



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO
ITALIANO E SOVRANAZIONALE

Corso di Dottorato in Scienze giuridiche, XXXI Ciclo
Curriculum in Diritto internazionale ed europeo

TESI DI DOTTORATO

I DIRITTI DI DIFESA NEL PROCEDIMENTO *ANTITRUST*
DINANZI ALLA COMMISSIONE EUROPEA

Tesi presentata da:
Dott.ssa Natalia Latronico
Matricola: R11306

Settore scientifico-disciplinare:
Diritto dell'Unione europea, IUS/14

Tutor:
Chiar.mo Professor Francesco Rossi Dal Pozzo

Coordinatore del Corso:
Chiar.ma Prof.ssa Diara-Urania Galetta

Anno Accademico 2017-2018

INDICE

ABBREVIAZIONI.....	1
INTRODUZIONE.....	3
CAPITOLO PRIMO LE ORIGINI DEI DIRITTI DI DIFESA NELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA.....	7
1. Introduzione.....	7
2. Prima fase: il silenzio dei Trattati fondativi e il ruolo creativo della giurisprudenza	10
2.1. Il rispetto dei diritti di difesa quale principio generale del diritto “comunitario”	13
2.2. La duplice <i>ratio</i> dei diritti di difesa: approccio utilitaristico <i>versus</i> approccio non strumentale nella giurisprudenza della Corte di giustizia.....	19
3. Seconda fase: la consacrazione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.....	22
3.1. L'articolo 41: il diritto a una buona amministrazione	23
3.2. Altre disposizioni rilevanti: l'articolo 47	28
3.3. (<i>segue</i>) L'articolo 48.....	29
4. Oggi: il sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea	31
4.1. Lo <i>status</i> della CEDU prima del Trattato di Lisbona	32
4.2. Lo <i>status</i> della CEDU alla luce del Trattato di Lisbona	34
4.2.1. Il primo paragrafo dell'articolo 6 TUE, letto in combinazione con l'articolo 52(3) della Carta.....	34
4.2.1.1. (<i>segue</i>) Corrispondenza tra Carta dei diritti fondamentali e CEDU con riguardo ai diritti di difesa	39
4.2.2. Il secondo paragrafo dell'articolo 6 TUE.....	41
4.2.3. Il terzo paragrafo dell'articolo 6 TUE	43
4.3. L'influenza della Corte EDU sulla giurisprudenza delle Corti UE	44
5. Considerazioni conclusive. I diritti di difesa nell'ordinamento dell'Unione: una “nozione costante dal contenuto variabile”	50
CAPITOLO SECONDO I DIRITTI DI DIFESA NEI PROCEDIMENTI ANTITRUST DINANZI ALLA COMMISSIONE EUROPEA: QUESTIONI GENERALI.....	54

1. Introduzione.....	54
2. Le persone giuridiche quali titolari di diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea	58
2.1. I termini del dibattito	58
2.2. La posizione della Corte EDU e delle Corti UE	62
3. Le fonti dei diritti di difesa nel procedimento <i>antitrust</i>	66
3.1. La giurisprudenza (cenni e rinvio).....	66
3.2. Gli atti di diritto derivato	67
3.3. Gli atti di <i>soft law</i>	71
3.4. Il ruolo della Carta dei diritti fondamentali e della CEDU.....	74
4. Le funzioni svolte dai diritti di difesa nel procedimento <i>antitrust</i>	77
4.1. La <i>ratio</i> non strumentale: i diritti di difesa come contrappeso ai poteri della Commissione	77
4.1.1. La commistione di ruoli in capo alla Commissione	77
4.1.2. I crescenti poteri d'indagine della Commissione	80
4.1.3. La tendenza all'inasprimento della politica sanzionatoria	81
4.1.4. L'introduzione del consigliere-auditore "a difesa dei diritti di difesa"	84
4.2. (<i>segue</i>) I diritti di difesa come garanzia della legittimità del sistema di <i>enforcement</i> del diritto <i>antitrust</i> a livello UE.....	90
4.3. La <i>ratio</i> utilitaristica: il contributo dei diritti di difesa a un migliore <i>enforcement</i> del diritto <i>antitrust</i>	92
5. I limiti al riconoscimento di diritti di difesa nel procedimento <i>antitrust</i>.....	94
5.1. L'orientamento delle Corti UE: l'esigenza di assicurare l'effettività dell'azione della Commissione quale limite alla tutela dei diritti di difesa	94
5.2. L'articolo 52(1) della Carta	99
5.2.1. La tutela della concorrenza quale "finalità di interesse generale riconosciuta dall'Unione"	100
5.3. La compatibilità con l'articolo 52(3) della Carta.....	103
6. La natura penale del procedimento <i>antitrust</i>.....	105
6.1. Il <i>test</i> elaborato dalla Corte EDU.....	107
6.2. Applicazione del <i>test Engel</i> al procedimento <i>antitrust</i> UE.....	108
6.2.1. Il primo criterio	109
6.2.2. Il secondo criterio.....	111
6.2.3. Il terzo criterio.....	113
6.2.4. Conclusioni circa la natura del procedimento <i>antitrust</i> UE	114

6.3.	La posizione della Corte EDU	115
6.4.	La posizione delle Corti UE.....	121
6.5.	Conseguenze della natura penale delle ammende <i>antitrust</i>	125

CAPITOLO TERZO I DIRITTI DI DIFESA NELLA FASE DELLE INDAGINI

.....	129
-------	------------

1. Introduzione..... 129

2. I poteri della Commissione nella fase delle indagini 132

2.1. Le richieste di informazioni e il potere di raccogliere dichiarazioni .. 132

2.2. Gli accertamenti ispettivi 135

2.2.1. La compatibilità dei poteri ispettivi della Commissione con l'articolo 8 della CEDU 140

2.3. Il rispetto dei diritti di difesa nella fase delle indagini preliminari..... 148

3. Il diritto alla non autoincriminazione..... 151

3.1. Origini e *ratio* del diritto..... 151

3.2. Il diritto alla non autoincriminazione nel procedimento *antitrust* UE 156

3.2.1. Il riconoscimento di un (limitato) diritto nella sentenza *Orkem*..... 156

3.2.2. (*segue*) La giurisprudenza successiva e il *test* introdotto nella sentenza *PVC II* 160

3.2.2.1. Il primo criterio: l'elemento di coercizione..... 163

3.2.2.2. Il secondo criterio: l'interferenza con il diritto di non autoincriminarsi ... 165

3.2.3. (*segue*) La situazione attuale: le incertezze sui confini del diritto derivanti dalle pronunce più recenti delle Corti UE 166

3.2.4. Le tutele esistenti a livello legislativo 169

3.3. Il diritto alla non autoincriminazione nella giurisprudenza della Corte EDU 172

3.4. Conclusioni: la compatibilità della giurisprudenza delle Corti UE con l'orientamento della Corte EDU..... 177

4. Il *legal professional privilege* 182

4.1. Origini e *ratio* del diritto..... 182

4.2. Il *legal professional privilege* nel procedimento *antitrust* UE 186

4.2.1. Il riconoscimento del diritto nella sentenza *AM & S c. Commissione*..... 186

4.2.2. (*segue*) La saga *Akzo Nobel* 192

4.2.2.1. L'ordinanza cautelare del Presidente del Tribunale 192

4.2.2.2. Il procedimento principale..... 195

4.2.3. Osservazioni critiche sull'orientamento delle Corti UE circa l'ambito applicativo *ratione personae* del *legal professional privilege* 198

4.2.3.1.	L'esclusione degli avvocati in-house	199
4.2.3.2.	L'esclusione degli avvocati non abilitati all'esercizio della professione nel territorio dell'Unione.....	202
4.2.4.	Le tutele esistenti a livello legislativo	203
4.3.	Il <i>legal professional privilege</i> nella giurisprudenza della Corte EDU	207
4.4.	Conclusioni: la compatibilità della giurisprudenza delle Corti UE con l'orientamento della Corte EDU.....	209

CAPITOLO QUARTO I DIRITTI DI DIFESA NEL PROCEDIMENTO 213

1.	Introduzione.....	213
2.	Il diritto ad essere sentiti	218
2.1.	Origini e <i>ratio</i> del diritto.....	218
2.2.	Il diritto ad essere sentiti nel procedimento <i>antitrust</i> UE	219
2.2.1.	Il diritto di essere informati degli addebiti	224
2.2.2.	Il diritto di rispondere per iscritto agli addebiti.....	229
2.2.3.	Il diritto a un'audizione orale	231
2.2.4.	Il consigliere-auditore quale vero protagonista dell'audizione orale	238
2.2.5.	I soggetti che non sono parti del procedimento: una limitata (e diversificata) possibilità di essere sentiti.....	244
2.3.	Il diritto ad essere sentiti nella giurisprudenza della Corte EDU	251
2.4.	Conclusioni: la compatibilità della giurisprudenza delle Corti UE con l'orientamento della Corte EDU.....	254
3.	Il diritto di accedere al fascicolo istruttorio.....	259
3.1.	Origini e <i>ratio</i> del diritto (cenni e rinvio)	259
3.2.	Il diritto di accedere al fascicolo istruttorio nel procedimento <i>antitrust</i> UE	260
3.2.1.	L'iniziale lacuna normativa e l'evoluzione della prassi e della giurisprudenza "comunitaria"	260
3.2.2.	(<i>segue</i>) L'attuale <i>status</i> del diritto di accedere al fascicolo istruttorio.....	267
3.2.3.	(<i>segue</i>) I limiti all'accesso al fascicolo: la tutela dei segreti aziendali e delle informazioni confidenziali	271
3.2.4.	L'accesso dei denunciatori e dei terzi.....	277
3.2.5.	Il ruolo del consigliere-auditore nella soluzione dei conflitti sull'accesso al fascicolo istruttorio.....	280
3.3.	Il diritto di accedere al fascicolo istruttorio nella giurisprudenza della Corte EDU.....	285
3.4.	Conclusioni: la compatibilità della giurisprudenza delle Corti UE con l'orientamento della Corte EDU.....	288

CAPITOLO QUINTO OSSERVAZIONI CONCLUSIVE E PROPOSTE DI RIFORMA.....	292
1. La tutela dei diritti di difesa nel procedimento <i>antitrust</i> UE alla luce della CEDU: tentativi di bilancio	292
2. Profili del procedimento <i>antitrust</i> suscettibili di riforma	300
3. Proposte di riforma	309
3.1. Il consigliere-auditore	309
3.1.1. Lo status del consigliere-auditore.....	309
3.1.2. I poteri del consigliere-auditore	312
3.2. L’audizione orale	317
BIBLIOGRAFIA	325

ABBREVIAZIONI

CDE	Cahiers de droit européen
CEDU	Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali
CEPS	Centre of European Policy Studies
CLI	Competition Law International
CLJ	Competition Law Journal
CLR	Competition Law Review
CMLR	Common Market Law Review
Columbia JEL	Columbia Journal of European Law
Comun. int.	Comunità internazionale
CPI	Competition Policy International
CPN	Competition Policy Newsletter
Dir. comm. int.	Diritto del commercio internazionale
Dir. ind.	Diritto industriale
DUE	Il diritto dell'Unione europea
EBLR	European Business Law Review
ECLR	European Competition Law Review
ECJ	European Competition Journal
EHRLR	European Human Rights Law Review
ELJ	European Law Journal
ELR	European Law Review
EPL	European Public Law

EuConst	European Constitutional Law Review
GCLR	Global Competition Law Review
GCP	Global Competition Policy
GCR	Global Competition Review
GUCE	Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee
GUUE	Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea
HRLR	Human Rights Law Review
ITLR	International Trade Law & Regulation
JECLAP	Journal of European Competition Law & Practice
JEPP	Journal of European Public Policy
LIEI	Legal Issues of European Integration
LPICT	Law & Practice of International Courts and Tribunals
LS	Legal Studies
Maastricht JECL	Maastricht Journal of European & Competition Law
Riv. dir. int.	Rivista di diritto internazionale
Riv. it. dir. pubbl. com.	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
Riv. soc.	Rivista delle Società
RTDeur	Revue trimestrelle de droit européen
PL	Public Law
TCLR	The Competition Law Review
TFUE	Trattato sul funzionamento dell'Unione europea
TUE	Trattato sull'Unione europea
WOCO	World Competition Law & Economics Review

INTRODUZIONE

La presente ricerca si pone l'obiettivo di individuare, principalmente attraverso un'approfondita analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale dell'Unione europea, l'attuale *status* rivestito nell'ordinamento "comunitario" dai diritti di difesa riconosciuti in capo alle imprese che sono parti dei procedimenti per l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE.

Sulla scorta di tale analisi, l'obiettivo ultimo è quello di avanzare, in chiave critica, talune proposte di riforma volte a incidere sugli aspetti del procedimento *antitrust* rispetto ai quali siano stati individuati margini di intervento, nell'ottica di accrescere le garanzie attribuite alle parti e, in ultima analisi, la legittimità del procedimento stesso, non solo agli occhi di queste ultime ma anche, più in generale, dell'opinione pubblica.

La questione è invero da molti anni al centro di un vivo dibattito dottrinale, in particolare per via di talune caratteristiche che contraddistinguono sin dalle origini l'assetto istituzionale e organizzativo di tale procedimento a livello UE, e *in primis* per via della circostanza che la Commissione europea svolge in tale ambito funzioni al contempo istruttorie e decisorie.

Di recente, peraltro, l'importanza del tema è stata ulteriormente acuita dalla promozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea al rango di diritto primario ad opera del Trattato di Lisbona, con la conseguenza che le relative disposizioni (diverse delle quali presentano specifico rilievo in tema di diritti di difesa) hanno assunto efficacia vincolante innanzitutto nei confronti delle istituzioni "comunitarie", e dunque della stessa Commissione.

Inoltre, tanto la Carta quanto il Trattato di Lisbona hanno ribadito (e, anzi, accentuato) il peculiare ruolo ricoperto nei confronti dell'ordinamento UE dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione che di questa fornisce la Corte di Strasburgo. Un ruolo che impone, oggi, di stabilire se il livello di tutela offerta dal giudice dell'Unione ai diritti della Carta che corrispondono a diritti garantiti dalla Convenzione (quantomeno) coincida con quello derivante da quest'ultima. Peraltro, si ritiene che in ambito *antitrust* tale analisi risulti ancor più necessaria, come si vedrà, alla luce della natura penale (o quasi penale) delle

ammende che possono essere comminate dalla Commissione all'esito del relativo procedimento, nell'accezione autonoma di tale termine *ex* articolo 6 della CEDU.

Infine, si ritiene che l'oggetto della presente ricerca, sebbene, come accennato, non sia nuovo, meriti rinnovato interesse in quanto sono tuttora assai numerose le censure sollevate dalle imprese, in sede di impugnazione delle decisioni finali della Commissione, con riguardo alla presunta violazione dei loro diritti di difesa, a dimostrazione del fatto che il problema è ancora vivo, "sentito" e quanto mai urgente.

Prima di illustrare le tappe della presente indagine, pare necessario fare una premessa sui confini della stessa, al fine di meglio delinearne l'oggetto. Quest'ultimo, come accennato, è costituito in via esclusiva dal procedimento per l'applicazione della normativa *antitrust* da parte della Commissione.

Tale scelta implica una serie di conseguenze.

In primo luogo, resta escluso ogni riferimento ai procedimenti per l'applicazione della normativa sul controllo delle concentrazioni. Questi ultimi, pur comprendendo indubbiamente tematiche legate al rispetto dei diritti di difesa delle imprese coinvolte, presentano talune forti peculiarità (ad esempio, il fatto che si tratti di un controllo esercitato *ex post*) che giustificano, a giudizio di chi scrive, di tracciare una distinzione rispetto al settore *antitrust*, che invece merita di essere affrontato unitariamente.

In secondo luogo, da quanto sopra discende l'ulteriore *caveat* che non si prenderanno in considerazione questioni afferenti all'applicazione privatistica della normativa *antitrust*: entrano in gioco qui le stesse considerazioni suesposte, in particolare con riguardo alla profonda differenza tra i relativi procedimenti e, dunque, alle tematiche che vengono in rilievo circa il rispetto dei diritti di difesa¹.

In terzo luogo, risulta altresì escluso dall'oggetto dello studio il tema del rispetto dei diritti delle imprese nella eventuale fase di impugnazione della decisione della Commissione dinanzi al giudice dell'Unione, evidentemente successiva al procedimento e, come tale, autonoma.

¹ Con riguardo a queste ultime si rinvia, per tutti, a F. ROSSI DAL POZZO, *Private enforcement delle norme di concorrenza dell'Unione europea e tutela dei diritti fondamentali: alla ricerca di un difficile equilibrio fra interessi talora contrapposti*, in G. CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, 2018, p. 203 ss.

Infine, si analizzerà esclusivamente il procedimento esistente a livello “comunitario”, escludendo le questioni legate all’applicazione decentrata del diritto *antitrust*, che – anche alla luce delle peculiarità esistenti negli ordinamenti dei singoli Stati membri, pur in gran parte largamente modellati sull’esempio UE – presentano talune differenze rispetto all’ordinamento dell’Unione².

Alla luce di tali premesse, la presente ricerca si articola come segue.

La prima parte della ricerca (**Capitolo I**) ha natura prevalentemente descrittiva e ricostruttiva. Al fine di introdurre il tema dello *status* dei diritti di difesa nel procedimento *antitrust* UE, è parso utile muovere da una ricostruzione del graduale processo di riconoscimento dei diritti di difesa nell’ordinamento dell’Unione europea, ricostruendone le successive fasi e il prezioso ruolo giocato dalla giurisprudenza. Ampio spazio è riservato altresì al commento delle rilevanti disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, nonché del rilievo cruciale di tale strumento a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Inoltre, nella misura in cui ciò è parso necessario per inquadrare la trattazione successiva (e, dunque, con la consapevolezza della prospettiva necessariamente limitata che ne consegue), si è ritenuto opportuno allargare l’analisi al c.d. sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali esistente oggi in Europa, soffermandosi in particolare sull’influenza esercitata dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

Proseguendo dal generale al particolare, la seconda parte della ricerca (**Capitolo II**) è consacrata all’esame critico di talune questioni di natura trasversale e, in un certo senso, preliminare, che concernono il tema dei diritti di difesa nel procedimento *antitrust*, peraltro in parte tuttora oggetto di intenso dibattito dottrinale nonché di

² Peraltro, proprio l’esistenza di siffatte differenze è alla base della recentissima decisione della Commissione di presentare una proposta di direttiva volta a conferire poteri d’azione più efficaci alle autorità di concorrenza degli Stati membri (c.d. direttiva ECN+), e il cui articolo 3 prevede che “[l]’esercizio dei poteri di cui alla presente direttiva da parte delle autorità nazionali garanti della concorrenza è soggetto a garanzie adeguate, compreso il rispetto del diritto di difesa e del diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice da parte delle imprese, conformemente ai principi generali del diritto dell’Unione e alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea” (v. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e assicura il corretto funzionamento del mercato interno del 22 marzo 2017, COM(2017) 142 final, 2017/0063(COD). Per un primo commento, in particolare sul tema dei diritti fondamentali, si rinvia a: J. TEMPLE LANG, *Fundamental rights and the proposed directive*, in *Competition Law & Policy debate. Symposium: European Competition Law Procedural Reform*, 2017, 3(3); H. ANDERSSON, *ECN Plus – Should the new EU Directive empowering National Competition Authorities be all about Effectiveness?*, Stockholm University Research Paper No. 12, settembre 2017).

pronunce giurisprudenziali spesso contraddittorie. Ciò con il duplice fine di inquadrare correttamente il successivo esame della giurisprudenza e di tentare di comprendere appieno la valenza di tali diritti nell'ordinamento dell'Unione. Si è quindi ritenuto opportuno analizzare l'applicabilità, a livello "comunitario", dei diritti fondamentali alle persone giuridiche; le fonti in materia di diritti di difesa nel procedimento *antitrust*; la *ratio* che giustifica il riconoscimento di detti diritti alle imprese coinvolte nei procedimenti in parola, nonché i relativi limiti; e, infine, la questione della natura penale del procedimento *antitrust*, nell'accezione autonoma elaborata dalla Corte EDU con riguardo all'articolo 6 della CEDU.

La terza e quarta parte della ricerca (**Capitoli III e IV**) sono poi dedicate ad analizzare il livello di tutela riconosciuto nell'ordinamento "comunitario" ai diritti di difesa attribuiti alle imprese che sono parti del procedimento per l'applicazione della normativa *antitrust*, ossia, nella fase delle indagini preliminari, il diritto alla non autoincriminazione e il diritto alla confidenzialità delle comunicazioni tra cliente e avvocato; nella fase del procedimento vero e proprio, il diritto ad essere sentiti nelle sue molteplici componenti, che includono il diritto ad essere informati degli addebiti e a rispondere con osservazioni scritte, il diritto a un'audizione orale e il diritto di accedere al fascicolo istruttorio. Siffatta analisi è svolta non solo con riguardo alla giurisprudenza del giudice dell'Unione, ricostruendone l'evoluzione ed esaminandone le principali pronunce, ma anche, da un lato, esaminando le tutele riconosciute in via legislativa a tali diritti (non da ultimo attraverso il ruolo attribuito al consigliere-auditore) e, dall'altro, operando un confronto critico con l'orientamento fatto proprio dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con riguardo ai diritti corrispondenti a quelli protetti dalla Carta dei diritti fondamentali.

In ultimo (**Capitolo V**), sulla scorta delle conclusioni raggiunte circa il livello di compatibilità tra la giurisprudenza "comunitaria" e quella della Corte di Strasburgo, ma anche più in generale sul livello di tutela riconosciuto oggi ai diritti di difesa nel procedimento *antitrust* UE, si è dedicata attenzione alle possibili riforme che potrebbero essere introdotte nell'ambito di detto procedimento al fine di accrescere il ruolo e l'impatto concreto dei diritti attribuiti alle parti, con particolare riguardo alla figura del consigliere-auditore e al momento dell'audizione orale.

CAPITOLO PRIMO

LE ORIGINI DEI DIRITTI DI DIFESA NELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Prima fase: il silenzio dei Trattati fondativi e il ruolo creativo della giurisprudenza – 2.1. Il rispetto dei diritti di difesa quale principio generale del diritto “comunitario” – 2.2. La duplice *ratio* dei diritti di difesa: approccio utilitaristico *versus* approccio non strumentale nella giurisprudenza della Corte di giustizia – 3. Seconda fase: la consacrazione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – 3.1. L'articolo 41: il diritto a una buona amministrazione – 3.2. Altre disposizioni rilevanti: l'articolo 47 – 3.3. (*segue*) L'articolo 48 – 4. Oggi: il sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea – 4.1. Lo *status* della CEDU prima del Trattato di Lisbona – 4.2. Lo *status* della CEDU alla luce del Trattato di Lisbona – 4.2.1. Il primo paragrafo dell'articolo 6 TUE, letto in combinazione con l'articolo 52(3) della Carta – 4.2.1.1. (*segue*) Corrispondenza tra Carta dei diritti fondamentali e CEDU con riguardo ai diritti di difesa – 4.2.2. Il secondo paragrafo dell'articolo 6 TUE – 4.2.3. Il terzo paragrafo dell'articolo 6 TUE – 4.3. L'influenza della Corte EDU sulla giurisprudenza delle Corti UE – 5. Considerazioni conclusive. I diritti di difesa nell'ordinamento dell'Unione: una “nozione costante dal contenuto variabile”

1. Introduzione

Nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, l'esigenza di predisporre meccanismi volti a proteggere i diritti dei singoli nei procedimenti amministrativi suscettibili di sfociare in una decisione ad essi sfavorevole è emersa sin dalle prime tappe della costruzione “comunitaria”³⁴. Del resto, costituisce un caposaldo di qualsiasi regime liberaldemocratico, applicabile all'Unione europea come ai tradizionali Stati nazionali, il *quid pro quo* tra potere governativo, da un lato, e presenza di limiti (correlati all'esistenza di diritti) all'uso di tale potere, dall'altro⁵.

³ V. già la sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 1957 *Algera e a. c. Assemblée commune*, causa 7/56, EU:C:1957:7. In dottrina, v. tra gli altri T. TRIDIMAS, *General principles of EU Law*, 2^a ed., Oxford, 2006, p. 370; e LORD MILLETT, *The right to good administration in European law*, in *PL*, 2002, p. 309, il quale osserva che “[a] perceived need to improve the protection of the rights of citizens of the Community has led to a multiplication of mechanisms”.

⁴ Si precisa sin d'ora che l'utilizzo nella presente ricerca dell'aggettivo “comunitario”, anziché “unionale” (termine che secondo alcuni – compresa l'Accademia della Crusca, che ha dato la sua benedizione nel marzo 2017 – costituirebbe, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'unica forma corretta, posto che l'articolo 2 TUE dispone che “nell'intero trattato”, i termini “la Comunità” o “la Comunità europea” siano sostituiti da “l'Unione”, e l'aggettivo “comunitario”, comunque declinato, da “dell'Unione”), non è frutto di casualità, costituendo piuttosto una precisa scelta stilistica. In ogni caso, al fine di sottolineare il carattere (in senso stretto) “superato” del termine in questione e la sua valenza storica, si è deciso di porlo tra virgolette. Sul dibattito terminologico circa la scelta tra i termini “comunitario” e “unionale”, ci si permette di rinviare a: N. LATRONICO, *L'uso del termine “unionale” anziché “dell'Unione” (o “comunitario”)*, ovvero quando le parole sono importanti, in *Eurojus.it*, 1° giugno 2015; ID., *A proposito del “disco verde” dato dall'Accademia della Crusca all'aggettivo unionale*, in *Eurojus.it*, 3 aprile 2017; M. CONDINANZI, *Da comunitario a unionale. La difficile ricerca di un aggettivo adatto*, in *Eurojus.it*, 10 aprile 2017 (tutti disponibili online su: <http://rivista.eurojus.it/>).

⁵ P. CRAIG, *EU Administrative Law*, 2^a ed., Oxford, 2012, p. 449.

In tale contesto, i diritti di difesa sono stati fin da subito concepiti quali garanzie di stampo procedurale, espressamente modellate al fine di costituire un contrappeso, uno “*scudo*”⁶ alla discrezionalità e ai crescenti poteri che andavano caratterizzando il ruolo dell’autorità amministrativa nell’ordinamento “comunitario”, e in particolare il ruolo della Commissione europea⁷.

Tuttavia, se il riconoscimento dell’esistenza di tali diritti nell’ordinamento dell’Unione ha origini assai risalenti nel tempo, di certo non è avvenuto “dal giorno alla notte”. Si tratta, piuttosto, del frutto di un percorso graduale e scandito da diverse fasi, che costituiscono appunto l’oggetto del presente capitolo.

In particolare, è possibile individuare una prima fase nella quale, stante il silenzio serbato sul punto dai Trattati fondativi, i diritti di difesa hanno fatto il loro ingresso nell’ordinamento dell’Unione nella veste di principio generale del diritto “comunitario”, progressivamente elaborato e precisato dalla giurisprudenza delle Corti UE (v. paragrafo 2).

A tale fase creativa è poi seguita la consacrazione per iscritto dei diritti di difesa nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e proclamata nuovamente, in una versione leggermente modificata, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo⁸. Le rilevanti disposizioni della Carta saranno oggetto di analisi e commento nel paragrafo 3.

Per comprendere appieno l’attuale valore dei diritti di difesa nell’ordinamento “comunitario” è peraltro fondamentale allargare la prospettiva, ed esaminare, più in

⁶ Già nel 1973, l’avvocato generale Trabucchi parlava enfaticamente, a proposito dello scrutinio della Corte di giustizia sull’operato della Commissione e sul rispetto, da parte di quest’ultima, di formalità procedurali, della “funzione del giudice che scende in un campo tutto impregnato di attività illecita per vedere se comunque non siano stati violati i diritti di difesa del ricorrente, e per assicurarsi che la forma, palladio di giustizia, sia stata essa pure rispettata nelle sue esigenze essenziali” (conclusioni rese il 5 aprile 1973 nella causa 46/72 *De Greef c. Commissione*, EU:C:1973:41, p. 557). Nella versione inglese, l’espressione è stata tradotta con “shield of justice”.

⁷ J. SCHWARZE, *The Procedural Guarantees in the Recent Case-law of the European Court of Justice*, in D. CURTIN, T. HEUKELS (a cura di), *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Vol. II, Dordrecht, 1994, p. 495, rileva che il fatto stesso che all’autorità amministrativa dell’Unione sia concesso un margine di discrezionalità appare giustificabile solo nella misura in cui tale discrezionalità sia esercitata sotto la stretta osservanza delle garanzie procedurali. Così anche K. KAŃSKA, *Towards Administrative Human Rights in the EU. Impact of the Charter of Fundamental Rights*, in *ELJ*, 2004 (3), pp. 298-299, dalla quale la progressiva “costituzionalizzazione” delle garanzie procedurali nel campo del diritto amministrativo europeo è espressamente ricollegata all’espansione delle competenze delle istituzioni UE, nonché all’aumento delle aree in cui i soggetti privati entrano in contatto diretto con l’amministrazione “comunitaria”.

⁸ V. note 62 e 63 per maggiori dettagli e rinvii bibliografici.

generale, il c.d. sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali esistente oggi in Europa, soffermandosi in particolare sull'influenza esercitata dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁹. La questione sarà affrontata nel paragrafo 4, rimandando al capitolo seguente l'analisi puntuale dei profili legati specificamente ai procedimenti *antitrust*.

Infine, nelle osservazioni conclusive del presente capitolo (paragrafo 5) si tenterà, sulla base di quanto detto in precedenza, di identificare un contenuto minimo della nozione di diritti di difesa in ambito "comunitario", mettendo in luce le difficoltà definitorie che circondano tale concetto.

⁹ È appena il caso di chiarire che l'ampia e complessa tematica della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea esula, di per sé, dallo specifico oggetto della presente ricerca, e sarà pertanto affrontata solo nella misura in cui ciò appaia strettamente necessario per inquadrare la successiva analisi dei diritti di difesa nel procedimento *antitrust*. Premesso questo *caveat* (che dovrebbe spiegare sia la selettività dei temi trattati, sia il *focus* prescelto per tale trattazione), si rinvia alla nota 11 per talune indicazioni bibliografiche utili all'approfondimento della tematica in questione.

2. Prima fase: il silenzio dei Trattati fondativi e il ruolo creativo della giurisprudenza

I Trattati fondativi non contenevano alcuna disposizione dalla quale potesse ricavarsi un riconoscimento *in via generale* di diritti di difesa in capo ai soggetti privati nell'ambito di procedimenti amministrativi¹⁰. Né del resto, come noto, i Trattati prevedevano disposizioni volte a tutelare in modo esplicito i diritti fondamentali¹¹.

Ciò non stupisce, se si considera l'impronta che ha caratterizzato la Comunità europea delle origini e che – coerentemente con gli obiettivi per i quali la stessa era stata voluta e fondata (primo tra tutti, la costruzione di un mercato comune tra gli Stati membri, nel quale le merci potessero circolare liberamente) – era indubbiamente di stampo economico. In tale contesto, la protezione dei diritti fondamentali dei singoli semplicemente non era all'ordine del giorno¹².

¹⁰ Vi erano, tuttavia, previsioni circa il diritto dei soggetti interessati da un determinato procedimento o misura di presentare osservazioni, anche se pur sempre in relazione a settori specifici: così, ad esempio, gli articoli 36(1), 46(2), 54(5), 66(5) e 88(1) del Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (Trattato CECA). Oggi, l'unico riferimento espresso al diritto a un'audizione orale rinvenibile nei Trattati riguarda il settore degli aiuti di Stato: l'articolo 108(2) TFUE prevede che la Commissione, prima di dichiarare che un aiuto è incompatibile con il mercato interno o è attuato in modo abusivo, debba "[intimare] agli interessati di presentare le loro osservazioni".

¹¹ A livello di diritto primario, la prima affermazione generale ed esplicita circa il rispetto dei diritti fondamentali da parte dell'Unione europea è giunta solo nel 1992 con il Trattato di Maastricht, che all'articolo F(2) prevedeva: "L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri". Per un approfondimento circa la tematica dell'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali in ambito UE si rinvia in particolare, senza pretese di completezza, a: I. A. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU, L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015; A. BIONDI, *Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights*, in EHRLR, 2004 (1), p. 51 ss.; A. CASSESE, A. CLAPHAM, J. WEILER (a cura di), *European Union: The Human Rights Challenge*, Baden-Baden, 1991; M. DAUSES, *The Protection of Fundamental Rights in the Community Legal Order*, in ELR 1985 (10), p. 398 ss.; G. DI FEDERICO, *Fundamental Rights in the EU: Legal Pluralism and Multi-Level Protection After the Lisbon Treaty*, in G. DI FEDERICO (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights: from declaration to binding instrument*, Dordrecht, 2011, p. 15 ss.; N. NEUWAHL, A. ROSAS (a cura di), *The European Union and Human Rights*, L'Aia, 1995; J. WEILER, N. LOCKHART, 'Taking Rights Seriously' Seriously: *The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence*, in CMLR 1995 (2), pp. 579-627.

¹² P. CRAIG, *EU Administrative Law*, cit., p. 447, osserva che l'assenza di disposizioni in tema di diritti umani nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea del 1957 (Trattato CEE) potrebbe dipendere anche dal fatto che i redattori non abbiano realizzato che tale Trattato, pur focalizzato sulla dimensione economica dell'integrazione, avrebbe potuto incidere su diritti fondamentali tradizionalmente oggetto di tutela.

Con specifico riguardo al caso dei diritti di difesa, la summenzionata lacuna normativa è stata nel tempo colmata ad opera della legislazione secondaria – per quanto pur sempre in modo parziale e frammentario – man mano che l'autorità amministrativa “comunitaria” (ossia *in primis* la Commissione europea) veniva dotata di competenze crescenti e sempre più invasive, anche a livello sanzionatorio¹³.

In una prima fase, tuttavia, il compito di colmare tale vuoto normativo è stato monopolio delle Corti UE, le quali hanno riconosciuto in via interpretativa l'esistenza di diritti di difesa nell'ordinamento dell'Unione. Non a caso, in dottrina si è parlato a tale proposito di “judge-made rights”¹⁴.

Ciò, peraltro, è del tutto in linea con quello che è stato il percorso evolutivo della protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea. Come noto, tale protezione è passata per lungo tempo esclusivamente attraverso l'attività creativa svolta dalla Corte di giustizia, inaugurata nel 1970 (dopo un iniziale periodo di indifferenza) dalla celebre pronuncia *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, in cui la Corte di giustizia ha affermato per la prima volta che “[l]a tutela dei diritti fondamentali costituisce [...] parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza”, e che “[l]a salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità”¹⁵.

¹³ V. T. TRIDIMAS, *op. cit.*, p. 370, che parla a tale riguardo di un processo di “*formalization*” (p. 11). È interessante sottolineare che la materia della concorrenza costituisce uno dei settori in cui tale riconoscimento normativo è avvenuto sin dai primi anni della costruzione “comunitaria”: riferimenti al diritto di essere sentiti si rinvencono già all'articolo 19 del Regolamento n. 17/62/CEE del Consiglio del 6 febbraio 1962 Primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato, in *GUCEE* 13 del 21 febbraio 1962, pp. 204-211 (nel prosieguo, il “Regolamento n. 17/1962”), e, soprattutto, nel Regolamento n. 99/63/CEE della Commissione del 25 luglio 1963 relativo alle audizioni previste all'articolo 19, paragrafi 1 e 2, del regolamento n. 17 del Consiglio, in *GUCEE* 127 del 20.8.1963, pp. 2268-2270.

Osserva peraltro P. CRAIG, *EU Administrative Law*, cit., p. 323, che la legislazione settoriale ha fatto pur sempre seguito all'attività pretoria: “The reality is that the courts have developed the content of process rights on a case-by-case basis. The judicial precepts have then been incorporated in sector-specific legislation and moulded to fit the needs of the area”.

¹⁴ L'espressione è di T. TRIDIMAS, *op. cit.*, p. 370. Sul punto si veda anche K. KOWALIK-BAŃCZYK, *An elusive convergence: rights of the defence in competition matters in the jurisprudence of the CJEU*, in P. NIHOUL, T. SKOCZNY (a cura di), *Procedural Fairness in Competition Proceedings*, ASCOLA Competition Law series, Cheltenham, 2015, p. 183.

¹⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 1970 *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, causa 11/70, EU:C:1970:114, punto 4.

Dall'origine prettamente giurisprudenziale dei diritti di difesa nell'ordinamento dell'Unione discendono tre conseguenze, tra loro strettamente connesse.

In primo luogo, la matrice giurisprudenziale vale a spiegare il carattere settoriale del riconoscimento di detti diritti. Nelle pronunce del giudice dell'Unione, tale riconoscimento risulta infatti sempre marcatamente ritagliato sulle specificità del caso *sub iudice* e, quindi, sempre relativo all'uno o all'altro settore di intervento dell'autorità amministrativa "comunitaria"¹⁶.

In secondo luogo, l'assenza di una teorizzazione per così dire "a monte" dei diritti di difesa da parte del legislatore UE si ritrova altresì nella sostanza dell'attività creativa svolta dalla giurisprudenza. Quest'ultima si è infatti concentrata più sulle modalità concrete (e contingenti) dell'esercizio di detti diritti che non sulla definizione puntuale del relativo contenuto¹⁷, dando vita a un catalogo di diritti "aperto" e dal contenuto variabile¹⁸, in linea del resto con l'approccio "*case-by-case*" seguito in tale materia¹⁹.

In terzo luogo, lasciato solo a definire ed elaborare il contenuto dei diritti di difesa in ambito "comunitario", il giudice dell'Unione ha dovuto selezionare i modelli di riferimento da cui trarre ispirazione per la sua attività creativa. In tale frangente, il modello per eccellenza è stato offerto dai principi generali di diritto amministrativo vigenti negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, per quanto la Corte di giustizia abbia sempre enfatizzato il carattere specifico del diritto "comunitario" quale sistema giuridico separato e autonomo dagli ordinamenti nazionali²⁰. Ciò è in linea con il più generale approccio seguito dalla Corte nelle fasi iniziali della costruzione "comunitaria", tendente ad assicurare la protezione dei diritti individuali attraverso l'applicazione di principi oggettivi di diritto amministrativo, ossia *standard* di

¹⁶ Si pensi, ad esempio, ai settori della concorrenza, degli aiuti di Stato, dell'*antidumping*.

¹⁷ In questo senso v. anche A. PLIAKOS, *Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence*, Bruxelles, 1987, p. 8, secondo cui detti diritti avrebbero natura più funzionale che concettuale.

¹⁸ K. KOWALIK-BAŃCZYK, *op. cit.*, p. 185.

¹⁹ Conforme LORD MILLETT, *op. cit.*, p. 312. Peraltro, la tendenza delle Corti UE "to lay down a principle in broad, absolute terms, but to leave its application to be refined by subsequent developments in the case-law" sembra caratterizzare la giurisprudenza "comunitaria" nel suo complesso, ben al di là dello specifico settore dei diritti di difesa: così M. CHITI, *The Role of the European Court of Justice in the Development of General Principles and their Possible Codification*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995 (3-4), p. 664.

²⁰ J. SCHWARZE, *The administrative law of the Community and the protection of human rights*, in *CMLR* 1986 (23), p. 416; X. GROUSSOT, *General Principles of Community Law*, Groningen, 2006.

carattere oggettivo per l'azione amministrativa²¹. Tra le tradizioni giuridiche continentali, quella francese e tedesca sembrano aver costituito l'esempio di maggiore peso²².

Ciò premesso, i diritti di difesa – caratterizzati inizialmente, come si è detto, dall'assenza di una formulazione scritta nel *corpus* legislativo “comunitario” – costituiscono altresì un settore in cui l'ordinamento dell'Unione si avvicina in modo significativo alle tradizioni giuridiche degli Stati membri facenti capo al sistema giuridico di *common law*²³. Invero, l'eco di concetti cari a quest'ultima tradizione giuridica, quali “fairness”, “due process” e “natural justice”, si rinvencono in diverse pronunce della Corte di giustizia relative ai diritti di difesa²⁴.

2.1. Il rispetto dei diritti di difesa quale principio generale del diritto “comunitario”

Venendo ora allo *status* dei diritti di difesa nell'ordinamento UE, un'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia risalente alla prima fase del loro riconoscimento rivela come tali diritti abbiano inizialmente assunto il rango di principio generale del diritto “comunitario”.

²¹ J. SCHWARZE, *The administrative law of the Community and the protection of human rights*, cit., p. 405.

²² K. KOWALIK-BAŃCZYK, *op. cit.*, p. 183. Sul punto si vedano anche K. LENAERTS, J. VANHAMME, *Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process*, in *CMLR* 1997 (34), p. 534, i quali notano come l'espressione “diritti di difesa” nella giurisprudenza “comunitaria” sia derivata dall'espressione francese “droits de la défense”, a sua volta coincidente con la nozione di “right to a fair hearing”.

²³ Cfr. sul punto K. LENAERTS, J. VANHAMME, *op. cit.*, p. 534, i quali ricordano che nel Regno Unito il diritto di essere sentiti “is a matter of ‘natural justice’ and, apart from a few exceptions, statutes dealing with specific fields of economic law tend to abstain from regulating the individual's procedural rights”. Conforme C. BELLAMY, *Legal protection of individuals, their fundamental rights and their rights of defence*, in W. VAN GERVEN, M. ZULEEG, *Remedies and Sanctions for the Enforcement of Community Law*, Colonia, 1996, p. 115: l'A. osserva: “anyone who comes from the common law tradition should feel at home in Community law because it is essentially built on judge made principles that do not derive from any specific text”. La duplice impronta (di *civil law* e di *common law*) che caratterizza lo sviluppo in via pretoria dei diritti procedurali nell'ordinamento “comunitario” è ben messa in luce da P. CRAIG, *EU Administrative Law*, cit., p. 323, quale diretta conseguenza del fatto che i sistemi nazionali di diritto amministrativo vigenti negli Stati membri appartengono rispettivamente all'una o all'altra tradizione. Cfr. altresì il contributo di R. GREAVES, *A Common law contribution to EU administrative procedure: the Hearing Officer*, in *Studia in Honorem of Professor Pelayia Yessiou-Faltsi*, Athens-Thessaloniki, 2007, p. 309 ss.

²⁴ Si veda, sul punto, T. TRIDIMAS, *op. cit.*, pp. 371-372, che richiama la sentenza della Corte di giustizia del 23 ottobre 1974 *Transocean Marine Paint Association c. Commissione*, causa 17/74, EU:C:1974:106; e del 18 maggio 1972 *AM & S c. Commissione*, causa 155/79, EU:C:1982:157.

Invero, risale addirittura al 1963 la prima formulazione compiuta del principio in base al quale i singoli hanno il diritto di essere sentiti prima che nei loro confronti sia assunta una decisione suscettibile di imporre sanzioni, che contiene già *in nuce* il tema del necessario riconoscimento di garanzie procedurali ai privati dinanzi alla pubblica amministrazione “comunitaria”. Nel caso *Alvis c. Consiglio della CEE*, vertente sulla natura illegittima o meno del licenziamento di un funzionario da parte dell’istituzione, la Corte di giustizia ha affermato che “[i]n base a un principio di diritto amministrativo ammesso in tutti gli Stati membri della Comunità Economica Europea, la Pubblica amministrazione, prima di adottare qualsiasi provvedimento disciplinare nei confronti dei suoi dipendenti, deve porli in grado di difendersi dagli addebiti loro mossi”²⁵. Secondo la Corte, detto principio deve essere rigorosamente osservato dalle istituzioni, specialmente laddove gli addebiti mossi siano tanto gravi da poter sfociare in conseguenze negative per il funzionario (quale, nel caso di specie, il licenziamento, o in senso lato una sanzione).

Tale principio è stato poi oggetto di ulteriore elaborazione e consolidamento in una serie di pronunce successive, che hanno toccato tanto la questione del suo contenuto sostanziale quanto quella del suo ambito di applicazione.

Quanto al primo aspetto, una preliminare considerazione di ordine generale s’impone, in quanto propedeutica all’analisi del contenuto dei diritti di difesa. Un esame della giurisprudenza “comunitaria” mostra che, sebbene il principio sia stato nel tempo “riempito di contenuto” dal giudice dell’Unione (il quale ne ha via via specificato le diverse componenti, come ad esempio il diritto di essere informati degli addebiti a proprio carico²⁶, il diritto di essere sentiti²⁷ e il diritto di accesso al fascicolo²⁸), lo stesso non ha mai perso il suo carattere di clausola generale. Tali

²⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 4 luglio 1963, causa 32/62, EU:C:1963:15, p. 112.

²⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 12 febbraio 1992 *Paesi Bassi e PTT Nederland c. Commissione*, cause riunite C-48/90 e C-66/90, EU:C:1992:63.

²⁷ V. la sentenza della Corte di giustizia del 23 ottobre 1974 *Transocean Marine Paint Association c. Commissione*, causa 17/74, EU:C:1974:106, punto 15.

²⁸ V. la sentenza del Tribunale del 17 dicembre 2009 *Solvay c. Commissione*, T-58/01, EU:T:2009:520.

diverse componenti rimangono pur sempre forme espressive (nonché esplicitamente esemplificative²⁹) di un unico, distinto principio³⁰.

Da ciò consegue che, per descrivere il contenuto dei diritti di difesa, l'interprete deve fondarsi perlopiù su considerazioni di ordine generale risultanti dalla giurisprudenza. Si tratta, tuttavia, di un'operazione non sempre agevole, se solo si considera che, nella stessa giurisprudenza, l'applicazione e le forme di esercizio dei diritti di difesa appaiono tutt'altro che uniformi³¹.

In tal senso, assume rilievo innanzitutto la dimensione dell'*effettività* dell'esercizio del diritto, che risulta essere tale solo in quanto consenta al privato di far pervenire in modo utile, *efficace* il proprio punto di vista all'amministrazione³². Significativa, sul punto, la precisazione fatta dalla Corte nel 1979 nella nota sentenza *Hoffmann-La Roche c. Commissione* (relativa al settore della concorrenza)³³. Dopo aver ribadito che il rispetto dei diritti di difesa costituisce nientemeno che “un principio fondamentale del diritto comunitario, che va osservato anche se si tratta di un procedimento di natura amministrativa”, la Corte di giustizia ha affermato che il rispetto di detto principio esige che l'impresa interessata³⁴ sia stata messa in grado, durante il procedimento amministrativo, di far conoscere “in modo efficace il suo

²⁹ In tal senso, v. la sentenza della Corte di giustizia del 21 novembre 1991 *Technische Universität München c. Hauptzollamt München-Mitte*, causa C-269/90, EU:C:1991:438, punto 14 (“[...] è di fondamentale importanza il rispetto nei procedimenti amministrativi delle garanzie offerte dall'ordinamento giuridico comunitario. Fra queste garanzie si annoverano in particolare [...]”).

³⁰ Così A. PLIAKOS, *Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence*, cit., pp. 10 e 28.

³¹ E. BARBIER DE LA SERRE, *Procedural Justice in the European Community Case-law concerning the Rights of the Defence: Essentialist and Instrumental Trends*, in *EPL* 2006 (2), p. 247. Contrastano con tale circostanza le parole dell'avvocato generale Darmon nelle conclusioni rese il 27 ottobre 1993 nella causa C-135/92 *Fiskano c. Commissione*, EU:C:1993:861, punto 63, il quale fa notare alla Corte che “[l]a portata di un principio così generale [...] non può variare con la natura della decisione sottoposta al vostro sindacato, in quanto si tratta di una soglia minima di garanzia, che non può quindi essere frazionata in funzione dello specifico procedimento istruito”.

³² Secondo E. BARBIER DE LA SERRE, *Procedural Justice in the European Community Case-law concerning the Rights of the Defence: Essentialist and Instrumental Trends*, cit., p. 233, ciò significa che i diritti di difesa in ambito UE includono il diritto di esercitare una “influenza effettiva” (“an effective influence”) sull'esito della decisione.

³³ Sentenza della Corte di giustizia del 13 febbraio 1979 *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, causa 85/76.

³⁴ È appena il caso di precisare che la giurisprudenza “comunitaria” in tema di diritti di difesa (così come quella della Corte europea dei diritti dell'uomo) riguarda tanto le persone fisiche quanto le persone giuridiche. Sul tema dell'applicabilità dei diritti fondamentali alle imprese si rimanda, per una trattazione più approfondita, al **Capitolo II**.

punto di vista sulla realtà e sulla pertinenza dei fatti e delle circostanze allegate e sui documenti di cui la Commissione ha tenuto conto”³⁵.

Un altro aspetto che emerge dalla giurisprudenza è che l’esigenza di assicurare un pieno rispetto dei diritti di difesa dei singoli è avvertita dal giudice dell’Unione come più urgente laddove la normativa settoriale non preveda nel caso di specie una disciplina *ad hoc* per garantirne l’esercizio. In altri termini, laddove ricorra una lacuna normativa, le Corti UE si attivano per colmare il vuoto di tutela³⁶. In queste ipotesi, correlativamente, alle istituzioni UE è imposto un comportamento ancora più rigoroso nei confronti degli individui coinvolti.

Venendo ora all’ambito di applicazione del principio generale in questione, si può rilevare, negli anni, uno slittamento concettuale nelle pronunce della Corte, coincidente con un ampliamento di tale ambito applicativo³⁷.

In un primo periodo, infatti, secondo la formula impiegata tradizionalmente dal giudice “comunitario” (e riportata ad esempio nella già citata sentenza *Alvis c. Consiglio della CEE*), il rispetto di tale principio generale imponeva che “chiunque [potesse] vedersi infliggere una sanzione [fosse] messo in condizione di far conoscere utilmente il proprio punto di vista sugli elementi presi in considerazione dalla [autorità procedente] per infliggere la sanzione”³⁸. La sfera applicativa dei diritti di difesa coincideva dunque inizialmente con i soli procedimenti amministrativi suscettibili di sfociare in “sanzioni, specie ammende o penalità di mora”³⁹. In altri termini, la

³⁵ *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, cit., punti 9 e 11. Cfr. altresì (per scelte terminologiche diverse che tuttavia non valgono a mutare la sostanza di quanto appena detto) la sentenza del Tribunale del 6 dicembre 1994 *Lisrestal e a. c. Commissione*, causa T-450/93, EU:T:1994:290, punto 42, in cui si specifica che l’interessato deve poter fare conoscere “utilmente” il proprio punto di vista all’amministrazione; del 17 settembre 1998 *Primex Produkte Import-Export e a. c. Commissione*, causa T-50/96, EU:T:1998:223, punto 59, in cui il termine usato è “validamente”.

³⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 1991 *Al-Jubail Fertilizer Company e a. c. Consiglio*, causa C-49/88, EU:C:1991:276, punto 16.

³⁷ Così K. LENAERTS, J. VANHAMME, *op. cit.*, p. 535.

³⁸ Cfr., ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia del 29 giugno 1994 *Fiskano c. Commissione*, causa C-135/92, EU:C:1994:267, punto 40. La causa verteva su un ricorso in annullamento proposto da una società svedese attiva nel settore della pesca avverso una decisione con cui la Commissione, avendo ritenuto che la stessa si fosse resa responsabile di pesca di frodo, l’aveva temporaneamente esclusa dalla possibilità di pescare nelle acque della Comunità. La ricorrente aveva lamentato in particolare la violazione dei propri diritti di difesa, posto che la Commissione non l’aveva messa in condizione di presentare le sue osservazioni prima di emanare la decisione *de qua* (in linea, peraltro, con la legislazione vigente in materia).

³⁹ Sentenza della Corte di giustizia *Hoffmann-La Roche c. Commissione* cit., punto 9.

presenza (pur ipotetica) di una sanzione costituiva una sorta di “*de minimis*” che, se non raggiunto, escludeva l’applicabilità dei diritti di difesa⁴⁰.

Tale situazione è venuta modificandosi ad opera della giurisprudenza successiva, che ha ampliato l’ambito di applicazione del principio generale del rispetto dei diritti di difesa fino a ricomprendere “qualsiasi procedimento promosso nei confronti di una persona e che possa concludersi con un atto per questa lesivo”⁴¹, con una formulazione dunque ben più ecumenica⁴².

Nel ragionamento della Corte, due elementi risultano essenziali per determinare l’applicabilità dei diritti in questione: primo, il fatto che il procedimento sia promosso “nei confronti” (in altri termini, *contro*) una persona; secondo, il carattere potenzialmente lesivo della decisione con riguardo alla sfera della stessa persona⁴³. Tuttavia, è stato notato come l’approccio della giurisprudenza “comunitaria” non sia sempre sistematico e coerente con riguardo all’applicazione di (e finanche alla distinzione concettuale tra) tali due elementi⁴⁴.

⁴⁰ E. BARBIER DE LA SERRE, *Procedural Justice in the European Community Case-law concerning the Rights of the Defence: Essentialist and Instrumental Trends*, cit., p. 238. Tale approccio restrittivo si rinviene ad esempio nella sentenza della Corte del 28 maggio 1980 *Kuhner c. Commissione*, causa C-33/79, EU:C:1980:139, punto 25, in cui il giudice osservava appunto che “[l]a decisione impugnata, la quale conserva al ricorrente tutti i vantaggi inerenti al suo grado e al suo impiego tipo, non è tale da rendere necessario il rispetto di altre formalità oltre a quelle stabilite dall’art. 90 dello Statuto per la tutela degli interessi dei dipendenti e agenti, cui si aggiunge, all’occorrenza, il controllo giurisdizionale della Corte”.

⁴¹ Sentenza del Tribunale *Lisrestal e a. c. Commissione* cit., punto 42. V. anche *ex multis* sentenza della Corte di giustizia *Al-Jubail Fertilizer Company e a. c. Consiglio*, cit., punto 15; del 24 ottobre 1996 *Commissione c. Lisrestal e a.*, causa C-32/95 P, EU:C:1996:402, punto 30; del 21 settembre 2000 *Mediocruso c. Commissione*, causa C-462/98 P, EU:C:2000:480, punto 36; del 12 dicembre 2002 *Cipriani*, causa C-395/00, EU:C:2002:751, punto 51; del 18 dicembre 2008 *Sopropé*, causa C-349/07, EU:C:2008:746, punto 37; del 2 dicembre 2009 *Commissione c. Irlanda e a.*, causa C-89/08 P, EU:C:2009:742, punto 50; del 9 marzo 2010 *ERG e a.*, cause riunite C-379/08 e C-380/08, EU:C:2010:127, punti 54-55. V. altresì sentenza del Tribunale *Primex Produkte Import-Export e a. c. Commissione*, cit., punto 59; del 9 luglio 2003 *Vlaams Fonds voor Sociale Integratie van Personen met een Handicap c. Commissione*, causa T-102/00, EU:T:2003:192, punto 59.

⁴² A tal proposito, v. K. LENAERTS, J. VANHAMME, *op. cit.*, p. 535, secondo i quali l’ampliamento dell’ambito applicativo dei diritti di difesa costituisce una dimostrazione del fatto che nel diritto amministrativo dell’Unione il termine “sanzione” va inteso quale riferito a qualsiasi misura “comunitaria” che infligga una perdita a un soggetto privato o, quantomeno, imponga allo stesso una c.d. *restitutio* (volta, quest’ultima, a compensare l’illegittimo ottenimento o uso di un diritto o di un beneficio finanziario, attraverso la revoca di tale diritto o una riduzione del beneficio finanziario, o ancora attraverso l’ordine di rimborsare detto beneficio).

⁴³ Molto interessante, a tale riguardo, è la tematica dei diritti di difesa riconosciuti ai denunciati (su cui v. più approfonditamente nel **Capitolo IV**).

⁴⁴ E. BARBIER DE LA SERRE, *Procedural Justice in the European Community Case-law concerning the Rights of the Defence: Essentialist and Instrumental Trends*, cit., p. 238. V., in tal senso, la sentenza della Corte di giustizia del 28 novembre 1991 *BEUC c. Commissione*, causa C-170/89,

Sempre con riguardo all'ambito applicativo dei diritti di difesa, il giudice dell'Unione sembra attribuire grande rilievo alla capacità di questi ultimi di costituire un efficace contrappeso alla discrezionalità dell'amministrazione procedente. Invero, l'applicabilità più stringente dei diritti di difesa all'uno o all'altro settore dell'ordinamento UE risulta in una certa misura legata ai poteri ivi goduti dalle istituzioni⁴⁵.

Parimenti, essa risulta direttamente proporzionale all'ampiezza del potere discrezionale dell'amministrazione "comunitaria", e inversamente proporzionale all'ampiezza del sindacato che il giudice dell'Unione potrà esercitare sull'azione amministrativa in sede di controllo giurisdizionale. Di tale concetto, ribadito più volte dalla giurisprudenza, è stata fornita una formulazione particolarmente chiara nella c.d. sentenza *Talibans*, nella quale il Tribunale ha sottolineato come la giurisprudenza in tema di diritti di difesa sia stata elaborata in settori (quali concorrenza, *antidumping* e aiuti di Stato, ma anche il diritto disciplinare o la riduzione dei contributi finanziari) nei quali le istituzioni dell'Unione "dispongono di poteri d'indagine e istruttori estesi nonché di un ampio potere discrezionale" e che di fatto, secondo la giurisprudenza, "il rispetto delle garanzie offerte dall'ordinamento giuridico comunitario, fra cui il diritto dell'interessato a far conoscere il proprio punto di vista, è correlato all'esercizio di un potere discrezionale dell'autorità che ha emanato l'atto controverso"⁴⁶. In questo senso, i diritti di difesa possono essere concepiti anche quali

EU:C:1991:450, punto 21; del Tribunale del 18 settembre 1995 *Nölle c. Consiglio e Commissione*, causa T-167/94, EU:T:1995:169, punto 163.

⁴⁵ A. PLIAKOS, *La protection des droits de la défense et les pouvoirs de verification de la Commission européenne: une issue heureuse?*, in *RTDeur*, 1995 (3), p. 449 ss. In termini simili v. anche le conclusioni dell'avvocato generale Colomer presentate l'11 febbraio 2003 nella causa C-204/00 *Aalborg Portland e a. c. Commissione*, EU:C:2003:85, punto 26: "[i]l procedimento per constatare l'esistenza di violazioni degli artt. 81 CE e 82 CE ha natura sanzionatoria. Oltre a far cessare le pratiche anticoncorrenziali, esso tende a perseguire i comportamenti che ne sono alla base, attribuendo alla Commissione il potere di infliggere sanzioni pecuniarie ai responsabili. A tale scopo, detta istituzione ha ampi poteri d'indagine e istruttori, ma, proprio in considerazione di tale natura e del cumulo in uno stesso organo di poteri di indagine e decisionali, i diritti della difesa delle persone sottoposte a procedimento devono essere riconosciuti senza incertezze e rispettati".

⁴⁶ Sentenza del Tribunale del 21 settembre 2005 *Yusuf e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, causa T-306/01, EU:T:2005:331, punti 326-327. In termini simili v. già la sentenza della Corte di giustizia *Technische Universität München c. Hauptzollamt München-Mitte*, cit., punto 14.

strumenti utilizzati *ex post* dalle corti UE per assicurarsi che l'istituzione procedente abbia adeguatamente esaminato il caso pendente dinanzi a sé⁴⁷.

2.2. La duplice ratio dei diritti di difesa: approccio utilitaristico versus approccio non strumentale nella giurisprudenza della Corte di giustizia

Vi è un'altra osservazione fatta dalla Corte nella già citata sentenza *Alvis c. Consiglio della CEE* che appare particolarmente degna di nota. La Corte afferma che il principio generale di diritto amministrativo secondo il quale le istituzioni "comunitarie" sono tenute a rispettare i diritti di difesa dei soggetti coinvolti in procedimenti suscettibili di sfociare in conseguenze pregiudizievoli per gli stessi "risponde alle esigenze della giustizia e della sana amministrazione"⁴⁸.

La rilevanza di tale affermazione, apparentemente semplice e perfino banale, è invero significativa, in quanto mette in luce un importante dualismo intrinseco ai diritti di difesa, ma che più in generale caratterizza, nei moderni ordinamenti giuridici improntati al principio dello Stato di diritto, le procedure c.d. formalizzate, ossia il modo in cui deve essere esercitata l'attività decisionale amministrativa sulla base di principi costituzionali, leggi o dettami di derivazione giurisprudenziale⁴⁹. In particolare, si rinviene al contempo tanto una *ratio* c.d. utilitaristica (o strumentale) quanto una *ratio* c.d. non-strumentale (definita anche "essenzialista")⁵⁰.

⁴⁷ Ne consegue che il peso di tali diritti non può che essere ridimensionato nelle ipotesi di c.d. *competence liée*, in cui cioè l'istituzione "comunitaria" non goda di alcuna discrezionalità sia tenuta ad agire in un certo modo. Così E. BARBIER DE LA SERRE, *Procedural Justice in the European Community Case-law concerning the Rights of the Defence: Essentialist and Instrumental Trends*, cit., pp. 242-243. V. anche, in tal senso, la sentenza del Tribunale del 18 settembre 2003 *Lebedef e a. c. Commissione*, causa T-221/02, EU:T:2003:239, punti 55-56, nella quale il giudice dell'Unione ha ritenuto inapplicabili i diritti di difesa posto che l'istituzione procedente aveva effettuato un'applicazione automatica e "dovuta" dello Statuto dei funzionari.

⁴⁸ *Alvis c. Consiglio della CEE*, cit., p. 112.

⁴⁹ H. P. NEHL, *Good administration as procedural right and/or general principle?*, in H. C. H. HOFMANN, A. H. TÜRK (a cura di), *Legal Challenges in EU Administrative Law: Towards an Integrated Administration*, Cheltenham, 2009, p. 343.

⁵⁰ Così P. CRAIG, *EU Administrative Law*, cit., p. 321; H. P. NEHL, *Good administration as procedural right and/or general principle?*, cit., p. 97; T. TRIDIMAS, *op. cit.*, p. 371; D. GALLIGAN, *Due Process and Fair Procedures*, Oxford, 1996, pp. 75-82; G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi dell'Unione europea*, in M. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, vol. 1, pp. 496-537. Importante è anche il contributo di E. BARBIER DE LA SERRE, *Procedural Justice in the European Community Case-law concerning the Rights of the Defence: Essentialist and Instrumental Trends*, cit., p. 228 ss., dal quale si è mutuato il termine "essenzialista" ("essentialist rationale"). L'A. propone altresì una terza *ratio* che caratterizzerebbe i diritti di difesa, ossia quella di contribuire alla trasparenza dei procedimenti (p. 230). Con riguardo al dualismo che

In base alla prima accezione, i diritti di difesa costituiscono un requisito di natura “funzionale” volto a promuovere la *qualità* e l’efficienza dell’attività svolta dall’autorità amministrativa. La logica sottostante è che la partecipazione attiva del privato al procedimento può in linea di principio contribuire alla correttezza sostanziale della decisione che verrà raggiunta⁵¹.

In tal senso, la *ratio* strumentale risponde all’interesse collettivo alla produzione di decisioni “giuste” e accurate, anziché a interessi di stampo puramente individualistico⁵². Inoltre, così concepiti, i diritti procedurali hanno funzione sussidiaria rispetto ai diritti sostanziali, in quanto costituiscono in ultima analisi nulla più che un *mezzo* efficace per raggiungere correttamente ed efficientemente i primi⁵³.

Quanto all’approccio “essenzialista”, esso corrisponde al diritto soggettivo del privato di poter difendere i propri diritti partecipando a un procedimento il cui risultato finale è suscettibile di pregiudicare la sua posizione e i suoi interessi⁵⁴. Da tale secondo punto di vista, i diritti di difesa si avvicinano a un vero e proprio diritto umano, che appare essere un diretto corollario dell’esistenza di uno Stato di diritto, oltre a risultare strettamente connesso con l’idea di “natural justice” propria del diritto amministrativo anglosassone⁵⁵.

Così concepito, è evidente che il significato profondo dei diritti di difesa ha meno a che fare con la correttezza o “giustizia” della decisione che verrà assunta nel caso

caratterizza i diritti di difesa, l’A. richiama tra l’altro la seguente affermazione dell’avvocato generale Warner, risalente al 1978 e nella quale le due “anime” dei diritti di difesa (nella specie, del diritto di essere sentiti) emergono con particolare evidenza: “a proper hearing has a two-fold purpose. The first, of course, is to safeguard the citizens’ rights, but the second is to ensure that the deciding authority is fully informed of all the relevant facts and considerations, and so can make the best decision in the public interest” (v. J. P. WARNER, *Due Process in the Administrative Procedure*, in VIII FIDE Congress – Copenhagen 1978, p. 41).

⁵¹ P. CRAIG, *ibid.*; T. TRIDIMAS, *ibid.*; J. RESNICK, *Due Process and Procedural Justice*, in J. PENNOCK, J. CHAPMAN (a cura di), *Due Process*, Baden-Baden, 1977, p. 217.

⁵² Così E. BARBIER DE LA SERRE, *Procedural Justice in the European Community Case-law concerning the Rights of the Defence: Essentialist and Instrumental Trends*, cit., p. 229. L’A. nota come, nell’ambito di tale approccio ai diritti di difesa, questi ultimi divengano assai più sensibili ai c.d. costi materiali, ossia ad esempio all’esigenza di assicurare che il procedimento si svolga in modo efficiente. Sul punto v. più diffusamente *infra*, **Capitolo II**, con specifico riguardo al procedimento *antitrust*.

⁵³ Così H. P. NEHL, *Good administration as procedural right and/or general principle?*, cit., p. 344. L’A. richiama qui altresì la definizione proposta, con riguardo alla *ratio* strumentale, da L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2ª ed., New York, 1988, pp. 666-667: “[...] its point is less to assure participation than to use participation to assure accuracy”.

⁵⁴ P. CRAIG, *EU Administrative Law*, cit., p. 32.; T. TRIDIMAS, *op. cit.*, p. 371; J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Oxford, 1973, p. 235.

⁵⁵ E. BARBIER DE LA SERRE, *Procedural Justice in the European Community Case-law concerning the Rights of the Defence: Essentialist and Instrumental Trends*, cit., p. 228.

di specie quanto con il concetto di “formalità”, che coincide appunto con il rispetto di una serie di garanzie procedurali predeterminate⁵⁶. Ciò, a sua volta, si riflette nella maggiore legittimità (o accettabilità) della decisione stessa agli occhi del privato che ne sia in ipotesi pregiudicato, in quanto e nella misura in cui sia stato messo nella posizione di poter partecipare alla sua elaborazione⁵⁷.

Se, quindi, la *ratio* utilitaristica inquadra i diritti di difesa come un mezzo, l’approccio non-strumentale li concepisce come un *fine a sé*, a prescindere dall’ottenimento o meno di un risultato “positivo” per l’attore privato coinvolto.

Per quanto le due “anime” dei diritti di difesa risultino essere strettamente connesse, rappresentando in fondo due facce della stessa medaglia, esse mostrano al contempo un forte potenziale di conflitto, che a sua volta pone l’esigenza di bilanciare attentamente costi amministrativi e individuali⁵⁸. Tracce di detto conflitto si rinvencono nella stessa giurisprudenza del giudice dell’Unione⁵⁹, la quale risulta in ogni caso improntata prevalentemente a un approccio utilitaristico ai diritti di difesa⁶⁰.

⁵⁶ H. P. NEHL, *Good administration as procedural right and/or general principle?*, cit., p. 345; J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, Londra, 1992, p. 1178, richiama le celebri parole di Rudolf Jhering: “[f]ormality [is] the sworn enemy of the arbitrary, and the twin sister of freedom”.

⁵⁷ E. BARBIER DE LA SERRE, *Procedural Justice in the European Community Case-law concerning the Rights of the Defence: Essentialist and Instrumental Trends*, cit., p. 229; J. SCHWARZE, *ibid*.

⁵⁸ Cfr. E. BARBIER DE LA SERRE, *id.*, pp. 227-229, che mette in luce il potenziale contrasto tra c.d. costi morali (ossia il danno individuale derivante dal diniego al privato della possibilità di partecipare alla procedura) e c.d. costi materiali (ossia i costi procedural-amministrativi che discendono dalla concessione di diritti procedurali, su cui v. già *supra*, nota 52). V. anche H. P. NEHL, *Good administration as procedural right and/or general principle?*, cit., p. 346.

⁵⁹ V. ad esempio l’ordinanza del Tribunale (richiamata da H. P. NEHL, *Good administration as procedural right and/or general principle?*, cit., p. 349) del 19 giugno 1996 *NMH Stahlwerke e a. c. Commissione*, cause T-134/94, T-136/94, T-137/94, T-138/94, T-141/94, T-145/94, T-147/94, T-148/94, T-151/94, T-156/94 e T-157/94, EU:T:1996:85, punto 74: “[...] il Tribunale si trova a dover dirimere un conflitto tra il principio dell’efficienza dell’azione amministrativa, da un lato, e quello del controllo giurisdizionale degli atti dell’amministrazione nel rispetto dei diritti della difesa e del principio del contraddittorio nel procedimento, dall’altro”.

⁶⁰ V., *inter alia*, con riguardo al settore della funzione pubblica, la sentenza del Tribunale del 23 gennaio 2002 *Reynolds c. Parlamento*, causa T-237/00, EU:T:2002:11, punto 100; del 15 giugno 2000 *F. c. Commissione*, causa T-211/98, EU:T:2000:153, punto 29. V. altresì, in relazione ai procedimenti *antitrust*, le conclusioni presentate dall’avvocato generale Vesterdorf il 10 luglio 1991 nella causa T-1/89 *Rhône-Poulenc c. Commissione*, EU:T:1991:38, p. II-892.

3. Seconda fase: la consacrazione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

Dopo che, per diversi decenni, i diritti fondamentali potevano essere invocati nell'ordinamento "comunitario" esclusivamente quali principi generali del diritto (in linea con la loro natura di "creature giurisprudenziali"⁶¹), la situazione è cambiata all'inizio del nuovo millennio. Il 7 dicembre 2000, con la proclamazione a Nizza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁶², l'UE si è finalmente dotata di un proprio catalogo scritto di diritti e principi fondamentali, per quanto inizialmente privo di valore vincolante. Infatti, come noto, solo nel 2012, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Carta ha assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati, ossia il rango di diritto primario dell'Unione⁶³.

Con riguardo ai diritti di difesa, più d'una disposizione della Carta viene in rilievo e merita di essere commentata. Saranno oggetto di analisi, in particolare, gli articoli

⁶¹ L'espressione è di K. LENAERTS, J. GUTIÉRREZ-FONS, *The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights, a commentary*, Oxford, 2014, p. 1559.

⁶² Per un commento alla Carta si rinvia, senza pretese di completezza, a R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti: commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001; G. BISOGNI, G. BRONZINI, V. PICCONE (a cura di), *La Carta dei diritti, casi e materiali*, Taranto, 2009; L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (a cura di), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II, La Charte des droits fondamentaux de l'Union, commentaire article par article*, Bruxelles, 2005; G. DI FEDERICO (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights: from declaration to binding instrument*, Dordrecht, 2011; L. FERRARI BRAVO, F. M. DI MAJO, A. RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2001; R. MASTROIANNI, S. ALLEGREZZA, O. POLLICINO, O. RAZZOLINI, F. PAPPALARDO (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017; W. B. T. MOCK, G. DEMURO (a cura di), *Human rights in Europe: commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Durham, 2010; M. PANEBIANCO (a cura di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: annotato con i lavori preparatori e la giurisprudenza delle alte corti europee e della Corte costituzionale italiana*, Milano, 2001; S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights, a commentary*, Oxford, 2014; L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, Milano, 2002; L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, Milano, 2013.

⁶³ Nello specifico, la Carta dei diritti fondamentali è stata dapprima solennemente proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, per essere poi riproclamata in una versione leggermente adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo dai presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione. Quest'ultima versione è stata poi resa giuridicamente vincolante dall'articolo 6(1) del Trattato sull'Unione europea (TUE). Si deve tuttavia ricordare che, già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, alle disposizioni della Carta era stato talvolta (in particolare, nelle conclusioni degli avvocati generali) attribuito valore di punto di riferimento "privilegiato": emblematiche, *ex multis*, le conclusioni rese dall'avvocato generale Tizzano l'8 febbraio 2001 nella causa C-173/99 *BECTU*, EU:C:2001:81, punto 28: "[c]redo quindi che in un giudizio che verte sulla natura e sulla portata di un diritto fondamentale non si possano ignorare le pertinenti enunciazioni della Carta, né soprattutto se ne possa ignorare l'evidente vocazione a fungere, quando le sue disposizioni lo consentono, da sostanziale parametro di riferimento per tutti gli attori – Stati membri, istituzioni, persone fisiche e giuridiche – della scena comunitaria".

41 (rubricato “Diritto ad una buona amministrazione”), 47 (“Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale”) e 48 (“Presunzione di innocenza e diritti della difesa”).

3.1.L’articolo 41: il diritto a una buona amministrazione

Oggi, il rispetto dei diritti di difesa nell’ambito dei procedimenti amministrativi che si svolgono dinanzi a un’autorità “comunitaria” trova espresso riconoscimento legislativo nell’articolo 41(1) e (2) della Carta.

Ai sensi del primo paragrafo, ogni persona ha diritto “a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell’Unione”. Prosegue poi il secondo paragrafo, disponendo che “tale diritto comprende in particolare: a) il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio; b) il diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale; c) l’obbligo per l’amministrazione di motivare le proprie decisioni”⁶⁴.

Le Spiegazioni relative alla Carta elaborate dal *Praesidium*⁶⁵ ribadiscono l’origine pretoria della norma in questione, precisando appunto che le enunciazioni di cui ai primi due paragrafi derivano dalla giurisprudenza (oltre che, con riguardo all’obbligo

⁶⁴ I successivi paragrafi 3 e 4 dispongono, rispettivamente, il diritto di ogni persona a ottenere il risarcimento da parte dell’Unione dei danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell’esercizio delle loro funzioni, e il diritto di ogni persona a rivolgersi alle istituzioni “comunitarie” utilizzando una delle lingue dei trattati (nonché di ricevere risposta nella stessa lingua). Per un commento alla disposizione in parola, si vedano P. CRAIG, *Article 41*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *op. cit.*, p. 1069 ss.; J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *The EU Charter of Fundamental Rights, Not Binding but Influential: the Example of Good Administration*, in A. ARNULL, P. EECKHOUT, T. TRIDIMAS (a cura di), *Continuity and Change in EU Law. Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, 2008, pp. 157-171; K. KAŃSKA, *op. cit.*, pp. 296-326; LORD MILLETT, *op. cit.*; H. P. NEHL, *Good administration as procedural right and/or general principle?*, *cit.*, p. 322 ss.; I. RABINOVICI, *The Right to Be Heard in the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *EPL*, 2012 (18), vol. 1, p. 149 ss.; P. PIVA, *Commento art. 41, ‘Diritto a una buona amministrazione’*, in R. MASTROIANNI, S. ALLEGREZZA, O. POLLICINO, O. RAZZOLINI, F. PAPPALARDO (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Milano, 2017, p. 753 ss.

⁶⁵ In *GUCE* 2007 C 303/17. Come osservato da Weiss, la rilevanza di tale strumento a fini interpretativi è ribadita tre volte a livello di diritto primario: dall’articolo 6(1) TUE, che prescrive di tenerlo “in debito conto”, dal Preambolo della Carta e dall’articolo 52(7) di quest’ultima (W. WEISS, *Human Rights in the EU: Rethinking the Role of the European Convention on Human Rights After Lisbon*, in *EuConst* 2011 (7), p. 71).

di motivazione delle decisioni, dall'articolo 296 TFUE), e ricordando più in generale che l'intera norma si fonda "sull'esistenza dell'Unione in quanto comunità di diritto, le cui caratteristiche sono state sviluppate dalla giurisprudenza che ha consacrato segnatamente la buona amministrazione come principio generale di diritto"⁶⁶.

Venendo a un'analisi della disposizione, una prima considerazione concerne l'assoluta novità della consacrazione legislativa di un "diritto alla buona amministrazione", che non trova precedenti né a livello UE, né in documenti internazionali e nazionali. Come enfaticamente sottolineato dal Mediatore europeo, la Carta dei diritti fondamentali è stata infatti "la prima al mondo a includere in una dichiarazione sui diritti umani un diritto fondamentale alla buona amministrazione", marcando in questo modo un importante passo avanti per i cittadini dell'Unione rispetto alla nozione di cittadinanza europea contenuta nel Trattato di Maastricht⁶⁷.

Se il riconoscimento legislativo di un diritto fondamentale alla buona amministrazione costituisce una novità nel panorama internazionale e nazionale, ci si deve chiedere quale ne sia l'origine.

Dell'importante ruolo giocato dalla giurisprudenza si è già detto⁶⁸. A questo si aggiunge, per quanto certo in posizione di minore rilievo, l'influenza esercitata

⁶⁶ Si ritrovano, in questa frase, echi della *ratio* c.d. essenzialista dei diritti di difesa di cui si è detto in precedenza (v. *supra*, sub 2.2.). Conforme K. KAŇSKA, *op. cit.*, p. 301: l'A. nota che il dettato dell'articolo 41 della Carta è tutto orientato verso la protezione dei soggetti privati dalle "unfair procedures", accogliendo dunque l'approccio c.d. non strumentale ai diritti di difesa.

