensione internazionale. Cfr. V. C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: why critical studies*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011, p. 4.

²³⁵ Cfr. OCSE, *Hard core cartels*, 2000, p. 26.

²³⁶ Cfr. OCSE, *Hard core cartels*, 2000, pp. 31-32.

*business people considering entering into a cartel agreement*²³⁷. Allo stesso tempo, tuttavia, si evidenziava come, in taluni ordinamenti, l'introduzione di misure penali potesse entrare in conflitto con le norme e i principi già esistenti, nonché rendere le attività d'indagine meno agevoli, a causa delle maggiori garanzie procedurali che sarebbe stato necessario rispettare nella raccolta del materiale probatorio²³⁸. Il documento concludeva la propria analisi raccomandando ai paesi membri l'adozione di "*criminal sanction in cartel cases in countries where it would be consistent with social and legal norms, which would enhance deterrence*"²³⁹.

Un approccio del tutto simile è rinvenibile nel report del 2005, nel quale l'OCSE rilevava che "*corporate sanctions in the form of fines are almost never sufficiently high to be an optimal deterrent, and that the threat of individual sanctions can be an important complement to corporate, financial sanctions. Individual sanctions can strengthen the incentive of directors and employees to resist corporate pressure to engage in unlawful activity, and thus enhance the level of deterrence*"²⁴⁰. Il documento riporta poi uno stralcio dell'esperienza di enforcement americana, dalla quale risulta come, in relazione a taluni episodi di cartello, alcune imprese avessero deliberatamente deciso di non includere gli Stati Uniti tra i paesi oggetto di collusione al fine di non incorrere nelle sanzioni penali ivi previste²⁴¹. Nel contempo, tuttavia, si sottolineava come non fosse possibile, sulla base di dati

²³⁷ Cfr. OCSE, *Hard Core Cartels – Recent progress and challenges ahead*, 2003, p. 29.

²³⁸ Cfr. OCSE, *Hard Core Cartels – Recent progress and challenges ahead*, 2003, p. 29.

²³⁹ Cfr. OCSE, *Hard Core Cartels – Recent progress and challenges ahead*, 2003, p. 46.

²⁴⁰ Cfr. OCSE, *Hard core cartels: third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation*, 2005, p. 26.

²⁴¹ Cfr. OCSE, *Hard core cartels: third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation*, 2005, p. 27. Sul punto, cfr. anche S. HAMMOND, Assistant Attorney General del DOJ, *Chartering new waters in international cartel prosecutions*, discorso tenuto in data 2 marzo 2006 in occasione del 20° National Institute on White Collar Crime, San Francisco: "*we have uncovered international cartels that operated profitably and illegally in Europe, Asia, and elsewhere around the world, but did not expand their collusion to the United States solely because the executives decided it was not worth the risk of going to jail. I am referring to cartels that had every opportunity to target U.S. consumers. The cartel members sold in the U.S. market, and they were already getting together and fixing prices everywhere else they sold. Indeed, in some cases, the U.S. market was the largest and potentially most profitable, but the collusive conduct still ceased at the border. Why? The answer, from the mouths of the cartel members and verified by our investigators, is that the executives did not want to risk getting caught and going to*

oggettivi e statistici, determinare se il vantaggio in termini di deterrenza che la penalizzazione del diritto antitrust è in grado di generare possa effettivamente controbilanciare e superare i costi – sia economici sia organizzativi – derivanti da tale scelta (si pensi, ad esempio, alle spese di detenzione per gli individui condannati)²⁴².

B. L'ICN

Il tema della penalizzazione del diritto antitrust è stato inoltre affrontato e dibattuto in seno all'ICN.

L'organizzazione di cui trattasi è stata costituita nel 2001, e riunisce 104 autorità di concorrenza di 92 giurisdizioni differenti. Esso rappresenta un contesto istituzionale ove i funzionari di diversi paesi sono soliti riunirsi al fine di comparare le rispettive esperienze di enforcement, e concordare ed elaborare progetti di cooperazione. Si tratta di un momento di confronto che – anche mediante la stesura di modelli di normativa e *best practice* – influisce e orienta gli sviluppi dei singoli ordinamenti antitrust²⁴³.

L'ICN ha per la prima volta esplorato la questione connessa all'introduzione di misure penali per le infrazioni di cartello in uno studio del 2005, il quale contiene una dettagliata analisi delle misure organizzative e degli apparati sanzionatori in vigore nei differenti paesi membri. Tale documento sottolinea come “*personal liability can provide a strong impulsion for the decision-makers to abstain from cartel activity. In this context it is important to bear in mind that even though the companies benefit most from cartel activities, the forbidden acts are always committed by individuals*”, e che “[a] possible way of creating a strong incentive

jail in the United States”.

²⁴² Cfr. OCSE, *Hard core cartels: third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation*, 2005, p. 27. In merito ai costi connessi alla penalizzazione del diritto antitrust, cfr. I. SIMONSSON, *Criminalising cartels in the EU: is there a case for harmonisation?*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011, pp. 210-213; A. P. REINDL, *How strong is the case for criminal sanctions in cartel cases?*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, pp. 121-125.

²⁴³ Per maggiori informazioni, si veda il sito internet dell'ICN, disponibile all'indirizzo URL <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>.

*for responsible managements to prevent cartel offences is the imminent threat of being sent to jail for such an offence*²⁴⁴.

L'argomento di cui trattasi è stato inoltre oggetto di ampie discussioni in occasione dell'ottava conferenza annuale dell'ICN, tenutasi a Zurigo il 3-5 giugno 2009. Dall'analisi del relativo materiale, emergono due linee di discussione principali.

Da una parte, assumono rilevanza gli interventi e le dichiarazioni di giurisdizioni storicamente favorevoli a un sistema sanzionatorio penale. Così, gli Stati Uniti hanno ribadito che *“criminal cases play a critical role in the deterrence of cartel conduct across all sectors of the economy, as well as in destabilizing ongoing cartels”*²⁴⁵; l'autorità antitrust canadese ha osservato come *“the availability of criminal penalties that address not only corporations but also individuals represents an effective deterrent to cartel activities”*; e Israele ha evidenziato che *“prison sentences can effectively deter parties from participating in cartels”*²⁴⁶.

I funzionari brasiliani hanno inoltre analizzato i profili di cooperazione tra giudici penali e autorità di concorrenza in seno al loro ordinamento, mentre quelli dell'Australia hanno descritto il modello di enforcement a doppio binario (amministrativo e penale) che sarebbe entrato in vigore da lì a poco nella loro giurisdizione²⁴⁷.

Dall'altra, sono state evidenziate le potenziali difficoltà connesse all'uso dello strumento penale in ambito antitrust. A tal riguardo, i partecipanti alla conferenza si sono focalizzati sul caso d'oltre manica *British Airways*, nel quale le accuse di cartello mosse in sede giudiziaria nei confronti di alcuni dirigenti della Virgin sono state infine dismesse a causa di alcuni errori procedurali e carenze probatorie dell'accusa²⁴⁸.

²⁴⁴ Cfr. ICN, *Defining hard core cartel conduct – Effective Institutions – Effective Penalties*, report preparato in occasione della 4° conferenza annuale, tenutasi a Bonn il 6-8 giugno 2005, pp. 54 e 66.

²⁴⁵ Cfr. ICN, *Report on the agency effectiveness project second phase – Effectiveness of decisions*, preparato in occasione dell'8° conferenza annuale, tenutasi a Zurigo il 3-5 giugno 2009, p. 36.

²⁴⁶ Cfr. ICN, *Competition law in small economies*, report preparato in occasione dell'8° conferenza annuale, tenutasi a Zurigo il 3-5 giugno 2009, p. 22.

²⁴⁷ Cfr. ICN, *2008-2009 member materials from conference call series*, report preparato in occasione dell'8° conferenza annuale, tenutasi a Zurigo il 3-5 giugno 2009.

²⁴⁸ Per una compiuta analisi del caso, cfr. J. JOSHUA, *DOA: can the UK cartel offence be resuscitated?*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory*

C. A livello nazionale

Le discussioni sviluppatesi in seno all'OCSE e all'ICN, così come cristallizzate nei documenti sopra descritti, hanno esercitato una notevole influenza sulla normativa antitrust di taluni paesi, contribuendo alla diffusione del modello penale.

In seno all'Unione, gli esempi più significativi sono rappresentati dall'Irlanda (2001)²⁴⁹ e dal Regno Unito (2002)²⁵⁰. Si vedano anche l'Estonia (2002)²⁵¹ e la Grecia (2009). Ulteriori Stati membri ove la collusione tra concorrenti può assumere una rilevanza penale sono Cipro,

movement, Oxford - Portland, 2011, pp. 129-155.

²⁴⁹ Per ciascun paese, s'indica tra parentesi l'anno in cui sono introdotte delle misure penali per gli illeciti di cartello. Per un'analisi dei primi casi penali irlandesi, cfr. P. MASSEY, J. D. COOKE, *Competition offences in Ireland: the regime and its results*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011, pp. 105-128; P. MASSEY, *Criminal sanctions for competition law: a review of Irish experience*, in *The Competition Law Review*, 1, 1, p. 23 ss.; T. CALVANI, *Cartel penalties and damages in Ireland: criminalization and the case for custodial sentences*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, pp. 270-289. Nel 2011, il massimo edittale di pena previsto dall'ordinamento della Repubblica d'Irlanda per gli illeciti di cartello è stato innalzato da 5 a 10 anni di detenzione. Sono stati elevati anche i limiti delle sanzioni pecuniarie. Il testo delle modifiche apportate è disponibile sul sito internet dell'autorità di concorrenza irlandese, all'indirizzo URL [http://www.tca.ie/images/uploaded/documents/Competition%20\(Amendment\)%20Bill%202011.pdf](http://www.tca.ie/images/uploaded/documents/Competition%20(Amendment)%20Bill%202011.pdf). Il ministro dell'economia irlandese, in un comunicato stampa ufficiale, disponibile sul sito internet del ministero di cui è a capo, all'indirizzo URL <http://www.djei.ie/press/2011/20110929a.htm>, ha affermato: "[t]hese measures mark a further strengthening of the competition regime in Ireland. Powerful people and organisations who abuse their position to the detriment of the ordinary consumer and small business will now face a greater chance of prosecution, and tougher penalties if convicted. It will make a real difference in the fight to bring down costs and ultimately help our economy on the road to recovery".

²⁵⁰ Cfr. V. D. GUY, *The UK's experience with criminal law sanctions*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, pp. 248-256.

²⁵¹ Cfr. V. A. PROOS, *Competition policy in Estonia*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, pp. 307-311.

la Danimarca²⁵², la Francia, Malta²⁵³, la Repubblica Ceca, la Romania, la Slovacchia e la Slovenia²⁵⁴.

Tra i paesi non europei, è possibile menzionare l’Australia (2009)²⁵⁵, la Russia (2009) e il Sudafrica (2010)²⁵⁶. La Nuova Zelanda sta valutando se dotarsi anch’essa dello strumento penale²⁵⁷.

L’OCSE, in un report del 2005, già identificava una generale tendenza verso la penalizzazione del diritto antitrust²⁵⁸. La medesima riflessione è contenuta in uno studio dell’ICN, risalente allo stesso anno²⁵⁹.

L’evoluzione da un sistema di stampo amministrativo a uno di carattere penale, sebbene caratterizzata da specifiche peculiarità a seconda dei singoli ordinamenti ove essa ha avuto

²⁵² Le sanzioni penali previste dall’ordinamento danese per le persone fisiche coinvolte in infrazioni di cartello hanno una natura meramente pecuniaria.

²⁵³ Le sanzioni penali previste dall’ordinamento maltese hanno una natura meramente pecuniaria, e sono rivolte alle sole imprese. Non è prevista una responsabilità penale in capo alle persone fisiche coinvolte nell’illecito di cartello.

²⁵⁴ In Austria, Germania, Italia, Polonia e Ungheria sono perseguite penalmente le sole concertazioni aventi a oggetto gare pubbliche e/o talune licitazioni private (*bid rigging*).

²⁵⁵ Cfr. C. BEATON-WELLS, *Cartel criminalisation and the Australian Competition and Consumer Commission: opportunities and challenges*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011, pp. 183-199.

²⁵⁶ Tra gli ordinamenti non europei ove le violazioni di cartello possono assumere un profilo penale, si vedano anche il Cile, la Corea del Sud, il Giappone (ove, nel 2009, il massimo edittale di pena è stato innalzato da 3 a 5 anni di detenzione), Israele, la Russia, nonché gli Stati Uniti e il Canada, già citati.

²⁵⁷ Similarmente, il Giappone ha largamente utilizzato il secondo report del 2003 dell’OCSE per riformare, e rendere maggiormente severo, il proprio sistema di enforcement. Cfr. OCSE, *Hard core cartels: third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation*, 2005, p. 8. Per ulteriori informazioni in merito alle giurisdizioni ove il diritto antitrust è attualmente penalizzato, cfr. Global Competition Review, *Rating Enforcement*, 2011; ICN, *Trends and developments in cartel enforcement*, report preparato in occasione della 9° conferenza annuale, tenutasi a Istanbul in data 29 aprile 2010.

²⁵⁸ Cfr. OCSE, *Hard core cartels: third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation*, 2005, p. 28.

²⁵⁹ Cfr. ICN, *Defining hard core cartel conduct – Effective Institutions – Effective Penalties*, report preparato in occasione della 4° conferenza annuale, tenutasi a Bonn in data 6-8 giugno 2005, p. 1.

luogo, anche in relazione alla diversa tradizione giuridica degli Stati interessati, è comunque riconducibile e affonda le sue ragioni in una motivazione comune, ossia nella difficoltà di generare un sufficiente effetto dissuasivo tramite l'incremento, nell'agente, della percezione del rischio di essere sanzionato. Da qui il focalizzarsi su una differente leva di deterrenza, ossia la gravità della sanzione, con l'introduzione di misure penali.

3. Un modello penale per l'Unione?

A. Lo scenario pre-Lisbona

(i) La passata ripartizione tra pilastri

L'azione dell'Unione in ambito penale si è tradizionalmente svolta lungo tre linee principali: (i) lo sviluppo della cooperazione tra le forze di polizia e le autorità giudiziarie dei differenti Stati membri; (ii) il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie; e (iii) il ravvicinamento delle normative nazionali²⁶⁰.

In relazione a quest'ultimo obiettivo, quello probabilmente di maggiore rilevanza, le disposizioni di riferimento nel periodo antecedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona erano costituite dagli artt. 31(1)(e) e 34(2)(b) TUE, i quali prevedevano in capo all'Unione il potere di adottare, in particolare mediante lo strumento della decisione quadro, ossia un atto del terzo pilastro²⁶¹, norme minime volte alla definizione degli elementi costitutivi delle fattispecie di reato e delle relative sanzioni con riferimento a illeciti di particolare gravità, concernenti la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti (c.d. euro-crimini).

Sulla base delle predette norme, nel corso degli anni passati l'Unione ha adottato una pluralità di atti, tra cui la decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo²⁶², la decisione quadro 2004/757/GAI in materia di traffico illecito di stupefacenti²⁶³, la decisione

²⁶⁰ Cfr. art. 67 TUE.

²⁶¹ La cui adozione in sede di Consiglio richiedeva l'unanimità.

²⁶² Cfr. decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo, in *GU*, L 164 del 22 giugno 2002, p. 3 ss., come emendata dalla decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, che modifica la decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo, in *GU*, L 330 del 9 dicembre 2008, p. 21 ss.

²⁶³ Cfr. decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio, del 25 ottobre 2004, riguardante la fissazione di

quadro 2002/629/GAI concernente la tratta degli esseri umani²⁶⁴, la decisione quadro 2004/68/GAI in tema di sfruttamento sessuale dei bambini e pornografia infantile²⁶⁵, la decisione quadro 2008/841/GAI relativa alla lotta contro la criminalità organizzata²⁶⁶, la decisione quadro 2005/222/GAI sugli attacchi contro i sistemi di informazione²⁶⁷, la decisione quadro 2001/413/GAI in materia di frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti²⁶⁸, la decisione quadro 2003/568/GAI concernente la lotta contro la corruzione nel settore privato²⁶⁹, la decisione quadro 2008/913/GAI sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale²⁷⁰ e la decisione quadro 2002/946/GAI in tema di rafforzamento del quadro penale per la repressione del

norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti, in *GU*, L 335 dell'11 novembre 2004, p. 8 ss.

²⁶⁴ Cfr. decisione quadro 2002/629/GAI del Consiglio, del 19 luglio 2002, sulla lotta alla tratta degli esseri umani, in *GU*, L 203 dell'1 agosto 2002, p. 1 ss., poi sostituita dalla direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, in *GU*, L 101 del 15 aprile 2011, p. 1 ss.

²⁶⁵ Cfr. decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, del 22 dicembre 2003, relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, in *GU*, L 13 del 20 gennaio 2004, p. 44 ss., poi sostituita dalla direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, in *GU*, L 335 del 17 dicembre 2011, p. 1 ss.

²⁶⁶ Cfr. decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio, del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata, in *GU*, L 300 dell'11 novembre 2008, p. 42 ss.

²⁶⁷ Cfr. decisione quadro 2005/222/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione, in *GU*, L 69 del 16 marzo 2005, p. 67 ss.

²⁶⁸ Cfr. decisione quadro 2001/413/GAI del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti, in *GU*, L 149 del 2 giugno 2001, p. 1 ss.

²⁶⁹ Cfr. decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, in *GU*, L 192 del 31 luglio 2003, p. 54 ss.

²⁷⁰ Cfr. decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, in *GU*, L 328 del 6 dicembre 2008, p. 55 ss.

favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali²⁷¹.

Come stabilito dalla giurisprudenza della Corte, tuttavia, ricadeva nelle competenze del primo pilastro, e dunque non del terzo, l'adozione, mediante direttiva, di atti finalizzati a introdurre negli ordinamenti nazionali degli Stati membri norme penali minime – anche con riferimento a condotte non ricomprese tra quelle elencate agli artt. 31(1)(e) e 34(2)(b) TUE – ove ciò si rivelasse indispensabile al fine di garantire la piena efficacia di una politica comunitaria. I poteri dell'Unione in tale contesto erano comunque limitati alla sola definizione della condotta oggetto di penalizzazione uniforme, e non si estendevano sino alla possibilità di determinare nel dettaglio quale tipologia di pena l'ordinamento domestico dovesse introdurre, o il minimo edittale, la cui disciplina continuava ad essere prerogativa delle competenze di cui al terzo pilastro²⁷².

Esercitando tale potere, la Comunità – nell'ambito del primo pilastro e in conformità ai limiti sopra descritti – ha introdotto obblighi di penalizzazione anche in relazione a figure che si discostano dalle fattispecie classiche di reato, come gli illeciti ambientali e le violazioni dei diritti di proprietà intellettuale²⁷³, come si descriverà in dettaglio nelle sezioni seguenti.

²⁷¹ Cfr. decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, in *GU*, L 328 del 5 dicembre 2002, p. 1 ss.

²⁷² Cfr. sentenza della Corte, del 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, p. I-7879 ss.; sentenza della Corte, del 23 ottobre 2007, causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, p. I-09097 ss. In conformità con il principio di leale cooperazione tra l'Unione e gli Stati membri, attualmente sancito dall'art 4(3) TUE, le pene introdotte dallo Stato membro dovevano comunque essere efficaci, proporzionate e dissuasive. Sul punto, cfr. quanto detto sotto, alla nota 287. I profili concernenti la ripartizione di competenza tra il primo e il secondo pilastro saranno analizzati con maggiore dettaglio nelle sezioni successive, ove si tratterà della penalizzazione degli illeciti ambientali e delle violazioni dei diritti di proprietà intellettuale.

²⁷³ Cfr. I. SIMONSSON, *Criminalising cartels in the EU: is there a case for harmonisation?*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011, pp. 205-207.

(ii) La tutela dell'ambiente

L'evoluzione

Sebbene l'ambiente non rientrasse tra gli obiettivi originari del Trattato che istituisce la Comunità economica europea ("TCEE"), non si dovette attendere molto prima che la Conferenza dei capi di Stato e di governo decidesse di adottare una propria politica in questo settore, proponendo di utilizzare la copertura offerta dagli artt. 100 e 235 TCEE (ora artt. 115 e 352 TFUE)²⁷⁴. Era il 1972.

La predetta indicazione venne recepita dalla Corte nella causa *Detersivi*, ove il giudice europeo osservava per la prima volta come “*non [fosse] affatto escluso che disposizioni in materia di ambiente si [potessero] basare sull'art. 100 del trattato. Le disposizioni richieste da considerazioni di tutela della sanità e dell'ambiente possono essere tali da costituire oneri per le imprese cui si applicano e, in mancanza di un ravvicinamento delle disposizioni nazionali in materia, la concorrenza potrebbe essere sensibilmente falsata*”²⁷⁵.

L'espresso riconoscimento dell'ambiente quale “*uno degli scopi essenziali della Comunità*” giunse qualche anno dopo, nella causa *Procureur de la République c. Association de défense des brûleurs d'huiles usagées*²⁷⁶. Impostazione poi ribadita nell'Atto unico europeo, il quale incluse nel TCEE una parte specifica, il titolo VII (ora titolo XX), cui si aggiungeva l'art. 100 A, n. 3, TCEE (ora art. 114, n. 3, TFUE), che obbligava la Commissione, nelle proposte di direttive volte al riavvicinamento delle normative degli Stati membri, a basarsi su un livello di protezione elevato dell'ambiente.

Finalmente, la tutela di quest'ultimo era dunque posta al centro dell'azione comunitaria, ispirandola e informandola, per poi venire inclusa formalmente, in seguito alla firma del

²⁷⁴ L'art. 100 TCEE costituiva lo strumento per armonizzare le norme nazionali suscettibili d'incidere direttamente sull'instaurazione e sul funzionamento del mercato comune. L'art. 125 TCEE, di portata più ampia, consentiva di adottare misure non espressamente menzionate nel Trattato, ove necessarie per il conseguimento degli obiettivi comunitari. Si trattava, dunque, di una norma di chiusura, in linea con quanto attualmente previsto dall'art. 352 TFUE.

²⁷⁵ Cfr. sentenza della Corte, del 18 marzo 1980, causa 91/79, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, p. 1099 ss., punto 8.

²⁷⁶ Cfr. sentenza della Corte, del 7 febbraio 1985, causa 240/83, *Procureur de la République c. Association de défense des brûleurs d'huiles usagées*, in *Racc.*, p. 531 ss., punto 13.

Trattato di Maastricht nel 1992, tra gli scopi della Comunità²⁷⁷.

Il Trattato di Lisbona ha anch'esso confermato che il conseguimento di un elevato livello di protezione dell'ambiente rientra tra gli obiettivi dell'Unione (art. 3 TUE). L'art. 11 TFUE sottolinea inoltre che “[l]e esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile”²⁷⁸.

La penalizzazione

Il 4 novembre 1998, il Consiglio d'Europa adottava la Convenzione sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale²⁷⁹. L'obiettivo di tale trattato, non ancora entrato in vigore²⁸⁰, era quello di scoraggiare e impedire i comportamenti nocivi per l'ambiente mediante la previsione di specifiche sanzioni di natura penale.

Sulla scia della predetta convenzione, l'11 febbraio 2000 il Regno di Danimarca

²⁷⁷ Cfr. art. 2 TCE.

²⁷⁸ L'attenzione per l'ambiente non è un'esclusiva dell'Unione. Numerosi patti e accordi internazionali cercano di far fronte al costante deterioramento degli ecosistemi e della vita sul pianeta. Si veda, ad esempio, il processo svoltosi in seno alle Nazioni Unite a partire dalla Conferenza di Stoccolma del 5-16 giugno 1972, nel corso della quale venne adottata la Dichiarazione sull'ambiente umano, che fissa i ventisei principi cardine per la conservazione delle risorse naturali. La successiva Carta mondiale della natura, adottata con la risoluzione delle Nazioni Unite 37/7, del 28 ottobre del 1982, insiste lungo questa linea. La Dichiarazione di Rio, firmata dai governi partecipanti alla Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e lo sviluppo, che ha avuto luogo nel giugno 1992, ha fornito un ulteriore impulso decisivo. (L'importanza del contesto in cui essa è stata adottata, e l'ampio consenso che ha accompagnato la sua approvazione, le attribuiscono un significato speciale, in quanto accordo universale frutto di una coscienza comune, che riconosce l'esigenza di conservare il pianeta per le generazioni future). La Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui mutamenti climatici del 1992, e il conseguente Protocollo di Kyoto del 1997, rappresentano altri due anelli importanti di questa catena, di cui fa parte anche il Protocollo sulla biodiversità, firmato a Montreal il 28 gennaio 2000.

²⁷⁹ Il testo integrale della Convenzione, nonché altre informazioni inerenti ad essa, sono disponibili sul sito internet del Consiglio d'Europa, all'indirizzo URL <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=172&CM=8&DF=27/09/2011&CL=ITA>.

²⁸⁰ L'efficacia di tale Convenzione è subordinata al raggiungimento di almeno tre ratifiche da parte degli Stati firmatari. Alla data attuale, l'unica ratifica depositata è quella dell'Estonia.

presentava una proposta di decisione quadro volta alla repressione dei reati contro l'ambiente che, così come modificata, veniva poi adottata dal Consiglio dell'Unione in data 27 gennaio 2003. Il fulcro concettuale di tale atto consisteva nell'obbligo posto in capo agli Stati membri d'introdurre nei propri ordinamenti, in relazione alle violazioni ambientali ivi specificate, “*sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive, comprendenti, per lo meno nei casi più gravi, pene privative della libertà che [potessero] comportare l'extradizione*”²⁸¹.

Con ricorso del 15 aprile 2003, la Commissione chiedeva alla Corte di annullare la decisione quadro di cui trattasi, evidenziando come la base giuridica della stessa – gli artt. 29, 31(e) e 34(2)(b) TUE – fosse errata, dato che la previsione dell'obbligo di penalizzazione ivi previsto ricadeva in realtà nelle competenze del primo pilastro, e non del terzo, e doveva dunque essere introdotto mediante un atto di tipologia differente, nello specifico una direttiva²⁸². Nella relativa sentenza, il giudice comunitario rilevava che, seppure “*in linea di principio la legislazione penale, come del resto le norme di procedura penale, non è di competenza della Comunità*”, “*quest'ultima constatazione non osta tuttavia a che il legislatore comunitario, ove l'applicazione di sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive, ad opera delle autorità nazionali competenti, costituisca una misura indispensabile per contrastare violazioni ambientali gravi, possa adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri che esso ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell'ambiente*”²⁸³. La Corte concludeva, dunque, che la decisione quadro dovesse essere annullata, posto che le relative norme, “*in ragione tanto della loro finalità quanto del loro contenuto*”, avendo esse “*ad oggetto principale la protezione dell'ambiente [...], avrebbero potuto validamente essere adottat[e] sul fondamento dell'articolo 175 TCE*”, ossia mediante una direttiva²⁸⁴.

Il contenuto della decisione quadro veniva così trasposto nel testo della direttiva

²⁸¹ Cfr. decisione quadro 2003/80/GAI del Consiglio, del 27 gennaio 2003, relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, in *GU*, L 29 del 5 febbraio 2003, p. 55 ss., art. 5(1).

²⁸² I poteri di cui al terzo pilastro erano residuali rispetto a quelli del primo. Non era dunque possibile adottare mediante decisione quadro un testo che avrebbe potuto essere contenuto in una direttiva.

²⁸³ Cfr. sentenza della Corte, del 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, p. I-7879 ss., punti 47-48.

²⁸⁴ Cfr. sentenza della Corte, del 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, p. I-7879 ss., punto 51.

2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente²⁸⁵, con alcune modifiche, dettate da ulteriori indicazioni fornite dalla Corte in una successiva sentenza del 2007, nella quale essa, analizzando il sistema di ripartizione di poteri tra il primo e il terzo pilastro, aveva specificato come la competenza della Comunità in tale contesto si limitasse all'individuazione della condotta oggetto di penalizzazione uniforme, e non potesse estendersi sino alla “determinazione del tipo e del livello delle sanzioni penali applicabili”²⁸⁶.

La predetta direttiva impone dunque un obbligo in capo agli Stati membri d'introdurre sanzioni di natura penale nei loro ordinamenti per le violazioni ambientali ivi indicate, senza tuttavia specificarne l'entità, né la specifica tipologia. È comunque previsto che tali pene debbano essere “*efficaci, proporzionate e dissuasive*”²⁸⁷.

Il regime di responsabilità penale delineato nel testo di tale atto riguarda sia le persone fisiche autrici dell'illecito sia le persone giuridiche alle quali esse eventualmente afferiscono.

(iii) La tutela della proprietà intellettuale

L'evoluzione

La tutela della proprietà intellettuale a livello europeo è tradizionalmente connessa alla realizzazione del mercato interno. La disparità tra le normative esistenti nei differenti Stati membri può comportare costi aggiuntivi per le imprese, creando distorsioni nel flusso commerciale intra-comunitario. (Si pensi, ad esempio, alle risorse necessarie per la registrazione di un singolo brevetto in ciascun Stato membro). È inoltre necessario garantire uno *standard* minimo comune di protezione, cosicché l'operatore economico non sia

²⁸⁵ Cfr. direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente, in *GU*, L 328 del 6 dicembre 2008, p. 28 ss. Cfr. anche direttiva 2005/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni, in *GU*, L 255 del 30 settembre 2005, p. 11 ss.

²⁸⁶ Sentenza della Corte, del 23 ottobre 2007, causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, p. I-9097 ss., punto 70.

²⁸⁷ Cfr. direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente, in *GU*, L 328 del 6 dicembre 2008, p. 28 ss., art. 5. Obbligo che appare espressione del principio di leale cooperazione tra l'Unione e gli Stati membri, come attualmente sancito dall'art 4(3) TUE, ai sensi del quale quest'ultimi sono tenuti a dare una piena ed effettiva applicazione alla normativa europea.

disincentivato a penetrare o a espandersi in un dato mercato nazionale a causa di fenomeni di pirateria e contraffazione.

In tale contesto, l'azione del legislatore europeo si è tradizionalmente concentrata in due direzioni principali. Da una parte, esso è intervenuto al fine di armonizzare i diversi diritti nazionali. Si veda la normativa in materia di marchi²⁸⁸, disegni e modelli²⁸⁹, brevetti concernenti le invenzioni biotecnologiche²⁹⁰ e diritti d'autore²⁹¹. Dall'altra parte, l'azione della Comunità ha riguardato l'istituzione di diritti unitari, validi in tutto il territorio dell'Unione. È il caso del marchio comunitario²⁹², la privativa per ritrovati vegetali²⁹³ e i

²⁸⁸ Cfr. direttiva 89/104/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1988, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, in *GU*, L 40 dell'11 febbraio 1989, p. 1 ss., poi sostituita dalla direttiva 2008/95/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2008, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, in *GU*, L 299 dell'8 novembre 2008, p. 25 ss.

²⁸⁹ Cfr. direttiva 98/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 1998, sulla protezione giuridica dei disegni e dei modelli, in *GU*, L 289 del 28 ottobre 1998, p. 28 ss.

²⁹⁰ Cfr. direttiva 98/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 1998, sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, in *GU*, L 213 del 30 luglio 1998, p. 13 ss.

²⁹¹ Cfr., ad esempio, direttiva 91/250/CEE del Consiglio, del 14 maggio 1991, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, in *GU*, L 122 del 17 maggio 1991, p. 42 ss.; direttiva 92/100/CEE del Consiglio, del 19 novembre 1992, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto d'autore in materia di proprietà intellettuale, in *GU*, L 346 del 27 novembre 1992, p. 61 ss.; direttiva 93/83/CEE del Consiglio, del 27 settembre 1993, per il coordinamento di alcune norme in materia di diritto d'autore e diritti connessi applicabili alla radiodiffusione via satellite ed alla ritrasmissione via cavo, in *GU*, L 248 del 6 ottobre 1993, p. 15 ss.; direttiva 93/98/CEE del Consiglio, del 29 ottobre 1993, concernente l'armonizzazione della durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi, in *GU*, L 290 del 24 novembre 1993, p. 9 ss.; direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati, in *GU*, L 77 del 27 marzo 1996, p. 20 ss.; direttiva 2001/84/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 settembre 2001, relativa al diritto dell'autore di un'opera d'arte sulle successive vendite dell'originale, in *GU*, L 272 del 13 ottobre 2001, p. 32 ss.; direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, in *GU*, L 167 del 22 giugno 2001, p. 10 ss.

²⁹² Cfr. regolamento (CE) n. 40/94 del Consiglio, del 20 dicembre 1993, sul marchio comunitario, in *GU*, L 11 del 14 gennaio 1994, p. 1 ss.

²⁹³ Cfr. regolamento (CE) n. 2100/94 del Consiglio, del 27 luglio 1994, concernente la privativa comunitaria per ritrovati vegetali, in *GU*, L 227 dell'1 settembre 1994, p. 1 ss.

disegni e modelli comunitari²⁹⁴. Il 10 marzo 2011, il Consiglio dell'Unione ha inoltre autorizzato il ricorso alla procedura di cooperazione rafforzata al fine dell'instaurazione di una tutela brevettuale unitaria²⁹⁵, recentemente attuata con regolamento (UE) 1260/2012²⁹⁶.

Il Trattato di Lisbona ha ribadito la stretta connessione esistente tra proprietà intellettuale e libera circolazione di merci e servizi. L'art. 118 TFUE prevede che “*nell'ambito dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure per la creazione di titoli europei al fine di garantire una protezione uniforme dei diritti di proprietà intellettuale nell'Unione e per l'istituzione di regimi di autorizzazione, di coordinamento e di controllo centralizzati a livello di Unione*”.

Nell'ambito dell'azione della Commissione, la tutela della proprietà intellettuale si pone inoltre come condizione essenziale per favorire la crescita economica, la creazione di nuovi posti di lavoro e la realizzazione di prodotti di qualità, specialmente in settori economici soggetti a forte evoluzione e ad alto contenuto tecnologico. Cosicché la protezione della proprietà intellettuale è divenuta fattore rilevante per il raggiungimento degli obiettivi previsti da Europa 2020²⁹⁷.

²⁹⁴ Cfr. regolamento (CE) n. 6/2002 del Consiglio, del 12 dicembre 2001, su disegni e modelli comunitari, in *GU*, L 3 del 5 gennaio 2002, p. 1 ss.

²⁹⁵ Cfr. decisione del Consiglio, del 10 marzo 2011, che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria, in *GU*, L 76 del 22 marzo 2011, p. 53 ss. L'Italia e la Spagna, unici Stati membri a non partecipare, hanno presentato ricorso avverso la predetta decisione. Cfr. ricorso presentato il 10 giugno 2011, causa C-295/11, *Repubblica italiana c. Consiglio*, in *GU*, C 232 del 6 agosto 2011, p. 34 ss.; ricorso proposto il 3 giugno 2011, causa C-274/11, *Regno di Spagna c. Consiglio*, in *GU*, C 219 del 23 luglio 2011, p. 16 ss; conclusioni dell'AG Bot, dell'11 dicembre 2012, cause riunite C-274/11 e C-295/11, *Spagna c. Consiglio*, non ancora pubblicate in *Racc.*

²⁹⁶ Cfr. regolamento (UE) n. 1260/2012 del Consiglio, del 17 dicembre 2012, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria con riferimento al regime di traduzione applicabile, in *GU*, L 361 del 31 dicembre 2012, p. 89 ss.

²⁹⁷ Cfr. Commissione, Un mercato unico dei diritti di proprietà intellettuale. Rafforzare la creatività e l'innovazione per permettere la creazione di crescita economica, di posti di lavoro e prodotti e servizi di prima qualità in Europa, COM(2011)287 def., p. 3: “[u]n regime di diritti di proprietà intellettuale europeo integrato e moderno fornirà un importante contributo alla crescita, alla creazione di posti di lavoro sostenibili e alla competitività della nostra economia, ovvero obiettivi chiave dell'agenda UE

Il progetto di penalizzazione

A complemento dei profili analizzati sopra, in data 30 gennaio 2003, la Commissione adottava una proposta di direttiva finalizzata all'armonizzazione degli strumenti previsti dalle singole normative nazionali per la tutela dei diritti di proprietà intellettuale. Il documento prevedeva l'obbligo in capo agli Stati membri di dotarsi di misure e procedure di natura civile e amministrativa – tra cui sanzioni di carattere concreto, proporzionato e dissuasivo – atte ad assicurare il rispetto di tali diritti. L'art. 20(1) e (2) disponeva inoltre che le violazioni più gravi dovessero essere sanzionate come reati, anche con “*pene restrittive della libertà*”²⁹⁸.

La proposta di cui sopra confluiva e dava poi origine alla direttiva 2004/48/CE, la quale, tuttavia, a causa delle resistenze incontrate in seno al Parlamento europeo, non trasponeva le indicazioni in tema di penalizzazione, limitando il suo spettro applicativo ai soli strumenti di natura civile e amministrativa²⁹⁹. In un comunicato stampa del 9 marzo 2004, la Commissione sottolineava che “[o]ne important element is missing from the text voted today – a provision on criminal sanctions such as that included in the Commission proposal. On this Commissioner Bolkestein said: The Commission considers that effective action against counterfeiting and piracy requires criminal sanctions for serious, intentional infringements committed for commercial purposes. We will therefore examine the possibility of proposing

2020 e dell'Analisi annuale della crescita che sono essenziali per supportare la ripresa dell'UE dalla crisi economica e finanziaria. Esso consentirà lo sviluppo di settori come il commercio elettronico e le industrie digitali che offrono il massimo potenziale per la crescita futura. L'innovazione non solo aiuta l'economia europea a prosperare, ma è anche indispensabile per vincere le grandi sfide che l'umanità dovrà affrontare nel 21° secolo: garantire la sicurezza alimentare, contenere i cambiamenti climatici, far fronte ai cambiamenti demografici e migliorare la salute dei cittadini. L'innovazione svolge anche un ruolo essenziale per la qualità della vita quotidiana in quanto stimola la diversità culturale”. Sulla stessa linea, cfr. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle misure e alle procedure volte ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, COM(2003)46 def., pp. 8-13, ove si sottolinea come la tutela dei diritti di proprietà intellettuale sia funzionale – oltre che alla realizzazione del mercato interno – a promuovere l'innovazione e la concorrenzialità delle imprese, la salvaguardia e lo sviluppo del settore culturale, l'occupazione, la tutela dei consumatori, il mantenimento dell'ordine pubblico e la stabilità economica.

²⁹⁸ Cfr. proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle misure e alle procedure volte ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, COM/2003/0046 def.

²⁹⁹ Cfr. direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, in *GU*, L 157 del 30 aprile 2004, p. 45 ss.

*in due course further measures providing for criminal sanctions in this field. Moreover, the Directive will not prevent Member States from applying criminal sanctions if they wish to*³⁰⁰.

Un (nuovo) progetto di penalizzazione veniva avanzato dalla Commissione il 12 luglio 2005, nella forma della decisione quadro³⁰¹. Quest'ultima era poi convertita in proposta di direttiva in data 26 aprile 2006³⁰², a seguito della sentenza della Corte del 13 settembre 2005, *Commissione c. Consiglio*, nella quale il giudice comunitario chiariva come l'adozione di tali misure rientrasse nelle competenze del primo pilastro, e non del terzo³⁰³.

L'iter di approvazione della predetta direttiva, arenatosi per alcuni anni, parrebbe ora essere ripreso. L'1 marzo 2010, il Consiglio dell'Unione ha invitato la Commissione “*ad analizzare l'opportunità di presentare una proposta modificata di direttiva relativa alle misure penali finalizzate alla lotta alla contraffazione e alla pirateria. Tale analisi deve includere una valutazione della misura in cui è necessario agire per garantire l'efficace attuazione di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, nonché un esame dell'impatto, dei costi e dei benefici di eventuali nuove misure*”³⁰⁴.

Si potrebbe dunque giungere a un obbligo di penalizzazione nel settore della proprietà intellettuale nel corso del prossimo futuro. Sul punto, si noti infine che la Commissione, in una sua recente comunicazione riguardante la politica penale dell'Unione, individua

³⁰⁰ Il testo integrale del comunicato stampa è disponibile sul sito internet dell'Unione, all'indirizzo URL <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/04/316&format=HTML&aged=1&language=en&guiLanguage=en>.

³⁰¹ Cfr. proposta di decisione quadro del Consiglio relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione delle violazioni della proprietà intellettuale, COM/2005/0276 def.

³⁰² Cfr. proposta modificata di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle misure penali finalizzate ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, COM/2006/0168 def.

³⁰³ Cfr. sentenza della Corte, del 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, p. I-7879 ss. Cfr. anche sopra, sezione 3.A.(i).

³⁰⁴ Cfr. risoluzione del Consiglio, dell'1 marzo 2010, sulla tutela dei diritti di proprietà intellettuale nel mercato interno, in *GU*, C 56 del 6 marzo 2010, p. 1 ss., punto 32.

giustappunto la contraffazione come una delle possibili aree di prossimo intervento³⁰⁵.

B. L'attuale base giuridica

(i) L'art. 83 TFUE e i principi generali/i diritti fondamentali

La ripartizione di competenze in materia penale tra il primo e il terzo pilastro dell'Unione, e la conseguente dicotomia tra decisione quadro e direttiva, sopra analizzate, sono ormai venute meno in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. L'attuale norma di riferimento in tema di riavvicinamento delle legislazioni penali degli Stati membri è ora rinvenibile nell'art. 83 TFUE.

Il primo comma di tale disposizione riprende in larga misura il disposto sostanziale di cui all'art. 31(1)(e) TUE, nella sua formulazione antecedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, e prevede che l'Unione, mediante il solo strumento della direttiva, possa stabilire norme minime concernenti la definizione dei reati e delle relative sanzioni con riferimento a fattispecie riguardanti il terrorismo, la tratta degli esseri umani, lo sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, il traffico illecito di stupefacenti e di armi, il riciclaggio di denaro, la corruzione, la contraffazione di mezzi di pagamento e la criminalità informatica e organizzata (c.d. eurocrimini)³⁰⁶.

Lo stesso articolo, al secondo comma, dispone inoltre che il legislatore europeo possa adottare direttive volte al riavvicinamento delle normative penali nazionali anche con riferimento a reati non rientranti nella lista di cui al primo comma, ove la previsione di regole

³⁰⁵ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale, COM(2011)573 def., p. 12.

³⁰⁶ Cfr. TFUE, art. 83(1): “[i]l Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni. Dette sfere di criminalità sono le seguenti: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata. In funzione dell'evoluzione della criminalità, il Consiglio può adottare una decisione che individua altre sfere di criminalità che rispondono ai criteri di cui al presente paragrafo. Esso delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo”.

minime comuni concernenti l'identificazione delle condotte illecite e le relative conseguenze sanzionatorie sia indispensabile al fine di garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore già oggetto di armonizzazione³⁰⁷.

L'art. 83(3) TFUE prevede infine che uno Stato membro – qualora esso ritenga che un progetto di direttiva ai sensi dell'art. 83(1) o (2) possa impattare su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale – abbia la possibilità d'investire della questione il Consiglio europeo. Nell'ipotesi in cui, in tale sede, non si riesca a trovare un consenso unanime, l'unica soluzione residua, ove vi sia il parere positivo di almeno 9 Stati membri, è quella di una cooperazione rafforzata ai sensi dell'art. 326 TFUE ss. (c.d. freno d'emergenza)³⁰⁸.

L'azione dell'Unione in tema di riavvicinamento delle normative penali degli Stati membri, oltre che muoversi conformemente alla lettera delle predette disposizioni, deve altresì rispettare taluni principi generali e diritti fondamentali.

In particolare, alla luce del principio di sussidiarietà, è innanzitutto necessario che l'intervento europeo sia limitato a quei casi in cui il risultato perseguito possa effettivamente essere raggiunto in maniera più efficace tramite l'intervento dell'Unione, piuttosto che

³⁰⁷ Cfr. TFUE, art. 83(2): “[a]llorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive. Tali direttive sono adottate secondo la stessa procedura legislativa ordinaria o speciale utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione, fatto salvo l'articolo 76”.

³⁰⁸ Cfr. TFUE, art. 83(3): “[q]ualora un membro del Consiglio ritenga che un progetto di direttiva di cui al paragrafo 1 o 2 incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale, può chiedere che il Consiglio europeo sia investito della questione. In tal caso la procedura legislativa ordinaria è sospesa. Previa discussione e in caso di consenso, il Consiglio europeo, entro quattro mesi da tale sospensione, rinvia il progetto al Consiglio, ponendo fine alla sospensione della procedura legislativa ordinaria. Entro il medesimo termine, in caso di disaccordo, e se almeno nove Stati membri desiderano instaurare una cooperazione rafforzata sulla base del progetto di direttiva in questione, essi ne informano il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione. In tal caso l'autorizzazione a procedere alla cooperazione rafforzata di cui all'articolo 20, paragrafo 2 del trattato sull'Unione europea e all'articolo 329, paragrafo 1 del presente trattato si considera concessa e si applicano le disposizioni sulla cooperazione rafforzata”.

mediante l'azione dei singoli paesi³⁰⁹.

L'intervento di carattere penale, in linea con il principio di proporzionalità, deve inoltre costituire una c.d. *ultima ratio*, ossia deve essere impiegato solamente ove la piena attuazione delle politiche rilevanti e le finalità volute non possano essere conseguite per mezzo di interventi di carattere meno invasivo per l'individuo, come misure di natura amministrativa o civile³¹⁰.