⁶⁷ J. SODERMAN, *The Struggle for Openness in the European Union*, discorso pronunciato a Bruxelles il 21 marzo 2001, disponibile online sul sito <https://www.ombudsman.europa.eu/it/activities/speech.faces/en/309/html.bookmark> (traduzione libera).

Per inciso, ciò spiega la scelta dei redattori della Carta di inserire il diritto a una buona amministrazione nel capo V dedicato alla cittadinanza, insieme a diritti cruciali per i cittadini dell'Unione quali, ad esempio, il diritto di voto e di eleggibilità rispettivamente al Parlamento europeo e alle elezioni comunali (articoli 39 e 40), al diritto di accesso ai documenti (articolo 42), il diritto di rivolgersi al Mediatore europeo per denunciare casi di cattiva amministrazione nell'azione di istituzioni e organi comunitari (articolo 42) e la libertà di circolazione e di soggiorno nel territorio degli Stati membri (articolo 45). In tale ottica, il diritto a una buona amministrazione segna infatti una tappa ulteriore nell'espansione della nozione di cittadinanza oltre i tradizionali confini nazionali (e oltre la classica dinamica cittadino-autorità nazionale), coerentemente con il progressivo trasferimento di poteri dagli Stati membri all'Unione europea: v., in tal senso, K. KAŇSKA, *op. cit.*, p. 303.

⁶⁸ Nelle pronunce del giudice dell'Unione precedenti alla Carta dei diritti fondamentali si rinvengono diversi riferimenti specifici al principio di "buona amministrazione", usato quale sinonimo o comunque per indicare il principio del rispetto dei diritti di difesa (inteso in senso lato): v. ad esempio, oltre alle già citate sentenze *Alvis c. Consiglio della CEE* e *Lisrestal e a. c. Commissione*, la sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1966 *Consten e Grundig c. Commissione della CEE*, cause riunite 56 e 58/64, EU:C:1966:41, p. 528; del 14 luglio 1977 *Geist c. Commissione*, causa 61/76, EU:C:1977:127, punto 44; del 29 febbraio 1984 *Estel c. Commissione*, causa 270/82, EU:C:1984:84, punto 15; del 15 marzo 1984 *Tradax c. Commissione*, causa 64/82, EU:C:1984:106, punto 22; del 18 marzo 1997 *Guérin*

verosimilmente dal Consiglio d'Europa (che già nel 1977 elencava una serie di diritti procedurali a tutela degli individui rispetto agli atti dell'amministrazione, tra i quali il diritto di essere sentiti e il diritto di ottenere una decisione motivata⁶⁹) e dalla stessa CEDU, posto che è stato osservato come l'articolo 6 della Convenzione presenti indubbi profili di somiglianza con l'articolo 41 della Carta⁷⁰. Anche il Mediatore europeo ha avuto un ruolo nell'ispirare i redattori della Carta, auspicando già diversi anni prima l'adozione, da parte delle istituzioni e degli organi "comunitari", di un codice di buona condotta amministrativa⁷¹.

Sul piano dell'applicabilità *ratione personae*, la disposizione in parola risulta alquanto limitata rispetto ad altre norme della Carta. In ossequio al principio dell'autonomia procedurale, infatti, l'articolo 41 risulta applicabile alle sole istituzioni e organi dell'Unione, e non anche agli Stati membri "nell'attuazione del diritto dell'Unione"⁷².

Venendo ora al suo contenuto, si deve innanzitutto rilevare che l'articolo 41 ha indubbia natura di norma *procedurale*⁷³. Ciò sembra in linea con una generale tendenza della Carta ad accordare lo *status* di diritti fondamentali a diritti procedurali, tutti dotati di pari dignità rispetto ai diritti sostanziali elencati⁷⁴.

A tale proposito, è stato osservato da taluni interpreti che, rispetto all'elaborazione compiuta negli anni dalla giurisprudenza, la Carta avrebbe fatto un passo innovativo, elevando il principio della buona, "sana" amministrazione a vero e proprio diritto *soggettivo*, e rendendolo in tal modo per la prima volta invocabile dal singolo nei confronti dell'amministrazione "comunitaria"⁷⁵.

automobiles c. Commissione, causa C-282/95 P, EU:C:1997:159, punto 37; v. altresì la sentenza del Tribunale del 20 giugno 1990 *Burban c. Parlamento*, causa T-133/89, EU:T:1990:36, punto 33; del 14 luglio 1997 *Interhotel c. Commissione*, causa T-81/95, EU:T:1997:117, punti 63-67; del 3 giugno 1999 *TF1 c. Commissione*, causa T-17/96, EU:T:1999:119, punto 73.

⁶⁹ Risoluzione (77) 31 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 28 settembre 1977, richiamata da H. P. NEHL, *Good administration as procedural right and/or general principle?*, cit., pp. 323-324.

⁷⁰ Così LORD MILLETT, *op. cit.*, pp. 318, secondo il quale "[t]he right to good administration is analogous to the right to a fair trial guaranteed by Article 6 ECHR in providing an umbrella for a nonexhaustive list of procedural guarantees".

⁷¹ K. KAŃSKA, *op. cit.*, p. 306.

⁷² Conformi, K. KAŃSKA, *op. cit.*, p. 309; J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *op. cit.*, p. 169. *Contra*, P. CRAIG, *Article 41*, cit., p. 1070. Sul punto, v. P. PIVA, *op. cit.*, pp. 756-758.

⁷³ H. P. NEHL, *Good administration as procedural right and/or general principle?*, cit., p. 342.

⁷⁴ K. KAŃSKA, *op. cit.*, p. 302.

⁷⁵ H. P. NEHL, *Good administration as procedural right and/or general principle?*, cit., p. 323; J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *op. cit.*, p. 168; K. KAŃSKA, *op. cit.*, p. 300 e 304.

Non si può condividere fino in fondo tale affermazione.

È certo innegabile che l'articolo 41(1) contenga la prima affermazione scritta di un diritto alla buona amministrazione inteso in termini positivi, in opposizione al concetto di "cattiva amministrazione", già definito dal Mediatore europeo nel 1997 come situazione nella quale "un organismo pubblico non opera conformemente a una norma o a un principio per esso vincolante"⁷⁶.

Tuttavia, si rileva che – per una precisa (e del tutto condivisibile) volontà dei redattori della Carta – la formulazione della disposizione in parola è di fatto eccezionalmente vaga e indeterminata, risolvendosi in una "clausola generale"⁷⁷ atta a contenere una serie di specificazioni di volta in volta diverse e non tassative, come dimostra anche l'uso nel secondo paragrafo dell'espressione "in particolare"⁷⁸.

Ciò è condivisibile, si diceva, per due ragioni: primo, la coerenza con il percorso giurisprudenziale già esaminato, che, come visto, ha forgiato il principio generale del rispetto dei diritti di difesa in termini volutamente ampi e flessibili, tali da consentire l'incorporazione di ulteriori garanzie e diritti derivanti dalla prassi; secondo, la volontà dei redattori della Carta di rispettare il dettato dei Trattati e la sostanza dei diritti già tradotti per iscritto con l'accordo di tutti gli Stati membri⁷⁹.

Rimane però, quale dato incontestabile, l'indeterminatezza della formulazione dell'articolo 41(1) e (2), correlata al suo valore di norma "contenitore". Tale assenza di precisione concettuale e terminologica è ben messa in luce da Nehl, il quale ne rileva la presenza sia nella retorica delle Corti UE, sia nello stesso mondo accademico, con la conseguenza che il contenuto del "diritto a una buona amministrazione" varia da un caso all'altro, finendo di fatto per essere di volta in volta "essentially what the EC Courts say it is"⁸⁰.

⁷⁶ Relazione annuale 1997, p. 23, disponibile online sul sito: <https://www.ombudsman.europa.eu/it/activities/annualreport.faces/it/3447/html.bookmark>.

⁷⁷ Parla ad esempio di "general clause" P. CRAIG, *Article 41*, cit., pp. 1076 ss.; K. KAŇSKA, *op. cit.*, p. 305, si riferisce invece a un "umbrella principle, comprising an open-ended source of rights and obligations".

⁷⁸ D.-U. GALETTA, H. C. H. HOFMANN, O. MIR PUIGPELAT, J. ZILLER, *The General Principles of EU Administrative Law - An in-depth analysis*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015 (5), p. 1427.

⁷⁹ J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *op. cit.*, p. 169.

⁸⁰ H. P. NEHL, *Good administration as procedural right and/or general principle?*, cit., pp. 326-328 e 340, il quale, proprio in virtù della rilevata indeterminatezza, propone che tale "principio" venga definitivamente bandito dal lessico usato dal giudice dell'Unione (p. 350).

Ma allora, volendo ricercare un contenuto irriducibile, un minimo comune denominatore, non ci si può esimere dal guardare alle garanzie procedurali riportate al paragrafo (2) dell'articolo 41 quali espressioni esemplificative del diritto a una buona amministrazione *ex* paragrafo (1)⁸¹. Ebbene, una siffatta analisi porta a concludere che quest'ultimo diritto altro non è che la traduzione per iscritto del principio in base al quale le istituzioni e gli organi dell'Unione sono tenuti a rispettare i diritti dei singoli in ogni procedimento che possa concludersi in senso pregiudizievole a questi ultimi, o, in altre parole, dei diritti di difesa in ambito amministrativo⁸².

Stando così le cose, si deve riconoscere che l'apporto pratico della Carta (restando fermo l'indubbio apporto teorico, dato dall'inclusione del diritto a una buona amministrazione in un catalogo scritto di diritti fondamentali) è di fatto più limitato di quanto sostenuto da alcuni interpreti. Invero, il processo di "costituzionalizzazione" del principio generale del rispetto dei diritti di difesa era stato avviato – *ben prima della proclamazione della Carta* – dalla giurisprudenza delle Corti UE, come dimostra il fatto che una "retorica dei diritti fondamentali" sia già presente in talune pronunce relative ai diritti di difesa risalenti a diversi anni prima dell'entrata in vigore della Carta⁸³.

⁸¹ P. CRAIG, *EU Administrative Law*, cit., p. 482, individua un rapporto *lex generalis-lex specialis* tra i paragrafi (1) e (2) dell'articolo 41.

⁸² Così K. KOWALIK-BAŃCZYK, *op. cit.*, p. 202; K. KAŃSKA, *op. cit.*, pp. 315-316. D.-U. GALETTA, H. C. H. HOFMANN, O. MIR PUIGPELAT, J. ZILLER, *op. cit.*, p. 1434, riconoscono parimenti che la buona amministrazione richiede la protezione dei diritti di difesa. Quanto a T. TRIDIMAS, *op. cit.*, tale A. conclude la trattazione circa i diritti di difesa nell'ordinamento UE con un'analisi del diritto a una buona amministrazione, ravvisando evidenti punti di contatto tra i due concetti.

⁸³ V. la sentenza della Corte di giustizia del 21 settembre 1989 *Hoechst c. Commissione*, cause riunite 46/87 e 227/88, EU:C:1989:337, punti 13-14; del 17 ottobre 1989 *Dow Benelux c. Commissione*, causa 85/87, EU:C:1989:379, punto 24; *Al-Jubail Fertilizer Company e a. c. Consiglio* cit., punto 15. V. anche la sentenza del Tribunale del 15 dicembre 1999 *Petrotub e Repubblica c. Consiglio*, cause riunite T-33/98 e T-34/98, EU:T:1999:330, punto 201. Parzialmente *contra* l'opinione espressa dalla Commissione nella sua Comunicazione sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, 13.9.2000, COM(2000) 559 definitivo, punto 9, ove si afferma che la Carta avrebbe sancito "alcuni 'diritti nuovi', i quali, quantunque già esistano, non rientrano ancora esplicitamente tra i diritti fondamentali, nonostante i valori che mirano a salvaguardare, come la protezione dei dati di carattere personale e i principi di bioetica, o ancora il diritto a una buona amministrazione". A latere si segnalano anche le riflessioni di R. H. LAUWAARS, *Rights of Defence in Competition Cases*, in D. CURTIN, T. HEUKELS (a cura di), *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Vol. II, Dordrecht, 1994, pp. 507-508, il quale, già diversi anni prima della proclamazione della Carta di Nizza, forniva diversi argomenti (per quanto non tutti condivisibili) a favore del riconoscimento di uno *status* "costituzionale" dei diritti di difesa.

Rispetto alla situazione appena descritta, l'entrata in vigore della Carta non ha quindi inciso in modo significativo. Si può però notare che, immediatamente dopo la proclamazione della stessa, il giudice "comunitario" ha iniziato a fare esplicito riferimento all'articolo 41 e al diritto a una buona amministrazione⁸⁴. Parimenti, si rileva una tendenza crescente delle Corti UE a definire espressamente i diritti di difesa quali "diritti fondamentali" a tutti gli effetti⁸⁵, in linea con la loro nuova collocazione.

3.2. Altre disposizioni rilevanti: l'articolo 47

Tanto premesso circa l'indubitabile nesso esistente tra i diritti di difesa, così come elaborati dalla giurisprudenza delle Corti UE, e il diritto a una buona amministrazione consacrato all'articolo 41 della Carta, occorre rilevare che tale strumento presenta, in proposito, un'ambiguità di fondo⁸⁶. Invero, la nozione di diritti di difesa che emerge dalla giurisprudenza pare avvicinarsi, per taluni aspetti, anche ad altre disposizioni della Carta, e in particolare agli articoli 47 e 48(2).

Ciò è particolarmente vero se si prendono in considerazioni i diritti di difesa nell'ambito dei procedimenti *antitrust*, che costituiscono precisamente l'oggetto della presente ricerca. Si anticipa sin d'ora che tale questione, presentando talune importanti peculiarità rispetto alla categoria "generale" dei diritti di difesa, richiede un discorso a sé, che sarà approfonditamente affrontato nel prosieguo⁸⁷.

Quanto alla prima delle disposizioni citate, il collegamento con i diritti di difesa è reso esplicito dalle stesse Spiegazioni del *Praesidium* all'articolo 41, in cui si specifica appunto che il diritto a un ricorso effettivo, "che costituisce un aspetto importante della questione", è garantito all'articolo 47 della Carta. Quest'ultimo,

⁸⁴ Sentenza del Tribunale del 30 gennaio 2002 *max.mobil c. Commissione*, causa T-54/99, EU:T:2002:20, punto 48; del 27 settembre 2002 *Tideland Signal c. Commissione*, causa T-211/02, EU:T:2002:232, punto 37.

⁸⁵ V., *inter alia*, la sentenza della Corte di giustizia del gennaio 2004 *Aalborg Portland e a. c. Commissione*, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, EU:C:2004:6, punto 64; sentenza del Tribunale dell'11 dicembre 2003 *Srintzis Lines Shipping c. Commissione*, causa T-65/99, EU:T:2003:336, punto 37; ordinanza del Presidente del Tribunale del 30 ottobre 2003 *Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd c. Commissione*, cause riunite T-125/03 R e T-253/03 R, EU:T:2003:287, punto 186.

⁸⁶ V., sul punto, K. KOWALIK-BAŃCZYK, *op. cit.*, p. 197.

⁸⁷ V. **Capitolo II**. Si anticipa inoltre che – per via della sua specificità – si rimanda a tale successiva trattazione la menzione dell'articolo 7 della Carta, che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e della vita familiare, e che – come si vedrà – presenta un rilievo particolare nell'ambito dei diritti di difesa nel procedimento *antitrust*.

rubricato “Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale”, dispone in particolare al secondo paragrafo il diritto di ciascuno “a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge”, nonché la facoltà “di farsi consigliare, difendere e rappresentare”⁸⁸.

Nonostante le evidenti somiglianze contenutistiche, la differenza fondamentale tra il diritto a una buona amministrazione e l’articolo 47 (il cui secondo paragrafo, peraltro, è mutuato dall’articolo 6(1) della CEDU⁸⁹) sta nel fatto che quest’ultimo concerne la dimensione *giudiziale* dei diritti di difesa, laddove il primo si occupa delle garanzie procedurali di cui i soggetti privati devono godere nell’ambito dei procedimenti dinanzi alle autorità *amministrative*⁹⁰. Ciò non toglie che i diritti di difesa, concepiti in senso ampio, comprendano entrambe le dimensioni descritte. Peraltro, occorre sottolineare che l’ambito applicativo dell’articolo 47(2) è più ampio di quello *ex* articolo 6(1) della CEDU (il quale, come noto, riguarda esclusivamente controversie di carattere civile o accuse penali), come esplicitato dalle Spiegazioni del *Praesidium* agli articoli 47 e 52(3).

3.3.(segue) L’articolo 48

Dubbi maggiori potrebbero sussistere in relazione all’articolo 48 della Carta (rubricato “Presunzione di innocenza e diritti della difesa”), che sancisce al secondo paragrafo che “[i]l rispetto dei diritti della difesa è garantito ad ogni imputato”⁹¹.

⁸⁸ Per un commento all’articolo 47 si rinvia, tra gli altri, a P. AALTO, H. C. H. HOFMANN, L. HOLOPAINEN, E. PAUNIO, L. PECH, D. SAYERS, D. SHELTON, A. WARD, *Article 47*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *op. cit.*, p. 1197 ss.

⁸⁹ L’articolo 6 della Convenzione dispone, al primo paragrafo: “Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l’accesso alla sala d’udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell’interesse della morale, dell’ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia”.

⁹⁰ Cfr., in tal senso, H. P. NEHL, *Article 48 (Administrative Law)*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *op. cit.*, p. 1290.

⁹¹ La prossimità tra l’articolo 41 e l’articolo 48(2) della Carta è riconosciuta dall’avvocato generale Kokott nelle conclusioni del 14 aprile 2011 nella causa C-110/10 P, *Solvay c. Commissione*, EU:C:2011:257, punto 19: “[i]l rispetto dei diritti della difesa in qualsiasi procedimento che possa

Sul punto, due argomenti, di natura rispettivamente sistematica e letterale, deporrebbero nel senso di escludere la riconducibilità all'articolo 48(2) della nozione di diritti di difesa esaminata in precedenza. *In primis*, tale diritto è collocato nella Carta all'interno del capo VI intitolato "Giustizia", da cui si può dedurre la sua inapplicabilità a procedimenti che si svolgono dinanzi a un organo amministrativo anziché a un giudice. In secondo luogo, la menzione del soggetto "imputato" quale destinatario dei diritti di difesa ex articolo 48(2) rivela la natura essenzialmente penale del procedimento giudiziale cui tale norma si riferisce, come testimoniato anche dal fatto che tale disposizione è mutuata dall'articolo 6(2) e (3) della CEDU⁹². Da ciò deriverebbe l'inapplicabilità, nell'ambito di un procedimento di natura amministrativa, dei diritti di difesa richiamati dall'articolo 48(2)⁹³.

Come anticipato, quanto detto poc'anzi è soggetto a importanti *caveat* laddove oggetto di esame siano i diritti di difesa nell'ambito dei procedimenti *antitrust* dinanzi alla Commissione. Al riguardo, infatti, assume rilievo il dibattito circa la natura penale o quasi penale delle relative sanzioni, che presenta ovviamente indubbe ricadute sull'applicabilità o meno (in particolare) dell'articolo 48(2) della Carta, con le conseguenze che si vedranno in merito all'applicabilità degli *standard* più rigorosi di cui all'articolo 6 della CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo.

concludersi con l'irrogazione di sanzioni, in particolare ammende o penalità di mora, costituisce un principio fondamentale del diritto dell'Unione, che è stato sottolineato a più riprese dalla giurisprudenza della Corte. Nel frattempo esso è stato anche codificato nell'art. 41, n. 2, lett. a), e nell'art. 48, n. 2, della Carta dei diritti fondamentali".

Si rimanda, per un commento alla disposizione in parola, in particolare a H. P. NEHL, *Article 48 (Administrative Law)*, cit., p. 1277 ss.

⁹² Il testo dell'articolo 6, paragrafi 2 e 3, della CEDU è il seguente: "2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

3. In particolare, ogni accusato ha diritto di:

- (a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico;
- (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa;
- (c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;
- (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;
- (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza".

⁹³ K. KOWALIK-BAŃCZYK, *op. cit.*, p. 198; H. P. NEHL, *Article 48 (Administrative Law)*, cit., p. 1290, osserva che "in as much as the procedural guarantees listed in Article 41 coincide or overlap with those under Article 48(2) and are specifically applicable to 'administrative' decision-making aiming at the adoption of individual measures adversely affecting a person [...] Article 41 constitutes a *lex specialis* that renders Article 48(2) inapplicable".

4. Oggi: il sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea

Molto è stato scritto circa il complesso sistema di tutela c.d. multilivello dei diritti fondamentali che caratterizza oggi l'ordinamento dell'Unione europea, e che vede la peculiare interazione (e integrazione) tra fonti di natura nazionale, sovranazionale e internazionale. È stato altresì oggetto di approfondite analisi il prezioso contributo che a tale sistema multidimensionale ha apportato il Trattato di Lisbona del 2009⁹⁴. Non è questa la sede per esaminare a fondo tali temi, in quanto gli stessi esigerebbero uno spazio e un livello di approfondimento che esulano dall'oggetto della presente ricerca. In questo paragrafo ci si concentrerà dunque su uno degli aspetti di tale sistema, in quanto strettamente funzionale alla trattazione successiva, ossia l'influenza esercitata dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonché dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sulla tutela dei diritti fondamentali in ambito "comunitario".

Data la collocazione della presente sezione, ci si limiterà peraltro a considerazioni di ordine generale, valide cioè con riguardo all'ordinamento dell'Unione nel suo complesso, anziché specifiche al diritto della concorrenza. Ciò sarà anche funzionale a introdurre sin d'ora questioni che saranno poi oggetto di più approfondito commento nel prosieguo, con specifico riguardo alla tutela dei diritti di difesa nei procedimenti in materia *antitrust*.

94

Per un approfondimento su tali temi, e in particolare sul rapporto tra Corti UE e Corte EDU, si rinvia, tra gli altri, a: C. AMALFITANO, *Il rilievo della CEDU in seno all'Unione europea ex art. 6 TUE*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte. Ascendenze culturali e mutue implicazioni*, Torino, 2016, p. 247 ss.; G. DI FEDERICO, *Fundamental Rights in the EU: Legal Pluralism and Multi-Level Protection After the Lisbon Treaty*, cit., p. 15 ss.; S. DOUGLAS-SCOTT, *The Relationship Between the EU and the ECHR five years on from the Treaty of Lisbon*, University of Oxford Legal Research Paper Series, gennaio 2015; ID., *A tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European human rights acquis*, in *CMLR* 2006 (43), p. 629 ss.; G. HARPAZ, *The European Court of Justice and its Relations with the European Court of Human Rights: the Quest for Enhanced Reliance, Coherence and Legitimacy*, in *CMLR* 2009 (46), pp. 105-141; D. SIMON, *Des influences réciproques entre CJCE et CEDH: 'Je t'aime, moi non plus'?*, in *Pouvoirs. Les cours européennes. Luxembourg et Strasbourg* 2001 (96), pp. 31-49; S. I. SANCHEZ, *The Court and the Charter: The Impact of the Entry into Force of the Lisbon Treaty on the ECJ's Approach to Fundamental Rights*, in *CMLR*, 2012 (49), p. 1565 ss.

4.1. Lo status della CEDU prima del Trattato di Lisbona

Invero, già diversi anni prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il ruolo peculiare ricoperto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento "comunitario" era stato oggetto dell'attenzione delle Corti UE⁹⁵.

Stante il silenzio serbato dai Trattati fondativi in merito alla protezione dei diritti fondamentali all'interno dell'allora Comunità⁹⁶, la Corte di giustizia era stata infatti obbligata a reperire altrove i punti di riferimento per la sua attività interpretativa su tale tema. In particolare, al fine di elaborare i principi generali del diritto attraverso i quali facevano il loro ingresso nell'ordinamento UE i diritti fondamentali⁹⁷, la Corte aveva iniziato a fare riferimento, oltre che ai principi generali comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, anche alla CEDU⁹⁸.

Emblematica in tal senso è già la sentenza della Corte di giustizia del 1975 *Rutili c. Ministre de l'intérieur*. In detta pronuncia la Corte, nell'esaminare due quesiti pregiudiziali circa la corretta interpretazione della riserva di ordine pubblico contenuta nell'allora articolo 48 CEE (relativo alla libera circolazione dei lavoratori), ha istituito un collegamento diretto tra talune disposizioni di diritto derivato dell'Unione e gli articoli 8, 9, 10 e 11 della CEDU. Le prime, introducendo restrizioni ai poteri degli Stati membri in materia di polizia relativa agli stranieri, risultavano agli occhi della Corte la "manifestazione specifica di un principio più generale" sancito dalle citate disposizioni della CEDU, e consistente nella circostanza che le restrizioni apportate, in nome delle esigenze di ordine pubblico e di sicurezza pubblica, ai diritti tutelati dai detti "non possono andare oltre ciò che necessario per il soddisfacimento di tali esigenze 'in una società democratica'"⁹⁹.

⁹⁵ Si rimanda, per un commento della Convenzione articolo per articolo, tra gli altri, a S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012.

⁹⁶ Su cui v. *supra*, sub 2.

⁹⁷ V. ex multis K. LENAERTS, J. GUTIERREZ-FONS, *op. cit.*, p. 1559.

⁹⁸ G. DI FEDERICO, *Fundamental Rights in the EU: Legal Pluralism and Multi-Level Protection After the Lisbon Treaty*, cit., p. 18. Sul punto, v. anche D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2015, p. 25 ss.; A. BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 13 ss.; C. MIK, *Significance of the ECHR Provisions for the Protection of Fundamental Rights as General Principles of the EU Law*, in J. BARCZ (a cura di), *Fundamental rights protection in the EU*, Varsavia, 2009, p. 202 ss.

⁹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 28 ottobre 1975, causa 36/75, EU:C:1975:137, punto 32.

Dalla giurisprudenza *Rutili*, così come da una serie di sentenze risalenti agli stessi anni, emerge dunque una concezione della CEDU quale “fonte di ispirazione” per le Corti UE sul delicato tema dei diritti fondamentali.

Invero, pur non potendo vincolare in senso stretto l’attività delle istituzioni “comunitarie” (non essendo l’Unione parte della Convenzione), la Corte di giustizia attribuiva già negli anni Settanta a tale strumento un valore interpretativo speciale e maggiore rispetto a quello di analoghi cataloghi internazionali, paragonabile solo alle tradizioni costituzionali degli Stati membri. Così, nella celebre sentenza *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz* del 1979, la Corte affermava che “nel garantire la tutela di tali diritti [fondamentali], [...] i trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell’uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito, possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell’ambito del diritto comunitario”¹⁰⁰. Tale orientamento, notava la Corte, era stato di recente riaffermato da una dichiarazione comune dell’Assemblea, del Consiglio e della Commissione, “la quale, dopo avere ricordato la giurisprudenza della Corte, fa riferimento tanto ai diritti garantiti dalle Costituzioni degli Stati membri, quanto alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali [...]”¹⁰¹. La posizione espressa dalla Corte è stata poi ribadita più volte nelle pronunce successive¹⁰².

Il ruolo di ausilio interpretativo della Convenzione è stato più avanti esplicitamente riconosciuto dal giudice dell’Unione, il quale ha sottolineato che la CEDU “assume [...] un significato particolare” quale fonte di ispirazione per l’attività della Corte a tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento “comunitario”¹⁰³. In questo modo, il

¹⁰⁰ Cfr., sul punto, C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 247, che sottolinea l’uso da parte della Corte dell’espressione “cooperato o aderito”, rammentando che il ricorso da parte del giudice dell’Unione alla CEDU è stato fatto anche quando non ancora tutti gli Stati membri vi avevano aderito.

¹⁰¹ Sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 1979, causa 44/79, EU:C:1979:290, punto 15. In termini simili, v. già la sentenza della Corte di giustizia del 14 maggio 1974 *Nold KG c. Commissione*, causa 4/73, EU:C:1974:51, punto 13.

¹⁰² Sentenza della Corte di giustizia del 26 giugno 1980 *National Panasonic c. Commissione*, causa 136/79, EU:C:1980:169, punto 18; del 15 maggio 1986 *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, causa 222/84, EU:C:1986:206, punto 18; del 13 luglio 1989 *Wachauf c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, causa 5/88, EU:C:1989:321, punto 17.

¹⁰³ Sentenza della Corte di giustizia del 21 settembre 1989 *Hoechst c. Commissione*, causa 46/87, EU:C:1989:337, punto 13; del 17 ottobre 1989 *Dow Benelux c. Commissione*, causa 85/87, EU:C:1989:379, punto 24; del 18 giugno 1991 *ERT c. DEP*, causa 260/89, EU:C:1991:254, punto 41; del 4 ottobre 1991 *Society for the Protection of Unborn Children Ireland c. Grogan e a.*, causa C-159/90, EU:C:1991:378, punto 31. Più di recente v., ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia del 26 giugno 2007 *Ordre des barreaux francophones and germanophone e a.*, causa C-305/05, EU:C:2007:383, punto 29.

suo valore “privilegiato” rispetto ad altri strumenti internazionali è stato sancito in modo definitivo.

4.2. Lo status della CEDU alla luce del Trattato di Lisbona

Un esame dello *status* accordato alla CEDU dal Trattato di Lisbona non può che partire dall’analisi dell’articolo 6 TUE. Tale disposizione presenta la Convenzione in ruoli e contesti differenti – assegnandole, correlativamente, un valore giuridico differente – nei tre paragrafi che la compongono.

4.2.1. Il primo paragrafo dell’articolo 6 TUE, letto in combinazione con l’articolo 52(3) della Carta

Il primo paragrafo dispone, al primo capoverso, che “[l]’Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati”.

Dell’importanza di tale previsione si è già detto¹⁰⁴: grazie ad essa la Carta, fino a quel momento priva di valore giuridico vincolante, è stata promossa al rango di diritto primario dell’Unione, collocandosi su un piano di parità rispetto ai Trattati e assumendo così una valenza indubitabilmente “costituzionale”¹⁰⁵.

Con riguardo alla CEDU, tale previsione deve essere letta in combinazione con l’articolo 52(3) della Carta, che introduce una disposizione chiave nel sistema di protezione multilivello dei diritti fondamentali, espressamente volta a regolare il rapporto tra la Carta e la CEDU. Alla stregua di tale norma, “[l]addove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione.”

¹⁰⁴ Sul punto si rimanda a quanto detto *supra*, nota 63.

¹⁰⁵ Circa le conseguenze del nuovo *status* della Carta, con riguardo tra l’altro al suo ruolo di parametro di legittimità degli atti dell’UE, cfr. F. BESTAGNO, *I rapporti tra la Carta e le fonti secondarie di diritto dell’UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, 9 (2), p. 259 ss.

Tuttavia, la stessa disposizione “non preclude che il diritto dell’Unione conceda una protezione più estesa”.

Le Spiegazioni del *Praesidium* vengono nuovamente in aiuto all’interprete: vi si legge che l’articolo 52(3) intende assicurare “la necessaria coerenza” tra la Carta e la CEDU, prevedendo appunto che – ogniqualevolta i diritti sanciti dalla prima “corrispondano” ai diritti garantiti dalla seconda – siano identici il loro significato, la loro portata, nonché “le limitazioni ammesse”¹⁰⁶. Le Spiegazioni forniscono poi un elenco (ancorché espressamente esemplificativo, in modo tale da non precludere eventuali evoluzioni del diritto) dei diritti in questione, comprensivi sia di diritti che hanno “significato e portata identici agli articoli corrispondenti della CEDU” (tra i quali, ad esempio, il diritto al rispetto della vita privata e della vita familiare, affermato dall’articolo 7 della Carta e dall’articolo 8 della CEDU), sia di diritti “che hanno significato identico agli articoli corrispondenti della CEDU ma la cui portata è più ampia”.

Quanto alla seconda parte della disposizione in parola, essa è generalmente intesa (e tale lettura è confermata dalle Spiegazioni) come volta a consentire all’Unione di garantire una protezione più ampia ai diritti in questione, con la conseguenza che la CEDU fissa il livello minimo, il “pavimento” della tutela, lasciando libera la Carta (così come interpretata dal giudice dell’Unione) di fissarne il “soffitto”¹⁰⁷.

Tale clausola “di omogeneità” sarebbe quindi intesa a preservare l’indipendenza e autonomia del diritto dell’Unione¹⁰⁸, e in particolare dell’attività interpretativa svolta

¹⁰⁶ Cfr. W. WEISS, *Human Rights in the EU: Rethinking the Role of the European Convention on Human Rights After Lisbon*, cit., pp. 83-84: l’A. sottolinea che il rinvio alla CEDU anche con riguardo alle limitazioni dei diritti in questione è particolarmente significativo, posto che la misura in base alla quale tale strumento accetta interferenze con i diritti da esso garantiti è più ristretta rispetto alla Carta (v. articolo 52(1)), e che “[c]onsequently, one can expect that the application of the Convention’s rules on limitations will result in an increase in the level of effective human rights protection in the EU”. Sul punto v. altresì quanto osservato nel **Capitolo II, sub 5.3.**

¹⁰⁷ V., in tal senso, le conclusioni dell’avvocato generale Sharpston rese il 18 ottobre 2012 nella causa C-396/11, *Radu*, EU:C:2012:648, punto 80; dell’avvocato generale Kokott rese il 14 aprile 2011 nella causa C-109/10, *Solvay c. Commissione*, EU:C:2011:256, punto 258; dell’avvocato generale Mengozzi rese il 2 settembre 2010 nella causa C-279/09, *DEB*, EU:C:2010:489, punto 98.

¹⁰⁸ S. PEERS, S. PRECHAL, *Article 52*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *op. cit.*, p. 1496, rilevano che l’autonomia *de qua* deve essere intesa esclusivamente come facoltà di stabilire *standard* di protezione *più elevati*. Sottolinea peraltro A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, Alphen aan den Rijn, 2013, p. 23, che la Carta, in termini di livello di tutela accordata ai diritti in essa sanciti, ha intenti “consolidatori” più che “espansionistici”, come dimostra il tenore della Dichiarazione n. 1 allegata al TFUE, la quale ribadisce che “[l]a Carta dei diritti fondamentali, che ha forza giuridicamente

dalle Corti UE, rispetto a, da un lato, la Convenzione e, dall'altro, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹⁰⁹.

Su quest'ultimo punto occorre fare una precisazione: nonostante la presenza di talune voci discordanti in dottrina, si ritiene che il rinvio alla CEDU effettuato nel corpo della disposizione incorpori altresì un rinvio alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹¹⁰.

In primo luogo, in tal senso depone il testo delle Spiegazioni, secondo cui “[i]l significato e la portata dei diritti garantiti sono determinati non solo dal testo di questi strumenti, ma anche dalla giurisprudenza” di tale Corte (oltre che, curiosamente, delle Corti UE), alle quali viene dunque fatto un rinvio esplicito¹¹¹.

In secondo luogo, data l'interpretazione dinamica che della CEDU fornisce la Corte di Strasburgo, quale vero e proprio “strumento vivente”, sembra poco plausibile che i redattori della Carta abbiano voluto fare un riferimento “statico” al testo di una Convenzione risalente a cinquant'anni prima, senza aprire alla possibilità di interpretazioni evolutive¹¹². Tale lettura risulta confermata anche da alcune pronunce delle Corti UE, nelle quali queste ultime sembrano suggerire che, laddove i diritti sanciti della Carta derivino da disposizioni della CEDU, il giudice dell'Unione debba seguire sul punto la giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹¹³. Tuttavia, come si dirà

vincolante, conferma i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri”.

¹⁰⁹ È stato altresì osservato che tale norma avrebbe l'obiettivo di evitare che gli Stati membri, nell'attuazione del diritto dell'Unione, siano soggetti a due diversi *standard* di tutela dei diritti fondamentali: T. LOCK, *The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship Between the Two European Courts*, in *LPICT*, 2009 (8), p. 9.

¹¹⁰ Conformi K. LENAERTS, J. GUTIÉRREZ-FONS, *op. cit.*, p. 484.

¹¹¹ *Contra* T. LOCK, *op. cit.*, p. 11 ss., secondo il quale la Corte di giustizia non sarebbe vincolata dalla giurisprudenza della Corte EDU, neppure considerando quest'ultima quale volta a fissare solo il livello minima di tutela, stante l'assenza di relativi riferimenti nel testo dell'articolo 52(3).

Cfr. anche S. PEERS, S. PRECHAL, *Article 52*, cit., p. 1496, i quali notano la stranezza del riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia quale fonte interpretativa del significato e della portata dei diritti sanciti dalla CEDU, e concludono che la questione vada risolta, alternativamente o cumulativamente, ritenendo si tratti di un riferimento alla possibilità che il diritto dell'Unione fissi *standard* di protezione più elevati rispetto alla CEDU, o alla possibilità per le Corti UE di interpretare la CEDU (solo nella misura in cui sia funzionale a interpretare le disposizioni della Carta che corrispondono a quelle della CEDU) in assenza di giurisprudenza rilevante della Corte di Strasburgo.

¹¹² Cfr. in tal senso S. DOUGLAS-SCOTT, *The Relationship Between the EU and the ECHR five years on from the Treaty of Lisbon*, cit., p. 18.

¹¹³ V. la sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2010 *MCB*, causa C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, punto 53; del 9 dicembre 2010 *Volker und Markus Schecke e Eifert*, cause riunite C-92/09 e C-93/09, EU:C:2010:662, punti 51-52. V. altresì le conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón rese il 17 febbraio 2011 nella causa C-120/10 *European Air Transport*, EU:C:2011:94, punti 79 e 80.

oltre (*sub* 4.3.), non è sempre possibile rinvenire una siffatta deferenza nelle sentenze “comunitarie”.

È stato osservato in dottrina che l’articolo 52(3) della Carta si presta a diverse interpretazioni¹¹⁴. Secondo una prima lettura, tale norma avrebbe valore meramente interpretativo, essendo intesa a fissare linee guida a tutela dell’“armonia” tra l’interpretazione della Carta e della CEDU¹¹⁵. D’altro canto, una seconda (e ben più estrema) lettura interpreta la disposizione in parola come volta a “incorporare” materialmente e sostanzialmente la CEDU nella Carta (nei limiti, beninteso, dei diritti inclusi nella prima e corrispondenti a diritti elencati nella seconda). Alla luce del disposto dell’articolo 6(1) TUE, ciò si tradurrebbe in un’incorporazione della CEDU nel diritto primario dell’Unione¹¹⁶ (si è parlato in proposito di “proprietà transitiva”¹¹⁷), con la conseguenza che tale strumento prevarrebbe in caso di conflitto tra diversi livelli di protezione di uno stesso diritto fondamentale¹¹⁸. La disposizione in parola, in altri termini, determinerebbe una “adesione informale” dell’Unione alla CEDU¹¹⁹.

Si ritiene che l’interpretazione più corretta della regola introdotta dall’articolo 52(3) si collochi a metà tra le due letture riportate sopra.

Da un lato, è appena il caso di sottolineare che le disposizioni della CEDU, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, costituivano *già* principi generali del diritto dell’Unione, ed erano dunque già da tempo fonte d’ispirazione per le Corti UE in tema di diritti fondamentali. Del resto, e non a caso, circa la metà dei diritti sanciti nella Carta deriva proprio da disposizioni della CEDU.

¹¹⁴ W. WEISS, *Human Rights in the EU: Rethinking the Role of the European Convention on Human Rights After Lisbon*, cit., p. 69.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ Cfr., in tal senso, L. WEITZEL, *La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne, avancée ou régression?*, in L. WEITZEL (a cura di), *L’Europe des droits fondamentaux. Mélanges en hommage à Albert Weitzel*, Paris, 2013, p. 225 ss.

¹¹⁷ C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 253.

¹¹⁸ *Ibid.* L’A. osserva altresì (p. 69 e 75) che “[t]he Charter changed the legal value of the Convention, a novelty brought about by the Lisbon Treaty which is perhaps generally unnoticed. [...] No longer is it a (mere) inspirational source (albeit a prominent one), but it forms the main substantial foundation of EU fundamental rights”.

¹¹⁹ Così X. GROUSSOT, E. STAVEFELDT, *Accession of the EU to the ECHR: A Legally Complex Situation*, in J. NERGELIUS, E. KRISTOFFERSSON (a cura di), *Human Rights in Contemporary European Law*, Oxford, 2015 (nostra traduzione).

Dall'altro lato, è indubbio che l'articolo 52(3) costituisca una delle previsioni più importanti racchiuse nella Carta, con significative ricadute sul ruolo della CEDU nell'ordinamento "comunitario"¹²⁰. Ciononostante, in assenza di un'adesione formale dell'Unione europea alla Convenzione (su cui v. subito oltre, *sub* 4.2.2.), non si vedono appigli per poter ragionevolmente sostenere che tale disposizione abbia compiuto una vera e propria incorporazione *formale* della CEDU nell'ordinamento UE, sia pure nei limiti visti sopra.

Ad ogni modo, il rinvio ai diritti garantiti dalla CEDU, così come interpretati dalla Corte di Strasburgo, quale livello *minimo* di tutela dal quale il diritto dell'Unione non può discostarsi, ha certamente la conseguenza di vincolare le Corti UE – nell'analisi del significato e della portata di taluni diritti sanciti dalla Carta – a fare i conti con la rilevante giurisprudenza della Corte EDU¹²¹.

A giudizio di chi scrive, detta giurisprudenza dovrebbe quindi, in tali ipotesi, essere un punto di riferimento imprescindibile per l'opera interpretativa del giudice dell'Unione. Di più: la stessa dovrebbe essere il metro con il quale esaminare criticamente le sentenze delle Corti UE, al fine di valutare se queste ultime siano o meno conformi all'orientamento espresso in materia dalla Corte EDU e se, quindi, rispettino o meno il dettato della Carta (con buona pace dell'"autonomia" del diritto dell'Unione a cui fanno riferimento le Spiegazioni all'articolo 52(3) della Carta).

Si ritiene del resto che ciò risulti con chiarezza da una lettura combinata dell'articolo 52(3) e dell'articolo 53 della Carta, alla stregua del quale "[n]essuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri": laddove, quindi, la Corte EDU

¹²⁰ Cfr. in tal senso A. ANDREANGELI, *Competition enforcement and human rights after the Treaty of Lisbon: the state of play and the (near) future prospects*, in E. BUTTIGIEG (a cura di), *Rights and remedies in a liberalised and competitive internal market*, Hal Tarxien, 2012, p. 79.

¹²¹ *Contra* l'osservazione effettuata dal Parlamento europeo nella risoluzione del 19 maggio 2010 sugli aspetti istituzionali dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, secondo cui la Convenzione costituirà lo *standard* minimo per la protezione dei diritti umani soltanto *dopo* l'adesione (2009/2241(INI), n. 17).

dovesse decidere di aumentare il livello di tutela accordato a un determinato diritto fondamentale, le Corti UE si troverebbero obbligate a seguirne l'esempio¹²².

4.2.1.1.(segue) *Corrispondenza tra Carta dei diritti fondamentali e CEDU con riguardo ai diritti di difesa*

Prima di passare all'analisi dei successivi due paragrafi dell'articolo 6 TUE, è il caso di soffermarsi ancora un momento su quanto appena detto circa il peculiare valore interpretativo della CEDU (nonché della giurisprudenza della sua Corte) con riguardo a taluni dei diritti consacrati nella Carta. In particolare, occorre chiedersi se tali diritti, così come definiti (pur esemplificativamente) nelle Spiegazioni del *Praesidium* all'articolo 52(3), comprendano le disposizioni della Carta in tema di diritti di difesa già analizzate in precedenza.

La risposta è innanzitutto negativa con riferimento all'articolo 41 concernente il diritto a una buona amministrazione, che non risulta incluso tra i diritti che in maggiore o minore misura "corrispondono" a diritti sanciti dalla CEDU. Come visto, tale disposizione costituisce piuttosto (limitatamente ai primi due paragrafi, ed eccezion fatta per il diritto a ottenere una decisione motivata) una consacrazione della giurisprudenza delle Corti UE sul tema dei diritti di difesa in ambito amministrativo.

Tuttavia, i profili di somiglianza tra l'articolo 41 della Carta e l'articolo 6 della CEDU sono da lungo tempo riconosciuti in dottrina¹²³. Al riguardo, alcuni ritengono che bisognerebbe addirittura andare oltre la lettera dell'articolo 52(3), e propongono di leggere l'articolo 41, sulla scorta della succitata disposizione, quale volto includere quantomeno le componenti del "giusto processo" affermate dalla Corte di Strasburgo nella sua interpretazione c.d. sostanzialistica (anziché formalistica) dell'articolo 6 della CEDU¹²⁴. In tal senso, non si potrebbe escludere che la Convenzione (e, soprattutto, la relativa giurisprudenza della Corte EDU) eserciti un'influenza nelle cause "comunitarie" relative ai diritti di difesa riconducibili all'articolo 41(1) e (2).

¹²² K. LENAERTS, J. GUTIÉRREZ-FONS, *op. cit.*, p. 1581: gli A. concludono sul punto che "interpreted as a 'stand-still clause', Article 53 of the Charter preserves the constitutional autonomy of EU law".

¹²³ Così LORD MILLETT, *op. cit.*, pp. 318, secondo il quale, come già ricordato, "[t]he right to good administration is analogous to the right to a fair trial guaranteed by Article 6 ECHR in providing an umbrella for a nonexhaustive list of procedural guarantees".

¹²⁴ A. ANDREANGELI, *Competition enforcement and human rights after the Treaty of Lisbon: the state of play and the (near) future prospects*, cit., p. 80.

Con riguardo invece agli articoli 47 e 48 che, come già detto, possono anch'essi venire in rilievo sul tema della tutela dei diritti di difesa (in particolare in ambito *antitrust*), la situazione sembra essere più chiara.

Quanto all'articolo 47, sul diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, il paragrafo (1) corrisponde all'articolo 13 della CEDU¹²⁵, offrendo però una tutela più estesa, posto che garantisce il diritto a un ricorso effettivo *davanti a un giudice*, riflettendo un principio generale sancito dalla giurisprudenza delle Corti UE¹²⁶.

Questo articolo è inoltre menzionato nelle Spiegazioni quale esempio di quei diritti “che hanno significato identico agli articoli corrispondenti della CEDU ma la cui portata è più ampia”: i paragrafi (2) e (3) di tale disposizione corrispondono infatti all'articolo 6(1) della CEDU, fermo restando però che “la limitazione alle controversie su diritti e obblighi di carattere civile o su accuse in materia penale non si applica al diritto dell'Unione e alla sua attuazione”.

Quanto all'articolo 48 della Carta, che sancisce il diritto alla presunzione di innocenza e al rispetto dei diritti di difesa, le Spiegazioni all'articolo 52(3) lo includono nell'elenco di quei diritti che hanno “significato e portata identici agli articoli corrispondenti della CEDU”, e nello specifico all'articolo 6(2) e (3) della Convenzione.

In conseguenza di quanto sopra, la giurisprudenza della Corte EDU relativa all'articolo 6 della CEDU non può che costituire un punto di riferimento ineludibile per le Corti UE nell'interpretare il significato e la portata dei diritti di difesa sanciti dagli articoli 47 e 48. Ciò può avere un rilievo, come già detto e come si avrà ulteriormente modo di approfondire nel prosieguo della presente ricerca, in particolare nel campo del diritto *antitrust*, alla luce del dibattito sulla natura penale o meno delle sanzioni e, quindi, della conseguente applicabilità dei diritti di difesa nell'accezione più “penetrante” che caratterizza le garanzie nel processo penale¹²⁷.

¹²⁵ Ai sensi di tale disposizione, “[o]gni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali”.

¹²⁶ V. spiegazione relativa all'articolo 47.

¹²⁷ Peraltro, è stato osservato in dottrina che – laddove talune garanzie presenti nel testo di una disposizione della CEDU non compaiano anche nella disposizione della Carta “corrispondente” – potrebbero crearsi delle complicazioni, in particolare per via delle “nuove garanzie” che potrebbero essere invocate dinanzi alle Corti UE: così, ad esempio, nel caso dell'articolo 6(3) della CEDU, per

Detto questo, occorre in ogni caso sottolineare che, stante la genesi giurisprudenziale dei diritti di difesa nell'ordinamento "comunitario", il riferimento all'una o all'altra disposizione della Carta quale base giuridica del ragionamento delle Corti UE non dovrebbe incidere in misura significativa sulla sostanza dell'analisi giurisprudenziale¹²⁸. Ciò in quanto quest'ultima ha già avuto modo di svilupparsi sulla base di principi generali del diritto, tra cui le pertinenti disposizioni della CEDU, ben prima della traduzione per iscritto dei diritti in questione in un catalogo "comunitario".

4.2.2. Il secondo paragrafo dell'articolo 6 TUE

Nonostante l'ottimistica previsione di cui all'articolo 6(2) TUE, che prescrive laconicamente che "[l]'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali", al momento il processo è fermo¹²⁹.

Come noto, infatti, l'adesione dell'Unione alla CEDU è stata bloccata *sine die* dalla Corte di giustizia, che nel dicembre 2014 ha reso un parere negativo circa il progetto di accordo di adesione sottopostole, sul presupposto che, per vari motivi, esso non fosse compatibile con i Trattati¹³⁰.

Per quanto non si possano escludere svolte positive in futuro, il tenore del parere della Corte di giustizia e le numerose obiezioni sollevate (alcune delle quali, peraltro, richiedono una modifica dei Trattati) fanno sussistere poche speranze con riguardo

quanto concerne il diritto di "esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico", che non è esplicitamente sancito dall'articolo 48 della Carta (v., in tal senso, A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., p. 22).
¹²⁸ Cfr., sul punto (anche se con specifico riguardo all'articolo 47 della Carta), M. BORRACCETTI, *Fair Trial, Due Process and Rights of Defence in the EU Legal Order*, in G. DI FEDERICO (a cura di), *op. cit.*, p. 96.

¹²⁹ Per un'attenta disamina delle tappe dell'adesione, cfr. I. A. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU, L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, cit., p. 95 ss. V. anche sul punto J. P. JACQUÉ, *The Accession of the European Union to the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *CMLR*, 2011 (48), p. 995 ss.

¹³⁰ Parere della Corte di giustizia del 18 dicembre 2014 *Adhésion de l'Union à la CEDH*, 2/13, EU:C:2014:2454. Per un primo commento v. I. A. ANRÒ, *Il parere 2/13 della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU: questo matrimonio non s'ha da fare?*, in *Diritti comparati*, 2 febbraio 2015 (disponibile online su: <http://www.diritticomparati.it>); I. A. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU, L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, cit., p. 273 ss.

alla possibile ripresa, e soprattutto al buon esito, dei negoziati, quantomeno nel breve periodo¹³¹.

Rebus sic stantibus, come chiarito dalla stessa Corte di giustizia, la CEDU “non costituisce, fintantoché l’Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell’ordinamento giuridico dell’Unione”¹³².

Allo stato attuale sembrerebbe dunque conservare validità, quantomeno in astratto, la giurisprudenza *Bosphorus* della Corte di Strasburgo¹³³. In tale sentenza, come noto, quest’ultima ha introdotto in favore dell’Unione europea una c.d. presunzione di protezione equivalente, ossia la presunzione che la protezione dei diritti fondamentali accordata dall’Unione sia in linea di principio equivalente a quella assicurata dalla Convenzione; presunzione che potrebbe essere vinta solo dalla dimostrazione che la protezione dei diritti garantiti dalla Convenzione sia viziata da una “insufficienza manifesta”. Tale giurisprudenza è stata oggetto di svariate critiche, in dottrina così come in seno alla stessa Corte EDU, volte a sostenere che con essa si sarebbe introdotto a favore dell’Unione un livello di scrutinio sul rispetto dei diritti fondamentali assai basso e addirittura “astratto”, decisamente non in linea con lo *standard* abitualmente applicato dalla Corte di Strasburgo¹³⁴. È stato altresì osservato

¹³¹ Cfr. S. PEERS, *The CJEU and the EU’s accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection*, 18 dicembre 2014 (disponibile online su: <http://eulawanalysis.blogspot.it>). V. anche S. DOUGLAS-SCOTT, *The Relationship Between the EU and the ECHR five years on from the Treaty of Lisbon*, cit., p. 7, la quale nota che difficilmente gli stati membri della Convenzione non facenti parte dell’UE acconsentiranno a modificare l’accordo di adesione nei termini richiesti dalla Corte di giustizia e che, di conseguenza, la Commissione non sarebbe passibile di critiche per non aver adempiuto alla prescrizione di cui all’articolo 6(2) TUE. Sulle possibili alternative all’adesione, nel senso di migliorare il dialogo già esistente tra le due Corti e la tutela dei diritti del singolo, si rinvia alle osservazioni di C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 247 ss.

¹³² Sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013 *Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, EU:C:2013:105, punto 44.

¹³³ Sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Jollari Turizm ve Ticaret c. Irlanda*, ric. 45036/98, CE:ECHR:2005:0630JUD004503698, punti 149 ss., con commento di E. CANNIZZARO, *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell’Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in *Riv. dir. int.*, 2005, p. 762 ss.

¹³⁴ V. l’opinione concorrente resa dai giudici Rozakis, Tulkens, Traja, Botochaurova, Zagrebelsky e Garlicki, punto 4: “In spite of its relatively undefined nature, the criterion ‘manifestly deficient’ appears to establish a relatively low threshold, which is in marked contrast to the supervision generally carried out under the European Convention on Human Rights. [...] Moreover, it seems all the more difficult to accept that Community law could be authorised, in the name of ‘equivalent protection’, to apply standards that are less stringent than those of the European Convention on Human Rights when we consider that the latter were formally drawn on in the Charter of Fundamental Rights of the European Union [...]”. In dottrina, v. *ex multis* S. DOUGLAS-SCOTT, *The Relationship Between the EU and the ECHR five years on from the Treaty of Lisbon*, cit., p. 11; C. COSTELLO, *The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe*, in *HRLR*, 2006 (6), p. 102.

che la sentenza *Bosphorus* potrebbe essere interpretata come indicativa di una riluttanza della Corte EDU a effettuare in casi simili un'analisi dettagliata e della volontà di esercitare solo una giurisdizione “residuale”¹³⁵.

Peraltro, è interessante rilevare che, in diversi casi successivi a *Bosphorus*, la Corte di Strasburgo non ha applicato la presunzione di protezione equivalente¹³⁶. Quest'ultima sarebbe in ogni caso con tutta probabilità accantonata nell'ipotesi di un'adesione dell'Unione alla CEDU, posto che in tale scenario sarebbe difficile continuare a giustificare la posizione di privilegio derivante dalla giurisprudenza summenzionata¹³⁷.

4.2.3. Il terzo paragrafo dell'articolo 6 TUE

Il terzo paragrafo dell'articolo 6 TUE dispone che “[i] diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”.

L'importanza della disposizione in parola sta innanzitutto nel fatto di ribadire il tradizionale ruolo della Convenzione quale fonte di ispirazione del giudice dell'Unione nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento UE, già affermatosi *de facto* grazie all'evoluzione della giurisprudenza¹³⁸.

Più in generale, detta disposizione pare costituire tutt'oggi la vera base giuridica dell'influenza esercitata dalla CEDU nell'ordinamento dell'Unione europea: in assenza di un'adesione dell'Unione alla Convenzione, le disposizioni della CEDU (come interpretate dalla Corte di Strasburgo) valgono appunto tuttora quali principi generali del diritto “comunitario”¹³⁹ – a meno che non si condivida l'affermazione di chi ritiene che l'articolo 52(3) della Carta abbia “incorporato” materialmente talune disposizioni della CEDU nel diritto primario dell'Unione¹⁴⁰.

¹³⁵ A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, Cheltenham, 2008, p. 14.

¹³⁶ S. DOUGLAS-SCOTT, *The Relationship Between the EU and the ECHR five years on from the Treaty of Lisbon*, cit., p. 11.

¹³⁷ A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., p. 27.

¹³⁸ Sul punto v. più diffusamente *supra*, sub 4.1.

¹³⁹ J. CALLEWAERT, *The European Convention on Human Rights and European Union law: a long way to harmony*, in *EHRLR* 2009 (6), p. 769.

¹⁴⁰ Cfr. *supra*, nota 118.

Peraltro, se letto in combinato disposto con l'articolo 52(3) della Carta, il dettato dell'articolo 6(3) TUE rafforza certamente l'idea che la Corte di giustizia sia libera di offrire una tutela più estesa ai diritti fondamentali che corrispondono a diritti garantiti dalla CEDU¹⁴¹: ciò in virtù del richiamo al ruolo creativo del giudice dell'Unione che – come già visto – per lungo tempo ha introdotto diritti fondamentali nell'ordinamento “comunitario” nella veste di “principi generali del diritto”, e potrebbe continuare a farlo in futuro a prescindere dall'esistenza o meno di rilevanti disposizioni della Carta¹⁴².

Sul punto, si deve sottolineare che non è condivisibile l'affermazione secondo cui il fatto che la Corte di giustizia abbia concettualizzato i diritti fondamentali nella veste di “principi generale del diritto” attribuisca agli stessi un valore e una forza inferiori rispetto a quella che avrebbero avuto se fossero stati definiti “diritti”, come negli ordinamenti degli Stati membri¹⁴³. Tale posizione tralascia infatti di considerare che la base concettuale, la finestra attraverso cui i diritti fondamentali hanno fatto il loro ingresso nel diritto UE è costituita appunto dalla categoria dei principi generali del diritto, senza che tale circostanza abbia alcuna ricaduta sul relativo effetto¹⁴⁴.

4.3.L'influenza della Corte EDU sulla giurisprudenza delle Corti UE

Come già messo in luce, sin dagli anni Settanta, quindi ben prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il giudice dell'Unione ha iniziato a guardare alla CEDU quale fonte di ispirazione dotata di un “significato particolare” in tema di diritti fondamentali¹⁴⁵.

¹⁴¹ W. WEISS, *Human Rights in the EU: Rethinking the Role of the European Convention on Human Rights After Lisbon*, cit., p. 65.

¹⁴² Secondo Wils, invece, posto che, da un lato, la Carta ha lo stesso valore giuridico dei Trattati e, dall'altro, contiene gli stessi diritti garantiti dalla Convenzione, traendo al contempo ispirazione dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, i principi generali del diritto dell'Unione avrebbero oggi esclusivamente natura di fonte sussidiaria e complementare di diritti fondamentali, che potrebbe servire solo a colmare eventuali lacune presenti nella Carta: v. W. P. J. WILS, *EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights*, in WOCO, 2011, 34 (2), p. 207.

¹⁴³ L. BESSELINK, *Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union*, in CMLR, 1998, pp. 629, 633-638.

¹⁴⁴ Così P. CRAIG, *EU Administrative Law*, cit., p. 455.

¹⁴⁵ V. *supra*, sub 4.1.

Costituisce invece un fenomeno più recente il riferimento espresso, nelle sentenze delle Corti UE, alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo quale ausilio per interpretare le disposizioni della CEDU oggetto di citazione.

Invero, nonostante – come già sottolineato – l’Unione non sia parte della Convenzione, le due Corti, e in particolare la Corte di Lussemburgo, hanno mostrato negli anni una consapevolezza crescente circa la reciproca giurisprudenza¹⁴⁶.

I primi riferimenti alla giurisprudenza della Corte EDU risalgono alla fine degli anni Ottanta, ma si tratta ancora di riferimenti indiretti, in quanto la Corte di giustizia rileva la mancanza di una giurisprudenza della Corte EDU sulla disposizione oggetto di analisi. In tal senso, si possono richiamare in particolare due sentenze, entrambe peraltro relative al settore del diritto *antitrust*.

In *Hoechst*, esaminando la possibilità di trasporre alle imprese il diritto fondamentale all’invulnerabilità del domicilio, riconosciuto nell’Unione quale principio comune ai diritti degli Stati membri per quanto attiene al domicilio privato delle persone fisiche, la Corte di giustizia ha escluso che a una tale interpretazione potesse condurre il disposto dell’articolo 8 CEDU¹⁴⁷, sottolineando che, “[p]eraltro, occorre constatare la mancanza in materia di una giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo”¹⁴⁸.

Simile il ragionamento della Corte in *Orkem*, in cui, con riguardo all’esistenza di un diritto alla non-autoincriminazione quale principio generale del diritto “comunitario”, si osserva che “né dal [...] dettato [dell’articolo 6 CEDU] né dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo risulta che questa disposizione sancisca il diritto a non testimoniare contro se stessi”¹⁴⁹.

Per trovare dei veri e propri riferimenti “positivi” alla giurisprudenza della Corte EDU occorre attendere gli anni Novanta e la sentenza *P. c. S. e Cornwall City Council*,

¹⁴⁶ G. DI FEDERICO, *Fundamental Rights in the EU: Legal Pluralism and Multi-Level Protection After the Lisbon Treaty*, cit., p. 33.

¹⁴⁷ L’articolo 8 della CEDU dispone: “1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di un’autorità pubblica nell’esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

¹⁴⁸ Sentenza *Hoechst c. Commissione*, cit., punto 18.

¹⁴⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 18 ottobre 1989 *Orkem c. Commissione*, causa 374/87, EU:C:1989:387, punto 30.

relativa alla legittimità del licenziamento di un transessuale per motivi connessi al suo mutamento di sesso¹⁵⁰. Interessante notare come la Corte guardi in questo caso alla Corte di Strasburgo non per ricavarne l'interpretazione di una disposizione della CEDU rilevante nel caso di specie, ma in merito alla nozione di transessualismo, rispetto alla quale la Corte di giustizia non poteva contare su propri precedenti e dunque necessitava di un orientamento.

Negli anni successivi, i riferimenti alla giurisprudenza della Corte EDU presenti nelle pronunce delle Corti UE sono aumentati¹⁵¹. Uno slancio particolare è derivato, come c'era da attendersi, dalla proclamazione della Carta di Nizza del 2000¹⁵².

Secondo alcuni interpreti, il giudice dell'Unione avrebbe seguito "scrupolosamente" la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, trattando la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (definita "forse il più fondamentale tra i trattati esistenti in Europa") come se fosse vincolante per la Comunità europea¹⁵³. E invero, in diversi settori del diritto dell'Unione, le Corti UE si sono allineate in misura crescente agli orientamenti della Corte EDU¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 1996, causa C-13/94, EU:C:1996:170, punto 16. Nello stesso periodo, cfr. altresì la sentenza della Corte di giustizia del 26 giugno 1997 *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH c. Bauer Verlag*, causa C-368/95, EU:C:1997:325, punto 26; e del 17 dicembre 1998 *Baustahlgewebe c. Commissione*, causa C-185/95 P, EU:C:1998:608, punto 29, che costituisce peraltro il primo caso in cui la Corte ha ravvisato una violazione dei diritti fondamentali da parte di una istituzione UE, per via dell'eccessiva durata di un procedimento pendente dinanzi al Tribunale per l'annullamento di una decisione d'infrazione della normativa *antitrust*.

¹⁵¹ Come notato da S. DOUGLAS-SCOTT, *A tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European human rights acquis*, cit., p. 640, sono invece assai più rari i casi in cui la Corte EDU cita le Corti UE, in linea con la circostanza che la prima ha iniziato a pronunciarsi sui diritti fondamentali ben prima delle seconde e che, di conseguenza, per lungo tempo vi è stata ben poca giurisprudenza "comunitaria" da richiamare.

¹⁵² V., *ex multis*, la sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 2001 *Connolly c. Commissione*, EU:C:2001:127, punti 39-49; del 27 novembre 2001 *Z c. Parlamento europeo*, causa C-270/99 P, EU:C:2001:639, punto 24; dell'11 luglio 2002 *Carpenter*, causa C-60/00, EU:C:2002:434, punto 42; del 22 ottobre 2002 *Roquette Frères*, causa C-94/00, EU:C:2002:603, punto 29; del 10 aprile 2003 *Steffenson*, causa C-276/01, EU:C:2003:228, punto 72 ss.; del 23 settembre 2003 *Akrich*, C-109/01, EU:C:2003:491, punto 60; del 23 ottobre 2003 *RTL Television*, causa C-245/01, EU:C:2003:580, punto 73; del 16 giugno 2005 *Pupino*, causa C-105/03, EU:C:2005:386, punto 60. Cfr., sulla questione, G. BRUNO, *La Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: complémentarité ou concurrence?*, in *Revue française de droit administratif*, 2010, 26 (3), p. 437 ss.

¹⁵³ F. G. JACOBS, *The Sovereignty of Law*, Cambridge, 2007, p. 54.

¹⁵⁴ Un esempio emblematico è la sentenza della Corte di giustizia del 12 settembre 2006 *Spagna c. Regno Unito*, causa C-145/04, EU:C:2006:543, richiamata da J. CALLEWAERT, *op. cit.*, p. 771. Tale causa riguardava l'esecuzione della sentenza della CEDU del 18 febbraio 1999 *Matthews c. Regno Unito*, ric. 24833/94, CE:ECHR:1999:0218JUD002483394, con la quale quest'ultima aveva ritenuto che, non organizzando a Gibilterra elezioni per il Parlamento europeo, il Regno Unito avesse violato l'art. 3 del protocollo n. 1 della CEDU, che prevede l'obbligo, per le parti contraenti, di organizzare, ad intervalli

Tuttavia, un'analisi delle sentenze del giudice dell'Unione suggerisce che quest'ultimo non si ritiene tuttora vincolato a conformarsi alla giurisprudenza della Corte EDU "completamente e su ogni questione"¹⁵⁵. E ciò, nonostante lo stesso abbia espressamente affermato di dover prendere in considerazione gli sviluppi giurisprudenziali della Corte di Strasburgo¹⁵⁶.

Più in generale, l'atteggiamento assunto di recente dal giudice dell'Unione nei confronti della giurisprudenza della Corte EDU mostra una tendenza crescente a ribadire l'autonomia del diritto dell'Unione rispetto a qualsiasi influenza esterna, ivi comprese la CEDU e la Corte di Strasburgo. Un segnale di tale orientamento si rinviene, ad esempio, nell'utilizzo dei precedenti di quest'ultimo giudice attraverso la tecnica interpretativa dell'analogia, così da riaffermare indirettamente, appunto, l'autonomia e indipendenza del diritto UE¹⁵⁷.

Una simile preoccupazione traspare, poi, dalla giurisprudenza delle Corti UE relativa a settori dell'ordinamento dell'Unione (quale, *in primis*, il diritto della concorrenza) in cui si pone con particolare forza l'esigenza di salvaguardare l'effettività del diritto "comunitario": da ciò consegue talvolta un esplicito allontanamento dalle più generose posizioni assunte dalla Corte di Strasburgo¹⁵⁸.

Nello stesso modo sembra potersi leggere la diminuzione, avvenuta negli ultimi anni, del numero di riferimenti contenuti nelle sentenze delle Corti UE alle

ragionevoli, libere elezioni a scrutinio segreto, in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo. Essendosi la Spagna opposta ai tentativi del Regno Unito di far modificare la normativa "comunitaria" sul punto, quest'ultimo aveva adottato un atto interno al fine di regolarizzare la situazione di Gibilterra e dare esecuzione alla sentenza della CEDU. La Spagna aveva dunque presentato una denuncia per infrazione alla Commissione. Giunti dinanzi alla Corte di giustizia, quest'ultima ha rigettato il ricorso della Spagna, sottolineando l'esigenza di interpretare il diritto dell'Unione in conformità con la pronuncia della Corte di Strasburgo.

¹⁵⁵ W. WEISS, *Human Rights in the EU: Rethinking the Role of the European Convention on Human Rights After Lisbon*, cit., p. 77 (nostra traduzione).

¹⁵⁶ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 15 ottobre 2002 *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione*, causa C-238/99 P, EU:C:2002:582, punto 274: "[è] pacifico che, successivamente alla detta sentenza, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, della quale il giudice comunitario deve tener conto in sede di interpretazione dei diritti fondamentali, ha conosciuto nuovi sviluppi [...]".

¹⁵⁷ G. DI FEDERICO, *Fundamental Rights in the EU: Legal Pluralism and Multi-Level Protection After the Lisbon Treaty*, cit., p. 36. L'A. vede in questa (e altre) circostanze una prova del fatto che la Corte di giustizia stia assumendo sempre di più le vesti di una vera e propria "corte costituzionale". V. anche, in tal senso, la sentenza della Corte di giustizia *Roquette Frères*, cit., punto 29.

¹⁵⁸ *Ibid.* La questione del bilanciamento tra tutela dei diritti di difesa delle imprese coinvolte nei procedimenti *antitrust* e salvaguardia dell'effettività delle norme in materia di concorrenza (e, quindi, dell'azione della Commissione), è affrontata nel successivo **Capitolo II**.

disposizioni della CEDU e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹⁵⁹. Invero, con la promozione della Carta al rango di diritto primario dell'UE e con il consolidarsi della giurisprudenza in tema di diritti fondamentali, il giudice dell'Unione ha sempre meno bisogno di guardare a Strasburgo e alla CEDU per una guida e un supporto all'interpretazione¹⁶⁰. Sembrerebbe dunque che il ruolo della CEDU e della giurisprudenza della Corte EDU sia oggi solo "residuale", venendo in rilievo laddove non vi siano precedenti propri delle Corti UE su una determinata questione.

Un esempio di tale approccio è la sentenza *Otis e a.* del 2012, relativa a una questione pregiudiziale sul tema del *private enforcement* del diritto della concorrenza¹⁶¹. In essa la Corte di giustizia, analizzando il principio della tutela giurisdizionale effettiva, ha osservato che quest'ultimo "costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, che è attualmente sancito dall'articolo 47 della Carta [...] Detto articolo 47 garantisce, nell'ordinamento dell'Unione, la tutela conferita dall'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU. Occorre pertanto riferirsi unicamente a questa prima disposizione"¹⁶².

Tuttavia, tale tendenza "autonomista" delle Corti UE rischia di porsi in contrasto con il dettato dell'articolo 52(3) della Carta, posto che – come visto – le disposizioni della CEDU (così come interpretate dalla sua Corte) fissano, con riguardo a taluni dei diritti sanciti nella Carta, il livello minimo di tutela dal quale le Corti UE non si possono discostare, se non in positivo¹⁶³. In proposito si è osservato come tale approccio flessibile e in certi casi contraddittorio delle Corti UE nei confronti della CEDU non sarebbe più accettabile alla luce della disposizione summenzionata¹⁶⁴.

¹⁵⁹ S. DOUGLAS-SCOTT, *The Relationship Between the EU and the ECHR five years on from the Treaty of Lisbon*, cit., p. 18. Si rimanda in proposito altresì all'analisi effettuata da G. DE BÚRCA, *After the EU Charter of Fundamental Rights: the Court of Justice as a human rights adjudicator?*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. Law*, 2013, p. 168 ss., che ha notato come – tra i 122 casi in cui le Corti UE hanno citato la Carta dei diritti fondamentali dopo il 1° dicembre 2009 (data di entrata in vigore del Trattato di Lisbona) – la giurisprudenza della Corte EDU sia stata menzionata solo in 18.

¹⁶⁰ In termini simili C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 257: "se quest'ultimo si trova a dover 'maneggiare' ed applicare una giurisprudenza CEDU consolidata ed acquisita, pare sempre meno avvezzo a richiamarla espressamente nelle proprie pronunce. Laddove, invece, la giurisprudenza di Strasburgo è innovativa o meno conosciuta e 'stabilizzata' nell'ordinamento dell'Unione, e la Corte di giustizia procede, dunque, ad importare per le prime volte in questo sistema tale giurisprudenza o comunque intende appunto consolidarla al suo interno, più frequente è il richiamo espresso anche alla CEDU".

¹⁶¹ Sentenza della Corte di giustizia del 6 novembre 2012, causa C-199/11, EU:C:2012:684.

¹⁶² *Otis e a.*, cit., punti 46-47.

¹⁶³ V. *supra*, sub 4.2.2.

¹⁶⁴ W. WEISS, *Human Rights in the EU: Rethinking the Role of the European Convention on Human Rights After Lisbon*, cit., p. 80.

Non mancano peraltro in dottrina le voci ottimiste, di chi è convinto che difficilmente il giudice dell'Unione, nell'interpretare le disposizioni della Carta, si discosterà dalla giurisprudenza della Corte EDU¹⁶⁵. Tuttavia, in proposito si deve rilevare che un siffatto scollamento è in molti casi oggettivo e non opinabile: un esempio tra tutti è proprio il settore del diritto della concorrenza, come si avrà modo di vedere nei capitoli seguenti.

¹⁶⁵ M. BORRACCETTI, *Fair Trial, Due Process and Rights of Defence in the EU Legal Order*, cit., p. 96.

5. Considerazioni conclusive. I diritti di difesa nell'ordinamento dell'Unione: una "nozione costante dal contenuto variabile"

Nelle pagine precedenti si è tentato di tracciare il percorso che ha portato l'ordinamento dell'Unione a riconoscere progressivamente l'esistenza di un principio generale volto ad assicurare il rispetto dei diritti di difesa di ciascun individuo coinvolto in un procedimento suscettibile di concludersi con un atto ad esso pregiudizievole.

Un esame delle varie fasi che scandiscono detto percorso e, in particolare, del ruolo primario giocato dalla giurisprudenza delle Corti UE, ha condotto a individuare le caratteristiche essenziali che tale principio ha assunto e assume ancora oggi nel diritto "comunitario". Tuttavia, laddove si tenti – sulla base della summenzionata analisi – di individuare un *comune denominatore* ai diritti di difesa quali elaborati dalla giurisprudenza, da un lato, e quali riconosciuti nella Carta dei diritti fondamentali, il risultato è in un certo senso paradossale: ciò che caratterizza i diritti di difesa, così come concepiti nell'Unione, è in realtà la loro natura di "clausola generale" o "umbrella principle", sfuggibile a qualsiasi definizione tassativa e a priori, idonea piuttosto a essere riempita di contenuti e significati diversi a seconda del caso concreto *sub iudice*.

Invero, a conferma di quanto sopra, è interessante rilevare che la stessa identificazione delle garanzie procedurali costituenti il catalogo "comunitario" dei diritti di difesa diverge tra un interprete e l'altro, testimoniando della natura quasi impalpabile e sfuggibile di tale concetto giuridico nell'ordinamento dell'Unione¹⁶⁶.

Nonostante tali divergenze, non vi è dubbio che il "cuore" dei diritti di difesa, nelle diverse concezioni che di questi sono state elaborate in dottrina e in giurisprudenza,

¹⁶⁶

Così, per limitarci a pochi esempi, T. TRIDIMAS, *op. cit.*, p. 373, individua quali componenti dei diritti di difesa, oltre al diritto a essere sentiti, anche il diritto a ricevere assistenza da un avvocato, il c.d. *legal professional privilege* (ovvero il diritto alla confidenzialità delle comunicazioni scambiate con il proprio legale) nonché il diritto alla non-autoincriminazione. A tale catalogo K. KOWALIK-BAŃCZYK, *op. cit.*, p. 185, aggiunge il diritto di accedere agli atti del procedimento (e, più in generale, il diritto di essere informati degli addebiti mossi dall'autorità amministrativa), il diritto di utilizzare la propria lingua nell'ambito del procedimento e il diritto a ottenere una decisione in un termine ragionevole (v. poi, nello stesso senso, il lavoro dell'ECLF WORKING GROUP ON TRANSPARENCY AND PROCESS, *Transparency and Process: Do We Need a New Mandate for the Hearing Officer?*, in ECJ 2010 (2), p. 476). V. anche W. WEISS, *Human Rights in the EU: Rethinking the Role of the European Convention on Human Rights After Lisbon*, cit., p. 86, che attribuisce rilievo (nel settore del diritto *antitrust*) altresì al diritto alla confidenzialità delle informazioni e al rispetto della *privacy* di cui all'articolo 7 della Carta.

coincida sempre con il diritto di essere sentiti (*audi et alteram partem*). Invero, per molti studiosi, vi è addirittura una equazione tra diritti di difesa e diritto di essere sentiti, a dimostrazione dell'intimo legame tra i due concetti¹⁶⁷.

Non a caso, gran parte della giurisprudenza menzionata nel presente capitolo riguarda proprio il diritto di essere sentiti. In proposito, la sentenza pilota è stata pronunciata dalla Corte nel 1974, nella già citata causa *Transocean Marine Paint Association c. Commissione*. Quest'ultima riguardava un ricorso, proposto da un'associazione di imprese produttrici di vernici speciali per navi, volto a ottenere l'annullamento di una decisione con cui la Commissione introduceva nuove condizioni per la proroga dell'esenzione di un accordo stipulato tra tali imprese dal divieto di intese restrittive della concorrenza. Uno degli argomenti sollevati dalle ricorrenti era che la Commissione, nel corso dell'istruttoria che aveva preceduto la decisione controversa, non le aveva informate in merito alle condizioni cui intendeva subordinare la proroga dell'esenzione e, di conseguenza, non aveva consentito loro di presentare osservazioni, ledendo i loro diritti di difesa. Rigettando le obiezioni della Commissione, la quale aveva sottolineato come la legislazione secondaria non prevedesse sul punto alcun diritto delle imprese, la Corte ha osservato che esiste nell'ordinamento dell'Unione una "norma generale, secondo cui qualora i provvedimenti della pubblica autorità ledano in maniera sensibile gli interessi dei destinatari, questi ultimi devono essere messi in grado di presentare tempestivamente le loro difese"¹⁶⁸.