Sul punto, l'art. 83(2), con riferimento a quelle condotte non rientranti tra i c.d. eurocrimini, prevede esplicitamente che l'azione dell'Unione debba limitarsi a quei casi in cui essa si rileva indispensabile, ossia a quelle ipotesi ove “[l]’esperienza dimostr[i] che i sistemi sanzionatori vigenti non sono sufficienti per garantire la piena osservanza della normativa [...]”, cosicché il rispetto della stessa “può e dovrebbe essere rafforzata mediante

³⁰⁹ Cfr. TFUE, Protocollo n. 2. Cfr. anche Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale, COM(2011)573 def., p. 7, ove si sottolinea che: “[i]l requisito generale della sussidiarietà della normativa dell'Unione deve essere considerato con particolare attenzione nel caso del diritto penale. Ciò significa che l'Unione europea può legiferare solo se l'obiettivo non può essere conseguito più efficacemente mediante misure di livello nazionale o regionale e locale, ma può, a motivo della portata o degli effetti della misura proposta, essere conseguito meglio a livello di Unione”. Cfr. anche Manifesto sulla politica criminale europea, opera di un gruppo di 14 docenti di diritto penale provenienti da 10 differenti Stati membri dell'Unione, disponibile sul sito internet dell'European Criminal Policy Initiative, all'indirizzo URL http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_388.pdf; Risoluzione del Parlamento europeo, del 22 maggio 2012, su un approccio dell'UE in materia di diritto penale, 2010/2310(INI), punto 1.

³¹⁰ Cfr. TFUE, Protocollo n. 2. Cfr. anche Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale, COM(2011)573 def., p. 8, ove si sottolinea come occorra innanzitutto determinare se “regimi sanzionatori di natura amministrativa o civile [...] non possano [comunque] garantire a sufficienza l'attuazione delle politiche, e se il diritto penale possa invece dare ai problemi una risposta più efficace”. Cfr. anche Manifesto sulla politica criminale europea, opera di un gruppo di 14 docenti di diritto penale provenienti da 10 differenti Stati membri dell'Unione, disponibile sul sito internet dell'European Criminal Policy Initiative, all'indirizzo URL http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_388.pdf; Risoluzione del Parlamento europeo, del 22 maggio 2012, su un approccio dell'UE in materia di diritto penale, 2010/2310(INI), considerando I e punti 1 e 3.

*la disponibilità di sanzioni penali, che sono indice di una riprovazione sociale di natura qualitativamente diversa rispetto alle sanzioni amministrative o ai meccanismi risarcitori di diritto civile*³¹¹.

Ove si giunga alla conclusione che un intervento del legislatore europeo risponde effettivamente ai predetti principi, nella definizione della fattispecie penale e delle relative sanzioni sarà inoltre necessario garantire il pieno rispetto dei diritti fondamentali, come elaborati dalla giurisprudenza delle Corti, e codificati nella Carta dell'Unione e nella CEDU³¹². Nello specifico, dovrà aversi cura che la lettera della direttiva sia sufficientemente chiara, in modo da permettere ai destinatari di comprendere attraverso quale comportamento ci si espone alla sanzione penale, in conformità al principio di sufficiente determinatezza del reato, corollario di quello della certezza del diritto. Le pene minime previste, in linea con il già citato criterio di proporzionalità, che in tale ambito trova ulteriore applicazione, dovranno inoltre essere idonee a raggiungere lo scopo prefissato ma, allo stesso tempo, non andare oltre quanto strettamente necessario al perseguimento dello stesso. Sarà altresì necessario che la misura sanzionatoria prevista, quanto a tipologia e gravità, non sia di per sé sproporzionata rispetto all'interesse tutelato.

Infine, affinché l'azione dell'Unione in ambito penale possa rappresentare un effettivo complemento per i sistemi giuridici nazionali, la stessa dovrà rispondere anche a un criterio di coerenza, ossia tenere in considerazione sia (i) il quadro di riferimento costituito dagli atti europei preesistenti, sia (ii) i valori, le tradizioni, le consuetudini e le scelte fondamentali degli ordinamenti dei singoli Stati membri³¹³.

³¹¹ Cfr. direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente, in *GU*, L 328 del 6 dicembre 2008, p. 28 ss., premessa (3).

³¹² Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo, del 22 maggio 2012, su un approccio dell'UE in materia di diritto penale, 2010/2310(INI), punto 2.

³¹³ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale, COM(2011)573 def., pp. 8-9. Cfr. anche Manifesto sulla politica criminale europea, opera di un gruppo di 14 docenti di diritto penale provenienti da 10 differenti Stati membri dell'Unione, disponibile sul sito internet dell'European Criminal Policy Initiative, all'indirizzo URL http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_388.pdf; Risoluzione del Parlamento europeo, del 22 maggio 2012, su un approccio dell'UE in materia di diritto penale, 2010/2310(INI), considerando K e punti 3, 4 e 11. Anche al fine di garantire una piena attuazione

(ii) L'applicazione in ambito antitrust

A prescindere dalle questioni connesse al rispetto dei principi generali e dei diritti fondamentali nella stesura e delineazione del perimetro della norma (che saranno oggetto di analisi nel capitolo successivo), a monte occorre innanzitutto porsi il quesito se un'eventuale azione penale dell'Unione in ambito antitrust possa rispondere ai criteri di proporzionalità e sussidiarietà di cui sopra.

Ora, che il diritto europeo della concorrenza non sia stato inizialmente concepito per accomodare sanzioni di carattere penale risulta dallo stesso art. 103 TFUE, il quale, sin dalla sua originaria formulazione, limita le possibili sanzioni antitrust alle sole ammende e penalità di mora. Lo stesso regolamento (CE) 1/2003 specifica che le decisioni della Commissione “*non hanno carattere penale*”³¹⁴. Ciò è desumibile anche dalla stessa struttura del procedimento antitrust. Al riguardo, basti osservare come l'attività investigativa sia svolta dallo stesso organo al quale spetta il compito di assumere la decisione finale, ossia la Commissione. Le funzioni d'investigatore e giudice sono così unificate in capo ad un unico soggetto, creando una commistione lontana dal garantismo al quale la sfera penale si deve necessariamente ispirare.

D'altronde, il modello europeo muove da basi diverse rispetto a quello americano. La materia penale è rimasta a lungo esclusa dalle competenze dei Trattati³¹⁵, i quali si sono storicamente concentrati sui profili economici dell'integrazione, e solo successivamente

dei principi e dei diritti fondamentali in tale ambito, la Commissione ha costituito un gruppo di esperti, che contribuirà a migliorare la qualità della legislazione dell'Unione nel settore del diritto penale, alla luce delle nuove norme del Trattato di Lisbona e della Carta dell'Unione. Tale organo di consultazione, attualmente costituito da 20 tra giudici, pubblici ministeri e avvocati difensori, di tredici Stati membri differenti, rappresentanti le principali tradizioni giuridiche penali dell'Unione, si riunirà due volte all'anno. Cfr. decisione della Commissione, del 21 febbraio 2012, che istituisce il gruppo di esperti sulla politica penale dell'Unione europea, in *GU*, C 53 del 23 febbraio 2012, p. 9 ss.; Commissione, comunicato stampa IP/12/621, del 19 giugno 2012, Per una politica penale coerente dell'Unione europea in linea con i diritti fondamentali: la Commissione riunisce esperti ad alto livello.

³¹⁴ Cfr. regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in *GU*, L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1 ss., art. 23(5).

³¹⁵ Sino al Trattato di Maastricht del 1992.

hanno esteso il loro raggio di azione. È dunque comprensibile che la normativa di concorrenza non potesse assumere un profilo penale ai suoi esordi.

La scelta sinora operata a livello europeo di non dotarsi di un apparato sanzionatorio per le persone fisiche (sia esso di natura penale o amministrativa) con riferimento alle violazioni delle norme di concorrenza di cui ai Trattati ha tuttavia posto il problema di come garantire un adeguato livello di deterrenza. La risposta adottata dalla Commissione e, più in generale, dall'Unione, si è mossa in una pluralità di direzioni.

Come descritto nei capitoli precedenti, è stato innanzitutto innalzato il livello medio delle ammende. La Commissione ha inoltre cercato di generare un maggiore effetto di dissuasione mediante un ampio uso del programma di clemenza. Sono altresì stati introdotti nuovi poteri d'indagine, quale la possibilità di condurre ispezioni presso domicili privati, di raccogliere dichiarazioni e d'utilizzare sigilli nel corso degli accertamenti presso le imprese³¹⁶.

I limiti connessi a tali strumenti, e i risultati non pienamente soddisfacenti raggiunti da questi in un'ottica di deterrenza, sono già stati analizzati in precedenza, nel capitolo I, sezione 2.C.

In parallelo, si è cercato di creare un terreno fertile per lo sviluppo delle azioni di risarcimento danni connesse agli illeciti anticoncorrenziali, così da disincentivare le imprese dal partecipare a condotte anticoncorrenziali. Il private enforcement, tuttavia, non ha avuto sinora un adeguato sviluppo in seno agli Stati membri dell'Unione. Le forme di tutela civilistica, inoltre, come già visto nel capitolo II, sezione 5, scontano delle deficienze in termini di deterrenza similari a quelle che caratterizzano l'attuale apparato di public enforcement, in quanto anch'esse non possono che assumere un carattere prevalentemente pecuniario, e tendono a colpire l'impresa (in ultima analisi, la società), e non direttamente le persone fisiche, *manager* o dipendenti, che pongono materialmente in essere la condotta anticoncorrenziale.

Lo scenario di public enforcement del diritto europeo della concorrenza a livello

³¹⁶ Cfr. regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in *GU*, L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1 ss., artt. 19, 20 e 21.

nazionale pone, almeno in parte, problematiche simili, come già descritto nel capitolo I, sezione 3. Gli strumenti di reperimento delle prove, in particolare i poteri d'indagine e i programmi di clemenza, da una parte, appaiono in grado d'intercettare solamente una minima parte degli illeciti commessi. Gli apparati sanzionatori, dall'altra, non sembrano capaci di supplire a tali carenze e generare un effetto di deterrenza ottimale, a causa delle tipologie di pene previste, o della loro mancata applicazione effettiva. La diversità normativa tra i diversi Stati membri, in aggiunta, oltre che rischiare di creare della "zone franche" in seno all'Unione, integra altresì un limite alla collaborazione tra le autorità di concorrenza nazionali, e al reciproco riconoscimento dei provvedimenti in materia antitrust.

Al fine di ovviare ai predetti limiti, taluni Autori hanno suggerito che potrebbe rivelarsi utile introdurre nuove forme di sanzioni amministrative per le imprese, quali l'interdizione dal partecipare a gare indette dalla pubblica amministrazione, la cessione di una parte delle partecipazioni della società interessata a favore dello Stato, la pubblicazione della decisione di condanna sui maggiori quotidiani a spese dell'impresa, o similari³¹⁷.

Tali soluzioni, tuttavia, non appaiono pienamente idonee al fine che ci si propone, per una serie di ragioni. Innanzitutto, si tratterebbe comunque di misure incapaci d'incidere direttamente sull'autore materiale dell'infrazione, ossia sulla persona fisica, e dunque caratterizzate, per loro stessa natura, da un chiaro limite dissuasivo. Esse, inoltre, poiché rivolte nei confronti di una persona giuridica, tenderebbero comunque ad assumere, in ultima analisi, un profilo meramente pecuniario, ponendo problematiche simili a quelle già analizzate ai capitoli I e II, anche con riferimento al tema dell'incapacità contributiva.

Altri Autori, cogliendo maggiormente nel segno, suggeriscono di dotare le autorità antitrust del potere di comminare sanzioni pecuniarie di natura amministrativa direttamente nei confronti degli individui coinvolti nella violazione, così da colpire direttamente i soggetti responsabili dell'infrazione.

Anche tale opzione, sebbene preferibile rispetto alla prima analizzata, sembra nondimeno presentare delle falle in un'ottica di deterrenza. Le conseguenze di carattere esclusivamente monetario, innanzitutto, sono potenzialmente traslabili, mediante meccanismi

³¹⁷ Cfr. B. FISSE, *Cartel offences and non-monetary punishment: the punitive injunction as a sanction against corporations*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011, p. 321.

di manleva che un'impresa potrebbe predisporre a beneficio dei propri dirigenti e dipendenti³¹⁸, con conseguente riduzione della portata di deterrenza della misura sanzionatoria stessa³¹⁹.

Risultato tanto più facilmente ottenibile ove si consideri che la gestione di una violazione antitrust, anche di dimensioni sovra-nazionali, richiede generalmente il coinvolgimento di un numero assai limitato di soggetti per singola impresa, cosicché un “rimborso” dell'eventuale sanzione pecuniaria loro irrogata non comporterebbe un esborso economico eccessivamente gravoso per le rispettive società. Siffatta conclusione è confermata dall'ulteriore considerazione che il limite massimo dell'ammenda dovrebbe comunque essere calibrato sulla capacità finanziaria del singolo individuo, e non della persona giuridica presso la quale quest'ultimo svolge la sua attività lavorativa. Un eventuale indennizzo a favore del soggetto coinvolto nell'infrazione costituirebbe dunque un onere limitato per l'impresa.

Lo stesso dirigente d'azienda, infine, in una valutazione comparatistica tra la possibile ammenda alla quale rischierebbe di essere esposto e i potenziali vantaggi che lui stesso potrebbe conseguire mediante la partecipazione all'illecito – ad esempio, sotto forma di *bonus* per il raggiungimento o il mantenimento di determinati obiettivi commerciali –

³¹⁸ Cfr. R. H. KRAAKMAN, *Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls*, in *Yale Law Journal*, 93, 1984, p. 857 ss. Quantomeno nell'ambito di alcuni ordinamenti (ad esempio, quello italiano) si potrebbe porre il dubbio che negozi stipulati a tal fine tra la società e il dirigente o il dipendente siano nulli per illiceità della causa o del motivo, in quanto aventi come effetto quello di agevolare la commissione di atti illeciti, almeno con riferimento a quelli posti in essere con dolo.

³¹⁹ Cfr. ICN, *Defining hard core cartel conduct – Effective Institutions – Effective Penalties*, report preparato in occasione della 4° conferenza annuale, tenutasi a Bonn il 6-8 giugno 2005, p. 65: “[o]ne of the problems linked to the deterrent effect of fining individuals is the risk of the company reimbursing its director or manager afterwards. In this context one of the agencies surveyed stressed that the managers directly or indirectly liable for their company's infringement shall be personally and exclusively liable for the fine. However, none of the agencies described any kind of safeguards to prevent the reimbursement of managers for the fines paid by their employer. And it is true that such legal tools are difficult to imagine”. Cfr. anche W. P. J. WILS, *Is criminalization of EU competition law the answer?*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, pp. 85-86.

potrebbe comunque considerare l'adesione all'infrazione come l'opzione più vantaggiosa³²⁰.

L'introduzione di sanzioni di natura penale per le violazioni delle norme di concorrenza di cui ai Trattati, al contrario, potrebbe integrare uno strumento idoneo a colmare i limiti di deterrenza sopra descritti.

La misura penale, innanzitutto, è in grado d'impattare in maniera diretta sull'autore dell'illecito, generando un immediato effetto dissuasivo.

Essa, inoltre, contribuisce alla presa di coscienza da parte dell'agente della gravità della condotta, questo sia per il forte messaggio morale che è proprio del diritto penale sia per l'elevato disvalore (e, quindi, "rimprovero") sociale connesso alle fattispecie di reato³²¹.

Talune tipologie di pene, in aggiunta, come specifiche forme d'interdizione o la detenzione, determinano conseguenze negative per l'agente tendenzialmente non traslabili in capo a soggetti terzi, e che, quantomeno in larga misura, si sottraggono a una logica di compensazione economica.

Con questo, non si vuole certamente argomentare a favore di una generalizzata penalizzazione degli illeciti antitrust, né tantomeno ignorare le difficoltà che la misura penale pone, anche in termini di costi economici e sociali³²².

³²⁰ Cfr. M. J. FRESE, *The negative interplay between national custodial sanctions and leniency*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, p.198.

³²¹ Cfr. W. P. J. WILS, *Is criminalization of EU competition law the answer?*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, p. 84. Cfr. anche Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale, COM(2011)573 def., p. 13: "le sanzioni di tipo penale possono essere scelte quando si ritiene importante mettere in risalto la forte riprovevolezza per garantire la deterrenza. La registrazione delle condanne nel casellario giudiziale può avere un particolare effetto deterrente".

³²² Allo stesso tempo, non è intenzione dello scrivente sostenere che gli attuali profili di sviluppo, specialmente quelli connessi all'incentivazione del private enforcement, debbano essere abbandonati. Al contrario, questi si dovrebbero affiancare a un eventuale progetto di penalizzazione, al fine di conseguire un risultato ottimale in termini di deterrenza, secondo quanto descritto nel prosieguo.

Ciò che s'intende evidenziare è semplicemente il fatto che l'apparato di public e private enforcement, nella sua dimensione attuale e come L'Unione prospettata di svilupparlo nel futuro, anche alla luce di un confronto con le esperienze di altri ordinamenti, non appare avere le potenzialità necessarie per generare un livello di deterrenza ottimale.

In tale ottica, l'eventuale introduzione di misure di natura penale – non necessariamente di carattere detentivo, e amalgamate nel giusto *mix* sanzionatorio, come si analizzerà con maggiore dettaglio nel prosieguo – in relazione alle infrazioni del diritto europeo della concorrenza potrebbe dunque ben risultare conforme al criterio dell'*ultima ratio*, inteso come corollario del principio di proporzionalità, in quanto unica alternativa astrattamente idonea a raggiungere le finalità dissuasive che ci si propone. Tale azione, come già evidenziato, dovrebbe comunque sempre essere sviluppata in linea con i principi generali e i diritti fondamentali previsti dalla Carta dell'Unione e dalla CEDU, ed essere soggetta a specifiche stringenti limitazioni, anche quanto a formulazione della norma penale e perimetro di applicazione della stessa. Profili, questi, che saranno analizzati in dettaglio nel capitolo successivo.

Allo stesso tempo, una penalizzazione uniforme degli illeciti antitrust su iniziativa europea contribuirebbe a rendere più agevole la condivisione del materiale probatorio tra le autorità di concorrenza dell'Unione. Le discrepanze che gli ordinamenti degli Stati membri attualmente presentano, descritte sopra al capitolo I, sezione 3, tenderebbero a ridursi, permettendo così un maggior flusso d'informazioni in seno all'ECN, ai sensi dell'art. 12(3) del regolamento (CE) 1/2003.

La previsione di norme comuni, in aggiunta, favorirebbe il reciproco riconoscimento di decisioni e sentenze antitrust nei diversi Stati membri, e avrebbe altresì l'effetto di eliminare la presenza di possibili "zone franche" all'interno dell'Unione. Le imprese interessate a colludere non avrebbero più la possibilità di selezionare le legislazioni caratterizzate da un regime sanzionatorio maggiormente lassista al fine dell'implementazione del piano collusivo.

In quest'ottica, risulta evidente come, in linea con il principio di sussidiarietà, un intervento efficace possa essere realizzato solamente a livello europeo, e non lasciato alla discrezionalità di ciascun Stato membro.

Sulla base di quanto descritto e analizzato sopra, non pare dunque irragionevole sostenere che l'art. 83(2) TFUE possa integrare una base giuridica idonea al fine

dell'adozione di una direttiva volta all'introduzione di minimi sanzionatori comuni di natura penale nei differenti ordinamenti domestici per le violazioni del diritto europeo della concorrenza, in linea con i principi di proporzionalità e sussidiarietà, e sulla scorta di quanto già avvenuto per gli illeciti ambientali, e si prospetta di fare anche nei settori della proprietà intellettuale³²³.

Si noti, peraltro, come le predette riflessioni assumano una valenza peculiare anche alla luce dell'attuale periodo di crisi e degli obiettivi di sviluppo e crescita che l'Unione si è posta con la strategia Europea 2020, finalizzata a rilanciare il sistema economico e promuovere una crescita "intelligente, sostenibile e solidale"³²⁴.

Occorre, tuttavia, operare una precisazione. Come detto, l'art. 83(3) TFUE prevede che uno Stato membro possa azionare il c.d. freno di emergenza e riferire una proposta di direttiva ai sensi dell'art. 83(1) o (2) al Consiglio europeo. Qualora, in tale ambito, non si riescano a risolvere i motivi di contrasto, così da ottenere un consenso unanime, l'unica possibilità rimanente è quella di una cooperazione rafforzata.

Ove tale scenario si concretizzasse con riferimento a un eventuale progetto di penalizzazione antitrust³²⁵, il risultato potrebbe non risultare inadeguato, a meno che la

³²³ Cfr. sopra, sezioni 3.A.(ii) e (iii).

³²⁴ Cfr. Commissione, *Europa 2020: una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM(2010)2020, p. 21: "[p]er orientare il mercato unico verso il raggiungimento degli obiettivi di Europa 2020, l'Unione dovrà garantire il corretto funzionamento e collegamento dei mercati, in modo da trasformare la concorrenza e l'accesso da parte dei consumatori in fattori di stimolo per la crescita e l'innovazione. [...] Attuando la politica di concorrenza, la Commissione farà in modo che il mercato unico rimanga un mercato aperto, assicurando anche in futuro pari opportunità alle imprese e lottando contro il protezionismo nazionale. Ma la politica di concorrenza darà un ulteriore contributo al conseguimento degli obiettivi di Europa 2020. La politica di concorrenza garantisce che i mercati creino condizioni favorevoli all'innovazione, impedendo ad esempio le violazioni dei diritti di brevetto e di proprietà. Impedire gli abusi di mercato e gli accordi anticoncorrenziali tra imprese significa fornire le garanzie necessarie per incentivare l'innovazione. Anche la politica sugli aiuti di Stato può dare un contributo attivo e costruttivo agli obiettivi di Europa 2020 stimolando e sostenendo le iniziative riguardanti tecnologie più innovative, più efficienti e più verdi e agevolando parallelamente l'accesso al sostegno pubblico per gli investimenti, al capitale di rischio e ai finanziamenti per la ricerca e lo sviluppo".

³²⁵ Cosa che certamente è plausibile accada, anche alla luce della tradizione puramente amministrativa di taluni ordinamenti nazionali nell'ambito del diritto della concorrenza, e in considerazione del fatto che

predetta forma di cooperazione, in ultima analisi, non si estenda a quasi tutti gli Stati membri, con solamente alcune eccezioni isolate. Si ritiene, infatti, che una situazione a scacchiera, con alcuni ordinamenti nazionali dotati di sanzioni penali per le violazioni del diritto europeo della concorrenza, e altri ove il diritto antitrust mantiene una matrice prettamente amministrativa, non farebbe altro se non consolidare e riflettere uno stato simile a quello attuale, e non contribuirebbe in maniera decisiva a perseguire l'obiettivo di un livello di deterrenza ottimale. Tale soluzione, peraltro, non aiuterebbe a risolvere pienamente i limiti connessi allo scambio d'informazioni e al reciproco riconoscimento dei provvedimenti di concorrenza tra differenti Stati membri, né a eliminare possibili "zone franche"³²⁶.

Riflessioni finali

Alla luce di quanto sopra, è possibile concludere che la previsione di forme sanzionatorie penali in relazione alle violazioni del diritto europeo della concorrenza potrebbe effettivamente risultare uno strumento idoneo a colmare i *deficit* dissuasivi che l'attuale apparato di enforcement pubblico e privato sembra mostrare. Una tale ipotesi, peraltro, non può certamente dirsi frutto di una visione priva di ancoraggio reale. Essa trova un atteggiamento di favore negli studi e nelle discussioni sviluppatesi in seno all'ICN e all'OCSE. Come evidenziato, inoltre, il profilo penale risulta già integrato in numerosi

taluni Stati membri, quali i Paesi Bassi (nel 1997), l'Austria (nel 2002) e il Lussemburgo (nel 2004), i quali già prevedevano sanzioni di natura penale per gli illeciti antitrust, hanno poi deciso d'intraprendere la via opposta, riformando i loro ordinamenti di concorrenza in un'ottica prettamente amministrativa. L'Austria ha mantenuto delle sanzioni penali per la sola fattispecie di *bid rigging*. Cfr. W. P. J. WILS, *Is criminalization of EU competition law the answer?*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O. W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, pp. 74-75.

³²⁶ Il conferimento di poteri penali direttamente in capo alla Commissione, mediante regolamento, non pare, invece, un'ipotesi realizzabile, né auspicabile. Nei Trattati, innanzitutto, non si ravvisa attualmente una base giuridica idonea a tal fine, come in ultima analisi riconosciuto anche da uno dei più ferventi sostenitori dell'esigenza di penalizzare il diritto europeo della concorrenza. Cfr. W. P. J. WILS, *Is criminalization of EU competition law the answer?*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O. W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, p. 97. Ciò imporrebbe inoltre la necessità di rivoluzionare completamente l'impianto procedurale al momento in vigore a livello europeo, a cominciare da una rigida suddivisione delle funzioni d'investigatore e giudice, concentrate in capo alla sola Commissione. Cfr. sopra, sezione 3.B.(ii).

ordinamenti antitrust. E persino a livello dell'Unione si è già assistito all'introduzione di forme di tutela penale concernenti fattispecie non afferenti a quelle classiche di reato, come gli illeciti ambientali. Lo stesso si è tentato di fare con riferimento alle violazioni del diritto della proprietà intellettuale.

Da un punto di vista prettamente giuridico, l'ipotesi di un intervento dell'Unione al fine della predisposizione di una tutela penale minima per le violazioni del diritto europeo della concorrenza parrebbe dunque essere una via astrattamente percorribile, e l'art. 83 TFUE potrebbe giustappunto essere impiegato a tal fine, nel rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà sopra descritti.

Chi scrive è comunque ben conscio che un eventuale scenario di penalizzazione su iniziativa dell'Unione, secondo quanto detto, riguarda un futuro ancora molto lontano, cui forse si giungerà tra numerosi anni. Come già accennato, l'attuale *focus* è su altre soluzioni, maggiormente realizzabili nel breve periodo, in particolare quella del private enforcement. L'opzione penale, al contrario, risulta certamente più problematica da un punto di vista politico e in un'ottica di consenso tra Stati membri.

La stessa Commissione parrebbe non essere intenzionata a esplorare tale possibilità per il momento. In una risposta a un'interrogazione del Parlamento europeo del 9 giugno 2011, il commissario per la concorrenza Joaquín Almunia ha altresì ribadito che “[l]a Commission n'envisage pas de proposer l'introduction de sanctions individuelles en matière de concurrence”³²⁷. Sulla stessa linea, la Commissione, nella sua comunicazione concernente la politica penale dell'Unione, non elenca il diritto antitrust tra i settori di possibile intervento nel prossimo futuro³²⁸.

³²⁷ Il testo integrale della risposta è disponibile sul sito internet del Parlamento europeo, all'indirizzo URL <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2011-004019&language=FR>.

³²⁸ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale, COM(2011)573 def., pp. 12-13. La Commissione sembra intenzionata a focalizzarsi, in particolare, sugli illeciti relativi al settore finanziario. Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Potenziare i regimi sanzionatori nel settore dei servizi finanziari, COM(2010)716 def.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona fornisce ulteriori spunti di riflessioni sul tema. Nel Trattato che istituisce la Comunità europea (il "TCE"), la materia della concorrenza era indicata, all'art. 3, tra le politiche e le azioni dell'Unione. Nel TFUE, al contrario, essa viene espunta dalla parte "nobile" del Trattato e relegata al protocollo 27³²⁹. Da un punto di vista strettamente giuridico, non varia molto. Le disposizioni inserite nel predetto protocollo hanno lo stesso valore di quelle incorporate nel testo del TFUE. Sotto un profilo politico, tuttavia, la collocazione del principio di concorrenza in una posizione maggiormente defilata rivela un atteggiamento particolarmente cauto nei confronti della materia e dei suoi possibili sviluppi futuri³³⁰.

Ciò detto, occorre tuttavia richiamare anche la relazione del Parlamento europeo sulla politica di concorrenza 2009, ove lo stesso evidenzia come "*il ricorso ad ammende sempre più elevate quale unico strumento antitrust possa essere troppo poco mirato*", e chiede esplicitamente "*lo sviluppo di un'ampia gamma di strumenti più sofisticati, che affrontino questioni quali la responsabilità individuale [...]*"³³¹.

La circostanza che un'eventuale penalizzazione del diritto europeo della concorrenza non sia ipotesi verosimile nel breve periodo non esclude, inoltre, che essa possa divenire una possibilità concreta più avanti con il tempo, in particolare a decorrere dal 2020.

Permane quindi un interesse a esplorare i profili connessi a tale tematica, e le differenti questioni giuridiche che un progetto di direttiva finalizzato all'introduzione di norme penali minime in relazione alle violazioni della normativa antitrust europea, ai sensi dell'art. 83(2), porrebbe. Punti analizzati nel capitolo successivo.

³²⁹ Cfr. TFUE, Protocollo (n. 27) sul mercato interno e sulla concorrenza.

³³⁰ Cfr. F. DENOZZA, *La concorrenza come mezzo o come fine*, in P. BILANCIA, M. D'AMICO, *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, pp. 165-172.

³³¹ Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo, del 20 gennaio 2011, sulla relazione sulla politica di concorrenza 2009, 2010/2137(INI), punto 60.

Giorni totali di reclusione/arresto comminati dalle autorità giudiziarie federali degli Stati Uniti in relazione a illeciti di cartello³³²

PENA DETENTIVA IN CARCERE										
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Numero di persone fisiche condannate	19	15	20	18	19	34	19	35	29	21
Numero totale di giorni comminati	10.501	9.341	7.334	13.157	5.383	31.391	14.331	25.396	26.046	10.544

FORME DI PENE RESTRITTIVE DELLA LIBERTÀ PERSONALE DIVERSE DALLA DETENZIONE IN CARCERE³³³										
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Numero di persone fisiche condannate	16	6	4	6	13	5	11	9	6	12
Numero totale di giorni comminati	3.607	1.025	1.575	1.270	2.760	1.085	2.045	2.195	1.295	2.075

³³² Dati tratti da S. HAMMOND, Assistant Attorney General del DOJ, *The evolution of criminal antitrust enforcement over the last two decades*, discorso tenuto in data 25 febbraio 2010 in occasione del 24° National Institute on White Collar Crime, Miami. Ulteriori informazioni di natura statistica sono disponibili sul sito del DOJ, all'indirizzo URL <http://www.justice.gov/atr/public/workload-statistics.html>.

³³³ Ad esempio, arresti domiciliari.

Numero medio di giorni di reclusione/arresto per singola condanna comminati dalle autorità giudiziarie federali degli Stati Uniti in relazione ad illeciti di cartello³³⁴

PENA DETENTIVA IN CARCERE										
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Numero di persone fisiche condannate	19	15	20	18	19	34	19	35	29	21
Numero totale di giorni comminati	10.501	9.341	7.334	13.157	5.383	31.391	14.331	25.396	26.046	10.544
Media di giorni comminati per singola condanna	552,6	622,7	730,9	366,7	283,3	932,2	754,2	725,6	898,1	502

FORME DI PENE RESTRITTIVE DELLA LIBERTÀ PERSONALE DIVERSE DALLA DETENZIONE IN CARCERE³³⁵										
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Numero di persone fisiche condannate	16	6	4	6	13	5	11	9	6	12
Numero totale di giorni comminati	3.607	1.025	1.575	1.270	2.760	1.085	2.045	2.195	1.295	2.075
Media di giorni comminati per singola condanna	225,4	170,8	393,7	211,6	212,3	217	185,9	243,8	215,8	172,9

³³⁴ Dati tratti da S. HAMMOND, Assistant Attorney General del DOJ, *The evolution of criminal antitrust enforcement over the last two decades*, discorso tenuto in data 25 febbraio 2010 in occasione del 24° National Institute on White Collar Crime, Miami. Ulteriori informazioni di natura statistica sono disponibili sul sito del DOJ, all'indirizzo URL <http://www.justice.gov/atr/public/workload-statistics.html>.

³³⁵ Cfr. nota 333.

CAPITOLO IV

PROFILI SPECIFICI

SOMMARIO: Introduzione. 1. La definizione della fattispecie penale. A. La condotta. (i) Il principio di proporzionalità. (ii) Il principio della certezza del diritto. (iii) Gli altri ordinamenti e le organizzazioni internazionali. B. Il soggetto imputabile. (i) La responsabilità degli enti. (ii) In ambito antitrust. C. Il pregiudizio al commercio tra Stati membri. D. L'elemento soggettivo del reato. 2. Le tipologie di pene. 3. L'interazione con i programmi di clemenza. 4. Il coordinamento tra autorità. 5. Il conflitto di giurisdizione. 6. Il reciproco riconoscimento. Riflessioni finali.

Introduzione

L'introduzione di una tutela penale minima per le violazioni del diritto europeo della concorrenza mediante una direttiva adottata ai sensi dell'art. 83 TFUE (la "Direttiva"), sebbene astrattamente possibile, come visto, presuppone l'analisi e la risoluzione di una pluralità di nodi giuridici e concettuali.

Tali profili saranno analizzati in dettaglio nel presente capitolo. Nello specifico, la sezione 1 analizza i contorni di una possibile fattispecie incriminatrice, in particolare le tematiche connesse all'individuazione della condotta rilevante, dei soggetti passibili di sanzione e dell'elemento soggettivo. Il fattore del pregiudizio al commercio tra Stati membri è inoltre oggetto di discussione; la sezione 2 tratta della possibile tipologia di pena irrogabile; la sezione 3 sviluppa la questione dell'interazione tra la misura penale rivolta alla persona fisica e il programma di clemenza; la sezione 4 affronta l'argomento del coordinamento tra giudice penale e autorità di concorrenza; le sezioni 5 e 6, infine, sviluppano il tema del possibile conflitto di giurisdizione tra autorità di differenti Stati e del reciproco riconoscimento dei rispettivi provvedimenti.

1. La definizione della fattispecie penale

A. La condotta

(i) Il principio di proporzionalità

La proporzione tra la gravità del fatto di reato e la pena da comminarsi costituisce un presupposto fondamentale affinché la percezione di una corretta scala di valori da parte dei consociati non venga alterata e l'agente, percependo come giusta la sanzione inflitta, assuma un atteggiamento di disponibilità psicologica verso il processo rieducativo³³⁶.

Tale principio trova espressa menzione nell'art. 49 della Carta dell'Unione. Similmente, la Corte europea ha più volte sancito che un'eventuale restrizione alle libertà di cui alla CEDU deve comunque essere proporzionata rispetto allo scopo legittimo perseguito³³⁷.

Tali considerazioni inducono a ritenere che un eventuale progetto di penalizzazione dovrebbe limitarsi ed essere circoscritto a quelle infrazioni che sono in grado di recare il maggiore danno economico alla compagine sociale – sotto forma di nocumento economico per l'acquirente (diretto o indiretto) del bene o mancato sviluppo qualitativo del prodotto – ossia ai soli illeciti di cartello, quali definiti sopra nella parte introduttiva di questo scritto, mentre non dovrebbe estendersi sino a ricomprendere condotte differenti, caratterizzate da un grado di lesività minore, quali altre forme di collusione orizzontale, gli abusi di posizione dominante o gli accordi verticali.

³³⁶ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale – Parte Generale*, Bologna, 2002, pp. 638-639.

³³⁷ Cfr., tra le altre, sentenza della Corte europea, del 26 settembre 1997, n. 25017/94, *Mehemi c. Francia*, punto 34; sentenza della Corte europea, del 12 febbraio 1998, n. 26102/95, *Dalia c. Francia*, punto 34; sentenza della Corte europea, del 31 ottobre 2002, n. 37295/97, *Yildiz c. Austria*, punto 41; sentenza della Corte europea, del 9 ottobre 2003, n. 48321/99, *Slivenko c. Lettonia*, punto 73. Cfr. anche Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, COM(2011)573 def., p. 9. Cfr., inoltre, Manifesto sulla politica criminale europea, opera di un gruppo di 14 docenti di diritto penale provenienti da 10 differenti Stati membri dell'Unione, disponibile sul sito internet dell'European Criminal Policy Initiative, all'indirizzo URL http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_388.pdf; Risoluzione del Parlamento europeo, del 22 maggio 2012, su un approccio dell'UE in materia di diritto penale, 2010/2310(INI), punto 3.

(ii) Il principio della certezza del diritto

La conclusione che la Direttiva dovrebbe, in ogni caso, ricomprendere nel suo spettro applicativo solamente le condotte di cartello, e non altre tipologie d'infrazione, discende, oltre che da considerazioni di proporzionalità, come visto, anche dal principio di sufficiente determinazione del reato, inteso come corollario del più generale principio della certezza del diritto, quale sancito dall'art. 49 della Carta dell'Unione e dall'art. 7 della CEDU³³⁸.

I cartelli, secondo quanto più volte evidenziato, integrano infatti delle fattispecie aventi un chiaro oggetto anticoncorrenziale. Al fine di determinare la loro illegittimità ai sensi dell'art. 101 TFUE, non è dunque necessario valutarne gli effetti³³⁹. Utilizzando una

³³⁸ L'art. 49 della Carta prevede espressamente che “[n]essuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale”. Un linguaggio del tutto simile è rinvenibile all'art. 7 della CEDU. Cfr. anche Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale, COM(2011)573 def., p. 9. Cfr., inoltre, Manifesto sulla politica criminale europea, opera di un gruppo di 14 docenti di diritto penale provenienti da 10 differenti Stati membri dell'Unione, disponibile sul sito internet dell'European Criminal Policy Initiative, all'indirizzo URL http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_388.pdf; Risoluzione del Parlamento europeo, del 22 maggio 2012, su un approccio dell'UE in materia di diritto penale, 2010/2310(INI), considerando K e punto 4.

³³⁹ Cfr. ICN, *Defining hard core cartel conduct – Effective Institutions – Effective Penalties*, report preparato in occasione della 4° conferenza annuale tenutasi a Bonn il 6-8 giugno 2005, p. 14: “[i]n many jurisdictions, hard core cartel conduct is per se illegal because of its pernicious effect on competition and lack of redeeming economic value. Thus, the per se approach does not require an agency to prove harm to competition and does not allow parties to claim an efficiency justification. Certain agreements are conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal, without elaborate inquiry as to the precise harm they have caused or the business excuse for their use. Under a per se analysis, companies may not demonstrate the alleged reasonableness or necessity of the challenged conduct. For example, price fixing cannot be justified by arguing that it was necessary to avoid cutthroat competition, or that it resulted only in reasonable prices. The per se approach can provide certainty with respect to the legality of specific conduct”. Cfr. anche sentenza del Tribunale, del 6 luglio 2000, *Volkswagen AG c. Commissione*, causa T-62/98, in *Racc.*, p. II-2707 ss., punto 178; sentenza della Corte, del 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, *Consten e Grundig c. Commissione*, in *Racc.*, p. 458 ss., in particolare pp. 519-521; sentenza della Corte, del 17 luglio 1997, causa C-219/95, *Ferriere Nord c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-4411 ss., punti 12-14. Il tema è inoltre affrontato in numerosi manuali di diritto della concorrenza, tra cui C. BELLAMY, G. CHILD, *European Community Law of Competition*, Oxford, 2007,

terminologia mutuata dalla realtà statunitense, sebbene mai formalmente accettata in seno all'Unione, tali forme d'infrazione possono dunque considerarsi degli illeciti *per se*³⁴⁰.

La valutazione dell'illiceità o meno di altre forme di condotta, al contrario, richiede un'attenta comparazione – ai sensi dell'art. 101(3) TFUE – tra riflessi anti-concorrenziali e pro-concorrenziali, al fine di stabilire se quest'ultimi possano eventualmente compensare i primi. Ciò implica, tuttavia, l'adozione di un approccio di carattere economico e lo sviluppo di considerazioni articolate, anche alla luce del contesto e delle dinamiche di mercato ove il relativo comportamento si è innestato. E una tale analisi, chiaramente, mal si conforma con il principio di sufficiente determinazione del reato, il quale impone che l'agente – ossia una persona potenzialmente priva di specifiche conoscenze tecniche – possa determinare autonomamente ed *ex ante* se una sua eventuale condotta ricada nell'alveo applicativo della norma antitrust.

Sul punto, il giudice comunitario ha chiarito che le norme europee devono presentare caratteri di chiarezza e prevedibilità³⁴¹, cosicché ciascun amministrato sia inequivocabilmente conscio dei suoi diritti e dei suoi obblighi e possa agire in modo adeguato³⁴². Similarmente, la giurisprudenza della Corte europea sottolinea come ciascuna regola debba essere sufficientemente precisa da permettere all'agente di prevedere, con un ragionevole margine di

pp. 157-158 e 163-165; J. FAULL, A. NIKPAY, *The EC law of competition*, Oxford, 1999, pp. 334-336; D. GERARD, S. GOODMAN, C. RIZZA, R. SCHULZ, M. SIRAGUSA, S. SORINAS, *Cartels and collusive behaviour: restrictive agreements and practices between competitors*, III, Leuven, 2012, capitolo 1, sezione 4.

³⁴⁰ Cfr. note 31 e 339. Cfr. anche P. MANZINI, *I Paraferali del giudizio antitrust: regola della ragionevolezza, restrizioni accessorie, divieto per se*, in *Giurisprudenza commerciale*, 30, 3, 2003, p. 285 ss.

³⁴¹ Cfr. sentenza della Corte, del 12 novembre 1981, cause riunite 212 e 217/80, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. s.r.l. Meridionale Industria Salumi e altri, e Ditta Italo Orlandi & Figlio e Ditta Vincenzo Divella c. Amministrazione delle finanze dello Stato*, in *Racc.*, p. 2735 ss., punto 10: “[i] principi di certezza del diritto e di legittimo affidamento [impongono che] le norme comunitarie debbono presentare caratteri di chiarezza e prevedibilità per gli amministrati”.

³⁴² Cfr. sentenza della Corte, del 9 luglio 1981, causa 169/80, *Amministrazione delle dogane c. Société anonyme Gondrand Frères e Société anonyme Garancini*, in *Racc.*, p. 01931 ss., punto 17: “il principio della certezza del diritto esige che una disciplina [...] sia chiara e precisa, acciocché il contribuente sia inequivocabilmente conscio dei suoi diritti e dei suoi obblighi e possa agire in modo adeguato”.

certezza, le conseguenze giuridiche delle proprie azioni³⁴³.

Sebbene un certo grado d'indeterminatezza possa comunque tollerarsi in ambito civile e amministrativo, lo stesso non può tuttavia dirsi per il settore penale, il quale esige garanzie e tutele maggiori per l'individuo, anche alla luce della gravità delle misure sanzionatorie previste.

La necessità, dettata dal principio in oggetto, che la fattispecie illecita prevista nella Direttiva sia delineata come un reato di mera azione, e non di evento, per la cui configurazione non sia dunque necessario provare l'effettiva lesione del bene giuridico tutelato³⁴⁴, induce pertanto a concludere che lo spettro applicativo di tale atto non possa che essere limitato alle sole condotte di cartello³⁴⁵.

³⁴³ Cfr. sentenza della Corte europea, del 17 febbraio 2004, n. 39748/98, *Maestri c. Italia*, punto 30: “*all law, whether written or unwritten, [must] be sufficiently precise to allow the citizen – if need be, with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail*”.

³⁴⁴ Si verrebbe dunque a configurare una protezione anticipata del meccanismo concorrenziale. Cfr. G. M. FLICK, *A proposito della tutela penale della concorrenza: economia e diritto penale o economia di diritto penale?*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI, *L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, p. 191. Più in generale, per una classificazione delle tipologie di reato, cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale – Parte Generale*, Bologna, 2002, pp. 167-178.

³⁴⁵ Cfr. A. HAMMOND, R. PENROSE, *Proposed criminalization of cartel in the UK*, studio commissionato dall'Office of Fair Trading, 2001, p. 9: “*the definition of the offence should, so far as possible, exclude those activities which could arguably attract exemption [...] by the European Commission (EC) under Article 81 of the EC Treaty [...]; the elements of the offence should be capable of being clearly understood by those who may be caught by it and should be clearly defined so as not to risk a contravention of Article 7 of the European Convention on Human Rights [...]*”. Cfr. anche P. MASSEY, *Criminalization and leniency: will the combination favourably affect cartel stability?*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O. W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, pp. 178-179; R. WILLIAMS, *Cartels in the criminal law landscape*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011, pp. 302-304; M. O'KANE, *The law of criminal cartels*, Oxford, 2009, pp. 74-75; M. J. FRESE, *The negative interplay between national custodial sanctions and leniency*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, pp. 204-205.

(iii) Gli altri ordinamenti e le organizzazioni internazionali

L'opportunità di limitare l'opera di penalizzazione alle sole fattispecie di cartello trova un'ulteriore conferma nelle normative stesse di quei paesi che hanno già intrapreso tale strada, in epoca ormai remota oppure solo recentemente. La quasi totalità delle giurisdizioni ove le infrazioni antitrust possono assumere una dimensione penale, infatti, prevede sanzioni di siffatta natura esclusivamente con riferimento a tale tipologia di illecito, ivi compresi gli Stati Uniti.

La stessa OCSE, così come l'ICN, affrontano il tema dell'introduzione di misure penali per le violazioni di concorrenza solamente con riferimento ai cartelli³⁴⁶.

B. Il soggetto imputabile

(i) La responsabilità degli enti

Il tema della responsabilità penale degli enti è stato più volte oggetto d'interesse in sede sovranazionale.