Risulta altresì dalla giurisprudenza che tale principio, concepito dalle Corti UE come "fondamentale" ancora prima dell'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali¹⁶⁹, non può essere escluso o ristretto da alcuna previsione legislativa e, come visto, deve essere garantito sia in assenza una specifica normativa di diritto dell'Unione, sia laddove una siffatta normativa esista, ma non tenga in debito conto tale principio¹⁷⁰. In aggiunta, l'osservanza del diritto di essere sentiti costituisce una

¹⁶⁷ Così, ad esempio, X. GROUSSOT, *op. cit.*, p. 220.

¹⁶⁸ *Transocean Marine Paint Association c. Commissione*, cit., punto 15.

¹⁶⁹ Cfr. la giurisprudenza citata *supra*, nota 83.

¹⁷⁰ V. la sentenza del Tribunale del 19 giugno 1997 *Air Inter c. Commissione*, causa T-260/94, EU:T:1997:89, punto 60.

questione che può essere sollevata d'ufficio dal giudice dell'Unione, a ulteriore conferma della sua intrinseca rilevanza¹⁷¹.

In diverse pronunce, il diritto di essere sentiti è stato posto dal giudice “comunitario” in diretto collegamento con altri diritti di difesa. Un esempio tra tutti è la sentenza *Technische Universität München c. Hauptzollamt München-Mitte*, in cui “il diritto dell’interessato a far conoscere il proprio punto di vista” è stato inquadrato in una rete più ampia di garanzie procedurali volte alla tutela dell’individuo nei confronti dell’amministrazione, quali, nel caso di specie, “l’obbligo dell’istituzione competente di esaminare in modo accurato e imparziale tutti gli elementi rilevanti della fattispecie [...] e il diritto ad una decisione sufficientemente motivata”¹⁷².

Quanto agli altri diritti di difesa riconosciuti dalla giurisprudenza, alcuni possono essere considerati specificazioni o corollari del riconoscimento di un *effettivo* diritto di essere sentiti. Tale è il caso, ad esempio, del diritto di essere informati degli addebiti a proprio carico, e del diritto di rispondere a tali addebiti. Nella già citata sentenza *Paesi Bassi e PTT Nederland c. Commissione* del 1992, la Corte ha affermato che il principio fondamentale del rispetto dei diritti di difesa in qualsiasi procedimento promosso nei confronti di una persona e che possa concludersi con un atto per questa lesivo esige che venga inviata al soggetto in questione, prima dell’adozione di una decisione, “un’esposizione precisa e completa degli addebiti che la Commissione intende formulare nei suoi confronti”¹⁷³. In aggiunta, tale principio “esige del pari che [il soggetto] sia messo in grado di manifestare in modo adeguato il proprio punto di vista sulle osservazioni presentate da terzi interessati”¹⁷⁴.

Un’altra importante componente dei diritti di difesa che, di nuovo, può essere vista quale un corollario del diritto di essere sentiti, è costituita dal diritto di accedere al fascicolo relativo al procedimento¹⁷⁵. La giurisprudenza in questione si è sviluppata inizialmente con riguardo al procedimento *antitrust*, per poi essere trasposta anche ad altri settori del diritto dell’Unione.

¹⁷¹ Sentenza della Corte di giustizia del 7 maggio 1991 *Interhotel c. Commissione*, causa C-291/89, EU:C:1991:189, punto 14.

¹⁷² *Technische Universität München c. Hauptzollamt München-Mitte*, cit., punto 14.

¹⁷³ *Paesi Bassi e PTT Nederland c. Commissione*, cit., punto 45.

¹⁷⁴ *Id.*, punto 46.

¹⁷⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 1996 *Ojha c. Commissione*, causa C-294/95 P, EU:C:1996:434; del Tribunale *Solvay c. Commissione*, cit.

Altri diritti di difesa riconosciuti nel tempo dalla giurisprudenza delle Corti UE includono il diritto di ottenere una decisione entro un termine ragionevole¹⁷⁶; il diritto alla riservatezza delle comunicazioni con il proprio avvocato¹⁷⁷; il diritto alla non-autoincriminazione¹⁷⁸; il diritto alla confidenzialità delle informazioni. Sono altresì compresi anche alcuni diritti dei denunciati, per quanto questi ultimi non possano considerarsi in senso stretto “soggetti suscettibili di essere danneggiati dall’atto conclusivo del procedimento”: così, ad esempio, il diritto dei denunciati di ottenere che l’autorità esamini attentamente gli aspetti di fatto e di diritto di una denuncia¹⁷⁹, nonché di essere informati dei motivi di un’eventuale decisione dell’autorità di non dare seguito alla denuncia¹⁸⁰.

La breve analisi che precede conferma pienamente l’assunto posto in apertura del presente paragrafo. Invero, come già rilevato, l’immagine restituita tanto dalla giurisprudenza delle Corti UE, quanto dalle traduzioni scritte che dei diritti di difesa esistono oggi nel diritto “comunitario” primario e secondario, è quella di un concetto dal contenuto mutevole e sfuggente, proprio delle clausole generali. Sembra, in proposito, assai appropriata la definizione suggerita da Barbier de la Serre, secondo il quale i diritti di difesa nell’ordinamento dell’Unione si caratterizzerebbero per essere una “nozione costante dal contenuto variabile”¹⁸¹.

D’altronde, come ricordava nel 1967 l’avvocato generale Gand alla Corte di giustizia, “come in ogni altra opera di giurisprudenza, la teoria può essere elaborata solo poco alla volta e si desume dal confronto tra le sentenze; essa costituisce un punto di arrivo”¹⁸².

¹⁷⁶ Sentenza della Corte di giustizia *Baustahlgewebe c. Commissione*, cit.

¹⁷⁷ Sentenza della Corte di giustizia *AM & S c. Commissione*, cit.

¹⁷⁸ Sentenza della Corte di giustizia *Orkem c. Commissione*, cit.

¹⁷⁹ Sentenza del Tribunale del 18 settembre 1992 *Automec c. Commissione*, causa T-24/90, EU:T:1992:97, punto 79.

¹⁸⁰ Sentenza del Tribunale del 25 maggio 2000 *Ufex e a. c. Commissione*, causa T-77/95, EU:T:2000:141, punto 42.

¹⁸¹ E. BARBIER DE LA SERRE, *Procedural Justice in the European Community Case-law concerning the Rights of the Defence: Essentialist and Instrumental Trends*, cit., p. 232.

¹⁸² Conclusioni dell’avvocato generale Gand rese il 19 aprile 1967 nelle cause riunite 5, 13, 14, 16 e 21/66 *Kampffmeyer e a. c. Commissione della CEE*, EU:C:1967:8, p. 320.

CAPITOLO SECONDO

I DIRITTI DI DIFESA NEI PROCEDIMENTI ANTITRUST DINANZI ALLA COMMISSIONE EUROPEA: QUESTIONI GENERALI

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Le persone giuridiche quali titolari di diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea – 2.1. I termini del dibattito – 2.2. La posizione della Corte EDU e delle Corti UE – 3. Le fonti dei diritti di difesa nel procedimento *antitrust* – 3.1. La giurisprudenza (cenni e rinvio) – 3.2. Gli atti di diritto derivato – 3.3. Gli atti di *soft law* – 3.4. Il ruolo della Carta dei diritti fondamentali e della CEDU – 4. Le funzioni svolte dai diritti di difesa nel procedimento *antitrust* – 4.1. La *ratio* non strumentale: i diritti di difesa come contrappeso ai poteri della Commissione – 4.1.1. La commistione di ruoli in capo alla Commissione – 4.1.2. I crescenti poteri d'indagine della Commissione – 4.1.3. La tendenza all'inasprimento della politica sanzionatoria – 4.1.4. L'introduzione del consigliere-auditore "a difesa dei diritti di difesa" – 4.2. (*segue*) I diritti di difesa come garanzia della legittimità del sistema di *enforcement* del diritto *antitrust* a livello UE – 4.3. La *ratio* utilitaristica: il contributo dei diritti di difesa a un migliore *enforcement* del diritto *antitrust* – 5. I limiti al riconoscimento di diritti di difesa nel procedimento *antitrust* – 5.1. L'orientamento delle Corti UE: l'esigenza di assicurare l'effettività dell'azione della Commissione quale limite alla tutela dei diritti di difesa – 5.2. L'articolo 52(1) della Carta – 5.2.1. La tutela della concorrenza quale "finalità di interesse generale riconosciuta dall'Unione" – 5.3. La compatibilità con l'articolo 52(3) della Carta – 6. La natura penale del procedimento *antitrust* – 6.1. Il *test* elaborato dalla Corte EDU – 6.2. Applicazione del *test Engel* al procedimento *antitrust* UE – 6.2.1. Il primo criterio – 6.2.2. Il secondo criterio – 6.2.3. Il terzo criterio – 6.2.4. Conclusioni circa la natura del procedimento *antitrust* UE – 6.3. La posizione della Corte EDU – 6.4. La posizione delle Corti UE – 6.5. Conseguenze della natura penale delle ammende *antitrust*

1. Introduzione

Il procedimento per l'applicazione della normativa *antitrust* costituisce senza alcun dubbio una delle angolazioni più interessanti da cui analizzare lo *status* dei diritti di difesa nell'ordinamento dell'Unione europea. Ciò in particolare per due ragioni.

Da un lato, gran parte della giurisprudenza delle Corti UE che ha elaborato le nozioni fondamentali sul tema in questione è stata originata proprio dal contenzioso introdotto dalle imprese sanzionate per violazioni della normativa *antitrust*¹⁸³. La storia dell'evoluzione dei diritti di difesa nell'ordinamento "comunitario" è quindi legata indissolubilmente al procedimento in parola, come si è già avuto modo di vedere nel capitolo precedente e come si vedrà più approfonditamente nei **Capitoli III e IV**.

¹⁸³

V. sul punto L. GOFFIN, *La jurisprudence de la Cour de Justice sur les droits de la défense*, in CDE, 1980, p. 140; J. SCHWARZE, *The administrative law of the Community and the protection of human rights*, cit., p. 401; R. H. LAUWAARS, *Rights of Defence in Competition Cases*, cit. Strumento assai utile per consultare la fondamentale giurisprudenza del giudice dell'Unione è B. NASCIMBENE, M. CONDINANZI (a cura di), *Giurisprudenza di diritto comunitario. Casi scelti*, 2° ed., Milano, 2018 (disponibile online su: <http://libreria.eurojus.it/prodotto/giurisprudenza-di-diritto-dellunione-europea-casi-scelti/>).

D'altro canto, la materia *antitrust* presenta talune peculiarità tali da distinguerla nettamente dalle altre politiche perseguite dalla Commissione, con importanti ricadute sul tema dei diritti di difesa. Invero, la natura pervasiva dei poteri concessi a quest'ultima al fine di attuare gli articoli 101 e 102 TFUE¹⁸⁴ e il livello assai elevato delle sanzioni comminate negli ultimi anni per le violazioni di tali disposizioni si giustificano alla luce della centralità dell'azione svolta dalla Commissione in questo campo, ma al contempo spiegano il rilievo della questione delle garanzie procedurali.

Inoltre, lo stesso assetto istituzionale e regolamentare che caratterizza il procedimento *antitrust* (con l'attribuzione simultanea alla Commissione della funzione di guidare l'istruttoria per accertare l'esistenza di violazioni e il compito di comminare le ammende per le violazioni accertate) pone con forza la necessità di esaminare i meccanismi di *checks and balances* introdotti a garanzia del rispetto dei diritti dei soggetti coinvolti.

Peraltro, detti meccanismi devono essere oggi analizzati non solo alla stregua della Carta dei diritti fondamentali, che è stata promossa – come visto – al rango di diritto primario dell'Unione (imponendosi dunque all'attività interpretativa delle Corti UE), ma anche alla luce delle pertinenti disposizioni della CEDU, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo. E sul punto, come si vedrà, il diritto *antitrust* presenta di nuovo taluni profili particolari che meritano di essere opportunamente investigati, avvicinandosi per molti aspetti alla materia penalistica (con la conseguenza di venire “attratto” nella sfera applicativa dell'articolo 6 della CEDU, che sancisce il diritto a un processo equo).

Alla luce delle summenzionate peculiarità (e dopo aver analizzato nel precedente **Capitolo I** il tema delle origini dei diritti di difesa nell'ordinamento dell'Unione), si ritiene necessario dedicare il presente capitolo all'analisi di talune questioni generali che concernono il tema dei diritti di difesa nel procedimento *antitrust*. Tale trattazione è infatti essenziale al fine di inquadrare correttamente il successivo esame della

¹⁸⁴ Per un approfondimento sostanziale sulle disposizioni citate, si rinvia in particolare a: S. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2001; ID., *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Milano, 2011; B. CORTESE, F. FERRARO, P. MANZINI (a cura di), *Il diritto antitrust dell'Unione europea*, Torino, 2014; P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, 6° ed., Oxford, 2015; J. FAULL, A. NIKPAY, *The EU Law of Competition*, 3° ed., Oxford, 2014; A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition Law. Text, Cases, and Materials*, 6° ed., Oxford, 2016; R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, 8° ed., Oxford, 2015

giurisprudenza che costituirà l'oggetto dei **Capitoli III e IV**, nonché al fine di comprendere appieno la valenza e lo *status* di tali diritti nell'ordinamento dell'Unione.

Procedendo dal generale al particolare, è dunque opportuno innanzitutto affrontare la questione dell'applicabilità, nell'ambito dell'ordinamento in parola, dei diritti fondamentali alle persone giuridiche (v. paragrafo 2). Si tratta, come si vedrà, di una questione tuttora dibattuta sul piano teorico, e in particolare con riguardo al diritto *antitrust*.

Il successivo paragrafo 3 è invece dedicato a una rapida ricognizione delle fonti in materia di diritti di difesa nel procedimento *antitrust*, rinviando al capitolo successivo un'analisi più approfondita delle singole disposizioni rilevanti. A tal fine, dopo aver ribadito il ruolo essenziale svolto dalle Corti UE nell'elaborazione di tali diritti, si esamineranno le rilevanti fonti legislative, e in particolare quelle di diritto derivato (distinguendo opportunamente tra atti vincolanti e atti di *soft law*). Infine, si richiamerà l'apporto della Carta dei diritti fondamentali e della CEDU, rinviando ove necessario a quanto già illustrato nel capitolo precedente nonché alla successiva analisi della giurisprudenza delle Corti UE.

La *ratio* che giustifica il riconoscimento di diritti di difesa alle imprese parti dei procedimenti *antitrust*, nelle sue diverse sfaccettature e componenti, è anch'essa oggetto di analisi specifica, presentando talune peculiarità rispetto alla categoria dei diritti di difesa (v. paragrafo 4). In tale ottica, occorre mettere in luce, innanzitutto, l'importante ruolo di contrappeso ai crescenti poteri attribuiti alla Commissione; in secondo luogo, e più in generale, la funzione di assicurare legittimità all'azione svolta da quest'ultima nell'attuazione della politica in materia di concorrenza; infine, da un punto di vista utilitaristico, la valenza dei diritti di difesa quale elemento che consente di tendere a un risultato procedimentale più corretto attraverso il contributo dell'impresa coinvolta nel procedimento.

D'altro canto, la centralità della tutela della concorrenza nell'ambito delle politiche della Commissione giustifica da sempre l'esistenza di limiti più o meno penetranti al riconoscimento e al godimento dei diritti di difesa, legati all'esigenza di assicurare che il procedimento si svolga nel modo più efficiente possibile. Detti limiti sono stati sviluppati *in primis* dalle Corti UE in via giurisprudenziale, e oggi risultano in parte

altresì dalle disposizioni della Carta. L'estensione (nonché l'opportunità) di tali limiti, è analizzata nel paragrafo 5.

Infine, è opportuno dedicare ampio spazio al dibattito circa la natura penale del procedimento *antitrust*, nell'accezione autonoma elaborata dalla Corte EDU con riguardo all'articolo 6 della CEDU (v. paragrafo 6). Di conseguenza, dopo aver illustrato brevemente il contenuto del c.d. *test Engel* sviluppato dalla Corte, i tre criteri di cui quest'ultimo si compone verranno applicati al procedimento *antitrust*, al fine di giungere a una conclusione circa la natura dello stesso. Sul punto, verrà altresì esposta la posizione assunta dalla Corte EDU e dalle Corti UE, e si passerà infine ad analizzare le conseguenze pratiche del riconoscimento della natura penale (o quasi penale) del procedimento *antitrust*.

2. Le persone giuridiche quali titolari di diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea

Una questione che merita di essere affrontata in via preliminare attiene alla possibilità di considerare le imprese, nell'ambito dell'ordinamento "comunitario", quali titolari di diritti fondamentali.

Si tratta in realtà di un tema che è stato ed è tuttora oggetto di un dibattito dottrinale dal respiro assai ampio, che va ben al di là dell'ordinamento dell'Unione inteso in senso stretto, nonché, ovviamente, del diritto della concorrenza. Per ovvie ragioni, gran parte della discussione si è concentrata sulla CEDU, che costituisce il più completo catalogo di diritti fondamentali vigente in Europa¹⁸⁵.

2.1.I termini del dibattito

Non è difficile intuire i contorni di tale dibattito. Invero, l'idea che diritti fondamentali (definiti, non a caso, diritti "umani") possano essere invocati vittoriosamente nei tribunali dalle persone giuridiche, tra cui le grandi *corporation* – note tra l'altro per le loro condotte spesso in palese violazione di quegli stessi diritti – ha qualcosa di "disturbante". Per questa ragione, in letteratura sono state avanzate diverse teorie contro l'estensione di tali diritti alle persone giuridiche.

Tra gli argomenti più spesso utilizzati ve ne è, innanzitutto, uno letterale. I sostenitori di questa tesi fanno leva sul fatto che si parla tradizionalmente, appunto, di diritti "umani", e che ciò escluderebbe automaticamente la possibilità di applicarli a soggetti che umani non sono, quali le persone giuridiche¹⁸⁶.

Un secondo argomento, di tipo storico, rileva come la personificazione fisica dei diritti umani negli individui costituisca un carattere centrale nel processo di creazione e riconoscimento degli stessi. Si osserva, infatti, che tali diritti sono nati con l'intento di tutelare la vulnerabilità degli esseri umani dagli abusi commessi dai pubblici poteri (in relazione alla loro vita, integrità, dignità e libertà), e non certo per essere applicati

¹⁸⁵ Un contributo assolutamente centrale, in materia, è quello di M. EMBERLAND, *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford, 2006.

¹⁸⁶ Cfr. *contra* la posizione di M. EMBERLAND, *op. cit.*, p. 27. L'A. osserva che "[c]omments such as these [...] fail to take into account the Convention's quality not merely as a treaty for the protection of 'human rights' but additionally of 'fundamental freedoms'. The latter term lacks, at least linguistically, the intimate bond with the qualities of natural persons that characterises 'human rights'".

a entità artificiali e astratte, quali società e *corporation*, che peraltro non presenterebbero gli stessi caratteri di intrinseca debolezza¹⁸⁷. La stessa idea per cui un'impresa possa “disporre” di diritti umani sarebbe del resto un ossimoro concettuale, posto che – a differenza delle persone fisiche – le persone giuridiche non hanno una presenza corporea¹⁸⁸. In tal senso, non sarebbe quindi affatto scontata la scelta di portare avanti la finzione giuridica di trattare un'impresa come una “persona” sino a trattare la stessa come un “essere umano”¹⁸⁹.

Altri autori hanno sottolineato anche, da un punto di vista strettamente funzionale, che estendere diritti fondamentali alle imprese rischierebbe di determinare una monopolizzazione, da parte di queste ultime, del relativo contenzioso e, di conseguenza, delle (scarse) risorse dei tribunali. In particolare, si insiste sul fatto che tali soggetti dispongono di mezzi ingenti e sono dunque ben più propensi delle persone fisiche a esperire le vie legali a tutela delle proprie posizioni¹⁹⁰. Questo argomento coglie(va) invero nel segno con riguardo alla situazione del contenzioso pendente dinanzi al Tribunale UE, che dalla sua creazione nel 1989 si è prevalentemente occupato di ricorsi proposti da imprese contro decisioni adottate dalla Commissione in materia *antitrust*¹⁹¹. Più in generale, è stato osservato che i c.d. “*corporate claims*” costituiscono una larga parte del contenzioso in materia di diritti fondamentali proposto dinanzi alle Corti UE¹⁹².

Numerosi (e facilmente immaginabili) sono poi gli argomenti di stampo etico, ideologico e politico. Questi ultimi si incentrano sostanzialmente sulla constatazione che – politicamente – le imprese costituiscono il veicolo, l'incarnazione stessa del

¹⁸⁷ A. SANCHEZ-GRAELLS, F. MARCOS, ‘*Human rights’ protection for corporate antitrust defendants: are we not going overboard?*, in P. NIHOUL, T. SKOCZNY (a cura di), *op. cit.*, p. 90. *Contra*, di nuovo, M. EMBERLAND, *op. cit.*, p. 28, secondo il quale tale concezione liberale e “classica” dei diritti umani sarebbe oggi superata.

¹⁸⁸ Cfr. M. EMBERLAND, *op. cit.*, p. 27, il quale richiama – a sostegno delle posizioni poc’anzi menzionate – il noto adagio attribuito al Barone Thurlow, secondo cui “[a] company, unlike a human person, has ‘no soul to be damned, no body to be kicked’” (E. KNOWLES (a cura di), *The Oxford Dictionary of Quotations*, 6° edizione, Oxford, 2004, p. 550).

¹⁸⁹ C. HARDING, U. KOHL, N. SALMON, *Human Rights in the Market Place*, Aldershot, 2008, p. 24.

¹⁹⁰ A. SANCHEZ-GRAELLS, F. MARCOS, *op. cit.*, p. 106.

¹⁹¹ L’inciso tra parentesi è d’obbligo, in quanto – anche alla luce del crescente ricorso in ambito *antitrust* a procedure alternative, quali ad esempio la transazione, che rendono alquanto improbabile un successivo contenzioso dinanzi alle Corti UE – le cause pendenti in materia si sono ridotte sensibilmente. Con riguardo alle procedure alternative e alle relative ricadute sul tema dei diritti di difesa, v. **Capitolo IV**.

¹⁹² M. EMBERLAND, *op. cit.*, pp. 1-2.

capitalismo, e che la scelta legislativa di attribuire loro diritti umani non è di per sé neutra. All'opposto, tale scelta determinerebbe un rafforzamento di valori quali la proprietà, il profitto e dunque, in ultima analisi, l'economia di mercato, spesso a discapito di altri interessi, quali quelli dei lavoratori, dei consumatori e in generale della società civile¹⁹³.

Alla luce delle posizioni illustrate sopra, vi sono autori che hanno espressamente proposto di eliminare qualsiasi possibilità (dal punto di vista giuridico) di un'estensione dei diritti fondamentali alle imprese¹⁹⁴.

Altri hanno invece adottato posizioni più sfumate. Ad esempio, è stato proposto di creare un catalogo contenente alcuni basilari diritti spettanti alle persone giuridiche, separato dai classici cataloghi di diritti umani: ciò favorirebbe segnatamente una concezione più consapevole delle differenze esistenti tra le due categorie di diritti, nonché degli eventuali conflitti che potrebbero sorgere nella reciproca interazione¹⁹⁵.

Seguendo lo stesso approccio, è stato osservato che l'estensione di diritti fondamentali alle persone giuridiche non può avvenire in modo acritico e simmetrico rispetto alla tutela delle persone fisiche, richiedendo invece un adattamento (verso il basso) alle circostanze del caso concreto¹⁹⁶; in tal senso, il fatto che le *corporation* costituiscano il più comune (se non di fatto l'unico) tipo di convenuto nei procedimenti relativi all'attuazione del diritto della concorrenza sarebbe una ragione in più per giustificare un "ammorbidimento" dei meccanismi vigenti in tema di garanzie procedurali, rispetto ai procedimenti nei quali siano coinvolti persone fisiche¹⁹⁷.

Sul versante opposto del dibattito dottrinale in oggetto si rinvencono le posizioni di chi, al contrario, ritiene corretto estendere taluni diritti fondamentali alle entità

¹⁹³ C. HARDING, U. KOHL, N. SALMON, *op. cit.*, p. 45. Per una disamina di tali argomenti v. anche M. EMBERLAND, *op. cit.*, p. 30-31.

¹⁹⁴ V. ad esempio H. PAUL, *Corporations are not human, so why should they have human rights?*, in *EcoNexus*, settembre 2011 (disponibile online su: <http://www.econexus.info>), p. 5, che nota come "[i]t would in theory be possible to add a sentence to the Universal Declaration on Human Rights and related instruments such as the European Convention on Human Rights to say that human rights apply only to human persons and not to any other kinds of person".

¹⁹⁵ C. HARDING, U. KOHL, N. SALMON, *op. cit.*, p. 52. Gli stessi A. osservano peraltro che, nel quadro dell'applicabilità dei diritti umani, sarebbe più appropriato assimilare le persone giuridiche a entità statali anziché a persone fisiche, attribuendo loro cioè la titolarità di obblighi, ma non di diritti.

¹⁹⁶ A. SANCHEZ-GRAELLS, F. MARCOS, *op. cit.*, p. 95.

¹⁹⁷ A. SANCHEZ-GRAELLS, F. MARCOS, *id.*, p. 97.

commerciali (siano esse persone fisiche o giuridiche). Ciò troverebbe una forte giustificazione nell'osservanza di valori – quali la democrazia, lo Stato di diritto e la libertà personale – che hanno chiaramente ispirato i redattori di cataloghi di diritti fondamentali, tra cui la CEDU¹⁹⁸. Andando oltre una concezione dei diritti fondamentali legata alle persone fisiche, tali autori ritengono che estendere talune garanzie sancite dalla Convenzione alle imprese sarebbe coerente con una nozione oggettiva dello Stato di diritto, in base alla quale “chiunque” deve essere protetto dall'uso arbitrario o eccessivo dei pubblici poteri¹⁹⁹. In questo senso, garantire anche alle persone giuridiche taluni diritti – per quanto, eventualmente, con una minore intensità rispetto alla protezione tradizionalmente riconosciuta alle persone fisiche²⁰⁰ – determinerebbe un generale rafforzamento del principio di legalità a beneficio della società intera²⁰¹.

Secondo i sostenitori dell'applicabilità dei diritti fondamentali alle imprese, la tesi “espansionistica” trova peraltro conforto anche in un argomento letterale. Invero, diverse disposizioni della CEDU segnalerebbero l'intenzione dei redattori di estendere la protezione accordata da tale strumento anche alle persone giuridiche.

In tal senso dovrebbe leggersi innanzitutto l'articolo 1, a norma del quale “[l]e Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione”²⁰².

¹⁹⁸ M. EMBERLAND, *op. cit.*, p. 36 ss.; A. ANDREANGELI, *The public enforcement of articles 101 and 102 TFEU under Council Regulation no 1/2003: due process considerations*, in I. LIANOS, D. GERADIN (a cura di), *Handbook on European Competition Law. Enforcement and Procedure*, Cheltenham, 2013, p. 141.

¹⁹⁹ M. EMBERLAND, *op. cit.*, p. 51; A. ANDREANGELI, *id.*, p. 142.

²⁰⁰ A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, Cheltenham, 2008, p. 19, ammette che “the application of human rights guarantees to corporate entities gives rise to specific issues caused by the circumstance that these safeguards were originally developed to protect the life, physical integrity and human dignity of natural persons. Although it is acknowledged that certain rights are entirely applicable to corporate entities just as to individuals, the extension to legal persons of other guarantees is far more controversial”.

²⁰¹ L'argomento è avanzato, ma in termini fortemente critici, da C. HARDING, U. KOHL, N. SALMON, *op. cit.*, p. 47.

²⁰² La versione inglese parla di “everyone”. *Contra* C. HARDING, U. KOHL, N. SALMON, *op. cit.*, p. 28, i quali notano che “[t]o argue that the wording ‘everyone’ clearly encompasses companies is hardly persuasive even taking a legalistic approach”. Gli A. utilizzano due argomenti a sostegno dell'affermazione in questione: da un lato, l'espressa menzione delle persone giuridiche quali titolari del diritto di proprietà (*ex* articolo 1(1) del Protocollo addizionale alla CEDU) significherebbe, *a contrario*, la volontà dei redattori della CEDU di escluderle dal godimento di altri diritti; dall'altro, altri diritti esplicitamente conferiti a “ogni persona”, quali il diritto alla vita, si ritengono generalmente non applicabili alle persone giuridiche.

Lo stesso ragionamento varrebbe anche l'articolo 34, che dispone che “[l]a Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati [...]”, considerando le persone giuridiche quali appartenenti alla seconda categoria menzionata²⁰³.

D'altro canto, è innegabile che la CEDU contenga una serie di diritti evidentemente pensati in via esclusiva per le persone fisiche e, dunque, non trasponibili alle persone giuridiche, specialmente laddove la componente “umana” renda tale trasposizione impossibile nella pratica (è il caso, ad esempio, del già citato diritto alla vita)²⁰⁴. Altri diritti, pur non menzionando espressamente le persone giuridiche, sembrano invece facilmente applicabili anche a queste ultime, come i “classici” diritti civili (ad esempio il diritto a un equo processo ex articolo 6)²⁰⁵.

2.2. La posizione della Corte EDU e delle Corti UE

Ciò premesso, senza voler ridimensionare l'importanza teorica (e politica) del dibattito poc'anzi esposto, si deve tuttavia rilevare che la controversia appare oggi largamente risolta nella pratica, quantomeno con riguardo alla Convenzione.

Invero, per quanto tecnicamente la Corte di Strasburgo non si sia mai misurata con la questione se la natura artificiale e astratta delle persone giuridiche imponga limiti alla loro capacità di essere vittime di violazioni dei diritti fondamentali, la stessa ha – sin dai primi anni della sua attività – accettato senza discussioni il principio per cui la protezione accordata dalla CEDU possa estendersi anche alle imprese²⁰⁶. Ciò in

²⁰³ Interessante notare che, a causa di una differenza linguistica con la versione inglese della Convenzione (in cui si parla di “any person, non-governmental organisation or group of individuals”), diversi autori anglosassoni ricavano l'applicabilità della disposizione alle persone giuridiche dalla prima delle categorie menzionate. Osservano sul punto C. HARDING, U. KOHL, N. SALMON, *op. cit.*, p. 27, che “[g]iven the explicit reference to ‘legal persons’ in respect of the right to property, it seems justified also to interpret ‘person’ in Article 34 broadly, as otherwise companies would have a right but not a remedy (in terms of making a complaint). But perhaps such broad interpretation should have been limited to the right to the protection of property”.

²⁰⁴ A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., p. 29.

²⁰⁵ A. ANDREANGELI, *The public enforcement of articles 101 and 102 TFEU under Council Regulation no 1/2003: due process considerations*, cit., p. 17.

²⁰⁶ Così M. EMBERLAND, *op. cit.*, p. 37, che più in generale osserva che “under the Convention the notion of companies enjoying rights protection is not disputed in principle: the Court does not per se regard corporate litigation with suspicion” (p. 4). Interessanti le osservazioni di A. SANCHEZ-GRAELLS, F. MARCOS, *op. cit.*, p. 85, che mettono in luce una generale tendenza delle corti ad assimilare i diritti umani individuali (e i diritti umani di gruppi e associazioni dedicati alla promozione di attività

quanto, al di là della lettera del dato testuale, la Convenzione viene interpretata dalla Corte EDU come uno “strumento vivente” e alla luce delle “circostanze odierne”, che possono appunto richiedere una tale estensione²⁰⁷.

Depongono in tal senso i numerosi casi in cui persone giuridiche sono state considerate destinatarie di talune delle garanzie previste dalla Convenzione, come ad esempio, oltre al diritto di proprietà²⁰⁸, il diritto alla libertà di espressione²⁰⁹, il diritto alla *privacy*²¹⁰ e il diritto a un processo equo²¹¹. Peraltro, detto riconoscimento non esclude che la protezione accordata dalla Corte EDU alle persone giuridiche possa essere, con riguardo a taluni diritti, più limitata di quella accordata alle persone fisiche²¹².

Le medesime considerazioni di stampo puramente pratico s'impongono con riguardo all'ordinamento dell'Unione.

In primo luogo, anche in questo caso un'analisi del catalogo dei diritti fondamentali, costituito dalla Carta, consente in linea di principio di ritenere le relative disposizioni applicabili anche alle persone giuridiche (con il limite ovviamente della compatibilità), posto che parla di “persona” senza ulteriori specifiche²¹³. Vi sono peraltro talune disposizioni esplicitamente dedicate alle

incentrate prevalentemente sull'individuo) e i diritti umani delle imprese, in particolare di quelle impegnate in attività orientate al profitto.

²⁰⁷ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 16 aprile 2002, *Société Colas Est e altri c. Francia*, ric. 37971/97, CE:ECHR:2002:0416JUD003797197, punto 41. Sono molto critici sul ragionamento della Corte di Strasburgo in tale sentenza A. SANCHEZ-GRAELLS, F. MARCOS, *op. cit.*, p. 84.

²⁰⁸ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo dell'8 luglio 1986, *Lithgow e altri c. Regno Unito*, ric. 9006, 9262, 9263, 9265, 9266, 9313 e 9405/81, CE:ECHR:1986:0708JUD000900680; del 24 ottobre 1995, *Agrotexim e altri c. Grecia*, ric. 14807/89, CE:ECHR:1995:1024JUD001480789.

²⁰⁹ Articolo 10 della CEDU. V. ad esempio sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, ric. 6538/74, CE:ECHR:1979:0426JUD000653874; del 22 maggio 1990, *Autronic AG c. Svizzera*, 12726/87, CE:ECHR:1990:0522JUD001272687.

²¹⁰ Articolo 8 della CEDU, che sancisce il diritto di ogni persona “al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza”.

²¹¹ V., tra le tante, il rapporto della Commissione europea dei diritti dell'uomo del 30 maggio 1991, *Société Stenuit c. Francia*, ric. 11598/85, CE:ECHR:1991:0530REP001159885; la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 27 ottobre 1993, *Dombo Beheer BV c. Paesi Bassi*, ric. 14448/88, CE:ECHR:1993:1027JUD001444888. Sul punto, cfr. altresì le conclusioni dell'avvocato generale Léger rese il 3 febbraio 1998 nella causa *Baustahlgewebe c. Commissione*, cit., EU:C:1998:37, punto 33. Anche l'articolo 6 della CEDU, come si è già accennato e come si vedrà meglio *infra* (sub 6.) costituisce una disposizione chiave con riguardo al tema dei diritti di difesa delle imprese nei procedimenti *antitrust*.

²¹² V. di nuovo la sentenza *Société Colas Est e altri c. Francia*, punto 41.

²¹³ Si veda, per un esempio tra tanti, il testo del già citato articolo 41 sul diritto a una buona amministrazione.

persone giuridiche, che vengono dunque identificate in modo espresso quali titolari di diritti fondamentali: è il caso degli articoli 42 (“Diritto d’accesso ai documenti”), 43 (“Mediatore europeo”) e 44 (“Diritto di petizione”).

In ogni caso, a prescindere da argomenti di tipo testuale, le Corti UE hanno da tempo riconosciuto l’applicabilità di talune garanzie fondamentali anche alle imprese²¹⁴, anche se talvolta con limiti o riserve²¹⁵.

È appena il caso di accennare che, come è facile immaginare, il settore della concorrenza costituisce un terreno particolarmente fertile per le riflessioni e discussioni poc’anzi richiamate²¹⁶. Invero, come già sottolineato e come si avrà modo di illustrare più approfonditamente nelle pagine che seguono, l’emersione

²¹⁴ V. *ex multis* la sentenza della Corte di giustizia del 29 ottobre 1980 *Van Landewyck c. Commissione*, cause riunite 209-215 e 218/78, EU:C:1980:248; del 7 giugno 1983 *Musique Diffusion française c. Commissione*, cause riunite 100-103/80, EU:C:1983:158. V. anche la sentenza *Hoechst c. Commissione*, cit., punto 19, in cui la Corte ha affermato l’esistenza di un principio generale del diritto “comunitario” a garanzia della protezione di ogni persona, “sia fisica che giuridica”, da interventi arbitrari o sproporzionati dei pubblici poteri.

²¹⁵ V. di nuovo la sentenza *Hoechst c. Commissione*, cit., punto 17, nella quale la Corte di giustizia ha operato una distinzione tra la tutela del diritto fondamentale all’inviolabilità del domicilio riconosciuto alle persone fisiche e la possibilità del riconoscimento di un diritto analogo in capo alle persone giuridiche: “[p]oiché la ricorrente ha parimenti fatto riferimento alle esigenze derivanti dal diritto fondamentale all’inviolabilità del domicilio, occorre osservare che, sebbene il riconoscimento di detto diritto si imponga nell’ordinamento giuridico comunitario in quanto principio comune ai diritti degli Stati membri per quanto attiene al domicilio privato delle persone fisiche, lo stesso non può dirsi per quanto riguarda le imprese, poiché i sistemi giuridici degli Stati membri presentano differenze non trascurabili quanto alla natura ed alla misura della tutela dei locali commerciali nei confronti degli interventi delle pubbliche autorità”. *Contra* le osservazioni dell’avvocato generale Léger nelle conclusioni rese nella citata causa *Baustahlgewebe c. Commissione*, punto 34, in cui si metteva in luce che “le persone giuridiche non si distinguono dalle persone fisiche al punto da dover godere, nel processo in cui sono parti, con riguardo alle esigenze di una rapida amministrazione della giustizia, di garanzie ridotte”.

²¹⁶ Per quanto la nozione di “impresa” fatta propria dalle Corti UE con riguardo al diritto della concorrenza sia talmente ampia da ricomprendere anche persone fisiche: v., ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia del 19 febbraio 2002 *Wouters e a.*, causa C-309/99, EU:C:2002:98, punti 46-49. Invero, va rammentato che, nel silenzio dei Trattati, il giudice dell’Unione ha elaborato nel tempo una nozione “autonoma” di ciò che può costituire impresa ai fini dell’applicazione della normativa in materia di concorrenza, includendovi qualsiasi soggetto che eserciti un’attività economica consistente nell’offerta di beni o servizi su un determinato mercato (cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 23 aprile 1991 *Höfner e Elser c. Macrotron*, causa C-41/90, EU:C:1991:161, punto 21). Si tratta dunque di una nozione c.d. funzionale, nel senso che si riferisce al tipo di attività svolta anziché alle caratteristiche dell’operatore che la esercita (così le conclusioni dell’avvocato generale Jacobs rese il 22 maggio 2003 nelle cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband, Bundesverband der Betriebskrankenkassen (BKK), e al. c. Ichthyol-Gesellschaft Cordes e al.*, EU:C:2003:304, punto 26). Per un’analisi più approfondita della nozione in parola e della relativa giurisprudenza, si rinvia a G. CAGGIANO, *Il concetto d’impresa*, in L. F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Napoli, 2013, p. 47 ss. V. anche, sul punto, F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *L’imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra ‘responsabilità personale’ e finalità dissuasive*, in *Riv. soc.*, 2014, p. 1060 ss.

nell'ordinamento dell'Unione di una giurisprudenza sui diritti di difesa è particolarmente legata al procedimento per l'attuazione della normativa *antitrust*, in quanto in tale frangente – alla luce dei penetranti poteri attribuiti alla Commissione – si è fin da subito posta con forza l'esigenza di assicurare una serie di garanzie procedurali alle imprese parti del procedimento.

È dunque proprio con riguardo a tale procedimento che si è spesso presentata l'occasione di interrogarsi sull'opportunità di estendere diritti fondamentali inizialmente concepiti per le persone fisiche, come ad esempio le garanzie sul giusto processo *ex* articolo 6 della CEDU e *ex* articolo 47 della Carta, alle persone giuridiche²¹⁷.

È interessante rilevare sin d'ora che in proposito, oltre alle argomentazioni già analizzate in precedenza per escludere o limitare l'applicabilità dei diritti di difesa alle imprese, si fa spesso leva sulla necessità di assicurare l'effettività dell'azione svolta dalla Commissione, in quanto volta a tutelare in generale il benessere dei consumatori e della società civile²¹⁸.

²¹⁷ Emblematiche le conclusioni rese dall'avvocato generale Colomer il 17 ottobre 2002 nella causa C-338/00 P *Volkswagen c. Commissione*, EU:C:2002:591, punto 66, in cui quest'ultimo ha affermato che "l'insieme delle garanzie sviluppate nell'ambito del diritto penale, che ha per protagonisti lo Stato sanzionatore, da un lato, e il presunto autore dell'infrazione, dall'altro, non si traspone in blocco nella sfera del diritto della concorrenza. Dette garanzie mirano, infatti, a compensare uno squilibrio di potere. In materia di libera concorrenza, questi parametri risultano alterati, in quanto si mira a proteggere la collettività dei singoli soggetti che costituiscono la società, composta da gruppi di consumatori, contro grandi imprese che dispongono di risorse considerevoli. Riconoscere a tali trasgressori le stesse garanzie procedurali accordate al singolo più vulnerabile, oltre ad essere una crudele ironia, significherebbe in ultima analisi ridurre la protezione, in questo caso economica, del singolo, che è la vittima principale dei comportamenti anticoncorrenziali".

²¹⁸ V. ad esempio le considerazioni svolte da A. SANCHEZ-GRAELLS, F. MARCOS, *op. cit.*, pp. 102-105.

3. Le fonti dei diritti di difesa nel procedimento *antitrust*

3.1. *La giurisprudenza (cenni e rinvio)*

Come già ampiamente sottolineato, la principale fonte in tema di diritti di difesa riconosciuti alle imprese nell'ambito dei procedimenti *antitrust* si rinviene nella giurisprudenza delle Corti UE.

Queste ultime, nell'arco di circa sessant'anni, hanno elaborato una ricca casistica in materia, dando "cittadinanza" nell'ordinamento dell'Unione a una serie di garanzie procedurali che devono in linea di principio essere rispettate dalla Commissione nel corso del procedimento *antitrust*: dal diritto di essere sentiti al diritto alla non autoincriminazione; dal diritto di accesso al fascicolo al diritto alla confidenzialità dei segreti aziendali e della corrispondenza tra cliente e avvocato; dal diritto di ottenere una decisione in tempi ragionevoli ai diritti riconosciuti ai terzi interessati, come ad esempio i denunciati.

Nel settore del diritto *antitrust*, l'apporto delle Corti UE è stato tanto più prezioso in quanto la normativa settoriale in vigore nelle prime fasi della costruzione "comunitaria", ossia il già citato Regolamento n. 17/1962, diceva ben poco in merito alle garanzie procedurali spettanti alle imprese soggette a indagini o addebiti²¹⁹.

Di conseguenza, la Corte di giustizia e il Tribunale hanno dovuto introdurre tali diritti al fine di colmare le lacune lasciate dal legislatore dell'allora Comunità, elaborando la concezione per cui, come visto, "[i] diritti della difesa sono diritti fondamentali che fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza [...] ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai Trattati internazionali a cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito, come la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [...]"²²⁰.

Per un quadro generale circa l'apporto della giurisprudenza in materia di diritti di difesa nell'ordinamento "comunitario", si rinvia a quanto già illustrato nel capitolo precedente; con riguardo ai singoli diritti e alla loro rilevanza nel procedimento *antitrust*, si rinvia invece all'analisi che costituirà l'oggetto dei **Capitoli III e IV**.

²¹⁹ Cfr. I. SIMONSSON, *Legitimacy in EU Cartel Control*, Oxford e Portland, 2010, p. 219.

²²⁰ Sentenza della Corte di giustizia *Aalborg Portland e a. c. Commissione*, cit., punto 64.

3.2. Gli atti di diritto derivato

Rispetto alla preminenza del formante giurisprudenziale, le fonti legislative rivestono invero un ruolo secondario in termini contenutistici.

Tuttavia, si ritiene che l'importanza del riconoscimento legislativo dei diritti di difesa non debba essere sottostimata: da un lato, tale riconoscimento costituisce un'essenziale garanzia della legalità dell'intero sistema, rafforzando la posizione delle imprese e, in ultima analisi, la legittimità dell'intero procedimento. Dall'altro, diverse disposizioni in materia rappresentano la traduzione normativa degli orientamenti sviluppati dalle Corti UE con riguardo a questo o quel diritto²²¹, attestando ancora una volta l'importanza dell'opera svolta dalla giurisprudenza nella materia che ci interessa²²².

A livello legislativo, il punto di riferimento è costituito dagli atti di diritto derivato, stante il già menzionato silenzio dei Trattati (per quanto, con riguardo al diritto primario, occorra fare riferimento anche alla Carta dei diritti fondamentali, della quale in parte si è già detto e ancora si dirà poco oltre).

In proposito, uno strumento chiave è rappresentato dal Regolamento n. 1/2003. Quest'ultimo detta le regole generali per l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE e ha sostituito, nell'ambito della c.d. modernizzazione del diritto *antitrust*, il precedente regolamento risalente addirittura agli anni Sessanta²²³.

²²¹ Così, ad esempio, in tema di diritto alla non autoincriminazione, v. il considerando n. 23 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 *GUCE* 1 del 4.1.2003, pp. 1-25 (nel prosieguo, il "Regolamento n. 1/2003"), che recepisce la giurisprudenza *Orkem*, cit.

²²² Interessante richiamare, sul punto, le osservazioni di W. P. J. WILS, *Powers of Investigation and Procedural Rights and Guarantees in EU Antitrust Enforcement: The Interplay between European and National Legislation and Case-law*, in *WOCO*, 2006, 29 (1), p. 20: l'A. si domanda se l'avvenuta "codificazione" di parte della giurisprudenza delle Corti UE in tema di diritti di difesa nel procedimento *antitrust*, ad opera ad esempio del Regolamento n. 1/2003, debba o meno spingere le stesse, laddove le parti in cause successive chiedano un'estensione ulteriore di tali diritti, a deferire la soluzione agli atti legislativi in questione o alle opinioni espresse nella procedura legislativa. Secondo Wils, la risposta dovrebbe essere diversa a seconda che la proposta estensione dei diritti di difesa sia fondata su considerazioni di principio o su una *ratio* strumentale (sulle due categorie, si rimanda a quanto detto nel **Capitolo I**, *sub* 2.2.). Nel secondo caso, occorrerebbe infatti operare un bilanciamento tra l'opportunità di estendere l'ambito applicativo del tale diritto e la necessità di salvaguardare l'efficacia/efficienza del procedimento *antitrust*. Su quest'ultima questione, si veda più approfonditamente oltre, *sub* 5.

²²³ V. il già citato Regolamento n. 17/1962. Con riguardo alle novità introdotte dal Regolamento n. 1/2003, si rimanda a A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIMBENE, S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007; S. BASTIANON, *Il regolamento n. 1/2003*, in ID., *Diritto antitrust*

In tale atto, l'esigenza del rispetto di detti diritti è innanzitutto sancita nel preambolo, a dimostrazione del fatto che i redattori hanno considerato che la questione rivestisse carattere di principio. Nonostante l'assenza di carattere vincolante, tali enunciazioni costituiscono infatti un importante strumento per orientare l'attività dell'interprete.

Rileva, in proposito, in particolare il considerando n. 37, che chiude il preambolo del Regolamento n. 1/2003 sancendo che “[i]l presente regolamento ottempera ai diritti fondamentali e osserva i principi sanciti in particolare nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Esso pertanto dovrebbe essere interpretato e applicato in relazione a detti diritti e principi”.

Ancora, oltre ai considerando nn. 23 e 32 (relativi a specifici diritti di difesa), deve essere citato il considerando n. 5 (relativo alla ripartizione dell'onere della prova), che sottolinea come l'introduzione di regole sul punto sia essenziale “[p]er garantire l'applicazione efficace delle regole di concorrenza comunitarie e nel contempo il rispetto dei diritti fondamentali di difesa”, introducendo peraltro immediatamente la tematica del bilanciamento tra opposte esigenze, di cui si tratterà più approfonditamente *infra* (sub 5.).

Con riguardo alle disposizioni del Regolamento n. 1/2003, l'unico riferimento relativo ai diritti di difesa in generale si rinviene nell'articolo 27 (“Audizione delle parti, dei ricorrenti e dei terzi”), che al secondo paragrafo dispone che “[n]el corso del procedimento sono pienamente garantiti i diritti di difesa delle parti interessate”. Detta disposizione sancisce altresì – con alcuni limiti – il diritto di essere sentiti delle parti, dei ricorrenti e degli altri terzi interessati, nonché il diritto di accedere al fascicolo della Commissione, andando dunque oltre le garanzie spettanti alle imprese parti (in senso stretto) del procedimento. Peraltro, regole volte a porre dei limiti agli ampi poteri d'indagine attribuiti alla Commissione si rinvennero anche in altre disposizioni del Regolamento n. 1/2003²²⁴.

dell'Unione europea, Milano, 2011, p. 27 ss.; M. TAVASSI, *Il Regolamento CE 1/2003: verso la devoluzione di competenze in materia di concorrenza dalla Commissione europea alle autorità garanti e ai giudici nazionali*, in *Dir. comm. int.*, 2004, p. 315 ss.; M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *L'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE in seguito all'introduzione del Regolamento 1/2003*, in *Dir. ind.*, 2004, p. 348 ss.

224

Si veda, ad esempio, l'articolo 18(1), in base al quale la Commissione può rivolgere alle parti del procedimento richieste di informazioni solo “[p]er l'assolvimento dei compiti affidateli dal presente

Un altro strumento significativo è costituito dal Regolamento (CE) n. 773/2004²²⁵, con il quale la Commissione ha dettato la disciplina di dettaglio in tema di procedimenti per l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE (c.d. regolamento di esecuzione).

Anche in questo caso, tuttavia, i riferimenti ai diritti di difesa sono limitati. L'unica previsione in cui si menziona esplicitamente l'esigenza di tutelare i diritti delle parti è costituita dal considerando n. 10, in cui si riafferma che “[a]llo scopo di salvaguardare i diritti della difesa delle imprese, la Commissione deve attribuire alle parti interessate il diritto di essere sentite prima di prendere una decisione”.

Assumono comunque rilievo, sul punto, anche altre disposizioni del Regolamento n. 773/2004, quali ad esempio l'articolo 10(1) (“La Commissione informa le parti interessate degli addebiti mossi nei loro confronti. [...]”), l'articolo 11 (che sancisce il diritto delle parti ad essere sentite), l'articolo 12(1) (“La Commissione accorda alle parti cui è inviata la comunicazione degli addebiti la possibilità di sviluppare i propri argomenti nel corso di un'audizione orale, qualora lo richiedano nella loro proposta scritta. [...]”), oltre alle previsioni che disciplinano nel dettaglio la conduzione delle audizioni (articolo 14) e quelle relative all'accesso al fascicolo della Commissione (articoli 15 e 16). Vanno inoltre richiamate le disposizioni che prevedono talune garanzie in capo a terzi interessati, ad esempio i denunciatori (articoli 6-8 e 13).

Infine, è opportuno menzionare, sia pure di passaggio, la regolamentazione della funzione e del mandato del consigliere-auditore, che detta la disciplina relativa al ruolo e all'attività di questa figura essenziale nell'ambito del procedimento in materia di concorrenza²²⁶. Tale strumento contiene invero svariati riferimenti al riconoscimento, in capo ai soggetti coinvolti nel procedimento *antitrust*, di diritti e

regolamento”, e i successivi paragrafi 2 e 3, a norma dei quali la Commissione deve indicare “le basi giuridiche e lo scopo della domanda”.

²²⁵ 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 *GUUE* 123 del 27.4.2004, pp. 18-24, come modificato dal Regolamento (CE) n. 1792/2006 della Commissione del 23 ottobre 2006; dal Regolamento (CE) n. 622/2008 della Commissione del 30 giugno 2008; dal Regolamento (UE) n. 519/2013 della Commissione del 21 febbraio 2013; e dal Regolamento (UE) 2015/1348 della Commissione del 3 agosto 2015 (nel prosieguo, il “Regolamento n. 773/2004”).

²²⁶ Decisione del Presidente della Commissione europea del 13 ottobre 2011 relativa alla funzione e al mandato del consigliere-auditore per taluni procedimenti in materia di concorrenza, in *GUUE* 275 del 20.10.2011, pp. 29-37, che ha sostituito la precedente versione del 2001 (nel prosieguo, il “mandato del consigliere-auditore”). Sulla figura del consigliere-auditore e sulle sue importantissime funzioni nel procedimento *antitrust*, v. *infra*, sub **4.1.4**.

garanzie, nonché alla necessità di assicurarne l'effettivo godimento. Ciò si coglie già nel preambolo, ove si legge che “[l]a Commissione è tenuta a svolgere i propri procedimenti in materia di concorrenza in modo equo, imparziale e obiettivo e deve assicurare il rispetto dei diritti procedurali delle parti interessate [...]” e che “[i]n particolare, il diritto degli interessati ad essere sentiti prima dell’adozione di qualsiasi decisione individuale che arrechi loro pregiudizio è un diritto fondamentale del diritto dell’Unione sancito dalla Carta dei diritti fondamentali, segnatamente all’articolo 41”²²⁷. Il prosieguo dell’atto contiene poi numerose disposizioni rilevanti, che mirano in buona sostanza ad attribuire e regolare i poteri spettanti al consigliere-auditore al fine di garantire “l’esercizio effettivo dei diritti procedurali per l’intera durata dei procedimenti”²²⁸, con riguardo in particolare ai diritti esplicabili durante la fase delle indagini (capo II), alle richieste di essere sentiti (capo III), all’accesso al fascicolo (capo IV), alle audizioni orali (capo VI).

La disamina appena effettuata mostra che la legislazione secondaria dell’Unione costituisce senza dubbio una fonte rilevante con riguardo ai diritti di difesa riconosciuti nell’ambito dei procedimenti *antitrust*, per quanto non esaustiva.

Come visto, il Regolamento n. 1/2003 segna senz’altro un passo avanti rispetto al suo predecessore, il Regolamento n. 17/1962²²⁹. La Decisione sul mandato del consigliere-auditore rappresenta altresì una fonte preziosa sul punto, pur essendo diretta in modo molto specifico a disciplinare le attività e il potenziale apporto di tale soggetto all’esercizio dei diritti di difesa delle imprese coinvolte nel procedimento, mancando dunque del più ampio respiro che caratterizza il Regolamento n. 1/2003.

Ad ogni modo, se si considera che la c.d. modernizzazione introdotta con il Regolamento n. 1/2003 ha aumentato in modo significativo i poteri spettanti alla Commissione nell’ambito del procedimento *antitrust* (*in primis* i poteri d’indagine)²³⁰, stupisce che tale iniziativa non sia stata accompagnata da un conseguente rafforzamento legislativo dei diritti di difesa. Ad esempio, manca tuttora (anche nel Regolamento n. 773/2004) menzione di taluni diritti di difesa già riconosciuti dalla giurisprudenza, come il diritto alla non autoincriminazione e il

²²⁷ Considerando n. 2.

²²⁸ Articolo 1(2).

²²⁹ W. WEISS, *Human Rights and EU antitrust enforcement: news from Lisbon*, in *ECLR*, 2011 (4), p. 191.

²³⁰ Sul punto v. *infra*, sub 4.1.2.

diritto alla riservatezza delle comunicazioni avvocato-cliente (c.d. *legal professional privilege*)²³¹.

Ciò, come si avrà modo di vedere, solleva la questione se i nuovi pervasivi poteri attribuiti alla Commissione siano adeguatamente controbilanciati dalla presenza di garanzie procedurali per le imprese coinvolte nel procedimento²³².

Sul punto, si ritiene che sarebbe opportuno un ripensamento, al fine di introdurre (al livello degli atti di diritto derivato giuridicamente vincolanti) affermazioni più esplicite e articolate circa la necessità di tutelare i singoli diritti di difesa nel procedimento *antitrust*.

3.3. Gli atti di soft law

Come noto, nell'ambito della disciplina relativa al settore della concorrenza assumono da sempre un ruolo assai significativo gli atti c.d. di *soft law*, ossia quegli atti non appartenenti alla categoria degli atti giuridici vincolanti ex articolo 288 TFUE²³³.

Tale importanza va apprezzata sia da un punto di vista numerico, sia da un punto di vista contenutistico. Invero, negli anni la Commissione ha fatto ricorso spesso a tale categoria di strumenti, comprensiva anche di atti non espressamente tipizzati e dunque c.d. atipici, quali le comunicazioni e gli orientamenti. Tale modalità è stata così utilizzata per dettare la disciplina di dettaglio relativa a intere aree del diritto *antitrust*, anche dotate di grande rilievo pratico: dalle modalità di calcolo delle ammende comminabili per le violazioni degli articoli 101 e 102 TFUE²³⁴ alle migliori

²³¹ Con riguardo al primo dei diritti menzionati, il Regolamento n. 1/2003 contiene un riferimento esclusivamente nel preambolo, del quale è già stata sottolineata la natura non vincolante (v. considerando n. 23).

²³² Cfr. A. ANDREANGELI, *The public enforcement of articles 101 and 102 TFEU under Council Regulation no 1/2003: due process considerations*, cit., pp. 138-139.

²³³ Si rinvia, sul punto, a F. BEVERIDGE, S. NOTT, *A hard look at soft law*, in P. CRAIG, C. HARLOW (a cura di), *Lawmaking in the European Union*, London, 1998, p. 285 ss.; J. ILIOPOULOS-STRANGAS, J.-F. FLAUSS (a cura di), *Das Soft Law der europäischen Organisationen = The soft law of European organisations = La soft law des organisations européennes*, Atti del 7° congresso SIPE (2010), Baden-Baden, Berna, Atene, 2012; L. A. J. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, 2004; O. A. ŞTEFAN, *Soft Law in Court: Competition Law, State Aid and the Court of Justice of the European Union* Alphen aan den Rijn, 2013.

²³⁴ Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, in *GUUE* 210 dell'1.9.2006, pp. 2-5 (nel prosieguo, gli "Orientamenti per il calcolo delle ammende").

pratiche per la conduzione dei procedimenti ex articoli 101 e 102 TFUE²³⁵; dagli orientamenti in materia di abusi escludenti²³⁶ alla disciplina applicabile in tema di *leniency*²³⁷ e transazioni²³⁸.

È interessante rilevare che, per quanto in astratto gli atti in questione non abbiano carattere vincolante, le Corti UE hanno affermato che la Commissione, laddove decida spontaneamente e in modo autonomo di imporsi delle regole di condotta al di là di quanto prescritto dalla giurisprudenza, dando vita in tal modo a un legittimo affidamento, non può poi in linea di principio discostarsi dalle stesse²³⁹. Infatti, secondo la Corte di giustizia, “[a]dottando siffatte norme di comportamento ed annunciando, con la loro pubblicazione, che esse verranno da quel momento in avanti applicate ai casi a cui esse si riferiscono, l’istituzione in questione si autolimita nell’esercizio del suo potere discrezionale e non può discostarsi da tali norme, pena una sanzione, eventualmente, a titolo di violazione di principi giuridici generali, quali la parità di trattamento o la tutela del legittimo affidamento”²⁴⁰. Di conseguenza, a giudizio della Corte, non si può escludere che, “in presenza di talune condizioni e a seconda del loro contenuto, siffatte norme di comportamento dotate di una portata generale possano produrre effetti giuridici”²⁴¹.

Con riguardo al tema dei diritti di difesa delle imprese coinvolte nei procedimenti *antitrust*, deve essere richiamata in particolare la già citata Comunicazione sulle migliori pratiche relative ai procedimenti (c.d. *Best Practices*).

²³⁵ Comunicazione della Commissione sulle migliori pratiche relative ai procedimenti previsti dagli articoli 101 e 102 del TFUE, in *GUUE* 308 del 20.10.2011, pp. 6-32 (nel prosieguo, la “Comunicazione sulle migliori pratiche relative ai procedimenti”).

²³⁶ Comunicazione della 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 *GUUE* 45 del 24.2.2009, pp. 7-20.

²³⁷ Comunicazione della Commissione relativa all’immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, in *GUUE* 298 dell’8.12.2006, pp. 17-22, come modificata dalla Comunicazione della Commissione in *GUUE* 256 del 5.8.2015, p. 1.

²³⁸ Comunicazione della Commissione concernente la transazione nei procedimenti per l’adozione di decisioni a norma dell’articolo 7 e dell’articolo 23 del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio nei casi di cartelli, in *GUUE* 167 del 2.7.2008, pp. 1-6, come modificata dalla Comunicazione della Commissione in *GUUE* 256 del 5.8.2015, p. 2.

²³⁹ Sentenza del Tribunale del 17 dicembre 1991 *Hercules Chemicals c. Commissione*, causa T-7/89, EU:T:1991:75, punto 53. V. sul punto anche W. P. J. WILS, *EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights*, cit., p. 208.

²⁴⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 28 giugno 2005 *Dansk Rørindustri e a. c. Commissione*, cause riunite C-189, 202, 205, 208 e 213/02 P, EU:C:2005:408, punto 211.

²⁴¹ *Ibid.*

Quest'ultima è stata adottata nel 2011 dalla Commissione al fine di introdurre modifiche procedurali intese ad accrescere l'efficienza delle indagini e a garantire al contempo un elevato livello di trasparenza e prevedibilità del processo²⁴². Coerentemente con tali finalità, lo strumento in questione contiene la più avanzata e approfondita ricognizione dei diritti procedurali garantiti ai soggetti che a vario titolo partecipano (o dimostrano un interesse) al procedimento *antitrust* dinanzi alla Commissione. Rilevano in tal senso, ad esempio, le previsioni relative ai diritti dei denunciatori e degli interessati²⁴³; le dettagliate previsioni circa il diritto delle parti di essere sentite, di essere informate degli addebiti e di rispondervi e di accedere al fascicolo istruttorio²⁴⁴; nonché le previsioni circa l'autoincriminazione e il *legal professional privilege*²⁴⁵.

È poi possibile rinvenire in altri atti di *soft law* adottati dalla Commissione nel settore della concorrenza ulteriori previsioni rilevanti, ad esempio in relazione al diritto di accesso al fascicolo istruttorio²⁴⁶ e alle garanzie procedurali spettanti a coloro che presentano denunce in merito alla presunta violazione della normativa *antitrust*²⁴⁷.

Merita, infine, di essere citato il *Manual of Procedures* della Direzione Generale della Concorrenza: quest'ultimo costituisce “uno strumento interno di lavoro volto a fornire linee guida pratiche ai funzionari della Commissione su come condurre un'indagine in applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE”²⁴⁸, e come tale contiene una serie di indicazioni di dettaglio alquanto interessanti sull'estensione dei diritti di

²⁴² Comunicazione sulle migliori pratiche relative ai procedimenti, punto 1.

²⁴³ V. il punto 10, in cui si legge tra l'altro che “[c]hiunque sia in grado di dimostrare di avere un interesse legittimo in qualità di denunciante e che presenti una denuncia in conformità con il modulo C (19) gode di determinati diritti procedurali. [...] Anche le persone fisiche e giuridiche diverse dai denunzianti che dimostrino di avere un interesse sufficiente ad essere sentite e che siano ammesse al procedimento dal consigliere-auditore godono di determinati diritti procedurali [...]”; v. anche i punti 104 e 105.

²⁴⁴ Punti 78-103.

²⁴⁵ V. rispettivamente il punto 36 e i punti 51 ss.

²⁴⁶ 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 *GUUE* 325 del 22.12.2005, pp. 7-15, come modificata dalla Comunicazione della Commissione in *GUUE* 256 del 5.8.2015, p. 3.

²⁴⁷ Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 del trattato CE, in *GUUE* 101 del 27.4.2004, pp. 65-77.

²⁴⁸ Antitrust Manual of Procedures (c.d. *ManProc*), marzo 2012, disponibile *online* su: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_manproc_3_2012_en.pdf (nostra traduzione).

difesa delle imprese e sulle corrispondenti limitazioni dei poteri della Commissione²⁴⁹.

3.4. Il ruolo della Carta dei diritti fondamentali e della CEDU

Nel capitolo precedente si sono analizzate le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dotate di rilievo (quantomeno potenzialmente) in relazione al tema dei diritti di difesa, ossia gli articoli 41, 47 e 48. Ad essi, con specifico riguardo al diritto *antitrust*, si aggiunge altresì l'articolo 7 della Carta, relativo al "Rispetto della vita privata e della vita familiare", in base al quale "[o]gni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni"²⁵⁰.

Rinviando a quanto già esposto circa il valore della Carta, è appena il caso di accennare che, per quanto la promozione di quest'ultima al rango di diritto primario dell'Unione ad opera del Trattato di Lisbona presenti importanti ricadute dal punto di vista del valore giuridico delle sue disposizioni e, quindi, della loro invocabilità nel contenzioso dinanzi alle Corti UE²⁵¹, il Tribunale ha affermato che la maggior parte

²⁴⁹ Cfr. sul punto B. NASCIMBENE, *Fair trial and the rights of the defence in antitrust proceedings before the Commission: a need for reform?*, in *ELR*, 2013, 38(4), p. 581, che ricorda come la Commissione si sia per molto tempo opposta alla pubblicazione del ManProc e a consentire l'accesso allo stesso sulla base del Regolamento in tema di accesso agli atti delle istituzioni (v. Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2001 relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, in *GUCE* 145 del 31.5.2001, pp. 43-48). Tale circostanza ha spinto un avvocato (peraltro ex funzionario della Commissione) a presentare una denuncia al Mediatore europeo, in cui sosteneva che il ManProc non fosse in linea con la Comunicazione sulle migliori pratiche relative ai procedimenti. Sul punto, il Mediatore europeo ha affermato che, in assenza di ragioni imperative di confidenzialità e segretezza in relazione ai poteri d'indagine e decisionali della Commissione, quest'ultima avrebbe dovuto consentire quantomeno un accesso parziale a tale documento (v. decisione del Mediatore europeo del 26 settembre 2011, denuncia 297/2010/(ELB)GG nei confronti della Commissione europea, disponibile *online* su: <https://www.ombudsman.europa.eu/>). Di conseguenza, nel marzo 2012 la Commissione ha deciso di pubblicare il ManProc nella sua interezza.

²⁵⁰ Le succitate disposizioni sono, come specificato, rilevanti laddove si vogliano considerare i diritti di difesa nei procedimenti per l'attuazione della normativa *antitrust*; ciò non toglie che, nel più ampio quadro dei diritti fondamentali applicabili nell'ambito del diritto della concorrenza (comprensivo anche della fase sanzionatoria vera e propria e di quella del successivo scrutinio giudiziale ad opera delle Corti UE), possano venire in rilievo anche altre disposizioni della Carta, quali l'articolo 49 sui principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene e l'articolo 50 sul *ne bis in idem*.

²⁵¹ Conclusioni dell'avvocato generale Kokott rese il 14 aprile 2011 nella causa C-110/10 P *Solvay c. Commissione*, EU:C:2011:257, punto 73. Sul punto, v. A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., p. 32, secondo il quale l'avvenuta "costituzionalizzazione" della Carta dovrebbe portare le parti, nelle cause pendenti dinanzi alle Corti UE per l'annullamento di decisioni *antitrust* della Commissione, a invocare sempre più spesso le disposizioni della Carta, anziché (come in passato) quelle della CEDU.

dei diritti in essa contenuti erano in sostanza già protetti quali principi generali del diritto UE, ben prima della sua adozione e successiva promozione²⁵².

Tuttavia, le questioni legate alla tutela dei diritti fondamentali nel procedimento *antitrust* hanno avuto un rilievo assai significativo negli ultimi vent'anni, ed è indubbio che questo *trend* sia stato ulteriormente rinforzato dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona²⁵³.

Oggi, infatti, alla luce del già menzionato articolo 52(3) della Carta²⁵⁴, una ulteriore (per quanto indiretta) fonte rilevante in tema di diritti fondamentali e – per quel che qui ci interessa – di diritti di difesa applicabili nell'ambito dei procedimenti *antitrust*, è costituita dalle disposizioni della CEDU, e in particolare dall'articolo 6 (in tema di giusto processo) e 8 (in tema di rispetto della vita privata e familiare)²⁵⁵. E ciò sebbene tale strumento non sia direttamente applicabile all'azione delle istituzioni dell'Unione, posto che, come già evidenziato, quest'ultima non ha ad oggi aderito alla Convenzione²⁵⁶.

Ancora nel 2008, dunque prima del mutamento di *status* della Carta, la questione è stata ben riassunta, proprio con riguardo al diritto della concorrenza, dal Tribunale nella sentenza *AC-Treuhand c. Commissione*, in cui si legge quanto segue: “Occorre ricordare, a titolo preliminare, che il Tribunale non è competente a valutare la legittimità di un'indagine in materia di concorrenza riguardo alle disposizioni della CEDU, non facendo queste, in quanto tali, parte del diritto comunitario. Ciò non impedisce che il giudice comunitario sia chiamato a vegliare sul rispetto dei diritti fondamentali che fanno parte integrante dei principi generali del diritto e che, a tale effetto, esso si ispiri alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri nonché alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato e aderito. È giocoforza constatare che, a tale riguardo, la CEDU riveste, a questo proposito, un significato particolare,

²⁵² V. ad esempio la sentenza del Tribunale del 14 dicembre 2005 *General Electric c. Commissione*, causa T-210/01, EU:T:2005:456, punto 725 (per quanto relativa a un caso di concentrazione).

²⁵³ H. H. LIDGARD, *Due Process in European Competition Procedure: A Fundamental Concept or a Mere Formality?*, in P. CARDONNEL, A. ROSAS, N. WAHL (a cura di), *Constitutionalising the EU Judicial System: Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Oxford, 2012, p. 420.

²⁵⁴ Su cui v. le osservazioni svolte nel **Capitolo I**, sub **4.2.1**.

²⁵⁵ In tal senso, cfr. W. WEISS, *Human Rights and EU antitrust enforcement: news from Lisbon*, cit., p. 187.

²⁵⁶ V. **Capitolo I**, sub **4.2.2**.

come confermato dall'art. 6, n. 2, UE [...]. Ciò è stato del resto riaffermato nel quinto comma del preambolo, nell'art. 52, n. 3, e nell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea"²⁵⁷.

Inoltre, sempre in un periodo precedente al Trattato di Lisbona, la Corte di giustizia ha affermato chiaramente la necessità, per il giudice "comunitario", di tenere conto della giurisprudenza resa dalla Corte EDU su una questione che aveva già formato oggetto di analisi da parte delle Corti UE, confermandone dunque il ruolo di fonte d'ispirazione nell'attività interpretativa²⁵⁸.

Alla luce del nuovo *status* rivestito dalla Carta nel sistema delle fonti del diritto UE, si ritiene che il valore del summenzionato articolo 52(3) e, dunque, del rinvio alla CEDU quale parametro di legittimità della giurisprudenza delle Corti UE in merito ai diritti di difesa nei procedimenti *antitrust*, sia stato certamente rafforzato. Di conseguenza, il nuovo assetto istituzionale richiederebbe un cambiamento nel metodo interpretativo delle Corti UE, al fine di far venire meno le discrepanze tuttora esistenti con la giurisprudenza della Corte EDU in merito a taluni diritti che corrispondono a diritti sanciti dalla Carta²⁵⁹.

In ogni caso, come già accennato, sulla questione del valore da attribuire alla CEDU (e in particolare al suo articolo 6) assume grande importanza la soluzione data alla questione circa la natura penale o meno delle sanzioni (e, dunque, del procedimento) *antitrust*, come si vedrà meglio oltre²⁶⁰.

²⁵⁷ Sentenza del Tribunale dell'8 luglio 2008 *AC Treuhand c. Commissione*, causa T-99/04, EU:T:2008:256, punto 45.

²⁵⁸ V. la sentenza della Corte di giustizia *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione*, cit., punto 274, relativa al diritto alla non autoincriminazione, con riguardo al quale la stessa Corte aveva già pronunciato nel 1989 la sentenza *Orkem*, cit.: "È pacifico che, successivamente alla detta sentenza, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, della quale il giudice comunitario deve tener conto in sede di interpretazione dei diritti fondamentali, ha conosciuto nuovi sviluppi [...]".

²⁵⁹ Conforme W. WEISS, *Human Rights in the EU: Rethinking the Role of the European Convention on Human Rights After Lisbon*, cit., pp. 80-81.

²⁶⁰ V. *infra*, sub 6.

4. Le funzioni svolte dai diritti di difesa nel procedimento *antitrust*

Richiamando quanto già detto nel capitolo precedente con riguardo alle giustificazioni per il riconoscimento di diritti di difesa in capo ai soggetti coinvolti in procedimenti amministrativi, ossia la *ratio* strumentale/utilitaristica e la *ratio* non strumentale (o essenzialista)²⁶¹, occorre ora soffermarsi in modo particolare sul procedimento *antitrust*. In tale ambito, infatti, il riconoscimento di diritti di difesa in capo alle imprese parti del procedimento risponde a esigenze peculiari, strettamente legate alle caratteristiche che distinguono il procedimento per l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE dall'ulteriore attività svolta dalla Commissione nell'ambito delle politiche perseguite. Ciononostante, le diverse giustificazioni che si esamineranno sono riconducibili, in generale, alle due categorie summenzionate.

4.1. La ratio non strumentale: i diritti di difesa come contrappeso ai poteri della Commissione

Una prima importante giustificazione alla base del riconoscimento di diritti di difesa in capo alle imprese parti di un procedimento *antitrust* è l'esigenza di costituire un contrappeso ai penetranti poteri esercitati dalla Commissione nell'ambito del procedimento stesso. In quest'ottica, i diritti di difesa costituiscono un elemento volto a bilanciare, a riequilibrare i rapporti di forza tra le imprese, da un lato, e la Commissione, dall'altro²⁶². Tale prospettiva si avvicina alla già descritta funzione non utilitaristica o essenzialista, che vede i diritti di difesa come un baluardo dello Stato di diritto e un'espressione della "correttezza" formale del sistema.

La questione in oggetto ha, da un primo punto di vista, radici assai antiche, riguardando lo stesso assetto istituzionale che caratterizza l'attività di *enforcement* svolta dalla Commissione nel settore del diritto *antitrust*.

4.1.1. La commistione di ruoli in capo alla Commissione

²⁶¹ V. Capitolo I, sub 2.2.

²⁶² D'altronde, come si vedrà *infra*, sub 5., la necessità di bilanciamento si pone anche in senso contrario, quale chiave per limitare il godimento di diritti di difesa da parte delle imprese in nome dell'efficienza del procedimento e dell'attività di *enforcement* della Commissione.

Invero, il procedimento per l'attuazione degli articoli 101 e 102 TFUE vede da sempre lo svolgimento da parte della Commissione di molteplici ed eterogenee attività, che vanno dalla conduzione delle indagini preliminari alla formulazione degli addebiti nei confronti delle imprese, all'imposizione di ammende per le violazioni eventualmente ravvisate, alla partecipazione al successivo contenzioso dinanzi alle Corti UE²⁶³.

Tale assetto istituzionale determina quindi una commistione, in capo alla medesima istituzione, di funzioni diverse e tra loro difficilmente compatibili, quali quelle proprie di un'autorità amministrativa di vigilanza e quelle proprie di un organo giurisdizionale²⁶⁴, con un significativo accumulo di poteri²⁶⁵.

A sua volta, ciò pone inevitabili rischi per quanto concerne la necessaria imparzialità che dovrebbe caratterizzare la Commissione nello svolgimento della sua attività di *enforcement*, assicurando che la stessa operi al riparo da qualsiasi pregiudizio o preconconcetto²⁶⁶.

²⁶³ Come ben evidenziato da I. S. FORRESTER, *Due process in EC competition cases: a distinguished institution with flawed procedures*, in *ELR*, 2009, 34 (6), p. 818, "Directorate-General for Competition ('DG Competition') of the European Commission is unique within that institution in that its officials have the power to investigate, raid business premises and private homes, question witnesses, reach conclusions, demand concessions, impose penalties and enforce those penalties, in court if necessary". Sul punto, si rimanda all'analisi effettuata da Cfr. G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, Napoli, 2008, pp. 201-205, che mette in luce i profili inquisitori che caratterizzano l'istruttoria in materia *antitrust*.

²⁶⁴ Senza dimenticare, peraltro, l'esercizio di attività di natura "quasi-legislativa" (si veda in tal senso, ad esempio, l'adozione degli Orientamenti per il calcolo delle ammende).

²⁶⁵ Da qui l'estrema suggestione, avanzata da una certa dottrina, per cui la Commissione si avvicinerebbe alla mostruosa figura biblica del Leviatano: v. N. F. W. HAUGER, C. PALZER, *Investigator, Prosecutor, Judge... and Now Plaintiff? The Leviathanian Role of the European Commission in the Light of Fundamental Rights*, in *WOCO*, 2013, 36 (4), p. 570: "When he rises up, the mighty are terrified; they retreat before his thrashing." (Gob 41 :25). In light of the Commission's multiple roles, a comparison with this biblical description of the ancient Leviathan seems not too far-fetched."

²⁶⁶ In proposito, è stato messo in luce come la commistione di ruoli in capo alla Commissione nell'*enforcement* del diritto *antitrust* aumenti il rischio di c.d. *prosecutorial bias*, ossia il rischio che la stessa sviluppi un pregiudizio in favore della propria tesi accusatoria, risultando quindi "prevenuta" e non imparziale. Più in particolare, tre diversi tipi di pregiudizio avrebbero un potenziale ruolo nel procedimento, data la concentrazione dei poteri di istruzione e decisione in capo ai medesimi soggetti: (i) il c.d. *confirmation bias*, ossia la tendenza a cercare prove e a preferire un'interpretazione delle stesse in grado di confermare e suffragare la propria tesi iniziale; (ii) il c.d. *hindsight bias*, cioè la tendenza a portare avanti un procedimento istruttorio sino all'adozione di una decisione d'infrazione al fine di giustificare retroattivamente l'apertura e la prosecuzione dell'indagine; (iii) il c.d. *policy bias*, ossia la tendenza a imporre sanzioni al fine di dimostrare un efficace *enforcement* del diritto della concorrenza. V., sul punto: W. P. J. WILS, *The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, in *WOCO*, 2004, 27 (2), p. 214 ss.; J. KILICK, P. BERGHE, *This is not the time to be tinkering with Regulation 1/2003 – It is time for fundamental reform – Europe should have change we can believe in*, in *CompLRev*, 2010, 6 (2), p. 273.