Già con la risoluzione (77) 28, sul contributo del diritto penale alla protezione dell'ambiente, il Consiglio d'Europa raccomandava ai propri stati membri di riesaminare i principi fondanti la responsabilità nei rispettivi sistemi giuridici, al fine di una possibile introduzione di forme d'imputazione penale per “*corporate bodies, public or private*”³⁴⁷. La medesima impostazione è stata poi ripresa dalla Raccomandazione R (81) 12, sulla criminalità economica, e dalla Raccomandazione R (82) 15, sul ruolo del diritto penale nella protezione dei consumatori.

Tali primi atti, tuttavia, secondo un'impostazione di carattere settoriale, limitavano il loro spettro applicativo (i) a specifiche categorie di reati e (ii) ai soli enti, pubblici o privati, caratterizzati da una finalità lucrativa.

Un approccio di carattere più generale è invece rinvenibile nella vera pietra miliare sul tema, ossia la Raccomandazione R (88) 18 sulla responsabilità delle imprese aventi

³⁴⁶ Cfr. quanto detto al capitolo III, sezioni 2.A e B.

³⁴⁷ Cfr. risoluzione (77) 28, adottata dal Consiglio d'Europa il 28 settembre 1977, relativa alla protezione penale dell'ambiente, punto 2.

personalità giuridica per i reati commessi nell'esercizio delle loro attività, adottata dal Consiglio d'Europa il 20 ottobre 1988. Tale documento costituisce il punto di arrivo di un'elaborazione teorica iniziata alla fine degli anni settanta del secolo scorso, in seno al medesimo foro, e sviluppatasi progressivamente con l'adozione degli atti sopra indicati.

La Raccomandazione R (88) 18, in particolare, si fonda sulla constatazione che un numero crescente di reati è commesso nell'esercizio dell'attività d'impresa, e sull'esigenza di allocare la conseguente responsabilità in capo al soggetto che gode i reali benefici dell'attività illegale, anche in considerazione della difficoltà, tipica delle organizzazioni complesse, d'individuare al proprio interno l'individuo responsabile dell'illecito commesso.

Tale atto si caratterizza per due caratteristiche fondamentali: (i) esso, innanzitutto, prevede un regime di responsabilità per tutti i reati commessi nell'esercizio dell'attività aziendale, anche se estranea alle finalità istituzionali dell'ente³⁴⁸. Viene dunque abbandonata l'impostazione settoriale propria delle prime raccomandazioni adottate dal Consiglio d'Europa; (ii) la responsabilità dell'impresa concorre con quella della persona fisica autrice del reato, e deve essere prevista anche nel caso in cui quest'ultima non sia stata identificata³⁴⁹.

Si tratta di un modello, in particolare per quanto attiene al punto (ii), che, per la bontà della sua impostazione, è stato successivamente ripreso nelle decisioni quadro e nelle direttive adottate in seno all'Unione, laddove esse prevedono obblighi di incriminazione³⁵⁰.

Una spinta ulteriore verso lo svilupparsi di forme di responsabilità per gli enti è poi giunta dal Secondo Protocollo della Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee del 19 giugno 1997, il cui art. 3 obbliga ciascuno Stato membro ad

³⁴⁸ Cfr. Raccomandazione R (88) 18, adottata dal Consiglio d'Europa il 20 ottobre 1988, sulla responsabilità delle imprese aventi personalità giuridica per i reati commessi nell'esercizio delle loro attività, punto 1.

³⁴⁹ Cfr. Raccomandazione R (88) 18, adottata dal Consiglio d'Europa il 20 ottobre 1988, sulla responsabilità delle imprese aventi personalità giuridica per i reati commessi nell'esercizio delle loro attività, punti 2 e 5. Cfr. anche Raccomandazione R (96) 8, adottata dal Consiglio d'Europa il 5 settembre 1996, sulla politica criminale e il diritto penale in un'Europa in trasformazione.

³⁵⁰ Cfr., a titolo di esempio, direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente; decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, in *GU*, L 192 del 31 luglio 2003, p. 54 ss.

adottare “*le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili*” di determinati reati – frode, corruzione attiva e riciclaggio – commessi a loro beneficio da chi, all’interno della società, operi individualmente o in quanto titolare di poteri di rappresentanza, di decisione o di controllo. Tale Protocollo lascia tuttavia ai legislatori nazionali la scelta in merito alla natura della predetta responsabilità (civile, amministrativa o penale), premurandosi comunque di specificare, all’art. 4, che le sanzioni devono essere “*effettive, proporzionate e dissuasive*”³⁵¹.

Sulla medesima linea si pone la Convenzione OCSE per la lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, del 17 dicembre 1997. Essa prevede che siano introdotte nel diritto domestico fattispecie incriminatrici della corruzione attiva di pubblici funzionari stranieri, e che ogni Stato si attrezzi per stabilire, in ordine a questo tipo di condotte, delle forme di responsabilità per le persone giuridiche coinvolte³⁵².

(ii) In ambito antitrust

Detto quanto sopra, è dunque necessario porsi il quesito se un’eventuale Direttiva si debba limitare a introdurre un regime di responsabilità penale antitrust per i soli individui o estendere la sua portata anche alle persone giuridiche alle quali esse afferiscono, sul modello degli atti sopra analizzati.

Sul punto, occorre innanzitutto osservare che, anche ove si optasse per quest’ultima soluzione, le sanzioni irrogabili nei confronti delle società assumerebbero in ultima analisi un profilo di carattere sostanzialmente pecuniario. Il tutto si risolverebbe dunque in una parziale duplicazione del regime di public enforcement già in vigore, senza probabilmente apportare benefici rilevanti in termini di deterrenza³⁵³.

³⁵¹ Cfr. Secondo protocollo della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee stabilito in base all’articolo K.3 del trattato sull’Unione europea, in *GU*, C 221 del 19 luglio 1997, p. 12 ss.

³⁵² Cfr. Convenzione OCSE, del 17 dicembre 1997, per la lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, artt. 1 e 2.

³⁵³ Anche le misure interdittive o di confisca che potrebbero essere comminate all’ente, infatti, posto che si tratta pur sempre di una persona giuridica, assumerebbero in ultima battuta una dimensione pecuniaria, sotto forma di perdita di opportunità commerciali ed economiche. Con riferimento ai limiti dissuasivi

La previsione di misure penali anche per gli enti, peraltro, ai fini che qui interessano, non troverebbe neppure una sua giustificazione in una presunta difficoltà a identificare all'interno della compagine societaria le persone fisiche coinvolte nell'illecito³⁵⁴, dato che in sede di investigazione antitrust tale problematica raramente si pone. Gli individui partecipanti al cartello, infatti, sono generalmente individuabili mediante l'analisi della corrispondenza intercorsa tra concorrenti, i *travel report*, le dichiarazioni di clemenza delle imprese, e altri elementi probatori.

Per tali ragioni, la previsione di misure penali anche nei confronti delle imprese, oltre che dei singoli individui, non pare integrare una misura strettamente necessaria in tale contesto³⁵⁵.

C. Il pregiudizio al commercio tra Stati membri

Una condotta collusiva tra concorrenti rileva ai sensi dell'art. 101 TFUE solamente ove essa sia idonea a determinare un pregiudizio al commercio tra Stati membri.

connessi alle sanzioni pecuniarie nei confronti delle imprese, cfr. quanto detto sopra, al capitolo I, sezione 2.C.

³⁵⁴ Cfr. A. HAMDANI, A. KLEMENT, *Corporate crime and deterrence*, in *Stanford Law Review*, 61, 2, 2008, p. 271 ss.; S. NEUMANN VU, *Corporate criminal liability: patchwork verdicts and the problem of locating a guilty agent*, in *Columbia Law Review*, 104, 2, 2004, p. 459 ss.

³⁵⁵ Si tratterebbe, come già accennato, di una soluzione in controtendenza rispetto a quella solitamente attuata a livello dell'Unione, la quale, nell'introdurre norme minime penali uniformi in relazione a specifiche fattispecie, solitamente prevede una parallela responsabilità della persone fisica e giuridica. Sul tema, cfr. anche A. HAMMOND, R. PENROSE, *Proposed criminalization of cartel in the UK*, studio commissionato dall'Office of Fair Trading, 2001, p. 12: “[t]he final issue which we have considered is whether the cartel offence should be capable of applying to companies or undertakings, as well as to individuals, or only to individuals. There seems to be general agreement that it should apply only to individuals and we are also of that view. There is a superficially attractive argument to the effect that there would be an advantage in being able to bring criminal proceedings against both at the same time, so that separate civil proceedings under the Competition Act 1998 (CA98) against the company would not be necessary. On the other hand, it would be consistent with EC law and practice for undertakings to be dealt with under civil procedures and contacts with EC officials suggest that they favour that approach”. Come sarà poi spiegato in dettaglio sotto, alla sezione 4, la decisione se introdurre delle sanzioni penali anche per le persone giuridiche si riflette altresì sulla possibile ripartizione di competenze tra autorità e, in particolare, sull'opportunità di accentrare l'intero potere sanzionatorio con riferimento agli illeciti di cartello in capo al solo giudice penale.

Tale elemento, costitutivo della fattispecie illecita, svolge una duplice funzione. Innanzitutto, esso ancora l'obiettivo della tutela della concorrenza alla realizzazione e al mantenimento del mercato interno. Conclusione che trova una riprova nella stessa formulazione letterale del Protocollo 27 al TFUE³⁵⁶. Sotto questo profilo, dunque, le regole antitrust europee risultano complementari a quelle sulla libera circolazione, condividendone una finalità comune.

Il pregiudizio agli scambi intracomunitari, inoltre, assurge a criterio di ripartizione di competenza tra diritto antitrust europeo e regole nazionali, ponendosi come corollario del principio di sussidiarietà³⁵⁷.

³⁵⁶ Cfr. TFUE, Protocollo 27, intitolato “*Sul mercato interno e sulla concorrenza*”. Cfr., in particolare, il *recital* di cui al predetto Protocollo: “*considerando che il mercato interno ai sensi dell’articolo 3 del trattato sull’Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata*”. Cfr. anche G. TESAURO, *Diritto dell’Unione europea*, Padova, 2012, pp. 619-621; F. DENOZZA, *La concorrenza come mezzo o come fine*, in P. BILANCIA, M. D’AMICO, *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, pp. 165-172.

³⁵⁷ Cfr., tra le altre, sentenza della Corte, del 23 novembre 2006, causa C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, in *Racc.*, p. I-11125, punto 33: “[l]’interpretazione e l’applicazione della condizione *ex art. 81, n. 1, CE* relativa all’impatto degli accordi sul commercio fra Stati membri devono assumere come punto di partenza lo scopo di tale condizione, che è quello di delimitare, in materia di disciplina della concorrenza, il campo di applicazione del diritto comunitario rispetto a quello degli Stati membri. Rientrano perciò nell’ambito del diritto comunitario qualsiasi intesa e qualsiasi prassi atte ad incidere sul commercio fra Stati membri in un modo che possa nuocere alla realizzazione degli scopi di un mercato unico fra gli Stati membri, in particolare isolando i mercati nazionali o modificando la struttura della concorrenza nel mercato comune”. Cfr. anche sentenza della Corte, del 13 luglio 2006, cause riunite C-295/04 a C-298/04, *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito c. Fondiaria Sai SpA, Nicolò Tricarico e Pasqualina Murgolo c. Assitalia SpA*, in *Racc.*, p. I-06619 ss., punto 41; sentenza del Tribunale, del 28 febbraio 2002, causa T-395/94, *Atlantic Container Line AB e altri c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-00875 ss., punto 80; sentenza della Corte, del 6 marzo 1974, cause riunite 6 e 7-73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. e Commercial Solvents Corporation c. Commissione*, in *Racc.*, p. 223 ss., punti 30-33. Cfr., inoltre, le Linee direttrici della Commissione sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in *GU*, C 101 del 27 aprile 2004, p. 81 ss, punto 12: “[i]l criterio del pregiudizio al commercio è un criterio autonomo del diritto comunitario, che deve essere valutato separatamente per ogni caso. Si tratta di un criterio giurisdizionale, che definisce il campo di applicazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza [...]. Il diritto comunitario della concorrenza non si applica agli accordi e alle pratiche che

Ai sensi degli Orientamenti della Commissione, il pregiudizio in oggetto ricorre ove sia possibile concludere, sulla base di un complesso di fattori obiettivi, che l'accordo o la pratica di cui trattasi possa avere un'influenza, diretta o indiretta, attuale o anche solo potenziale, sulle correnti di scambio tra Stati membri³⁵⁸. Generalmente, è sufficiente che l'illecito riguardi l'intero territorio nazionale perché tale requisito ricorra³⁵⁹.

Il pregiudizio al commercio intracomunitario è un elemento che, solitamente, non riveste un'importanza decisiva nelle tesi difensive delle imprese, e su cui quest'ultime non concentrano solitamente le proprie argomentazioni in sede d'indagine o ricorso. Anche ove si concludesse che esso non ricorre, infatti, la parte rimarrebbe comunque sanzionabile ai sensi delle singole normative nazionali.

Qualora fosse introdotta una tutela penale minima per le violazioni del diritto europeo

non siano idonei a pregiudicare sensibilmente il commercio tra Stati membri". Cfr. inoltre C. BELLAMY, G. CHILD, *European Community law of competition*, Oxford, 2008, pp. 70-71. Mentre in talune giurisdizioni, come la Germania, è prevista l'applicazione concorrente da parte delle autorità nazionali dell'art. 101 TFUE e delle regole nazionali in tema di cartelli, in altri ordinamenti le regole domestiche e quelle europee sono trattate come complementari. Cfr., ad esempio, la normativa italiana, nello specifico la Legge 287 del 1990, in *Gazzetta Ufficiale*, del 13 ottobre 1990, n. 2401, art. 1(1): "[l]e disposizioni della presente legge, in attuazione dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese che non ricadono nell'ambito di applicazione degli articoli 65 e/o 66 del Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, degli articoli 85 e/o 86 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (CEE), dei regolamenti della CEE o di atti comunitari con efficacia normativa equiparata". In relazione alle condotte di cui all'art. 101 TFUE, l'ordinamento nazionale non può in ogni caso prevedere regole maggiormente severe rispetto a quelle europee. Cfr. regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in *GU*, L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1 ss., art. 3(2): "[d]all'applicazione della legislazione nazionale in materia di concorrenza non può scaturire il divieto di accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri che non impongono restrizioni alla concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato, che soddisfano le condizioni dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato o che sono disciplinati da un regolamento per l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato".

³⁵⁸ Cfr. Linee direttrici della Commissione sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in *GU*, C 101 del 27 aprile 2004, p. 81 ss., punto 23.

³⁵⁹ Cfr. Linee direttrici della Commissione sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in *GU*, C 101 del 27 aprile 2004, p. 81 ss., punto 78.

della concorrenza, secondo il progetto di Direttiva che qui si descrive, tuttavia, il pregiudizio al commercio tra Stati membri potrebbe assumere un ruolo centrale, specialmente in quelle giurisdizioni che, parallelamente alla previsione di sanzioni penali per le infrazioni di rilevanza europea, non intendessero introdurre misure della medesima natura anche in relazione agli illeciti di dimensioni domestiche, ossia non ricadenti nell'alveo applicativo dell'art. 101 TFUE³⁶⁰.

In tali casi, l'applicazione della norma penale verrebbe a dipendere proprio dall'esistenza del pregiudizio in oggetto, e quest'ultimo assumerebbe pertanto una rilevanza inedita nel contesto del diritto della concorrenza³⁶¹.

D. L'elemento soggettivo del reato

Quanto al profilo soggettivo di un'eventuale fattispecie incriminatrice introdotta dalla Direttiva, e in considerazione della tipologia d'illecito che la stessa potrebbe penalizzare, secondo i limiti di cui sopra, va da sé che l'unico elemento psicologico teorizzabile sia il dolo. Appare difficile, infatti, proprio per le caratteristiche strutturali delle condotte di cartello³⁶², che le stesse possano essere commesse con mera colpa.

Il requisito del dolo, inoltre, si pone maggiormente in linea con il principio di proporzionalità, cui l'azione dell'Unione, anche in ambito penale, come già ribadito, si deve necessariamente conformare³⁶³.

³⁶⁰ La previsione di misure penali con riferimento alle infrazioni di cartello di rilevanza esclusivamente nazionale, come tali non ricadenti nell'alveo applicativo dell'art. 101 TFUE, rimarrebbe infatti una scelta discrezionale del legislatore del singolo Stato membro, non potendo essere disciplinata dalla Direttiva.

³⁶¹ Cfr. I. SIMONSSON, *Criminalising cartels in the EU: is there a case for harmonisation?*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011, pp. 205-206.

³⁶² La cui configurazione, peraltro, neppure richiede il verificarsi di un evento.

³⁶³ Cfr. quanto detto sopra, al capitolo III, sezione 3.B. Cfr. anche Risoluzione del Parlamento europeo, del 22 maggio 2012, su un approccio dell'UE in materia di diritto penale, 2010/2310(INI), considerando J, il quale sottolinea che "il diritto penale dell'UE, di norma generale, dovrebbe imporre pene unicamente per atti commessi intenzionalmente oppure, in circostanze eccezionali, per atti che implicino grave negligenza".

2. Le tipologie di pene

Oltre a delineare la portata applicativa della fattispecie incriminante, la Direttiva dovrebbe anche determinare la tipologia di pena comminabile alla persona fisica, e il minimo edittale applicabile, così da garantire l'effetto deterrente che essa si propone, ed evitare che uno Stato membro possa adottare delle sanzioni non sufficientemente dissuasive.

Al riguardo, le possibili alternative sono sostanzialmente riconducibili a tre tipologie di pena: (i) la misura pecuniaria; (ii) l'interdizione dagli uffici direttivi delle imprese; e (iii) la detenzione.

La previsione di sanzioni penali di natura monetaria per gli individui coinvolti negli illeciti di cartello, sebbene sicuramente utile al fine di colmare alcune delle deficienze, in termini di prevenzione, descritte nei capitoli precedenti, e come tale certamente auspicabile, mostra tuttavia alcuni limiti importanti. Come già evidenziato con riferimento alle ammende di carattere amministrativo, le conseguenze di carattere pecuniario sono potenzialmente traslabili, per cui una società che intendesse partecipare a un cartello potrebbe sempre predisporre dei meccanismi al fine di manlevare o indennizzare i propri dirigenti nel caso in cui l'infrazione fosse scoperta³⁶⁴. Il risultato finale sarebbe, chiaramente, l'azzeramento del potenziale di deterrenza connesso alla misura sanzionatoria³⁶⁵.

³⁶⁴ Cfr. R. H. KRAAKMAN, *Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls*, in *Yale Law Journal*, 93, 1984, p. 857 ss. D'altra parte, quantomeno in alcuni ordinamenti come quello italiano, si potrebbe porre il dubbio che negozi stipulati a tal fine tra la società e il dirigente o dipendente siano nulli per illiceità della causa o del motivo, in quanto aventi come effetto quello di agevolare la commissione di atti illeciti, almeno con riferimento a quelli posti in essere con dolo.

³⁶⁵ Cfr. ICN, *Defining hard core cartel conduct – Effective Institutions – Effective Penalties*, report preparato in occasione della 4^o conferenza annuale, tenutasi a Bonn il 6-8 giugno 2005, p. 65: “[o]ne of the problems linked to the deterrent effect of fining individuals is the risk of the company reimbursing its director or manager afterwards. In this context one of the agencies surveyed stressed that the managers directly or indirectly liable for their company’s infringement shall be personally and exclusively liable for the fine. However, none of the agencies described any kind of safeguards to prevent the reimbursement of managers for the fines paid by their employer. And it is true that such legal tools are difficult to imagine”. Cfr. anche W. P. J. WILS, *Is criminalization of EU competition law the answer?*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, pp. 85-86.

Risultato tanto più facilmente ottenibile ove si consideri che la gestione di un cartello, anche di dimensioni internazionali, spesso implica il coinvolgimento di un numero limitato di soggetti per singola impresa, cosicché un eventuale “rimborso” della sanzione pecuniaria loro irrogata non comporterebbe un esborso economico eccessivamente gravoso per la società.

Lo stesso dirigente d’azienda, in una valutazione comparatistica tra la possibile ammenda alla quale rischierebbe di essere esposto e i potenziali vantaggi che lui stesso potrebbe conseguire mediante la partecipazione al cartello – ad esempio, sotto forma di *bonus* per il raggiungimento o il mantenimento di determinati obiettivi commerciali – potrebbe comunque considerare l’adesione all’infrazione come l’opzione più vantaggiosa³⁶⁶.

Quanto a capacità dissuasiva, certamente la previsione di misure detentive integra la soluzione di maggiore efficacia³⁶⁷. Essa ha il vantaggio non solo d’incidere direttamente sugli interessi delle persone fisiche autrici del cartello³⁶⁸, ma anche quello di generare effetti che non sono trasferibili in capo a soggetti terzi. Una società non può infatti manlevare (quantomeno, integralmente) il proprio dirigente o dipendente dal pregiudizio scaturente dalla privazione della libertà personale³⁶⁹.

Allo stesso tempo, la misura detentiva tende a sottrarsi a una logica di bilanciamento. Le conseguenze connesse, poiché di natura non prettamente monetaria, non sono direttamente compensabili con i potenziali vantaggi economici derivanti per il singolo dal prendere parte a

³⁶⁶ Cfr. M. J. FRESE, *The negative interplay between national custodial sanctions and leniency*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, p.198.

³⁶⁷ In questo contesto, con il termine misure detentive ci si riferisce alle diverse misure privative della libertà personale, come la reclusione e l’arresto.

³⁶⁸ Cfr. B. FISSE, *Cartel offences and non-monetary punishment: the punitive injunction as a sanction against corporations*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011, p. 333.

³⁶⁹ Cfr. W. P. J. WILS, *Is criminalization of EU competition law the answer?*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, pp. 85-86. Cfr. F. GHEZZI, *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust: l’utilizzo dei leniency programs nella lotta contro cartelli e intese hard core*, in *Concorrenza e mercato*, 10, 2002, p. 285, ove l’Autore individua come unica soluzione, in un’ottica di effettiva deterrenza, l’introduzione di sanzioni di natura penale, sebbene lo stesso tenda poi a stemperare tale conclusione con alcune specificazioni in tema di reale fattibilità.

un cartello³⁷⁰.

Anche tale tipologia sanzionatoria, ciononostante, presenta delle problematiche di cui è opportuno tenere conto. Una prima questione che si pone è se la privazione della libertà personale possa integrare una pena proporzionata rispetto a un illecito di carattere meramente economico, come il cartello, i cui effetti negativi, peraltro, tendono spesso a diluirsi su un ampio numero di soggetti³⁷¹. Al fine di dipanare tale dubbio, tuttavia, pare sufficiente osservare come, negli ordinamenti degli stessi Stati membri, siano numerose le fattispecie di reato contro l'economia pubblica, il commercio e l'industria che, sebbene idonee a impattare esclusivamente su interessi pecuniari e finanziari, sono comunque qualificate come delitti e prevedono la pena della reclusione³⁷².

La stessa decisione quadro 2003/568/GAI prescrive misure privative della libertà, comprese almeno tra uno e tre anni, in relazione a quegli atti di corruzione privata che potrebbero comportare distorsioni concorrenziali in sede d'acquisto di beni e servizi³⁷³,

³⁷⁰ V. W. P. J. WILS, *Is criminalization of EU competition law the answer?*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, p. 86.

³⁷¹ Cfr. anche Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, COM(2011)573 def., p. 8. Cfr. inoltre, *Manifesto sulla politica criminale europea*, opera di un gruppo di 14 docenti di diritto penale provenienti da 10 differenti Stati membri dell'Unione, disponibile sul sito internet dell'European Criminal Policy Initiative, all'indirizzo URL http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_388.pdf; Risoluzione del Parlamento europeo, del 22 maggio 2012, su un approccio dell'UE in materia di diritto penale, 2010/2310(INI), punti 1 e 3.

³⁷² Con riferimento all'Italia, si veda il Titolo VIII del c.p.

³⁷³ Cfr. decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, in *GU*, L 192 del 31 luglio 2003, p. 54 ss., art. 2: "1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per assicurare che le seguenti condotte intenzionali costituiscano un illecito penale allorché sono compiute nell'ambito di attività professionali: a) promettere, offrire o concedere, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura ad una persona, per essa stessa o per un terzo, che svolge funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un'entità del settore privato, affinché essa compia o ometta un atto in violazione di un dovere; b) sollecitare o ricevere, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura, oppure accettare la promessa di tale vantaggio, per sé o per un terzo, nello svolgimento di

sottolineando così come il mercato, e il suo corretto funzionamento, integri un bene socialmente rilevante, degno di assurgere a tutela penale³⁷⁴.

È altresì l'esperienza stessa di numerosi Stati, membri e non, a testimoniare come l'illecito antitrust integri una fattispecie potenzialmente suscettibile di essere punibile mediante l'incarcerazione.

La condanna a una pena detentiva presuppone, nondimeno, l'esistenza d'idonee strutture di minima sicurezza, ove l'agente possa scontare la pena e compiere un percorso rieducativo. Il mantenimento di un detenuto implica, inoltre, un onere in termini di costi per la collettività.

Parte della dottrina, in aggiunta, osserva come la previsione di misure privative della libertà, data la loro estrema gravità, potrebbe avere un effetto opposto rispetto a quello perseguito, spingendo gli individui coinvolti nel cartello ad assumere cautele tali da rendere ancor più difficoltosa la scoperta dell'illecito da parte delle autorità³⁷⁵.

Per tali ragioni, si ritiene che la previsione di una pena di carattere detentivo per le infrazioni di cartello, nel contesto di un ipotetico progetto di penalizzazione del diritto europeo della concorrenza, debba essere riservata e circoscritta ai soli casi di cartello di maggiori gravità, quali, ad esempio, le ipotesi di recidiva o le fattispecie di collusione in

funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un'entità del settore privato, per compiere o per omettere un atto, in violazione di un dovere. 2. Il paragrafo 1 si applica alle attività professionali svolte nell'ambito di entità a scopo di lucro e senza scopo di lucro. 3. Uno Stato membro può dichiarare di volere limitare l'ambito di applicazione del paragrafo 1 alle condotte che comportano, o potrebbero comportare, distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali"; e art. 4(2): [c]iascuno Stato membro adotta le misure necessarie per assicurare che le condotte di cui all'articolo 2 siano passibili di pene privative della libertà di durata massima compresa almeno tra uno e tre anni".

³⁷⁴ Cfr. anche Costituzione italiana, art. 41. Sul punto, Cfr. inoltre G. M. FLICK, *A proposito della tutela penale della concorrenza: economia e diritto penale o economia di diritto penale?*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI, *L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, p. 191.

³⁷⁵ Cfr. G. SPAGNOLO, *Criminalization of cartels and their internal organization*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, pp. 143-144.

occasione di gare indette dalla Pubblica Amministrazione, o per conto della stessa (*bid rigging*).

Un'alternativa meno onerosa in termini di costi sociali, e comunque apparentemente in grado di generare un effetto dissuasivo sufficiente, pare invece essere costituita dalla misura dell'interdizione dagli uffici direttivi delle imprese. Anch'essa, infatti, come la pena detentiva, genera delle conseguenze in capo all'agente che non sono solamente di carattere pecuniario, e dunque difficilmente traslabili nella loro totalità. Tale tipologia di pena incide, inoltre, su un interesse di particolare importanza per gli individui che generalmente partecipano alle attività di cartello, ossia i dirigenti, inibendo loro lo svolgimento della propria attività per un certo numero di anni³⁷⁶.

La previsione di una pena di carattere interdittivo per gli individui coinvolti negli illeciti di cartello ai sensi dell'art. 101 TFUE, da applicarsi cumulativamente a una di carattere pecuniario³⁷⁷, sembra dunque essere la formula e l'amalgama sanzionatoria più idonea al fine di garantire un livello di deterrenza ottimale, rimanendo la detenzione una misura potenzialmente utile solo in quei casi di particolare gravità, meramente residuali, ove le predette pene appaiono comunque insufficienti³⁷⁸.

³⁷⁶ La misura dell'interdizione avrà comunque un effetto deterrente limitato ove il dirigente interessato sia ormai prossimo alla pensione.

³⁷⁷ Questo anche in considerazione del fatto che, in numerosi ordinamenti, la pena interdittiva è qualificata come accessoria, e dunque da applicarsi congiuntamente a una principale, come giustappunto quella pecuniaria.

³⁷⁸ La misura pecuniaria e quella interdittiva potrebbero astrattamente essere previste anche a titolo di mere sanzioni amministrative, irrogabili dalle autorità di concorrenza. Nel presente contesto, tuttavia, esse sono trattate esclusivamente in un'ottica penale. Sull'esempio di giurisdizioni come il Regno Unito, la Repubblica d'Irlanda, l'Australia, Israele, la Turchia e la Slovacchia, la scelta più razionale appare infatti quella del c.d. "doppio binario", ai sensi del quale il giudice penale risulta competente ad irrogare le differenti misure sanzionatorie nei confronti delle persone fisiche, e la Commissione e le autorità antitrust nazionali mantengono le proprie prerogative amministrative di enforcement nei confronti delle imprese. Il fatto di centralizzare i poteri sanzionatori esercitabili nei confronti delle persone fisiche in capo al giudice penale, e non allocarne taluni anche alle autorità di concorrenza, sotto forma di misure amministrative: (i) garantisce un maggior livello di imparzialità e tutela per l'individuo, date le maggiori garanzie che caratterizzano il diritto penale, in sede sia d'indagine sia decisionale; e (ii) permette al soggetto giudicante di avere a propria disposizione l'intero novero delle pene irrogabili, ivi compresa

3. L'interazione con i programmi di clemenza

Come evidenziato sopra, al capitolo I, sezione 2.A.(vii), il programma di clemenza si è sinora rivelato uno strumento sicuramente utile al fine d'incrementare il numero d'illeciti di cartello scoperti e sanzionati, quantomeno a livello comunitario. In breve tempo, esso è divenuto uno dei fulcri del sistema di public enforcement del diritto europeo della concorrenza, e dunque strumento imprescindibile per le autorità di concorrenza.

Al fine di poterne beneficiare, tutttavia, l'impresa interessata deve essere la prima, o tra le prime, in ordine di tempo, a trasmettere all'autorità antitrust competente del materiale probatorio significativo inerente l'illecito. Da qui l'esigenza per la società di ricostruire i fatti e reperire i documenti potenzialmente utili nel più breve tempo possibile.

L'esperienza dimostra come non sia per nulla semplice rintracciare le informazioni necessarie per la formulazione di una domanda di clemenza. Le grandi imprese hanno spesso delle politiche interne di gestione della documentazione che prevedono la distruzione della maggior parte del materiale cartaceo ed elettronico risalente anche solo a pochi anni addietro (*retention policy*)³⁷⁹. Negli anni recenti, si è inoltre sviluppata una sempre maggiore sensibilità antitrust tra i *manager* delle società, i quali, nell'ambito delle loro eventuali attività illecite, sono particolarmente attenti a non lasciare tracce evidenti. I documenti rilevanti, poi, ove effettivamente presenti, tendono a essere di difficile comprensione e decifrazione per le persone diverse dal loro autore. In un tale scenario, assumono una rilevanza centrale le testimonianze degli individui che sono stati direttamente coinvolti nell'illecito, le cui spiegazioni e indicazioni costituiscono un elemento centrale per la formulazione e la presentazione di una domanda di clemenza in tempi brevi.

Nel contesto sopra descritto, il timore, fondato, è che un eventuale progetto di penalizzazione del diritto antitrust europeo possa ostacolare quelle imprese che desiderano accedere ai programmi di clemenza, rischiando di compromettere l'efficacia di quest'ultimi. Al fine di evitare che eventuali informazioni possano poi essere utilizzate nei loro confronti in sede giudiziaria, le persone fisiche direttamente coinvolte nell'illecito potrebbero infatti

quella detentiva, che non potrebbe invece essere irrogata da un'autorità di concorrenza nella forma di sanzione amministrativa, così da meglio determinare il giusto *mix* sanzionatorio.

³⁷⁹ Un obbligo di conservazione più lungo è solitamente previsto (per legge) nel caso di documenti con rilevanza fiscale, come le note spese.

decidere di non collaborare con la propria società, rendendo alquanto complicato la preparazione di una domanda di clemenza³⁸⁰.

Le stesse imprese potrebbero risolversi a non presentare istanza di clemenza al fine di non esporre i propri dirigenti a una responsabilità penale.

La questione assume rilevanza anche alla luce di talune recenti pronunce europee. Nella causa *CDC*, il Tribunale ha ritenuto legittima la richiesta di un soggetto terzo di accedere all'indice del fascicolo istruttorio della Commissione, sottolineando nel contempo come l'interesse di una società partecipante ad un programma di clemenza ad evitare l'istaurarsi di azioni di risarcimento danni nei suoi confronti non possa qualificarsi come commerciale e, in ogni caso, non integri un bene degno di una specifica tutela, alla luce del diritto spettante a ciascun soggetto di chiedere la riparazione del danno subito a seguito del comportamento collusivo³⁸¹.

Sulla stessa linea, la Corte, nella causa *Pfleiderer*, ha ritenuto che spetti al giudice nazionale temperare gli interessi contrapposti che vengono in rilievo in tema di accesso ai documenti di clemenza depositati dalla parte nell'ambito di un procedimento *ex art. 101*

³⁸⁰ Cfr. D. SCHROEDER, S. HEINZ, *Requests for leniency in the EU: experience and legal puzzles*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implication*; M. J. FRESE, *The negative interplay between national custodial sanctions and leniency*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, p. 201.

³⁸¹ Cfr. sentenza del Tribunale, del 15 dicembre 2011, causa T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims c. Commissione*, non ancora pubblicata, punto 49: “*sebbene il fatto che una società risulti esposta ad azioni per risarcimento danni possa indubbiamente comportare costi elevati, anche se solo in termini di spese legali, pure nell'ipotesi in cui simili azioni fossero successivamente respinte in quanto infondate, ciò non toglie che l'interesse di una società che ha partecipato a un cartello di evitare simili azioni non può essere qualificato quale interesse commerciale e, in ogni caso, non costituisce un interesse degno di tutela, segnatamente alla luce del diritto che spetta a ciascuna persona di chiedere la riparazione del pregiudizio cagionato da un comportamento atto a restringere o falsare il gioco della concorrenza*”. Sebbene l'indice di per sé non costituisca materiale di clemenza, esso permette comunque d'individuare con precisione i documenti potenzialmente rilevanti nell'ambito di un eventuale procedimento giudiziario. In sede civile, in particolare, tale documento consente all'attore di formulare una richiesta circostanziata al giudice affinché quest'ultimo possa poi adottare un ordine di esibizione avente a oggetto il materiale probatorio di potenziale interesse.

TFUE dinanzi all'autorità antitrust di uno Stato membro, evitando dunque di assumere una posizione di chiara tutela nei confronti del *leniency applicant* (meglio, del programma di clemenza)³⁸².

A ciò si aggiunga che le norme di protezione previste dalla comunicazione di clemenza della Commissione³⁸³ sono qualificabili come *soft law*, e come tali non vincolanti³⁸⁴.

Al fine di ovviare a queste problematiche, alcuni Stati Membri – i cui ordinamenti già prevedono delle sanzioni penali per gli illeciti di cartello – hanno introdotto apposite forme d'immunità anche per le persone fisiche. Ci si riferisce, in particolare, al Regno Unito³⁸⁵, all'Irlanda e alla Francia³⁸⁶. L'autorità di concorrenza italiana ha proposto l'adozione di un

³⁸² Cfr. sentenza della Corte, del 14 giugno 2011, causa C-360/09, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, non ancora pubblicata in *Racc.*, dispositivo: “[I]e disposizioni del diritto dell’Unione in materia di intese, ed in particolare il regolamento (CE) del Consiglio 16 dicembre 2002, n. 1/2003, concernente l’applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 101 TFUE e 102 TFUE, devono essere interpretate nel senso che esse non ostano a che un soggetto, danneggiato da un’infrazione al diritto della concorrenza dell’Unione e che intenda conseguire il risarcimento del danno, ottenga l’accesso ai documenti relativi ad un procedimento di clemenza riguardante l’autore di tale infrazione. Spetta tuttavia ai giudici degli Stati membri, sulla base del loro diritto nazionale, determinare le condizioni alle quali un simile accesso deve essere autorizzato o negato, ponderando gli interessi tutelati dal diritto dell’Unione”. La Commissione sta attualmente valutando l’opportunità di avanzare una proposta normativa, presumibilmente sotto forma di direttiva, finalizzata a disciplinare il tema dell’accesso ai documenti di clemenza da parte di soggetti terzi, nell’ottica di garantire una maggiore certezza del diritto e tutelare le imprese richiedenti i benefici di *leniency*. Cfr. quanto detto sul punto, alla nota 219.

³⁸³ Cfr. Comunicazione della Commissione relativa all’immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, in *GU*, C 298 dell’8 dicembre 2006, p. 17 ss.

³⁸⁴ Cfr., a titolo di esempio, sentenza del Tribunale, del 29 aprile 2004, cause riunite T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, *Tokai Carbon*, in *Racc.*, p. II-1181 ss., punto 352; sentenza del Tribunale, del 19 marzo 2003, causa T-213/00, *CMA CGM*, in *Racc.*, p. II-913 ss., punto 271.

³⁸⁵ Ove le persone fisiche coinvolte nella violazione antitrust hanno la possibilità di beneficiare di una *no action letter* da parte dell’autorità antitrust nazionale, in cambio della loro collaborazione.

³⁸⁶ Cfr. Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français, punto 48: “[I]’Autorité considère que la clémence est au nombre des motifs légitimes qui justifient la non transmission au parquet d’un dossier dans lequel les personnes physiques, appartenant à l’entreprise qui a bénéficié d’une exonération de sanctions pécuniaires, seraient susceptibles de faire aussi l’objet de telles poursuites”.

meccanismo simile di tutela in una recente segnalazione al Parlamento³⁸⁷. Disposizioni di questo tipo sono inoltre in vigore in talune giurisdizioni extra-UE, come gli Stati Uniti, l'Australia e il Brasile. Le persone fisiche coinvolte nell'infrazione hanno dunque la possibilità di andare esenti da responsabilità penale – e pertanto collaborare alle eventuali domande di clemenza delle proprie imprese, senza timore di ripercussioni giudiziarie – a condizione di fornire informazioni e documenti decisivi al fine della prova dell'illecito.

Sulla scorta delle considerazioni sopra sviluppate, e dell'esperienza maturata da taluni paesi, si ritiene quindi che un'eventuale Direttiva finalizzata alla penalizzazione del diritto europeo della concorrenza, secondo i limiti già descritti sopra, dovrebbe nel contempo prevedere un obbligo in capo agli Stati membri d'introdurre nei loro ordinamenti un sistema d'immunità per gli individui che intendano collaborare con le autorità di concorrenza, così da permettere loro di supportare le proprie imprese nella formulazione di eventuali domande di clemenza, senza timore che le informazioni fornite in tale ambito possano essere utilizzate nei loro confronti in sede penale.

Ciò, in ultima analisi, al fine di non compromettere l'efficacia dei programmi di clemenza che, come detto, costituiscono ormai uno strumento di public enforcement di rilevanza centrale³⁸⁸.

³⁸⁷ Cfr. segnalazione dell'AGCM, del 2 ottobre 2012, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013*, pp. 74-76, disponibile all'indirizzo URL http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/3332-as988.html. Come già detto, infatti, in Italia specifiche forme di collusione orizzontale tra concorrenti – in particolare quelle concernenti appalti di carattere pubblico o svolti nell'interesse della Pubblica Amministrazione – possono assumere una rilevanza penale. Cfr. art. 353 c.p.

³⁸⁸ Cfr. C. NORGREN, *Criminal enforcement of antitrust laws*, discorso tenuto in data 14 settembre 2006 in occasione della 33° Conference on International Antitrust Law & Policy presso il Fordham Institute, New York: “[i]n Sweden the issue of introducing a criminalisation of cartels was considered by a govern-mental committee. The committee came to the conclusion that the benefits from criminalisation would be uncertain. [...]. The effectiveness of the leniency programme applied by the Competition Authority would be in danger since there is no crown witness system and prosecutors in Sweden are obligated to prosecute crimes”; A. HAMMOND, R. PENROSE, *Proposed criminalization of cartel in the UK*, studio commissionato dall'Office of Fair Trading, 2001, p. 30-31; D. SCHROEDER, S. HEINZ, *Requests for leniency in the EU: experience and legal puzzles*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, p. 162. Una tematica in parte simile si pone con

4. Il coordinamento tra autorità

Nello scenario sopra descritto, l'applicazione della norma penale antitrust nei confronti

riferimento alla transazione. A livello comunitario, essa prevede che un'impresa possa dichiararsi colpevole della condotta imputatale, rinunciare a determinate garanzie procedurali, quali l'accesso all'intero fascicolo istruttorio e il diritto a ricevere una comunicazione degli addebiti dettagliata, e concordare con la Commissione un livello massimo di ammenda irrogabile, ricevendo nel contempo una riduzione di sanzione sino al 10%. Il coefficiente di deterrenza applicabile all'impresa, inoltre, non può essere superiore a due. A differenza del programma di clemenza, l'istituto della transazione introdotto dall'Unione non ha la finalità di supportare la Commissione nella raccolta del materiale probatorio rilevante, bensì si qualifica come strumento utile a generare efficienze e ridurre i tempi e le risorse da impiegarsi nel procedimento in quei casi ove le imprese, conscie della limitata possibilità di successo delle proprie tesi difensive, vogliano rinunciare a specifici diritti e garanzie in cambio di un beneficio di ammenda. L'adesione alla transazione da parte della società interessata, come già accennato, presuppone tuttavia che quest'ultima dichiari esplicitamente la propria colpevolezza. L'introduzione di sanzioni penali per gli illeciti di cartello mediante un'ipotetica Direttiva, pertanto, potrebbe in parte disincentivare il ricorso a tale istituto. Si rischierebbe, infatti, che l'impresa non voglia ricorrere a esso al fine di non compromettere la posizione dei propri dirigenti in sede giudiziaria, ed evitare così che un'esplicita ammissione di colpa della società possa riverberarsi negativamente su di essi in ambito penale. Tale problematica, tuttavia, assume una rilevanza assai minore rispetto a quanto già detto sopra con riferimento al programma di clemenza, per una serie di motivi. Innanzitutto, l'impresa tende ad aderire alla transazione poiché la Commissione è ormai in possesso di elementi probatori rilevanti. La sua ammissione di responsabilità, dunque, tende semplicemente ad anticipare un esito di condanna già previsto dalla stessa parte. Inoltre, la transazione riveste un'importanza a fini di enforcement assai minore rispetto al programma di clemenza, posto che non è ancora diffusamente utilizzata a livello europeo. Tra i casi di applicazione in sede comunitaria, cfr., ad esempio, decisione della Commissione, del 13 aprile 2011, caso COMP/39.579, *Detersivi per i consumatori*; decisione della Commissione, del 20 luglio 2010, caso COMP/38.866, *Fosfati per mangimi*; decisione della Commissione, del 19 maggio 2010, caso COMP/38.511, *Memorie DRAM*. Spesso, inoltre, l'impresa che decide di aderire alla transazione è la stessa che, in precedenza, ha anche presentato una domanda di clemenza, e tenta così di sommare i due benefici. È tendenzialmente raro che una società che non ha avanzato un'istanza di clemenza nelle fasi antecedenti del procedimento poi decida di partecipare al settlement. Questo poiché il beneficio del 10% di sconto d'ammenda derivante dalla transazione di per sé costituisce un incentivo limitato, considerato che all'impresa è richiesta un'esplicita ammissione di responsabilità, con potenziali riflessi in altre sedi, ad esempio quella civile. Nei casi di parallela applicazione del programma di clemenza e dell'istituto della transazione, la problematica di cui si discute trova dunque una risoluzione grazie al meccanismo d'immunità per le persone fisiche che, come suggerito alla presente sezione, sarebbe opportuno che la Direttiva stessa prevedesse. In molti Stati membri, infine, la transazione a livello nazionale non è ancora stata introdotta.

delle persone fisiche verrebbe dunque a ricadere nei poteri delle autorità giudiziarie penali nazionali, ai sensi della normativa domestica. Allo stesso tempo, le autorità di concorrenza manterrebbero la propria competenza a irrogare sanzioni di carattere amministrativo nei confronti delle imprese³⁸⁹.

La previsione di una tale struttura a due binari, sulla scorta dell'esperienza di altri ordinamenti³⁹⁰, pone tuttavia specifiche esigenze di cooperazione in sede d'indagine tra i differenti organi investigativi e giudicanti. Cosicché, al fine di perseguire un livello di public enforcement ottimale, sarà quantomeno opportuno introdurre a livello nazionale delle apposite norme (protocolli) in tema di cooperazione e scambio d'informazioni, cosicché gli elementi probatori ottenuti nel corso del procedimento dinanzi alle autorità di concorrenza, quantomeno quelle raccolte con garanzie similari a quelle penali, possano essere trasferiti e acquisiti dallo stesso pubblico ministero. Allo stesso modo, si renderà necessario istaurare un flusso d'informazioni nel verso opposto, fatta eccezione per quegli elementi probatori ottenuti mediante l'impiego di strumenti d'indagine non a disposizione dell'autorità di concorrenza.

Uno stretto coordinamento, e tempestive comunicazioni, tra l'autorità giudiziaria penale e quella antitrust sarebbero inoltre auspicabili al fine di evitare la duplicazione degli sforzi investigativi, nonché prevenire possibili conflitti di giudicato.