La questione, va detto, non è affatto nuova²⁶⁷. Invero, tali rischi sono stati oggetto di censura fin dagli anni Settanta e Ottanta, *in primis* dinanzi alle Corti UE, nei giudizi promossi per ottenere l'annullamento delle decisioni d'infrazione della Commissione, per quanto tali argomenti non siano mai stati accolti²⁶⁸. Anche la dottrina si occupa da tempo dell'argomento²⁶⁹.

La Commissione stessa, come si avrà modo di vedere poco oltre, *sub 4.1.4.*, non si è dimostrata del tutto sorda alla questione, tant'è che negli anni ha fatto più di un tentativo di rimediare alla percepita ingiustizia di fondo del sistema, introducendo vari correttivi di tipo procedurale (ma, va sottolineato, senza eliminare in radice il problema).

Lasciando per il momento da parte le implicazioni che tale questione assume nel più ampio dibattito sulla conformità del sistema "comunitario" per il *public enforcement* della normativa *antitrust* al rispetto dei diritti di difesa (e, in particolare, dei requisiti fissati dall'articolo 6 della CEDU nonché, oggi, dall'articolo 47 della Carta)²⁷⁰, è appena il caso di sottolineare che la summenzionata commistione di ruoli pone l'esigenza, quantomeno, di assicurare il pieno e rigoroso rispetto dei diritti di difesa delle imprese coinvolte nei procedimenti, in modo da ridurne il più possibile

²⁶⁷ Già nel 1973, v. F. GRAUPNER, *Commission Decision-Making on Competition Questions*, in *CMLR*, 1973 (10), p. 291: "it is understandable that the Commission would not favour adversary-type proceedings, but firms liable to be fined literally millions of dollars may well feel aggrieved at not being guaranteed the chance to know the facts on which their 'sentence' is based. The normal methods of conducting administrative proceedings are not necessarily satisfactory when the administrative sanctions are so severe".

²⁶⁸ V. ad esempio, già nel 1980, la sentenza della Corte di giustizia *Van Landewyck c. Commissione*, punti 79 ss.; e nel 1983, la sentenza della Corte di giustizia *Musique Diffusion française c. Commissione*, cit., punti 6 ss.

²⁶⁹ Si vedano, tra gli altri: I. S. FORRESTER, *Due process in EC competition cases: a distinguished institution with flawed procedures*, cit., p. 817 ss.; J. KILLICK, P. BERGHE, *op. cit.*, p. 259 ss.; F. MONTAG, *The case for a radical reform of the infringement procedure under regulation 17*, in *ECLR*, 1996, p. 428 ss.; B. NASCIBENE, *Fair trial and the rights of the defence in antitrust proceedings before the Commission: a need for reform?*, cit., p. 573 ss.; W. P. J. WILS, *The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, cit., p. 201 ss.; D. SLATER, S. THOMAS, D. WAELEBROECK, *Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?*, *The Global Competition Law Centre Working Papers Series*, GCLC Working Paper 04/08; J. TEMPLE LANG, *Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003*, Centre of European Policy Studies Special Report, novembre 2011.

²⁷⁰ Sul tema si tornerà più volte nel prosieguo della presente ricerca, dapprima per inquadrare la questione nell'ambito delle discussioni circa la natura penale del procedimento *antitrust* (v. *infra*, *sub 6.*), e poi per esaminare l'opportunità di introdurre modifiche all'assetto istituzionale e procedurale che caratterizza il sistema attualmente esistente, al fine di accentuarne la coerenza con i diritti di difesa (v. **Capitolo V**).

l'impatto negativo. Da qui la funzione svolta da questi diritti (in un'ottica non strumentale) nell'ordinamento "comunitario".

Ciò detto, si deve altresì sottolineare che l'idea per cui i diritti di difesa concessi alle imprese dovrebbero funzionare come un contrappeso ai poteri spettanti alla Commissione è venuta accentuandosi nel corso degli anni, in linea con due tendenze che hanno caratterizzato in misura crescente l'attività di *enforcement* della stessa.

4.1.2. I crescenti poteri d'indagine della Commissione

La Commissione, come noto, svolge alla stregua dei Trattati un gran numero di funzioni; non a caso, il suo ruolo è spesso descritto come quello di "*custode del Trattato*"²⁷¹. Con particolare riferimento al settore *antitrust*, la Commissione ha negli ultimi sessant'anni svolto la funzione di "braccio esecutivo" dell'Unione, applicando gli articoli 101 e 102 TFUE a casi individuali. In tale ambito, e al fine di consentirle di svolgere tale compito, il legislatore "comunitario" ha attribuito alla Commissione una serie di poteri assai significativi, con riguardo sia alla fase delle indagini sull'esistenza di presunte violazioni della normativa *antitrust*, sia alla fase decisoria, nella quale possono eventualmente essere comminate sanzioni per le infrazioni individuate²⁷².

La prima tendenza che deve essere menzionata in materia concerne l'inasprimento, a cui si è assistito negli ultimi vent'anni, dei summenzionati poteri. Rileva, in

²⁷¹ V., in giurisprudenza, la sentenza della Corte di giustizia dell'11 agosto 1995 *Commissione c. Germania*, causa C-431/92, EU:C:1995:260, punto 22; la sentenza del Tribunale del 18 dicembre 2009 *Arizmendi e a. c. Consiglio e Commissione*, cause riunite T-440/03, T-121, 171, 208, 365 e 484/04, EU:T:2009:530, punto 75. Invero, tale caratterizzazione della Commissione deriva già dall'articolo 17(1) TUE, che dispone, *inter alia*, che "[l]a Commissione promuove l'interesse generale dell'Unione e adotta le iniziative appropriate a tal fine. Vigila sull'applicazione dei trattati e delle misure adottate dalle istituzioni in virtù dei trattati. Vigila sull'applicazione del diritto dell'Unione sotto il controllo della Corte di giustizia dell'Unione europea. [...]". Si veda anche, in tal senso, la Risoluzione del Parlamento europeo del 14 settembre 2011 sulla 27° relazione annuale sul controllo dell'applicazione del diritto dell'Unione europea, in *GUUE* 51E del 22.2.2013, pp. 66-71, punto 1.

²⁷² Cfr. sul punto B. VESTERDORF, *Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self-Incrimination in EC Law: Recent Developments and Current Issues*, in B. E. HAWK (a cura di), *International Antitrust Law & Policy, 2004, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, Huntington, 2005, p. 703, che nota come "as a general matter, the exercise of significant powers during preliminary investigations creates occasions of irreparable impairment of the rights of the defence".

quest'ottica, in particolare il Regolamento n. 1/2003, che ha introdotto taluni poteri nuovi ed ha esteso e rafforzato taluni poteri già esistenti²⁷³.

La *ratio* di tale modifica risiede tra l'altro nell'idea che, “[p]oiché diventa sempre più difficile individuare le infrazioni delle regole di concorrenza, per far sì che questa sia efficacemente tutelata è necessario ampliare i poteri di indagine della Commissione”²⁷⁴.

Così, ad esempio, la Commissione può raccogliere informazioni per valutare l'esistenza di eventuali infrazioni attraverso gli strumenti delle richieste di informazioni (potendo scegliere tra due diverse modalità di richiesta)²⁷⁵ e delle ispezioni a sorpresa (i c.d. *dawn raids*)²⁷⁶, quest'ultime anche in locali diversi da quelli in cui l'impresa in questione ha la sua sede sociale (compreso il domicilio privato di dipendenti dell'impresa stessa)²⁷⁷. In tale ambito, la Commissione ha peraltro ora anche la possibilità di raccogliere informazioni procedendo direttamente all'audizione di persone fisiche o giuridiche²⁷⁸.

Tali poteri d'indagine sono resi ancora più incisivi dalla previsione di sanzioni (che possono arrivare fino all'1% del fatturato totale realizzato dall'impresa durante l'esercizio sociale precedente²⁷⁹, o fino al 5% del fatturato medio giornaliero realizzato durante l'esercizio sociale precedente per ogni giorno di ritardo a decorrere dalla data fissata nella decisione della Commissione²⁸⁰), per il caso in cui un'impresa fornisca informazioni inesatte o incomplete o, in determinate ipotesi, non ottemperi alle richieste della Commissione.

4.1.3. La tendenza all'inasprimento della politica sanzionatoria

²⁷³ *Id.*, p. 724. Per una disamina dei poteri della Commissione, v. *inter alia* W. P. J. WILS, *Powers of Investigation and Procedural Rights and Guarantees in EU Antitrust Enforcement: The Interplay between European and National Legislation and Case-law*, in WOCO, 2006, 29 (1), p. 3 ss.; *Id.*, *EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights*, in WOCO, 2011, 34 (2), p. 189 ss.; N. KAHN, *Kerse & Kahn on EU Antitrust Procedure*, 6° ed., Londra, 2012, p. 103 ss.; L. ORTIZ BLANCO, *EU Competition Procedure*, 3° ed., Oxford, 2013. Considerando n. 25 del Regolamento n. 1/2003.

²⁷⁵ Articolo 18. Su questo e sui successivi poteri d'indagine menzionati, v. più approfonditamente nel **Capitolo III**.

²⁷⁶ Articolo 20.

²⁷⁷ Articolo 21.

²⁷⁸ Articolo 19.

²⁷⁹ Articolo 23(1).

²⁸⁰ Articolo 24(1)(d) e (e).

Un secondo *trend* che deve essere rilevato concerne la politica sanzionatoria fatta propria dalla Commissione nel procedimento *antitrust*.

Ai sensi dell'articolo 23(2) del Regolamento n. 1/2003, laddove la Commissione accerti l'esistenza di infrazioni alla normativa *antitrust*, può irrogare alle imprese responsabili ammende fino al 10% del fatturato totale realizzato dalle stesse durante l'esercizio sociale precedente²⁸¹.

Al riguardo, negli anni si è registrato innanzitutto un aumento esponenziale delle ammende comminate per le violazioni degli articoli 101 e 102 TFUE²⁸². Invero, le statistiche aggiornate periodicamente dalla Commissione in relazione alle ammende applicate nei casi di cartelli mostrano che queste ultime sono passate da un importo complessivo di circa 540 milioni nel quinquennio 1990-1994 a ben 6,8 miliardi nel periodo 2015-2018 (peraltro ancora in corso!)²⁸³.

Inoltre, al di là dei paragoni con il passato, è innegabile che nell'ultimo decennio le sanzioni imposte abbiano aggiunto livelli inusitati e decisamente significativi²⁸⁴.

²⁸¹ La bibliografia sulla tematica delle ammende *antitrust* è molto ampia. Oltre ai contributi a cui si farà riferimento nelle note che seguono, per una disamina della questione si rimanda per tutti a: L. IDOT, J. M. CONNOR, B. VESTEDORF, D. MILLER, P. J. W. WILS, *Sanctions: Is more always better?*, New Frontiers of Antitrust Conference – Parigi, 15 febbraio 2010, in *Concurrences*, 2010 (2); P. MANZINI, *European Antitrust in Search of the Perfect Fine*, in *WOCO*, 2008 (1), p. 3 ss.; ID., *Ammende antitrust e diritti fondamentali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015 (2), p. 299 ss.; ID., *La discrezionalità della Commissione nella determinazione delle ammende antitrust*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007 (3), p. 559 ss.;

²⁸² Cfr. E. BARBIER DE LA SERRE, C. WINCKLER, *A Survey of Legal Issues Regarding Fines Imposed in EU Competition Proceedings (2010)*, in *JECLAP*, 2011, 2 (4); J. M. CONNOR, *Cartel Fine Severity and the European Commission: 2007-2011*, in *ECLR*, 2013 (2), p. 58 ss.

²⁸³ V. statistiche disponibili online su: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>. Parzialmente contra W. P. J. WILS, *The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review, and the European Convention on Human Rights*, in *WOCO*, 2010, 33 (1), pp. 10-11, il quale rileva: “To find out whether, or to what extent, the level of EU antitrust fines has increased, one cannot simply compare nominal figures of fines imposed in different cases at different points in time. First, figures should be corrected for inflation. [...] Secondly, the amount of the fine should be assessed in proportion to the scale of the infringement. [...] Indeed, over the last few years, the European Commission has increasingly focused its antitrust enforcement activity on very large cases”, richiamando però al contempo lo studio condotto da J. M. CONNOR, D. J. MILLER, *Determinants of EC Antitrust Fines for Members of Global Cartels*, articolo presentato in occasione della 3rd LEAR Conference on The Economics of Competition Law, Roma, 25-26 giugno 2009 (disponibile online su: <http://www.learlab.com/conference2009/>), p. 38, dal quale emerge un aumento delle sanzioni pari al 107% a seguito dell'introduzione nel 2006 dei nuovi orientamenti della Commissione in materia di calcolo delle ammende, in aggiunta a un costante aumento pari all'8% annuo dal 1990 ad oggi.

²⁸⁴ Senza che, peraltro, le violazioni punite siano sostanzialmente più gravi di quelle sanzionate dieci o vent'anni fa. Sul punto v. anche le statistiche riportate da J. SCHWARZE, R. BECHTOLD, *Deficiencies in European Community Competition Law. Critical analysis of the current practice and proposals for change*, Gleiss Lutz, Stuttgart, 2008 (disponibile online su: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2008_regulation_1_2003/gleiss_lutz_en.pdf), p. 8 ss.

Con riguardo agli abusi di posizione dominante, basti richiamare le ammende irrogate rispettivamente a Microsoft nel 2004 (497 milioni, a cui si sono aggiunti altri 899 milioni nel 2008 per mancato rispetto degli obblighi fissati nella precedente decisione²⁸⁵), a Intel nel 2009 (1 miliardo²⁸⁶) e da ultimo a Google nel 2017 (2,4 miliardi²⁸⁷) e 2018 (ben 4,3 miliardi²⁸⁸). Con riguardo ai cartelli, ad oggi l'ammenda più alta imposta dalla Commissione risale al 2016-2017 e riguarda il caso *Autocarri* (3,8 miliardi complessivi, di cui 1 miliardo alla sola Daimler)²⁸⁹. In precedenza, l'ammenda complessiva più significativa è stata irrogata nel 2012 nel caso *Tubi catodici per schermi di televisori e computer* (1,4 miliardi)²⁹⁰, mentre quella individuale risale al 2008 e ha colpito la società Saint Gobain (896 milioni, poi ridotti in sede di impugnazione a 715 milioni)²⁹¹.

Sempre con riguardo alla politica sanzionatoria della Commissione, si deve rilevare la novità costituita dai nuovi Orientamenti per il calcolo delle ammende, adottati nel 2006. Questi ultimi contengono svariati riferimenti al concetto di effetto dissuasivo o deterrenza²⁹², di per sé appartenente all'alveo delle nozioni proprie del

²⁸⁵ V. rispettivamente la decisione della Commissione nel caso COMP/C-3/37.792 – *Microsoft* del 24 marzo 2004, C(2005) 4420 def. (confermata in sede di impugnazione dalla sentenza del Tribunale del 17 settembre 2017 *Microsoft c. Commissione*, causa T-201/04, EU:T:2007:289) e del 27 febbraio 2008, C(2008) 764 def. (con riguardo alla quale il Tribunale ha, in sede di impugnazione, ridotto la sanzione a 860 milioni: v. sentenza del 27 giugno 2012 *Microsoft c. Commissione*, causa T-167/08, EU:T:2012:323).

²⁸⁶ V. la decisione della Commissione del 13 maggio 2009, caso COMP/C-3 /37.990 – *Intel*, D(2009) 3726 def. Quest'ultima è stata confermata in sede di impugnazione dalla sentenza del Tribunale del 12 giugno 2014 *Intel c. Commissione*, causa T-286/09, EU:T:2014:547, ma tale sentenza è stata di recente annullata dalla sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2017 *Intel c. Commissione*, causa C-413/14 P, EU:C:2017:632, con la quale la Corte ha rinviato la causa al Tribunale.

²⁸⁷ V. la decisione della Commissione del 27 giugno 2017, caso AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, C(2017) 4444 def., avverso la quale è attualmente pendente un ricorso dinanzi al Tribunale (causa T-612/17).

²⁸⁸ V. decisione della Commissione del 18 luglio 2018, caso AT.40099 – *Google Android*, non ancora pubblicata.

²⁸⁹ V. la decisione della Commissione nel caso AT.39824 del 19 luglio 2016, C(2016) 4673 def., e del 27 settembre 2017 (relativa alla sola Scania che, a differenza delle altre società sanzionate, aveva deciso di non accettare un accordo di transazione, e che ha altresì introdotto un ricorso dinanzi al Tribunale avverso la decisione di cui sopra: v. causa T-799/17, attualmente pendente).

²⁹⁰ V. la decisione della Commissione del 5 dicembre 2012, caso COMP/39.437, C(2012) 8839 def., sostanzialmente confermata in sede di impugnazione (con talune riduzioni di sanzione) dalle sentenze del Tribunale del 9 settembre 2015 nelle cause T-82/13 (EU:T:2015:612), T-84/13 (EU:T:2015:611), T-91/13 (EU:T:2015:609), T-92/13 (EU:T:2015:605), T-104/13 (EU:T:2015:610).

²⁹¹ V. la decisione della Commissione del 12 novembre 2008, caso COMP/39.125 – *Vetro destinato al settore auto*, C(2008) 6815 def., nonché la sentenza del Tribunale del 27 marzo 2014 *Saint-Gobain Glass France e a. c. Commissione*, causa T-56/09, EU:T:2014:160.

²⁹² V. ad esempio i punti 4, 25, 30-31. Sul punto v. anche J. KILLICK, P. BERGHE, *op. cit.*, p. 268.

diritto penale, e che oggi pare informare sempre di più le modalità seguite dalla Commissione per la fissazione delle ammende, “trascinando” indubitabilmente le ammende *antitrust* verso la categoria delle sanzioni penali²⁹³.

È evidente che le due tendenze poc’anzi descritte accrescono le preoccupazioni sul rispetto dei diritti di difesa nell’ambito dei procedimenti *antitrust*, posto che al contempo aumentano le probabilità di interferenze con i diritti delle imprese coinvolte²⁹⁴.

Questi ultimi si pongono dunque sempre di più quale meccanismo volto a contemperare e bilanciare la presenza di tali poteri. In tale ottica, appare rilevante la qualificazione di “scudo”, avanzata da parte della dottrina, che ben si presta a descrivere taluni diritti di difesa rilevanti nel procedimento *antitrust*²⁹⁵. Tale prospettiva pone l’accento sulla natura protettiva, anziché informativa, che si rinviene ad esempio nel *legal professional privilege*²⁹⁶, nel diritto alla non autoincriminazione²⁹⁷ e nel diritto a ottenere una decisione in un termine ragionevole²⁹⁸ – diritti di difesa, questi, nei quali appare preponderante la componente di “scudo”, appunto, rispetto alle prerogative e ai poteri della Commissione.

4.1.4. L’introduzione del consigliere-auditore “a difesa dei diritti di difesa”²⁹⁹

La funzione del consigliere-auditore è stata creata nel settembre del 1982 su iniziativa della Commissione³⁰⁰. La *ratio* di tale importante modifica era stata

²⁹³ Sul punto, cfr. W. WEISS, *Human Rights and EU antitrust enforcement: news from Lisbon*, cit., p. 193.
²⁹⁴ W. WEISS, *id.*, p. 192. Lo stesso A. osserva altrove: “[m]ore sophisticated powers imply a higher interference with fundamental rights. Hence, the Commission, in applying its extended powers, has to respect human rights more carefully than before. The procedural exigencies of ‘due process’ increase when the weapons of the investigator become sharper” (ID., *Human Rights in the EU: Rethinking the Role of the European Convention on Human Rights After Lisbon*, cit., p. 87). Sul punto, v. anche D. WAELBROECK, D. FOSSELDARD, *Should the Decision-Making Power in EC Antitrust Procedures be left to an Independent Judge?*, in A. BARAV, D. A. WYATT (a cura di), *1994 Yearbook of European Law*, Oxford, 1995.

²⁹⁵ V. K. KOWALIK-BAŃCZYK, *op. cit.*, pp. 186-187.

²⁹⁶ ID., p. 191.

²⁹⁷ ID., p. 193.

²⁹⁸ ID., p. 195.

²⁹⁹ L’espressione è mutuata da S. WERNICKE, ‘*In Defence of the Rights of Defence*’: *Competition law procedure and the changing role of the Hearing Officer*, in *Concurrences*, 2009 (3), p. 1 ss.

³⁰⁰ V. la decisione della Commissione 2001/462/CE,CECA, del 23 maggio 2001, relativa al mandato dei consiglieri-auditori per taluni procedimenti in materia di concorrenza, in *GUCE* 162 del 19.6.2001, pp. 21-24.

illustrata solo un anno prima (nel 1981) nell'ambito dell'XI relazione annuale sulla politica della concorrenza³⁰¹, in cui la Commissione aveva annunciato di voler introdurre la figura del consigliere-auditore con l'intento di assicurare l'obiettività delle audizioni e delle decisioni finali³⁰².

Fino a quel momento, infatti, le audizioni orali si svolgevano all'interno della DG Concorrenza, ed erano presiedute dal direttore generale competente per ciascun caso, il che aveva attirato negli anni diverse critiche³⁰³, anche istituzionali³⁰⁴, volte a mettere in dubbio la concreta utilità delle audizioni orali nell'economia del procedimento *antitrust*. Pur affermando di non avere ragione per credere che le audizioni non fossero condotte in modo imparziale, la Commissione ha riconosciuto merito all'esigenza di far sì che le audizioni siano preparate e svolte nel miglior modo possibile, anche al fine di garantire che la Commissione sia informata appieno di tutti gli aspetti di un caso, sia a favore sia contro le parti del procedimento.

I poteri attribuiti al consigliere-auditore erano, inizialmente, assai limitati, riguardando esclusivamente la fase dell'audizione orale e le successive decisioni³⁰⁵. Si prevedeva anche che il consigliere-auditore potesse redigere una relazione, che portava sull'andamento dell'audizione e sulle sue osservazioni in merito alla stessa, potendo però anche contenere osservazioni su questioni sostanziali (ad esempio sulla necessità di assumere ulteriori informazioni, nonché di ritirare o aggiungere taluni addebiti). Tale relazione era inviata al solo direttore generale e al direttore responsabile del procedimento, e dunque le parti non potevano accedervi neppure in

³⁰¹ XI relazione annuale sulla politica della concorrenza, punti 26-28, 31-32.

³⁰² Sulle ragioni sottostanti la decisione della Commissione, v. l'interessante ricostruzione effettuata da I. S. FORRESTER, *Due process in EC competition cases: a distinguished institution with flawed procedures*, cit., p. 817 ss. V. anche R. GREAVES, *op. cit.*, p. 312, mette in luce come l'idea di creare la funzione del consigliere-auditore sia derivata dalla tradizione giuridica di *common law*.

³⁰³ V. in particolare le critiche sollevate dalla relazione sull'Unione europea pubblicata dalla House of Lords nel giugno del 1982, che aveva messo in luce come le audizioni dinanzi alla DG Concorrenza mancassero di imparzialità, con la conseguenza che le parti del procedimento non avevano la possibilità di esercitare appieno il loro diritto di essere sentite: secondo molti, è stata proprio questa la molla che ha spinto la Commissione a introdurre la figura del consigliere-auditore. V., sul punto, N. ZINGALES, *The Hearing Officer in EU Competition Law Proceedings: Ensuring Full Respect for the Right to Be Heard?*, in *TCLR*, 2010, 7 (1), p. 138.

³⁰⁴ Cfr. W. B. J. VAN OVERBEEK, *The right to be heard in EC competition cases*, in *Right of Defence and right of the European Commission in EC Competition Law*, Symposium organized on 24 and 25 January 1994 by the European Association of Lawyers, Bruxelles, 1994, p. 235.

³⁰⁵ Per un'approfondita rassegna, v. H. JOHANNES, *The role of the Hearing Officer*, in B. E. HAWK (a cura di), *1992 and EEC/U.S.: Competition and Trade Law, Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, New York, 1990, p. 347 ss.

un successivo giudizio di impugnazione dinanzi alle Corti UE³⁰⁶. Inoltre, in una prima fase il consigliere-auditore era posto sotto la responsabilità diretta del direttore generale della DG Concorrenza (pur avendo accesso al Commissario).

Nel corso delle successive revisioni del mandato, avvenute nel 1994³⁰⁷, nel 2001³⁰⁸ e, da ultimo, nel 2011³⁰⁹, l'assetto istituzionale e i poteri attribuiti a tale figura sono stati modificati in misura rilevante.

Oggi, il consigliere-auditore non ha più il solo compito di garantire che la Commissione rispetti il diritto delle parti ad essere sentite nell'intero corso del procedimento *antitrust* ma, più in generale, “di garantire l'effettivo esercizio dei diritti procedurali delle parti”³¹⁰, nonché dei denunciatori e degli altri terzi a vario titolo interessati al procedimento stesso.

In particolare, come si avrà modo di vedere quando si tratteranno in modo approfondito i singoli diritti di difesa spettanti alle imprese nel procedimento *antitrust*, il consigliere-auditore gioca un ruolo nelle questioni attinenti all'accesso al fascicolo e alla tutela delle informazioni confidenziali contenute nello stesso³¹¹, al diritto alla non autoincriminazione³¹², al c.d. *legal professional privilege*³¹³. Da menzionare anche i poteri attinenti alle richieste di essere sentiti provenienti da soggetti terzi³¹⁴, all'estensione di vari termini procedurali per la presentazione di osservazioni delle parti e di soggetti terzi, nonché ai procedimenti in materia di impegni e transazioni. Di rilievo altresì la previsione secondo cui, se un'impresa

³⁰⁶ V., in proposito, la sentenza del Tribunale del 10 marzo 1992 *Chemie Linz c. Commissione*, causa T-15/89, EU:T:1992:37.

³⁰⁷ Decisione 94/810/CECA, CE della Commissione, del 12 dicembre 1994, relativa al mandato dei consiglieri-auditori per le procedure in materia di concorrenza dinanzi alla Commissione, in *GUCE* 330 del 21.12.1994, pp. 13-15. Sul punto, v. N. CHARBIT, *Le nouveau mandat du conseiller-auditeur, un pas vers la séparation des fonctions? Décision de la Commission européenne relative au mandat des conseillers-auditeurs dans le cadre des procédures de concurrence*, in *Gazette du Palais*, 21 dicembre 1995, pp. 1405-1407.

³⁰⁸ Decisione della Commissione 2001/462/CE,CECA, del 23 maggio 2001, relativa al mandato dei consiglieri-auditori per taluni procedimenti in materia di concorrenza, in *GUCE* 162 del 19.6.2001, pp. 21-24.

³⁰⁹ V. il mandato del consigliere-auditore, già cit.

³¹⁰ V. considerando 3 del mandato del consigliere-auditore.

³¹¹ V. **Capitolo IV**, sub 3.2.5.

³¹² V. **Capitolo III**, sub 3.2.4.

³¹³ V. **Capitolo III**, sub 4.2.4.

³¹⁴ È interessante notare che, nel 2016, le decisioni adottate dal consigliere-auditore hanno riguardato per la maggior parte richieste di questo genere: v. la relazione annuale del consigliere-auditore relativa al 2016, p. 2 (disponibile online su: http://ec.europa.eu/competition/hearing_officers/annual_report_2016_en.pdf).

soggetta a un'indagine ritiene di non essere stata adeguatamente informata circa il suo *status* procedurale, può rivolgersi al consigliere-auditore³¹⁵. Tali poteri sono esercitabili soltanto laddove non sia stato possibile risolvere una questione attinente ai diritti procedurali delle parti o dei terzi direttamente con la direzione generale della Concorrenza³¹⁶: in questo senso, il ruolo di “supervisore” giocato dal consigliere-auditore nei confronti della Commissione resta pur sempre di natura residuale o sussidiaria³¹⁷.

In sostanza, il consigliere-auditore è ora coinvolto nell'intero corso del procedimento³¹⁸, e anzi anche nella fase delle indagini che precede l'invio della comunicazioni degli addebiti alle parti, pur mantenendo i poteri più rilevanti con riguardo alla preparazione e alla conduzione dell'audizione orale³¹⁹.

Un altro aspetto molto importante del ruolo svolto dal consigliere-auditore è legato al potere di redigere talune relazioni (la c.d. relazione intermedia e la c.d. relazione finale), nonché più in generale di presentare osservazioni sul procedimento, in base all'assai generale formulazione dell'articolo 3(5) del mandato del consigliere-auditore, in base al quale quest'ultimo “può presentare osservazioni al commissario competente in merito a qualsiasi aspetto dei procedimenti svolti dalla Commissione in materia di concorrenza”.

In particolare, la relazione finale, predisposta sulla base del progetto di decisione che verrà poi presentata al comitato consultivo, porta sul rispetto del diritto all'effettivo esercizio dei diritti procedurali nel corso dell'intero procedimento, pronunciandosi inoltre sulla questione se il progetto di decisione riguarda esclusivamente gli addebiti o le obiezioni sui cui le parti hanno avuto la possibilità di essere sentite³²⁰. Oltre a essere presentata al commissario competente, al direttore generale della Concorrenza, al direttore competente e gli altri servizi competenti della Commissione, nonché comunicata alle autorità di concorrenza degli Stati membri e

³¹⁵ V. articolo 4(2)(d) del mandato del consigliere-auditore.

³¹⁶ V. articolo 3(7) del mandato del consigliere-auditore.

³¹⁷ In termini analoghi, v. P. VAN CLEYNENBREUGEL, *The Hearing Officer's Extended Mandate: Whose Special Friend in the Conduct of EU Competition Proceedings?*, in *ECLR*, 2012 (6), p. 288.

³¹⁸ V. articolo 1(2) del mandato del consigliere-auditore.

³¹⁹ Cfr., sul punto, B. HOLLES, *The Hearing Officer: Thirty Years Protecting the Right to Be Heard*, in *WOCO*, 2013, 36 (1), p. 13.

³²⁰ Articolo 16 del mandato del consigliere-auditore.

all'autorità EFTA³²¹, tale relazione è trasmessa alla Commissione insieme al progetto di decisione e, infine, pubblicata congiuntamente alla decisione finale sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea³²². Tale circostanza costituisce, secondo alcuni autori, un'importante arma a disposizione del consigliere-auditore, le cui opinioni acquistano forza anche per il rischio della “pubblicità negativa” che ricadrebbe sulla Commissione laddove fosse reso pubblico che non abbia voluto seguire il parere espresso dal consigliere-auditore³²³.

Proprio quest'ultimo aspetto marca la profonda differenza tra la relazione finale e la relazione intermedia, che, come si vedrà meglio oltre³²⁴, è redatta dal consigliere-auditore a valle dell'audizione orale, portando sullo svolgimento della stessa e sulle sue conclusioni per quanto riguarda il rispetto dell'esercizio effettivo dei diritti procedurali. Detta relazione, che peraltro può contenere anche osservazioni sul merito del procedimento stesso, è inviata al direttore generale della Concorrenza, al direttore competente e agli altri servizi competenti della Commissione, ma non è resa accessibile alle parti³²⁵.

Quanto all'assetto istituzionale attuale del consigliere-auditore, anche su questo punto vi sono state modifiche nel corso delle successive revisioni del mandato, per quanto non siano state particolarmente significative. Attualmente, il consigliere-auditore viene nominato dalla Commissione³²⁶ e dipende amministrativamente dal commissario per la concorrenza³²⁷. Interessante, però, è la forte enfasi posta dall'attuale mandato (rispetto ai precedenti) sul requisito di indipendenza che deve caratterizzare l'esercizio delle funzioni del consigliere-auditore³²⁸: tale novità rappresenta senza dubbio un segnale – dotato di valore più che altro simbolico – della volontà della Commissione di rendere la procedura più obiettiva e imparziale, nella

³²¹ *Ibid.*

³²² Articolo 17.

³²³ Così B. HOLLES, *op. cit.*, p. 13.

³²⁴ **V. Capitolo IV, sub 2.2.4.**

³²⁵ Articolo 14 del mandato del consigliere-auditore.

³²⁶ Articolo 2(1).

³²⁷ Articolo 2(2).

³²⁸ L'introduzione di un'esplicita previsione circa la natura indipendente del consigliere-auditore era stata auspicata, tra gli altri, da ECLF WORKING GROUP ON TRANSPARENCY AND PROCESS, *op. cit.*, p. 482, anche alla luce dell'opportunità di rendere il mandato del consigliere-auditore più in linea con la disciplina dell'operato degli avvocati generali e del Mediatore europeo.

consapevolezza dei limiti strutturali che caratterizzano l'attuale assetto del procedimento *antitrust* (su cui v. quanto detto *supra*, sub 4.1.1.)³²⁹.

È appena il caso di sottolineare che, oltre alla funzione del consigliere-auditore, anche altre figure istituzionali sono state introdotti nel tempo nell'architettura del procedimento *antitrust* con l'obiettivo più o meno dichiarato di fungere da "filtro", da meccanismo di *checks and balances* tra l'attività di istruzione (in senso lato) del procedimento svolta dalla Commissione e l'attività decisionale: in tal senso si può leggere la creazione delle funzioni dei c.d. *peer review panels*³³⁰, del *Chief Economist*³³¹, nonché dello stesso comitato consultivo in materia di intese e posizioni dominanti³³². Del resto, anche il Mediatore europeo ha la possibilità di giocare un ruolo nella tutela dei diritti procedurali delle imprese coinvolte nei procedimenti *antitrust*, pur mancando di competenze specifiche nella materia in questione³³³.

Tuttavia, nessuna di tali figure possiede i poteri d'azione dei quali è invece stato dotato (attraverso le successive modifiche del mandato) il consigliere-auditore. È quest'ultimo, a giudizio di chi scrive, il ruolo istituzionale che presenta il maggior interesse dal punto di vista della concreta possibilità di incidere sull'esercizio dei diritti di difesa delle parti.

Ciò non toglie, peraltro, che vi siano tuttora importanti margini di miglioramento e di espansione dei poteri attribuiti a detto soggetto, nell'ottica di potenziare ulteriormente le sue possibilità di agire e di "fare la differenza" in questa delicata materia, nonché di rimediare a talune lacune attualmente esistenti nella

³²⁹ B. HOLLES, *op. cit.*, p. 16.

³³⁰ Secondo le parole della stessa Commissione, tali gruppi di lavoro sono stati creati con obiettivo di fornire "a fresh pair of eyes" per rivedere tutti o taluni aspetti delle valutazioni effettuate dal gruppo di funzionari incaricati di un certo procedimento. Tale attività di revisione non è prevista in tutti i casi di cartello, ma solo laddove il Direttore generale, d'intesa con il Commissario incaricato della concorrenza, la ritenga utile: v. Commissione europea, *Competition – Proceedings for the application of Articles 101 and 102 TFEU: Key actors and checks and balances*, p. 2 (disponibile online su: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/key_actors_en.pdf).

³³¹ Tale figura è stata introdotta dalla DG Concorrenza al fine di fornire un parere sulla decisione finale, con l'ausilio di un gruppo di economisti esperti. Va sottolineato che il parere è destinato a restare interno, e dunque non è accessibile alle parti, neppure in un eventuale successivo giudizio di impugnazione della decisione della Commissione dinanzi alle Corti UE.

³³² Ex articolo 14 del Regolamento 1/2003.

³³³ V. in proposito J. TEMPLE LANG, *Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003*, cit., p. 200. V. anche l'approfondito excursus circa i poteri del Mediatore europeo in ambito *antitrust* fatto da A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., pp. 77-88.

regolamentazione del suo ruolo. Si avrà modo di affrontare tale questione, nonché di avanzare alcune proposte di riforma, nel **Capitolo V**.

4.2.(segue) I diritti di difesa come garanzia della legittimità del sistema di enforcement del diritto antitrust a livello UE

I diritti di difesa svolgono nel procedimento *antitrust* anche una seconda funzione che, pur avvicinandosi molto a quella poc'anzi descritta di fungere da contrappeso ai poteri spettanti alla Commissione, ha carattere più generale, rientrando in modo ancor più calzante nella *ratio* essenzialista/non strumentale di cui si è già detto.

Da tale secondo punto di vista, i diritti di difesa costituiscono infatti la garanzia della tenuta, in termini di legittimità, del sistema di *enforcement* del diritto *antitrust* a livello “comunitario”. In altri termini, in tanto l'attuale assetto del procedimento *antitrust* (con le caratteristiche già descritte, ossia la commistione del ruolo di parte accusatrice e organo giudicante in capo alla Commissione, nonché l'attribuzione a quest'ultima di pervasivi poteri d'indagine e il *trend* legato all'aumento esponenziale delle ammende comminate alle imprese) è formalmente accettabile e legittimo, in quanto le imprese coinvolte nel procedimento stesso risultano dotate di taluni diritti di difesa³³⁴.

Invero, in quest'ottica il discorso già fatto con riguardo al ruolo svolto dai diritti di difesa in generale nei procedimenti amministrativi deve essere richiamato quasi tale e quale³³⁵ (con l'aggiunta, come detto, delle caratteristiche peculiari del procedimento *antitrust* rispetto alle altre aree di attività in senso lato amministrativa svolta dall'UE, che acquiscono ulteriormente le esigenze in questione): come illustrato, dal punto di vista non strumentale assume rilievo il concetto di “formalità”, coincidente con il rispetto di una serie di garanzie procedurali predeterminate³³⁶. Ciò determina

³³⁴ Cfr. G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 108, secondo cui “[l]’affermarsi dei diritti fondamentali nell’ordinamento comunitario ha favorito l’elaborazione di principi e l’adozione di norme di diritto positivo volte a garantire un procedimento equo e rispettoso dei diritti di difesa. La disciplina applicabile condiziona l’azione della Commissione e mira ad evitare che il perseguimento degli obiettivi della Comunità – come il mantenimento di una sana concorrenza – si risolva in una indebita violazione della sfera giuridica dei singoli. Al contempo, essa funge da parametro di giudizio per le corti comunitarie nell’accertare la legittimità dei comportamenti, attivi o omissivi, dell’istituzione”.

³³⁵ V. **Capitolo I, sub 2.2.**

³³⁶ H. P. NEHL, *Good administration as procedural right and/or general principle?*, cit., p. 345.

maggiore legittimità (o accettabilità) della decisione d'infrazione agli occhi dell'impresa sanzionata, proprio in quanto (e nella misura in cui) sia stata messa nella posizione di difendersi esercitando i diritti di difesa che le spettano³³⁷.

Tale posizione è assai criticata da quella parte della dottrina che, come già descritto, ritiene che le persone giuridiche non dovrebbero essere portatrici di diritti fondamentali in generale e diritti di difesa in particolare. Tra gli argomenti avanzati si rinvia, ad esempio, quello per cui la *ratio* che caratterizza il “*due process*” quale garanzia del rispetto, da parte dell'azione governativa, dei principi di legalità e giustizia formale, non si applicherebbe (quantomeno in modo pieno) a una situazione in cui il convenuto sia una persona giuridica³³⁸. Secondo tali autori, sarebbe tutt'al più possibile invocare il concetto di “*due process*” come valore in sé, giustificando così in misura maggiore l'esigenza di garantire un alto livello di “buona amministrazione” ed efficienza amministrativa nel procedimento *antitrust*, senza però arrivare a tradurre tale valore in un nucleo di diritti di difesa spettanti a un'impresa³³⁹.

Tale analisi, a giudizio di chi scrive, non coglie nel segno. Invero, l'esigenza di garantire la legittimità di un sistema – quale quello per l'applicazione della normativa *antitrust* – in base al quale un'istituzione dell'Unione impone ammende a imprese operanti negli Stati membri, si avverte a prescindere dalla natura giuridica o fisica delle persone coinvolte³⁴⁰ ed è essenziale al fine di mantenere un controllo democratico sull'attività della Commissione³⁴¹. Inoltre, si può sostenere che la tutela di diritti procedurali, a prescindere da chi ne sia il destinatario, contribuisca al raggiungimento di un bene pubblico universale, assicurando che lo Stato rispetti in generale il principio di legalità e in ultima analisi rafforzando tale principio a beneficio di tutti³⁴².

³³⁷ E. BARBIER DE LA SERRE, *Procedural Justice in the European Community Case-law concerning the Rights of the Defence: Essentialist and Instrumental Trends*, cit., p. 229.

³³⁸ A. SANCHEZ-GRAELLS, F. MARCOS, *op. cit.*, pp. 91-92.

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ Peraltro, tale esigenza si avverte allo stesso modo anche nell'*enforcement* a livello nazionale: v. K. LENAERTS, ‘*In the union we trust*’: *Trust-enhancing principles of Community law*, in *CMLR*, 2004 (2), p. 342, che parla di “checks and balances which guarantee the legitimacy of the exercise of public authority both at the national and the European level”.

³⁴¹ Oltre, naturalmente, al controllo giudiziale esercitato dalle Corti UE, che però presenta taluni limiti intrinseci (v. *sub* 6.). Sul punto v. anche A. RILEY, *The modernisation of EU anti-cartel enforcement: will the Commission grasp the opportunity?*, in *ECLR*, 2010, p. 202, che fa riferimento a un'esigenza di “democratic accountability”.

³⁴² *Contra* C. HARDING, U. KOHL, N. SALMON, *op. cit.*, p. 47, che tacciano tale argomento di circolarità.

Non a caso, come accennato, tale esigenza costituisce uno dei fondamenti di tutta la giurisprudenza delle Corti UE in tema di diritti di difesa: assume un rilievo fondamentale, sul punto, il concetto della disparità di armi esistente tra il singolo soggetto accusato di aver commesso una violazione del diritto e le (spesso ben più potenti) istituzioni dell'Unione³⁴³.

L'esigenza di tutelare i diritti di difesa viene quindi fondata su considerazioni "di principio" nell'accezione utilizzata da Dworkin, ossia quale *standard* che deve essere osservato non in quanto idoneo ad apportare uno sviluppo o un consolidamento di una situazione economica, politica o sociale considerata desiderabile, ma in quanto requisito della giustizia e dell'equità³⁴⁴.

Da questa prospettiva, come detto, la funzione dei diritti di difesa quale contrappeso ai poteri della Commissione viene in qualche misura ricompresa e riassorbita in questa seconda funzione. Tuttavia, si ritiene che l'assetto che caratterizza il procedimento *antitrust*, e che giustifica la prima accezione dei diritti di difesa, costituisca un *quid pluris* rispetto alla più generale esigenza di assicurare legittimità all'azione amministrativa.

4.3.La ratio utilitaristica: il contributo dei diritti di difesa a un migliore enforcement del diritto antitrust

È opportuno accennare, sia pure brevemente, all'esistenza di un'altra prospettiva dalla quale è possibile apprezzare la funzione svolta dal riconoscimento di diritti di difesa in capo alle imprese coinvolte nei procedimenti *antitrust*.

³⁴³ I. SIMONSSON, *op. cit.*, p. 217. Secondo tale A., "[o]ne can observe moral reasoning when it comes to competition law procedure. Whether or not to allow extensive defences, thereby typing up the resources of the courts and the plaintiffs, is not just a matter of procedural economy but also a question of morality. In essence, 'moral harm will trigger the exercise of the rights of the defence'".

³⁴⁴ Cfr. W. P. J. WILS, *Powers of Investigation and Procedural Rights and Guarantees in EU Antitrust Enforcement: The Interplay between European and National Legislation and Case-law*, cit., p. 15, che cita appunto R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard, 1978, p. 22. L'A. richiama altresì, quale esempio di tale approccio, il ragionamento della Corte di giustizia nelle sentenze *Orkem c. Commissione*, cit., punti 32-34, e *AM & S c. Commissione*, cit., punti 18, 20, 21, 23: in entrambe, l'affermazione della Corte circa l'esistenza di limiti all'uso, da parte della Commissione, dei propri poteri (rispettivamente al fine di costringere un'impresa ad ammettere di avere violato la normativa *antitrust* e al fine di ottenere la produzione di comunicazioni avvocato-cliente) è stata ancorata sulla necessità di rispettare e salvaguardare i diritti di difesa.

Invero, la scelta di tutelare le garanzie procedurali può fondarsi anche su considerazioni di tipo utilitaristico o strumentale. Da questo secondo punto di vista, i diritti di difesa sono concepiti alla stregua di elementi in grado di accrescere l'effettività e l'efficienza dell'attività di *enforcement* del diritto *antitrust* svolta dalla Commissione a norma degli articoli 101 e 102 TFUE³⁴⁵.

Così, ad esempio, la garanzia di un diritto alla non autoincriminazione può essere (quantomeno in parte) spiegata dalla volontà di assicurare la veridicità e attendibilità delle informazioni raccolte³⁴⁶. Allo stesso modo, e più in generale, la partecipazione attiva dell'impresa le cui condotte costituiscono l'oggetto del procedimento a quest'ultimo (tramite, ad esempio, l'esercizio del diritto di essere sentita) consente di tendere a una decisione finale più corretta dal punto di vista sostanziale³⁴⁷.

In base a tale approccio, vengono in particolare rilievo quei diritti di difesa che hanno una funzione (in senso lato) "informativa" e mirano a consentire alle parti di *partecipare* in modo pieno e attivo al procedimento, costituendo una sorta di "spada" a disposizione dell'impresa parte³⁴⁸. Esempolari in tal senso sono il diritto di essere sentiti³⁴⁹ e il diritto di accesso al fascicolo³⁵⁰.

³⁴⁵ Cfr. G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 115, che sottolinea come "[n]ell'ottica di una democratizzazione dell'attività amministrativa, prevedere e disciplinare momenti in cui l'esecutivo si confronta con le posizioni dei singoli favorisce, istituzionalizzandola (o formalizzandola), la collaborazione tra amministrazione ed amministrati rendendo più comprensibili e, dunque, accettabili anche i provvedimenti maggiormente pregiudizievoli".

³⁴⁶ Cfr. W. P. J. WILS, *Powers of Investigation and Procedural Rights and Guarantees in EU Antitrust Enforcement: The Interplay between European and National Legislation and Case-law*, cit., p. 15.

³⁴⁷ Sul punto, v. già quanto detto nel **Capitolo I, sub 2.2.**

³⁴⁸ V. K. KOWALIK-BAŃCZYK, *op. cit.*, pp. 186-187.

³⁴⁹ ID., p. 187.

³⁵⁰ ID., p. 188.

5. I limiti al riconoscimento di diritti di difesa nel procedimento *antitrust*

5.1. *L'orientamento delle Corti UE: l'esigenza di assicurare l'effettività dell'azione della Commissione quale limite alla tutela dei diritti di difesa*

L'approccio delle Corti UE al tema della tutela dei diritti di difesa delle imprese nel settore *antitrust* rivela un'ambivalenza di fondo, che – a ben vedere – finisce per permeare tutta la giurisprudenza sul tema qui d'interesse.

Fermo quanto già detto sulla multiforme *ratio* che sta alla base del riconoscimento di tali diritti e della necessità di tutelarli, rintracciabile in diverse sentenze delle Corti UE³⁵¹, si deve infatti sottolineare come dalle stesse emerga immancabilmente anche un'altra preoccupazione di fondo: l'esigenza di salvaguardare l'efficace funzionamento del sistema di *enforcement* del diritto *antitrust*. Detto in altri termini, l'esigenza (di natura eminentemente pubblicistica) di consentire alla Commissione di esercitare in modo pieno ed efficace i poteri affidatili per l'utile applicazione di tale normativa.

Questa preoccupazione trova la sua giustificazione nella centralità che la politica in materia di concorrenza riveste da sempre nell'ordinamento dell'Unione. Invero, quest'ultima ha un'importanza fondamentale nel perseguimento dell'obiettivo di instaurare un mercato interno: infatti, in tanto è possibile creare e sviluppare un mercato comune agli Stati membri, in quanto gli scambi all'interno di tale mercato siano condotti al riparo da possibili distorsioni del gioco della concorrenza esistente tra le imprese che vi operano (siano tali distorsioni l'effetto di condotte poste in essere dalle imprese stesse o l'effetto di aiuti concessi a queste ultime dagli Stati membri di appartenenza). Ne consegue che è essenziale fare sì che la Commissione possa svolgere in modo efficace la propria azione a tutela di tale interesse generale³⁵².

³⁵¹ Così, ad esempio, nelle sentenze della Corte di giustizia *Orkem c. Commissione*, cit., punti 32-34, e *AM & S c. Commissione*, cit., punti 18, 20, 21, 23.

³⁵² V. il ragionamento fatto dalla Corte di giustizia nella sentenza *Aalborg Portland e a. c. Commissione*, cit., punti 53-54: “[l]a partecipazione di un’impresa a pratiche ed accordi anticoncorrenziali costituisce un’infrazione economica diretta a massimizzare i suoi profitti mediante, generalmente, una limitazione volontaria dell’offerta, una ripartizione artificiale del mercato ed un aumento artificioso dei prezzi. L’effetto di tali accordi o di tali pratiche è di restringere la libera concorrenza e di impedire la realizzazione del mercato comune, ostacolando in particolare il commercio intracomunitario. Tali effetti nocivi si ripercuotono direttamente sui consumatori in termini di aumenti di prezzo e di minore diversità dell’offerta. [...] I poteri attribuiti alla Commissione dal regolamento n. 17 hanno lo scopo di consentirle di espletare il compito [...] di vegliare sull’osservanza delle norme sulla concorrenza nel

Non a caso, riferimenti alla necessità di salvaguardare l'efficacia dell'azione della Commissione si rinvencono ovunque nella legislazione di diritto derivato³⁵³.

In tale ottica, è evidente che concedere un ampio spazio, nel procedimento *antitrust*, all'esercizio e al godimento dei diritti di difesa da parte delle imprese finisce giocoforza per rallentare il procedimento stesso, e in un certo senso per intralciarlo, andando a limitare il raggio d'azione della Commissione. Questa è, d'altronde, una delle ragioni d'essere del riconoscimento dei diritti di difesa, che si giustificano in parte – come visto – proprio per il fatto di costituire un contrappeso ai poteri della Commissione.

Come ben espresso dall'avvocato generale Geelhoed nelle conclusioni rese nella causa *Commissione c. SGL Carbon AG*, "l'interazione tra i diritti fondamentali delle persone giuridiche e le misure a garanzia della concorrenza continua a costituire un esercizio di ponderazione: sono in gioco la protezione dei diritti fondamentali, da un lato, e l'effettiva applicazione del diritto comunitario della concorrenza, dall'altro"³⁵⁴.

È in ogni caso chiaro che l'operazione di bilanciamento tra tali opposte esigenze costituisce un esercizio delicato, dato l'alto potenziale di conflitto tra valori contrastanti.

In proposito, si deve rilevare che le Corti UE si sono mostrate negli anni decisamente sensibili alle ragioni di stampo pubblicistico che stanno alla base dell'esigenza di tutelare l'efficienza del procedimento *antitrust*. Ciò ha determinato, di conseguenza, l'apposizione di limiti all'esercizio e al godimento dei diritti di difesa da parte delle imprese, laddove ciò risultasse in conflitto con l'esigenza summenzionata.

Esemplare in tal senso è il ragionamento svolto dalla Corte di giustizia nella già citata sentenza *Hoechst c. Commissione* del 1989. La società aveva impugnato la decisione con cui la Commissione aveva deliberato di procedere ad accertamenti presso la sede di varie imprese, al fine di verificare la possibile esistenza di accordi o

mercato comune. Infatti, come risulta dal punto precedente, evitare le pratiche e gli accordi anticoncorrenziali, così come scoprirli e sanzionarli, risponde a un interesse generale".

³⁵³ V., ad esempio, il considerando n. 5 e n. 26 del Regolamento n. 1/2003. Il primo, in particolare, ben riassume i termini della questione, introducendo l'esigenza di operare un bilanciamento tra opposti valori meritevoli di tutela ("[p]er garantire l'applicazione efficace delle regole di concorrenza comunitarie e nel contempo il rispetto dei diritti fondamentali di difesa [...]").

³⁵⁴ V. conclusioni dell'avvocato generale Geelhoed rese il 19 gennaio 2006 nella causa C-301/04 P, EU:C:2006:53, punto 67.

pratiche concordate nel settore del polietilene. Secondo la ricorrente, la decisione (così come le relative previsioni del Regolamento n. 17/1962) era illegittima, tra l'altro, in quanto lesiva dei diritti fondamentali, la cui tutela prescriverebbe la necessità che una perquisizione sia autorizzata da un previo mandato giudiziario.

La Corte, dopo aver ricordato che i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte stessa garantisce l'osservanza³⁵⁵ e che, quindi, il Regolamento n. 17/1962 deve essere interpretato “[tenendo] conto in particolare delle esigenze legate al rispetto dei diritti della difesa, principio il cui carattere fondamentale è stato ripetutamente sottolineato dalla giurisprudenza”³⁵⁶, ha esaminato la *ratio* dell'ampia portata dei poteri attribuiti alla Commissione in tema di accertamenti.

In proposito, la Corte ha innanzitutto rilevato che i poteri attribuiti a tal fine alla Commissione “hanno lo scopo di consentirle di espletare il compito, ad essa affidato dal trattato CEE, di vegliare sull'osservanza delle norme sulla concorrenza nel mercato comune” e che “[l]'esercizio dei poteri conferiti alla Commissione dal regolamento n. 17 contribuisce [...] al mantenimento del regime di libera concorrenza voluto dal trattato, la cui osservanza si impone categoricamente alle imprese”³⁵⁷.

In tale contesto, la Corte ha poi ammesso che i poteri di accertamento attribuiti alla Commissione “possono avere una portata molto ampia”, comprendendo in particolare il diritto di accedere a tutti i locali, terreni e mezzi di trasporto delle imprese³⁵⁸. Tuttavia, secondo la Corte, tale diritto sarebbe “inutile” se non implicasse anche “la facoltà di ricercare elementi di informazione diversi ancora ignoti o non completamente identificati”, senza che le imprese possano rifiutarsi di collaborare o assumere un atteggiamento ostruzionistico³⁵⁹.

³⁵⁵ Punto 13.

³⁵⁶ Punto 14. Interessante altresì l'osservazione fatta ai successivi punti 15 e 16, su cui si tornerà approfonditamente nel **Capitolo III**, secondo cui “è necessario evitare che detti diritti vengano irrimediabilmente compromessi nell'ambito di procedure di indagine previa, fra cui, in particolare, gli accertamenti, 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 a una comunicazione di addebiti, altri diritti [...] devono essere rispettati già dalla fase dell'indagine previa”.

³⁵⁷ Punto 25.

³⁵⁸ Punto 26.

³⁵⁹ Punto 27.

La sentenza *Hoechst c. Commissione* è stata correttamente letta come volta a suggerire che, nell'operazione di bilanciamento tra "efficienza amministrativa" nel perseguire le violazioni *antitrust*, da un lato, e protezione dei diritti di difesa, dall'altro, il primo obiettivo dovrebbe – entro taluni limiti – prevalere sul secondo³⁶⁰.

In altre sentenze, sintomatiche del medesimo approccio, la concessione di diritti di difesa alle imprese coinvolte in un procedimento *antitrust* è stata concepita quale vera e propria "eccezione" ai poteri d'indagine della Commissione, e la cautela prestata dalle Corti UE nel riconoscimento di determinati diritti è stata esplicitamente riconnessa alla natura essenziale dell'azione svolta dalla Commissione nel settore della concorrenza³⁶¹.

Non mancano comunque pronunce di segno opposto, nelle quali l'operazione di bilanciamento si è risolta in senso positivo per i diritti di difesa, in ragione della natura di diritto fondamentale che li caratterizza.

Sul punto si richiama, in particolare, il ragionamento del Presidente del Tribunale nell'ordinanza *Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd c. Commissione*, nella quale, in relazione al rispetto del segreto professionale invocato dalle imprese ricorrenti, si legge che il "carattere fondamentale [dei diritti di difesa] ha come conseguenza che, nell'ambito del presente bilanciamento degli interessi in gioco, ove sia dimostrato che il fatto, per la Commissione, di prendere conoscenza dei documenti della serie A rischia di determinare una lesione grave ed irreparabile del segreto professionale e dei diritti della difesa delle richiedenti, eventuali considerazioni attinenti all'efficacia amministrativa ed all'allocazione delle risorse non possono, in linea di principio, prevalere, malgrado la loro importanza, sui diritti della difesa, se non a condizione che la Commissione indichi circostanze eccezionali che giustifichino la suddetta lesione". Infatti, secondo il Presidente, sarebbe altrimenti "pressoché sempre possibile per la Commissione giustificare una grave lesione dei diritti della difesa allegando considerazioni amministrative a carattere puramente

³⁶⁰ V. A. ANDREANGELI, *The public enforcement of articles 101 and 102 TFEU under Council Regulation no 1/2003: due process considerations*, cit., p. 155.

³⁶¹ V. la sentenza del Tribunale del 17 settembre 2007 *Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd c. Commissione*, cause riunite T-125/03 e T-253/03, EU:T:2007:287, punto 176, in relazione al *legal professional privilege*. V. anche la sentenza del Tribunale del 20 febbraio 2001 *Mannesmannröhren-Werke c. Commissione*, causa T-112/98, EU:T:2001:61, punto 66, in relazione al diritto alla non autoincriminazione.

interno” e ciò si porrebbe in contrasto con la natura fondamentale dei detti diritti di difesa³⁶².

Va detto tuttavia che tali sentenze sono una minoranza rispetto a quelle in cui è, al contrario, l’esigenza di tutelare l’effettività del procedimento a prevalere.

Questo secondo atteggiamento si rinviene altresì in una certa dottrina³⁶³, che pone l’accento sul fatto che, viste le difficoltà che la Commissione incontra nello scoprire e dimostrare l’esistenza di infrazioni, le complesse analisi che deve effettuare e i vantaggi strategici di cui solitamente godono le imprese responsabili delle violazioni, sarebbe necessario consentire alla stessa di procedere con “garanzie procedurali relativamente basse”.

Tali considerazioni prettamente pragmatiche non convincono fino in fondo. In proposito, non si può non rilevare come sia preoccupante la tendenza (che va ben oltre il settore del diritto della concorrenza) a limitare e accantonare i diritti di difesa (e, più in generale, i diritti fondamentali) in nome di obiettivi quali l’efficienza amministrativa e la buona amministrazione della giustizia. E ciò a maggior ragione in un settore, come appunto quello del diritto *antitrust*, che presenta profili indubbiamente vicini al diritto penale (come si avrà modo di vedere *sub* 6.), e rispetto al quale dunque s’impone ancor di più l’esigenza di assicurare il rispetto di stringenti garanzie procedurali³⁶⁴.

³⁶² Ordinanza del Presidente del Tribunale *Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd c. Commissione*, cit., punto 186. Nello stesso senso, si veda anche E. BARBIER DE LA SERRE, *Procedural Justice in the European Community Case-law concerning the Rights of the Defence: Essentialist and Instrumental Trends*, cit., pp. 246-246, che richiama la sentenza del Tribunale del 29 giugno 1995 *ICI c. Commissione*, causa T-36/91, EU:T:1995:118, punto 112, in cui si legge che “[i]l Tribunale non ignora il fatto che la preparazione di elenchi e l’eventuale tutela dei segreti d’impresa preliminari all’accesso al fascicolo comportano un onere amministrativo considerevole per gli uffici della Commissione, come quest’ultima ha detto in udienza. Tuttavia, il rispetto dei diritti della difesa non può urtarsi a difficoltà tecniche e giuridiche che un’amministrazione efficiente può e deve superare”.

³⁶³ A. SANCHEZ-GRAELLS, F. MARCOS, cit., p. 102 (nostra traduzione), che richiamano sul punto A. SCORDAMAGLIA, *Cartel Proof, Imputation and Sanctioning in European Competition Law: Reconciling Effective Enforcement and Adequate Protection of Procedural Guarantees*, in *CLR*, 2010, 7 (1), p. 8. Peraltro, osservazioni sull’opportunità di evitare di salvaguardare i diritti di difesa a discapito dell’efficienza dell’enforcement del diritto *antitrust* si legano anche spesso a considerazioni di principio sul fatto che le persone giuridiche non meriterebbero di essere destinatarie di diritti di difesa, tanto più se ciò costituisce un intralcio all’attività della Commissione, diminuendo (o minacciando di diminuire) l’effettività della normativa a tutela della concorrenza (v. ad esempio, A. SANCHEZ-GRAELLS, F. MARCOS, *op. cit.*, p. 88. Si è già affrontato il merito della questione circa l’applicabilità dei diritti fondamentali alle persone giuridiche *supra*, *sub* 2.).

³⁶⁴ Sul punto, cfr. anche D. SLATER, S. THOMAS, D. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 25.

5.2.L'articolo 52(1) della Carta

Alla luce del fatto che, oggi, quei diritti di difesa precedentemente tutelati nell'ordinamento "comunitario" alla stregua di principi giurisprudenziali trovano un riconoscimento normativo nella Carta dei diritti fondamentali, è a quest'ultima che occorre ormai guardare al fine di identificare eventuali possibili limiti al loro esercizio.

La disposizione rilevante, sul punto, è il già citato articolo 52.

Il primo paragrafo contiene innanzitutto un'enunciazione del principio di legalità, statuendo che "[e]ventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà".

La norma prosegue poi con l'individuazione di due condizioni che devono essere necessariamente soddisfatte al fine di poter apportare "limitazioni" ai diritti e alle libertà summenzionati: primo, occorre che eventuali limitazioni siano imposte "[n]el rispetto del principio di proporzionalità"; secondo, le stesse possono essere previste "solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui".

Tale principio costituisce la traduzione di un consolidato orientamento giurisprudenziale (di portata ben più generale di quello esaminato *supra*, *sub* 5.1), secondo cui i diritti fondamentali non sono prerogative assolute, ma sono al contrario suscettibili di essere limitati (sia pure a talune condizioni). Nella nota sentenza *Wachauf* del 1989, ad esempio, la Corte ha affermato che i diritti fondamentali "devono essere considerati in relazione alla funzione da essi svolta nella società"³⁶⁵. Di conseguenza, è "possibile operare restrizioni all'esercizio di detti diritti, in particolare nell'ambito di un'organizzazione comune di mercato, purché dette restrizioni rispondano effettivamente a finalità d'interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento

³⁶⁵

V. la sentenza della Corte di giustizia *Wachauf c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, cit., punto 18. Nello stesso senso, v. anche la sentenza della Corte di giustizia del 13 aprile 2000 *Karlsson e a.*, causa C-292/97, EU:C:2000:202, punto 45.

sproporzionato ed inammissibile che pregiudicherebbe la stessa sostanza di tali diritti”³⁶⁶.

Al fine di comprendere quali possano essere, in concreto, le limitazioni ai diritti sanciti dalla Carta, assume rilievo cruciale il significato dell’espressione “finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione”, presente – come visto – tanto nella giurisprudenza, quanto nella traduzione normativa del principio.

5.2.1. La tutela della concorrenza quale “finalità di interesse generale riconosciuta dall’Unione”

Come già detto, è difficile dubitare del ruolo primario ricoperto, nell’ordinamento dell’Unione, dalla tutela di una concorrenza libera e non falsata, riconosciuta quale centrale sin dagli albori della costruzione “comunitaria”. Di conseguenza, si pone la questione se la stessa abbia natura di “finalità di interesse generale riconosciuta dall’Unione” ex articolo 52(1) e se, quindi, sia possibile invocare la politica in materia di concorrenza quale esigenza in grado di limitare (o comunque da bilanciare con) l’esercizio dei diritti di difesa da parte delle imprese coinvolte nei procedimenti *antitrust*.

In passato, l’articolo 3(1), lettera g), CE sanciva che “l’azione della Comunità comporta, alle condizioni e secondo il ritmo previsti dal presente trattato [...] un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno”. Tale disposizione, pur non prevedendo espressamente la tutela della concorrenza quale obiettivo che l’allora Comunità doveva perseguire, è stata interpretata in tal modo dalle Corti UE: così, ad esempio, nella sentenza c.d. *Club Lombard*, il Tribunale ha affermato che “una concorrenza non falsata, di cui all’art. 3, lett. g), CE” costituisce un “obiettivo fondamentale” dell’azione “comunitaria”³⁶⁷.

³⁶⁶ *Ibid.*

³⁶⁷ V. la sentenza del Tribunale del 14 dicembre 2006 *Raiffeisen Zentralbank Österreich c. Commissione*, cause riunite T-259/02 a T-264/02 e T-271/02, EU:T:2006:396, punto 255; così anche la sentenza della Corte di giustizia del 29 giugno 2006 *Showa Denko c. Commissione*, causa C-289/04 P, EU:C:2006:431, punto 55; del 16 dicembre 2008 *Sot. Lélos kai Sia*, cause riunite C-468/06 a C-478/06, EU:C:2008:504, punto 49; del 2 aprile 2009 *France Télécom c. Commissione*, causa C-202/07 P, EU:C:2009:214, punto 13. In termini simili, v. già la sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 1974 *Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents c. Commissione*, cause riunite 6 e 7/3, EU:C:1974:18, che parla degli “obiettivi enunciati dall’art. 3, lettera f), e più esplicitamente definiti dagli artt. 85 e 86 del trattato”.

Sulla situazione ha però inciso il Trattato di Lisbona³⁶⁸. Invero, nell'attuale assetto normativo risultante da tale riforma, la tutela della concorrenza pare venire in rilievo non (più) quale obiettivo in sé, ma bensì quale strumento indispensabile al fine di raggiungere quello che è da sempre uno degli obiettivi principali che si prefigge l'Unione, ossia l'instaurazione di un mercato interno, fondato su un'economia di mercato aperta e competitiva³⁶⁹.

Depone in tal senso innanzitutto l'attuale articolo 3 TUE, che al terzo paragrafo prevede che "[l]'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su [...] un'economia sociale di mercato fortemente competitiva", non contenendo più alcun riferimento diretto alla tutela della concorrenza in quanto tale. Milita poi in tal senso altresì l'introduzione del Protocollo n. 27 sul mercato interno e la concorrenza allegato al TFUE, in cui si legge che "[l]e alte parti contraenti, considerando che il mercato interno ai sensi dell'articolo 3 [TUE] comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata [...]".

Alla luce di quanto appena esposto, ci si può chiedere se sia ancora possibile ritenere che la politica in materia di concorrenza rientri tra quelle "finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione" suscettibili di giustificare limitazioni ai diritti di difesa delle imprese.

Sul punto, si ritiene che sia necessario andare oltre il dato letterale. Alla luce dell'indubitabile rilevanza che il valore della concorrenza da sempre ricopre in seno

³⁶⁸ Sul punto si veda: N. PETIT, *Traité de Lisbonne et politique de concurrence – Rupture?*, in *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège*, 2008 (1), p. 265 ss.; N. PETIT, N. NEYRINCK, *A Review of the Competition Law Implications of the Treaty on the Functioning of the European Union*, in *The CPI Antitrust Journal*, 2010 (1), p. 2 ss.

³⁶⁹ Così N. PETIT, *op. cit.*, p. 270, che parla di una vera e propria "svalutazione" della politica in materia di concorrenza ad opera del Trattato di Lisbona rispetto al progetto, poi abbandonato, di un Trattato che adotta una Costituzione per l'Europea, in cui la concorrenza veniva espressamente definita un obiettivo dell'Unione dall'articolo I-3(2). L'A. rileva come tale "svalutazione" sia stata fortemente voluta dalla Francia di Sarkozy che, accettando di sedersi nuovamente al tavolo dei negoziati dopo il fallimento del Trattato costituzionale, aveva posto quale condizione (e ottenuto) di rinunciare a fare della politica in materia di concorrenza un obiettivo dell'Unione, considerandola al contrario un semplice strumento (p. 266). L'A. richiama altresì l'opinione di chi ritiene si tratti della "modifica sostanziale più significativa" rispetto al trattato costituzionale (W. MUNCHAU, *Europe's drift into mercantilism*, in *Financial Times*, 25 giugno 2007, nostra traduzione). *Contra* la tesi. c.d. positivista, propugnata ad esempio da C. LEMAIRE, M. PETITE, M. WAELBROECK, *Colloque 'Traité de Lisbonne et concurrence': Quel sera l'impact du nouveau traité sur le droit de la concurrence? Regards juridiques*, in *Concurrences*, 2008 (1), secondo cui la politica in materia di concorrenza non sarebbe mai stata un obiettivo e, dunque, non si sarebbe verificata alcuna "svalutazione". Conforme a quest'ultimi A. anche G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 42.

all'ordinamento dell'Unione – valore che non è venuto meno nel Trattato di Lisbona, come dimostra la scelta di dedicare a tale politica un Protocollo³⁷⁰ – non si può escludere che, nella pratica, debba tuttora essere operato dalle Corti UE un bilanciamento tra l'esigenza di tutela dei diritti di difesa e la necessità di assicurare un efficace svolgimento dell'*enforcement* del diritto *antitrust* da parte della Commissione³⁷¹.

Tuttavia, posto che i redattori del TFUE hanno espresso chiaramente la volontà di escludere la natura di “obiettivo” della politica in materia di concorrenza³⁷², si ritiene altresì che la giurisprudenza delle Corti UE non possa ignorare tale circostanza, ma debba tenerne conto al fine di orientare la summenzionata attività di bilanciamento in modo da non compromettere oltre lo stretto necessario i diritti di difesa delle imprese³⁷³. Del resto, la *ratio* alla base del riconoscimento di questi ultimi nell'ordinamento dell'Unione, di cui si è ampiamente detto³⁷⁴, costituisce essa stessa un valore degno della massima tutela che, come tale, deve essere opportunamente salvaguardato dalle Corti UE. Peraltro, considerando la prossimità del procedimento *antitrust* alla materia penalistica (di cui si dirà tra poco, *sub* 6.), tale esigenza si pone in modo ancor più pressante.

³⁷⁰ Si ricorda che, a norma dell'articolo 51 TUE, i protocolli costituiscono parte integrante dei trattati e, quindi, hanno il medesimo valore giuridico di questi ultimi.

³⁷¹ Così anche A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., p. 22. Ancora più netto W. P. J. WILS, *EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights*, cit., p. 202, secondo cui “[t]here can be no doubt that the effective enforcement of Articles 101 and 102 TFEU constitutes an ‘objective of general interest recognised by the Union’”.

³⁷² In realtà, come nota N. PETIT, *op. cit.*, p. 266, gli altri Stati membri si sono opposti (nella quasi totalità) alla richiesta proveniente dalla Francia, ma il risultato finale, oggi consacrato nel testo dei Trattati, ha visto il prevalere della posizione francese.

³⁷³ Ciò detto, non si può condividere la posizione di W. WEISS, *Human Rights and EU antitrust enforcement: news from Lisbon*, cit., pp. 192 e 195, secondo cui il bilanciamento sarebbe ormai reso addirittura impossibile dalla presenza dell'articolo 27(2) del Regolamento n. 1/2003 (che, come visto, assoggetta l'azione della Commissione al rispetto dei diritti di difesa delle imprese interessate): tale posizione tralascia di considerare che, come ampiamente spiegato *infra*, è lo stesso articolo 52(1) della Carta a sancire la possibilità di limitazioni ai diritti fondamentali, pur nel rispetto di talune condizioni e laddove vi sia un valore confliggente degno di tutela (quale innegabilmente è la politica in materia di concorrenza). Il problema è piuttosto, come evidenziato, determinare il giusto punto di equilibrio da rispettare nell'operazione di bilanciamento.

³⁷⁴ V. *supra*, *sub* 4.

5.3. La compatibilità con l'articolo 52(3) della Carta

Con riguardo alla questione delle possibili limitazioni apponibili ai diritti di difesa nel procedimento *antitrust*, si deve altresì accennare a un'altra disposizione della Carta che ha un impatto sulla questione: il terzo paragrafo dell'articolo 52.

Come già ampiamente discusso³⁷⁵, tale norma contiene un rinvio a taluni diritti sanciti dalla CEDU (così come interpretati dalla Corte di Strasburgo) che, “corrispondendo” ad altrettanti diritti elencati dalla Carta (secondo quanto stabilito dalle Spiegazioni alla stessa), costituiscono il punto di riferimento imprescindibile per determinarne il significato e la portata.

Il rinvio in questione ha una sfera applicativa particolarmente ampia, in quanto, come confermato dalle Spiegazioni del *Praesidium*, implica che, qualora i diritti della Carta corrispondano ai diritti garantiti dalla CEDU, anche “le limitazioni ammesse” siano identiche a quelle previste per questi ultimi.

Quest'ultima è una previsione assai significativa, in quanto le limitazioni conosciute dalla Convenzione si differenziano dalla regola generale sancita dall'articolo 52(1) della Carta (esaminata poc'anzi, *sub* 5.2.), che è modellata in termini assai ampi³⁷⁶.

Così, ad esempio, alcune disposizioni della CEDU sono assoggettate a limiti molto specifici e definiti in termini tassativi (v. articolo 8(2), secondo cui non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica rispetto all'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare “a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”). Altre, invece, non contengono alcun limite esplicito, per quanto ciò non implichi necessariamente l'impossibilità di apporre limiti agli stessi (v. articolo 6)³⁷⁷.

In proposito, stante la necessità – ribadita sopra – di incorporare nell'ordinamento dell'Unione non solo il riferimento alla tutela offerta dalla CEDU, ma anche, per le

³⁷⁵ V. **Capitolo I**, *sub* 4.2.1. e 4.2.1.1.

³⁷⁶ W. WEISS, *Human Rights and EU antitrust enforcement: news from Lisbon*, cit., p. 191.

³⁷⁷ *Ibid.*

disposizioni in questione, i limiti ivi previsti, ne deriva che, in linea di principio, laddove le Corti UE si trovino a statuire sulle limitazioni a cui possono andare incontro i diritti di difesa nel procedimento *antitrust* (che, come sottolineato in precedenza, trovano il loro corrispondente sostanzialmente nell'articolo 6 della CEDU), dovrebbero applicare non la clausola generale *ex* articolo 52(1), ma le eventuali rilevanti previsioni contenute nella Convenzione, così come interpretate dalla Corte EDU. Da ciò conseguirebbe, in generale, una più intensa protezione dei diritti di difesa nell'ordinamento UE³⁷⁸.

Tuttavia, si deve rilevare sin d'ora (rinviando ai successivi **Capitoli III e IV** una più puntuale analisi dell'orientamento del giudice "comunitario" con riguardo ai singoli diritti di difesa, e in particolare al confronto con la posizione della Corte di Strasburgo) che, a parte alcuni casi, i riferimenti diretti alle disposizioni della Convenzione (e ancor più alla Corte EDU) sono alquanto contenuti. Tale tendenza pare peraltro destinata ad accentuarsi nel tempo, man mano che la giurisprudenza delle Corti UE, ancorata sempre di più sul dettato della Carta, avrà modo di svilupparsi più compiutamente. Ciò detto, al fine di assicurare il pieno rispetto del disposto dell'articolo 52(3) della Carta, occorrerebbe guardare non soltanto all'estensione del riconoscimento dei singoli diritti, ma anche ai relativi limiti: questi ultimi, come si avrà modo di constatare nel prosieguo, non sempre corrispondono a quanto discenderebbe da un rigoroso rispetto della CEDU.

³⁷⁸

Cfr. W. WEISS, *Human Rights in the EU: Rethinking the Role of the European Convention on Human Rights After Lisbon*, cit., p. 84.

6. La natura penale del procedimento *antitrust*

Come già più volte accennato, una questione nodale che da tempo si pone con riguardo al procedimento *antitrust* – così com'è concepito e strutturato a livello UE – concerne la possibilità di considerare che quest'ultimo presenti nella sostanza natura penale, dovendo in tal caso conformarsi agli *standard* particolarmente rigorosi dettati dall'articolo 6 della CEDU in tema di diritto a un processo equo³⁷⁹. Invero, nonostante il diritto della concorrenza sia stato introdotto nell'ordinamento “comunitario” più di sessant'anni fa, la sua reale natura – amministrativa o penale – costituisce tuttora oggetto di discussione³⁸⁰.

Tale dibattito è sorto già negli anni Settanta e Ottanta per via dei peculiari attributi, in parte già esaminati, che contraddistinguono il procedimento *antitrust* nell'ordinamento dell'Unione, e *in primis* a causa della combinazione di poteri e funzioni diverse (investigative, decisionali, sanzionatorie) che caratterizza da sempre il ruolo della Commissione nell'ambito di tale procedimento³⁸¹. Al tempo, talune imprese avevano sostenuto che tale circostanza confliggesse con le garanzie del giusto processo dettate dall'articolo 6 della CEDU, ma le Corti UE avevano sommariamente rigettato tali argomenti come “irrilevanti”, ritenendo decisivo il fatto che la Commissione non potesse essere considerata un “tribunale” ai sensi di tale disposizione³⁸².