5. Il conflitto di giurisdizione

I cartelli in violazione dell'art. 101 TFUE generalmente riguardano ambiti territoriali più ampi rispetto al singolo Stato membro, o comunque esplicano i propri effetti anche al di

³⁸⁹ Al contrario, ove si optasse per l'introduzione di sanzioni penali antitrust anche nei confronti delle persone giuridiche (cfr. quanto detto sopra, alla nota 355), sarebbe invece ragionevole concentrare l'intera attività sanzionatoria in relazione agli illeciti di cartello dinanzi al giudice penale nazionale. In un tale scenario, l'autorità di concorrenza rimarrebbe quindi competente per la sola irrogazione di misure di carattere amministrativo (nei confronti delle imprese) con riferimento a illeciti anticoncorrenziali privi di una rilevanza penale. Dunque, due differenti autorità competenti, a secondo della rilevanza penale o meramente amministrativa della condotta anticoncorrenziale. Anche in un siffatto contesto, si potrebbe in ogni caso teorizzare un'attività di supporto investigativo dell'autorità di concorrenza a favore del pubblico ministero, fatte salve le dovute garanzie in termini di acquisizione delle prove, o una partecipazione della stessa in sede penale quale parte civile.

³⁹⁰ Quali, ad esempio, il Regno Unito, la Repubblica d'Irlanda, l'Australia, Israele, la Turchia e la Slovacchia.

fuori di esso. Un'ipotetica introduzione di misure penali minime in relazione a tali illeciti, sulla scorta di quanto argomentato sopra, renderebbe opportuna anche l'introduzione di specifici meccanismi di risoluzione di possibili conflitti di giurisdizione, al fine di evitare che, in relazione ad una singola condotta collusiva, l'agente sia soggetto a una pluralità di procedimenti penali dinanzi ad autorità giudiziarie di differenti Stati membri.

A tal fine, la Direttiva dovrebbe innanzitutto disciplinare degli strumenti di reciproca informazione tra Stati membri. Una soluzione potrebbe essere quella di prevedere in capo ai giudici penali che intendano aprire un procedimento per una violazione di cartello *ex art.* 101 TFUE l'obbligo di comunicare la propria iniziativa a un apposito organo centrale, cosicché anche le autorità di altri paesi ne vengano a conoscenza e si possa dirimere sin dagli albori l'eventuale questione di giurisdizione.

Sono due gli organi che si potrebbero utilizzare a tale scopo. Una prima possibilità è costituita dall'Eurojust, il quale già adesso svolge attività di coordinamento tra le autorità giudiziarie penali dei diversi Stati membri, anche mediante un centro di coordinamento permanente³⁹¹. In alternativa, si potrebbe ricorrere all'ECN, già impiegata a fini di scambio d'informazioni e allocazione di competenza dalla Commissione e dalle singole autorità antitrust nazionali³⁹². Quest'ultima soluzione avrebbe il vantaggio di centralizzare in seno a

³⁹¹ Istituito con decisione 2002/187/GAI, Eurojust è l'organo incaricato di rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità, grazie a una cooperazione giudiziaria più stretta all'interno dell'Unione. Esso è costituito da 27 rappresentanti nazionali: giudici, magistrati del pubblico ministero e funzionari di polizia, distaccati da ciascuno Stato membro. Eurojust espleta i propri compiti per il tramite di uno o più dei suoi membri o collegialmente, ed è competente per quanto concerne le indagini e le azioni penali che interessano le forme gravi di reato, in particolare di criminalità organizzata o transfrontaliera. Eurojust ha l'obiettivo di promuovere il coordinamento tra le autorità competenti dei diversi Stati membri, come anche la realizzazione della cooperazione giudiziaria internazionale e l'esecuzione delle domande di estradizione o del mandato d'arresto europeo. Esso, inoltre, collabora e si coordina con Europol, agenzia dell'Unione, il cui compito consiste nel facilitare la trasmissione d'informazioni tra i servizi nazionali e fornire a quest'ultimi analisi criminali con riferimento a reati come gli illeciti informatici, la frode e la corruzione, il riciclaggio dei proventi di reato, la criminalità ambientale, e la partecipazione a un'organizzazione criminale. Europol trova la sua genesi nell'Atto del Consiglio, del 26 luglio 1995, che stabilisce la convenzione basata sull'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea che istituisce un ufficio europeo di polizia (Convenzione Europol), in *GU*, C 316 del 27 novembre 1995, p. 1 ss.

³⁹² Cfr. Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, in *GU*, C 101 del 27 aprile 2004, p. 43 ss.

un unico *network* la condivisione di dati concernenti gli illeciti di concorrenza.

La Direttiva dovrebbe altresì prevedere (i) dei criteri di allocazione della giurisdizione e (ii) un eventuale sistema di risoluzione dei conflitti, ove le autorità dei differenti Stati membri interessati non riescano a dirimere autonomamente tra loro la questione di giurisdizione mediante dei contatti diretti. Quanto al primo punto, si ritiene che il criterio principe cui informarsi dovrebbe essere quello del paese ove si stima che il cartello abbia esplicato con maggiore forza i propri effetti. Altri elementi da tenere in considerazione, a titolo di correttivo, dovrebbero poi essere la residenza dell'accusato, la possibilità da parte dello Stato membro d'ottenere un'eventuale estradizione, ove questa si renda necessaria, e le difficoltà connesse alla raccolta del materiale probatorio, in considerazione della dislocazione geografica del materiale da acquisire e dei poteri d'indagine a disposizione delle autorità interessate³⁹³.

Il risultato che ci si propone potrebbe forse essere conseguito, in maniera alquanto immediata, semplicemente inserendo nella Direttiva un rimando alla decisione quadro 2009/948/GAI³⁹⁴, che già regola la prevenzione e la risoluzione dei conflitti di giurisdizione in relazione a talune fattispecie penali, in modo da ricomprendere nello spettro applicativo di questa anche gli illeciti di concorrenza rilevanti.

6. Il reciproco riconoscimento

Un ulteriore profilo che la Direttiva potrebbe essere chiamata a disciplinare concerne il reciproco riconoscimento delle sentenze penali irrogate nei diversi Stati membri. Nel caso in cui, ad esempio, un soggetto fosse condannato all'interdizione dagli uffici direttivi delle imprese in un dato paese dell'Unione, lo stesso potrebbe tentare di eludere gli effetti della pronuncia trasferendosi in un altro Stato membro, magari in una filiale della medesima

³⁹³ Cfr. Linee guida dell'Eurojust per decidere a quale giurisdizione compete l'azione penale, disponibili sul sito internet dell'Eurojust, all'indirizzo URL <http://eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/eurojust%20Annual%20Reports/Annual%20Report%202004/Annual-Report-2004-IT.pdf>. Cfr. anche Libro verde della Commissione sui conflitti di giurisdizione e il principio del *ne bis in idem* nei procedimenti penali, COM(2005)696 def.

³⁹⁴ Cfr. decisione quadro 2009/948/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali, in *GU*, L 328 del 15 dicembre 2009, p. 42 ss.

multinazionale per la quale già lavora. Ciò non sarebbe neppure necessario ove la residenza e il domicilio dell'accusato fossero in un paese differente rispetto a quello ove la sentenza è stata emessa.

Al fine di garantire che la norma penale possa esplicare appieno la propria efficacia deterrente, è dunque necessario che la sentenza di condanna emessa dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro possa venire riconosciuta anche negli altri.

Per quanto concerne le misure privative della libertà, la questione appare comunque già disciplinata dalla decisione quadro 2008/909/GAI³⁹⁵. Con riferimento alle sanzioni pecuniarie, potrebbe invece trovare applicazione la decisione quadro 2005/214/GAI³⁹⁶.

Riflessioni finali

Da quanto descritto sopra, emerge come un'eventuale introduzione di misure penali minime per le violazioni delle norme europee di concorrenza dovrebbe essere limitata e circoscritta alle sole fattispecie di cartello, anche alla luce dei principi di proporzionalità e sufficiente determinazione del reato. In quest'ottica, la sanzione detentiva dovrebbe inoltre essere impiegata solamente in quei casi ove altre forme di pena appaiono come non idonee al fine dissuasivo che ci si propone.

Ciò che si argomenta, dunque, non è una penalizzazione complessiva delle infrazioni antitrust, bensì una forma d'intervento mirata, focalizzata su specifici profili, anche nell'ottica di minimizzare, per quanto possibile, gli eventuali effetti negativi in termini di costi sociali ed economici.

L'azione repressiva dei giudici penali dovrebbe inoltre essere coordinata con quella delle autorità di concorrenza, al fine di creare sinergie ed efficienza. Una cooperazione tra i differenti Stati membri sarebbe altresì necessaria.

³⁹⁵ Cfr. decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea, in *GU*, L 327 del 19 settembre 2008, p. 27 ss.

³⁹⁶ Cfr. decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, in *GU*, in L 76 del 22 marzo 2005, p. 256 ss.

Certamente, si tratta di una pluralità di profili da disciplinare, alcuni dei quali non semplici. Lo scenario, però, estendendo il campo applicativo di talune normative europee già esistenti e ispirandosi a soluzioni e bilanciamenti già in essere in altri ordinamenti, che hanno dimostrato di funzionare correttamente, potrebbe semplificarsi.

BIBLIOGRAFIA³⁹⁷

³⁹⁷ Riporta le *principali* fonti utilizzate al fine della stesura del presente scritto. Casistica e giurisprudenza non sono elencate.

I. Normativa³⁹⁸

Unione europea

- Regolamento (UE) n. 1260/2012 del Consiglio, del 17 dicembre 2012, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria con riferimento al regime di traduzione applicabile, in *GU*, L 361 del 31 dicembre 2012, p. 89 ss.
- Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GU*, L 351 del 20 dicembre 2012, p. 1 ss.
- Proposta di decisione del Consiglio relativa alla conclusione di un accordo fra l'Unione europea e la Confederazione svizzera in merito alla cooperazione sull'applicazione dei rispettivi diritti della concorrenza, dell'1 giugno 2012, COM(2012)245 def.
- Proposta di decisione del Consiglio relativa alla firma di un accordo fra l'Unione europea e la Confederazione svizzera in merito alla cooperazione sull'applicazione dei rispettivi diritti della concorrenza, dell'1 giugno 2012, COM(2012)244 def.
- Risoluzione del Parlamento europeo, del 22 maggio 2012, su un approccio dell'UE in materia di diritto penale, 2010/2310(INI).
- Decisione della Commissione, del 21 febbraio 2012, che istituisce il gruppo di esperti sulla politica penale dell'Unione europea, in *GU*, C 53 del 23 febbraio 2012, p. 9 ss.
- Direttiva 2001/84/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 settembre 2001, relativa al diritto dell'autore di un'opera d'arte sulle successive vendite dell'originale, in *GU*, L 272 del 13 ottobre 2011, p. 32 ss.
- Decisione del Consiglio, del 10 marzo 2011, che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria, in *GU*, L 76 del 22 marzo 2011, p. 53 ss.

³⁹⁸ In ordine cronologico, dal più recente.

- Regolamento (UE) n. 1217/2010, del 14 dicembre 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a talune categorie di accordi ricerca e sviluppo, in *GU*, L 335 del 18 dicembre 2010, p. 36 ss.
- Risoluzione del Consiglio, dell'1 marzo 2010, sulla tutela dei diritti di proprietà intellettuale nel mercato interno, in *GU*, C 56 del 6 marzo 2010, p. 1 ss.
- Decisione quadro 2009/948/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali, in *GU*, L 328 del 15 dicembre 2009, p. 42 ss.
- European Commission proposal for a Council directive on rule governing actions for damages for infringements of Articles 81 and 82 of the Treaty, 2009, non pubblicata.
- Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, in *GU*, L 328 del 6 dicembre 2008, p. 55 ss.
- Direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente, in *GU*, L 328 del 6 dicembre 2008, p. 28 ss.
- Decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio, del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata, in *GU*, L 300 dell'11 novembre 2008, p. 42 ss.
- Decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea, in *GU*, L 327 del 19 settembre 2008, p. 27 ss.
- Proposta modificata di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle misure penali finalizzate ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, COM/2006/0168 def.
- Direttiva 2005/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni, in *GU*, L 255 del 30 settembre 2005, p. 11 ss.

- Decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, in *GU*, L 76 del 22 marzo 2005, p. 256 ss.
- Decisione quadro 2005/222/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione, in *GU*, L 69 del 16 marzo 2005, p. 67 ss.
- Proposta di decisione quadro del Consiglio relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione delle violazioni della proprietà intellettuale, COM/2005/0276 def.
- Decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio, del 25 ottobre 2004, riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti, in *GU*, L 335 dell'11 novembre 2004, p. 8 ss.
- Direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, in *GU*, L 157 del 30 aprile 2004, p. 45 ss.
- Regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE, in *GU*, L 123 del 27 aprile 2004, p. 18 ss.
- Decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, del 22 dicembre 2003, relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, in *GU*, L 13 del 20 gennaio 2004, p. 44 ss., poi sostituita dalla Direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, in *GU*, L 335 del 17 dicembre 2011, p. 1 ss.
- Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, in *GU*, L 192 del 31 luglio 2003, p. 54 ss.
- Decisione quadro 2003/80/GAI del Consiglio, del 27 gennaio 2003, relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, in *GU*, L 29 del 5 febbraio 2003, p. 55 ss.
- Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in *GU*, L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1 ss.

- Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle misure e alle procedure volte ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, COM(2003)46 def.
- Decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, in *GU*, L 328 del 5 dicembre 2002, p. 1 ss.
- Decisione quadro 2002/629/GAI del Consiglio, del 19 luglio 2002, sulla lotta alla tratta degli esseri umani, in *GU*, L 203 dell'1 agosto 2002, p. 1 ss., poi sostituita dalla direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, in *GU*, L 101 del 15 aprile 2011, p. 1 ss.
- Decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo, in *GU*, L 164 del 22 giugno 2002, p. 3 ss., come emendata dalla decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, che modifica la decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo, in *GU*, L 330 del 9 dicembre 2008, p. 21 ss.
- Regolamento (CE) n. 6/2002 del Consiglio, del 12 dicembre 2001, su disegni e modelli comunitari, in *GU*, L 3 del 5 gennaio 2002, p. 1 ss.
- Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, in *GU*, L 167 del 22 giugno 2001, p. 10 ss.
- Decisione quadro 2001/413/GAI del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti, in *GU*, L 149 del 2 giugno 2001, p. 1 ss.
- Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GU*, L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1 ss.
- Direttiva 98/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 1998, sulla protezione giuridica dei disegni e dei modelli, in *GU*, L 289 del 28 ottobre 1998, p. 28 ss.

- Direttiva 98/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 1998, sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, in *GU*, L 213 del 30 luglio 1998, p. 13 ss.
- Accordo tra le Comunità europee e il governo degli Stati Uniti d'America in merito all'utilizzazione dei principi della "comitas gentium" attiva nell'applicazione del loro diritto della concorrenza, in *GU*, L 173 del 18 giugno 1998, p. 28 ss.
- Secondo protocollo della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee stabilito in base all'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea, in *GU*, C 221 del 19 luglio 1997, p. 12 ss.
- Direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati, in *GU*, L 77 del 27 marzo 1996, p. 20 ss.
- Atto del Consiglio, del 26 luglio 1995, che stabilisce la convenzione basata sull'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea che istituisce un ufficio europeo di polizia (Convenzione Europol), in *GU*, C 316 del 27 novembre 1995, p. 1 ss.
- Regolamento (CE) n. 2100/94 del Consiglio, del 27 luglio 1994, concernente la privativa comunitaria per ritrovati vegetali, in *GU*, L 227 dell'1 settembre 1994, p. 1 ss.
- Regolamento (CE) n. 40/94 del Consiglio, del 20 dicembre 1993, sul marchio comunitario, in *GU*, L 11 del 14 gennaio 1994, p. 1 ss.
- Direttiva 93/98/CEE del Consiglio, del 29 ottobre 1993, concernente l'armonizzazione della durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi, in *GU*, L 290 del 24 novembre 1993, p. 9 ss.
- Direttiva 93/83/CEE del Consiglio, del 27 settembre 1993, per il coordinamento di alcune norme in materia di diritto d'autore e diritti connessi applicabili alla radiodiffusione via satellite ed alla ritrasmissione via cavo, in *GU*, L 248 del 6 ottobre 1993, p. 15 ss.
- Direttiva 92/100/CEE del Consiglio, del 19 novembre 1992, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto d'autore in materia di proprietà intellettuale, in *GU*, L 346 del 27 novembre 1992, p. 61 ss.
- Direttiva 91/250/CEE del Consiglio, del 14 maggio 1991, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, in *GU*, L 122 del 17 maggio 1991, p. 42 ss.

- Direttiva 89/104/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1988, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, in *GU*, L 40 dell'11 febbraio 1989, p. 1 ss., poi sostituita dalla direttiva 2008/95/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2008, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, in *GU*, L 299 dell'8 novembre 2008, p. 25 ss.
- CEE Consiglio, regolamento n. 17, primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato, in *GU*, L 13 del 21 febbraio 1962, p. 204 ss.
- CEE Consiglio: Regolamento n. 1 che stabilisce il regime linguistico della Comunità economica europea, in *GU*, n. 17 del 6 ottobre 1958, p. 385 ss.

Accordi internazionali

- Accordo tra la Comunità europea e il governo della Repubblica di Corea concernente la cooperazione in merito ad attività anticoncorrenziali, in *GU*, L 202 del 4 agosto 2009, p. 36 ss.
- Accordo tra la Comunità europea e il governo del Giappone per la cooperazione in materia di atti anticoncorrenziali, in *GU*, L 183 del 22 luglio 2003, p. 12 ss.
- Accordo tra le Comunità europee e il governo del Canada in merito all'applicazione dei rispettivi diritti della concorrenza, in *GU*, L 175 del 10 luglio 1999, p. 50 ss.
- Convenzione OCSE, del 17 dicembre 1997, per la lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali.
- Accordo tra le Comunità europee e il Governo degli Stati Uniti d'America in merito all'applicazione delle loro regole di concorrenza, in *GU*, L 95 del 27 aprile 1995, p. 47 ss.

Altro

- WTO, decisione del Consiglio generale, dell'1 agosto 2004, WT/L/579.
- WTO, dichiarazione ministeriale, del 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/1.
- WTO, dichiarazione ministeriale, del 13 dicembre 1996, WT/MIN(96)/DEC.
- Decisione degli Stati membri del GATT, del 18 novembre 1960, Restrictive Business Practices: Arrangements for Consultations, BISD 9S/28.

- Grand Jury Manual, 1991, disponibile sul sito internet del DOJ, all'indirizzo URL <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/4371.htm>.

II. Comunicazioni, raccomandazioni, risoluzioni, segnalazioni³⁹⁹

Unione europea

- Risoluzione dell'ECN, del 23 maggio 2012, Protection of leniency material in the context of civil damages actions, disponibile sul sito internet della Commissione, all'indirizzo URL http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_material_protection_en.pdf.
- Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Verso una politica penale dell'unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'unione attraverso il diritto penale, COM(2011)573 def.
- Commissione, Un mercato unico dei diritti di proprietà intellettuale. Rafforzare la creatività e l'innovazione per permettere la creazione di crescita economica, di posti di lavoro e prodotti e servizi di prima qualità in Europa, COM(2011)287 def.
- Risoluzione del Parlamento europeo, del 20 gennaio 2011, sulla relazione sulla politica di concorrenza 2009, 2010/2137(INI).
- Commissione, Europa 2020: una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, COM(2010)2020.
- Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Potenziare i regimi sanzionatori nel settore dei servizi finanziari, COM(2010)716 def.
- Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio – Relazione sul funzionamento del regolamento n. 1/2003, {SEC(2009)574}, COM(2009)206 def.
- Commission staff working paper accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council – Report on the functioning of Regulation 1/2003, COM(2009)206 def., SEC/2009/0574 def.

³⁹⁹ Cfr. nota 398.

- Libro bianco della Commissione in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2008)165 def.
- Commissione, Commission staff working paper accompanying the White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2008)404.
- Commissione, Commission staff working document accompanying document to the White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules – Impact assessment, SEC(2008)405.
- Libro Verde della Commissione sulla presunzione di non colpevolezza, COM(2006)174 def.
- Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Europa globale: competere nel mondo. Un contributo alla strategia per la crescita e l'occupazione dell'UE, COM(2006)567def.
- Libro verde della Commissione sui conflitti di giurisdizione e il principio del *ne bis in idem* nei procedimenti penali, COM(2005)696 def.
- Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio in merito alle conseguenze della sentenza 13.9.2005 della Corte (C-176/03 Commissione contro Consiglio), COM/2005/0583 def.
- Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, Riapertura dei negoziati sull'Agenda di sviluppo di Doha – La prospettiva UE, COM(2003)734 def.
- Comunicazione della Commissione al Consiglio, Verso un quadro internazionale di regole in materia di concorrenza, COM(1996)284 def.

Altro

- Segnalazione dell'AGCM, del 2 ottobre 2012, Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013.
- OCSE, Recommendation of the Council concerning effective action against hard core cartels, C/M(98)7/PROV.
- Raccomandazione R (96) 8, adottata dal Consiglio d'Europa, il 5 settembre 1996, sulla politica criminale e il diritto penale in un'Europa in trasformazione.

- Raccomandazione R (88) 18, adottata dal Consiglio d'Europa, il 20 ottobre 1988, sulla responsabilità delle imprese aventi personalità giuridica per i reati commessi nell'esercizio delle loro attività.
- Risoluzione (77) 28, adottata dal Consiglio d'Europa il 28 settembre 1977, relativa alla protezione penale dell'ambiente.
- Libro Verde della Commissione sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2005)672 def.

III. Linee guida, orientamenti, *best practice*⁴⁰⁰

Unione europea

- Commissione, Antitrust manual of procedures: internal DG competition working documents on procedures for the application of articles 101 and 102 TFUE, disponibile sul sito internet della Commissione, all'indirizzo URL http://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_manproc_3_2012_en.pdf.
- Commissione, Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, in *GU*, C 11 del 14 gennaio 2011, p. 1 ss.
- Commissione, Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, in *GU*, C 45 del 24 febbraio 2009, p. 7 ss.,
- Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, in *GU*, C 298 dell'8 dicembre 2006, p. 17 ss.
- Commissione, Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, in *GU*, C 210 dell'1 settembre 2006.
- Comunicazione della Commissione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio della Commissione nei casi relativi all'applicazione degli articoli 81 e 82 del

⁴⁰⁰ Cfr. nota 398.

trattato CE, degli articoli 53, 54 e 57 dell'accordo SEE e del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, in *GU*, C 325 del 22 dicembre 2005, p. 7 ss.

- Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 del trattato CE, in *GU*, C 101 del 27 aprile 2004, p. 5 ss.
- Commissione, Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, in *GU*, C 101 del 27 aprile 2004, p. 43 ss.
- Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE, in *GU*, C 101 del 27 aprile 2004, p. 54 ss.
- Linee direttrici della Commissione sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in *GU*, C 101 del 27 aprile 2004, p. 81 ss.
- Linee guida dell'Eurojust per decidere a quale giurisdizione compete l'azione penale, disponibili in lingua italiana all'indirizzo URL <http://eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/eurojust%20Annual%20Reports/Annual%20Report%202004/Annual-Report-2004-IT.pdf>.
- Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2 del regolamento n. 17 e dell'articolo 65, paragrafo 5 del trattato CECA, in *GU*, C 9 del 14 gennaio 1998, p. 3 ss.

Altro

- Best Practices on Cooperation in Merger Investigations, del 14 ottobre 2011, concernenti il coordinamento tra le autorità americane (FTC e DOJ) e la Commissione in materia di concentrazioni, disponibili sul sito internet della Commissione, all'indirizzo URL http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/best_practices_2011_en.pdf.
- Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français.
- US Federal sentencing guidelines manual, 2012.
- US Sentencing Commission, Sentencing Guidelines and Policy Statements (1987).

- UNCTAD, Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices, adottato dall'Assemblea Generale dell'ONU con Risoluzione 35/63, del 5 dicembre 1980, disponibile sul sito internet dell'UNCTAD, all'indirizzo URL <http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/CPSet/cpset.htm>.
- **IV. Dottrina⁴⁰¹**
- R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010.
- A. ADINOLFI, *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1, 2008, p. 1 ss.
- A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIMBENE, S. AMEDEO, *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al regolamento (CE) 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007.
- A. ALI, *Il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, Torino, 2005.
- J.-B. AUBY, *I poteri ispettivi dell'Unione europea*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2006, p. 353 ss.
- D. I. BAKER, *Punishment for cartel participants in the US: a special model?*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011, p. 27 ss.
- C. BARNARD, *The substantive law of the EU: the four freedoms*, Oxford, 2010
- S. BASTIANON, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Milano, 2011.
- S. BASTIANON, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza*, in *Mercato concorrenza regole*, 2006, p. 321 ss.
- C. BEATON-WELLS, *Cartel criminalisation and the Australian Competition and Consumer Commission: opportunities and challenges*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011, p. 183 ss.

⁴⁰¹ In ordine alfabetico d'Autore.

- C. BEATON-WELLS, *The politics of cartel criminalization: a pessimistic view from Australia*, in *European Competition Law Review*, 29, 3, 2008, p. 185 ss.
- C. BELLAMY, G. CHILD, *European Community law of competition*, Oxford, 2007.
- J.-F. BELLIS, I. VAN BAEL, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2009.
- A. BERNARDI, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, p. 485 ss.
- A. BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, p. 673 ss.
- A. H. BISCHKE, *Article 18*, in F. J. SÄCKER, F. MONTAG, G. HIRSCH, *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, London, 2008, p. 1748 ss.
- L. O. BLANCO, K. J. JÖRGENS, *Infringement Procedures*, in L. O. BLANCO, *European Community Competition Procedure*, Oxford, 2006, parte I, capitolo 10.
- T. BOMBOIS, *L'arrêt Menarini c. Italie de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Cahiers de Droit Européen*, 2, 2011, p. 541 ss.
- D. BOSCO, *Du contrôle de pleine juridiction exercé sur les décisions des autorités de concurrence*, in *Contrats Concurrence Consommation*, 12, 2011, p. 19 ss.
- P. E. BRYANT, E. E. WOODROW, *Price fixing: the probability of getting caught*, in *The Review of Economics and Statistics*, 1991, p. 531 ss.
- M. BRONCKERS, A. VALLERY, *No Longer Guilty? The impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law*, in *World Competition Law & Economic Review*, 34, 4, 2011, p. 535 ss.
- A. BURNSIDE, H. CROSSLEY, *Co-operation in competition: a new era?*, in *European Law Review*, 30, 2, 2005, p. 234 ss..
- T. CALVANI, *Cartel penalties and damages in Ireland: criminalization and the case for custodial sentences*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, p. 270 ss.

- T. CALVANI, *Devolution and Convergence in Competition Enforcement*, in *European Competition Law Review*, 24, 9, 2003, p. 415 ss.
- P. CASSINIS, *I nuovi poteri dell’Autorità nell’ambito della dialettica tra public e private enforcement*, in *Contratto e impresa – Europa*, 2006, p. 719 ss.
- A. CIARLA, *L’antitrust e l’Europa: il diritto si evolve. E gli ermellini “aprono” ai consumatori*, in *Diritto e giustizia*, 37, 2005, p. 113 ss.
- M. C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999.
- E. COMBE, C. MONNIER, R. LEGAL, *Cartels: the probability of getting caught in the European Union*, Bruges, 2008.
- J. M. CONNOR, *Price-fixing overcharges, legal and economic evidence*, in *Research in Law and Economics*, 22, 2007, p. 59 ss.
- A. CORDA, *Legislazione antitrust e diritto penale: spunti problematici in ambito europeo*, in *Criminalia*, 4, 2009, p. 485 ss.
- M. E. CURTIS, J. MCNALLY, *The classic cartel – Hatchback sentence?*, in *The Competition Law Review*, 4, 1, 2007, p. 41 ss.
- F. DENOZZA, *La concorrenza come mezzo o come fine*, in P. BILANCIA, M. D’AMICO, *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, p. 165 ss.
- C.-D. EHLERMANN, *Criminal competition law enforcement: taking stock on the debate*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, p. 30 ss.
- A. EZRACHI, J. KINDL, *Cartels as criminal? The long road from unilateral enforcement to international consensus*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011, p. 419 ss.
- J. FAULL, A. NIKPAY, *The EC law of competition*, Oxford, 1999,
- G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale – Parte Generale*, Bologna, 2002.
- B. FISSE, *Cartel offences and non-monetary punishment: the punitive injunction as a sanction against corporations*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing*

cartels: critical studies of an international regulatory movement, Oxford - Portland, 2011, p. 313 ss.

- B. FISSE, *The Australian cartel criminalization proposals: an overview and critique*, in *The Competition Law Review*, 4, 1, 2007, p. 51 ss.
- G. M. FLICK, *A proposito della tutela penale della concorrenza: economia e diritto penale o economia di diritto penale?*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI, *L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, p. 191 ss.
- E. M. FOX, *Cartels: a United States story, and a research program for the world*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, p. 239 ss.
- M. J. FRESE, *The negative interplay between national custodial sanctions and leniency*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, p. 196 ss.
- M. FURSE, S. NASH, *The cartel offence*, Oxford - Portland, 2004.
- D. GERARD, S. GOODMAN, C. RIZZA, R. SCHULZ, M. SIRAGUSA, S. SORINAS, *Cartels and collusive behaviour: restrictive agreements and practices between competitors*, III, Leuven, 2012.
- F. GHEZZI, *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust: l'utilizzo dei leniency programs nella lotta contro cartelli e intese hard core*, in *Concorrenza e mercato*, 10, 2002, p. 229 ss.
- C. GRAVE, J. NYBERG, *Zahlungsunfähigkeit eines Unternehmens (inability to pay) in der Bußgeldbemessung durch die Europäische Kommission*, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, 10, 2011, p. 926 ss.
- E. GREPPI, *The WTO as a new institutional framework for international trade*, in *New trends in International Trade Law*, Torino, 2000, p. 202 ss.

- S. GUIZZARDI, *I programmi di clemenza per la lotta ai cartelli: riflessioni sull'introduzione nell'ordinamento italiano*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2004, p. 1087 ss.
- A. T. GUZMAN, *Is International Antitrust Possible*, in *New York University Law Review*, 73, 1998, p. 1501 ss.
- D. GUY, *The UK's experience with criminal law sanctions*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, p. 248 ss.
- A. HAMDANI, A. KLEMENT, *Corporate crime and deterrence*, in *Stanford Law Review*, 2008, 61, 2, p. 271 ss.
- C. HARDING, *The anti-cartel enforcement industry: criminological perspectives on cartel criminalisation*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011, p. 359 ss.
- K. M. JAMIESON, *The organization of corporate crime: dynamics of antitrust violation*, Thousand Oaks - London - New Delhi, 1994.
- A. JONES, B. SUFFRIN, *EU Competition Law*, Oxford, 2011.
- J. JOSHUA, *Oral statements in EC competition proceedings: a due process short-cut?*, in *Competition Law insight*, 26, 2004, p. 1 ss.
- J. JOSHUA, *DOA: can the UK cartel offence be resuscitated?*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011, p. 129 ss.
- P. KALBFLEISCH, *Criminal competition law sanctions in the Netherlands*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, p. 312 ss.
- M. O'KANE, *International cartels, concurrent criminal prosecutions and extradition: law, practice and policy*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels:*

critical studies of an international regulatory movement, Oxford - Portland, 2011, p. 397 ss.

- C. S. KERSE, N. KHAN, *EC Antitrust Procedure*, London, 2005.
- W. E. KOVACIC, *Competition policy and cartels: the design of remedies*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, p. 41 ss.
- W. E. KOVACIC, *Criminal enforcement norms in competition policy: insights from US experience*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011, p. 45 ss.
- H. KRAAKMAN, *Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls*, in *Yale Law Journal*, 93, 1984, p. 857 ss.
- M. LEGNAIOLI, *Le decisioni della Commissione europea a tutela della concorrenza e il sindacato di proporzionalità*, in *Foro Amministrativo – C.d.S.*, 4, 2011, p. 1096 ss.
- P. LEWISCH, *Enforcement of antitrust law: the way from criminal individual punishment to semi-penal sanctions in Austria*, in K.J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, p. 290 ss.
- M. LIBERTINI, *Le decisioni “patteggiate” nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, p. 1283 ss.
- L. S. LIU, *Fostering competition law and policy: a facade of Taiwan’s political economy*, in *Washington University Global Studies Law Review*, 1, 2002, p. 77 ss.
- M. LOMBARDO, *Osservazioni sulla turbata libertà degli incanti*, in *Giurisprudenza italiana*, 12, 2004, p. 2367 ss.
- M. D. LOW QC, C. W. HALLADAY, *Redesigning a criminal cartel regime: the canadian conversion*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011, p. 77 ss.
- M. MAGGIOLINO, *Il potere deterrente dei sistemi sanzionatori comunitario e nazionale e le riduzioni delle sanzioni antitrust*, in *Concorrenza e mercato*, 13-14, 2006, p. 344 ss.

- M. MAGGIOLINO, F. GHEZZI, *Crisi d'impresa e diritto antitrust*, in *Rivista delle società*, 2/3, 2011, p. 394 ss.
- P. MANZINI, *Antitrust applicato: raccolta sistematica della giurisprudenza comunitaria*, Torino, 2004.
- P. MANZINI, *European Antitrust in Search of the Perfect Fine*, in *World Competition*, 1, 2008, p. 3 ss.
- P. MANZINI, *I Parafernali del giudizio antitrust: regola della ragionevolezza, restrizioni accessorie, divieto per sè*, in *Giurisprudenza commerciale*, 30, 3, 2003, p. 285 ss.
- P. MANZINI, *La collusione tra imprese nella disciplina antitrust comunitaria*, in *Diritto del commercio internazionale*, 4, 2009, p. 821 ss.
- P. MANZINI, *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Milano, 1994, p. 12 ss.
- P. MASSEY, *Criminal sanctions for competition law: a review of Irish experience*, in *The Competition Law Review*, 1, 1, 2004, p. 23 ss.
- P. MASSEY, *Criminalization and leniency: will the combination favourably affect cartel stability?*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, p. 176 ss.
- P. MASSEY, J. D. COOKE, *Competition offences in Ireland: the regime and its results*, in CA. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011, p. 105 ss.
- V. MELI, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano*, in *Mercato concorrenza regole*, 2007, p. 201 ss.
- S. R. MILLER, K. NORDLANDER, J. C. OWNES, *U.S discovery of European Union and U.S. leniency application and other confidential investigatory materials*, in *The CPI Antitrust Journal*, 1, 2010, p. 2 ss.
- Cfr. F. M. MORETTI, L. NASCIBENE, *No scent of torpedo*, in *Global Competition Litigation Review*, 2, 2, 2009, p. 67 ss.

- B. NASCIMBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009.
- S. NEUMANN VU, *Corporate criminal liability: patchwork verdicts and the problem of locating a guilty agent*, in *Columbia Law Review*, 104, 2, 2004, p. 459 ss.
- L. F. PACE, *Il diritto antitrust europeo*, Milano, 2005.
- T. PADOVANI, *Diritto penale*, Torino, 1999.
- C. E. PALIERO, *Market Abuse e legislazione penale: un connubio tormentato*, in *Corriere di merito*, 7, 2005, p. 809 ss.
- A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2007.
- C. PARKER, *Criminal cartel sanctions and compliance: the gap between rhetoric and reality*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011, p. 239 ss.
- P. DE PASQUALE, *La disciplina della concorrenza oltre i confini comunitari: tra applicazione extraterritoriale e cooperazione*, Napoli, 2005 ss.
- V. PEZZINI, *L'articolo 513 c.p.: la tutela penale della libertà dell'industria e del commercio dal codice penale toscano al codice Rocco*, in *Indice penale*, 2002, p. 1081 ss.
- M. POLO, *Il modello di deterrenza ottimale*, in A. TOFFOLETTO, L. TOFFOLETTI, *Antitrust: le sanzioni*, Milano, 1996, p. 74 ss.
- A. PROOS, *Competition policy in Estonia*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, p. 307 ss.
- A. P. REINDL, *How strong is the case for criminal sanctions in cartel cases?*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, p. 110 ss.
- F. RISSO, *Le intese anticoncorrenziali: prova, sanzioni e autorizzazioni in deroga*, in *Foro Amministrativo – C.d.S.*, 4, 2008, p. 1224 ss.
- A. ROBERTO, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2008.

- F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001. La revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968*, Padova, 2006.
- C. SCHEPISI, *Le relazioni esterne in materia di concorrenza: gli accordi CE/USA e CE/Canada tra dimensione internazionale e dimensione comunitaria*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 6, 1, 2001, p. 149 ss.
- D. SCHROEDER, S. HEINZ, *Requests for leniency in the EU: experience and legal puzzles*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, p. 161 ss.
- P. SCOTT, *Go directly to jail*, in *Global Competition Review*, 11, 2008, p. 6 ss.
- I. SIMONSSON, *Criminalising cartels in the EU: is there a case for harmonisation?*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011, p. 203 ss.
- D. SLATER, S. THOMAS, D. WAELBROECK, *Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?*, Global Competition Law Centre Paper 04, 2008.
- G. SPAGNOLO, *Criminalization of cartels and their internal organization*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, p. 133 ss.
- A. STEPHAN, *"The Battle for hearts and minds": the role of the media in treating cartels as criminal*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011, p. 381 ss.
- M. E. STUCKE, *Am I a price fixer? A behavioural economics analysis of cartels*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011, p. 263 ss.
- C. LO SURDO, *Gli orientamenti per il calcolo delle ammende*, in A. CATRICALÀ, P. TROIANO, *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Padova, 2010, p. 445 ss.
- G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012.

- G. TESAURO, *Globalizzazione e diritto della concorrenza*, in A. RAFFAELLI, *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, Atti del V Convegno di Treviso, Milano, 2003, p. 9 ss.
- A. F. TRIPODI, *Possibilità di un intervento penale nella disciplina antitrust*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1, 2006, p. 521 ss.
- E. VALLE LAGARES, *International Agreements Regarding Cooperation in the Field of Competition: The New Strategy of the European Commission*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2010, p. 155 ss.
- B. VESTERDORF, *Legal professional privilege and the privilege against self-incrimination in EC law: recent developments and current issues*, in B. HAWK, *International antitrust law & policy: annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, New York, 2005, p. 709 ss.
- C. VOLLMER, *Experience with criminal law sanctions for competition law infringements in Germany*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, p. 257 ss.
- F. WAGNER-VON PAPP, *What if all bid riggers went to prison and nobody noticed? Criminal antitrust law enforcement in Germany*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011, p. 157 ss.
- N. WEHMHÖRNER, *Optimal pecuniary sanctions and the US sentencing and EU fining guidelines*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, p. 217 ss.
- P. WHELAN, *A principled argument for personal criminal sanctions as punishment under EC cartel law*, in *The competition Law Review*, 4, 1, 2007, p. 7 ss..
- P. WHELAN, *Criminal cartel enforcement in the EU: avoiding a human rights trade-off*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011, p. 217.
- R. WHISH, *Competition law*, Oxford, 2009.

- R. WILLIAMS, *Cartels in the criminal law landscape*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011, p. 289 ss.
- S. WILKS, *Cartel criminalisation as juridification: political and regulatory dangers*, in C. BEATON-WELLS, A. EZRACHI, *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*, Oxford - Portland, 2011, p. 341 ss.
- W. P. J. WILS, *Efficiency and justice in European antitrust enforcement*, Oxford e Portland, 2008.
- W. P. J. WILS, *Is criminalization of EU competition law the answer?*, in K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006, p. 60 ss.
- W. P. J. WILS, *The increased level of EU antitrust fines, judicial review, and the European Convention of Human Rights*, in *World Competition*, 33, 1, 2010, p. 5 ss.
- B. ZANETTIN, *The Evolution of the EC International Competition Policy*, in G. AMATO, C. D. EHLERMANN, *EC Competition Law: A Critical Assessment*, Oxford, 2007, 786 ss.

V. Studi, report, road map, relazioni⁴⁰²

- Commissione, 2013 Roadmaps, Competition, 2013, disponibile sul sito internet dell'Unione, all'indirizzo URL http://ec.europa.eu/atwork/key-documents/index_en.htm.
- Commissione, 2012 Roadmaps, Competition, 2012, disponibile sul sito internet dell'Unione, all'indirizzo URL http://ec.europa.eu/atwork/key-documents/index_en.htm.
- Global Competition Review, *Rating Enforcement*, 2011.
- Getting the Deal Through, *Cartel regulation 2011*, 2011.
- Global Legal Group, *The international comparative legal guide to: cartels & leniency 2011*, 2011.

⁴⁰² Cfr. nota 398.

- OCSE, *Italy: better regulation to strengthen market dynamics*, 2010.
- ICN, *Trends and developments in cartel enforcement*, report preparato in occasione della 9° conferenza annuale, tenutasi a Istanbul in data 29 aprile 2010.
- ECN, *Report on assessment of the state of convergence*, ottobre 2009.
- ICN, *2008-2009 member material from conference call series*, preparato dal cartel working group (legal framework subgroup) in occasione dell'ottava conferenza annuale, tenutasi a Zurigo nel giugno del 2009.
- ICN, *Report on the agency effectiveness project second phase – Effectiveness of decisions*, preparato in occasione dell'8° conferenza annuale, tenutasi a Zurigo il 3-5 giugno 2009.
- ICN, *Competition law in small economies*, report preparato in occasione dell'8° conferenza annuale, tenutasi a Zurigo il 3-5 giugno 2009.
- ICN, *2008-2009 member materials from conference call series*, report preparato in occasione dell'8° conferenza annuale, tenutasi a Zurigo il 3-5 giugno 2009.
- Office of Fair Trading, *Leniency and no-action – OFT's guidance note on the handling of applications*, dicembre 2008.
- ICN, *Defining hard core cartel conduct – Effective Institutions – Effective Penalties*, report preparato in occasione della 4° conferenza annuale, tenutasi a Bonn il 6-8 giugno 2005.
- OCSE, *Hard core cartels: third report on the implementation of the 1998 recommendation*, 2005.
- OCSE, *Hard core cartels: recent progress and challenges ahead*, 2003.
- OCSE, *Nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws*, 2002.
- OCSE, *Fighting hard core cartels: harm, effective sanctions and leniency programmes*, 2002.
- M. MONTI, *XXXI Relazione sulla politica di concorrenza della Commissione*, 2001.
- A. HAMMOND, ROY PENROSE, *Proposed criminalization of cartel in the UK*, studio commissionato dall'Office of Fair Trading, 2001.

- OCSE, *Hard core cartels*, 2000.
- OCSE, *Recommendation concerning effective action against hard core cartels*, 1998.
- Manifesto sulla politica criminale europea, opera di gruppo di 14 docenti di diritto penale provenienti da 10 differenti Stati membri dell'Unione, disponibile sul sito internet dell'European Criminal Policy Initiative, all'indirizzo URL http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_388.pdf.

VI. Discorsi, interventi, comunicati stampa⁴⁰³

- Commissione, comunicato stampa IP/12/621, del 19 giugno 2012, Per una politica penale coerente dell'Unione europea in linea con i diritti fondamentali: la Commissione riunisce esperti ad alto livello.
- J. ALMUNIA, Commissario per la concorrenza , speech/12/428, dell'8 giugno 2012.
- A. ITALIANER, *EU antitrust policy: the road ahead*, Brussels International Forum on EU Competition Law, Brussels, 9 marzo 2010.
- S. HAMMOND, Assistant Attorney General del DOJ, *The evolution of criminal antitrust enforcement over the last two decades*, discorso tenuto in data 25 febbraio 2010 in occasione del 24° National Institute on White Collar Crime, Miami.
- F. O. W. VOGELAAR, *Are criminal sanctions the ultimate weapon against cartel?*, discorso tenuto in data 19-20 giugno 2008 in occasione della Global Competition Law Centre Conference, Bruxelles.
- H. C. BOWEN, Ministro dell'Economia australiano, discorso tenuto in data 11 febbraio 2008 dinanzi alla House of Representatives, Camberra.
- C. NORNGREN, *Criminal enforcement of antitrust laws*, discorso tenuto in data 14 settembre 2006 in occasione della 33° Conference on International Antitrust Law & Policy presso il Fordham Institute, New York
- J. VICKERS, *Director General dell'Office of Fair Trading, Policy for Markets and Enterprise*, discorso tenuto in data 31 marzo 2003 dinanzi alla British Chamber of Commerce, Londra.

⁴⁰³ Cfr. nota 398.

- S. HAMMOND, Assistant Attorney General del DOJ, *Chartering new waters in international cartel prosecutions*, discorso tenuto in data 2 marzo 2006 in occasione del 20° National Institute on White Collar Crime, San Francisco.
- S. D. HAMMOND, *Cornerstones of an effective leniency program*, ICN Workshop on Leniency Programs, Sidney, 23-24 novembre 2004.
- Studio Legale Ashurst, Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, disponibile sul sito internet della Commissione, all'indirizzo URL <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>.
- J. VICKERS, *Policy for markets and enterprise*, discorso tenuto in data 31 marzo 2003 presso la British Chamber of Commerce, Londra.
- M. MONTI, Commissario per la concorrenza, speech/02/399, del 17 settembre 2002.
- J. KLEIN, *The war against international cartels: lessons from the battlefield*, discorso tenuto in data 14 ottobre 1999 presso il Fordham Institute, New York.