³⁷⁹ Come visto, l'articolo 6 della CEDU prevede innanzitutto il diritto – applicabile sia con riguardo alle controversie relative a “diritti e doveri di carattere civile” sia quelle relative alla fondatezza di “ogni accusa penale” – a che la propria causa “sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale”. I successivi paragrafi 2 e 3 di tale articolo prevedono poi talune garanzie aggiuntive, applicabili solo ai procedimenti penali, ossia il diritto alla presunzione di innocenza, nonché il diritto a essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua comprensibile all'accusato e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa; a disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la difesa; a difendersi; a esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; all'assistenza di un interprete ove necessario. Peraltro, l'interpretazione assai ampia e flessibile data dalla Corte EDU all'articolo 6 ha fatto sì che i diritti di cui sopra si dilatassero fino a ricomprendere anche ulteriori garanzie (come ad esempio il diritto alla non autoincriminazione, non espressamente menzionato).

³⁸⁰ J. KILLICK, P. BERGHE, *op. cit.*, p. 264.

³⁸¹ Cfr. HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE ON THE EUROPEAN UNION, *XIX Report: Strengthening the Role of the Hearing Officer*, sess. 1999/2000, punto 55: “[t]he perceived difficulty with the Commission's procedures, both under Article 81 and 82 and the Merger Control Regulation, arises because the Commission is at the same time both the prosecutor and decision-maker”. V. sul punto altresì quanto già detto *supra*, sub 4.1.1.

³⁸² V. le sentenze della Corte di giustizia *Van Landewyck c. Commissione*, cit., punti 79-81, e *Musique Diffusion française c. Commissione*, cit., punti 6 ss. Parimenti significativa, secondo le Corti UE, è la

Alla questione della commistione di ruoli in capo alla Commissione si aggiunge poi la considerazione dei livelli assai significativi che le ammende irrogate a livello UE per la violazione della normativa *antitrust* hanno raggiunto negli ultimi anni³⁸³, in uno con la progressiva “criminalizzazione” del diritto della concorrenza.

Detti fattori hanno fatto sì che la discussione circa la natura penale del procedimento *antitrust* tornasse alla ribalta con forza negli ultimi dieci anni (dopo che si era già riproposta verso la metà degli anni Novanta, nel periodo in cui l’Unione valutava la possibilità di aderire alla CEDU)³⁸⁴.

A dire il vero, in linea di principio una risposta chiara alla questione si rinviene nel Regolamento n. 1/2003 (e, già prima, nel Regolamento n. 17/1962³⁸⁵), il cui articolo 23(5) precisa che le decisioni con le quali la Commissione impone ammende in relazione alla normativa *antitrust* “non hanno carattere penale”. Tuttavia, come si vedrà tra poco (*sub* 6.1. e 6.2.1.), tale elemento – evidentemente di natura formale e non sostanziale – non riveste grande importanza nell’ambito della valutazione sulla natura penale o meno di un procedimento nell’accezione di cui all’articolo 6 della CEDU.

La questione, lo si precisa sin d’ora, è tutt’altro che ipotetica: per quanto, come noto, la Convenzione EDU non sia allo stato attuale direttamente applicabile all’attività delle istituzioni dell’Unione, il valore rivestito della stessa nell’ordinamento “comunitario” e la sua rilevanza in ambito *antitrust* sono da tempo riconosciute dalle Corti UE, come si è già debitamente messo in luce³⁸⁶. Tale rilevanza è peraltro ulteriormente accentuata, oggi, dal dettato dell’articolo 52(3) della Carta, a norma del quale l’articolo 6 della CEDU (e la relativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo) segna il livello minimo di tutela che le Corti UE devono garantire nell’interpretazione e applicazione degli articoli 47 e 48 della Carta³⁸⁷.

circostanza che vi siano garanzie procedurali che la Commissione è tenuta a rispettare nel procedimento *antitrust*, e che le imprese sanzionate abbiano la possibilità di impugnare le decisioni ai sensi dell’attuale articolo 263 TFUE: v. A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., p. 23.

³⁸³ V. già *supra*, *sub* 4.1.3.

³⁸⁴ W. P. J. WILS, *The Compatibility with Fundamental Rights of the EU Antitrust Enforcement System in Which the European Commission Acts Both as Investigator and as First-Instance Decision Maker*, in *WOCO*, 2014, 37(1), pp. 6-7.

³⁸⁵ Articolo 15(4).

³⁸⁶ V. **Capitolo I**, *sub* 4., e *supra*, *sub* 3.4.

³⁸⁷ V già **Capitolo I**, *sub* 4.2.1.

Alla luce di quanto sopra, è evidente che, se si riconosce che il procedimento *antitrust* presenta di fatto natura penale, occorre assicurarsi che lo stesso sia conforme a quanto previsto dall'articolo 6 della CEDU.

6.1. Il test elaborato dalla Corte EDU

Al fine di stabilire se un procedimento nazionale rientri o meno nel campo applicativo dell'articolo 6, la Corte di Strasburgo ha elaborato una nozione autonoma del concetto di “accusa penale”, slegata dalle eventuali classificazioni presenti nel diritto dello Stato in questione. Ciò, come affermato nella sentenza *Deweers c. Belgio*, è in linea con “il ruolo fondamentale ricoperto in qualsiasi società democratica dal diritto a un equo processo”: proprio per questo motivo, la Corte EDU ha ritenuto di “dover privilegiare una concezione ‘sostanziale’ anziché ‘formale’ dell’espressione utilizzata dall’articolo 6”, guardando “oltre le apparenze e andando a investigare la realtà” dei procedimenti in questione³⁸⁸.

La *ratio* dell’approccio seguito dalla Corte è chiaramente quello di evitare che gli Stati aderenti alla Convenzione possano impedire l’applicazione dell’articolo 6 della CEDU semplicemente etichettando un certo tipo di procedimento quale “amministrativo” anziché “penale”, in quanto tale *modus operandi* si porrebbe in contrasto con l’oggetto e lo scopo della Convenzione stessa³⁸⁹.

Di conseguenza, il *test* elaborato dalla Corte EDU per la prima volta nella celebre sentenza *Engel* del 1976 – e in seguito più volte applicato e affinato – è ben più complesso, articolandosi in tre distinti criteri.

Tra questi, la classificazione del procedimento fornita dal diritto interno costituisce solo il primo fattore considerato (e neppure il più importante), trattandosi “semplicemente del punto di partenza dell’analisi”³⁹⁰.

Il secondo criterio è rappresentato dalla “natura stessa dell’infrazione”, che costituisce “un fattore di grande importanza” (dotato di un peso certamente maggiore

³⁸⁸ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 27 febbraio 1980, ric. 6903/75, CE:ECHR:1980:0227JUD000690375, punto 44 (nostra traduzione).

³⁸⁹ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo dell’8 giugno 1976 *Engel e a. c. Paesi Bassi*, ric. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72, CE:ECHR:1976:0608JUD000510071, punto 81.

³⁹⁰ *Id.*, punto 82 (nostra traduzione).

rispetto all'etichetta prevista nell'ordinamento nazionale³⁹¹). Nell'analizzare tale requisito, la Corte EDU prende in considerazione tra l'altro la circostanza che la norma in questione abbia applicazione generale o sia, al contrario, destinata a uno specifico gruppo di soggetti, trattandosi in quest'ultimo caso più verosimilmente di una disposizione che prevede una sanzione disciplinare³⁹².

Sul punto, assume rilievo altresì la finalità intrinsecamente compensatoria o punitiva della sanzione³⁹³.

Infine, il terzo elemento che la Corte EDU valuta per stabilire se un'accusa presenti o meno natura penale è la severità della pena prevista per il soggetto responsabile dell'infrazione e lo stigma sociale legato all'ammenda stessa – elemento, anche questo, considerato molto importante dalla Corte nell'analisi in questione³⁹⁴.

È opportuno precisare che, come più volte ribadito dalla Corte di Strasburgo, il secondo e il terzo criterio sono tra loro alternativi e non cumulativi³⁹⁵. Pertanto, quest'ultima di regola procede a esaminare tutti i criteri solo laddove ciò risulti necessario alla luce delle circostanze del caso concreto³⁹⁶. Ad esempio, un esame complessivo può rivelarsi utile nel caso in cui una serie di fattori non siano decisivi se presi singolarmente, risultando però convincenti se considerati nel loro complesso³⁹⁷.

6.2. Applicazione del test Engel al procedimento antitrust UE

Al fine di rispondere al quesito sulla natura penale o amministrativa del procedimento *antitrust* dinanzi alla Commissione europea, si ritiene opportuno analizzare quest'ultimo alla stregua di ciascuno dei tre criteri elaborati dalla Corte EDU.

³⁹¹ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 febbraio 1984 *Öztürk c. Germania*, ric. 8544/79, CE:ECHR:1984:0221JUD000854479, punto 52.

³⁹² V. ad esempio la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 22 maggio 1990 *Weber c. Svizzera*, ric. 11034/84, CE:ECHR:1990:0522JUD001103484, punto 33; del 24 febbraio 1994 *Bendenoun c. Francia*, ric. 12547/86, CE:ECHR:1994:0224JUD001254786, punto 47.

³⁹³ V., di nuovo, le già citate sentenze *Öztürk c. Germania*, punto 52, e *Bendenoun c. Francia*, punto 47.

³⁹⁴ *Id.*, punto 82.

³⁹⁵ V. *ex multis* la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 25 agosto 1987 *Lutz c. Germania*, ric. 9912/82, CE:ECHR:1987:0825JUD000991282, punto 55; del 9 ottobre 2003 *Ezeh e Connors c. Regno Unito*, ric. 39665/98 e 40086/98, CE:ECHR:2003:1009JUD003966598, punto 86.

³⁹⁶ J. KILLICK, P. BERGHE, *op. cit.*, p. 265.

³⁹⁷ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Bendenoun c. Francia*, cit., punto 47.

6.2.1. Il primo criterio

Come detto, la qualificazione ad opera del legislatore “comunitario” delle ammende irrogate dalla Commissione nell’ambito del procedimento *antitrust* è da sempre esplicitamente *non penalistica*³⁹⁸.

Tale argomento è stato più volte utilizzato dalle Corti UE come decisivo ai fini di escludere la classificazione di tale procedimento quale intrinsecamente penale³⁹⁹. Invero, le Corti UE si sono altresì spesso trincerate dietro l’affermazione che la procedura dinanzi alla Commissione ai fini dell’applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE “ha solo natura amministrativa”⁴⁰⁰, e ciò “anche quando può dar luogo all’irrogazione di ammende”⁴⁰¹. Tuttavia, si tratta di affermazioni circolari, in quanto è proprio la *natura* di tali ammende (da determinare sulla base non solo del *nomen iuris*, ma anche degli altri due criteri del c.d. *test Engel*, su cui v. *sub* 6.2.2. e 6.2.3.) a conferire una natura penale o amministrativa al procedimento stesso.

Sul punto, come costantemente ribadito dalla Corte di Strasburgo e come evidenziato *supra* (6.1.), la qualificazione domestica di una sanzione è di certo il criterio meno importante tra quelli del c.d. *test Engel*, posto che – in caso contrario – sarebbe fin troppo agevole per uno Stato evitare l’applicazione dell’articolo 6 della CEDU⁴⁰². Detto criterio costituisce semmai il punto di partenza di un’analisi ben più

³⁹⁸ V. i già citati articoli 23(5) del Regolamento n. 1/2003 e, in passato, 15(4) del Regolamento n. 17/1962. Sul punto, v. anche A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., pp. 32-33, che sottolinea che “while the initial 1960 Commission proposal of Regulation 17/62 did not include such an explicit characterisation, in its explanatory note regarding sanctions the Commission mentioned that ‘ces amendes ont le caractère de mesures administratives et non de sanctions pénales’”, menzione poi confluita nel Regolamento n. 17/1962.

³⁹⁹ V. la sentenza del Tribunale del 6 ottobre 1994 *Tetra Pak c. Commissione*, causa T-83/91, EU:T:1994:246, punto 235 (con riguardo all’articolo 15(4) del Regolamento n. 17/1962); del 29 novembre 2005 *Heubach c. Commissione*, causa T-64/02, EU:T:2005:431, punto 206. V. anche le conclusioni dell’avvocato generale Kokott rese l’8 dicembre 2005 nella causa C-105/04 P *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied c. Commissione*, EU:C:2005:751, punti 107-108.

⁴⁰⁰ V. la sentenza della Corte *Aalborg Portland c. Commissione*, cit., punto 200; la sentenza del Tribunale *AC Treuhand c. Commissione*, cit., punto 113. Nello stesso senso, v. anche già la sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1966 *Consten e Grundig c. Commissione della CEE*, cause riunite 56 e 58/64, EU:C:1966:41, pp. 515-516.

⁴⁰¹ V. la sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1970 *Boehringer Mannheim c. Commissione*, causa 45/69, EU:C:1970:73, punto 25.

⁴⁰² Non a caso, l’articolo 23(5) del Regolamento n. 1/2003 è stato descritto da parte della dottrina come un “tentativo fallimentare” di evitare la questione della compatibilità del procedimento *antitrust* con la CEDU: cfr. A. MACCULLOCH, *The privilege against self-incrimination in competition investigations: theoretical foundations and practical implications*, in *Leg.St.*, 2006, 26 (2), p. 233 (nostra traduzione).

approfondita e articolata, e del resto in passato la stessa Corte EDU non ha esitato ad andare contro la qualificazione di una sanzione ai sensi del diritto interno⁴⁰³.

Inoltre, il fatto che l'ordinamento UE caratterizzi le ammende *antitrust* come non aventi natura penale non ha alcun impatto sulla questione in oggetto, dato il significato "autonomo" che la giurisprudenza della Corte EDU ha conferito al testo dell'articolo 6: vi sono, quindi, in questo contesto, due diverse nozioni di "sanzione avente natura penale" – una ai sensi della CEDU e una ai sensi del Regolamento n. 1/2003 – le quali possono benissimo essere in contrasto tra loro⁴⁰⁴.

Con riguardo alla caratterizzazione di cui al Regolamento n. 1/2003, si deve comunque rilevare una contraddizione: tale strumento riconosce esplicitamente la possibilità che gli Stati membri impongano sanzioni di tipo penalistico per violazioni della normativa *antitrust* dell'Unione⁴⁰⁵ (cosa che è del resto avvenuta in diversi Stati membri). Ebbene, è difficile accettare che tali sanzioni possano essere qualificate diversamente a seconda di quale autorità (europea o nazionale) applichi le regole⁴⁰⁶.

Infine, è stato osservato come la *ratio* dietro all'introduzione dell'articolo 23(5) (e, prima dell'articolo 15(4) del Regolamento n. 17/1962) non fosse tanto quella di fissare il livello delle garanzie procedurali che il procedimento *antitrust* avrebbe dovuto rispettare (non che ciò avrebbe fatto differenza, sia detto per inciso), quanto piuttosto di evitare che gli Stati membri facessero opposizione a quello che sarebbe stato certamente visto come un trasferimento di sovranità alla Commissione nella delicatissima sfera penalistica⁴⁰⁷.

⁴⁰³ Così le già citate sentenze *Engel e a. c. Paesi Bassi*, punto 81; *Öztürk c. Germania*, punto 49; v. anche la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 novembre 2006 *Jussila c. Finlandia*, ric. 73053/01, CE:ECHR:2006:1123JUD007305301, punto 37.

⁴⁰⁴ W. P. J. WILS, *The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review, and the European Convention on Human Rights*, cit., p. 12.

⁴⁰⁵ V. articolo 5 ("Le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri sono competenti ad applicare gli articoli [101 e 102 TFUE] in casi individuali. A tal fine, agendo d'ufficio o in seguito a denuncia, possono adottare le seguenti decisioni: [...] disporre misure cautelari") e articolo 12(3) ("Le informazioni scambiate a norma del paragrafo 1 possono essere utilizzate come mezzo di prova per comminare sanzioni a persone fisiche soltanto quando: [...] 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").

⁴⁰⁶ D. SLATER, S. THOMAS, D. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁰⁷ J. KILLICK, P. BERGHE, *op. cit.*, p. 266; D. SLATER, S. THOMAS, D. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 8.

Alla luce di tutto quanto sopra, il criterio in oggetto non consente di chiarire in modo definitivo se il procedimento *antitrust* abbia o meno natura penale. Occorre dunque procedere oltre nell'analisi.

6.2.2. Il secondo criterio

Il secondo requisito di cui al c.d. *test Engel* elaborato dalla Corte EDU è rappresentato dalla “natura stessa dell’infrazione”. Come visto, il fatto che la norma in questione abbia applicazione generale (anziché riguardare un gruppo specifico di soggetti determinati) è visto dalla Corte come un segnale della natura penale della relativa sanzione⁴⁰⁸. Assume altresì rilievo lo scopo perseguito dalla norma che prevede l’infrazione e impone l’ammenda⁴⁰⁹.

Rispetto al primo criterio, ci si sposta evidentemente da un terreno nominalistico e formale a un’analisi più incentrata sul contenuto sostanziale dell’infrazione, il che spiega la maggiore rilevanza di tale secondo criterio (considerato dalla Corte addirittura “il più importante”⁴¹⁰) rispetto a quello del *nomen iuris* appena esaminato.

Ebbene, il contenuto della normativa *antitrust* presenta indubbie caratteristiche di tipo penalistico. Rilevano in proposito alcune considerazioni.

Innanzitutto, gli articoli 101 e 102 TFUE costituiscono una normativa di chiara applicazione generale. Tali disposizioni si rivolgono infatti a tutte le imprese (nell’assai ampia accezione elaborata dalle Corti UE, che rappresenta come noto una nozione autonoma del diritto UE della concorrenza⁴¹¹), senza distinzioni di sorta.

In secondo luogo, la *ratio* della normativa è la protezione di un interesse generale, come nel caso del diritto penale. Le finalità pubblicistiche, orientate alla tutela del benessere sociale, che caratterizzano la normativa in questione sono ben evidenziate dalla Corte di giustizia nella sentenza *National Panasonic c. Commissione* del 1980, in cui si legge che le disposizioni di diritto *antitrust* “hanno la funzione di evitare che

⁴⁰⁸ Così, ad esempio, la sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo *Bendenoun c. Francia*, cit., punto 47.

⁴⁰⁹ J. KILLICK, P. BERGHE, *op. cit.*, p. 267. V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo *Jussila c. Finlandia*, cit., punto 38, in cui la Corte EDU ha ritenuto decisivo, ai fini della qualificazione di una procedura di rettifica fiscale quale “accusa penale” ex articolo 6 della CEDU, il fatto che l’ammenda fosse imposta da una disposizione il cui scopo era preventivo-dissuasivo e punitivo, a prescindere dall’importo più o meno rilevante dell’ammenda stessa.

⁴¹⁰ Cfr. la sentenza *Jussila c. Finlandia*, cit., punto 38 (nostra traduzione).

⁴¹¹ Su cui v. già *supra*, nota 216.

la concorrenza sia alterata a danno dell'interesse pubblico, delle singole imprese e dei consumatori"⁴¹².

Sempre con riguardo allo scopo perseguito dalla normativa *antitrust*, si deve sottolineare come quest'ultima presenti forti profili dissuasivi e punitivi, che caratterizzano tipicamente il diritto penale⁴¹³. Ciò traspare in modo chiarissimo dai comunicati stampa rilasciati dalla Commissione a commento della propria attività di *enforcement* del diritto *antitrust*, e in generale dalla retorica utilizzata dai rappresentanti di tale istituzione con riguardo alla lotta contro i cartelli⁴¹⁴. Questi ultimi vengono infatti concepiti come "furti" ai danni dei consumatori, con un chiaro accostamento, quindi, a un vero e proprio reato⁴¹⁵.

Infine, una ulteriore (seppure indiretta) dimostrazione della crescente "criminalizzazione" della normativa *antitrust* e del relativo procedimento è l'introduzione, da parte di diversi Stati membri dell'Unione, di sanzioni aventi natura esplicitamente penalistica per punire le violazioni delle disposizioni di diritto *antitrust*⁴¹⁶.

⁴¹² V. la sentenza della Corte di giustizia del 26 giugno 1980, causa 136/79, EU:C:1980:169, punto 20. Cfr., nello stesso senso, anche la Comunicazione della Commissione – Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, in GUUE 101 del 27.4.2004, pp. 97-118, punto 33: "[l]'obiettivo delle regole di concorrenza comunitarie è tutelare la concorrenza sul mercato come strumento per incrementare il benessere dei consumatori e per assicurare un'allocatione efficiente delle risorse".

⁴¹³ In tal senso, come notano J. KILICK, P. BERGHE, *op. cit.*, p. 268, il diritto *antitrust* dell'Unione si distingue da quanto osservato dalla Corte EDU nella causa *OOO Neste St. Petersburg e a. c. Russia* con riguardo al sistema russo, in cui le sanzioni risultavano imposte solo per condotte ostruzionistiche nei confronti delle indagini delle autorità, e non con intento dissuasivo o punitivo per le eventuali infrazioni commesse (cfr. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 3 giugno 2004, ric. 69042/01, 69050/01, 69054/01, 69055/01, 69056/01 e 69058/01, CE:ECHR:2004:0603DEC006904201).

⁴¹⁴ Si vedano, ad esempio, le dichiarazioni rilasciate nel novembre 2007 dall'allora commissaria Kroes al Financial Times con riguardo alle ammende imposte dalla Commissione nel nuovo cartello del vetro piano: "the important thing is that the fine as a whole is sufficiently deterrent, so that none of these companies will be tempted to infringe the rules again" (riportate da D. SLATER, S. THOMAS, D. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 12). Ancora, v. il comunicato stampa della Commissione "Antitrust: la Commissione infligge ai produttori di additivi per materie plastiche ammende per 173 milioni di euro per cartelli di fissazione dei prezzi e di ripartizione del mercato", 11.11.2009, IP/09/1695, in cui la commissaria ha affermato: "Queste aziende devono rendersi conto, a caro prezzo, che violare la legge non paga e che i colpevoli di recidiva si vedranno comminare sanzioni più severe".

⁴¹⁵ V. di nuovo N. KROES, *Taking Competition Seriously – Anti-Trust Reform in Europe*, discorso reso alla International Bar Association / European Commission Conference "Anti-trust reform in Europe: a year in practice", Bruxelles, 10.3.2005, p. 5: "I do believe that we need to begin changing general perception of the competition rules. [...] It is up to us to show that when we break up cartels, it is to stop money being stolen from customers' pockets".

⁴¹⁶ V., sul punto, D. SLATER, S. THOMAS, D. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 32.

Su quest'ultimo punto, è interessante aggiungere che, come notato da Riley, vi è una relazione tra tali normative nazionali e il diritto dell'Unione in termini di "incriminabilità accessoria" ("ancillary criminality"): così, ad esempio, nella causa *Akzo*, le imprese hanno accettato di fornire documenti alla Commissione con riguardo a una controversia circa l'applicazione del *legal professional privilege* solo in quanto un rifiuto in tal senso avrebbe potuto determinare l'apertura di un processo penale nei confronti delle stesse per ostruzione della giustizia ai sensi della normativa britannica⁴¹⁷.

6.2.3. Il terzo criterio

In base al *test* creato dalla Corte EDU, il terzo criterio da valutare per determinare se una sanzione abbia natura penale è quello del grado di severità dell'ammenda.

Non ci sono dubbi che, come ampiamente illustrato in precedenza (*sub* 4.1.3.), le sanzioni comminate dalla Commissione per le violazioni della normativa *antitrust* siano assai significative, sia nella teoria che nella pratica.

Quanto al primo aspetto, basti ricordare che, ai sensi dell'articolo 23(2) del Regolamento n. 1/2003, la Commissione può irrogare alle imprese responsabili di una violazione *antitrust* ammende fino al 10% del fatturato totale realizzato dalle stesse durante l'esercizio sociale precedente.

Quanto al secondo aspetto, è difficile individuare altri settori del diritto nei quali vengano comminate sanzioni della magnitudine osservata nel campo del diritto della concorrenza dell'Unione⁴¹⁸.

⁴¹⁷ Cfr. A. RILEY, *The modernisation of EU anti-cartel enforcement: will the Commission grasp the opportunity?*, cit., p. 200; v. anche M. MEROLA, D. WAELBROECK (a cura di), *Towards an optimal enforcement of competition rules in Europe. Time for a review of Regulation 1/2003?*, GCLC Annual Conference, 11-12 June 2009, Bruxelles, 2010, p. 204.

⁴¹⁸ Per quanto sia stato osservato dall'avvocato generale Sharpston che "non [è] necessario prendere in considerazione gli argomenti [...] relativi al sensibile aumento del livello delle ammende comminate dalla Commissione negli ultimi anni; non è la severità della sanzione concretamente inflitta ciò che definisce la natura dell'illecito, bensì la gamma di sanzioni che possono essere irrogate" (v. conclusioni rese il 10 febbraio 2011 nella causa C-279/09 P *KME Germany e a. c. Commissione*, EU:C:2011:63, nota 23). Tuttavia, non si può ignorare il fatto che, come già ampiamente illustrato, il livello delle sanzioni comminate dalla Commissione per la violazione delle norme *antitrust* sia drammaticamente salito negli ultimi anni (si consideri, ad esempio, che le ammende imposte verso la fine degli anni Settanta erano nell'ordine delle decine di migliaia di euro; quanto ai livelli attuali, v. *supra*, *sub* 4.1.3.). Sul punto, v. anche D. SLATER, S. THOMAS, D. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 32.

Inoltre, i concetti impiegati dalla Commissione nell'attività di calcolo delle ammende *antitrust* ne rivelano la natura fortemente orientata alla dissuasione del singolo soggetto (c.d. special-prevenzione, laddove con riguardo al secondo criterio rilevano invece i profili general-preventivi). Si pensi ad esempio alla nozione di recidiva, prevista al punto 28 degli Orientamenti per il calcolo delle ammende quale circostanza aggravante: quest'ultima è volta a dissuadere le imprese dal commettere nuovamente un'infrazione uguale o simile a un'altra già constatata, facendo scattare un aumento dell'importo di base dell'ammenda pari addirittura al 100%⁴¹⁹!

Infine, con riferimento allo stigma sociale associato alle violazioni del diritto *antitrust*, vale *in primis* quanto già osservato poco sopra (*sub* 6.2.2.) in merito alla tendenza delle istituzioni e delle autorità pubbliche a presentare dette violazioni come minacce molto serie alla società, alle quali i membri di quest'ultima dovrebbero reagire con forza⁴²⁰. In aggiunta, è noto che le conseguenze per i singoli individui che abbiano preso parte alle infrazioni possono essere pesanti, sia in termini reputazionali che per le prospettive di carriera⁴²¹. Peraltro, le conseguenze negative si registrano anche con riguardo alle imprese stesse, non solo per il danno all'immagine e al *brand*, ma anche perché queste ultime sono spesso tenute a informare gli investitori e a provvedere ai necessari accantonamenti⁴²².

6.2.4. Conclusioni circa la natura del procedimento *antitrust* UE

Alla luce delle osservazioni effettuate sopra sulle caratteristiche che contraddistinguono la normativa *antitrust* nell'Unione, analizzate sulla scorta dei criteri elaborati dalla Corte EDU nel *test Engel*, si ritiene che detta normativa abbia una natura penale, nell'accezione di cui all'articolo 6 della CEDU⁴²³.

È interessante richiamare, a mo' di sunto, le conclusioni rese dall'avvocato generale Sharpston nella causa *KME Germany e a. c. Commissione*, nelle quali l'analisi summenzionata è riassunta in modo molto efficace. Dopo aver ricordato

⁴¹⁹ V. anche i punti 4, 25, 30-31 degli Orientamenti per il calcolo delle ammende.

⁴²⁰ D. SLATER, S. THOMAS, D. WÄELBROECK, *op. cit.*, p. 13.

⁴²¹ *Ibid.*

⁴²² J. KILLICK, P. BERGHE, *op. cit.*, p. 275.

⁴²³ Tale posizione trova il conforto di ampia dottrina, compresi coloro che ritengono che il procedimento *antitrust* si situi "alla periferia" del diritto penale (v. oltre, *sub* 6.3. e 6.5.). Sul punto, v. ad esempio A. MACCULLOCH, *op. cit.*, p. 233.

rapidamente i tre criteri *Engel*, l'avvocato generale ha affermato quanto segue: “[a]lla luce di tali criteri, non ho grandi difficoltà a concludere che il procedimento con cui viene irrogata un’ammenda per violazione del divieto di accordi per la fissazione dei prezzi e la ripartizione dei mercati di cui all’art. 81, n. 1, CE rientra nella ‘parte penale’ dell’art. 6 della CEDU, quale progressivamente definita dalla Corte europea dei diritti dell’uomo”.

Infatti, come ha osservato poi l'avvocato generale, “[i]l divieto e la possibilità di irrogare un’ammenda sono previsti dalla legislazione primaria e derivata di applicazione generale; il fatto illecito implica un comportamento che viene generalmente considerato sleale e dannoso per il pubblico, un elemento che esso condivide con i reati in generale e che implica uno stigma evidente; un’ammenda fino al 10% del fatturato annuo è indubbiamente grave e può persino costringere l’impresa a cessare la sua attività, e l’intento dichiarato è punire e dissuadere (Gli orientamenti parlano degli ‘obiettivi perseguiti con la repressione delle infrazioni’ e fanno riferimento alla fissazione dell’ammenda ‘ad un livello tale da garantirle un carattere sufficientemente dissuasivo’), senza alcun connotato risarcitorio”⁴²⁴.

6.3. La posizione della Corte EDU

La conclusione a cui si è giunti sopra trova sostanzialmente conforto nella giurisprudenza della Corte EDU, che ha riconosciuto in diversi casi il carattere penale della normativa in materia di concorrenza.

La questione si è posta per la prima volta nel 1990 dinanzi alla (non più esistente) Commissione europea dei diritti dell’uomo, nella causa *M & Co. c. Germania*⁴²⁵.

I fatti all’origine della controversia erano alquanto significativi: l’impresa ricorrente era stata sanzionata dalla Commissione europea nel 1979 nell’ambito del cartello *Apparecchi Pioneer hi-fi*⁴²⁶, e aveva impugnato la decisione d’infrazione

⁴²⁴ V. conclusioni nella causa *KME Germany e a. c. Commissione*, cit., punto 64. Si deve in ogni caso rilevare che, al punto 67, l’avvocato generale afferma di concordare con coloro che ritengono che il procedimento *antitrust* non faccia parte del “nocciolo duro del diritto penale”, con la conseguenza di giustificare l’assetto istituzionale per cui le sanzioni vengano comminate in prima istanza da un organo amministrativo quale è la Commissione. Sulla questione v. **6.3.**

⁴²⁵ V. la decisione della Commissione europea dei diritti dell’uomo del 9 febbraio 1990 *M & Co. c. Germania*, ric. 13258/87, CE:ECHR:1990:0209DEC001325887.

⁴²⁶ V. decisione della Commissione del 14 dicembre 1979, caso IV/29.595.

(senza successo) dinanzi alla Corte di giustizia⁴²⁷. In tale contesto, come già visto, la ricorrente aveva sostenuto *inter alia* che la Commissione aveva agito sia in qualità di giudice che di autorità requirente, ma la Corte aveva rigettato tale argomento limitandosi a constatare che la Commissione non è un “tribunale” nell’accezione di cui all’articolo 6 CEDU. In seguito, dopo aver introdotto un’azione interna nei confronti della Germania per aver dato attuazione alla sentenza della Corte, e sostenendo che quest’ultima violasse i suoi diritti costituzionali, la ricorrente era giunta dinanzi alla Commissione EDU.

Quest’ultima ha, com’era prevedibile, richiamato innanzitutto in via preliminare la propria incompetenza *ratione personae* (ai sensi di una consolidata giurisprudenza) a esaminare le condotte delle istituzioni “comunitarie”, non essendo queste parti alla CEDU. Tuttavia, prima di dichiarare il ricorso inammissibile, la Commissione EDU ha anche pronunciato un *obiter dictum* assai interessante, affermando che “[a]i fini dell’analisi della questione, si può assumere che i procedimenti *antitrust* in oggetto sarebbero ricompresi nella sfera dell’articolo 6 CEDU, laddove fossero stati condotti dalle autorità tedesche e non dalle istituzioni UE”⁴²⁸.

Tale affermazione è stata poi confermata in diversi casi in cui la Commissione e la Corte EDU hanno dovuto decidere circa la natura penale di normative *antitrust* vigenti a livello nazionale⁴²⁹.

Interessante richiamare in particolare il ragionamento svolto dalla Commissione EDU nel 1989 nel rapporto relativo alla causa *Société Stenuit c. Francia*⁴³⁰. Qui la

⁴²⁷ Cfr. la sentenza *Musique Diffusion française c. Commissione*, cit.

⁴²⁸ Nostra traduzione.

⁴²⁹ V., ad esempio, la sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 15 luglio 2003 *Fortum Corporation c. Finlandia*, ric. 32559/96, CE:ECHR:2003:0715JUD003255996, punti 36 e 44-45, nel quale la Finlandia non aveva contestato il fatto che il suo diritto *antitrust* fosse coperto dall’articolo 6 CEDU, e la Corte aveva accettato tale circostanza senza ulteriore analisi. V. anche, in senso contrario, la sentenza *OOO NESTE St. Petersburg e a. c. Russia*, cit., in cui la Corte EDU ha ritenuto che taluni aspetti dell’attuazione del diritto russo della concorrenza esulassero dall’ambito penale. Tuttavia, come peraltro rilevato dallo stesso avvocato generale Sharpston nelle conclusioni rese nella causa *KME Germany e a. c. Commissione*, cit. (punto 65), gli elementi di cui la Corte EDU ha tenuto conto per giungere a tale conclusione erano “molto diversi” da quelli che risultano caratterizzare la normativa antitrust UE, posto che le norme nazionali avevano portata limitata e che le relative sanzioni non avevano carattere punitivo ma meramente compensatorio, non puntando quindi a dissuadere da future violazioni.

⁴³⁰ V. il rapporto della Commissione europea dei diritti dell’uomo *Société Stenuit c. Francia*, cit. Purtroppo, la Corte EDU non ha avuto modo di pronunciarsi sul merito della questione, in quanto la causa è stata stralciata a seguito di una soluzione transattiva raggiunta dalla ricorrente e dal governo francese.

Commissione, discostandosi dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (che aveva escluso che le ammende *antitrust* avessero natura penale), ha condotto un'analisi autonoma, giungendo a concludere che “il carattere penale della causa ai sensi della Convenzione [risultasse] senza ambiguità alcuna” da una “combinazione di fattori concordanti”⁴³¹: il fatto che la normativa in questione avesse l'obiettivo di mantenere una libera concorrenza nel mercato francese, riguardando quindi interessi generali della società normalmente protetti dal diritto penale⁴³²; il fatto che, nel caso di specie, il ministro francese avesse la possibilità di trasmettere il fascicolo alla procura per far iniziare un processo penale nei confronti della società coinvolta⁴³³; e il fatto, soprattutto, che l'ammenda potesse raggiungere un importo massimo pari al 5% del fatturato annuale di un'impresa, “il che dimostra con evidenza che una tale sanzione aveva una finalità dissuasiva”⁴³⁴.

Più di recente, la Corte EDU ha confermato il carattere penale del diritto *antitrust* italiano nella sentenza *A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia* del 2011⁴³⁵. In particolare, è stato dato rilievo al fatto che, nonostante le pratiche anticoncorrenziali contestate alla ricorrente non costituissero reato ai sensi del diritto italiano, la normativa fosse di applicazione generale e avesse finalità altrettanto generali, mirando “per lo più a punire al fine di evitare il ripetersi degli atti incriminati”⁴³⁶. Inoltre, la Corte ha ritenuto fondamentale il fatto che la sanzione avesse al contempo “natura repressiva in quanto era volta a perseguire una irregolarità, e preventiva poiché lo scopo perseguito era quello di dissuadere la società interessata dal reiterare la condotta”, e che fosse di importo particolarmente elevato⁴³⁷.

⁴³¹ Punto 65 (nostra traduzione).

⁴³² Punto 62.

⁴³³ *Ibid.*

⁴³⁴ Punto 64 (nostra traduzione).

⁴³⁵ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 27 settembre 2011, ric. 43509/08, CE:ECHR:2011:0927JUD004350908. Per un commento, si rinvia per tutti a: M. BRONCKERS, A. VALLERY, *Fair and Effective Competition Policy in the EU: Which Role for the Authorities and Which Role for the Courts after Menarini*, in *European Competition Journal*, 2012, 8 (2); P. CARDONNEL, Art. 6, § 1 CEDH: *The European Court of Human Rights rules on standard of judicial review on cartel decisions by national competition authorities (Menarini Diagnostics v. Italy)*, in *Concurrences*, 2011 (4), p. 166 ss.; M. SIRAGUSA, F. MARINI BALESTRA., A. SETARI, *The ECtHR Judgment in Case A. Menarini Diagnostics and its Implications for Private Enforcement of EU Competition Law*, in *GCLR*, 2012 (4), p. 129 ss.

⁴³⁶ Punto 40.

⁴³⁷ Punti 41 e 42.

Non ci sono quindi dubbi che, ai sensi della giurisprudenza della Corte EDU (nonché della Commissione EDU), i procedimenti *antitrust* previsti a livello “comunitario” vadano dunque qualificati come “penali” nell’accezione di cui all’articolo 6 della CEDU⁴³⁸.

Se tale posizione è sostanzialmente condivisa dalla dottrina che si è occupata della questione, si deve tuttavia rilevare che il dibattito è stato riaperto da una sentenza della Corte EDU del 2006, che è stata da molti interpretata come volta a introdurre una fondamentale limitazione con riguardo alle garanzie applicabili *ex* articolo 6 CEDU ai procedimenti *antitrust*.

La sentenza in questione è stata pronunciata nella già citata causa *Jussila c. Finlandia*, che verteva in realtà su una controversia di natura fiscale. Il passaggio che ha dato vita a intense discussioni è quello in cui la Corte EDU ha affermato che le garanzie offerte dal profilo penale dell’articolo 6 CEDU (e, in particolare, la garanzia circa la necessità di un’udienza) non devono necessariamente essere applicate in tutto il loro rigore in quelle materie, come appunto quella fiscale, che esulano dal nocciolo duro del diritto penale.

Sul punto, la Corte ha osservato che, nel corso degli anni, “adottando un’interpretazione autonoma della nozione di ‘accusa in materia penale’ attraverso l’applicazione dei criteri Engel, gli organi della Convenzione hanno gettato le basi per un’estensione progressiva dell’applicazione del profilo penale dell’art. 6 ad ambiti che non rientrano formalmente nelle categorie tradizionali del diritto penale”⁴³⁹. Esempi in tal senso, secondo la stessa Corte, sono le contravvenzioni amministrative, le punizioni per inosservanza della disciplina penitenziaria, le infrazioni doganali, le ammende comminate da giurisdizioni finanziarie nonché “le sanzioni pecuniarie inflitte a fronte della violazione del diritto alla concorrenza”⁴⁴⁰.

⁴³⁸ D. SLATER, S. THOMAS, D. WAELEBROECK, *op. cit.*, p. 18. Osserva, in senso conforme, A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., p. 41, che – nelle ultime cause relative al diritto della concorrenza giunte dinanzi alla Corte EDU dopo la sentenza *Menarini* – la Corte non ha neppure affrontato la questione della natura penale della normativa in questione, a dimostrazione del fatto che la soluzione sarebbe ormai pacifica (v. la decisione della Corte europea dei diritti dell’uomo del 20 novembre 2012 *Debút Zrt. e a. c. Ungheria*, ric. 24851/10, CE:ECHR:2012:1120DEC002485110; la sentenza del 18 giugno 2015 *Société Bouygues Construction e a. c. Francia*, ric. 61265/10, CE:ECHR:2015:0618JUD006126510).

⁴³⁹ Punto 43 (nostra traduzione).

⁴⁴⁰ *Ibid.* (nostra traduzione).

La Corte ha poi proseguito entrando nel merito dell'analisi circa la questione sottopostale, e affermando che “[p]oiché le maggiorazioni fiscali non fanno parte del nocciolo duro del diritto penale, le garanzie offerte dal profilo penale dell’art. 6 non devono necessariamente essere applicate in tutto il loro rigore”⁴⁴¹.

Come è facile intuire, tale sentenza – e, soprattutto, il passaggio in cui il diritto della concorrenza viene menzionato tra quei settori che, pur non rientrando nell’ambito del diritto penale tradizionale, sono stati progressivamente ricompresi dalla stessa Corte EDU nel campo di applicazione dell’articolo 6 – è stata utilizzata da diversi autori per sostenere che il diritto *antitrust* si situerebbe al di fuori del “nocciolo duro” del diritto penale⁴⁴². Di conseguenza, secondo i sostenitori di questa tesi, le garanzie previste dall’articolo 6 non dovrebbero trovare applicazione *in toto*⁴⁴³.

Tuttavia, questa tesi presta il fianco a diverse critiche.

Alcune di esse sono peraltro giunte dall’interno della stessa Corte EDU. Invero, è interessante notare che la sentenza *Jussila c. Finlandia* è stata accompagnata da ben quattro opinioni dissenzienti, il che mostra come alcuni dei giudici della Corte di Strasburgo non condividano questa “frammentazione” delle garanzie previste in ambito penale, neanche per ipotesi – come quella di cui al caso di specie – in cui “la somma in gioco era minima”⁴⁴⁴. In termini simili, l’opinione dissenziente del giudice

⁴⁴¹ *Ibid.* (nostra traduzione).

⁴⁴² V. ad esempio W. P. J. WILS, *The Compatibility with Fundamental Rights of the EU Antitrust Enforcement System in Which the European Commission Acts Both as Investigator and as First-Instance Decision Maker*, cit., p. 9; ID., *EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights*, cit., p. 205.

La posizione è stata anche condivisa in talune istanze dalle Corti UE: v. la già citata sentenza del Tribunale *Schindler Holding and Others c. Commissione*, punto 52, e le conclusioni rese dall’avvocato generale Sharpston nella causa *KME Germany e a. c. Commissione*, cit., punto 64, e dall’avvocato generale Kokott nella causa *Solvay c. Commissione*, punto 99.

⁴⁴³ Tale argomento, sia detto per inciso, è utilizzato principalmente per sostenere che l’attuale assetto istituzionale che caratterizza il procedimento *antitrust* – in base al quale, come visto, la Commissione (pur non essendo un organo giurisdizionale ma di natura amministrativa) commina sanzioni alle imprese ritenute in violazione degli articoli 101 e 102 TFUE – è di per sé pienamente lecito, essendo sufficiente che vi sia la possibilità di uno scrutinio giudiziale successivo da parte di un giudice dotato di piena giurisdizione, quale sarebbe quello offerto dall’impugnazione dinanzi al Tribunale ex articolo 263 TFUE (per quanto ci siano dubbi sulla veridicità di quest’ultimo punto: v. *infra*, sub 6.5.); così W. P. J. WILS, *The Compatibility with Fundamental Rights of the EU Antitrust Enforcement System in Which the European Commission Acts Both as Investigator and as First-Instance Decision Maker*, cit., p. 9.

⁴⁴⁴ *Jussila c. Finlandia*, cit., punto 48.

Pinto de Albuquerque in *Menarini* ha sottolineato i rischi associati a quella che chiama “l’accettazione di un ‘diritto pseudo-penale’ o di un ‘diritto penale a due velocità’”⁴⁴⁵.

Altre critiche alla tesi summenzionata provengono dalla dottrina. È stato messo in luce, ad esempio, che la sentenza *Jussila* riguardava una questione di maggiorazioni fiscali, e che, di nuovo, il valore economico della sanzione era contenuto⁴⁴⁶. Non si potrebbe invece assolutamente dire lo stesso del settore *antitrust*, in cui sia l’importo delle ammende sia la stigmatizzazione sociale associata alle stesse hanno un peso decisamente maggiore⁴⁴⁷. Si ritiene che questa posizione, anche alla luce delle osservazioni svolte nel corso dell’analisi del procedimento *antitrust* alla luce dei criteri *Engel* (*supra*, sub 6.2.), sia pienamente condivisibile, e che la distinzione tra un diritto penale “*hardcore*” e un diritto penale “*light*” (certamente giustificata e opportuna con riguardo a taluni settori dell’ordinamento, come ad esempio la materia fiscale) mal si adatti al procedimento *antitrust*.

Inoltre, da un punto di vista strettamente letterale, le espressioni utilizzate dalla Corte EDU nella sentenza *Jussila* non consentono di concludere con certezza che il diritto *antitrust* non apparterebbe al nocciolo duro del diritto penale, posto che la Corte si limita a osservare che nei “nuovi” settori ricompresi nell’alveo dell’articolo 6 CEDU “le garanzie offerte dal profilo penale dell’art. 6 non devono necessariamente essere applicate in tutto il loro rigore”. Invero, si deve rilevare che la Corte nella sentenza in questione non ha formulato principi chiari per operare in futuro la distinzione tra diritto penale “*hardcore*” e diritto penale “*light*”: di conseguenza, come messo in luce nell’opinione dissenziente del giudice Loucaides, non risulta affatto evidente dove debba essere tracciata la linea tra le due ipotesi⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., p. 44.

⁴⁴⁶ V., in tal senso, E. MORGAN DE RIVERY, E. LAGATHU, E. CHASSAING, *EU Competition Fines and Fundamental Rights: Correcting the Imbalance*, in *European Law Reporter*, 2012 (7-8), p. 191.

⁴⁴⁷ H. H. LIDGARD, *op. cit.*, p. 411; M. BRONCKERS, A. VALLERY, *No Longer Presumed Guilty? The Impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law*, in *WOCO*, 2011, 34 (4), p. 539. Questi A. richiamano però, *contra*, l’opinione di F. CASTILLO DE LA TORRE, *Evidence, Proof and Judicial Review in Cartel Cases*, in C.-D. EHLERMANN, M. MARQUIS (a cura di), *European Competition Law Annual 2009: Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*, Oxford e Portland, 2010, p. 396, che si dice “deeply skeptical” rispetto all’esistenza di una stigmatizzazione associata alle violazioni del diritto della concorrenza.

⁴⁴⁸ V. opinione parzialmente dissenziente del giudice Loucaides alla sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo *Jussila c. Finlandia*, cit.: “I find it difficult, in the context of a fair trial, to distinguish,

Quest'ultima osservazione pare altresì avvalorata dal fatto che nella sentenza *Menarini* – successiva rispetto a *Jussila* – la Corte EDU non ha fatto alcuna menzione della questione⁴⁴⁹.

In ogni caso, è importante rilevare sin d'ora che – quand'anche si volesse concludere che il procedimento *antitrust* non rientra nel nocciolo duro del diritto penale, ai sensi dell'applicazione dell'articolo 6 CEDU – si ritiene che le conseguenze non sarebbero particolarmente rilevanti ai fini della presente ricerca. Su questo punto si tornerà poco oltre, quando si illustreranno appunto le conseguenze pratiche della qualificazione del procedimento *antitrust* quale avente “natura penale” (*sub* 6.5.).

6.4. La posizione delle Corti UE

Rispetto alla giurisprudenza della Corte EDU, la posizione assunta dalle Corti UE con riguardo alla questione della natura penale del procedimento *antitrust* è meno netta, benché esse abbiano da anni riconosciuto che il diritto della concorrenza dell'Unione è coperto dai principi di cui all'articolo 6 CEDU⁴⁵⁰.

Come già accennato, vi è innanzitutto un filone di sentenze (talune delle quali alquanto risalenti nel tempo) in cui gli argomenti sollevati dalle imprese ricorrenti – che si fondavano sull'incompatibilità del sistema di *public enforcement* esistente a livello UE con l'articolo 6 della CEDU – sono stati rigettati in modo lapidario dalle Corti UE, anche facendo riferimento all'espressione utilizzata dall'articolo 23(5) del

as the majority do in this case, between criminal offences belonging to the 'hard core of criminal law' and others which fall outside that category. Where does one draw the line? In which category does one place those offences which on their face value do not appear severe, but if committed by a recidivist may lead to serious sanctions? I believe that the guarantees for a fair trial envisaged by Article 6 of the Convention apply to all criminal offences. Their application does not and cannot depend on whether the relevant offence is considered as being in 'the hard core of the criminal law' or whether 'it carries any significant stigma'. For the persons concerned, whom this provision of the Convention seeks to protect, all cases have their importance. No person accused of any criminal offence should be deprived of the possibility of examining witnesses against him or of any other of the safeguards attached to an oral hearing. Moreover, to accept such distinctions would open the way to abuse and arbitrariness”.

⁴⁴⁹ M. BRONCKERS, A. VALLERY, *No Longer Presumed Guilty? The Impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law*, cit., p. 540. Ciononostante, al punto 62 la Corte ha riconosciuto che “la natura di un procedimento amministrativo può differire, sotto diversi aspetti, dalla natura di un procedimento penale nel senso stretto della parola”, e che “[s]e queste differenze non possono esonerare gli Stati contraenti dal loro obbligo di rispettare tutte le garanzie offerte dall'articolo 6, possono tuttavia influenzare le modalità della loro applicazione”.

⁴⁵⁰ Cfr., sul punto, N. KAHN, *op. cit.*, pp. 110-111, che definisce l'approccio delle Corti UE sul punto addirittura “inconsistent” e “deliberately inconclusive”.

Regolamento n. 1/2003 (che, come visto, esclude che le ammende *antitrust* abbiano natura penale)⁴⁵¹.

Negli anni, si rinviene tuttavia anche una serie di pronunce in cui tali posizioni sono apparse più sfumate, rivelando un atteggiamento più possibilista e aperto da parte del giudice dell'Unione. Così, ad esempio, in certe sentenze è stato dato rilievo alla “natura delle infrazioni di cui trattasi, nonché [alla] natura e [al] grado di severità delle sanzioni che vi sono connesse”, ritenendo che tali fattori conducessero all'applicabilità del principio della presunzione di innocenza *ex* articolo 6(2) della CEDU alle procedure relative a violazioni delle norme sulla concorrenza suscettibili sfociare nella pronuncia di multe o ammende, e richiamando peraltro espressamente le pronunce della Corte EDU nelle già citate cause *Öztürk c. Germania* e *Lutz c. Germania*⁴⁵².

Ciononostante, è bene ricordare che la giurisprudenza delle Corti UE non ha mai espressamente confermato la natura penale del procedimento *antitrust* ai sensi dell'articolo 6 della CEDU e, anzi, anche in tempi recenti non sono mancate le affermazioni in senso contrario. Ne risulta, dunque, un quadro ancora incerto⁴⁵³.

Sul punto, è peraltro interessante notare che la questione della natura penale del procedimento *antitrust* è stata esaminata – e risolta in senso affermativo – da numerosi

⁴⁵¹ V., ad esempio, le sentenze della Corte di giustizia *Consten e Grundig c. Commissione della CEE*, cit., pp. 515-516; *Van Landewyck c. Commissione*, cit., punti 79-81; *Musique Diffusion française c. Commissione*, cit., punti 6 ss.; *Boehringer Mannheim c. Commissione*, cit., punto 25; *Aalborg Portland c. Commissione*, cit., punto 200; nonché la sentenza del Tribunale del 6 ottobre 1994 *Tetra Pak c. Commissione*, causa T-83/91, EU:T:1994:246, punto 235; del 20 marzo 2002 *HFB e a. c. Commissione*, causa T-9/99, EU:T:2002:70, punto 280; *AC Treuhand c. Commissione*, cit., punto 113; del 29 novembre 2005 *Heubach c. Commissione*, causa T-64/02, EU:T:2005:431, punto 206.

⁴⁵² V. la sentenza della Corte di giustizia dell'8 luglio 1999 *Montecatini c. Commissione*, causa C-235/92 P, EU:C:1999:362, punto 176; le sentenze del Tribunale dell'8 luglio 2004 *JFE Engineering c. Commissione*, causa T-67/00, EU:T:2004:221, punto 178; del 12 luglio 2011 *Fuji Electric c. Commissione*, causa T-132/07, EU:T:2011:344, punto 89.

Sul punto, v. le osservazioni di A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., p. 28, secondo la quale “the clear reference to the case law of the Strasbourg Court concerning administrative proceedings that are ‘criminal in nature’ would appear to support the view that the undertakings affected by competition proceedings before the Commission are entitled to the safeguards enshrined in the right to a fair hearing in accordance with Article 6(1) ECHR”.

⁴⁵³ Interessante, di recente, la sentenza del Tribunale del 13 luglio 2011 *Schindler Holding and Others c. Commissione*, causa T-138/07, EU:T:2011:362, punto 52, nella quale il Tribunale richiama la già citata giurisprudenza *Jussila c. Finlandia* della Corte EDU a supporto del fatto che il diritto della concorrenza non rientrerebbe nel “nucleo centrale del diritto penale” (pur concludendo poi nel senso che sia da escludere *tout court* la natura penale delle ammende *antitrust*, anche alla luce del Regolamento n. 1/2003).

avvocati generali della Corte⁴⁵⁴. Come spesso accade, le conclusioni degli avvocati generali si prestano a un ragionamento giuridico più ampio e articolato rispetto alle sentenze, spesso stringate, pronunciate dalle Corti UE (che, come noto, costituiscono necessariamente la sintesi delle posizioni e delle sensibilità di giudici diversi, appartenenti spesso a tradizioni giuridiche assai lontane).

In ogni caso, il fatto che le Corti UE si astengano tuttora dall'affermare chiaramente che le ammende *antitrust* hanno natura penale (nonostante le convincenti analisi degli avvocati generali, ma soprattutto nonostante gli argomenti esposti *supra*, *sub* 6.2.1., 6.2.2. e 6.2.3.) appare oggi sintomo di un approccio superato e meritevole di censura⁴⁵⁵.

Invero, si ritiene inaccettabile che – tra gli argomenti impiegati dalle Corti UE per escludere la natura penale delle ammende *antitrust* – vi sia talvolta l'esigenza di assicurare l'efficacia dell'azione della Commissione in tale settore⁴⁵⁶.

Tale è stato il caso, ad esempio, nella sentenza *Volkswagen c. Commissione* del 2003⁴⁵⁷. Qui la Corte, nel rigettare l'argomento della ricorrente secondo cui “la Commissione e il Tribunale avrebbero dovuto identificare le persone che avevano agito con colpa e che dovevano quindi essere considerate responsabili per l'infrazione

⁴⁵⁴ Cfr., ad esempio, le conclusioni dell'avvocato generale Vesterdorf nella causa *Rhône-Poulenc c. Commissione*, cit., p. II-885: “[p]oiché, a mio avviso, le ammende che possono essere irrogate alle imprese a norma dell'art. 15 del regolamento n. 17/62, hanno in realtà, com'è in parte confermato dalla sentenza *Öztürk* della Corte europea dei diritti dell'uomo – e a prescindere dal n. 4 di detto articolo –, carattere penale, è di essenziale importanza che questo Tribunale cerchi di contribuire a garantire una amministrazione della giustizia contro la quale non si possano formulare critiche giustificate alla luce della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo”. Conformi le conclusioni dell'avvocato generale Léger nella causa *Baustahlgewebe c. Commissione*, cit., punto 31; dell'avvocato generale Kokott rese il 3 luglio 2007 nella causa C-280/06 *ETI e a.*, EU:C:2007:404, punto 71 (in relazione alle normative *antitrust* nazionali); dell'avvocato generale Bot rese il 26 ottobre 2010 nelle cause riunite C-201/09 P e C-216/09 P *ArcelorMittal Luxembourg c. Commissione e Commissione c. ArcelorMittal Luxembourg e a.*, EU:C:2010:634, punto 41 (in cui si parla di “carattere quasi repressivo” del procedimento *antitrust*, che “rientra quindi nell'ambito ‘penale’ ai sensi dell'art. 6, n. 1 [CEDU]”); dell'avvocato generale Sharpston nella causa *KME Germany e a. c. Commissione*, cit., punto 64 (pur ritenendo, come già sottolineato, che il procedimento *antitrust* si situi al di fuori del nocciolo duro del diritto penale); dell'avvocato generale Kokott rese il 14 aprile 2011 nella causa C-110/10 P *Solvay c. Commissione*, EU:C:2011:257, punto 99 (anche qui, richiamando l'orientamento della Corte EDU per cui il diritto della concorrenza non rientrerebbe nel “diritto penale classico”). In senso contrario, v. le conclusioni dell'avvocato generale Kokott rese nella causa *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied c. Commissione*, cit., punti 107-108.

⁴⁵⁵ Così anche H. H. LIDGARD, *op. cit.*, p. 410.

⁴⁵⁶ Sull'uso di tale argomento per limitare lo spazio concesso ai diritti di difesa nel procedimento, v. ampiamente *supra*, *sub* 5.1.

⁴⁵⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 18 settembre 2003, causa C-338/00 P, EU:C:2003:473.

commessa”, ha innanzitutto osservato che tale tesi risultava inapplicabile al diritto UE della concorrenza, alla luce dell’articolo 15(2) del Regolamento n. 17/1962, che prevede l’imposizione di ammende per condotte sia intenzionali sia negligenti⁴⁵⁸. La Corte ha poi proseguito, rilevando che, “d’altra parte”, l’articolo 15(4) precisa che le decisioni d’infrazione non hanno carattere penale, e che “se la tesi della ricorrente venisse accolta, l’efficacia del diritto comunitario della concorrenza verrebbe seriamente pregiudicata”⁴⁵⁹.

La posizione in questione è stata ulteriormente sviluppata dal Tribunale nel 2008 nella sentenza *Compagnie maritimes belges c. Commissione*⁴⁶⁰, in cui si legge che, per l’appunto, “l’efficacia del diritto comunitario della concorrenza verrebbe seriamente pregiudicata se si accettasse la tesi secondo cui il diritto della concorrenza rientra nell’ambito del diritto penale”⁴⁶¹.

Invero, tale ragionamento – che già si prestava a critica laddove adoperato per limitare l’esercizio e il godimento dei diritti di difesa nel procedimento *antitrust* – risulta del tutto fuori luogo quando applicato al fine di determinare se detto procedimento rientri o meno nel campo del diritto penale.

Innanzitutto, come si è visto, le considerazioni circa l’effettività o efficacia di un procedimento previsto da una normativa nazionale non trovano alcuno spazio nell’analisi elaborata dalla Corte EDU nel *test Engel*.

Inoltre, non si capisce neppure come dovrebbe essere inteso un riferimento all’efficacia del procedimento nel contesto della catalogazione penale di un’ammenda. Se, come rileva Slater, va inteso nel senso che la criminalizzazione del procedimento stesso potrebbe ridurre in modo significativo il numero delle ammende imposte (per via delle più stringenti garanzie che risulterebbero applicabili ai sensi dell’articolo 6 CEDU), certamente si tratta di un esito possibile⁴⁶². Tuttavia, lo stesso

⁴⁵⁸ Punti 95 e 96.

⁴⁵⁹ Punti 96 e 97.

⁴⁶⁰ Sentenza del Tribunale dell’1 luglio 2008, causa T-276/04, EU:T:2008:237.

⁴⁶¹ Punto 66. In proposito, v. A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., p. 34, secondo cui il “formalismo semantico” dimostrato dalle Corti UE sulla questione della natura penale o amministrativa del procedimento *antitrust* non ha impedito alle stesse di sviluppare un consistente *corpus* di diritti di difesa derivati dalle garanzie fondamentali previste nel diritto penale.

⁴⁶² D. SLATER, S. THOMAS, D. WAELEBROECK, *op. cit.*, p. 20.

ragionamento si applica senza dubbio a diverse aree del diritto penale, senza che ciò sia considerato sufficiente a escludere l'applicabilità dei diritti di difesa.

Semmai, dovrebbe valere in tale frangente un ragionamento opposto: più è seria l'offesa, più risulta necessario assicurare il rispetto di garanzie procedurali⁴⁶³. Se il diritto della concorrenza dell'Unione rientra nel campo del diritto penale, gli argomenti fondati sull'esigenza di garantire l'efficienza del procedimento perdono gran parte del loro valore.

In proposito, si ritengono del tutto condivisibili le osservazioni dell'avvocato generale Jacobs nella causa *CIF*, in cui si suggerisce – con riguardo al principio della certezza del diritto e al principio del divieto di retroattività della pena – di andare oltre le classificazioni formali, ritenendo che detti principi dovrebbero applicarsi “sia qualora le sanzioni che possono venire inflitte dalle autorità nazionali per violazione delle norme comunitarie sulla concorrenza di cui si tratta vengano classificate come penali sia come amministrative”, senza distinzioni⁴⁶⁴. Infatti, nota Jacobs, “[q]uando le imprese sono esposte al rischio di ricevere consistenti ammende per violazione delle norme sulla concorrenza e quando lo scopo delle ammende è retributivo e deterrente, devono applicarsi gli stessi principi fondamentali, indipendentemente dal fatto che il procedimento che si conclude con l'inflizione delle ammende sia di natura amministrativa o penale”⁴⁶⁵. E, attenzione, “[t]ali principi devono prevalere su qualsiasi argomento basato sull'efficacia del diritto comunitario della concorrenza”⁴⁶⁶.

6.5. Conseguenze della natura penale delle ammende antitrust

Dalla caratterizzazione “penale” (o, quantomeno, quasi penale) delle ammende *antitrust* nell'accezione di cui all'articolo 6 CEDU discende, come anticipato, che al relativo procedimento dinanzi alla Commissione si applicano le garanzie previste da tale disposizione, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo.

⁴⁶³ *Id.*, p. 25.

⁴⁶⁴ V. le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs rese il 30 gennaio 2003 nella causa C-198/01 *CIF*, EU:C:2003:58, punto 52.

⁴⁶⁵ *Ibid.*

⁴⁶⁶ Punto 53.

Di conseguenza – alla luce di quanto già osservato – allo stesso si applicano altresì gli articoli 47 e 48 della Carta (che, peraltro, corrispondono in sostanza al disposto dell'articolo 6)⁴⁶⁷.

Il primo paragrafo dell'articolo 6 prescrive, come visto, sostanzialmente il diritto a un processo equo, pubblico ed entro un termine ragionevole dinanzi a un tribunale indipendente e imparziale. Questo diritto costituisce senz'altro una delle garanzie più importanti di tutta la Convenzione⁴⁶⁸.

E, non a caso, è proprio su questo primo requisito che si è incentrata la maggior parte del dibattito sulle conseguenze di una qualificazione del procedimento *antitrust* UE quale avente natura penale o, come sostenuto da alcuni sulla base della sentenza *Jussila c. Finlandia*, quasi penale. Il tema non appartiene all'oggetto della presente ricerca, e dunque ci si limiterà qui a riassumere i termini della questione, rinviando a contributi specifici per un maggiore approfondimento⁴⁶⁹.

Il problema è il seguente: se le ammende *antitrust* hanno natura penale, risulta difficilmente giustificabile il fatto che le stesse vengano irrogate non da un tribunale indipendente e imparziale, ma da un'autorità amministrativa – quale è la Commissione – che peraltro assomma in sé anche la funzione “requirente”. D'altro canto, se si giunge alla diversa conclusione che il diritto della concorrenza appartiene alla “periferia” del diritto penale e che, quindi, non tutte le garanzie dell'articolo 6 devono “necessariamente” applicarsi nella loro interezza, può risultare accettabile che le ammende vengano comminate dalla Commissione, alla luce del fatto che vi è la

⁴⁶⁷ Sul punto, è stato correttamente osservato che la questione della natura penale, penale “light” o addirittura solo amministrativa del procedimento *antitrust* sembra perdere di importanza, alla luce del fatto che l'articolo 47(2) e (3) della Carta, pur corrispondendo come spiegato all'articolo 6(1) della CEDU, ha una portata più ampia, non limitata cioè alle controversie civili e alle accuse penali: così J. KILLICK, P. BERGHE, *op. cit.*, p. 271. Questo è senz'altro vero, ma lo stesso non vale per le garanzie previste – solo per il procedimento penale – dall'articolo 6(2) e (3) della CEDU, che corrisponde all'articolo 48 della Carta: la questione circa la natura penale del procedimento *antitrust* UE conserva dunque la sua importanza. E ciò anche, più in generale, perché da detta caratterizzazione discende una maggiore enfasi sul rispetto dei diritti di difesa delle imprese coinvolte, che dovrebbe necessariamente avere un impatto sulla giurisprudenza delle Corti UE e sull'attenzione dedicata da queste ultime al tema in questione.

⁴⁶⁸ D. SLATER, S. THOMAS, D. WAELEBROECK, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁶⁹ Si veda *ex multis*: H. H. LIDGARD, *op. cit.*, pp. 403 ss.; D. SLATER, S. THOMAS, D. WAELEBROECK, *op. cit.*; W. P. J. WILS, *The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, cit., p. 201 ss.

possibilità di un successivo scrutinio da parte di un giudice dotato di piena giurisdizione⁴⁷⁰.

Quest'ultima posizione, ad oggi fatta propria anche dalle Corti UE, risulta tuttavia problematica in quanto risulta tuttora dibattuta la questione se le Corti UE, ai sensi dell'ordinamento "comunitario", abbiano la possibilità di svolgere uno scrutinio giudiziale "pieno" sulle decisioni d'infrazione della Commissione⁴⁷¹.

In ogni caso, come anticipato, ai fini della presente ricerca assumono invece rilievo le garanzie procedurali che si applicano in un momento precedente al successivo (ed eventuale) scrutinio giudiziale, ossia nell'ambito del procedimento dinanzi alla Commissione: va infatti sottolineato che, pieno o non pieno che sia, lo scrutinio giudiziale da parte delle Corti UE in sede di impugnazione della decisione della Commissione non può essere concepito come una panacea per eventuali violazioni dei diritti di difesa, né come un rimedio sistematico per i difetti strutturali del procedimento *antitrust*⁴⁷². Perfino il Tribunale ha ammesso, sul punto, che detto controllo non può sostituire un'indagine approfondita dei fatti del caso nel corso del procedimento amministrativo⁴⁷³.

Avendo riconosciuto che detto procedimento ha natura penale ai sensi dell'articolo 6 della CEDU, risulta particolarmente essenziale garantire una piena applicazione dei diritti di difesa ricompresi in detta disposizione (nell'ampia e flessibile interpretazione che di essa è stata data sia dalla Corte EDU, sia dalle Corti UE): il diritto di essere

⁴⁷⁰ W. P. J. WILS, *The Compatibility with Fundamental Rights of the EU Antitrust Enforcement System in Which the European Commission Acts Both as Investigator and as First-Instance Decision Maker*, cit., p. 7.

⁴⁷¹ In merito, si rinvia in particolare ai seguenti contributi: D. BAILEY, *Scope of Judicial Review Under Article 81 EC*, in *CMLR*, 2004 (41), p. 1237 ss.; G. BRUZZONE, A. SAIJA, *Non varcare quella soglia? Limiti al controllo del giudice sulle decisioni antitrust nell'era della modernizzazione e dell'approccio economico*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2010 (1), p. 7 ss.; F. CASTILLO DE LA TORRE, *op. cit.*, p. 505 ss.; B. VESTERDORF, *Judicial Review in EC Competition Law: Reflections on the Role of the Community Courts in the EC System of Competition Law Enforcement*, in *Competition Policy International*, 2005, 1 (2); D. WAELEBROECK, M. VANCAILLIE, *'Oh illustrious Caesar! If it is sufficient to deny, what hereafter will become of the guilty?' On the presumption of innocence, the burden of proof, and the standard of proof in EU competition law*, in D. EDWARD, J. MACLENNAN, A. KOMNINOS (a cura di), *A Scot Without Borders Liber Amicorum, Ian Forrester*, New York, 2015, p. 373 ss.

⁴⁷² N. ZINGALES, *op. cit.*, p. 137.

⁴⁷³ V. la sentenza del Tribunale *Solvay c. Commissione*, cit., punto 108: "Si deve sottolineare che la violazione dei diritti della difesa avvenuta in fase di procedimento amministrativo non può peraltro essere regolarizzata nel procedimento dinanzi al Tribunale, che si limita ad un controllo giurisdizionale nell'ambito dei soli motivi dedotti e non può dunque sostituire un'istruzione completa della causa nell'ambito del procedimento amministrativo".

sentiti (con tutte le sue componenti, tra cui il diritto a essere prontamente informati degli addebiti, di potervi replicare per iscritto, il diritto a un'audizione orale e il diritto di accesso al fascicolo istruttorio), il *legal professional privilege*, il diritto alla non autoincriminazione.

È chiaro che tali diritti di difesa non risolvono il problema, già affrontato, della commistione di ruoli in capo alla Commissione nel procedimento stesso, con le conseguenze che ne derivano in termini di eventuale mancanza di imparzialità. Tuttavia, l'esistenza di un sistema di *checks and balances*, rigorosamente presidiato dalle Corti UE, costituisce senz'altro un passo avanti nella tutela della correttezza del sistema. Invero, la piena partecipazione delle parti al procedimento *antitrust* attraverso il prisma dei diritti di difesa costituisce – in uno con la successiva possibilità di una *judicial review* da parte delle Corti UE – una condizione essenziale per assicurare il rispetto dell'articolo 6 della CEDU⁴⁷⁴.

Alla luce di tutto quanto sopra, si ritiene che, a prescindere da una possibile adesione dell'Unione europea alla CEDU – su cui, come si è visto, sussistono al momento dei dubbi – non sia più accettabile che il procedimento *antitrust* non sia conforme all'articolo 6 della CEDU⁴⁷⁵. Si pone quindi con forza la necessità di analizzare a fondo e criticamente la giurisprudenza resa dalle Corti UE sui diritti di difesa nel procedimento *antitrust*, al fine di valutarne la conformità agli *standard* della CEDU: tale esame costituirà appunto l'oggetto dei prossimi **Capitoli III e IV**.

⁴⁷⁴ A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., pp. 53-54. Del resto, è chiaro che la questione del rispetto dei diritti di difesa nel corso del procedimento *antitrust* resta intimamente legata a quella della successiva *judicial review* sull'operato della Commissione da parte del giudice dell'Unione: come affermato da W. P. J. WILS, *The Compatibility with Fundamental Rights of the EU Antitrust Enforcement System in Which the European Commission Acts Both as Investigator and as First-Instance Decision Maker*, cit., p. 24, “the internal checks and balances and procedural guarantees derive their full effectiveness precisely from the possibility of a subsequent full review by the General Court”.

⁴⁷⁵ I. S. FORRESTER, *Due process in EC competition cases: a distinguished institution with flawed procedures*, cit. p. 830.

CAPITOLO TERZO

I DIRITTI DI DIFESA NELLA FASE DELLE INDAGINI

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. I poteri della Commissione nella fase delle indagini – 2.1. Le richieste di informazioni e il potere di raccogliere dichiarazioni – 2.2. Gli accertamenti ispettivi – 2.2.1. La compatibilità dei poteri ispettivi della Commissione con il diritto alla *privacy* ex articolo 8 della CEDU – 2.3. Il rispetto dei diritti di difesa nella fase delle indagini preliminari – 3. Il diritto alla non autoincriminazione – 3.1. Origini e *ratio* del diritto – 3.2. Il diritto alla non autoincriminazione nel procedimento *antitrust* UE – 3.2.1. Il riconoscimento di un (limitato) diritto in *Orkem* – 3.2.2. (*segue*) La casistica successiva e il test introdotto nella sentenza *PVC II* – 3.2.2.1. Il primo criterio: l'elemento di coercizione – 3.2.2.2. Il secondo criterio: l'interferenza con il diritto di non autoincriminarsi – 3.2.3. (*segue*) La situazione attuale: le incertezze sui confini del diritto derivanti dalle pronunce più recenti delle Corti UE – 3.2.4. Le tutele esistenti a livello legislativo – 3.3. Il diritto alla non autoincriminazione nella giurisprudenza della Corte EDU – 3.4. Conclusioni: la compatibilità della giurisprudenza delle Corti UE con l'orientamento della Corte EDU – 4. Il *legal professional privilege* – 4.1. Origini e *ratio* del diritto – 4.2. Il *legal professional privilege* nel procedimento *antitrust* UE – 4.2.1. Il riconoscimento del diritto nella sentenza *AM & S c. Commissione* – 4.2.2. (*segue*) La saga *Akzo Nobel* – 4.2.2.1. L'ordinanza cautelare del Presidente del Tribunale – 4.2.2.2. Il procedimento principale – 4.2.3. Osservazioni critiche sull'orientamento delle Corti UE circa l'ambito applicativo *ratione personae* del *legal professional privilege* 4.2.3.1. L'esclusione degli avvocati *in-house* – 4.2.3.2. L'esclusione degli avvocati non abilitati all'esercizio della professione nel territorio dell'Unione – 4.2.4. Le tutele esistenti a livello legislativo – 4.3. Il *legal professional privilege* nella giurisprudenza della Corte EDU – 4.4. Conclusioni: la compatibilità della giurisprudenza delle Corti UE con l'orientamento della Corte EDU

1. Introduzione

Come già ribadito più volte, la fase delle indagini costituisce un momento cruciale nell'ambito del procedimento *antitrust* – per quanto quest'ultimo sia qui inteso in senso ampio, dato che l'avvio del procedimento vero e proprio avviene di regola solo in un momento successivo.

L'importanza di tale fase dipende dal fatto che è proprio in questo frangente che l'autorità “comunitaria” si dedica alla raccolta delle informazioni e delle prove che (se ritenute convincenti) condurranno eventualmente all'avvio di un procedimento per accertare l'esistenza di violazioni della normativa *antitrust* nei confronti di una o più imprese determinate.

È quindi evidente che i poteri d'indagine attribuiti alla Commissione dal legislatore “comunitario” rappresentano uno strumento preziosissimo nell'ottica di un efficace enforcement della normativa *antitrust*, il cui funzionamento rapido, snello, incisivo è essenziale al fine di consentire all'autorità di svolgere al meglio la propria funzione di tutela della concorrenza nell'ordinamento dell'Unione.

D'altro canto, è facile intuire che l'attuazione pratica di tali poteri può determinare un'interferenza significativa nella sfera privata delle imprese coinvolte, oltre che degli

individui che vi lavorano. Si pone quindi in modo particolarmente vivido il conflitto tra l'esigenza di salvaguardare i diritti di difesa delle imprese, da un lato, e l'esigenza pubblicistica di garantire l'efficacia dell'azione della Commissione, con la conseguente necessità di trovare una sintesi rispettosa di entrambi gli interessi.

In tale attività di sintesi, peraltro, le Corti UE devono oggi tenere in debito conto anche gli *standard* fissati dalla giurisprudenza della Corte EDU, posto che – come già ampiamente messo in luce – l'articolo 52(3) della Carta stabilisce un obbligo per il giudice “comunitario” di non discostarsi (quantomeno in senso peggiorativo) dalla tutela fornita dalla Corte di Strasburgo ai diritti che corrispondono a quelli oggi consacrati nella Carta.

Alla luce di quanto sopra, il paragrafo 2. si apre innanzitutto con una disamina dei poteri d'indagine attualmente previsti per l'attuazione, da parte della Commissione, degli articoli 101 e 102 TFUE. In tale ottica, sono oggetto d'analisi le rilevanti disposizioni contenute nel capitolo V del Regolamento 1/2003, che sanciscono il potere della Commissione di inviare richieste di informazioni alle imprese, di raccogliere dichiarazioni e di condurre accertamenti ispettivi presso i locali aziendali, nonché presso altri locali.

Tenuto conto delle possibili interferenze che l'esercizio del potere ispettivo della Commissione può determinare nella sfera di riservatezza di un'impresa (e dei suoi dipendenti), si ritiene opportuno soffermarsi sulla questione della compatibilità di detto potere con l'articolo 8 della CEDU, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Infine, prima di passare a esaminare i singoli diritti che vengono in rilievo nella fase delle indagini, quali altrettanti limiti all'operato della Commissione, conviene affrontare la questione preliminare dell'applicabilità dei diritti di difesa nel corso di tale fase, esponendo lo stato della giurisprudenza sul punto.

Il successivo paragrafo 3. verte su una prima, fondamentale garanzia riconosciuta alle imprese che si trovano ad affrontare un'indagine condotta dalla Commissione: il diritto alla non autoincriminazione (denominato anche, secondo il noto brocardo latino, il principio del “*nemo tenetur se detegere*”). Dopo aver discusso le origini e la *ratio* di tale diritto, grande spazio è quindi dedicato allo studio critico della giurisprudenza delle Corti UE, mettendone in luce in particolare la (limitata)

evoluzione. Nell'ottica di comprendere appieno lo *status* del diritto alla non autoincriminazione nell'ordinamento dell'Unione, pare altresì utile soffermarsi brevemente sulle tutele esistenti a livello legislativo.

Conclusa l'analisi relativa al sistema "comunitario", ed esposta succintamente la tutela fornita dalla Corte EDU al diritto in questione, nella sezione conclusiva si opera un confronto tra le posizioni fatte proprie da tale corte e dalle Corti UE, dal quale emerge come l'orientamento del giudice dell'Unione non sia allineato a quello della Corte di Strasburgo.

Nell'esame dei diritti di difesa applicabili nella fase delle indagini preliminari, pare poi essenziale soffermarsi sul c.d. *legal professional privilege*, ossia il diritto alla riservatezza delle comunicazioni tra avvocato e cliente: a tale garanzia è dedicato il paragrafo 4. L'analisi segue la medesima impostazione poc'anzi descritta con riguardo al diritto alla non autoincriminazione. Si procede, quindi, da un esame delle origini e della *ratio* del *legal privilege*, a un esame della tutela offerta allo stesso nell'ordinamento dell'Unione e, infine, all'analisi della giurisprudenza della Corte EDU sul punto. Nelle osservazioni conclusive, la giustapposizione tra la giurisprudenza delle Corti UE e quella della Corte di Strasburgo rivela un sostanziale allineamento, per quanto vi siano taluni aspetti dell'orientamento "comunitario" che meritano – di per sé – di essere censurati (quali l'esclusione dall'alveo della garanzia degli avvocati *in-house* e degli avvocati abilitati alla professione al di fuori dell'Unione europea).

2. I poteri della Commissione nella fase delle indagini

Per poter svolgere i compiti affidatili, l'amministrazione ha bisogno di informazioni⁴⁷⁶. Nell'ordinamento dell'Unione (e, più in particolare, nel settore del diritto *antitrust*) l'esigenza di equipaggiare la Commissione con poteri d'indagine che le consentano di accertare la possibile esistenza di infrazioni trova una risposta nell'attuale capitolo V del Regolamento 1/2003.

Le disposizioni ivi contenute delineano una serie di poteri assai incisivi, coerentemente con l'idea che, nella maggior parte dei casi, le informazioni più preziose sull'esistenza di illeciti anticoncorrenziali si trovano proprio nelle mani delle imprese che li hanno commessi (e dei loro dipendenti)⁴⁷⁷. Tali poteri sono stati peraltro alquanto rafforzati nel tempo, in particolare con il c.d. *pacchetto Modernizzazione* costituito dal Regolamento 1/2003⁴⁷⁸, che – come si avrà modo di sottolineare – presenta diversi profili innovativi rispetto al suo predecessore, risalente al 1962⁴⁷⁹.

2.1. Le richieste di informazioni e il potere di raccogliere dichiarazioni

L'articolo 18 del Regolamento 1/2003 disciplina il potere della Commissione di richiedere alle imprese, per l'assolvimento dei compiti affidatili, di fornire “tutte le

⁴⁷⁶ M. DE BENEDETTO, *Competition enforcement: a look at inspections*, in P. NIHOUL, T. SKOCZNY (a cura di), *op. cit.*, p. 145.

⁴⁷⁷ Del resto, per taluni tipi di infrazioni (come ad esempio i cartelli segreti di fissazione dei prezzi), i soggetti summenzionati potrebbero essere addirittura gli unici a detenere le informazioni di cui l'amministrazione necessita per scoprire e punire tali illeciti: v. W. P. J. WILS, *Powers of Investigation and Procedural Rights and Guarantees in EU Antitrust Enforcement: The Interplay between European and National Legislation and Case-law*, cit., p. 3. L'A. mette anche in luce come, di recente, la fonte delle informazioni raccolte dalla Commissione sia sempre più spesso il programma di *leniency*, a norma del quale le imprese sono incoraggiate a denunciare un illecito al quale hanno preso parte in cambio dell'immunità dall'ammenda (o di uno sconto consistente). Tuttavia, è chiaro che quest'ultimo meccanismo funzionerà a dovere soltanto laddove i membri di un cartello percepiscano il rischio che le autorità *antitrust* possano scoprire l'infrazione anche senza ricorrere allo strumento della *leniency* (v. anche, sul punto, S. D. HAMMOND, *Cornerstones of an Effective Leniency Program*, articolo presentato all'*ICN Workshop on Leniency Programs*, Sydney, 22-23 novembre 2004, disponibile online su: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206611.htm>).

⁴⁷⁸ Cfr. sul punto N. KAHN, *op. cit.*, p. 103.

⁴⁷⁹ Si precisa sin d'ora che non si prenderanno in considerazione i profili legati alla collaborazione tra la Commissione e le autorità nazionali di concorrenza, salvo laddove ciò risulti necessario ai fini di un'analisi completa del tema oggetto della presente ricerca.

informazioni necessarie” (includendo sia la consegna di documenti preesistenti, sia la risposta a domande dirette)⁴⁸⁰.

Nell’inviare una richiesta di informazioni, la Commissione ha la possibilità di scegliere tra due opzioni: una “semplice domanda” o una richiesta con decisione⁴⁸¹.

La differenza tra le due categorie è netta: nel primo caso, le imprese destinatarie della richiesta di informazioni non sono tenute a rispondere, ma se decidono di farlo possono essere sanzionate con un’ammenda fino all’1% del fatturato totale realizzato durante l’esercizio sociale precedente laddove forniscano (intenzionalmente o per negligenza) risposte inesatte o fuorvianti⁴⁸².

Se invece la Commissione utilizza lo strumento della richiesta mediante decisione, le imprese destinatarie sono obbligate a fornire le informazioni richieste⁴⁸³. Ai sensi dell’articolo 23(1)(b) del Regolamento 1/2003, esse possono essere sanzionate non solo nel caso in cui forniscano informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti, ma anche (appunto) nel caso in cui non forniscano le informazioni richieste dall’amministrazione entro il termine stabilito nella richiesta stessa. Inoltre, a norma dell’articolo 24(1)(d), la Commissione può imporre una penalità di mora fino al 5% del fatturato medio giornaliero realizzato durante l’esercizio precedente per ogni giorno di ritardo nel rispondere alla richiesta di informazioni⁴⁸⁴.

Quanto al contenuto della richiesta di informazioni, spetta alla Commissione stabilire quali siano le informazioni “necessarie” ex articolo 18(1)⁴⁸⁵. Tuttavia, risulta dalla giurisprudenza che la Commissione può richiedere soltanto la comunicazione di informazioni che possano consentirle di accertare le presunte infrazioni che giustificano lo svolgimento dell’indagine, e che siano ovviamente indicate nella richiesta di informazioni stessa⁴⁸⁶.

⁴⁸⁰ Articolo 18(1).

⁴⁸¹ Nella vigenza del precedente Regolamento 17/1962, la Commissione poteva fare ricorso a una decisione soltanto dopo aver già inviato (senza successo) una semplice richiesta di informazioni. Rispetto a tale profilo, il Regolamento 1/2003 ha dunque introdotto un’innovazione.

⁴⁸² Articoli 18(2) e 23(1)(a).

⁴⁸³ Articolo 18(3).

⁴⁸⁴ Anche su questo punto il Regolamento 1/2003 ha introdotto una novità: in base alle regole previgenti, le ammende potevano raggiungere al massimo 5000 euro, e le penalità di mora potevano arrivare fino a 1000 euro al giorno.

⁴⁸⁵ V. la sentenza della Corte di giustizia *Orkem c. Commissione*, cit., punto 15.

⁴⁸⁶ V. la sentenza del Tribunale del 14 marzo 2014 *Italmobiliare c. Commissione*, causa T-305/11, EU:T:2014:126, punto 60.

La richiesta deve specificare “le basi giuridiche e lo scopo della domanda”, le informazioni richieste e il termine entro cui fornirle, oltre che (nel caso di richiesta mediante decisione), la menzione del diritto di presentare ricorso dinanzi al giudice dell’Unione avverso la decisione stessa. Nella recente sentenza *Italmobiliare c. Commissione*, la Corte di giustizia ha stabilito che tale obbligo di motivazione specifica costituisce un’esigenza fondamentale, anche al fine di assicurare il rispetto dei diritti di difesa delle imprese destinatarie⁴⁸⁷, e che la sufficienza della motivazione dipende dalla questione se le presunte infrazioni investigate siano precisate con sufficiente chiarezza⁴⁸⁸. In sostanza, secondo la Corte, la motivazione deve consentire “di stabilire con un sufficiente grado di precisione [...] i prodotti sui quali verte l’indagine [e] i sospetti di infrazione che giustificano l’adozione di tale decisione”, permettendo così all’impresa “di verificare se le informazioni richieste siano necessarie ai fini dell’indagine [e] al giudice dell’Unione di effettuare il suo controllo”⁴⁸⁹.

L’articolo 19 del Regolamento 1/2003 disciplina invece il potere della Commissione, sempre nell’assolvimento dei compiti affidatili dal legislatore “comunitario”, di “sentire ogni persona fisica o giuridica che vi acconsenta ai fini della raccolta di informazioni relative all’oggetto di un’indagine”⁴⁹⁰. Anche questa è una novità introdotta dal Regolamento 1/2003, che tuttavia, come notato dall’avvocato generale Geelhoed, ha di fatto “ruolo estremamente subordinato” nell’istruttoria *antitrust*, posto che il potere della Commissione dipende in ultima analisi dal consenso degli interessati⁴⁹¹.

Vale la pena richiamare, in proposito, la recentissima sentenza pronunciata dalla Corte di giustizia nella causa *Intel c. Commissione*, nella quale la Corte ha posto il principio per cui “grava sulla Commissione l’obbligo di registrare, nella forma di sua scelta, qualsiasi colloquio da essa tenuto, ai sensi dell’articolo 19 del regolamento n. 1/2003, al fine di raccogliere informazioni relative all’oggetto di un’indagine da essa

⁴⁸⁷ V. la sentenza della Corte di giustizia del 10 marzo 2016 *Italmobiliare c. Commissione*, causa C-268/14 P, EU:C:2016:152, punto 21.

⁴⁸⁸ Punto 27.

⁴⁸⁹ Punto 33. Nel caso di specie, la Corte ha annullato la sentenza del Tribunale per non avere riconosciuto il difetto di motivazione di una richiesta di informazioni.

⁴⁹⁰ Articolo 19(1). Anche questa è una novità introdotta dal Regolamento 1/2003.

⁴⁹¹ V. le conclusioni dell’avvocato generale Geelhoed rese il 12 settembre 2006 nella causa C-411/04 P *Salzgitter Mannesmann c. Commissione*, EU:C:2006:548, punti 54-56.

condotta”, chiarendo l’interpretazione da dare all’articolo del Regolamento 773/2004, che contiene la disciplina di dettaglio relativa ai suddetti colloqui⁴⁹². Alla luce di tale affermazione, i futuri colloqui condotti dalla Commissione dovranno sempre prevedere la registrazione del relativo contenuto, non essendo possibile distinguere (come in precedenza) tra colloqui “formali” e colloqui “informali”.

Infine, l’articolo 17 del Regolamento 1/2003 prevede che la Commissione possa procedere a indagini dedicate a un settore specifico dell’economia, chiedendo a tal fine alle imprese di fornire le informazioni necessarie e svolgendo tutti i necessari accertamenti. Negli ultimi anni, la Commissione ha iniziato a fare un maggiore uso di tale strumento, utile non solo per meglio comprendere il funzionamento di un determinato mercato, ma altresì per mettere in luce eventuali infrazioni⁴⁹³.

2.2.Gli accertamenti ispettivi

Il potere della Commissione di svolgere ispezioni (c.d. *dawn raids*⁴⁹⁴) è regolato dagli articoli 20 e 21 del Regolamento 1/2003, che riguardando rispettivamente gli accertamenti svolti presso i locali commerciali delle imprese e gli accertamenti svolti “in altri locali”. Tale disciplina è poi completata da un’apposita *Explanatory note* della Commissione, che contiene ulteriori previsioni di dettaglio e l’indicazione della prassi seguita nel corso degli accertamenti ispettivi⁴⁹⁵.

⁴⁹² V. la sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2017, causa C-413/14 P, EU:C:2017:632, punto 91. La Corte ha altresì affermato che un’eventuale lacuna non può essere colmata – come aveva ritenuto il Tribunale in primo grado – mettendo a disposizione della parte una nota interna contenente un riassunto degli argomenti trattati nel corso del colloquio (punto 92). Ad ogni modo, la violazione procedurale non è stata ritenuta tale da determinare l’annullamento della sentenza del Tribunale, non avendo Intel dimostrato che avrebbe potuto utilizzare tale documento a discarico per la propria difesa.

⁴⁹³ N. KAHN, *op. cit.*, p. 103.

⁴⁹⁴ Il termine evoca in modo efficace l’elemento di sorpresa che è essenziale per un utile svolgimento delle ispezioni, ma che aggiunge al contempo (anche nell’immaginario comune) un inevitabile elemento di inquietudine nei soggetti ad esse sottoposti: v., in proposito, l’evocativa descrizione fatta dall’avvocato generale Kokott nelle conclusioni rese il 3 aprile 2014 nella causa C-37/13 P *Nexans e Nexans France c. Commissione*, EU:C:2014:223, punto 1: “[l]o spavento è solitamente notevole quando gli ispettori della Commissione europea – perlopiù nelle prime ore del mattino – si presentano senza preavviso alle porte di un’impresa con l’intenzione di perquisirla nell’ambito di un cosiddetto ‘dawn raids’, per stabilire se tale impresa sia coinvolta in manovre anticoncorrenziali”.

⁴⁹⁵ V. *Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation No 1/2003*, modificata da ultimo l’11 settembre 2015 (disponibile online su: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/explanatory_note.pdf; nel prosieguo: “*Explanatory note*”).

Ai sensi dell'articolo 20(1), la Commissione può svolgere “tutti gli accertamenti necessari” presso la sede delle imprese⁴⁹⁶. Come per le richieste di informazioni, spetta in linea di principio alla Commissione valutare se un'informazione sia necessaria per poter scoprire un'infrazione alle norme sulla concorrenza⁴⁹⁷. Il fatto che essa già disponga di indizi (o addirittura di elementi di prova circa l'esistenza di un'infrazione) non le impedisce di ordinare accertamenti ulteriori, laddove stimi che questi ultimi possano permetterle di meglio valutare la trasgressione, la sua durata o la cerchia delle imprese che vi sono coinvolte⁴⁹⁸.

Gli agenti e le persone che li accompagnano sono dotati di ampi poteri, che comprendono⁴⁹⁹ il potere di “accedere a tutti i locali, terreni e mezzi di trasporto” delle imprese; di “controllare i libri e qualsiasi altro documento connesso all'azienda, su qualsiasi forma di supporto”; di “fare o ottenere sotto qualsiasi forma copie o estratti dei suddetti libri o documenti”; di “apporre sigilli a tutti i locali e libri o documenti aziendali per la durata degli accertamenti e nella misura necessaria al loro espletamento”⁵⁰⁰; e di “chiedere a qualsiasi rappresentante o membro del personale dell'impresa [...] spiegazioni su fatti o documenti relativi all'oggetto e allo scopo degli accertamenti e verbalizzarne le risposte”⁵⁰¹. Nell'esecuzione dell'ispezione, gli agenti della Commissione possono farsi assistere da agenti dell'autorità di concorrenza dello Stato membro in cui devono essere eseguiti gli accertamenti⁵⁰².

⁴⁹⁶ L'attuale formulazione dell'articolo 20 costituisce la “consacrazione normativa” della giurisprudenza delle Corti UE nei casi *Hoechst*, *Dow Benelux* e *Roquette Frères*, su cui v. *infra*.

⁴⁹⁷ V. la sentenza della Corte di giustizia del 22 ottobre 2002 *Roquette Frères*, causa C-94/00, EU:C:2002:603, punto 78.

⁴⁹⁸ *Ibid.*

⁴⁹⁹ Articolo 20(2) del Regolamento 1/2003.

⁵⁰⁰ Tale potere non era previsto nella vigenza del Regolamento 17/1962.

⁵⁰¹ Sul punto, v. E. GIPPINI-FOURNIER, *Legal professional privilege in competition proceedings before the European Commission: beyond the cursory glance*, in B. E. HAWK (a cura di), *International Antitrust Law & Policy, 2004, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, cit., p. 646, secondo cui i poteri ispettivi della Commissione sarebbero “relativamente limitati”, contrariamente alla “credenza popolare” in materia; in particolare, l'A. ritiene che “[c]ertainly Commission cartel investigators view with envy their counterparts in other places of the world who are able to tap phones or place people or companies under surveillance”. In realtà, a parere di chi scrive, i poteri d'indagine della Commissione sono alquanto invasivi, soprattutto alla luce delle modifiche introdotte con il Regolamento 1/2003; peraltro, il fatto che vi siano altrove autorità dotate di poteri ancora più estesi non sembra un argomento utile.

⁵⁰² Articolo 20(5). In tal caso, gli agenti dell'autorità nazionale di concorrenza dispongono degli stessi poteri di cui dispongono gli agenti della Commissione. La Commissione può anche chiedere, a norma dell'articolo 22 del Regolamento 1/2003, che un'autorità nazionale di concorrenza svolga gli accertamenti al suo posto nello Stato membro di appartenenza. In questo caso, però, l'autorità nazionale

Come nel caso delle richieste di informazioni, la Commissione può scegliere tra due diversi tipi di ispezione: mediante semplice mandato scritto o mediante decisione. Nella prima ipotesi⁵⁰³, le imprese non sono tenute a sottoporsi all'accertamento, ma possono incorrere in un'ammenda fino all'1% del fatturato dell'esercizio precedente laddove presentino in maniera incompleta i libri o altri documenti richiesti, connessi all'azienda⁵⁰⁴, o laddove, dinanzi ad una domanda della Commissione, forniscano risposte inesatte o fuorvianti, o non rettifichino entro un termine stabilito una risposta inesatta, incompleta o fuorviante data da un membro del personale⁵⁰⁵. Sono poi previste sanzioni anche per l'eventualità in cui, nel corso dell'accertamento ispettivo, vengano infranti i sigilli apposti dagli agenti della Commissione⁵⁰⁶. In altre parole, una volta che l'impresa decida spontaneamente di sottoporsi all'ispezione, scatta l'obbligo di cooperare in modo pieno con gli agenti, pena sanzioni⁵⁰⁷.

Nel caso in cui l'ispezione sia disposta mediante decisione, l'impresa è invece tenuta a sottoporvisi⁵⁰⁸. In questa seconda ipotesi, alle sanzioni già menzionate sopra si aggiunge la possibilità che la Commissione imponga ammende per il rifiuto di sottoporsi all'ispezione o di rispondere alle domande degli agenti, o ancora imponga una penalità di mora (nella misura già vista *supra*, *sub* 2.1.) ai sensi dell'articolo 24(1)(e) del Regolamento 1/2003.

Sia che l'accertamento sia disposto mediante mandato scritto, sia che sia ordinato mediante decisione, occorre che l'atto specifichi tra l'altro l'oggetto e lo scopo degli accertamenti. Tale obbligo di motivazione è essenziale nell'ottica di tutelare di diritti di difesa delle imprese coinvolte e di consentire loro di comprendere la portata del

dispone dei poteri previsti dalla normativa dello Stato membro in questione (che possono essere, a seconda dei casi, più o meno estesi di quelli spettanti agli agenti della Commissione).

⁵⁰³ Articolo 20(3).

⁵⁰⁴ Articolo 23(1)(c).

⁵⁰⁵ Articolo 23(1)(d).

⁵⁰⁶ Articolo 23(1)(e). Tale disposizione è stata applicata dalla Commissione nel 2008, quando la società E.ON è stata multata per un importo pari a 38 milioni di euro per aver rotto i sigilli durante un'ispezione: v. la decisione della Commissione del 30 gennaio 2008, caso COMP/B-1/39.326 – *E.ON Energie AG*, confermata in appello dalla sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2012 *E.ON Energie c. Commissione*, causa C-89/11 P, EU:C:2012:738.

⁵⁰⁷ P. BERGHE, A. DAWES, 'Little pig, little pig, let me come in': an evaluation of the European Commission's powers of inspection in competition cases, in *ECLR*, 2009, 30 (9), p. 410.

⁵⁰⁸ Articolo 20(4) del Regolamento 1/2003.

loro dovere di collaborazione, permettendo altresì alle Corti UE di esercitare un successivo sindacato sulla legittimità dell'ispezione stessa⁵⁰⁹.

Sul punto, si devono segnalare alcune recenti pronunce in cui il giudice dell'Unione ha annullato (in tutto o in parte) decisioni della Commissione che disponevano accertamenti ispettivi, proprio nell'esercizio del sindacato sulla motivazione delle decisioni stesse: così, ad esempio, nella causa *Nexans France e Nexans c. Commissione* del 2012, il Tribunale ritenuto che la Commissione non avesse indizi sufficientemente seri per ordinare un accertamento riguardante l'insieme dei cavi elettrici e le forniture collegate a tali cavi, e che avrebbe dovuto al contrario limitarsi a investigare il settore dei cavi elettrici sottomarini e sotterranei ad alto voltaggio e delle forniture collegate a tali cavi⁵¹⁰. Di conseguenza, il Tribunale ha annullato parzialmente la decisione che ordinava l'ispezione.

Ancora più di recente, la Corte di giustizia ha ravvisato una violazione dell'obbligo di motivazione e dei diritti di difesa delle parti in due delle tre decisioni con cui la Commissione disponeva accertamenti ispettivi nei confronti delle ricorrenti, in quanto – anteriormente allo svolgimento della prima ispezione – la stessa aveva ricevuto una denuncia supplementare nei confronti dell'impresa interessata, il cui contenuto avrebbe dunque dovuto essere menzionato nell'oggetto dell'accertamento⁵¹¹.

Va precisato che, se un'impresa si oppone a un accertamento disposto mediante decisione, gli agenti della Commissione non possono eseguirlo con la forza⁵¹².

Nell'ipotesi in cui vi sia detta opposizione, lo Stato membro ove si trova la sede dell'impresa è tenuto a prestare l'assistenza necessaria, eventualmente anche ricorrendo alla forza pubblica o a un'autorità equivalente incaricata dell'applicazione della legge⁵¹³. Se nello Stato membro in questione tale assistenza richiede una previa autorizzazione giudiziale, occorre che quest'ultima sia richiesta *prima* di intervenire (se del caso anche in via preventiva, ad esempio se la Commissione teme che vi possa

⁵⁰⁹ P. BERGHE, A. DAWES, *op. cit.*, p. 409, che notano tuttavia con disappunto come nella prassi tale motivazione possa risultare relativamente succinta.

⁵¹⁰ Sentenza del Tribunale del 14 novembre 2012, causa T-135/09, EU:T:2012:596, punti 91-94.

⁵¹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 18 giugno 2015 *Deutsche Bahn e a. c. Commissione*, causa C-583/13 P, EU:C:2015:404, punti 63-64.

⁵¹² V. la sentenza della Corte di giustizia del 17 ottobre 1989 *Dow Benelux c. Commissione*, causa 85/87, EU:C:1989:379, punto 42.

⁵¹³ Articolo 20(6) del Regolamento 1/2003.

essere un'opposizione da parte dell'impresa⁵¹⁴)⁵¹⁵. Il sindacato del giudice nazionale è, sul punto, particolarmente circoscritto, posto che esso si limita a controllare "l'autenticità della decisione della Commissione" e che "le misure coercitive previste non siano né arbitrarie né sproporzionate rispetto all'oggetto degli accertamenti", senza poter "né mettere in discussione la necessità degli accertamenti né chiedere che siano fornite informazioni contenute nel fascicolo della Commissione"⁵¹⁶. Nel caso in cui il giudice nazionale nutra dubbi sul merito e l'adequatezza della decisione della Commissione, potrà ovviamente ricorrere in via pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Come anticipato, la Commissione può svolgere accertamenti ispettivi non solo nei locali ove si svolge il *business* dell'impresa, ma anche "in altri locali". È questa un'ulteriore – e particolarmente controversa – novità introdotta dal Regolamento 1/2003, motivata con la constatazione che "[l]'esperienza ha dimostrato che esistono casi in cui i documenti aziendali sono conservati presso il domicilio dei dirigenti e dei collaboratori delle imprese"⁵¹⁷.

Ai sensi dell'articolo 21(1), la Commissione può – ma necessariamente mediante decisione – ordinare che siano effettuati accertamenti "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", laddove vi siano motivi ragionevoli di sospettare che libri o altri documenti connessi all'azienda e all'oggetto degli accertamenti siano ivi conservati.

Rispetto all'ipotesi degli accertamenti presso i locali dell'impresa, sono previste alcune garanzie ulteriori, a dimostrazione della (percepita) maggiore sensibilità dello scenario in questione.

Innanzitutto, come anticipato, l'ispezione può essere disposta solo mediante decisione. La Commissione non ha quindi a disposizione la scelta tra le due vie procedurali, come nel caso delle ispezioni "classiche".

In secondo luogo, occorre che la Commissione abbia il ragionevole sospetto che in tali "altri locali" sia custodito materiale utile per provare un'infrazione "grave"

⁵¹⁴ V. la sentenza della Corte di giustizia *Roquette Frères*, cit., punto 74.

⁵¹⁵ Articolo 20(7).

⁵¹⁶ Articolo 20(8).

⁵¹⁷ V. considerando n. 26 al Regolamento 1/2003.

dell'articolo 101 o 102 TFUE, e i motivi di tale sospetto devono essere debitamente precisati nella decisione che dispone l'accertamento⁵¹⁸.

Ancora, nelle ispezioni *ex* articolo 21 la Commissione è dotata di poteri meno penetranti rispetto a quelli abitualmente previsti: così, essa non può né apporre sigilli a locali e libri o documenti aziendali, né chiedere informazioni e spiegazioni a rappresentanti o membri del personale dell'impresa⁵¹⁹. In aggiunta, non sono previste ammende per sanzionare gli eventuali rifiuti del personale dell'impresa di sottoporsi ad accertamenti ispettivi presso il proprio domicilio.

Infine (e questa è la garanzia più importante, che differenzia nettamente gli accertamenti "classici" da quelli eseguiti in altri locali), è *sempre* necessaria l'autorizzazione preliminare dell'autorità giudiziaria nazionale dello Stato membro interessato⁵²⁰. Quest'ultima è dotata di poteri più incisivi rispetto a quanto già visto *ex* articolo 20(8), pur non potendo comunque mettere in discussione la necessità dell'ispezione stessa⁵²¹.

2.2.1. La compatibilità dei poteri ispettivi della Commissione con l'articolo 8 della CEDU

Gli accresciuti poteri ispettivi attribuiti alla Commissione dagli articoli 20 e 21 del Regolamento 1/2003 pongono la questione della compatibilità del sistema disegnato dal legislatore "comunitario" – dal quale dipende in larga misura l'efficienza ed efficacia dell'attuazione del diritto *antitrust* da parte della Commissione – con l'articolo 8 della CEDU⁵²².

⁵¹⁸ Articolo 21(2).

⁵¹⁹ Articolo 21(4), che richiama tutti i poteri previsti dall'articolo 20, tranne i due menzionati.

⁵²⁰ Articolo 21(3).

⁵²¹ Così, il giudice nazionale verifica, in particolare, la gravità della presunta infrazione, l'importanza della prova richiesta, il coinvolgimento dell'impresa interessata e la "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". Come osservato da A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., p. 158, "[t]hose additional parameters that need to be taken into account by national judges in allowing the inspection clearly reflect, on the one hand, the particular sensitivity of non-business inspections, and on the other, the important leeway left to national judges in operating a stricter proportionality test in 'non-business' inspections".

⁵²² Così anche E. M. AMEYE, *The interplay between human rights and competition law in the EU*, in *ECLR*, 2004, p. 340; A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., p. 186; J. LAFFRANQUE, M. KUČERA, *Dawn raids, surprises and promises. On competition and human rights*, in J. CASADEVALL ET AL. (a cura di), *Liber*

Tale disposizione sancisce che “[o]gni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza”, ponendo il divieto di qualsiasi ingerenza di una pubblica autorità nell’esercizio di tale diritto, a meno che “tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”. Vediamo quindi che, per quanto il principio in questione sia ritenuto degno della massima tutela, la Convenzione riconosce la possibilità che lo stesso incontri dei limiti, laddove questi soddisfino le condizioni tassativamente elencate dal secondo paragrafo della norma in parola.

Come accennato, peraltro, l’articolo 8 della CEDU corrisponde all’articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali, con le conseguenze già esaminate con riguardo alla necessità che l’interpretazione delle Corti UE sia conforme agli *standard* fissati dalla Corte EDU nell’interpretazione dell’articolo 8 (salva pur sempre la possibilità che il giudice dell’Unione decida di offrire al diritto una protezione più estesa).

Prima di esaminare il merito della questione, occorre precisare che le Corti UE non hanno accettato fin dall’inizio che le persone giuridiche potessero essere considerate titolari del diritto alla *privacy* sancito dalle disposizioni summenzionate (e che, quindi, quest’ultimo potesse estendersi ai locali commerciali oggetto delle ispezioni della Commissione).

Invero, in un primo momento la Corte di giustizia – interpellata circa la legittimità di una decisione di accertamento della Commissione – ha escluso che l’articolo 8 della CEDU potesse tutelare i locali commerciali, dato il suo evidente obiettivo di proteggere “la sfera di esplicazione della libertà personale dell’uomo”⁵²³. In quel frangente, la Corte ha attribuito rilievo altresì all’assenza di un orientamento in materia della Corte di Strasburgo che potesse fornire una guida all’interpretazione⁵²⁴.

amicorum Dean Spielmann, Oisterwijk, 2015, p. 307 ss.; M. PAPP, *Procedural Fairness in the European Commission’s Competition Procedure. Recent Case-Law on the ECJ’s Review of Inspections*, in C. I. NAGY (a cura di), *The procedural aspects of the application of competition law*, Gröningen, 2016, p. 58 ss.

523

524

V. la sentenza della Corte di giustizia *Hoechst c. Commissione*, cit., punto 18.
Ibid.

Viste tali premesse, era logico aspettarsi che una presa di posizione chiara da parte di quest'ultimo giudice sull'applicabilità dell'articolo 8 della CEDU alle persone giuridiche avrebbe potuto "sbloccare" la situazione a livello UE. Così è stato grazie a due pronunce (intervenute tra l'inizio degli anni Novanta e l'inizio degli anni Duemila) nelle cause *Niemietz c. Germania*⁵²⁵ e *Société Colas Est e a. c. Francia*⁵²⁶.

Nella prima, la Corte EDU ha affermato che la disposizione in oggetto si applica anche ai locali commerciali⁵²⁷. Nella seconda sentenza, la Corte ha confermato che il principio stabilito nella causa *Niemietz c. Germania* fosse applicabile anche alle persone giuridiche, stabilendo enfaticamente che "è giunta l'ora di considerare che in certe circostanze i diritti garantiti dall'articolo 8 della Convenzione possano essere interpretati in modo tale da includere il diritto al rispetto della sede sociale, delle filiali o di altri locali commerciali di un'impresa"⁵²⁸.

Sulla scorta di tale giurisprudenza, la Corte di giustizia ha disatteso espressamente la posizione affermata nella citata sentenza *Hoechst c. Commissione*, riconoscendo come quest'ultima fosse stata superata dai summenzionati precedenti della Corte EDU, dei quali era necessario tenere conto⁵²⁹.

Una volta chiarita l'applicabilità dell'articolo 8 della CEDU ai locali commerciali delle persone giuridiche, ne consegue che l'interferenza degli agenti della Commissione in occasione delle ispezioni è in linea di principio tale da violare il diritto di tali imprese alla riservatezza della vita privata⁵³⁰. Il punto controverso è, piuttosto, se – alla luce delle condizioni enumerate dall'articolo 8(2) – tale violazione possa considerarsi giustificata e, dunque, legittima.

⁵²⁵ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 16 dicembre 1992 *Niemietz c. Germania*, ric. 13710/88, CE:ECHR:1992:1216JUD001371088.

⁵²⁶ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 16 aprile 2002 *Société Colas Est e a. c. Francia*, ric. 37971/97, CE:ECHR:2002:0416JUD003797197.

⁵²⁷ *Niemietz c. Germania*, cit., punto 29: "[t]here appears, furthermore, to be no reason of principle why this understanding of the notion of 'private life' should be taken to exclude activities of a professional or business nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world. This view is supported by the fact that, as was rightly pointed out by the Commission, it is not always possible to distinguish clearly which of an individual's activities form part of his professional or business life and which do not". La Corte ha tuttavia accettato che, in tali ipotesi, le interferenze nel diritto giustificate ex articolo 8(2) potessero essere più incisive (punti 29-33).

⁵²⁸ *Société Colas Est e a. c. Francia*, cit., punto 41 (nostra traduzione).

⁵²⁹ Sentenza della Corte di giustizia *Roquette Frères*, cit., punto 29.

⁵³⁰ I. ASLAM, M. RAMSDEN, *EC Dawn Raids: A Human Rights Violation?*, in *TCLR*, 2008, 5 (1), p. 75; J. TEMPLE LANG, C. RIZZA, *The Ste Colas Est and Others v. France case. European Court of Human Rights Judgment of April 16, 2002*, in *ECLR*, 2002, p. 415.

Quanto alle prime due condizioni, essere risultano sicuramente soddisfatte dal sistema disegnato dal legislatore “comunitario”⁵³¹, come peraltro riconosciuto anche dall’avvocato generale Mischo nelle conclusioni rese nella causa *Roquette Frères*⁵³².

In primo luogo, infatti, le ispezioni svolte dalla Commissione sono previste dalla legge, trovando il loro fondamento nel Regolamento 1/2003.

In secondo luogo, le stesse perseguono senza dubbio un obiettivo legittimo, ovvero quello di tutelare la libera concorrenza nell’Unione europea⁵³³, contribuendo in ultima analisi al “benessere economico della società”⁵³⁴.

La terza condizione (ossia, quella per cui l’interferenza della pubblica autorità deve essere “necessaria in una società democratica”, o proporzionata) pone invece maggiori difficoltà⁵³⁵. Sul punto, la Corte EDU ha precisato che, per valutare la natura proporzionata o meno di una interferenza col diritto alla *privacy*, occorre, da un lato, che la normativa rilevante e la prassi prevedano “garanzie adeguate ed efficaci contro i potenziali abusi” e, dall’altro, assicurarsi che nel caso di specie l’interferenza sia “proporzionata allo scopo perseguito”⁵³⁶.

Con riguardo al primo degli aspetti summenzionati, assume rilievo centrale l’eventuale presenza di un mandato giudiziale che autorizzi *ex ante* l’accertamento ispettivo. Invero, nella citata causa *Société Colas Est e a. c. Francia*, la Corte EDU aveva considerato cruciale, tra l’altro, il fatto che i poteri ispettivi dell’autorità francese di concorrenza non dipendessero da una previa autorizzazione giudiziale⁵³⁷, al fine di concludere nel senso dell’incompatibilità degli stessi con l’articolo 8.

⁵³¹ A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., p. 189; I. ASLAM, M. RAMSDEN, *op. cit.*, p. 76.

⁵³² V. le conclusioni dell’avvocato generale Mischo rese il 20 settembre 2001 nella causa C-94/00 *Roquette Frères*, EU:C:2001:472, punti 39-41.

⁵³³ V. la sentenza della Corte di giustizia *Baustahlgewebe c. Commissione*, cit., punto 30.

⁵³⁴ Cfr. la sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo *Société Colas Est e a. c. Francia*, cit., punto 44 (nostra traduzione). Così anche I. ASLAM, M. RAMSDEN, *op. cit.*, p. 76.

⁵³⁵ A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., p. 189.

⁵³⁶ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 28 aprile 2005 *Buck c. Germania*, ric. 41604/98, CE:ECHR:2005:0428JUD004160498, punto 45.

⁵³⁷ *Société Colas Est e a. c. Francia*, cit., punto 49. Gli altri elementi citati dalla Corte EDU erano la circostanza che l’autorità fosse dotata di “poteri d’indagine estesi”, che le conferivano “competenza esclusiva nel determinare l’opportunità, il numero, la durata e l’ampiezza delle ispezioni”, e il fatto che la stessa non fosse accompagnata durante l’accertamento ispettivo da “alti funzionari di polizia” che potessero assicurare una supervisione indipendente (nostra traduzione).

Come visto (*supra*, sub 2.2.), nel caso degli accertamenti ispettivi svolti dalla Commissione nei locali *commerciali* delle imprese, tale elemento di garanzia è in linea di principio assente, a meno che la normativa di uno Stato membro non preveda la necessità di un'autorizzazione giudiziale *ex ante* per la prestazione di assistenza da parte delle autorità nazionali, laddove un'impresa si opponga all'ispezione. E, in ogni caso, l'eventuale scrutinio giudiziale esercitato *ex ante* sulla decisione d'ispezione da parte del giudice nazionale è decisamente limitato: come già spiegato, l'autorità giudiziaria nazionale "controlla l'autenticità della decisione della Commissione e verifica che le misure coercitive previste non siano né arbitrarie né sproporzionate rispetto all'oggetto degli accertamenti", mentre "non può né mettere in discussione la necessità degli accertamenti né chiedere che siano fornite informazioni contenute nel fascicolo della Commissione"⁵³⁸.

Tuttavia, nella recente sentenza *Delta Pekárny A.S. c. Repubblica Ceca*, la Corte di Strasburgo ha accettato che la lacuna data dall'assenza di una previa autorizzazione giudiziale possa essere colmata dalla previsione di un effettivo sindacato giudiziale *ex post*, purché lo stesso sia in grado di assicurare un rimedio appropriato per gli eventuali danni subiti dalle imprese (inclusa la distruzione del materiale probatorio acquisito sulla base di una decisione illegittima)⁵³⁹.

Quest'ultima pronuncia è stata oggetto di espresso richiamo, ancor più di recente, da parte del giudice "comunitario" nella citata causa *Deutsche Bahn e a. c. Commissione*, in cui la Corte di giustizia ha stimato che l'assenza di previa autorizzazione giudiziale alle ispezioni condotte dalla Commissione nei locali commerciali fosse compatibile sia con l'articolo 6 che con l'articolo 8 della CEDU (e, dunque, con gli articoli 47 e 7 della Carta). Ciò in quanto, da un lato, vi sarebbero garanzie sufficienti contro il rischio di eventuali abusi (quali la precisazione dell'oggetto e scopo dell'ispezione, l'indicazione delle possibili ammende e del diritto

⁵³⁸ Nel senso della limitatezza dei poteri dell'autorità giudiziaria nazionale ex articolo 20(8), v. anche G. DI FEDERICO, *The appeal judgement in Deutsche Bahn AG (C-583/13P): some reflections on the standard of the protection of the rights of defense in antitrust proceedings*, in *Eurojus.it*, 2015, 2 (2) (disponibile online su: <http://rivista.eurojus.it/>), p. 4; *contra*, A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., p. 190.

⁵³⁹ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 2 ottobre 2014 *Delta Pekárny A.S. c. Repubblica Ceca*, ric. 97/11, CE:ECHR:2014:1002JUD000009711, punti 83 e 92, con commento di R. NERUDA, R. BARINKA, *Delta Pekárny v Czech Republic: European Court of Human Rights on Dawn Raids and Prior Judicial National Authorization*, in *JECLAP*, 2015, 6 (6), p. 411 ss.

di presentare ricorso dinanzi al Tribunale) e limiti ai poteri della Commissione nel corso dell'ispezione stessa (come la possibilità di invocare il *legal privilege*⁵⁴⁰)⁵⁴¹; dall'altro, lo scrutinio giudiziale *ex post* assicurato dalle Corti UE ai sensi dell'articolo 263 TFUE rispetterebbe il diritto fondamentale a una tutela giurisdizionale effettiva⁵⁴².

Il ragionamento della Corte di giustizia non convince fino in fondo.

Invero, l'efficacia delle garanzie summenzionate (consistenti nell'obbligo di motivazione e nell'esistenza di limiti all'agire della Commissione durante l'ispezione stessa) dipende, in ultima analisi, dalla questione dell'effettività del controllo giudiziale *ex post* svolto dalle Corti UE: in altri termini, dall'esistenza di un potere delle Corti UE di esercitare uno scrutinio pieno ed effettivo sulle decisioni d'ispezione, che includa il potere di disporre rimedi per compensare i danni eventualmente subiti dalle imprese a causa delle condotte illegittime della Commissione⁵⁴³.

Ebbene, con particolare riguardo a quest'ultimo punto, non sembra che il sistema in oggetto risponda alle caratteristiche suesposte. Ciò emerge con chiarezza dalle sentenze rese di recente nelle cause *Nexans France e Nexans c. Commissione* (2012) e *Deutsche Bahn e a. c. Commissione* (2013), ove le ricorrenti avevano chiesto, oltre all'annullamento delle decisioni della Commissione, anche la restituzione o distruzione dei documenti acquisiti sulla base delle stesse, in quanto viziate e illegittime. Pur accogliendo (in parte) le domande di annullamento, le Corti UE hanno respinto tali ulteriori richieste, affermando che qualsiasi ingiunzione rivolta dal giudice alla Commissione in relazione all'esecuzione delle sentenze avrebbe costituito una pronuncia dichiarativa, che non era nel loro potere emettere ai sensi dell'articolo 263 TFUE⁵⁴⁴.

⁵⁴⁰ Su cui v. più diffusamente nel prosieguo, *sub* 4.

⁵⁴¹ *Deutsche Bahn e a. c. Commissione*, cit., punti 30-36.

⁵⁴² *Id.*, punti 41-48.

⁵⁴³ A. STEENE, *Nexans, Deutsche Bahn, and the ECJ's Refusal to Follow ECHR Case Law on Dawn Raids*, in *JECLAP*, 2016, 7 (3), p. 184.

⁵⁴⁴ V. *Nexans France e Nexans c. Commissione*, cit., punti 135-136; e la sentenza del Tribunale del 6 settembre 2013 *Deutsche Bahn e a. c. Commissione*, cause riunite T-289, 290 e T-521/11, EU:T:2013:404, punto 227. Sul punto, v. le osservazioni critiche (e le proposte di riforma) di A. STEENE, *op. cit.*, p. 186. V. anche A. LAGHEZZA, *From the Nexans judgment to the 'next' improvements of the EU dawn raid procedure?*, in *ECLR*, 2013, 34 (4), p. 214 ss.

Alla luce di quanto sopra, a giudizio di chi scrive, lo scrutinio giudiziale previsto a livello UE sulla legittimità delle decisioni d'ispezione della Commissione non è tale da soddisfare gli *standard* risultanti dalla giurisprudenza della Corte EDU, né ricavabili dagli articoli 6 e 8 della CEDU. Da un lato, infatti, le imprese non hanno la possibilità di ottenere un controllo giudiziale *ex ante* (a meno che quest'ultimo non sia autonomamente previsto dal diritto dello Stato membro in cui si deve svolgere l'ispezione; anche in questo caso, come visto, il controllo viene attivato solo in caso di opposizione dell'impresa ed è – peraltro – estremamente limitato, non potendosi estendere ai profili di legittimità della decisione stessa). Dall'altro, il controllo giudiziale operato *ex post* dalle Corti UE non consente la riparazione degli eventuali danni subiti dalle imprese per via di un'ispezione illegittima: i documenti sequestrati ingiustamente dovrebbero infatti essere restituiti alle imprese stesse⁵⁴⁵. Il mero divieto per la Commissione di utilizzarli non sembra sufficiente a rimediare completamente al pregiudizio subito, e comunque non risulta in linea con l'orientamento della Corte di Strasburgo.

Ciò detto (e ferma la delusione per "l'occasione mancata" che la Corte di giustizia avrebbe potuto cogliere, con la citata causa *Deutsche Bahn*, al fine di correggere il tiro e allinearsi alla posizione della Corte EDU), si deve comunque riconoscere che i precedenti *Nexans France* e *Deutsche Bahn* costituiscono senz'altro un segnale del fatto che il sindacato giudiziale sulle decisioni d'ispezione *ex* articolo 20(4) del Regolamento 1/2003 sta diventando via via più intenso⁵⁴⁶.

⁵⁴⁵ A. STEENE, *op. cit.*, p. 186.

⁵⁴⁶ Così G. DI FEDERICO, *The appeal judgement in Deutsche Bahn AG (C-583/13P): some reflections on the standard of the protection of the rights of defense in antitrust proceedings*, cit., p. 4, che suggerisce altresì che le Corti UE dovrebbero fare uso della clausola contenuta nell'articolo 52(3) della Carta dei diritti fondamentali, offrendo al diritto alla *privacy* delle imprese una tutela più estesa nei confronti delle ispezioni della Commissione rispetto a quella ricavabile dalla giurisprudenza della Corte EDU (p. 5).

Ulteriori passi avanti potrebbero discendere da una futura modifica delle procedure attualmente esistenti⁵⁴⁷, ad esempio mediante l'istituzione di un meccanismo di controllo giudiziale preventivo "centralizzato" ad opera del giudice dell'Unione⁵⁴⁸.

Pare ora opportuno passare a esaminare la compatibilità con l'articolo 8(2) della CEDU del potere, introdotto dall'articolo 21 del Regolamento 1/2003, di effettuare ispezioni in locali *diversi da quelli commerciali*. Quest'ultimo risulta invero corredato da una serie di garanzie procedurali che – nel complesso – sembrano in linea con i criteri utilizzati dalla Corte EDU per valutare la proporzionalità di un accertamento ispettivo⁵⁴⁹.

In questo secondo caso, come già visto *supra* (sub 2.2.), innanzitutto la Commissione non può agire senza aver previamente ottenuto l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria dello Stato membro in cui ha sede l'impresa. In quest'ambito, peraltro, il controllo esercitato dal giudice nazionale è senz'altro più intenso di quello disponibile nel caso delle ispezioni nei locali commerciali (pur non potendo entrare nel merito dell'opportunità della decisione stessa): il giudice tiene conto, 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"⁵⁵⁰.

Tali previsioni sono tali da costituire garanzie efficaci contro il rischio di abusi, anche tenendo conto del fatto che la Corte EDU è solita richiedere una tutela maggiore per le ispezioni nei domicili privati, posto che "l'interferenza [della pubblica autorità]

⁵⁴⁷ Cfr., sul punto, P. BERGHE, A. DAWES, *op. cit.*, p. 422 s.; G. DI FEDERICO, *The appeal judgement in Deutsche Bahn AG (C-583/13P): some reflections on the standard of the protection of the rights of defense in antitrust proceedings*, cit., p. 5; M. MESSINA, *The protection of the right to private life, home and correspondence v the efficient enforcement of competition law: is a new EC competition court the right way forward?*, in *ECJ*, 2007 (3), p. 185 ss.; A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., p. 193 s.

⁵⁴⁸ Come proposto per la prima volta dall'avvocato generale Mischo rese il 21 febbraio 1989 nelle cause riunite 46/87 e 227/88 *Hoechst c. Commissione*, EU:C:1989:73.

⁵⁴⁹ Così A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., p. 193. *Contra* I. ASLAM, M. RAMSDEN, *op. cit.*, p. 79, che notano come "[w]hilst the extension of the safeguards in respect to private premises is a welcome improvement, it does not go far enough".

⁵⁵⁰ Articolo 21(3) del Regolamento 1/2003. Inoltre, ai sensi dell'articolo 21(1), la Commissione deve avere "motivi ragionevoli" di sospettare che il materiale probatorio utile a provare un'infrazione "grave" sia custodito nei locali in questione.

può essere più incisiva laddove si tratti dei locali commerciali di una persona giuridica”⁵⁵¹.

2.3. Il rispetto dei diritti di difesa nella fase delle indagini preliminari

A norma dell’articolo 2(3) del Regolamento 773/2004, la Commissione può esercitare i poteri d’indagine esaminati poc’anzi già in una fase *precedente* il vero e proprio avvio del procedimento *antitrust*.

Nella pratica ciò accade quasi sempre, posto che le indagini (vuoi nella forma delle ispezioni, vuoi nella forma delle richieste d’informazioni) svolgono appunto la funzione di consentire alla Commissione di verificare se sussistono elementi sufficienti ad avviare poi un procedimento per l’infrazione dell’articolo 101 o 102 TFUE. Tradizionalmente, l’avvio del procedimento coincide con la notificazione, da parte della Commissione, della comunicazione degli addebiti, con cui le imprese che divengono parti del procedimento vengono ufficialmente informate circa le censure mosse rispetto al loro comportamento sul mercato⁵⁵².

In un primo momento, nella vigenza del Regolamento 17/1962, la comunicazione degli addebiti era dunque concepita quale atto che segnava non solo l’avvio del procedimento, ma anche il punto a partire dal quale trovavano applicazione a favore delle parti alcuni (limitati) diritti di difesa. Ciò alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia che aveva riconosciuto, sin dagli albori della costruzione europea, che “il rispetto dei diritti della difesa in qualsiasi procedimento promosso nei confronti di una persona e che possa concludersi con un atto per questa lesivo costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario”⁵⁵³.

⁵⁵¹ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo *Niemietz c. Germania*, cit., punto 31; e *Delta Pekárny A.S. c. Repubblica Ceca*, cit., punto 82 (nostra traduzione).

⁵⁵² Cfr. in tal senso la sentenza del Tribunale del 28 aprile 2010 *Amann & Söhne e Cousin Filterie c. Commissione*, causa T-446/05, EU:T:2010:165, punto 336. Si deve sottolineare, però, che negli ultimi anni la prassi decisionale della Commissione è cambiata: attualmente, l’avvio del procedimento spesso avviene prima dell’invio della comunicazione degli addebiti. Peraltro, se la Commissione intende richiedere alle parti di esprimere un eventuale interesse per l’avvio di discussioni in vista della transazione, l’avvio del procedimento precede necessariamente l’invio della comunicazione degli addebiti, posto che quest’ultima è poi inviata solo al termine di dette discussioni: cfr. M. SIRAGUSA, C. RIZZA (a cura di), *EU Competition Law. Volume III – Cartels and Collusive Behaviour – Restrictive Agreements and Practices between Competitors*, 2^a ed., Deventer-Leuven, 2012, p. 163.

⁵⁵³ V. la sentenza del Tribunale *Lisrestal e a. c. Commissione*, cit., punto 42.

Di conseguenza, in tutta la fase delle indagini preliminari, precedente cioè l'avvio di un procedimento vero e proprio, le imprese risultavano sprovviste di diritti di difesa, con il rischio che tali diritti venissero di fatto compromessi in modo irrimediabile⁵⁵⁴.

Tale lacuna è stata colmata dalla Corte di giustizia sul finire degli anni Ottanta.

Il *leading case* in materia è la già citata sentenza *Hoechst c. Commissione* del 1989, in cui la Corte di giustizia era stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di tre decisioni con cui la Commissione aveva disposto accertamenti presso la sede della ricorrente. Quest'ultima sosteneva, infatti, che il potere della Commissione di eseguire perquisizioni in assenza di un previo mandato giudiziario fosse illegittimo tanto alla luce del Regolamento 17/1962 quanto, e soprattutto, alla luce della necessità di tutelare i diritti fondamentali nell'ordinamento "comunitario"⁵⁵⁵.

La Corte ha iniziato il suo ragionamento ricordando che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza (alla stregua, tra l'altro, della CEDU, dotata in proposito di un significato particolare)⁵⁵⁶. Di conseguenza, i poteri di accertamenti attribuiti alla Commissione dal Regolamento 17/1962 devono essere interpretati tenendo conto "in particolare delle esigenze legate al rispetto dei diritti della difesa, principio il cui carattere fondamentale è stato ripetutamente sottolineato dalla giurisprudenza della Corte"⁵⁵⁷.

La Corte ha quindi osservato che proprio la necessità di salvaguardare i diritti di difesa nei procedimenti amministrativi che possono portare all'irrogazione di ammende pone l'esigenza di evitare che tali diritti vengano irrimediabilmente compromessi nell'ambito della fase delle indagini preliminari (che comprendono ad esempio gli accertamenti ispettivi)⁵⁵⁸.

⁵⁵⁴ B. VESTERDORF, *Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self-Incrimination in EC Law: Recent Developments and Current Issues*, in B. E. HAWK (a cura di), *International Antitrust Law & Policy, 2004, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, p. 704.

⁵⁵⁵ *Hoechst c. Commissione*, cit., punto 10.

⁵⁵⁶ Punto 13.

⁵⁵⁷ Punto 14.

⁵⁵⁸ Punto 15. Sul punto, cfr. anche A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., pp. 152-153, che osserva che – alla luce della giurisprudenza della Corte EDU secondo cui l'articolo 6 diviene applicabile dal momento in cui vi è un "impatto sostanziale" sulla situazione dell'accusato (cfr. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 15 luglio 1982 *Eckle c. Germania*, ric. 8130/78, CE:ECHR:1982:0715JUD000813078, punto 73), nel procedimento *antitrust* le garanzie di cui

Di conseguenza, la Corte ha posto il principio per cui “anche se taluni diritti della difesa riguardano unicamente i procedimenti in contraddittorio che seguono a una comunicazione di addebiti, altri diritti [...] devono essere rispettati già dalla fase dell’indagine previa”⁵⁵⁹. Tale principio è stato poi costantemente ribadito dalla giurisprudenza successiva⁵⁶⁰.

all’articolo 6 dovrebbero applicarsi già nella fase delle indagini, posto che queste ultime determinano l’incorrere in costi legati alla difesa.

⁵⁵⁹

Punto 16.

⁵⁶⁰

V., ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia *Orkem c. Commissione*, cit., punto 33; *Aalborg Portland e a. c. Commissione*, cit., punto 63; e la sentenza del Tribunale *AC Treuhand c. Commissione*, cit., punti 23-45, 51.

3. Il diritto alla non autoincriminazione

3.1. Origini e ratio del diritto

Il diritto alla non autoincriminazione (espresso in latino con la locuzione “*nemo tenetur se detegere*”) prevede, nella sua forma più elementare, che nessuno può essere costretto ad affermare la propria responsabilità o a produrre materiale probatorio contro di sé⁵⁶¹.

Per quanto le origini di tale controverso⁵⁶² diritto siano indubbiamente legate alla sfera penalistica⁵⁶³, in anni più recenti esso è stato oggetto di progressivo riconoscimento anche nella sfera delle indagini di natura amministrativa e regolamentare, soprattutto nelle ipotesi in cui un'autorità pubblica sia dotata del potere di imporre ammende di carattere punitivo al termine di un'istruttoria⁵⁶⁴.

Invero, il diritto alla non autoincriminazione costituisce certamente una delle garanzie fondamentali riconosciute nell'ambito dei processi penali di tipo accusatorio, caratterizzati dal principio in base al quale spetta allo Stato dimostrare la colpevolezza dell'imputato. Quest'ultima considerazione ben mette in luce lo stretto legame esistente tra il diritto alla non autoincriminazione e il principio della presunzione di innocenza, che è oggi consacrato nell'articolo 6(2) della CEDU e nell'articolo 48(1) della Carta. Da un lato, entrambi trovano storicamente la loro applicazione primaria nel campo del diritto penale, per quanto nel tempo siano stati applicati anche in altri settori del diritto (nonché, come detto, al di là della sfera giurisdizionale); dall'altro, entrambi sono espressione di una fondamentale regola in tema di ripartizione dell'onere della prova, in base alla quale spetta all'accusa

⁵⁶¹ L. ORTIZ BLANCO, *EU Competition Procedure*, 3^a ed., Oxford, 2013, p. 26.

⁵⁶² Cfr. A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., p. 169, che nota come tale diritto “has often been characterised as one of the most controversial rights invoked by defendants”.

⁵⁶³ Con riguardo alle incerte origini del diritto a non autoincriminarsi, si rinvia a: I. DENNIS, *Instrumental Protection, Human Right or Functional Necessity? Reassessing the Privilege against Self-Incrimination*, in *CLJ*, 1995, 54 (2), p. 342; R. H. HELMHOLZ, C. M. GRAY, J. H. LANGBEIN, E. MOGLEN, H. E. SMITH, *The Privilege Against Self-Incrimination: Its Origins and Development*, Chicago, 1997; A. MACCULLOCH, *The privilege against self-incrimination in competition investigations: theoretical foundations and practical implications*, in *LS*, 2006, 26 (2), p. 213 s.

⁵⁶⁴ A. MACCULLOCH, *op. cit.*, p. 222.

dimostrare la colpevolezza dell'imputato, senza poter ricorrere a materiale probatorio ottenuto con metodi coercitivi⁵⁶⁵.

Al contempo, il diritto alla non autoincriminazione presenta anche profili di similitudine con il diritto al silenzio, per quanto quest'ultimo possa essere in realtà ricompreso nel primo, costituendo uno degli aspetti in cui può esplicarsi il diritto alla non autoincriminazione⁵⁶⁶.

Posto il grande rilievo pratico di tale garanzia, in dottrina sono state avanzate diverse teorie circa la funzione da essa svolta nell'ambito del processo⁵⁶⁷. Due meritano, in particolare, di essere esaminate: la prima fondata su una concezione del diritto alla non autoincriminazione quale strettamente inerente al processo (c.d. "process-based rationale"); la seconda più incline a metterne in luce la natura di vero e proprio diritto fondamentale.

In base alla prima accezione, il diritto alla non autoincriminazione costituisce una "necessità funzionale" nell'ambito del sistema di giustizia penale di natura accusatoria⁵⁶⁸, il cui ruolo è innanzitutto quello di minimizzare il rischio del verificarsi di errori giudiziari⁵⁶⁹. Tale risultato può essere perseguito sia evitando che una persona innocente sia condannata⁵⁷⁰, sia evitando che una persona colpevole si trovi costretta a mentire per evitare la condanna⁵⁷¹. È evidente infatti che l'uso di

⁵⁶⁵ Esemplare, in tal senso, quanto affermato nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 17 dicembre 1996 *Saunders c. Regno Unito*, ric. 19187/91, CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, punto 68: "[t]he 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 is closely linked to the presumption of innocence".

⁵⁶⁶ V. l'opinione dissenziente del giudice Martens nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Saunders c. Regno Unito*, cit., punto 4.

⁵⁶⁷ Sull'importanza di interrogarsi sulla *ratio* del diritto alla non autoincriminazione, v. A. MACCULLOCH, *op. cit.*, p. 211, che nota criticamente come "[m]any discussions of the privilege with regard to competition law look no further than the case-law on the [ECHR] for a full explanation. These discussions overlook several important issues".

⁵⁶⁸ Ritorna, qui, il tema della *ratio* strumentale o utilitaristica dei diritti di difesa, su cui si rimanda a quanto già detto nel **Capitolo I, sub 2.2.** e nel **Capitolo II, sub 4.**

⁵⁶⁹ Così anche la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Saunders c. Regno Unito*, cit., punto 68, in cui si legge che la *ratio* del diritto alla non autoincriminazione risiede tra l'altro "in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice".

⁵⁷⁰ V. I. DENNIS, *op. cit.*, p. 348.

⁵⁷¹ A. MACCULLOCH, *op. cit.*, p. 221 (che richiama, in proposito, il rilievo della teoria dei giochi: v. p. 235). Invero, in quest'accezione, il diritto alla non autoincriminazione serve anche a tutelare l'individuo dall'imposizione di "scelte crudeli" da parte dello Stato (ossia dell'ardua scelta tra mentire, rifiutarsi di rispondere con il rischio che il silenzio sia interpretato come colpevolezza, o rispondere e autoincriminarsi): così I. DENNIS, *op. cit.*, p. 358.

coercizione da parte dell'autorità sull'accusato può mettere a repentaglio l'attendibilità delle informazioni raccolte, anche a prescindere dalla buona o malafede di quest'ultimo⁵⁷².

In base a tale teoria, viene in rilievo altresì la sproporzione di forze esistente tra lo Stato e il cittadino, che giustifica l'idea che il primo – potendo contare su risorse ben più significative del secondo – debba provare il suo teorema accusatorio senza l'aiuto di quest'ultimo, presunto innocente fino a prova contraria⁵⁷³.

D'altro canto, è stato correttamente messo in luce che, così concepito, il diritto alla non autoincriminazione può condurre al riconoscimento di una protezione eccessiva a favore dell'accusato, con la conseguenza di negare allo Stato una gran quantità di materiale probatorio rilevante e affidabile. È chiaro infatti che l'accusato costituisce una fonte assai significativa di materiale probatorio incriminante⁵⁷⁴. In tal senso, la tutela del diritto in questione può condurre a risultati opposti rispetto a quelli perseguiti, ossia a decisioni meno giuste e accurate in termini sostanziali. Appare dunque essenziale operare un attento bilanciamento tra le due opposte esigenze, al fine di non sacrificarne interamente una a favore dell'altra⁵⁷⁵.

⁵⁷² W. P. J. WILS, *Self-Incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, in WOCO, 2003, 26 (4), p. 584: "Information obtained under compulsion may be unreliable for two sets of reasons. On the one hand, [...] undertakings that have indeed committed antitrust violations or their staff may give misleading answers when questioned, in the hope of wrong footing the investigating authorities and thus escaping detection and punishment. The threat of sanctions for untruthful answers may not be effective to the extent that the authorities are believed not to be able to obtain the necessary information to establish the untruthfulness. On the other hand, where the undertakings or persons being investigated are in reality innocent, there is a risk that ingenious questioning will lead less sophisticated respondents to make seemingly inculpatory statements, or, in situations of on the spot oral questioning where psychological or physical pressure is created or felt, the individuals questioned may end up making untruthful inculpatory statements so as to escape from the pressure".

⁵⁷³ I. DENNIS, *op. cit.*, pp. 353-354. In tal senso, v. anche l'opinione dissenziente del giudice Martens nella causa *Saunders c. Regno Unito*, cit., punto 8, in cui vengono accomunati il diritto al silenzio e il diritto a non autoincriminarsi quanto alla *ratio* sottostante: "I think that, historically, both rights must be seen as the very negation of the old, inquisitorial notion that a confession is an indispensable condition for conviction and therefore must, if need be, be extorted".

⁵⁷⁴ Così A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, cit., p. 125; I. DENNIS, *op. cit.*, p. 354. Ciò è particolarmente vero, per quanto riguarda il diritto della concorrenza, nei casi di cartelli, in cui – come nota W. P. J. WILS, *Self-Incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, cit., p. 568 – le imprese che hanno commesso l'infrazione *antitrust* e i loro dipendenti sono spesso gli unici in possesso delle informazioni di cui le autorità di concorrenza hanno bisogno per identificare e sanzionare la violazione.

⁵⁷⁵ V. sul punto B. VESTERDORF, *Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self-Incrimination in EC Law: Recent Developments and Current Issues*, cit., p. 730, che sottolinea come "the importance of surprise to the discovery of truth must be balanced against the probability that unlimited powers may lead the persons under investigation (including innocent ones) to irremediably impair their defence without necessarily contributing to the correctness of the decision to be adopted".

La seconda funzione svolta dal diritto alla non autoincriminazione è invece ricollegata al diritto di ogni individuo a godere di una sfera di *privacy*, cioè alla tutela del diritto di ciascuno di esercitare un controllo sulla diffusione di informazioni sul proprio conto⁵⁷⁶.

Anche con riguardo a questa seconda *ratio* è possibile sollevare talune critiche, *in primis* quella per cui tale esigenza (di stampo prettamente individualistico) deve essere temperata con l'opposta esigenza (di natura pubblica) di tutelare l'interesse della comunità ad acquisire una determinata informazione, determinando quindi incertezza circa l'ampiezza da riconoscere al diritto alla non autoincriminazione⁵⁷⁷. Inoltre, se quest'ultimo viene ancorato al diritto alla *privacy*, da un lato non si capisce come mai non comprenda anche la tutela contro le ispezioni e contro altri tipi di "invasione" che sono senz'altro idonee a ledere il diritto alla riservatezza⁵⁷⁸; dall'altro sembra poco logico limitarlo alle informazioni incriminanti in senso stretto⁵⁷⁹.

Ciò detto, entrambe le teorie in questione forniscono elementi utili a meglio comprendere la *ratio* del diritto alla non autoincriminazione nell'ordinamento dell'Unione e nella giurisprudenza della Corte EDU, e in particolare con riguardo alla sua applicazione nel contesto del procedimento *antitrust*⁵⁸⁰.

Per quanto né le Corti UE né la Corte EDU tendano a soffermarsi in modo approfondito sull'esame delle esigenze che giustificano il riconoscimento di tale diritto⁵⁸¹, si anticipa sin d'ora che da un'analisi della giurisprudenza (e in particolare dalle pronunce della Corte di Strasburgo) emerge una concezione che ricollega il diritto a non autoincriminarsi all'idea della tutela della *privacy*, privilegiando quindi la seconda delle teorie illustrate *supra*. Si può richiamare in proposito la già citata sentenza *Saunders c. Regno Unito*, nella quale la Corte di Strasburgo ha affermato

⁵⁷⁶ A. MACCULLOCH, *op. cit.*, p. 216.

⁵⁷⁷ *Ibid.*

⁵⁷⁸ I. DENNIS, *op. cit.*, p. 357.

⁵⁷⁹ A. MACCULLOCH, *op. cit.*, p. 219.

⁵⁸⁰ A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, cit., p. 126.

⁵⁸¹ Così A. MACCULLOCH, *op. cit.*, pp. 232-233, che osserva che "[i]t is clear from the analysis of the case-law that there is very limited discussion of 'why' the privilege should operate as it does; the main focus being on 'how' the privilege should operate": ciò è perfettamente in linea con quanto già illustrato nel **Capitolo I, sub 2.**, circa l'approccio pratico delle Corti UE nell'attività di elaborazione dei diritti di difesa quali principi generali dell'ordinamento "comunitario".

che il diritto alla non autoincriminazione è “principalmente” volto a tutelare il rispetto della volontà di una persona accusata di rimanere in silenzio⁵⁸².

In proposito, è stato tuttavia osservato in dottrina come tale concezione del diritto a non autoincriminarsi quale “diritto fondamentale” (ricollegato, appunto, al concetto di diritto alla *privacy*) risulterebbe difficilmente trasponibile ad uno scenario in cui la garanzia in questione debba essere applicata a persone giuridiche anziché fisiche⁵⁸³. Invero, in tale ipotesi si perderebbe completamente il legame tra tale garanzia e i concetti della *privacy* e dell’autonomia individuale⁵⁸⁴. E ciò tanto più in quanto ci si troverebbe, per giunta, non in un contesto processuale ma nell’ambito di un procedimento (in senso lato) amministrativo, quale è il procedimento *antitrust*. In quest’ottica, la concezione che vede il diritto a non autoincriminarsi quale elemento inerente alla dinamica processual-procedurale pare forse prestarsi ad una lettura più ampia, idonea a includere quali destinatari anche persone giuridiche⁵⁸⁵.

Resta in ogni caso il fatto incontestabile che la giurisprudenza della Corte EDU si è fino ad ora sempre pronunciata su casi in cui la violazione del diritto a non autoincriminarsi era invocata da persone fisiche, e non da imprese. Tale circostanza, come si vedrà nel prosieguo⁵⁸⁶, è stata ritenuta da vari autori idonea a giustificare il diverso (*rectius*, più restrittivo) approccio delle Corti UE con riguardo all’applicazione di detta garanzia nel procedimento *antitrust*⁵⁸⁷.

⁵⁸² *Saunders c. Regno Unito*, cit., punto 69. In proposito, v. A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, cit., p. 126: l’A. ritiene che la Corte EDU privilegi un’interpretazione del diritto fondata sull’esigenza di tutelare la *privacy* dell’individuo, tenendo al contempo in considerazione i requisiti essenziali a un sistema di giustizia penale di natura accusatoria, quali la presunzione di innocenza e l’allocazione in capo all’autorità inquirente dell’onere di provare la fondatezza dell’accusa.

⁵⁸³ A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, cit., p. 127.

⁵⁸⁴ A. MACCULLOCH, *op. cit.*, p. 234, che correttamente puntualizza che “[o]f course, competition investigations can involve natural persons as the subject of the investigation, and in those situations it would be much easier to justify an analogous extension of the privilege. It could also be argued that questions posed to legal persons are, effectively, answered by natural persons – and the issue may be even more blurred when very small companies, which are closely related to a particular individual, are involved”.

⁵⁸⁵ A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, cit., p. 128: l’A. ricorda però che la c.d. “process-based rationale” del diritto a non autoincriminarsi, per quanto in linea di principio più appropriata per giustificare l’applicazione del diritto alle persone giuridiche, potrebbe essere nella pratica più difficile da conciliare con l’approccio adottato dalle Corti UE, che hanno privilegiato un’interpretazione più restrittiva della garanzia in questione.

⁵⁸⁶ V. *infra*, sub 3.4.

⁵⁸⁷ Così, ad esempio, W. P. J. WILS, *Self-Incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, cit., p. 577.

3.2. Il diritto alla non autoincriminazione nel procedimento antitrust UE

3.2.1. Il riconoscimento di un (limitato) diritto nella sentenza *Orkem*

Il diritto a non autoincriminarsi costituisce un esempio emblematico dell'attività creativa svolta dalle Corti UE per il riconoscimento di un nucleo di diritti di difesa nel procedimento *antitrust*⁵⁸⁸. Infatti, nonostante la normativa UE non contenesse un'affermazione del principio in questione – né in ambito *antitrust*, né in generale⁵⁸⁹ – la giurisprudenza ne ha sancito la “cittadinanza” quale principio generale del diritto “comunitario” già nel 1989, nella già citata sentenza *Orkem c. Commissione*⁵⁹⁰.

La controversia era giunta dinanzi alla Corte di giustizia poiché la ricorrente – nell'ambito di un'indagine della Commissione per presunte violazioni del diritto *antitrust* – aveva impugnato la decisione con cui quest'ultima le ingiungeva formalmente di rispondere a una richiesta di informazioni, sostenendo che ciò violasse i suoi diritti di difesa⁵⁹¹. In particolare, secondo la società, la condotta della Commissione aveva violato il suo diritto a non testimoniare contro se stessa, del quale affermava l'appartenenza al diritto “comunitario” in quanto accolto negli ordinamenti degli Stati membri, nella CEDU e nel patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 16 dicembre 1966⁵⁹².

La Corte di giustizia ha innanzitutto ricordato che, in base al Regolamento 17/1962, la Commissione è dotata di “un ampio potere di controllo e di accertamento”, che comprende in particolare il potere di esigere le informazioni e di procedere agli accertamenti necessari per individuare le trasgressioni alla normativa *antitrust*⁵⁹³. A fronte di tali ampi poteri, alle imprese spettano solo “alcune garanzie

⁵⁸⁸ Sul punto si veda, in generale, J. CALLEWAERT, *The privilege against self-incrimination in European law: an illustration of the impact of the plurality of courts and legal sources on the protection of fundamental rights in Europe*, in *ERA-Forum*, 2004 (4), p. 488 ss.

⁵⁸⁹ Con riguardo alla situazione attuale, v. *infra*, sub 3.2.4.

⁵⁹⁰ V. anche, in termini identici, la sentenza della Corte di giustizia del 18 ottobre 1989 *Solvay c. Commissione*, causa 27/88, EU:C:1989:388.

⁵⁹¹ Detta decisione era stata adottata sulla base dell'articolo 11(5) del Regolamento 17/1962, allora in vigore, che prevedeva che “[s]e un'impresa o un'associazione di imprese non dà le informazioni richieste nel termine stabilito dalla Commissione oppure dà informazioni incomplete, la Commissione le richiede mediante decisione. Tale decisione precisa le informazioni richieste, stabilisce un termine adeguato entro il quale esse devono essere fornite ed indica le sanzioni previste dall'articolo 15, paragrafo 1, lettera b) e dall'articolo 16, paragrafo 1, lettera c), nonché il diritto di presentare ricorso dinanzi alla Corte di Giustizia avverso la decisione”.

⁵⁹² *Orkem c. Commissione*, cit., punto 18.

⁵⁹³ Punto 15.

specifiche” sancite dal Regolamento stesso⁵⁹⁴, che non includono un diritto dell’impresa di sottrarsi alle indagini per il motivo che potrebbe risultarne la prova di un’infrazione⁵⁹⁵. Anzi, la Corte ha rilevato che – al contrario – alle imprese incombe un obbligo di collaborare attivamente con la Commissione, tenendo a disposizione di quest’ultima tutte le informazioni relative all’oggetto dell’indagine⁵⁹⁶.

Preso atto del silenzio della legge, la Corte è passata a esaminare la possibilità di individuare un principio generale di diritto “comunitario” volto a tutelare il diritto delle imprese di non autoincriminarsi⁵⁹⁷, escludendo tuttavia di poter giungere a tale conclusione sulla base di tre considerazioni. In primo luogo, un’analisi comparativa delle normative allora vigenti negli Stati membri “non consente di concludere nel senso dell’esistenza di detto principio comune ai diritti degli Stati membri in favore delle persone giuridiche e per infrazioni di natura economica, in particolare in materia di diritto della concorrenza”⁵⁹⁸. In secondo luogo, la Corte ha osservato che tale principio generale non poteva ricavarsi dall’articolo 6 della CEDU, dando rilievo alla circostanza che “né dal suo dettato né dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo” risultasse l’esistenza di un diritto a non autoincriminarsi⁵⁹⁹. In terzo luogo, neppure il patto internazionale relativo ai diritti civili e politici è stato ritenuto decisivo, posta la sua estraneità alla sfera delle indagini in materia di concorrenza⁶⁰⁰.

Ciò posto, la Corte ha infine ravvisato la possibilità di porre limitazioni ai poteri istruttori della Commissione sulla base della necessità di garantire il rispetto dei diritti della difesa, considerati un principio fondamentale dell’ordinamento giuridico “comunitario” applicabile – come visto *supra*⁶⁰¹ – già nella fase delle indagini preliminari, e che dunque la Commissione non può pregiudicare mediante una decisione di chiedere informazioni⁶⁰². Di conseguenza, la Commissione non può “imporre all’impresa l’obbligo di fornire risposte attraverso le quali questa sarebbe

⁵⁹⁴ Punto 26.

⁵⁹⁵ Punto 27.

⁵⁹⁶ *Ibid.*

⁵⁹⁷ Punto 28.

⁵⁹⁸ Punto 29.

⁵⁹⁹ Punto 30. Interessante l’*obiter dictum* con cui la Corte ha aperto alla possibilità che l’articolo 6 della CEDU si applicasse ai procedimenti *antitrust* a livello “comunitario”.

⁶⁰⁰ Punto 31.

⁶⁰¹ *Sub* 2.3.

⁶⁰² Punti 32-34.

indotta ad ammettere l'esistenza della trasgressione, che deve invece essere provata dalla Commissione"⁶⁰³.

Su questa base, la Corte ha esaminato i quesiti rivolti dalla Commissione alla ricorrente, ritenendo che quelli volti a ottenere semplici "informazioni di fatto" (ad esempio concernenti lo svolgimento di talune riunioni, l'identità dei partecipanti, il funzionamento del sistema di scambi d'informazioni e di statistiche, anche attraverso la produzione di documenti) fossero pienamente legittimi⁶⁰⁴, mentre andassero stralciati quelli volti "ad obbligare la ricorrente ad ammettere la sua partecipazione" all'infrazione (ad esempio, i quesiti inerenti allo scopo dell'attività intrapresa e all'obiettivo perseguito con le iniziative di fissazione dei prezzi)⁶⁰⁵.

L'importanza della pronuncia in questione per la tutela dei diritti di difesa nei procedimenti *antitrust* non deve essere sottovalutata: la scelta del giudice "comunitario" di riconoscere l'esistenza di un (limitato) diritto delle imprese a non autoincriminarsi ha colmato un grave vuoto normativo⁶⁰⁶ e introdotto una limitazione ai poteri di indagine della Commissione, preservando al contempo l'*effet utile* dell'articolo 11 del Regolamento 17/1962⁶⁰⁷. È peraltro interessante notare che, così facendo, la Corte si è discostata dalle conclusioni rese dall'avvocato generale Darmon, che aveva adottato un approccio ben più conservatore, ritenendo che la possibilità di riconoscere un diritto alla non autoincriminazione fosse esclusa *tout court* dalla scelta del legislatore "comunitario" di non sancire tale principio nel Regolamento 17/1962⁶⁰⁸.

Tuttavia, il ragionamento della Corte in *Orkem* solleva altresì talune perplessità.

In primo luogo, la distinzione tra informazioni puramente fattuali (che possono essere chieste) e informazioni che implicano un'ammissione diretta circa l'avvenuta infrazione delle regole *antitrust* (che invece non possono essere chieste) è

⁶⁰³ Punto 35.

⁶⁰⁴ Punti 37 e 40.

⁶⁰⁵ Punti 38 e 39.

⁶⁰⁶ G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 241.

⁶⁰⁷ A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, cit., p. 132.

⁶⁰⁸ V. le conclusioni riunite dell'avvocato generale Darmon rese il 18 maggio 1989 nella causa 374/87 *Orkem c. Commissione*, cit., e nella causa 27/88 *Solvay c. Commissione*, cit., EU:C:1989:207.

decisamente nebulosa e difficile da applicare nella pratica⁶⁰⁹, oltre ad essere scarsamente giustificabile da un punto di vista teorico⁶¹⁰.

Inoltre, e in ogni caso, lo spazio concesso dalla Corte alle imprese per rifiutare di rispondere alle domande della Commissione risulta eccessivamente circoscritto, con la possibilità peraltro che quest'ultima aggiri facilmente i limiti imposti⁶¹¹: infatti, nella misura in cui vengano evitate domande volte a ottenere un'ammissione diretta di responsabilità (c.d. "*leading questions*"), la Commissione in pratica non incontra alcun limite nei suoi poteri di raccogliere informazioni.

È infine interessante sottolineare che, come visto, la Corte di giustizia ha rifiutato di ancorare il diritto a non autoincriminarsi all'articolo 6 CEDU per via del fatto che (oltre a non essere previsto nel dettato di tale disposizione) detto diritto non era riconosciuto dalla relativa giurisprudenza della Corte EDU⁶¹². La situazione è però mutata qualche anno dopo, con la sentenza *Funke c. Francia* del 1993⁶¹³, in cui la Corte di Strasburgo ha esplicitamente affermato l'esistenza di un diritto alla non autoincriminazione quale risultante dall'articolo 6 CEDU, dotato peraltro di confini più ampi di quelli identificati dalla Corte di giustizia⁶¹⁴. Ciò ha condotto alcuni commentatori ad auspicare che le Corti UE modificassero di conseguenza la loro giurisprudenza sul punto, accogliendo un'interpretazione più generosa del diritto in questione⁶¹⁵.

⁶⁰⁹ Così P. OLIVER, T. BOMBOIS, *Competition and Fundamental Rights*, in *JECLAP*, 2016, 7 (10), p. 719.
⁶¹⁰ Sul punto, è stato osservato che la giustificazione di tale distinzione è di regola la necessità di contemperare il diritto alla non autoincriminazione con l'efficienza delle indagini *antitrust*, e che – tuttavia – tale giustificazione può reggere solo con riguardo a una distinzione tra materiale probatorio di origine testimoniale e non testimoniale: cfr. A. MACCULLOCH, *op. cit.*, p. 237.

⁶¹¹ Si può richiamare, in proposito, il "colorito" paragone avanzato in dottrina: "[t]hat prevents the Commission from asking questions of the 'have you stopped beating your wife?' sort" (K. P. E. LASOK, *The privilege against self-incrimination in competition cases*, in *ECLR*, 1990, p. 91), "[b]ut it does permit the Commission to ask for a close examination of her bruises and the instruments by which they were inflicted" (A. RILEY, *Saunders and the power to obtain information in Community and United Kingdom competition law*, in *ELR*, 2000, p. 269).

⁶¹² Sentenza *Orkem c. Commissione*, cit., punto 30. V. successivamente, in termini, la sentenza del Tribunale dell'8 marzo 1995 *Société Générale c. Commissione*, causa T-34/93, EU:T:1995:46.

⁶¹³ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 25 febbraio 1993 *Funke c. Francia*, ric. 10828/84, CE:ECHR:1993:0225JUD001082884.

⁶¹⁴ Sulla giurisprudenza della Corte EDU in tema di diritto alla non autoincriminazione v. *infra*, sub 3.3.
⁶¹⁵ V. sul punto W. B. J. VAN OVERBEEK, *The right to remain silent in competition investigations: the Funke decision of the ECtHR makes revision of the ECJ's case law necessary*, in *ECLR*, 1994 (3), p. 127; P. R. WILLIS, 'You have the right to remain silent...', or do you? *The privilege against self-incrimination following Mannesmannröhren-Werke and other recent decisions*, in *ECLR*, 2001 (8), p. 314 e 318.

Tuttavia, come si vedrà poco oltre, tale auspicio non è stato raccolto.

3.2.2. (segue) La giurisprudenza successiva e il test introdotto nella sentenza PVC II

Nel 2001, il Tribunale ha avuto nuovamente occasione di pronunciarsi sull'esistenza (e sui limiti) di un diritto alla non autoincriminazione nell'ambito dei procedimenti per l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE. L'opportunità si è presentata nell'ambito del ricorso introdotto da un'impresa avverso la decisione con cui la Commissione le ingiungeva di rispondere a una richiesta di informazioni (minacciando l'imposizione di una penalità di mora), dopo che già si era rifiutata di rispondere taluni quesiti in quanto ritenuti contrari al diritto di non testimoniare contro se stessi⁶¹⁶.

Tale sentenza è particolarmente significativa perché, come accennato, è intervenuta in un momento in cui una delle premesse dell'analisi svolta dalla Corte in *Orkem* (ossia, l'assenza di una giurisprudenza della Corte EDU sul diritto alla non autoincriminazione) non era più valida, posto che nel frattempo erano intervenute diverse pronunce di quest'ultimo giudice in merito alla garanzia procedurale in questione. Non a caso, la ricorrente ha espressamente richiamato la sentenza *Funke c. Francia* della Corte di Strasburgo, affermando che "la protezione conferita dall'art. 6 della CEDU supera nettamente quella dei principi enunciati nella sentenza *Orkem*"⁶¹⁷.

Tuttavia, tale circostanza non ha inciso sul ragionamento del Tribunale, che si è limitato a rilevare "preliminarmente" la propria incompetenza a valutare la legittimità di un accertamento in materia di diritto della concorrenza alla luce delle disposizioni della CEDU, "in quanto queste ultime non rientrano in quanto tali nel diritto comunitario"⁶¹⁸ e, dunque, "la ricorrente non può invocare direttamente la CEDU dinanzi al giudice comunitario"⁶¹⁹.

Il Tribunale ha poi riproposto punto per punto le argomentazioni sviluppate dalla Corte di giustizia in *Orkem*, riaffermando da un lato il dovere delle imprese di

⁶¹⁶ V. la sentenza del Tribunale del 20 febbraio 2001 *Mannesmannröhren-Werke c. Commissione*, causa T-112/98, EU:T:2001:61.

⁶¹⁷ *Id.*, punto 36.

⁶¹⁸ Punto 59.

⁶¹⁹ Punto 75.

collaborare attivamente con la Commissione nella fase delle indagini, dall'altro la necessità di evitare che i diritti di difesa delle stesse risultino irrimediabilmente compromessi già in tale fase preliminare⁶²⁰.

La rigorosa delimitazione dei confini del diritto alla non autoincriminazione si pone dunque come necessaria, secondo il Tribunale, posto che “[i]l riconoscimento di un diritto al silenzio assoluto, invocato dalla ricorrente, andrebbe infatti oltre quanto necessario per preservare i diritti della difesa delle imprese e costituirebbe un ostacolo ingiustificato allo svolgimento, da parte della Commissione, del compito di vigilanza sul rispetto delle regole di concorrenza nel mercato comune che le è attribuito” dal Trattato⁶²¹.

Infine, il Tribunale ha difeso la distinzione tra domande fattuali e richieste di documenti preesistenti (ammissibili) e domande autoincriminanti (inammissibili), precisando che comunque “nulla impedisce al destinatario [dei quesiti] di dimostrare, in un momento successivo nell’ambito del procedimento amministrativo o nel corso di un procedimento dinanzi al giudice comunitario, nell’esercizio dei suoi diritti di difesa, che i fatti esposti nelle risposte e o i documenti comunicati hanno un significato diverso da quello considerato dalla Commissione”⁶²².

Il limitato ambito applicativo del diritto alla non autoincriminazione già affermato nel precedente *Orkem c. Commissione* è stato dunque ribadito dal Tribunale sostanzialmente nei medesimi termini⁶²³. Di conseguenza, resta valido il giudizio circa la difficile applicabilità pratica della distinzione tra domande ammissibili e inammissibili, nonché sull’incertezza che ne circonda i confini⁶²⁴.

Con riguardo poi alla questione della possibilità di fondare l’esistenza di un diritto alla non autoincriminazione nel procedimento *antitrust* UE sull’articolo 6 della CEDU, è appena il caso di osservare che, come affermato da Willis, il Tribunale

⁶²⁰ Punti 60-65.

⁶²¹ Punto 66.

⁶²² Punto 78. In base a tali premesse, il Tribunale ha annullato la decisione nella parte in cui obbligava la ricorrente a rispondere a quesiti che potevano condurla ad ammettere la sua eventuale partecipazione a un accordo anticoncorrenziale (quali, ad esempio, domande di descrivere l’oggetto delle riunioni alle quali essa avrebbe partecipato e le decisioni adottate nel corso delle stesse), accettando invece le domande circa date, luoghi e nomi delle imprese e dei rappresentanti delle stesse che avevano partecipato alle riunioni, nonché le richieste di produrre documenti sugli stessi punti: v. punti 71 e 79. Cfr. in tal senso A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, cit., p. 133.

⁶²⁴ V. in particolare le critiche sollevate da A. MACCULLOCH, *op. cit.*, pp. 235-236.

sembra aver “cambiato le regole durante il gioco”: prima che la Corte EDU accettasse che l’articolo 6 conferisce un diritto al silenzio, la Corte di giustizia era pronta ad ammettere che tale disposizione si applicasse ai procedimenti in materia di concorrenza; una volta che la Corte EDU ha sancito che l’articolo 6 comprende il diritto in questione, il Tribunale ha ritenuto che detta norma non si applica⁶²⁵.

Un anno dopo, la Corte di giustizia si è trovata a statuire ancora una volta su una presunta violazione del diritto alla non autoincriminazione nell’ambito della complessa saga *PVC II*⁶²⁶. Tale pronuncia è degna di nota per due motivi.

Il primo è che la Corte ha – finalmente – menzionato in modo esplicito la presenza di precedenti rilevanti della Corte EDU, dando conto del fatto (considerato addirittura “*pacifico*”) che, successivamente alla sentenza *Orkem*, la giurisprudenza della Corte EDU ha conosciuto nuovi sviluppi di cui “il giudice comunitario deve tener conto in sede di interpretazione dei diritti fondamentali”⁶²⁷. Nel merito, tuttavia, la Corte si è limitata ad escludere la possibilità di censurare la sentenza impugnata a motivo dell’evoluzione della giurisprudenza della CEDU, senza affrontare oltre la questione⁶²⁸.

Il secondo motivo per cui la sentenza c.d. *PVC II* deve essere menzionata è che in tale occasione la Corte, confermando le conclusioni a cui era giunto in primo grado il Tribunale⁶²⁹, ha formulato un *test* (asseritamente in linea con la giurisprudenza della Corte EDU⁶³⁰) per identificare eventuali infrazioni del diritto alla non autoincriminazione, fondato sulla necessaria compresenza di due criteri: “da un lato, l’esigenza che venga esercitata una coercizione sul soggetto sospettato per ottenere da quest’ultimo talune informazioni e, dall’altro, la necessità di una verifica dell’esistenza di un’offesa effettiva al diritto”⁶³¹. Laddove i due criteri in questione

⁶²⁵ P. R. WILLIS, ‘You have the right to remain silent...’, or do you? *The privilege against self-incrimination following Mannesmannröhren-Werke and other recent decisions*, cit., p. 319.

⁶²⁶ V. la sentenza della Corte di giustizia del 15 ottobre 2002 *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione*, cause riunite C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P to C-252/99 P and C-254/99 P, EU:C:2002:582, con commento di R. WESSELING, in *CMLR*, 2004 (41), p. 1141 ss.

⁶²⁷ *Id.*, punto 274.

⁶²⁸ Punto 276.

⁶²⁹ V. la sentenza del Tribunale del 20 aprile 1999 *LVM c. Commissione*, cause riunite T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 e T-335/94, EU:T:1999:80.

⁶³⁰ Sul punto v. però *infra*, sub 3.5.

⁶³¹ Sentenza *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione*, cit., punto 275.

non siano soddisfatti, il diritto non risulta violato, neppure nell'ipotesi in cui le domande poste all'impresa siano effettivamente illegittime.

Tale *test*, che è stato applicato dalle Corti UE anche nelle pronunce successive sul tema del diritto di non autoincriminarsi⁶³², merita di essere analizzato nel dettaglio, in quanto definisce tuttora l'ambito applicativo del diritto in questione nell'ordinamento dell'Unione⁶³³.

3.2.2.1. Il primo criterio: l'elemento di coercizione

Con riguardo al primo criterio, consistente nella presenza di un elemento di coercizione, si ritiene che lo stesso sia pienamente condivisibile, e ciò in base a entrambe le funzioni che il diritto di non autoincriminarsi può rivestire nell'ambito del procedimento (sia la tutela della *privacy* e dell'autodeterminazione del convenuto, sia il corretto svolgimento del procedimento vero e proprio)⁶³⁴: invero, in assenza di un elemento coercitivo non si vedono ragioni per le quali un'impresa potrebbe essere spinta a fornire risposte a domande potenzialmente incriminanti⁶³⁵. Laddove, peraltro, quest'ultima decida spontaneamente di rendere tali risposte (ad esempio in cambio di uno sconto sull'ammenda, nell'ambito del programma di *leniency*⁶³⁶), si ritiene che detta scelta possa ben costituire una rinuncia al diritto alla non autoincriminazione⁶³⁷, purché sia fatta con la consapevolezza delle possibili conseguenze negative.

⁶³² V., ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia del 29 giugno 2006 *Commissione c. SGL Carbon AG*, causa C-301/4 P, EU:C:2006:432; del 25 gennaio 2007 *Dalmine c. Commissione*, causa C-407/04 P, EU:C:2007:53.

⁶³³ Il riferimento all'ordinamento UE è d'obbligo alla luce della sentenza della Corte di giustizia del 10 novembre 1993 *Otto c. Postbank*, causa C-60/92, EU:C:1993:876 (con commento di C. S. KERSE, in *CMLR*, 1994 (31), p. 1375 ss.), in cui la Corte – in ossequio all'autonomia procedurale degli Stati membri – ha sancito che il principio affermato in *Orkem* non è trasponibile ai procedimenti nazionali di *private enforcement* della disciplina *antitrust* (punto 17).

⁶³⁴ Sul punto v. quanto esposto *supra*, sub 3.1.

⁶³⁵ Cfr. in tal senso B. VESTERDORF, *Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self-Incrimination in EC Law: Recent Developments and Current Issues*, cit., p. 716, secondo cui “[t]his requirement is perfectly in line with the rationale of the privilege, because coercion is the main element that may induce a person (including an innocent one) to make statements that would seem prima facie incriminating and on which he will not be able to cast a new light at later stages of the proceedings”.

⁶³⁶ *Contra* J. SCHWARZE, R. BECHTOLD, *op. cit.*, p. 55 ss., secondo cui “[i]n practice, no undertaking can afford not to make use of the Leniency Notice. [...] Therefore, the rights of defence and, in particular, the right not to be compelled to confess an infringement have become worthless under the Leniency Notice. The Leniency Notice not only provides an incentive to cooperate, it compels the undertaking to cooperate, and, furthermore, puts extensive (or even excessive) pressure on undertakings to confess”.

⁶³⁷ In senso conforme all'opinione riportata nel testo, v. ad esempio la sentenza del Tribunale *Amann & Söhne e Cousin Filterie c. Commissione*, cit., punto 329: “il fatto che un'impresa fornisca nondimeno

Peraltro, alla luce della possibilità (introdotta dal Regolamento 1/2003, e già discussa in precedenza⁶³⁸) della Commissione di scegliere tra due diverse modalità procedurali per inviare richieste di informazioni alle imprese, l'elemento di coercizione vale oggi a definire l'ambito applicativo *ratione materiae* della garanzia in questione.

Nello specifico, il diritto alla non autoincriminazione potrà trovare applicazione soltanto nell'ipotesi di richieste fatte mediante decisione *ex* articolo 18(3), data la facoltà della Commissione di sanzionare le mancate risposte (da cui, quindi, la presenza di un elemento coercitivo). Al contrario, laddove un quesito potenzialmente autoincriminante sia posto mediante richiesta di informazioni "semplice" (ai sensi dell'articolo 18(2) del Regolamento 1/2003) non vi sarebbe possibilità di ravvisare una violazione del diritto alla non autoincriminazione, data la natura non vincolante della richiesta e l'impossibilità per la Commissione di sanzionare eventuali rifiuti di rispondere. Lo stesso nel caso delle informazioni raccolte dalla Commissione da persone fisiche e giuridiche ai sensi dell'articolo 19, data l'esplicita condizione che le stesse devono acconsentirvi⁶³⁹.

L'elemento di coercizione assume altresì rilievo per delimitare l'ambito applicativo *ratione personae* del diritto nell'ordinamento UE. In proposito, ci si è posti in dottrina il problema di stabilire se, nell'esercizio da parte della Commissione del potere di raccogliere informazioni da "qualsiasi rappresentante o membro del personale dell'impresa" in merito a spiegazioni su fatti o documenti relativi

informazioni su tali punti deve essere considerato come una collaborazione spontanea dell'impresa che può giustificare una riduzione di ammenda in applicazione della comunicazione sulla cooperazione [...]. Risulta parimenti dalla giurisprudenza che, in questa stessa ipotesi, le imprese non possono asserire che il loro diritto a non autoincriminarsi sia stato violato per il fatto che esse hanno risposto spontaneamente a richieste siffatte [...]". *Contra* M. VEENBRINK, *The Privilege against Self-Incrimination in EU Competition Law: A Deafening Silence?*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2015, 42 (2), pp. 140-141, secondo cui tale approccio sarebbe contrario agli *standard* del diritto penale, in base ai quali il materiale probatorio ottenuto mediante coercizione dovrebbe in linea di principio essere escluso, senza la possibilità per l'interessato di rinunciare al diritto.

V. *sub* 2.1.

Secondo L. ORTIZ BLANCO, *op. cit.*, p. 286, anche le indagini settoriali condotte dalla Commissione in base all'articolo 17 comprendono un elemento di coercizione, posto che il rifiuto di collaborare attivamente con la Commissione può condurre all'applicazione di ammende (*ex* articolo 23(1)(b) e 24(1)(d) del Regolamento 1/2003).

⁶³⁸

⁶³⁹

all'oggetto e allo scopo degli accertamenti⁶⁴⁰, tali soggetti possano o meno invocare il diritto di non autoincriminarsi⁶⁴¹.

Posto che, come noto, la Commissione non è autorizzata a imporre ammende direttamente agli individui coinvolti nelle infrazioni *antitrust*, la soluzione più soddisfacente è senza dubbio quella proposta da Vesterdorf⁶⁴², secondo cui ciò che rileva è la possibilità di imputare all'impresa le dichiarazioni rese dagli individui che a vario titolo fanno parte, dato che soltanto l'impresa può essere sanzionata per eventuali risposte inesatte o fuorvianti.

Sul punto, viene in soccorso il disposto dell'articolo 4(3) del Regolamento 773/2004, che prevede espressamente la possibilità un'impresa comunichi alla Commissione "le eventuali rettifiche, modificazioni o integrazioni da apportare ai chiarimenti forniti dal membro del personale", laddove quest'ultimo "non sia o non sia stato autorizzato dall'impresa o dalla associazione di imprese a fornire chiarimenti a nome delle stesse" senza menzionare invece un'analoga facoltà per le dichiarazioni rese dai "rappresentanti". Da ciò si può dedurre che, di norma, i rappresentanti dell'impresa saranno considerati quali autorizzati a parlare e agire in nome della stessa, potendo di conseguenza invocare il diritto a non autoincriminarsi per conto di quest'ultima⁶⁴³.

3.2.2.2. Il secondo criterio: l'interferenza con il diritto di non autoincriminarsi

Nella sentenza *PVC II*, la Corte di giustizia ha posto altresì la necessità "di una verifica dell'esistenza di un'offesa effettiva al diritto"⁶⁴⁴, ossia di una interferenza con il diritto alla non autoincriminazione.

⁶⁴⁰ Articolo 20(2)(e) del Regolamento 1/2003.

⁶⁴¹ Per un'interessante analisi circa il potere della Commissione di raccogliere informazioni direttamente dai dipendenti dell'impresa e, in particolare, circa il potenziale rischio che quest'ultimi siano destinatari di sanzioni penali da parte degli Stati membri o di stati terzi in conseguenza dell'esercizio del potere in questione, si rinvia a J. S. VENIT, T. LOUKO, *The Commission's New Power to Question and its Implications on Human Rights*, in B. E. HAWK (a cura di), *op. cit.*, p. 675 ss.

⁶⁴² B. VESTERDORF, *Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self-Incrimination in EC Law: Recent Developments and Current Issues*, cit., p. 727 ss.

⁶⁴³ *Id.*, p. 728. *Contra* M. VEENBRINK, *op. cit.*, p. 133: secondo tale A., tutti i dipendenti di un'impresa fanno parte della stessa nel corso della durata del rapporto lavorativo, e, di conseguenza, devono poter invocare direttamente il diritto alla non autoincriminazione.

⁶⁴⁴ Sentenza *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione*, cit., punto 275.

Come tale, questo secondo criterio è espressione del principio generale in base al quale non tutte le irregolarità procedurali sono tali da viziare una decisione: al contrario, spetta a chi introduce un ricorso in annullamento dimostrare quantomeno la possibilità che l'atto impugnato sarebbe stato diverso in assenza dell'irregolarità in questione⁶⁴⁵.

3.2.3. (segue) La situazione attuale: le incertezze sui confini del diritto derivanti dalle pronunce più recenti delle Corti UE

Prima di passare all'analisi della giurisprudenza della Corte EDU, si ritiene opportuno soffermarsi brevemente sullo stato attuale della giurisprudenza UE in tema di diritto alla non autoincriminazione, stante il fatto che le pronunce analizzate nelle sezioni precedenti risalgono ormai a più di vent'anni fa.

In proposito, si deve innanzitutto rilevare che, nelle pochissime pronunce rese sul diritto nei procedimenti *antitrust* degli ultimi anni, le Corti UE hanno sostanzialmente ribadito tanto i principi stabiliti nella sentenza *Orkem*, quanto il *test* elaborato in *PVC II*⁶⁴⁶. Si può dunque affermare che questi ultimi costituiscono tuttora il modello di riferimento utilizzato dal giudice dell'Unione per analizzare la fondatezza degli argomenti sull'esistenza di violazioni del diritto alla non autoincriminazione nel procedimento dinanzi alla Commissione.

Ciò premesso, occorre altresì sottolineare che non sono mancate pronunce che – anche di recente – hanno mostrato di mettere in dubbio il summenzionato paradigma, segnalando che i confini del diritto alla non autoincriminazione nel procedimento *antitrust* sono ancora passibili di modifiche.

In tal senso si richiama, in particolare, la sentenza del Tribunale del 2004 nella causa *Tokai Carbon c. Commissione*⁶⁴⁷: qui il giudice di primo grado, pur riaffermando i principi stabiliti nella giurisprudenza *Mannesmannröhren-Werke*, ha mostrato di favorire un'interpretazione più ampia dell'ambito applicativo del diritto

⁶⁴⁵ L. ORTIZ BLANCO, *op. cit.*, p. 21.

⁶⁴⁶ V., ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia del 24 settembre 2009 *Erste Group Bank AG e a. c. Commissione*, cause riunite C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P, EU:C:2009:576, punto 271.

⁶⁴⁷ Sentenza del Tribunale del 29 aprile 2004, cause riunite T-236, 239, 244-246 e 251-252/01, EU:T:2004:118.

in questione. Nello specifico, il Tribunale ha ritenuto fossero compresi nella sfera del diritto alla non autoincriminazione una serie di documenti preesistenti afferenti a riunioni controverse, quali “le domande intese a ottenere i verbali delle citate riunioni, i documenti di lavoro e i documenti preparatori ad esse relativi, le note manoscritte afferenti, le note e le conclusioni sulle riunioni stesse, i documenti di pianificazione e di discussione, nonché i progetti esecutivi”⁶⁴⁸.

La sentenza è stata accolta con allarme da coloro che notavano come – alla luce dell’ampiezza delle informazioni ritenute inammissibili – l’attività di *enforcement* della Commissione sarebbe dovuta divenire dipendente vuoi dalla cooperazione volontaria delle imprese, vuoi dal ricorso alle ispezioni a sorpresa⁶⁴⁹. Tuttavia, in sede di appello la Corte di giustizia ha annullato la pronuncia del Tribunale, reiterando i principi già affermati nella giurisprudenza precedente⁶⁵⁰.

Da ultimo, vale la pena richiamare la recente causa *Buzzi Unicem c. Commissione*, nella quale il ragionamento effettuato dal Tribunale nel 2014⁶⁵¹ pare difficilmente conciliabile con i principi stabiliti nella sentenza *Orkem*⁶⁵².

La ricorrente aveva proposto ricorso dinanzi al Tribunale per chiedere l’annullamento della decisione con cui la Commissione le ordinava di rispondere a una richiesta di informazioni, sostenendo tra l’altro che la stessa violasse il suo diritto di non autoincriminarsi. Il Tribunale ha riconosciuto che una delle domande poste dalla Commissione (con cui si chiedeva alla ricorrente di prendere posizione sul metodo che occorrerebbe seguire per calcolare il margine lordo trimestrale) “non [poteva] essere qualificata come riguardante meri aspetti di fatto giacché essa [richiedeva] alla ricorrente di fornire una valutazione”⁶⁵³. Al contrario, la risposta dell’impresa poteva costituire “un indizio rivelatore dell’esistenza di pratiche restrittive della concorrenza”⁶⁵⁴.

⁶⁴⁸ *Id.*, punto 408.

⁶⁴⁹ L. ORTIZ BLANCO, *op. cit.*, p. 308.

⁶⁵⁰ V. la sentenza della Corte di giustizia *Commissione c. SGL Carbon AG*, cit.

⁶⁵¹ V. la sentenza del Tribunale del 14 marzo 2014, causa T-297/11, EU:T:2014:122, annullata in appello dalla sentenza della Corte di giustizia del 10 marzo 2016, causa C-267/14 P, EU:C:2015:696 (che tuttavia non si è pronunciata sul tema del diritto alla non autoincriminazione).

⁶⁵² Cfr. P. OLIVER, T. BOMBOIS, *Competition and Fundamental Rights*, in *JECLAP*, 2015, 6 (8), p. 606.

⁶⁵³ Sentenza del Tribunale *Buzzi Unicem c. Commissione*, cit., punto 67.

⁶⁵⁴ Punto 73.

Tuttavia, secondo il Tribunale, quelle domande che “comportano una risposta la cui interpretazione, presa in considerazione dalla Commissione, potrà essere contestata dall’impresa interessata” semplicemente adducendo “un’argomentazione che ponga in una luce diversa i fatti accertati dalla Commissione e che consenta, quindi, di sostituire una spiegazione plausibile dei fatti diversa [...] non creano a vantaggio [dell’impresa] un diritto al silenzio”⁶⁵⁵. Diverso è invece il caso in cui la Commissione ponga all’impresa domande da cui trarre elementi di prova che potrebbero essere contestati da quest’ultima soltanto dimostrando “che si sia verificata una circostanza atta a pregiudicare il valore probatorio di tali elementi di prova”, e non semplicemente “[evocando] la possibilità che si sia verificata” una tale circostanza, applicandosi in questa seconda ipotesi il diritto al silenzio⁶⁵⁶.

In sede di impugnazione della pronuncia resa dal Tribunale, l’avvocato generale Wahl ha rilevato come il giudice di prime cure avesse fornito “un’interpretazione errata del diritto a non autoincriminarsi”⁶⁵⁷. Correttamente, l’avvocato generale ha sottolineato che la mancata richiesta di informazioni di carattere soggettivo ad un’impresa (o, in altri termini, il fatto che i quesiti posti siano “puramente fattuali”) “non esclude la possibilità che, a determinate condizioni, possa essere violato il diritto di tale impresa a non autoincriminarsi”⁶⁵⁸. Invero, come chiarito dalla Corte nella propria giurisprudenza, la verifica da compiere per identificare un’autoincriminazione “consiste nello stabilire se una risposta fornita da un’impresa equivarrebbe effettivamente all’ammissione di un’infrazione”⁶⁵⁹; di conseguenza, secondo l’avvocato generale, “la Commissione non può formulare domande la cui risposta potrebbe comportare un’ammissione di colpa da parte dell’impresa in questione”⁶⁶⁰. Pertanto, “una domanda può, a determinate condizioni, essere censurabile perché la risposta ad essa potrebbe implicare un’ammissione di responsabilità anche se riguarda soltanto fatti e non è richiesta alcuna opinione rispetto ad essi”⁶⁶¹.

⁶⁵⁵ Punto 76.

⁶⁵⁶ Punto 77.

⁶⁵⁷ Conclusioni dell’avvocato generale Wahl rese il 15 ottobre 2015 nella causa C-267/14 P *Buzzi Unicem c. Commissione*, EU:C:2015:696, punto 77.

⁶⁵⁸ *Ibid.*

⁶⁵⁹ Punto 78 (enfasi già nel testo).

⁶⁶⁰ Punto 79 (enfasi già nel testo).

⁶⁶¹ Punto 82.

Per quanto, come già accennato, la Corte non si sia pronunciata sulla questione in oggetto, annullando la pronuncia *de qua* per motivi diversi⁶⁶², le conclusioni rese dall'avvocato generale Wahl sollevano dubbi condivisibili circa l'interpretazione eccessivamente restrittiva che le Corti UE forniscono ormai del diritto alla non autoincriminazione. Si ritiene quindi plausibile che, in futuro, la questione sia rivisitata, auspicabilmente alla luce dei suggerimenti dell'avvocato generale.

3.2.4. Le tutele esistenti a livello legislativo

Premessa l'assoluta preminenza del formante giurisprudenziale nell'assicurare un riconoscimento e una tutela del diritto di non autoincriminarsi nel procedimento *antitrust* a livello UE, si deve sottolineare come tale diritto risulti oggi menzionato anche nelle fonti legislative, per quanto in misura decisamente limitata (in linea, d'altro canto, con il limitato ambito del relativo riconoscimento giudiziale)⁶⁶³.

Partendo dalle fonti di rango primario, il diritto alla non autoincriminazione non è ivi previsto *claris verbis*. L'articolo 48(1) della Carta dei diritti fondamentali menziona esclusivamente il principio della presunzione di innocenza, che è considerato dalle Corti UE pacificamente applicabile al procedimento in materia di concorrenza⁶⁶⁴. Allo stesso modo, l'articolo 6 della CEDU non prevede esplicitamente un diritto di non autoincriminarsi, per quanto la Corte EDU abbia

⁶⁶² Sul punto, v. P. OLIVER, T. BOMBOIS, *Competition and Fundamental Rights*, 2016, cit., p. 719, che osservano che “[p]erhaps it is not altogether surprising that the Court avoided grasping the Orkem nettle. Nevertheless, a major question mark is now left”.

⁶⁶³ *A latere*, è opportuno menzionare che il diritto al silenzio e il diritto di non autoincriminarsi sono oggi protetti in modo esplicito a livello UE dalla direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, in GUUE 65 dell'11.3.2016, pp. 1-11, *sub* articolo 7. Tuttavia, come precisato dai considerando nn. 11 e 14 della direttiva stessa, tale diritto non si applica alle persone giuridiche né ai procedimenti *antitrust*.

⁶⁶⁴ V., *ex multis*, la sentenza della Corte di giustizia dell'8 luglio 1999 C-199/92 P, *Hüls c. Commissione*, EU:C:1999:358, punto 150, in cui peraltro viene espressamente richiamata la giurisprudenza della Corte EDU: “[o]ccorre ammettere altresì che, considerata la natura delle infrazioni di cui trattasi nonché la natura e il grado di severità delle sanzioni che vi sono connesse, il principio della presunzione d'innocenza si applica alle procedure relative a violazioni delle norme sulla concorrenza applicabili alle imprese che possono sfociare nella pronuncia di multe o ammende (v., in tal senso, in particolare, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze 21 febbraio 1984, *Öztürk*, serie A n. 73, e 25 agosto 1987, *Lutz*, serie A n. 123-A)”.

spesso affermato che quest'ultimo costituisce "il cuore della nozione di giusto processo di cui all'articolo 6"⁶⁶⁵.

Con riguardo al diritto derivato, il Regolamento 17/1962 non menzionava in alcun modo la garanzia in questione, circostanza che ha senza alcun dubbio inciso sull'ampiezza del riconoscimento del principio da parte della giurisprudenza. Invero, la questione dell'inserimento nel Regolamento 17/1962 di un'espressa previsione della facoltà di rifiutarsi di testimoniare era stata sollevata nel corso della procedura legislativa dalla c.d. *Relazione Deringer*, redatta da una commissione parlamentare e ripresa da una risoluzione del Parlamento europeo; tuttavia – significativamente – il Consiglio aveva deciso di non darvi seguito⁶⁶⁶, segnalando la volontà di non offrire cittadinanza al diritto in questione⁶⁶⁷.

La situazione è in parte cambiata con l'approvazione del Regolamento 1/2003, il cui considerando n. 23 prevede che "[n]el conformarsi a una decisione della Commissione le imprese non possono essere costrette ad ammettere di aver commesso un'infrazione, ma sono in ogni caso tenute a rispondere a quesiti concreti e a fornire documenti, anche se tali informazioni possono essere utilizzate per accertare contro di esse o contro un'altra impresa l'esistenza di un'infrazione". Tale

⁶⁶⁵ V., ad esempio, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Saunders c. Regno Unito*, cit., punto 68 (nostra traduzione).

⁶⁶⁶ Sul punto, si rinvia alla ricostruzione della genesi del Regolamento 17/1962 effettuata dall'avvocato generale Darmon nelle conclusioni rese nella causa *Orkem c. Commissione*, cit., punti 90-91: "[a]l momento dell'esame, da parte del Parlamento europeo, della proposta di regolamento che avrebbe dovuto diventare il regolamento n. 17, Deringer preparò una relazione in nome della commissione del mercato interno. La 'Relazione Deringer' comporta, al paragrafo 121, osservazioni di alcune delle quali è bene far menzione in questa sede. Circa la disposizione della proposta di regolamento relativa alle richieste d'informazioni, così vi era indicato: 'La vostra commissione ritiene che tale normativa non corrisponda in più punti ai principi generali vigenti in uno Stato di diritto, con la conseguenza che tale regolamento rischia l'annullamento da parte della Corte di giustizia' (p. 30). In proposito la relazione precisava che 'in ogni caso, ogni persona tenuta a fornire informazioni deve avere il diritto di rifiutarsi di testimoniare' (p. 30). Sulla base di detta relazione, la commissione del mercato interno presentò al Parlamento una proposta di risoluzione intesa ad emendare, in numerosi punti, la proposta di regolamento sottoposta. [...] La risoluzione adottata dal Parlamento nel corso della seduta 19 ottobre 1961 riprendeva questa formulazione (GU del 15.11.1961, pag. 1406/61). Orbene, come sappiamo, il Consiglio non ha ripreso tale emendamento nel testo definitivo".

⁶⁶⁷ Cfr. A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., p. 165, che richiama – con riguardo alla *ratio* della scelta legislativa di escludere il diritto alla non autoincriminazione dal Regolamento 17/1962 – le parole dell'avvocato generale Warner nelle conclusioni rese il 20 gennaio 1981 nella causa 155/79 *AM & S c. Commissione*, EU:C:1981:9, p. 1621: "[s]i può pensare che il Consiglio abbia voluto escludere dall'attuale art. 11 del regolamento la norma per cui una persona non può essere obbligata a rispondere a un interrogatorio come quello suddetto, poiché altrimenti sarebbe stato eluso lo scopo essenziale di detto articolo o, quanto meno, questo sarebbe stato reso in gran parte inoperante".

formulazione del diritto di non autoincriminarsi costituisce evidentemente una traduzione dei principi affermati dalla giurisprudenza nei precedenti analizzati *supra* (sub 3.2.1. e 3.2.2.), in particolare nelle sentenze *Orkem c. Commissione* e *Mannesmannröhren-Werke c. Commissione*. D’altro canto, si deve sottolineare la natura non vincolante del preambolo, che rende l’affermazione del principio giuridicamente non vincolante.

In aggiunta, il diritto alla non autoincriminazione risulta oggi espressamente menzionato e regolato negli atti di *soft law* della Commissione⁶⁶⁸.

In particolare, la Comunicazione sulle migliori pratiche in materia di procedimenti contiene diverse disposizioni rilevanti sul punto. Così, si prevede che, nell’ambito di richieste di informazioni mediante decisione, le imprese siano destinatarie di una dichiarazione volta a informarle in modo esplicito del loro diritto di non contribuire alla propria autoincriminazione⁶⁶⁹.

È inoltre sancita la possibilità che un’impresa destinataria di una richiesta di informazioni “semplice” – laddove voglia invocare il diritto alla non autoincriminazione – sottoponga la questione al consigliere-auditore, nel rispetto dei termini previsti per rispondere alla richiesta⁶⁷⁰. Laddove appropriato, e tenuto conto della necessità di evitare un indebito ritardo nel procedimento, il consigliere-auditore può formulare una raccomandazione motivata riguardo all’applicabilità della garanzia, e le sue conclusioni devono essere tenute in debito conto in caso di successiva adozione di una decisione *ex articolo 18(3)*⁶⁷¹.

⁶⁶⁸ Sull’importanza di tale categoria di atti nell’ambito del diritto *antitrust*, v. quanto detto *supra*, **Capitolo II, sub 3.3.**

⁶⁶⁹ Punto 36. In aggiunta, al punto 15 è previsto che “[n]ell’ambito della richiesta di informazioni [i destinatari] vengono inoltre informati del fatto che, se l’esistenza del comportamento oggetto dell’indagine dovesse essere confermata, essa potrebbe costituire un’infrazione degli articoli 101 e/o 102 del TFUE”. Tuttavia, come osservato da A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, cit., p. 72, non è previsto un avvertimento simile in occasione delle ispezioni, e comunque “this requirement is only laid down in an administrative statement which, despite giving rise to legitimate expectations vis-à-vis the Commission, does not appear to have been sanctioned by the ECJ so far”.

⁶⁷⁰ *Ibid.* Disposizioni sul punto sono state altresì introdotte in occasione della revisione del mandato del consigliere-auditore nel 2011: v. il considerando 10 e l’articolo 4(b).

⁶⁷¹ Cfr. L. ORTIZ BLANCO, *op. cit.*, p. 309, che nota come tale procedura consenta di intavolare, già a uno stadio iniziale della procedura, discussioni con il destinatario di una richiesta di informazioni circa la possibile natura autoincriminante di talune domande.

Il diritto in questione è altresì oggetto di diverse previsioni del *ManProc*, che costituiscono una traduzione dei principi giurisprudenziali sul punto⁶⁷².

3.3. Il diritto alla non autoincriminazione nella giurisprudenza della Corte EDU

Come anticipato⁶⁷³, quando nel 1989 la Corte di giustizia ha affrontato per la prima volta la questione dell'esistenza di un principio generale teso a garantire il diritto alla non autoincriminazione nel procedimento *antitrust*, non vi erano precedenti della Corte EDU in relazione al diritto in questione, né il catalogo della CEDU conteneva previsioni esplicite in tal senso.

La lacuna è stata colmata nel 1993 con la sentenza *Funke c. Francia*⁶⁷⁴, in cui la Corte EDU ha posto le basi per il riconoscimento di un diritto alla non autoincriminazione nel sistema della Convenzione⁶⁷⁵.

La causa in parola riguardava la compatibilità con il diritto al giusto processo dei poteri di perquisizione e sequestro dei funzionari doganali francesi, esercitati al fine di acquisire prove circa le eventuali condotte di evasione fiscale di un cittadino. In particolare, quest'ultimo era stato condannato a pagare una penalità di mora a causa del rifiuto, in occasione di una perquisizione presso la sua abitazione, di consegnare agli agenti gli estratti conto relativi a taluni conti esteri.

Sul punto, la Corte ha rilevato che gli agenti doganali avevano agito per far condannare il sig. Funke al fine di ottenere “certi documenti della cui esistenza non erano certi, benché li credessero esistenti”⁶⁷⁶. Non essendo in grado (o non volendo) ottenerli in altro modo, avevano tentato di costringere lo stesso sig. Funke a consegnare le prove delle infrazioni asseritamente commesse. Ciò, secondo la Corte EDU, non è compatibile con l'articolo 6 della CEDU, posto che “le speciali caratteristiche del diritto doganale [...] non possono giustificare la violazione del diritto di chiunque sia imputato di una ‘accusa penale’, nel significato autonomo

⁶⁷² *ManProc*, modulo 6, punti 71 ss.

⁶⁷³ V. *supra*, sub 3.2.1.

⁶⁷⁴ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Funke c. Francia*, cit.

⁶⁷⁵ Per un interessante contributo relativo, in generale, alla giurisprudenza della Corte EDU sul diritto alla non autoincriminazione (dunque anche al di là della materia che interessa ai fini della presente ricerca), si rinvia a M. BERGER, *Europeanizing Self-Incrimination: the Right to Remain Silent in the European Court of Human Rights*, in *Col. J. Eur. Law*, 2006 (12), p. 339 ss.

⁶⁷⁶ *Funke c. Francia*, cit., punto 44.

attribuito a tale espressione ai sensi dell'articolo 6, di rimanere in silenzio e non contribuire alla propria incriminazione”⁶⁷⁷.

Vediamo quindi che, secondo il ragionamento della Corte EDU, anche la coercizione a consegnare documenti *preesistenti* può costituire una violazione del diritto alla non autoincriminazione. Tale interpretazione è senza dubbio più ampia di quella fornita dalla Corte di giustizia in *Orkem c. Commissione*, il che ha spinto diversi autori ad affermare che la sentenza *Funke c. Francia* sia tale da “sconfessare” la giurisprudenza delle Corti UE, che non avrebbe più avuto ragion d’essere alla luce del precedente della Corte di Strasburgo⁶⁷⁸.

Tuttavia, si deve rilevare che, nella giurisprudenza successiva, la Corte EDU si è discostata dall’ampia interpretazione del diritto sancita in *Funke c. Francia*⁶⁷⁹.

Ciò è risultato particolarmente evidente in *Saunders c. Regno Unito*⁶⁸⁰, che riguardava l’uso, in un processo penale, di dichiarazioni rese sotto coercizione a ispettori ministeriali da parte di un accusato nell’ambito di una precedente procedura non giudiziale. Sul punto, dopo aver osservato che, anche se non espressamente menzionati all’articolo 6 della CEDU, il diritto al silenzio e il diritto di non autoincriminarsi costituiscono parte della nozione di equo processo quale tutelata da tale disposizione⁶⁸¹, la Corte ha aggiunto un importantissimo *caveat* al principio già esposto in *Funke c. Francia*: il diritto di non autoincriminarsi non si applica all’uso, nell’ambito di un processo penale, di materiale che può essere ottenuto dall’accusato attraverso l’esercizio di poteri coercitivi ma “la cui esistenza non dipende dalla volontà dell’accusato, come, ad esempio, documenti acquisiti sulla base di un mandato, campioni di alito, sangue e urine, nonché tessuti corporei da impiegare nell’ambito di test del DNA”⁶⁸².

Un’altra affermazione fatta dalla Corte di Strasburgo nella sentenza in commento risulta particolarmente rilevante: in risposta all’argomentazione del Regno Unito secondo cui le dichiarazioni del sig. Saunders non avevano natura di per sé

⁶⁷⁷ *Ibid.*

⁶⁷⁸ Così ad esempio P. R. WILLIS, ‘You have the right to remain silent...’, or do you? *The privilege against self-incrimination following Mannesmannröhren-Werke and other recent decisions*, cit., p. 314.

⁶⁷⁹ A. MACCULLOCH, *op. cit.*, p. 230.

⁶⁸⁰ Sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo *Saunders c. Regno Unito*, cit.

⁶⁸¹ *Id.*, punto 68.

⁶⁸² Punto 69.

autoincriminante (non potendo quindi essere ricomprese nell’ambito del diritto in questione), la Corte ha chiarito che “ciò che è essenziale in tale contesto è l’uso che viene fatto nel corso di un processo penale del materiale probatorio ottenuto con metodi coercitivi”⁶⁸³. In altri termini – ha notato la Corte – il diritto di non autoincriminarsi non può essere limitato alle ammissioni di colpa o ad affermazioni direttamente incriminanti, in quanto anche quelle testimonianze ottenute con metodi coercitivi che pure non paiono a prima vista incriminanti (come semplici informazioni su questioni fattuali o dichiarazioni di non colpevolezza) potrebbero essere in seguito utilizzate dall’accusa a supporto dell’imputazione, “ad esempio per contraddire o mettere in dubbio altre affermazioni dell’accusato o materiale probatorio fornito da quest’ultimo nel corso del processo, o comunque per minare la sua credibilità”⁶⁸⁴. Su tale base, la Corte ha ritenuto che nel caso di specie fosse stato violato il diritto del ricorrente di non autoincriminarsi.

Infine, la Corte EDU ha rigettato l’argomento del Regno Unito secondo cui la complessità della causa e l’interesse pubblico alla punizione dei comportamenti fraudolenti in questione avrebbero giustificato la violazione, nel caso di specie, del principio del giusto processo (pur lasciando aperta la questione della possibile esistenza di limiti al diritto di non autoincriminarsi, alla luce di particolari circostanze)⁶⁸⁵.

La sentenza *Saunders c. Regno Unito* è stata oggetto di intenso dibattito, in quanto l’approccio seguito dalla Corte EDU per definire il confine ciò rientra o meno nel campo applicativo del diritto alla non autoincriminazione è apparso in contrasto con l’ampia interpretazione fornita in *Funke c. Francia*⁶⁸⁶, oltre che di per sé poco convincente⁶⁸⁷. Invero, la distinzione tra dichiarazioni rese dall’accusato – anche fattuali o di non colpevolezza – considerate ricomprese nel diritto, e il materiale probatorio che può essere ottenuto dall’accusato attraverso modalità coercitive ma che esiste in modo indipendente da quest’ultimo, considerato non ricompreso nel

⁶⁸³ Punto 71 (nostra traduzione).

⁶⁸⁴ *Ibid.* (nostra traduzione).

⁶⁸⁵ Punto 74.

⁶⁸⁶ A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, cit., p. 139; A. RILEY, *Saunders and the power to obtain information in Community and United Kingdom competition law*, cit., p. 274.

⁶⁸⁷ T. WARD, B. MCGURK, *Competition law and human rights: the privilege against self-incrimination and related rights in competition proceedings*, in *Comp. Law*, 2013, p. 315.

diritto, solleva diverse perplessità. Ad esempio, non si capisce quale sia il fondamento del principio per cui un soggetto sospettato non può essere costretto a rendere dichiarazioni incriminanti, mentre al contrario può essere costretto a cooperare al fine di fornire informazioni incriminanti⁶⁸⁸.

Pertanto, si deve notare che i principi affermati in *Saunders c. Regno Unito* non sono stati sempre applicati in modo coerente dalle Corti EDU nella giurisprudenza successiva, contribuendo ad alimentare la confusione sul punto⁶⁸⁹.

Ad esempio, nella causa *J.B. c. Svizzera*, la Corte ha ritenuto che un obbligo di fornire documenti relativi al reddito del soggetto accusato, dopo che era già stato avviato un procedimento per evasione fiscale, violasse il diritto alla non autoincriminazione⁶⁹⁰. Il punto controverso risiede nel fatto che i documenti in questione esistevano indipendentemente dalla volontà dell'individuo e quindi (sulla base del precedente *Saunders c. Regno Unito*) avrebbero dovuto cadere al di fuori della sfera del diritto⁶⁹¹. Tuttavia, la Corte è giunta alla conclusione opposta e ha (in modo alquanto incomprensibile) ritenuto ammissibili i documenti in questione⁶⁹².

Un altro punto incerto riguarda l'applicabilità del diritto alla non autoincriminazione nel corso di procedimenti amministrativi (o comunque non giudiziali). In *Saunders c. Regno Unito*, come visto, la Corte EDU ha menzionato esplicitamente la possibilità che il diritto trovi applicazione nelle indagini amministrative che coinvolgono "accuse penali" nel significato di cui all'articolo 6 CEDU, e tale nozione (come discusso nel **Capitolo II, sub 6.**) comprende anche i procedimenti *antitrust*⁶⁹³. D'altronde, è stato notato che in tale pronuncia la Corte

⁶⁸⁸ V. l'opinione dissenziente del giudice Martens nella causa *Saunders c. Regno Unito*, cit., punto 12. Secondo G. STESSENS, *The obligation to produce documents versus the privilege against self-incrimination: human rights protection extended too far?*, in *ELR*, 1997 (22), p. 45 ss., la ratio dei principi affermati sia in *Funke c. Francia* che in *Saunders c. Regno Unito* è quella di evitare le c.d. *fishing expeditions* da parte delle autorità; se così fosse, però, non si capisce il senso di ritenere ammissibili i documenti preesistenti.

⁶⁸⁹ A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, cit., p. 139.

⁶⁹⁰ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 3 maggio 2001 *J.B. c. Svizzera*, ric. 31827/96, CE:ECHR:2001:0503JUD003182796.

⁶⁹¹ T. WARD, B. MCGURK, *op. cit.*, p. 315.

⁶⁹² V. punto 68 della sentenza *J.B. c. Svizzera*, cit.: "[i]n the Court's opinion, however, the present case does not involve material of this nature which, like that considered in *Saunders*, has an existence independent of the person concerned and is not, therefore, obtained by means of coercion and in defiance of the will of that person".

⁶⁹³ A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., p. 166. Cfr. anche la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 27 febbraio 1980 *Deweert c. Belgio*, ric. 6903/75, CE:ECHR:1980:0227JUD000690375, punto 46, in

EDU ha anche attribuito grande rilievo alla circostanza che il materiale probatorio raccolto fosse effettivamente utilizzato contro l'accusato nel corso del successivo processo penale⁶⁹⁴. Al contrario, in *J.B. c. Svizzera*, cit., il materiale estorto non aveva potuto essere utilizzato contro l'imputato, dato che quest'ultimo aveva raggiunto una soluzione transattiva con le autorità, eppure la Corte EDU ha ravvisato una violazione del diritto alla non autoincriminazione⁶⁹⁵.

Un tentativo di mettere ordine nel confuso quadro descritto poc'anzi è stato fatto dalla Corte di Strasburgo nel 2006, con la pronuncia nella causa *Jalloh c. Germania*⁶⁹⁶. Qui la Corte ha per la prima volta elencato i quattro fattori da tenere in considerazione per stabilire l'esistenza di una violazione del diritto di non autoincriminarsi, ossia: (i) la natura e il grado di coercizione usati per ottenere le prove; (ii) il rilievo dell'interesse pubblico all'identificazione e punizione dell'offesa in questione; (iii) l'esistenza di eventuali garanzie procedurali rilevanti; e, infine, (iv) l'uso concreto che viene fatto del materiale ottenuto mediante coercizione⁶⁹⁷.

Tali fattori, anche se meramente indicativi e non cumulativi tra loro, hanno apportato una certa coesione all'interno della giurisprudenza successiva⁶⁹⁸, per quanto l'approccio della Corte EDU appaia pur sempre improntato a una visione flessibile e "caso-per-caso" che di per sé contribuisce ad alimentare l'incertezza sullo stato dell'arte in tema di diritto alla non autoincriminazione⁶⁹⁹. Inoltre, in senso critico, è stato notato che il *test* è in pratica assai vago e difficile da applicare, determinando uno stato di perdurante confusione su quale sia il materiale probatorio che – nella visione della Corte EDU – può essere ottenuto mediante metodi coercitivi⁷⁰⁰.

cui la Corte ha specificato che può essere considerata una "accusa penale" ai sensi dell'articolo 6 CEDU anche la notifica ufficiale, inviata a un soggetto dall'autorità competente, del fatto che gli si addebita una determinata infrazione. Di conseguenza, come notato dall'A. citato *supra*, il diritto alla non autoincriminazione ben può essere invocato nella fase delle indagini preliminari in materia *antitrust*.

⁶⁹⁴ A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, cit., p. 140.

⁶⁹⁵ *Id.*, p. 141.

⁶⁹⁶ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo dell'11 luglio 2006 *Jalloh c. Germania*, ric. 54810/00, CE:ECHR:2006:0711JUD005481000.

⁶⁹⁷ Punto 117.

⁶⁹⁸ A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., p. 176.

⁶⁹⁹ T. WARD, B. MCGURK, *op. cit.*, p. 324.

⁷⁰⁰ A. MACCULLOCH, *op. cit.*, p. 320. Un esempio in tal senso è la sentenza della Corte europea dei diritti umani del 29 giugno 2007 *O' Halloran e Francis c. Regno Unito*, ric. 15809/02 e 25624/02, CE:ECHR:2007:0629JUD001580902, in cui l'applicazione del *test* definito in *Jalloh c. Regno Unito* è stata al contempo vaga e confusa.

3.4. Conclusioni: la compatibilità della giurisprudenza delle Corti UE con l'orientamento della Corte EDU

Nelle due sezioni precedenti (3.2. e 3.3.) si sono analizzate rispettivamente la giurisprudenza delle Corti UE e della Corte EDU con riguardo al diritto di non autoincriminarsi.

È opportuno, giunti a questo punto, chiedersi se il livello di tutela accordato nell'ordinamento "comunitario" al diritto in questione, nell'ambito del procedimento *antitrust*, risulti conforme al livello di protezione risultante dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sulla scorta dell'articolo 52(3) della Carta.

In proposito, si deve rilevare che – nonostante le descritte incertezze risultanti dalle pronunce della Corte EDU circa il *test* definitivo applicabile per identificare eventuali violazioni del diritto⁷⁰¹ – il livello di protezione riconosciuto da quest'ultima appare più ampio di quello accordato dal giudice dell'Unione⁷⁰².

Depone in questo senso non solo la sentenza *Funke c. Francia*, ma anche la lettura maggiormente rigorosa offerta dalla Corte di Strasburgo nella successiva *Saunders c. Regno Unito*, in cui, come si ricorderà, si è ritenuto che anche semplici informazioni su questioni fattuali (o addirittura dichiarazioni di non colpevolezza) possono ricadere nel divieto, se utilizzate o utilizzabili in seguito in modo incriminante.

Invero, alla luce dei principi sanciti in tale giurisprudenza, pare evidente che la mera distinzione tra domande fattuali e c.d. *leading questions*, adottata dalle Corti UE da *Orkem* in poi, costituisca un'interpretazione più restrittiva del diritto di non autoincriminarsi⁷⁰³. Sulla base di detta distinzione, infatti, la Commissione può non solo ottenere documenti direttamente incriminanti (il che sarebbe di per sé compatibile con il principio affermato in *Saunders*), ma anche ricavare informazioni incriminanti di natura fattuale mediante l'interrogatorio dei rappresentanti

⁷⁰¹ Così anche N. KAHN, *op. cit.*, p. 123.

⁷⁰² Cfr. in questo senso T. TRIDIMAS, *op. cit.*, p. 377.

⁷⁰³ In tal senso, v. I. ASLAM, M. RAMSDEN, *op. cit.*, p. 69; T. WARD, B. MCGURK, *op. cit.*, p. 320; A. RILEY, *Saunders and the power to obtain information in Community and United Kingdom competition law*, cit., p. 274; N. KAHN, *op. cit.*, p. 123.

dell'impresa (il che, se avvenisse nel corso di indagini dinanzi ad autorità nazionali, sarebbe precluso)⁷⁰⁴.

Peraltro, alla luce della lettura più flessibile (e più in linea con la sentenza *Funke c. Francia*) proposta dalla Corte EDU in *J.B. c. Svizzera* con riguardo ai documenti preesistenti, è altresì possibile affermare che, anche su questo punto, la giurisprudenza “comunitaria” pare adottare un approccio più restrittivo e limitativo del diritto⁷⁰⁵.

Ciò detto, si deve ricordare che taluni autori sono giunti a conclusioni diverse sulla questione della conformità dell'orientamento espresso dalle Corti UE con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

In proposito, l'argomento che pare più convincente è stato avanzato da Wils⁷⁰⁶, secondo il quale avrebbe rilievo decisivo il fatto che le pronunce della Corte EDU sul diritto alla non autoincriminazione riguardassero tutte situazioni in cui, da un lato, la garanzia veniva invocata da persone fisiche anziché imprese, e, dall'altro, il contesto era quello di un processo penale⁷⁰⁷. Di conseguenza, secondo tale autore, non è possibile affermare con certezza che la Corte EDU sarebbe disposta a estendere lo stesso livello di tutele alle imprese coinvolte in procedimenti *antitrust* (nella misura in cui questi ultimi possano condurre all'imposizione di ammende nei confronti di persone giuridiche)⁷⁰⁸.

Per quanto l'affermazione di Wils sia incontestabile, tale argomento non sembra decisivo. Invero, posto che un'impresa può agire soltanto attraverso i propri rappresentanti, l'unico modo per ritenerla beneficiaria del diritto di non

⁷⁰⁴ A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, cit., p. 143; R. WILLIS, ‘*You have the right to remain silent...’*, or do you? *The privilege against self-incrimination following Mannesmannröhren-Werke and other recent decisions*, cit., p. 321.

⁷⁰⁵ T. WARD, B. MCGURK, *op. cit.*, p. 321.

⁷⁰⁶ Così W. P. J. WILS, *Self-Incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, cit., p. 577. Nello stesso senso, v. anche G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 244; ID., *The impact of the Lisbon Treaty on EU Antitrust Enforcement: Enhancing procedural Guarantees through Article 6 TEU*, in *Dir. Un. Eur.*, 2010 (4), p. 827.

⁷⁰⁷ *Ibid.* Si deve però sottolineare che il secondo aspetto menzionato da Wils non è condivisibile, alla luce della già illustrata natura penale del procedimento *antitrust*.

⁷⁰⁸ *Ibid.* Tale A. riconosce, comunque, che “[i]n those Member States whose national law allows the imposition of criminal sanctions on natural persons for violations of Articles 81 or 82 EC or for related offences, the stricter case law of the European Court of Human Rights is of course applicable to the corresponding investigations by national competition authorities”, e che “[t]he Commission would probably also have to follow the stricter case law of the European Court of Human Rights if ever it were to investigate an infringement of Articles 81 or 82 EC committed by an undertaking consisting of an unincorporated business” (*ibid.*).

autoincriminarsi (che, rientrando nell'articolo 6 CEDU, di per sé dovrebbe ben spettare anche alle persone giuridiche⁷⁰⁹) è concludere che quest'ultimo si applichi alle dichiarazioni rese per suo conto⁷¹⁰. Sembra quindi ragionevole pensare che, laddove si trovasse dinanzi alla questione circa l'applicabilità del diritto in sede di procedimento *antitrust*, la Corte EDU giungerebbe a conclusioni analoghe a quelle viste per le persone fisiche⁷¹¹. E ciò tanto più se si considera che, come discusso⁷¹², il procedimento *antitrust* presenta natura penale ex articolo 6 della CEDU.

Invero, come notato da Tridimas, la ragione di fondo della scelta delle Corti UE di offrire una minor tutela al diritto rispetto alla Corte EDU risiede nella diversa valutazione delle priorità da attribuire ai valori e interessi coinvolti. È evidente, infatti, che la preoccupazione ultima delle Corti UE è quella – già esaminata nel **Capitolo II, sub 5.1.**, e affermata ad esempio nella sentenza *Mannesmannröhren-Werke c. Commissione*⁷¹³ – di evitare che un pieno riconoscimento del diritto renda inefficaci i poteri d'indagine attribuiti alla Commissione⁷¹⁴.

Da questo punto di vista, per quanto sia comprensibile la necessità di operare un bilanciamento tra le opposte esigenze summenzionate, si deve rilevare che nel caso di specie detta operazione di bilanciamento non sembra essere stata svolta in modo pienamente soddisfacente, posto che la distinzione attualmente accolta tra domande fattuali e domande incriminanti è confusa e facilmente aggirabile dalla Commissione⁷¹⁵.

⁷⁰⁹ V. **Capitolo II, sub 2.**

⁷¹⁰ A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., p. 173.

⁷¹¹ Per quanto in determinate istanze la Corte EDU abbia applicato un approccio più “morbido” nella tutela dei diritti delle persone giuridiche: cfr. M. EMBERLAND, *op. cit.*, p. 64.

⁷¹² V. **Capitolo II, sub 6.**

⁷¹³ *Mannesmannröhren-Werke c. Commissione*, cit., punto 66.

⁷¹⁴ T. TRIDIMAS, *op. cit.*, p. 377. Così anche A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., p. 164, che osserva (in modo alquanto estremo) come una protezione eccessiva e sproporzionata del diritto condurrebbe a una facoltà assoluta e incontrastata di non rispondere alle domande poste dalle autorità di concorrenza nel corso delle indagini.

⁷¹⁵ A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, cit., p. 71. L'A. nota altresì che “[s]uch a restrictive and relatively rigid reading of the right to silence in EU competition cases may become less and less tenable in the context of the changing landscape of human rights’ protection in the EU, resulting from the Treaty of Lisbon, i.e. the direct applicability of the EU Charter as a binding source of human rights rules and the forthcoming accession to the Convention itself” (p. 72). *Contra* T. TRIDIMAS, *op. cit.*, p. 377.

E in ogni caso, la valutazione del merito del bilanciamento non incide sulla circostanza che, alla luce del confronto operato nelle sezioni precedenti, sussiste chiaramente un disallineamento tra la giurisprudenza delle Corti UE e quella della Corte EDU, in quanto quest'ultima offre al diritto una tutela maggiore.

In particolare, non sembra che l'esigenza di assicurare l'*effet utile* della normativa in materia di concorrenza (e, quindi, l'efficienza dell'attività della Commissione) possa costituire una ragione accettabile per limitare il diritto di non autoincriminarsi, nella concezione fatta propria dalla Corte di Strasburgo. Quest'ultima, infatti, ha mostrato nella sentenza *Saunders c. Regno Unito* di non accettare l'argomento per cui le infrazioni societarie avrebbero caratteristiche particolari, tali da giustificare una minore protezione dei diritti degli accusati⁷¹⁶, e ciò si applica *a fortiori* al diritto *antitrust*⁷¹⁷.

Alla luce di quanto sopra, si ritiene siano ravvisabili i margini per una revisione dell'orientamento delle Corti UE sull'ambito *ratione materiae* del diritto alla non autoincriminazione nel procedimento *antitrust*, al fine di assicurare il pieno rispetto del dettato dell'articolo 52(3) della Carta⁷¹⁸.

⁷¹⁶ *Saunders c. Regno Unito*, cit., punto 74. V. però anche la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *O' Halloran e Francis c. Regno Unito*, cit., punto 62, in cui la Corte EDU ha accettato che "the special nature of the regulatory regime in issue" (ma anche "the limited nature of the information sought by a notice") giustificasse un'interpretazione più restrittiva del diritto.

⁷¹⁷ T. TRIDIMAS, *op. cit.*, p. 377. Così anche W. P. J. WILS, *Self-Incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, cit., p. 577. Si ritiene che questa conclusione non possa essere messa in dubbio dalla pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 settembre 1994 *Fayed c. Regno Unito*, ric. 17101/90, CE:ECHR:1994:0921JUD001710190. In tale sentenza la Corte ha affermato che le funzioni investigative svolte da ispettori privi di poteri decisionali (e la cui ricostruzione dei fatti era stata poi utilizzata come base per l'azione di altre autorità competenti, dotate di poteri inquirenti, regolatori, disciplinari o legislativi) non erano soggette all'articolo 6 della CEDU in quanto ciò "would in practice unduly hamper the effective regulation in the public interest of complex financial and commercial activities" (punto 62). Tuttavia, la situazione è profondamente diversa nell'ambito del procedimento *antitrust* UE, in cui – come visto – la Commissione assomma in sé sia le funzioni istruttorie che quelle inquirenti e decisionali. In tal senso, cfr. A. RILEY, *Saunders and the power to obtain information in Community and United Kingdom competition law*, cit., pp. 274-275.

⁷¹⁸ A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, cit., p. 135; I. ASLAM, M. RAMSDEN, *op. cit.*, p. 70; B. TURNO, A. ZAWŁOCKA-TURNO, *Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self-Incrimination in EU Competition Law after the Lisbon Treaty – Is It Time for a Substantial Change?*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2012, 5 (6), pp. 204-205. Questi ultimi A. affermano altresì che le modifiche introdotte con riguardo alla possibilità per le imprese destinatarie di richieste di informazioni di adire il consigliere-auditore non sono sufficienti ad allineare l'approccio esistente nell'ordinamento UE alla posizione della Corte EDU, "as they are neither novel nor profound in their importance".

In questo senso, la posizione espressa di recente dall'avvocato generale Wahl nella causa *Buzzi Unicem*, cit.⁷¹⁹, potrebbe costituire uno spunto interessante.

Infatti, a giudizio di chi scrive, l'individuazione delle domande "puramente fattuali" operata sulla scorta di criteri puramente formalistici (come sembrerebbe richiedere la giurisprudenza consolidata delle Corti UE già esaminata) è tutt'altro che agevole in concreto, prestandosi peraltro a errori e perfino ad abusi. Al contrario, occorrerebbe valutare, come suggerito da Wahl, se la risposta a una data domanda equivalga *in concreto* all'ammissione di un'infrazione, risultando in tal caso inammissibile la domanda in questione⁷²⁰.

Tale posizione pare decisamente più in linea con quella fatta propria dalla Corte EDU, oltre che – in generale – più rispettosa dei diritti di difesa delle imprese coinvolte nei procedimenti *antitrust*. Considerando che, verosimilmente, fintantoché permarrà il citato disallineamento tra l'orientamento delle Corti UE e della Corte EDU, le imprese destinatarie di richieste di informazioni mediante decisione continueranno a sollevare la questione del rispetto del diritto di non autoincriminarsi, si ritiene probabile che il giudice dell'Unione si troverà nuovamente a misurarsi in futuro con la giurisprudenza in questione. Non si può che auspicare che tali occasioni vengano utilizzate per tornare, modificandolo, sull'orientamento esaminato.

⁷¹⁹ Cfr. *supra*, sub 3.2.3.

⁷²⁰ Conclusioni dell'avvocato generale Wahl nella causa *Buzzi Unicem c. Commissione*, cit., punto 78.

4. Il legal professional privilege

4.1. Origini e ratio del diritto

Con l'espressione *legal professional privilege* s'intende l'istituto giuridico in base al quale, nell'ambito di procedimenti giurisdizionali (ma anche di procedimenti amministrativi, laddove pendenti dinanzi a un'autorità dotata del potere di costringere le parti a produrre documentazione a fini istruttori), è tutelata la riservatezza delle comunicazioni che intercorrono tra un avvocato e il suo cliente; queste ultime non possono essere acquisite dall'autorità senza il consenso di quest'ultimo e, in ogni caso, non possono essere utilizzate a fini probatori⁷²¹.

Il principio in questione trova le sue origini negli ordinamenti di *common law*, nei quali è inizialmente emerso come prerogativa che, alla luce dell'onore e dello *status* sociale di gentiluomo di cui godevano avvocati, consentiva loro di rifiutarsi di testimoniare contro i propri clienti⁷²².

Si deve precisare che, nonostante il concetto di "*legal privilege*" fosse tradizionalmente estraneo alla maggior parte dei sistemi giuridici continentali (anche se, come si vedrà, l'istituto ha via via trovato applicazione anche negli ordinamenti di *civil law*), l'uso di tale espressione sembra preferibile rispetto al riferimento alle nozioni di "confidenzialità" e "segreto professionale"⁷²³. Queste ultime attengono infatti, in realtà, all'esistenza di un dovere professionale di riservatezza che incombe all'avvocato così come a diverse altre categorie di professionisti (ad esempio i medici), tutti tenuti a salvaguardare il segreto circa le comunicazioni intercorse con i propri clienti, pena conseguenze giuridiche che possono ricomprendere anche l'imposizione di sanzioni. L'esigenza di proteggere dette comunicazioni dalla divulgazione in sede processuale si pone, invece, solo per professioni specifiche⁷²⁴.

⁷²¹ E. GIPPINI-FOURNIER, *op. cit.*, p. 590. L'A. sottolinea peraltro anche i profili di vicinanza esistenti tra tale diritto e il diritto alla non autoincriminazione (su cui v. bene *supra*, sub 3.).

⁷²² Così J. H. WIGMORE, *Evidence in trials at Common Law*, Boston, 1961, p. 542 ss. Sull'evoluzione del *legal professional privilege* negli ordinamenti di *common law* e di *civil law*, v. anche G. MORGESE, *La tutela del legal privilege nel diritto comunitario della concorrenza*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008 (2), p. 316 ss.

⁷²³ E. GIPPINI-FOURNIER, *op. cit.*, pp. 592-593.

⁷²⁴ *Ibid.*

Quanto alla *ratio* che giustifica il riconoscimento del *legal professional privilege*, è possibile avanzare principalmente due teorie, ricollegabili rispettivamente alla funzione utilitaristica e alla funzione non strumentale dei diritti di difesa⁷²⁵.

In base alla *ratio* utilitaristica, tale diritto svolge innanzitutto la funzione di assicurare il mantenimento di una relazione di fiducia tra avvocato e cliente, posto che, per poter svolgere al meglio il proprio compito difensivo, l'avvocato deve avere una conoscenza il più possibile completa della situazione in cui versa il suo cliente. In tal senso, l'aspettativa che le comunicazioni resteranno riservate incoraggia il cliente a essere onesto e a non omettere alcuna informazione rilevante. Ciò, in ultima analisi, contribuisce ad assicurare il rispetto della legge, incoraggiando il ricorso alla consulenza legale e facendo sì che i pareri forniti dagli avvocati siano più accurati⁷²⁶.

Altri autori hanno invece messo in luce come il *legal privilege* serva a salvaguardare l'integrità del contraddittorio e, più in generale, del processo stesso⁷²⁷.

D'altro canto, il tentativo di spiegare l'esistenza e il ruolo del diritto in questione con il riferimento a una funzione di tipo strumentale si presta anche a talune critiche, che attengono principalmente a due aspetti. Primo, dette spiegazioni non sono di norma suffragate da prove empiriche (che possano, ad esempio, dimostrare che – in assenza del riconoscimento di un *legal privilege* a livello UE – le imprese farebbero meno ricorso all'assistenza di un legale, o che addirittura potrebbero decidere di non operare in un dato mercato⁷²⁸). Secondo, è indubbiamente difficile giustificare l'esistenza di limiti al diritto, che potrebbe dunque potenzialmente estendersi all'infinito⁷²⁹.

Passando ad esaminare il *legal professional privilege* in un'ottica non utilitaristica, ricollegata alla titolarità di diritti fondamentali, è stato osservato che tale garanzia

⁷²⁵ Su cui v. già quanto detto nel **Capitolo I, sub 2.2.**, e nel **Capitolo II, sub 4.**

⁷²⁶ Cfr. in tal senso I. S. FORRESTER, *Legal professional privilege: limitations on the Commission's powers of inspection following the AM & S judgment*, in *CMLR*, 1983, p. 78. Critica tale posizione E. GIPPINI-FOURNIER, *op. cit.*, pp. 599-601, mettendo in luce che – se portata all'estremo – tale *ratio* implicherebbe, da un lato, che il *legal privilege* non possa estendersi alle comunicazioni relative a condotte passate o presenti, proteggendo solo quelle relative a condotte future; dall'altro, che lo stesso si applichi soltanto alle ipotesi in cui il cliente abbia effettivamente seguito il parere ricevuto dall'avvocato.

⁷²⁷ E. GIPPINI-FOURNIER, *op. cit.*, p. 601.

⁷²⁸ Queste catastrofiche previsioni sono state avanzate da G. MURPHY, *CFI signals possible extension of professional privilege to in-house lawyers*, in *ECLR*, 2004, p. 454.

⁷²⁹ E. GIPPINI-FOURNIER, *op. cit.*, p. 606.

procedurale è più agevolmente giustificabile laddove funzionale a salvaguardare i diritti di difesa. Ciò, infatti, consente di evitare distinzioni tra persone fisiche e persone giuridiche, posto che anche queste ultime godono pacificamente di diritti di difesa⁷³⁰.

Pare invece più problematico fare riferimento alla tutela del diritto alla *privacy*, considerando che tale teoria – oltre ad aprire la porta ad un trattamento differenziato (*rectius*, peggiore) delle persone giuridiche – non spiega come mai non siano coperte dal *legal privilege* anche le comunicazioni personali dell'accusato, o quelle dal contenuto a lui favorevole⁷³¹.

Come in altri casi⁷³², si ritiene che entrambe le teorie contribuiscano a illustrare il ruolo svolto dal diritto alla confidenzialità delle comunicazioni tra avvocato e cliente, quale è stato ed è tuttora concepito a livello UE.

In proposito, è stato ad esempio notato in dottrina che il concetto assume negli Stati membri connotazioni alquanto diverse, posto che negli ordinamenti di *common law* il *legal privilege* mira a promuovere condotti conformi alla legge (in un'ottica, dunque, evidentemente utilitaristica, che non a caso porta a ritenere coperte anche le comunicazioni precedenti rispetto all'inizio delle indagini), laddove nei paesi di tradizione continentale la funzione sembra essere piuttosto quella di tutelare i diritti di difesa del cliente⁷³³.

Quanto alla concezione accolta in giurisprudenza, si deve rilevare che sia la Corte EDU sia le Corti UE fanno ricorso nelle loro pronunce a entrambe le *ratio* esaminate, mettendo bene in luce la natura complementare che le due teorie assumono nell'illustrare le caratteristiche del diritto in questione.

In particolare, con riguardo alla Corte EDU (su cui v. più approfonditamente *infra*, *sub* 4.3.), diverse sentenze privilegiano una concezione del *legal privilege* vicina alla *ratio* non utilitaristica, fondata sulla necessità di tutelare i diritti fondamentali⁷³⁴. Così, ad esempio, nella sentenza *S. c. Svizzera*, la Corte ha affermato che, per quanto la Convenzione non tuteli espressamente il diritto di ogni persona imputata di una

⁷³⁰ *Id.*, p. 612.

⁷³¹ *Id.*, pp. 609-611.

⁷³² V., con riguardo al diritto alla non autoincriminazione, *supra*, *sub* 3.1.

⁷³³ G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 246.

⁷³⁴ *Id.*, p. 613.

accusa penale (nel significato autonomo di cui all'articolo 6) di comunicare con il proprio avvocato senza interferenze esterne e, soprattutto, “senza che una terza persona vi assista”, tale diritto costituisce “parte integrante dei requisiti di base di un giusto processo in una società democratica”⁷³⁵.

Va tuttavia segnalato che non mancano pronunce di segno opposto⁷³⁶, il che sembra deporre, più correttamente, per l'esistenza di una concezione “mista” della *ratio* del diritto in questione.

Quanto alle Corti UE (sulla cui giurisprudenza v. *infra*, sub 4.2.), si ritiene – nonostante si registrino in dottrina opinioni discordanti – che l'approccio adottato sia prevalentemente orientato alla concezione utilitaristica. Il *legal privilege* è stato infatti esplicitamente ricollegato dalla giurisprudenza “comunitaria” “all'esigenza [...] di garantire a chiunque la possibilità di rivolgersi con piena libertà al proprio avvocato, la cui professione implica per natura il compito di dare, in modo indipendente, pareri giuridici a chiunque ne abbia bisogno”⁷³⁷. Invero, secondo il giudice dell'Unione, la funzione svolta dal *legal privilege* sembra essere soprattutto quella di consentire all'avvocato di esercitare il proprio compito nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, posto che – in assenza di una siffatta garanzia – il cliente sarebbe dissuaso dal fornire una ricostruzione veritiera dei fatti e l'avvocato avrebbe grosse difficoltà

⁷³⁵ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 28 novembre 1991 *S. c. Svizzera*, ric. 12629/87 e 13965/88, CE:ECHR:1991:1128JUD001262987, punto 48 (nostra traduzione).

⁷³⁶ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 25 marzo 1992 *Campbell c. Regno Unito*, ric. 13590/88, CE:ECHR:1992:0325JUD001359088, punto 46, in cui la Corte ha precisato che “[i]t is clearly in the general interest that any person who wishes to consult a lawyer should be free to do so under conditions which favour full and uninhibited discussion”. V. anche la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 marzo 2002 *Nikula c. Finlandia*, ric. 31611/96, CE:ECHR:2002:0321JUD003161196, punto 45, in cui si legge che “the special status of lawyers gives them a central position in the administration of justice as intermediaries between the public and the courts. [...] Regard being had to the key role of lawyers in this field, it is legitimate to expect them to contribute to the proper administration of justice, and thus to maintain public confidence therein”.

⁷³⁷ Sentenza della Corte di giustizia *AM & S c. Commissione*, cit., punto 18. Così anche G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 246; *contra* invece E. GIPPINI-FOURNIER, *op. cit.*, p. 624, secondo cui nella pronuncia in parola la Corte avrebbe fatto una chiara scelta a favore della *ratio* non strumentale, concependo il diritto come collegato alla tutela dei diritti di difesa, e stabilendo una serie di regole coerenti con questa *ratio*.

a rendere un parere legale completo ed esaustivo⁷³⁸. A ciò si aggiunge, comunque, il riferimento all'importanza del diritto al fine di garantire la tutela dei diritti di difesa⁷³⁹.

4.2. Il legal professional privilege nel procedimento antitrust UE

4.2.1. Il riconoscimento del diritto nella sentenza AM & S c. Commissione

Come per il diritto alla non autoincriminazione (*supra*, sub 3.), anche nel caso del *legal privilege* è stata essenziale l'opera creativa svolta dalle Corti UE, che hanno riconosciuto l'esistenza di tale diritto nell'ambito del procedimento *antitrust* pur in assenza di specifiche previsioni legislative sul punto.

Tuttavia, se il primo riconoscimento dell'istituto in parola risale addirittura al 1982 con la famosa sentenza *AM & S c. Commissione*⁷⁴⁰, si deve rilevare che la giurisprudenza successiva non ha segnato passi avanti di rilievo rispetto alla prima, fondamentale pronuncia. E ciò – come si avrà modo di vedere *infra* – nonostante gli auspici in tal senso espressi da più parti, anche all'interno delle stesse Corti UE.

Nella causa *AM & S c. Commissione*, la Corte di giustizia è stata adita con un ricorso proposto da una società inglese che, in occasione di ispezioni disposte dalla Commissione per accertare l'esistenza di intese nel settore dello zinco, aveva rifiutato di fornire taluni documenti, sostenendo che si trattasse di corrispondenza con l'avvocato e, dunque, fosse coperta dal *legal privilege* di matrice anglosassone.

L'importanza della questione sottoposta alla Corte è apparsa fin da subito evidente: in tal senso depone non solo il gran numero di soggetti intervenuti nel procedimento (ossia il Regno Unito e la Commissione consultiva degli ordini forensi della Comunità europea – CCBE – a sostegno della ricorrente, e la Francia a sostegno della

⁷³⁸ Cfr., in tal senso, la sentenza del Tribunale del 17 dicembre 2007 *Akzo Nobel Chemicals e Akros Chemicals c. Commissione*, cause riunite T-125 e 253/03, EU:T:2007:287, punto 87: "Tale tutela è volta, in primo luogo, a garantire l'interesse pubblico ad una buona amministrazione della giustizia consistente nell'assicurare che ogni cliente abbia la libertà di rivolgersi al proprio avvocato senza temere che le confidenze eventualmente comunicate possano essere ulteriormente divulgate".

⁷³⁹ *Ibid.*: "In secondo luogo, [tale tutela] ha lo scopo di evitare i pregiudizi che la presa di conoscenza da parte della Commissione del contenuto di un documento riservato e l'inserimento irregolare di questo nel fascicolo dell'indagine possono causare ai diritti della difesa dell'impresa interessata".

⁷⁴⁰ V. la sentenza della Corte di giustizia *AM & S c. Commissione*, cit., con i commenti di T. CHRISTOFOROU, *Protection of Legal Privilege in EEC Competition Law: The Imperfections of a Case*, in *Legal Issues of European Integration*, 1985 (2), p. 1 ss.; I. S. FORRESTER, *Legal Professional Privilege: Limitations on the Commission's Powers of Inspection following the AM & S Judgment*, cit., p. 75 ss.; K. P. E. LASOK, *AM & S – The Court Decides*, in *ECLR*, 1982, p. 99 ss.

Commissione), ma anche il complesso *iter* procedurale che ha preceduto la sentenza, e che ha visto due udienze e la pronuncia di conclusioni da parte di ben due avvocati generali⁷⁴¹.

La Corte ha innanzitutto osservato che, alla luce dell'allora articolo 14 del Regolamento 17/1962, la Commissione è dotata del potere di raccogliere le informazioni e procedere agli accertamenti che la stessa reputi necessari per attuare la normativa *antitrust*, con la conseguenza che – in linea di principio – spetta a quest'ultima (e non alle parti) stabilire se un documento debba o meno esserle mostrato⁷⁴².

Tuttavia, l'assenza di espressa tutela legislativa del *legal privilege* in ambito "comunitario" non toglie che il riconoscimento di tale diritto possa discendere dai principi e dalle concezioni comuni ai diritti degli Stati membri, alla luce dell'esigenza, "la cui importanza è riconosciuta in tutti gli Stati membri, di garantire a chiunque la possibilità di rivolgersi con piena libertà al proprio avvocato, la cui professione, implica per natura il compito di dare, in modo indipendente, pareri giuridici a chiunque ne abbia bisogno"⁷⁴³. Volgendosi a esaminare la situazione esistente negli allora nove Stati membri, la Corte ha tuttavia rilevato come, benché il principio della tutela fosse generalmente riconosciuto, la sua portata ed i criteri per la sua applicazione fossero alquanto variabili⁷⁴⁴.

Tanto premesso, secondo la Corte, alla luce dei criteri comuni che traspaiono dagli ordinamenti degli Stati membri, il Regolamento 17/1962 deve essere interpretato nel senso che tutela la riservatezza della corrispondenza tra avvocato e cliente a due condizioni: "da un lato, [che] si tratti di corrispondenza scambiata al fine e nell'interesse del diritto alla difesa del cliente e, dall'altro, [che] tale corrispondenza provenga da avvocati indipendenti, cioè da avvocati non legati al cliente da un rapporto d'impiego"⁷⁴⁵.

⁷⁴¹ V. le conclusioni dell'avvocato generale Warner rese il 20 gennaio 1981 nella causa 155/79 *AM & S c. Commissione*, EU:C:1981:9, e le conclusioni dell'avvocato generale Slynn rese il 26 gennaio 1982 nella stessa causa, EU:C:1982:17.

⁷⁴² *AM & S c. Commissione*, cit., punti 15-17.

⁷⁴³ Punto 18.

⁷⁴⁴ Punti 19-20.

⁷⁴⁵ Punti 21-22. Nel merito, la Corte ha ritenuto che alcuni dei documenti richiesti fossero idonei a soddisfare le condizioni e, quindi, ha annullato in parte la decisione con cui la Commissione ordinava di produrli.

Attraverso tali condizioni la Corte ha definito, in modo tuttora valido, l'ambito applicativo *ratione materiae*, *ratione personae* e *ratione temporis* del *legal professional privilege* all'interno del procedimento *antitrust*.

Quanto alla prima condizione, essa implica che la riservatezza si estenda non solo alla corrispondenza scambiata dal momento dell'inizio del procedimento *antitrust*, ma anche alla corrispondenza anteriore, purché presenti elementi di connessione con l'oggetto di un siffatto procedimento⁷⁴⁶.

Quanto alla seconda condizione, la Corte ha precisato innanzitutto che il requisito dell'indipendenza dell'avvocato – oltre a rispondere alle tradizioni giuridiche degli Stati membri e ad essere in linea con lo stesso ordinamento “comunitario” – deriva dalla concezione della funzione dell'avvocato come collaboratore all'amministrazione della giustizia, “in piena indipendenza e nell'interesse superiore della giustizia”⁷⁴⁷. La tutela concessa alla corrispondenza tra l'avvocato indipendente e il suo cliente “ha come contropartita la disciplina professionale, imposta e controllata nell'interesse generale dalle istituzioni a ciò autorizzate”⁷⁴⁸.

In aggiunta, la Corte ha specificato che la tutela in parola deve trovare attuazione – senza potersi estendere oltre – nei confronti di tutti gli avvocati abilitati all'esercizio della professione in uno degli Stati membri, quale che sia lo Stato membro in cui risiede il cliente⁷⁴⁹.

Nel prosieguo della pronuncia, la Corte si è poi soffermata sulla procedura da seguire nell'ipotesi in cui un'impresa voglia invocare il *legal privilege*. Sul punto, la posizione inizialmente assunta dal giudice dell'Unione era decisamente restrittiva: anche se, in linea di principio, l'impresa non era tenuta a rendere noto il contenuto della corrispondenza (dovendo soltanto fornire gli elementi utili per provare che la stessa soddisfa le condizioni menzionate), laddove la Commissione non fosse stata convinta dalle spiegazioni ricevute poteva ordinare l'esibizione dei documenti controversi, e addirittura infliggere ammende o penalità di mora in caso di rifiuto⁷⁵⁰. Sarebbe stato poi possibile per l'impresa sottoposta ad accertamento presentare

⁷⁴⁶ Punto 23.

⁷⁴⁷ Punto 24.

⁷⁴⁸ *Ibid.*

⁷⁴⁹ Punto 25.

⁷⁵⁰ Punti 29-31.

avverso la decisione un ricorso in annullamento, eventualmente accompagnato da una domanda di provvedimenti provvisori⁷⁵¹.

La sentenza *AM & S c. Commissione* è stata considerata – a ragione – una vera e propria pietra miliare nel quadro della giurisprudenza “comunitaria” in tema di diritti di difesa nel procedimento *antitrust*⁷⁵². Tuttavia, si deve riconoscere che la stessa ha lasciato una serie di questioni aperte di rilievo non indifferente.

La prima, e certamente più importante, è quella dell’esclusione dall’ambito applicativo del diritto della corrispondenza scambiata con il c.d. avvocato interno (o *in-house counsel*), ossia legato all’impresa da un rapporto di lavoro subordinato⁷⁵³. Tale scelta è stata oggetto di forti critiche, volte essenzialmente a mettere in luce come la posizione della Corte rischiasse di pregiudicare una effettiva tutela dei diritti di difesa delle imprese coinvolte nei procedimenti *antitrust*⁷⁵⁴. Comprensibilmente, alcune critiche particolarmente accorate sono giunte dalle organizzazioni rappresentative degli avvocati d’impresa⁷⁵⁵.

La Corte è stata criticata altresì per aver fatto una scelta a favore del “minimo comune denominatore” tra le legislazioni esistenti nei vari Stati membri, ignorando il fatto che in taluni sistemi giuridici (in particolare quelli di *common law*) il *legal privilege* coprisse anche le comunicazioni con gli avvocati *in-house* – per quanto in altri il concetto fosse completamente sconosciuto⁷⁵⁶. Così facendo, la Corte avrebbe seguito un approccio in contrasto con quello adottato in altre circostanze, in cui non

⁷⁵¹ Punto 32.

⁷⁵² V., ad esempio, E. GIPPINI-FOURNIER, *op. cit.*, p. 622; J. HOLTZ, *Legal Professional Privilege in Europe: a Missed Policy Opportunity*, in *JECLAP*, 2013, 4 (5), p. 404.

⁷⁵³ Sul punto, v. più diffusamente *infra*, sub 4.2.3.1.

⁷⁵⁴ V. ad esempio A. M. HILL, *A problem of privilege: in-house counsel and the attorney-client privilege in the United States and the European Community*, (1995) 27 *Case W. Res. J. of Int’l L.*, 1995 (27), p. 191, secondo cui la Corte ha fatto una scelta evidentemente a favore della forma (cioè l’uniforme applicazione della tutela “comunitaria” del diritto) anziché della sostanza del diritto stesso. V. anche A. ANDREANGELI, *The Protection of Legal Professional Privilege in EU Law and the Impact of the Rules on the Exchange of Information within the European Competition Network on the Secrecy of Communications between Lawyer and Client: one step forward, two steps back?*, in *TCLR*, 2005, 2 (1), p. 39, che ha osservato come “[t]he current position of the ECJ [...] could hinder the effectiveness of the rights of the defence of the undertakings concerned”.

⁷⁵⁵ Nel 1983, un anno dopo la pronuncia della sentenza *AM & S c. Commissione*, è stata fondata l’ECLA, ossia l’associazione rappresentativa dei giuristi d’impresa, che da anni porta avanti campagne per l’estensione del *legal privilege* anche agli avvocati *in-house*.

⁷⁵⁶ Cfr., sul punto, le osservazioni di H. W. KREIS, *The AM & S judgment of the European Court of Justice and its consequences within and outside the Community*, in *WOCO*, 1984, 8 (1), p. 12 ss.

era stata richiesta l'unanimità tra le legislazioni degli Stati membri al fine di identificare un principio generale del diritto "comunitario"⁷⁵⁷.

Sul punto, peraltro, è interessante rilevare innanzitutto come la Corte si sia discostata dall'opinione espressa dall'avvocato generale Slynn, che aveva espressamente proposto che l'avvocato vincolato da un rapporto di lavoro dipendente, ma che continuasse ad essere membro dell'ordine forense e soggetto alle norme disciplinari e deontologiche, fosse trattato alla stessa stregua degli avvocati indipendenti⁷⁵⁸, facendo proprio un approccio ben più flessibile di quello adottato dalla Corte di giustizia.

Quanto alla *ratio* della posizione della Corte, è stato correttamente messo in luce che le ragioni pratiche sono da ricercare nei più limitati poteri istruttori di cui godeva la Commissione in vigore del Regolamento 17/1962, alla luce dei quali l'eventuale decisione di sottrarre a quest'ultima anche la corrispondenza scambiata con gli avvocati *in-house* avrebbe ridotto in misura significativa le *chances* di accertare violazioni della normativa *antitrust*⁷⁵⁹. Stando così le cose, tuttavia, pareva ragionevole aspettarsi una revisione di tale posizione in futuro, laddove i poteri istruttori della Commissione fossero stati resi più incisivi (come è avvenuto grazie al Regolamento 1/2003).

Un'altra questione lasciata aperta dalla sentenza riguarda la tutela delle comunicazioni con soggetti diversi dall'avvocato, che pure possono avere un ruolo di rilievo nell'ambito di un procedimento, come ad esempio nel caso delle relazioni redatte da esperti a fini di difesa processuale. Tali documenti sembrano essere

⁷⁵⁷ Così le conclusioni rese dall'avvocato generale Slynn nella causa *AM & S c. Commissione*, cit., pp. 1648-1650. *Contra* E. GIPPINI-FOURNIER, *op. cit.*, p. 624, che nota come la Corte abbia in realtà significativamente esteso le regole esistenti sul punto in diversi Stati membri.

⁷⁵⁸ V. le conclusioni rese dall'avvocato generale Slynn nella causa *AM & S c. Commissione*, cit., p. 1655. Cfr. sul punto anche G. DI FEDERICO, *Case C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v. European Commission*, in *CMLR*, 2011 (48), pp. 588-589.

⁷⁵⁹ G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 248, che osserva sul punto che, "[i]n particolare, l'impossibilità per gli agenti incaricati di porre sotto sequestro o sigillare il materiale reperito presso la sede delle imprese rischiava di rendere inefficaci gli accertamenti in loco. Le società, specie quelle di medie e grandi dimensioni (ovverosia quelle che normalmente ricadono nell'ambito di applicazione degli artt. 81 e 82 CE) si avvalgono spesso della collaborazione del proprio servizio giuridico interno, costituito in gran parte da avvocati".

evidentemente esclusi, posto il riferimento della Corte alla sola corrispondenza con l'avvocato (esterno)⁷⁶⁰.

Altresì oggetto di critica è stato il passaggio della sentenza in cui la Corte ha stabilito tutele procedurali assai ridotte, prevedendo che – in caso di controversie tra la Commissione e un'impresa circa il contenuto di un documento asseritamente coperto dal diritto – la prima possa consultare sommariamente il documento stesso la fine di dirimere la questione. Invero, alcuni autori hanno difeso l'opzione scelta dalla Corte, insistendo sul fatto che, talvolta, l'unico modo per capire se un documento rientri o meno nell'ambito del *legal privilege* sia proprio quello di consentire ai funzionari di esaminarlo⁷⁶¹. Tuttavia, è ovvio che, in certi casi, anche uno sguardo rapido (ossia il c.d. “cursory glance” di cui parla Gippini-Fournier) può influenzare il successivo corso delle indagini, dato che è improbabile pensare che i funzionari possano soffrire di amnesie improvvise. In tal senso, il fatto di limitare il *legal privilege* all'uso di un certo documento in giudizio o nel corso del procedimento (ritenendo, al contrario, perfettamente ammissibile la mera *consultazione* dello stesso) non sembra soddisfare la *ratio* utilitaristica che risulta indubbiamente presente nella concezione fatta propria dalle Corti UE⁷⁶².

Infine, è apparsa curiosa anche la scelta della Corte di confinare l'applicabilità del diritto agli avvocati “abilitati all'esercizio della professione in uno degli Stati membri”⁷⁶³, nonostante tale aspetto non fosse stato minimamente preso in considerazione tanto dalle parti quanto dagli intervenienti⁷⁶⁴.

Alla luce di quanto sopra, non stupisce il fatto che da più parti si siano levate voci a favore di una revisione della giurisprudenza *AM & S c. Commissione*⁷⁶⁵. Tali appelli

⁷⁶⁰ Cfr. A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, cit., p. 94, secondo cui comunque “it could be argued that the general exception of confidentiality of business secrets could be deployed to prevent their disclosure when they contain ‘sensitive’ data about the undertakings concerned”. V. anche sul punto R. PATTENDEN, *Litigation privilege and expert opinion evidence*, in *IJEP*, 2000 (4), p. 213 ss.

⁷⁶¹ Così E. GIPPINI-FOURNIER, *op. cit.*, p. 634.

⁷⁶² *Contra* E. GIPPINI-FOURNIER, *op. cit.*, pp. 634-634, secondo cui il problema non si pone in modo particolare nel caso del *legal privilege*, nella misura in cui lo stesso sia concepito come collegato alla necessità di tutelare i diritti di difesa anziché il diritto alla *privacy*.

⁷⁶³ *AM & S c. Commissione*, cit., punto 25. Sul punto v. meglio nel prosieguo, *sub* 4.2.3.2.

⁷⁶⁴ I. S. FORRESTER, *Legal professional privilege: limitations on the Commission's powers of inspection following the AM & S judgment*, cit., p. 83. L'A. ha osservato che, tuttavia, la scelta operata dalla Corte non può ritenersi accidentale.

⁷⁶⁵ I. S. FORRESTER, *id.*, p. 84. V. anche sul punto H. W. KREIS, *op. cit.*, p. 4 e p. 9 ss.

sono rimasti a lungo del tutto inascoltati, posto che le Corti UE per lungo tempo non hanno avuto occasione di pronunciarsi sul tema dei confini del *legal privilege* nel procedimento *antitrust*⁷⁶⁶.

Un'occasione importante si è tuttavia presentata con la c.d. saga *Akzo Nobel*, che ha riportato prepotentemente alla ribalta la questione tra il 2003 e il 2010.

4.2.2. (segue) La saga Akzo Nobel

4.2.2.1. L'ordinanza cautelare del Presidente del Tribunale

La lunga e complessa causa in questione trae origine dal sequestro, effettuato da funzionari della Commissione nel corso di ispezioni condotte per accertare eventuali violazioni della normativa *antitrust*, di due serie di documenti che, secondo la società Akzo Nobel e le sue controllate, erano coperti dal *legal privilege*⁷⁶⁷.

Con riguardo ai documenti della serie A, i funzionari della Commissione non erano stati in grado di giungere sul momento ad una conclusione definitiva quanto alla tutela di cui dovevano eventualmente beneficiare, e di conseguenza avevano collocato le copie in una busta sigillata, portata via al termine dell'accertamento. Con riguardo invece alla serie B, dopo avere esaminato i tre documenti e aver raccolto i chiarimenti delle società, i funzionari avevano ritenuto che essi non fossero sicuramente tutelati dal segreto professionale e, pertanto, ne avevano estratto copia accludendole al resto del fascicolo. Le società avevano quindi impugnato la decisione finale che rigettava la richiesta di confidenzialità, chiedendo altresì la sospensione dell'esecuzione della stessa. Nel procedimento erano intervenuti, in sostegno delle ricorrenti, il CCBE, l'organo di rappresentanza forense olandese e l'Associazione europea dei giuristi

⁷⁶⁶ Si deve però citare l'ordinanza del Tribunale del 4 aprile 1990 *Hilti Aktiengesellschaft c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-30/89, EU:T:1990:27, punto 18, in cui il Tribunale ha lievemente ampliato l'ambito *ratione materiae* del *legal privilege*, estendendolo anche alle "note interne che si limitano a riprodurre il testo o il contenuto" delle comunicazioni scritte tra avvocato e cliente.

⁷⁶⁷ In particolare, la serie A comprendeva due documenti: una nota dattiloscritta indirizzata dal direttore generale della controllata a un suo superiore, in cui si riportavano informazioni raccolte internamente al fine di ottenere un parere giuridico esterno nell'ambito di un programma di c.d. *compliance antitrust*, nonché un'ulteriore copia della stessa nota con appunti a margine che menzionavano, tra l'altro, l'avvocato della società. La serie B comprendeva invece tre documenti, costituiti rispettivamente da un insieme di note manoscritte dal direttore generale e utilizzate per redigere la nota di cui alla serie A, e da due messaggi di posta elettronica tra lo stesso soggetto e l'avvocato *in-house* della società.

d'impresa (ECLA), a dimostrazione della sensibilità e del grande interesse pratico della questione sollevata.

In via preliminare, il Presidente del Tribunale aveva riconosciuto che – posto che le parti non sostenevano che i documenti della serie A costituissero, di per sé, una corrispondenza con un avvocato esterno (come in *AM & S c. Commissione*) ovvero un documento che riproduceva il testo o il contenuto di una comunicazione di questo tipo (come in *Hilti c. Commissione*), bensì note redatte in vista di una consultazione telefonica con un avvocato – la questione sollevata fosse assai rilevante e complessa, riguardando “l’eventuale necessità di estendere, in una certa misura, l’ambito del segreto professionale così come attualmente delimitato dalla giurisprudenza”⁷⁶⁸.

In proposito, il Presidente del Tribunale ha inoltre riconosciuto che “può rivelarsi necessario, in talune circostanze, che il [...] cliente prepari documenti di lavoro o di sintesi” al fine di consentire all’avvocato di “comprendere il contesto, la natura e la portata dei fatti a proposito dei quali viene richiesta la sua assistenza”. Tali documenti sono in genere idonei a essere coperti dal *legal privilege*, posto che – se la Commissione potesse estrarne copia – potrebbe risultarne, *prima facie*, una lesione irrimediabile dei diritti di difesa delle imprese⁷⁶⁹.

Quanto ai messaggi scambiati con l’avvocato interno (contenuti nella serie B), il giudice dell’urgenza ha rilevato che – per quanto questi non fossero in linea di principio coperti dal *legal privilege* come riconosciuto nel precedente *AM & S c. Commissione* – quest’ultimo si fondava su un’interpretazione dei principi comuni agli Stati membri assai datata, risalente al 1982. Non poteva dunque escludersi che, nel mentre, alla luce dell’evoluzione del diritto UE e dei diritti nazionali degli Stati membri, la tutela “[dovesse], a questo punto, essere estesa anche alle comunicazioni scambiate con un avvocato impiegato in via permanente da un’impresa”⁷⁷⁰.

Pur non potendo soffermarsi in modo approfondito su detta evoluzione, il Presidente del Tribunale ha significativamente affermato che le parti avevano presentato elementi *prima facie* idonei a dimostrare che, nell’ordinamento giuridico

⁷⁶⁸ V. ordinanza del Presidente del Tribunale del 30 ottobre 2003 *Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd c Commissione delle Comunità europee*, cause riunite T-125/03 R e T-253/03 R, EU:T:2003:287, punti 97-98.

⁷⁶⁹ *Id.*, punti 102-104.

⁷⁷⁰ Punti 118-122.

degli Stati membri ed eventualmente, quale conseguenza, nell'ordinamento giuridico "comunitario", "sempre meno si può presumere che il rapporto d'impiego tra un giurista e un'impresa pregiudichi comunque e per principio l'indipendenza richiesta per esercitare efficacemente un ruolo di coadiutore dell'amministrazione della giustizia qualora, per altro verso, regole deontologiche stringenti vincolino tale giurista, all'occorrenza imponendogli i particolari doveri che potrebbe esigere il suo status"⁷⁷¹.

Inoltre, il Presidente del Tribunale ha ritenuto che le parti avessero presentato elementi *prima facie* idonei a dimostrare che la procedura seguita dalla Commissione per stabilire se un documento sia o meno coperto dal diritto fosse incompatibile col rispetto dei diritti di difesa delle imprese⁷⁷².

Come era prevedibile, il ragionamento del Presidente del Tribunale è stato salutato come un primo fondamentale passo verso un *revirement* della giurisprudenza *AM & S c. Commissione*⁷⁷³. Invero, nonostante tale ordinanza potesse apparire come "una vittoria procedurale modesta per le ricorrenti", essa presentava un indubbio potenziale "rivoluzionario" rispetto all'orientamento consolidato⁷⁷⁴.

Tuttavia, solo un anno dopo l'ordinanza è stata annullata dalla Corte di giustizia per mancanza del requisito dell'urgenza⁷⁷⁵. Secondo il Presidente della Corte, la "semplice conoscenza da parte della Commissione delle informazioni contenute nei documenti della serie A, senza che tali informazioni vengano utilizzate in un procedimento per infrazione delle regole comunitarie sulla concorrenza" – per quanto suscettibile di compromettere il *legal privilege* – non era di per sé sufficiente a comprovare l'esistenza nel caso di specie del presupposto dell'urgenza⁷⁷⁶. Ciò alla luce, da un lato, dell'impegno assunto dalla Commissione di non consentire a terzi di accedere ai documenti della serie A fino alla pronuncia della sentenza principale e,

⁷⁷¹ Punto 126.

⁷⁷² Punti 146-148.

⁷⁷³ A. M. HILL, *op. cit.*, p. 191; A. ANDREANGELI, *Joined Cases T-125/03 and 253/03, AKZO Nobel Chemicals Ltd v Ackros Chemicals Ltd v Commission*, in *EBLR*, 2008 (19), p. 1146; *Id.*, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, cit., p. 101.

⁷⁷⁴ Cfr. G. MURPHY, *CFI signals possible extension of professional privilege to in-house lawyers*, cit., p. 453.

⁷⁷⁵ V. ordinanza del Presidente della Corte di giustizia del 27 settembre 2004 *Commissione c. Akzo e Akros*, causa C-7/04 P(R), EU:C:2004:566.

⁷⁷⁶ *Id.*, punto 41.

dall'altro, dell'impossibilità per la Commissione di utilizzare tali documenti come elementi di prova qualora la decisione fosse giudicata illegittima⁷⁷⁷.

4.2.2.2. Il procedimento principale

Nel corso del procedimento principale, tanto il Tribunale quanto la Corte di giustizia⁷⁷⁸ hanno riconfermato la sostanza dei principi già affermati nel precedente *AM & S c. Commissione* con riguardo all'esclusione dal *legal privilege* delle comunicazioni scambiate con l'avvocato *in-house*.

In particolare, le Corti UE hanno chiarito che, nel precedente summenzionato, il giudice dell'Unione ha definito in maniera *negativa* il concetto di avvocato indipendente, richiedendo che quest'ultimo non sia vincolato al suo cliente da un rapporto di lavoro dipendente, e non in maniera positiva (sulla base dell'appartenenza ad un ordine professionale o della sottoposizione alla disciplina e alla deontologia professionali). Ciò che conta, dunque, è la terzietà – strutturale, gerarchica e funzionale – dell'avvocato rispetto all'impresa che beneficia della sua assistenza⁷⁷⁹.

Sul punto, particolarmente significativa è un'affermazione della Corte di giustizia, che ha posto la presunzione assoluta per cui un avvocato interno, nonostante la sua iscrizione all'ordine forense e i vincoli professionali che ne conseguono, non gode dello stesso grado di indipendenza dal suo datore di lavoro di cui gode, nei confronti dei propri clienti, un avvocato che lavora in uno studio legale esterno⁷⁸⁰. Con la conseguenza che “per un avvocato interno è più difficile che per un avvocato esterno risolvere eventuali conflitti tra i suoi doveri professionali e gli obiettivi del suo cliente”, trovandosi in una situazione “che, per sua stessa natura, non consente all'avvocato interno di discostarsi dalle strategie commerciali perseguite dal suo datore di lavoro e che dunque influisce sulla sua capacità di agire con indipendenza professionale”⁷⁸¹.

⁷⁷⁷ Punto 42.

⁷⁷⁸ V. la sentenza del Tribunale *Akzo Nobel Chemicals e Akcros Chemicals c. Commissione*, cit.; e la sentenza della Corte di giustizia del 14 settembre 2010 *Akzo Nobel Chemicals e Akcros Chemicals c. Commissione*, causa C-550/07 P, EU:C:2010:512.

⁷⁷⁹ V. la sentenza del Tribunale *Akzo Nobel*, cit., punto 168, e la sentenza della Corte di giustizia *Akzo Nobel*, cit., punto 45.

⁷⁸⁰ V. la sentenza della Corte di giustizia *Akzo Nobel*, cit., punto 45.

⁷⁸¹ Punti 45-47.

Le Corti UE hanno poi rigettato l'argomento secondo cui si imporrebbe la necessità di rivedere la giurisprudenza summenzionata, tanto alla luce della presunta evoluzione dei diritti nazionali degli Stati membri (data l'impossibilità di identificare al riguardo tendenze uniformi o chiaramente maggioritarie⁷⁸²), quanto per via delle modifiche introdotte dal Regolamento 1/2003 che – a detta delle ricorrenti – porrebbe alle imprese un'accresciuta esigenza di esaminare in modo autonomo la compatibilità delle proprie condotte con il diritto della concorrenza (data la possibilità di rivolgersi a un giurista indipendente per ottenere siffatte valutazioni⁷⁸³). Senza che – secondo le Corti UE – da ciò possa ricavarsi una discriminazione degli avvocati *in-house* rispetto a quelli indipendenti, stante la manifesta diversità di situazioni che caratterizzano tali figure, “in particolare a causa dell'integrazione funzionale, strutturale e gerarchica dei giuristi d'impresa in seno alle società di cui sono dipendenti”⁷⁸⁴.

Tanto premesso con riguardo alla questione dell'ambito applicativo *ratione personae* del *legal privilege*, si deve rilevare che le sentenze rese dalle Corti UE nel procedimento principale della c.d. saga *Akzo Nobel* hanno tuttavia segnato un importante avanzamento della giurisprudenza, per quanto su un tema diverso: quella della procedura da seguire nel caso in cui venga invocato il diritto⁷⁸⁵.

Sul punto, dopo aver richiamato i principi già affermati nella giurisprudenza *AM & S* con riguardo alla possibilità per la Commissione di procedere a un esame sommario dei documenti controversi (laddove non sia convinta degli elementi addotti dalle imprese a giustificazione del rifiuto di mostrare i documenti), le Corti UE hanno ammesso che, in certi casi, “anche un esame sommario del documento, malgrado il

⁷⁸² V. la sentenza del Tribunale *Akzo Nobel*, cit., punto 170, e la sentenza della Corte di giustizia *Akzo Nobel*, cit., punto 74. In proposito, v. quanto osservato da M. J. FRESE, *The development of general principles for EU competition law enforcement – The protection of legal professional privilege*, Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2011-03 (disponibile online su <http://ssrn.com/>), p. 6 ss.: secondo l'A., il ragionamento delle Corti UE, incentrato sull'esigenza che sia ravvisabile un *trend* predominante nei diritti nazionali dei 27 Stati membri, riconferma la già rilevata prevalenza di un approccio del “minimo comune denominatore”.

⁷⁸³ V. la sentenza del Tribunale *Akzo Nobel*, cit., punto 173.

⁷⁸⁴ *Id.*, punto 174.

⁷⁸⁵ Cfr. A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, cit., pp. 110-111, che sottolinea come, per quanto le conclusioni del Tribunale possano apparire “deludenti”, la sentenza in questione resta significativa per una serie di aspetti, con la conseguenza che “the AKZO Nobel judgment was not a completely missed opportunity for the rights of defence of the investigated firms” (p. 113). In questo senso anche G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 252 ss.

suo carattere superficiale, comporta il rischio che i funzionari della Commissione vengano a conoscenza di informazioni coperte dalla riservatezza delle comunicazioni tra avvocati e clienti”⁷⁸⁶. Alla luce di tale constatazione, è stato espressamente sancito il diritto delle imprese, in sede di ispezione, di negare ai funzionari della Commissione la possibilità di leggere, sia pure sommariamente, uno o più documenti concreti che sostengano essere tutelati dalla riservatezza (purché ne diano spiegazione motivata ai funzionari stessi): in tali ipotesi, i funzionari potranno porre il documento in una busta sigillata e portarla via ai fini della successiva definizione della controversia⁷⁸⁷. In caso di controversia, i funzionari non potranno comunque accedere ai documenti prima che le imprese abbiano avuto modo di ricorrere al giudice “comunitario” (eventualmente in via cautelare) avverso la relativa decisione della Commissione, anche se tacita⁷⁸⁸. Peraltro, la Commissione sarà tenuta ad attendere la scadenza del termine per la proposizione del ricorso avverso la sua decisione di rigetto prima di prendere visione del contenuto di tali documenti⁷⁸⁹.

In tal senso, la procedura della busta sigillata pare assolutamente idonea a “escludere i rischi di violazione della riservatezza, lasciando al contempo alla Commissione la possibilità di mantenere un certo controllo sui documenti oggetto dell’accertamento ed evitando il rischio di successiva scomparsa o manipolazione di tali documenti”⁷⁹⁰.

Infine, con riguardo al caso concreto sottoposto alle Corti (ossia all’applicabilità del *legal privilege* ai documenti della serie A), queste ultime hanno sancito che il diritto si estende ai documenti preparatori, anche se non sono stati scambiati con un avvocato o non sono stati predisposti per essere materialmente trasmessi ad un avvocato, laddove siano stati elaborati esclusivamente al fine di chiedere un parere legale, nell’ambito dell’esercizio dei diritti di difesa⁷⁹¹.

Si deve rilevare che la causa in oggetto, per quanto conclusasi con la riaffermazione del principio riconosciuto nella sentenza *AM & S c. Commissione*, ben si sarebbe prestata a illustrare la natura potenzialmente evolutiva di certi diritti.

⁷⁸⁶ V. la sentenza del Tribunale *Akzo Nobel*, cit., punto 81.

⁷⁸⁷ Punti 82-82.

⁷⁸⁸ Punti 49 e 85.

⁷⁸⁹ Punto 88.

⁷⁹⁰ Punto 82.

⁷⁹¹ Punto 123.

Invero, come riconosciuto in sede extragiudiziale dallo stesso Presidente del Tribunale, non vi è ragione di credere che – una volta stabilito l’ambito di un diritto – lo stesso resterà per sempre scolpito nella pietra⁷⁹². Peraltro, la natura evolutiva di detti diritti pare particolarmente logica e convincente quando, come nel caso di specie, trovano le loro radici nei diritti nazionali degli Stati membri: questi ultimi evolvono naturalmente nel tempo, così come evolve il numero degli Stati membri. Di conseguenza, la natura evolutiva dei diritti in questione pare in un certo senso inerente all’ordinamento UE⁷⁹³.

Ciononostante, come visto, le due sentenze poc’anzi commentate hanno indubitabilmente rafforzato i principi già stabiliti dal giudice dell’Unione con riguardo ai confini del *legal privilege*, in particolare sull’esclusione delle comunicazioni intercorse con il legale interno. Il fatto che dal 2010 in poi le Corti UE non siano ritornate sul punto⁷⁹⁴ pare un segnale alquanto chiaro del fatto che l’orientamento giurisprudenziale sia considerato, quantomeno ad oggi, consolidato⁷⁹⁵.

4.2.3. Osservazioni critiche sull’orientamento delle Corti UE circa l’ambito applicativo *ratione personae* del *legal professional privilege*

Prima di concludere la disamina della giurisprudenza “comunitaria” sull’ambito applicativo del *legal privilege* nel procedimento *antitrust*, si ritiene necessario soffermarsi, per alcune brevi riflessioni, sulle scelte operate dalle Corti UE con riguardo all’ambito *ratione personae* del diritto in questione. Detto orientamento solleva infatti diversi interrogativi, sia da un punto di vista puramente teorico, sia

⁷⁹² B. VESTERDORF, *Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self-Incrimination in EC Law: Recent Developments and Current Issues*, cit., p. 709.

⁷⁹³ *Ibid.*

⁷⁹⁴ *A latere*, pare opportuno segnalare che alcuni anni fa la Commissione ha affrontato la questione della possibile tutela della confidenzialità delle comunicazioni tra avvocati esterni, risolvendola in senso negativo: v. decisione della Commissione europea del 23 luglio 2010, COMP/E-1/39612 – *Perindopril (Servier)* (avverso la quale è attualmente pendente un ricorso dinanzi al Tribunale, causa T-691/14, che però tocca questioni diverse). Sul punto, v. altresì il commento di J.-P. BUYLE, V. BROPHY, S. MCINNES, *May the Commission review correspondence between outside counsel?*, in *ECLR*, 2012, 33 (4), p. 203 ss.

⁷⁹⁵ Cfr. G. DI FEDERICO, *Case C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v. European Commission*, cit., p. 596; N. KAHN, *op. cit.*, p. 134.

laddove si passi ad analizzare i possibili effetti pratici della posizione fatta propria dal giudice dell'Unione.

4.2.3.1. *L'esclusione degli avvocati in-house*

Ciò vale innanzitutto per l'esclusione degli avvocati *in-house* dall'alveo del privilegio. Come ricordato, tale scelta è stata motivata principalmente dall'idea che l'avvocato legato a un'impresa da un rapporto di lavoro subordinato non sia in grado di offrire la stessa garanzia d'indipendenza e rigore etico che è richiesta invece all'avvocato indipendente, la cui appartenenza a un ordine professionale dipende proprio dal rispetto di un codice di questo tipo. In proposito, è stato ritenuto significativo il fatto che, in molti Stati membri, gli avvocati *in-house* non possano iscriversi all'ordine forense, il che dimostrerebbe *a contrario* che gli stessi non sarebbero tenuti ad assistere il cliente in modo indipendente e imparziale.

Tale ragionamento non convince affatto.

In primo luogo, non vi è nessuna prova a sostegno dell'affermazione per cui gli avvocati dei servizi giuridici interni a un'impresa sarebbero più propensi ad incoraggiare il proprio cliente a porre in essere condotte anticoncorrenziali⁷⁹⁶. Per quanto sia vero che, in questa ipotesi, l'avvocato è legato al cliente da un rapporto di lavoro subordinato, non pare fondata l'affermazione dell'avvocato generale Kokott per cui “[s]ussiste, quindi, un rischio strutturale che l'avvocato d'impresa – anche qualora egli, come di regola avviene, sia persona integra, animata dalle migliori intenzioni – venga a trovarsi in un conflitto di interesse tra i suoi doveri professionali e gli obiettivi e i desideri della sua impresa”⁷⁹⁷. Peraltro, una buona risposta a questo

⁷⁹⁶ Cfr. G. DI FEDERICO, *Case C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v. European Commission*, cit., p. 596, che richiama in proposito la *newsletter* dell'ECLA, *In-house counsel legal privilege needed with modernisation of EC competition law, Pt II, Legal developments support in-house privilege*, agosto 2003 (disponibile online su www.ecla.org). V. anche G. MURPHY, *Is it time to rebrand legal professional privilege in EC competition law?*, in *ECLR*, 2009, 30 (3), p. 132, il quale sottolinea che “[j]ustifying the narrow application of the privilege doctrine on vague notions of professional conduct creates a sweeping and negative generalisation about the legal ethics of in-house lawyers”. Tale A., peraltro, ha anche proposto di “rinominare” il *legal privilege* utilizzando un'espressione diversa, considerando che l'interpretazione che ne offrono le Corti UE diverge sensibilmente dall'accezione in cui il termine è utilizzato nei sistemi di *common law* (dai quali deriva), e ciò rischia di creare confusione e incomprensioni.

⁷⁹⁷ Conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa *Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd c. Commissione europea*, cit., punto 149. In termini simili v. E. GIPPINI-FOURNIER, *op. cit.*, pp. 629-630. *Contra*, v. B. TURNO, A. ZAWŁOCKA-TURNO, *op. cit.*, p. 206; J. HOLTZ, *op. cit.*, p. 409: “[t]he

argomento è quella avanzata da Di Federico, il quale sottolinea⁷⁹⁸ che, in ogni caso, tale pericolo sarebbe ben bilanciato dai penetranti poteri d'indagine di cui è oggi dotata la Commissione, che comprendono la facoltà di “apporre sigilli a tutti i locali e libri o documenti aziendali per la durata degli accertamenti e nella misura necessaria al loro espletamento”⁷⁹⁹.

Inoltre, l'orientamento summenzionato non si concilia affatto con la prassi seguita dalla Commissione nello svolgimento di accertamenti ispettivi: in tale frangente, la presenza di avvocati *in-house* viene considerata sufficiente a tutelare i diritti di difesa delle imprese coinvolte, senza che sia necessario attendere l'arrivo dei legali esterni⁸⁰⁰. Questa posizione, alla luce della scelta di non tutelare la corrispondenza tra l'avvocato *in-house* e il cliente, lascia perplessi⁸⁰¹.

L'unica obiezione che pare meritevole – ma, si ritiene, non certo decisiva – è quella per cui, stante la *possibilità* che in concreto un avvocato *in-house* non presenti il grado di imparzialità e indipendenza necessari per poter ritenere la relativa corrispondenza meritevole di confidenzialità, la presunzione assoluta introdotta dalle Corti UE costituirebbe l'unica soluzione in grado di garantire certezza⁸⁰². Dall'orientamento del giudice “comunitario” traspare con chiarezza la convinzione che, laddove la Commissione fosse tenuta a effettuare un'analisi caso per caso dell'indipendenza del singolo avvocato *in-house*, ciò si tradurrebbe in un eccessivo ostacolo all'efficacia delle indagini⁸⁰³. Si ritiene però che, nel caso di specie, l'attenzione all'economia procedurale sia esagerata, comprimendo in modo irragionevole i diritti di difesa delle parti indagate.

degree of independence of both in-house counsel and external advisor is actually quite similar. Both lawyers are paid by the company and thus economically dependent – in some cases, where the company accounts for a large proportion of the outside counsel's fees, the degree of dependency may even be greater”.

⁷⁹⁸ Cfr. G. DI FEDERICO, *Case C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v. European Commission*, cit., p. 598.

⁷⁹⁹ Articolo 20(2) lettera d) del Regolamento 1/2003. V. quanto detto sul punto *supra*, sub 2.2.

⁸⁰⁰ V. *Explanatory note*, punto 6.

⁸⁰¹ M. SIRAGUSA, C. RIZZA (a cura di), *op. cit.*, p. 183.

⁸⁰² Così A. ANDREANGELI, *The Protection of Legal Professional Privilege in EU Law and the Impact of the Rules on the Exchange of Information within the European Competition Network on the Secrecy of Communications between Lawyer and Client: one step forward, two steps back?*, cit., p. 51.

⁸⁰³ A sostegno di un approccio “funzionale” e “caso per caso” v. la proposta avanzata da A. ANDREANGELI, *id.*, p. 50 ss.

In aggiunta, le conseguenze pratiche dell'orientamento descritto sembrano alquanto negative. Ciò è particolarmente vero alla luce delle profonde modifiche introdotte con il Regolamento 1/2003: abolendo il sistema della notificazione degli accordi alla Commissione, è divenuta essenziale l'attività di *self-assessment* condotta dalle imprese circa la compatibilità delle proprie condotte con la normativa *antitrust*, attività che è naturalmente demandata al servizio giuridico interno alle imprese stesse⁸⁰⁴. Se però i pareri giuridici forniti da quest'ultimo rischiano di finire nelle mani dei funzionari della Commissione, è chiaro che le imprese saranno spinte a ricorrere in misura crescente all'assistenza di avvocati esterni, con forti ricadute in termini di spesa e, in aggiunta, con il rischio che i pareri siano meno accurati, stante la minore conoscenza del *business* che può avere un soggetto esterno all'organizzazione aziendale.

Allo stesso modo, vi è il rischio che gli avvocati *in-house* finiscano per rendere sempre più spesso pareri e consulenze in forma orale, al fine di non lasciare traccia scritta. Tale soluzione non dovrebbe in alcun modo essere incoraggiata, soprattutto considerando la complessità della normativa *antitrust*⁸⁰⁵.

Inoltre, l'orientamento in questione contribuisce a creare (o meglio a perpetuare) un "doppio *standard*" a livello UE, in quanto – come accennato – le Corti UE hanno scelto di fissare il livello della tutela con il metodo del "minimo comune denominatore", dunque più in basso rispetto alle garanzie esistenti in taluni Stati membri. Ciò crea, a sua volta, divergenze quanto ai criteri applicabili alle indagini *antitrust* condotte dalle varie autorità di concorrenza e dalla Commissione, a discapito della certezza del diritto (oltre che con possibili ricadute pratiche negative di cui si parlerà meglio nel prosieguo, *sub* 4.2.4.). La situazione sembra particolarmente

⁸⁰⁴ V. A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, cit., p. 97; J. HOLTZ, *op. cit.*, p. 406 e 408, che fornisce una serie di ragioni per cui l'avvocato interno è "meglio posizionato" di quello esterno per fornire consulenza legale all'impresa.

⁸⁰⁵ Cfr. sul punto I. S. FORRESTER, *Legal professional privilege: limitations on the Commission's powers of inspection following the AM & S judgment*, cit., p. 81. V. anche, per un contributo interessante, il parere espresso dalla commissione sulla concorrenza della Camera di commercio internazionale: "[a]s long as communications with [in-house] lawyers can be seized and used as the basis for sanctions, [...] the quality of the advice will suffer, because corporate clients will be reluctant to put the full facts before their lawyers, and the lawyers will be reluctant to give frank advice. The net effect will be to make it more difficult for these corporations to comply with the law" (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE COMMISSION ON COMPETITION, *Competition law and legal privilege*, 2006, p. 5, disponibile online su: http://www.uscib.org/docs/ICC_IssuesPaperLegal_privilege.pdf).

confusa in quegli Stati membri in cui gli avvocati d'azienda possono iscriversi all'ordine professionale, risultando quindi soggetti alle stesse regole etiche che legano gli avvocati indipendenti, rischiando però di non beneficiare del medesimo *status* in caso di indagini condotte dalla Commissione⁸⁰⁶.

Per tutti questi motivi, la scelta operata dalle Corti UE non sembra condivisibile, alla luce della necessità di tutelare appieno i diritti di difesa delle imprese nei procedimenti *antitrust*⁸⁰⁷.

4.2.3.2. *L'esclusione degli avvocati non abilitati all'esercizio della professione nel territorio dell'Unione*

In secondo luogo, lascia perplessi altresì la scelta del giudice “comunitario” di circoscrivere l'ambito applicativo del *legal privilege* ai soli avvocati abilitati all'esercizio della professione forense in uno Stato membro⁸⁰⁸.

Al di là dei recenti tentativi di dimostrare che da un'attenta lettura della giurisprudenza non emergerebbe l'obbligatorietà del requisito in questione (e che quest'ultimo sarebbe comunque contrario al diritto internazionale)⁸⁰⁹, si deve rilevare

⁸⁰⁶ V. L. PAIS ANTUNES, *Just Another Brick in the Wall: Communications with In-house Lawyers Remain Unprotected by Legal Privilege at the European Union Level*, in *JECLAP*, 2011, 2 (1), p. 7.

⁸⁰⁷ *Contra* M. J. FRESE, *op. cit.*, p. 6, secondo cui estendere la protezione alle comunicazioni provenienti da legali interni implicherebbe il fatto di mettere in dubbio la qualità dei pareri resi dagli avvocati esterni: “[a]s any expansion of LPP would necessarily lead to a limitation of the Commission’s statutory powers, the relevant question seems instead: do the administration of justice and the protection of the rights of defence require the privilege of communications emanating from in-house counsel? This question cannot be answered positively without calling into question the services of ‘independent lawyers’”. Tale ragionamento non convince: è chiaro che includere le comunicazioni con gli avvocati interni nell'alveo del *legal privilege* non implica escludere quelle che intercorrono con gli avvocati esterni, posto che entrambe possono contribuire ad una buona amministrazione della giustizia. *Contra* anche W. P. J. WILS, *Powers of Investigation and Procedural Rights and Guarantees in EU Antitrust Enforcement: The Interplay between European and National Legislation and Case-law*, cit., p. 20: “I personally cannot see how one could consider that the possibility to consult in confidence an independent lawyer would not be sufficient to guarantee the rights of defence, thus creating a need to extend legal professional privilege to in-house counsel. Indeed, there is a wide choice of independent lawyers undertakings could turn to, and those undertakings which can afford to have in-house counsel can undoubtedly also afford to pay an independent lawyer”. Questa linea argomentativa non considera il diritto fondamentale di ciascun soggetto di scegliere liberamente l'avvocato da cui farsi assistere.

⁸⁰⁸ V. sentenza della Corte di giustizia *AM & S c. Commissione*, cit., punto 25.

⁸⁰⁹ V. F. E. GONZÁLEZ-DÍAZ, P. STUART, *Legal professional privilege under EU law: current issues*, in *Competition law & policy debate*, 2017, 3 (3), p. 59: tali A. sottolineano che nella parte operativa della sentenza in questione non è menzionato il requisito per cui l'avvocato deve essere abilitato a esercitare in uno Stato membro e, di conseguenza, non può sostenersi che la Corte abbia imposto tale condizione quale necessaria. Inoltre, sarebbe rilevante anche la circostanza che la questione del luogo di abilitazione dell'avvocato non sia stata ulteriormente menzionata nella giurisprudenza successiva. Infine, come accennato, gli A. rimarcano (p. 61) che “the EU is in any event required to comply with

che, fin da subito, tale soluzione è oggetto di aspre critiche⁸¹⁰. Ad esempio, l'American Bar Association (ABA) ha fatto appello alla Commissione affinché estendesse il *legal privilege* non solo agli avvocati *in-house*, ma anche (e soprattutto) a quelli extra-UE, sottolineando in particolare che le autorità e le corti statunitensi non accordavano un diverso trattamento agli avvocati a seconda della loro provenienza con riguardo al *legal privilege*⁸¹¹.

Dal lato pratico, peraltro, tale soluzione potrebbe creare ostacoli al buon svolgimento delle transazioni commerciali internazionali e, più in generale, alla competitività del mercato "comunitario". Infatti, le imprese stabilite in un paese extracomunitario (ad esempio gli Stati Uniti, in cui la corrispondenza con l'avvocato *in-house* è protetta) che vogliano operare nel mercato dell'Unione sarebbero costrette a ricorrere all'assistenza legale di un avvocato indipendente ivi stabilito al fine di poter tutelare i pareri ricevuti da quest'ultimo, con i costi che ciò comporterebbe⁸¹².

Inoltre, sempre da un punto di vista pratico, bisogna tenere presente il rischio che, se la Commissione nega tutela ai documenti scambiati con un avvocato appartenente a una giurisdizione extracomunitaria, la protezione eventualmente accordata agli stessi in quest'ultimo paese potrebbe venire a cadere⁸¹³.

4.2.4. Le tutele esistenti a livello legislativo

Come già illustrato⁸¹⁴, il *legal privilege* costituisce un ulteriore esempio dell'attività creativa svolta dal giudice "comunitario" al fine di colmare le lacune presenti a livello legislativo.

those principles of public international law that prevent it from unreasonably interfering with fundamental rights and protections afforded by foreign legal systems. By denying LPP protection to communications between a company and its non-EEA lawyers, and insisting that it would be entitled to compel the production of such documents, in circumstances where the company has a fundamental right to LPP with regard to those documents in their home jurisdiction, the EC would be unjustifiably interfering with those rights, and breaching the public international law principle of comity".

⁸¹⁰ V. sul punto la ricostruzione effettuata da H. W. KREIS, *op. cit.*, p. 10 s.

⁸¹¹ *Ibid.*

⁸¹² M. C. DALY, *The cultural ethical and legal challenges in lawyering for a global organization: the role of the general counsel*, in *Emory L J*, 1997 (46), p. 1108; A. ANDREANGELI, *The Protection of Legal Professional Privilege in EU Law and the Impact of the Rules on the Exchange of Information within the European Competition Network on the Secrecy of Communications between Lawyer and Client: one step forward, two steps back?*, cit., p. 39; M. DOLMANS, *Attorney-client privilege for in-house counsel: a European proposal*, in *Colum. J. of Eur. L.*, 1998 (4), p. 134.

⁸¹³ B. TURNO, A. ZAWŁOCKA-TURNO, *op. cit.*, p. 207.

⁸¹⁴ *Supra*, sub 4.2.1.

Invero, la normativa *antitrust* di riferimento (costituita, come noto, prima dal Regolamento 17/1962, e poi dal Regolamento 1/2003) non ha mai contenuto menzione del diritto in questione. Né lo stesso risulta menzionato in modo espresso da parte del diritto primario dell'Unione⁸¹⁵.

La questione dell'inserimento di una disposizione volta a tutelare il diritto alla confidenzialità delle comunicazioni avvocato-cliente era stata innanzitutto sollevata nel corso della procedura per l'adozione del Regolamento 17/1962, in parallelo con la questione del riconoscimento del diritto alla non autoincriminazione, nella c.d. *Relazione Deringer*⁸¹⁶. Tuttavia, il Consiglio aveva infine deciso di non accogliere le proposte intervenute in tal senso⁸¹⁷. La stessa situazione si è verificata quando è giunto il momento di sostituire tale strumento legislativo con il Regolamento 1/2003: in tale frangente, tutte le proposte volte a introdurre disposizioni che sancissero espressamente il diritto, anche nei contorni già definiti con la giurisprudenza *AM & S c. Commissione*, sono state rifiutate⁸¹⁸.

Ad oggi, dunque, il riconoscimento legislativo del *legal privilege* appare più limitato rispetto ad altri diritti di difesa⁸¹⁹, posto che di tale garanzia procedurale si fa menzione soltanto nella Comunicazione sulle migliori pratiche in materia di procedimenti, che – come già sottolineato – costituisce un atto di *soft law*, con indubbie ricadute in termini di certezza del diritto⁸²⁰. Quest'ultimo strumento contiene invero una sezione espressamente dedicata alla procedura che deve essere seguita laddove, nel corso di accertamenti ispettivi disposti dai funzionari della Commissione, sorgano contestazioni con le imprese circa il carattere riservato di uno o più documenti⁸²¹. Pare interessante rilevare che (oltre a codificare la giurisprudenza delle Corti UE circa il *legal privilege*, di cui si è già discusso *supra*, *sub* 4.2.1. e 4.2.2.)

⁸¹⁵ Cfr. però F. E. GONZÁLEZ-DÍAZ, P. STUART, *op. cit.*, p. 56, che notano come il *legal privilege* derivi sia dal diritto “*di farsi consigliare, difendere e rappresentare*”, sia dai diritti di difesa ex articoli 47 e 48 della Carta.

⁸¹⁶ V. *supra*, *sub* 3.2.4.

⁸¹⁷ Cfr. la ricostruzione effettuata nelle conclusioni dell'avvocato generale Warner nella causa *AM & S c. Commissione*, cit., punto 1621.

⁸¹⁸ E. GIPPINI-FOURNIER, *op. cit.*, p. 606. V. anche le conclusioni rese dall'avvocato generale Kokott il 29 aprile 2010 nella causa C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd c. Commissione europea*, EU:C:2010:229, punto 106.

⁸¹⁹ V. **Capitolo IV**, *sub* 2. e 3.

⁸²⁰ V. **Capitolo II**, *sub* 3.3.

⁸²¹ Cfr. sezione 2.7 della Comunicazione sulle migliori pratiche in materia di procedimenti.

tale documento introduce e disciplina nel dettaglio il potenziale coinvolgimento, nella procedura in questione, del consigliere-auditore, nell'ottica di garantire il rispetto dei diritti di difesa delle imprese coinvolte. In particolare, laddove non si riesca a raggiungere un accordo con i funzionari della Commissione circa il contenuto riservato o meno di un documento, le imprese possono decidere di sottoporre il documento stesso all'esame del consigliere-auditore. Quest'ultimo comunica poi alle parti (ossia al direttore responsabile dell'indagine e all'impresa) il suo parere preliminare – senza ovviamente svelare il contenuto del documento che potrebbe essere coperto dal *legal privilege* – e può adottare “le misure adeguate per favorire una soluzione reciprocamente accettabile”⁸²². Laddove non si trovi una soluzione, il consigliere-auditore può formulare una raccomandazione motivata al competente membro della Commissione, che è tenuta ad esaminare ulteriormente la questione⁸²³.

Si ritiene che la procedura summenzionata vada senz'altro nella direzione giusta, costituendo un buon complemento ai principi già stabiliti dal giudice dell'Unione nelle citate sentenze *Akzo Nobel*⁸²⁴. È stato in ogni caso osservato che non potrebbe escludersi un futuro intervento del Consiglio a norma dell'articolo 103 TFUE per sancire in modo espresso, con un regolamento *ad hoc*, l'ambito di tutela del *legal privilege* in occasione delle ispezioni condotte dalla Commissione⁸²⁵.

Prima di passare a esaminare la giurisprudenza della Corte EDU, è necessario dedicare qualche riga al potenziale impatto sul rispetto del *legal privilege* derivante dall'introduzione dell'articolo 12 del Regolamento 1/2003.

⁸²² Punto 55.

⁸²³ Punto 56. V. anche, in proposito, l'articolo 4(2), lettera b), del mandato del consigliere-auditore.

⁸²⁴ Peraltro, è significativo che la dottrina avesse già da tempo proposto di coinvolgere il consigliere-auditore, suggerendo addirittura che l'eventuale decisione di quest'ultimo sulla questione del *legal privilege* avrebbe dovuto essere impugnabile dinanzi al Tribunale: cfr. E. GIPPINI-FOURNIER, *op. cit.*, pp. 638-640. V. anche A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, cit., p. 103.

⁸²⁵ G. DI FEDERICO, *Case C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v. European Commission*, cit., p. 601. L'A. suggerisce che una maggior tutela del diritto in questione, nel rispetto delle esigenze di efficienza ed efficacia del procedimento *antitrust*, potrebbe essere ottenuta attraverso la creazione di una figura *ad hoc*, quale quella di un c.d. *Professional Privilege Officer*. Invero tale proposta (pur rischiando di far lievitare i costi e di moltiplicare i ruoli e le funzioni al di là di quanto strettamente necessario) ha il vantaggio di venire incontro alle critiche che possono essere fatte all'opzione di coinvolgere in misura maggiore nella procedura il consigliere-auditore: cfr. ID., *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 253, che nota come “[p]er quanto suggestiva, la prospettiva di una sua attiva partecipazione alla fase istruttoria non sembra tra le più garantiste, specialmente se si considera che esso è abilitato a formulare osservazioni sul prosieguo del procedimento, ad esempio, segnalando alla Commissione la necessità di riaprire l'istruttoria, di ritirare determinati addebiti ovvero di contestarne altri”.

Tale disposizione disciplina la facoltà attribuita alla Commissione e alle autorità nazionali di concorrenza “di scambiare e utilizzare come mezzo di prova qualsiasi elemento di fatto o di diritto, comprese informazioni riservate”. Premesso che, come già illustrato⁸²⁶, il tema dei rapporti tra la Commissione e le autorità nazionali di concorrenza (e del loro possibile impatto sul rispetto dei diritti di difesa delle imprese nell’ambito dei procedimenti *antitrust*) esula di per sé dall’oggetto della presente ricerca, non si può non rilevare come la previsione in parola abbia conseguenze alquanto incisive sul livello di tutela assicurato al *legal privilege*, ponendo la questione dell’opportunità di riformulare in modo più ampio l’ambito del diritto⁸²⁷.

L’articolo 12, infatti, introduce una base giuridica per lo scambio di informazioni in seno alla rete di autorità di concorrenza, ma al contempo non stabilisce regole per disciplinare l’uso del materiale probatorio così ottenuto⁸²⁸. Ciò implica che, una volta che un’informazione sia stata ottenuta in modo legittimo dall’autorità che la trasmette (costituendo materiale probatorio ammissibile nell’ordinamento in cui essa opera), l’autorità che la riceve possa utilizzarla nel corso di un procedimento pendente dinanzi a sé, anche laddove le regole applicabili nella sua giurisdizione siano diverse e, in ipotesi, più restrittive con riguardo alla questione dell’ammissibilità di quelle informazioni a titolo probatorio⁸²⁹.

Considerando l’esistenza di *standard* tuttora divergenti tra i vari Stati membri sulla questione dell’ambito applicativo del *legal privilege*, vi è un pericolo reale che l’articolo 12 possa essere utilizzato dalle autorità nazionali di concorrenza (o dalla Commissione stessa) al fine di aggirare i limiti esistenti in una certa giurisdizione⁸³⁰.

V. Introduzione.

A. ANDREANGELI, *The Protection of Legal Professional Privilege in EU Law and the Impact of the Rules on the Exchange of Information within the European Competition Network on the Secrecy of Communications between Lawyer and Client: one step forward, two steps back?*, cit., p. 43.

M. VAN DER WOUDE, *Exchange of information within the European Competition Network: scope and limits*, in C.-D. EHLERMANN, I. ATANASIU (a cura di), *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities*, Oxford, 2003, p. 378; P. R. WILLIS, *Transfer of information between authorities in the modernised network*, in *Comp. Law J.*, 2004, 2 (4), p. 319.

A. ANDREANGELI, *The Protection of Legal Professional Privilege in EU Law and the Impact of the Rules on the Exchange of Information within the European Competition Network on the Secrecy of Communications between Lawyer and Client: one step forward, two steps back?*, cit., p. 44. L’A. nota che tale conclusione sembra derivare da quanto affermato dalla Commissione nella Comunicazione sulla cooperazione nell’ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, in *GUUE* 101 del 27.4.2004, pp. 43-53, punto 27: “[p]er stabilire se le informazioni trasmesse siano state raccolte in modo legittimo dall’autorità che le ha trasmesse si fa riferimento alla legge applicabile a detta autorità”.

Id., p. 46; B. VESTERDORF, *Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self-Incrimination in EC Law: Recent Developments and Current Issues*, cit., p. 722. Sul punto, v. anche M. J. FRESE, *op.*

Tuttavia, tale scenario non sembra compatibile con l'esigenza di assicurare la certezza del diritto, che si fa ancora più acuta dal momento che il diritto *antitrust* presenta, come visto, natura penale nell'accezione di cui all'articolo 6 della CEDU⁸³¹.

4.3. Il legal professional privilege nella giurisprudenza della Corte EDU

Così come il *legal privilege* non è espressamente sancito nella Carta dei diritti fondamentali, lo stesso non appare in alcuna delle disposizioni della Convenzione. Tale vuoto normativo non ha però fermato la Corte di Strasburgo dall'offrirvi tutela.

La protezione della garanzia procedurale in parola è stata ricondotta talvolta all'esigenza di tutelare la *privacy* di ogni individuo, ex articolo 8 della CEDU⁸³², e in altre istanze alla tutela del giusto processo ex articolo 6⁸³³, in linea con la duplice *ratio* che appare caratterizzare il *legal privilege* (di cui si è detto *supra*)⁸³⁴.

Con riguardo all'ambito applicativo *ratione materiae* del *legal privilege*, la giurisprudenza della Corte EDU è alquanto netta nel porre la regola secondo cui la corrispondenza tra avvocato e cliente deve restare in linea di principio confidenziale⁸³⁵. Detta regola incontra deroghe solo in casi eccezionali, ad esempio quando è ragionevole ritenere che vi sia stato un abuso della segretezza concessa a tali comunicazioni⁸³⁶. Inoltre, il principio in questione trova applicazione non soltanto

cit., p. 16, che osserva che “[a]s the various authorities apply the Articles 101 and 102 TFEU in close cooperation and may carry out inspections on behalf of their colleagues (Art. 11(1) e 22 Reg. 1/2003), circumvention of national safeguards is inherent in the system”.

⁸³¹ M. VAN DER WOUDE, *Exchange of information within the European Competition Network: scope and limits*, cit., pp. 384-385; A. ANDREANGELI, *The Protection of Legal Professional Privilege in EU Law and the Impact of the Rules on the Exchange of Information within the European Competition Network on the Secrecy of Communications between Lawyer and Client: one step forward, two steps back?*, cit., p. 45. Quest'ultima A. osserva altresì che lo scenario descritto determinerebbe un'indebita discriminazione tra imprese a seconda della giurisdizione nazionale in cui operano, in violazione dei diritti fondamentali alla *privacy* e a un processo equo ai sensi, rispettivamente, degli articoli 6, 8 e 14 della CEDU (p. 47).

⁸³² V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 25 marzo 1998 *Kopp c. Svizzera*, ric. 23224/94, CE:ECHR:1998:0325JUD002322494; del 5 luglio 2001 *Erdem c. Germania*, ric. 38321/97, CE:ECHR:2001:0705JUD003832197.

⁸³³ Così, ad esempio, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 febbraio 1975 *Golder c. Regno Unito*, ric. 4451/70, CE:ECHR:1975:0221JUD000445170, punto 36; nonché la sentenza *S. c. Svizzera*, cit.

⁸³⁴ V. sub 4.1.

⁸³⁵ G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 251; G. MORGESE, *op. cit.*, p. 322.

⁸³⁶ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 25 marzo 1992 *Campbell c. Regno Unito*, ric. 13590/88, CE:ECHR:1992:0325JUD001359088, punti 47 e 48.

nel corso del procedimento, ma altresì nelle fasi propedeutiche alla sua instaurazione⁸³⁷. Peraltro, si deve anche notare che la Corte non fa distinzioni tra le diverse forme di comunicazione che possono intercorrere tra un avvocato e il suo cliente, affermando che tale corrispondenza, “a prescindere dallo scopo [...], gode di uno status privilegiato dal punto di vista della confidenzialità”⁸³⁸.

Con riguardo all’ambito applicativo *ratione personae* del diritto, come già accennato, nelle pronunce rilevanti la Corte EDU attribuisce importanza primaria al ruolo essenziale svolto dall’avvocato quale intermediario tra la collettività e le corti⁸³⁹, nonché all’esigenza di assicurare che il diritto all’equo processo sia concreto ed effettivo⁸⁴⁰. Al contrario, l’appartenenza dell’avvocato a un ordine professionale non sembra costituire una condizione essenziale per la protezione dello “status speciale” conferito allo stesso in una società democratica⁸⁴¹. Un segnale particolarmente forte in tal senso si può trarre dalla sentenza *A.B. c. Paesi Bassi*, in cui la Corte ha espressamente specificato che “né la Convenzione né il Regolamento di procedura della Commissione europea dei diritti dell’uomo al tempo richiedevano che i rappresentanti dei ricorrenti fossero avvocati esercenti la professione”⁸⁴².

Tale posizione assai flessibile pare però trovare un limite nell’affermazione fatta nella sentenza *Casado Coca c. Spagna* del 1994, in cui la Corte EDU – concependo la professione dell’avvocato quale tesa a svolgere una funzione ausiliaria all’amministrazione della giustizia esercitata dinanzi alle corti – ha posto la necessità che sussista un controllo sul rispetto da parte degli avvocati di norme professionali di condotta⁸⁴³. Detto controllo dovrebbe essere svolto nell’interesse pubblico da organi

⁸³⁷ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 16 ottobre 2001 *Brennan c. Regno Unito*, ric. 39846/98, CE:ECHR:2001:1016JUD003984698, punto 45.

⁸³⁸ V. ad esempio la sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 6 dicembre 2012 *Michaud c. Francia*, ric. 12323/11, CE:ECHR:2012:1206JUD001232311, punto 117 (nostra traduzione); del 30 gennaio 2007 *Ekinci e Akalin c. Turchia*, ric. 77097/01, CE:ECHR:2007:0130JUD007709701, punto 47.

⁸³⁹ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo *Nikula c. Finlandia*, cit., punto 45.

⁸⁴⁰ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo *S. c. Svizzera*, cit., punto 48.

⁸⁴¹ *Nikula c. Finlandia*, cit., punto 55. Così A. ANDREANGELI, *The Protection of Legal Professional Privilege in EU Law and the Impact of the Rules on the Exchange of Information within the European Competition Network on the Secrecy of Communications between Lawyer and Client: one step forward, two steps back?*, cit., p. 41.

⁸⁴² Sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 29 gennaio 2002 *A.B. c. Paesi Bassi*, ric. 37328/97, CE:ECHR:2002:0129JUD003732897, punto 86 (nostra traduzione).

⁸⁴³ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 24 febbraio 1994 *Casado Coca c. Spagna*, ric. 15450/89, CE:ECHR:1994:0224JUD001545089, punto 54. Così A. ANDREANGELI, *The Protection of Legal Professional Privilege in EU Law and the Impact of the Rules on the Exchange of Information*

indipendenti, quali gli organismi istituiti in seno agli ordini forensi. Sembra dunque che – pur non richiedendo l'appartenenza a un ordine professionale – la Corte parta dal presupposto che debba essere comunque esercitato sull'avvocato un certo grado di controllo, al fine di assicurarne l'integrità quale ausiliario di una corretta amministrazione della giustizia⁸⁴⁴.

Significativa è altresì la giurisprudenza della Corte di Strasburgo relativa alle garanzie procedurali necessarie al fine di assicurare, nel trattamento della confidenzialità, il rispetto dei diritti di difesa: diverse pronunce pongono quale requisito indispensabile la possibilità per le parti di impugnare le decisioni amministrative sul punto dinanzi a un organo giurisdizionale⁸⁴⁵.

4.4. Conclusioni: la compatibilità della giurisprudenza delle Corti UE con l'orientamento della Corte EDU

Passando ora ad operare un confronto della tutela fornita al *legal privilege* rispettivamente dalle Corti UE e dalla Corte di Strasburgo⁸⁴⁶, l'orientamento di quest'ultima risulta essere per taluni aspetti (seppur limitati) più “generoso” rispetto alla giurisprudenza del giudice dell'Unione.

Ciò emerge in particolare con riguardo alla questione dell'ambito applicativo *ratione materiae* del diritto: come visto, la Corte EDU pone il principio della riservatezza della corrispondenza scambiata tra cliente e avvocato in termini assai più assoluti, concependo eventuali “strappi alla regola” quali vere e proprie eccezioni⁸⁴⁷. Al contrario, le Corti UE si riferiscono espressamente al *legal professional privilege* quale una “eccezione” ai poteri d'indagine della Commissione⁸⁴⁸, il che mette subito

within the European Competition Network on the Secrecy of Communications between Lawyer and Client: one step forward, two steps back?, cit., p. 41.

⁸⁴⁴ ID., p. 42; nello stesso senso cfr. anche A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, cit., p. 118.

⁸⁴⁵ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 febbraio 1995 *McMichael c. Regno Unito*, ric. 16424/90, CE:ECHR:1995:0224JUD001642490, punti 80, 83, 91; del 24 giugno 2003 *Dowsett c. Regno Unito*, ric. 39482/98, CE:ECHR:2003:0624JUD003948298, punti 42-43. Cfr. A. ANDREANGELI, *Joined Cases T-125/03 and 253/03, AKZO Nobel Chemicals Ltd v Ackros Chemicals Ltd v Commission*, cit., p. 1152.

⁸⁴⁶ Su cui v. *supra*, sub 4.2.1., 4.2.2. e 4.3.

⁸⁴⁷ Cfr. G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 251.

⁸⁴⁸ V. la sentenza del Tribunale *Akzo Nobel*, cit., punto 176.

in luce la profonda differenza di impostazione che caratterizza la giurisprudenza dei due giudici. Vero è, come osservato in dottrina, che nelle decisioni della Corte di Strasburgo si tratta per lo più di tutelare la corrispondenza scambiata tra avvocato e detenuto, e non di tutelare una persona giuridica; tuttavia, come già ampiamente illustrato, “è difficile rifiutare l’applicabilità della sua giurisprudenza anche ai procedimenti comunitari *antitrust*”, alla luce del carattere sostanzialmente penale delle ammende previste⁸⁴⁹.

Il giudizio circa la compatibilità della giurisprudenza “comunitaria” con quella della Corte EDU sembra invece più sfumato con riguardo all’ambito applicativo *ratione personae* del diritto, ossia, in altri termini, con riguardo all’esclusione sancita dalle Corti UE della corrispondenza scambiata con il legale interno. Invero, alla luce della posizione assunta dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Casado Coca c. Spagna*⁸⁵⁰ (in base alla quale è necessario che esista un qualche tipo di controllo esterno sull’integrità e l’indipendenza di un avvocato, esercitato, ad esempio, dall’ordine forense di appartenenza), il test “negativo” elaborato dalle Corti UE nella sentenza *AM & S c. Commissione*⁸⁵¹ non sembra eccessivamente restrittivo⁸⁵².

Resta inteso che, laddove la posizione della Corte EDU evolvesse in termini più marcatamente propensi a considerare la corrispondenza con gli avvocati *in-house* quale meritevole di tutela ai sensi del *legal privilege*, l’orientamento del giudice “comunitario” non sarebbe più accettabile, ai sensi dell’articolo 52(3) della Carta⁸⁵³.

Quanto, infine, alla procedura prevista per le ipotesi in cui vi sia un contrasto tra le imprese e i funzionari della Commissione circa la natura protetta o meno di un

⁸⁴⁹ Cfr. G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 251. Secondo tale A., la posizione delle Corti UE è decisamente disallineata rispetto a quella della Corte di Strasburgo, che fornisce al *legal privilege* una tutela “assai distinta e maggiore” (p. 250). *Contra* E. GIPPINI-FOURNIER, *op. cit.*, p. 617 ss., il quale conclude che – nella giurisprudenza della Corte EDU – il *legal privilege* è derivato direttamente dal diritto all’assistenza legale e che, dunque, lo stesso non si applica laddove non si applica il primo diritto; con la conseguenza che l’orientamento delle Corti UE (che estende il *legal privilege* anche a documenti preesistenti che abbiano un collegamento con l’oggetto dell’indagine) andrebbe ben al di là di quanto richiesto per una compatibilità con la posizione della Corte di Strasburgo.

⁸⁵⁰ Cfr. *supra*, sub 4.3.

⁸⁵¹ V. *supra*, sub 4.2.1.

⁸⁵² Parzialmente *contra* A. ANDREANGELI, *Joined Cases T-125/03 and 253/03, AKZO Nobel Chemicals Ltd v Ackros Chemicals Ltd v Commission*, cit., p. 1152, che nota che “[a] closer adherence to the ECHR could justify the adoption of a ‘positive’ notion of lawyers’ independence and, as a result, a more generous approach to the concept of LPP in Community law in the future”.

⁸⁵³ G. DI FEDERICO, *Case C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v. European Commission*, cit., p. 595.

documento, si ritiene vi sia piena corrispondenza tra le posizioni assunte dai due giudici. I principi stabiliti nelle citate sentenze *Akzo Nobel* al fine di assicurare l'esercizio di uno scrutinio giudiziale sulle decisioni della Commissione che rifiutano di riconoscere il *legal privilege* sembrano infatti subordinare i poteri d'indagine di quest'ultima a un sistema di *checks and balances* del tutto coerente con quello richiesto dalle sentenze della Corte EDU⁸⁵⁴.

Da quest'ultimo punto di vista, il bilanciamento operato dalle Corti UE tra l'esigenza di tutelare il diritto delle imprese alla confidenzialità delle comunicazioni con il loro avvocato, da un lato, e la necessità di consentire alla Commissione di svolgere in modo celere e incisivo le indagini, sembra essere stato operato in modo corretto⁸⁵⁵. È innegabile che il ricorso alla procedura della "busta sigillata" possa rallentare l'andamento del procedimento amministrativo, rendendo la Commissione il potenziale bersaglio di un contenzioso dinanzi al Tribunale ancora prima che la stessa possa concretamente utilizzare un determinato documento a fini probatori⁸⁵⁶. Tuttavia, è stato correttamente notato in dottrina che qualsiasi altra soluzione finirebbe per compromettere i diritti di difesa delle parti, soprattutto in quei (numerosi) casi in cui non sia immediatamente chiara la natura confidenziale o meno di un certo documento. In queste ipotesi, infatti, la posizione inizialmente fatta propria dalle Corti UE nella sentenza *AM & S c. Commissione* (che prevedeva la possibilità per i funzionari della Commissione di procedere a un "esame sommario" del documento, laddove non convinti delle spiegazioni fornite dalle imprese⁸⁵⁷) non risultava compatibile con un pieno rispetto dei diritti dei soggetti coinvolti nelle indagini⁸⁵⁸.

Alla luce di quanto sopra, la giurisprudenza delle Corti UE sull'applicabilità del *legal privilege* nel corso dei procedimenti *antitrust* sembra tutto sommato in linea con

⁸⁵⁴ A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, cit., p. 112.

⁸⁵⁵ A. ANDREANGELI, *Joined Cases T-125/03 and 253/03, AKZO Nobel Chemicals Ltd v Ackros Chemicals Ltd v Commission*, cit., p. 1156; G. DI FEDERICO, *Case C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v. European Commission*, cit., p. 587.

⁸⁵⁶ D. MYKOLAITYS, *Developments of Legal Professional Privilege under AKZO/Akros Judgment*, in *Int. T. L. R.*, 2008, 14 (1), p. 4.

⁸⁵⁷ Sentenza della Corte di giustizia *AM & S c. Commissione*, cit., punti 29-31.

⁸⁵⁸ A. ANDREANGELI, *Joined Cases T-125/03 and 253/03, AKZO Nobel Chemicals Ltd v Ackros Chemicals Ltd v Commission*, cit., pp. 1158-1159.

l'orientamento della Corte di Strasburgo sulla confidenzialità degli scambi tra cliente e avvocato.

Restano comunque le perplessità (descritte *supra*, sub 4.2.3.), sia da un punto di vista teorico che da un punto di vista pratico, circa la scelta del giudice “comunitario” di escludere l'applicabilità del diritto alla corrispondenza con il legale *in-house*, da un lato, e con gli avvocati abilitati all'esercizio della professione in un paese extra-UE, dall'altro.

Invero, in particolare con riguardo alla prima questione, a giudizio di chi scrive l'orientamento fatto proprio dal giudice “comunitario” non solo manca di solido fondamento teorico: come notato, non solo non vi è nessuna prova a sostegno dell'affermazione per cui gli avvocati dei servizi giuridici interni a un'impresa sarebbero più propensi ad incoraggiare il proprio cliente a porre in essere condotte anticoncorrenziali, ma rischia anche di avere conseguenze pratiche negative, soprattutto laddove siano oggetto delle indagini condotte dalla Commissione anche condotte asseritamente poste in essere in Stati membri in cui il livello di tutela sia più elevato di quello previsto nell'Unione (dal momento che, come visto, le Corti UE hanno adottato in proposito metodo del “minimo comune denominatore”, fissando cioè il grado di tutela più in basso rispetto alle garanzie esistenti in taluni Stati membri).

Con riguardo a tali aspetti non può che auspicarsi un *revirement* giurisprudenziale, che sarebbe peraltro dotato di “copertura” normativa a livello di diritto primario dall'inciso inserito nell'articolo 52(3) della Carta che, come visto, lascia espressamente aperta la possibilità che le Corti UE offrano ai diritti che corrispondono a diritti garantiti dalla CEDU una tutela più estesa di quella derivante da quest'ultima.

CAPITOLO QUARTO

I DIRITTI DI DIFESA NEL PROCEDIMENTO

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il diritto ad essere sentiti – 2.1. Origini e *ratio* del diritto – 2.2. Il diritto ad essere sentiti nel procedimento *antitrust* UE – 2.2.1. Il diritto di essere informati degli addebiti – 2.2.2. Il diritto di rispondere per iscritto agli addebiti – 2.2.3. Il diritto a un’audizione orale – 2.2.4. Il consigliere-auditore quale vero protagonista dell’audizione orale – 2.2.5. I soggetti che non sono parti del procedimento: una limitata (e diversificata) possibilità di essere sentiti – 2.3. Il diritto ad essere sentiti nella giurisprudenza della Corte EDU – 2.4. Conclusioni: la compatibilità della giurisprudenza delle Corti UE con l’orientamento della Corte EDU – 3. Il diritto di accedere al fascicolo istruttorio – 3.1. Origini e *ratio* del diritto (cenni e rinvio) – 3.2. Il diritto di accedere al fascicolo istruttorio nel procedimento *antitrust* UE – 3.2.1. L’iniziale lacuna normativa e l’evoluzione della prassi e della giurisprudenza “comunitaria” – 3.2.2. (*segue*) L’attuale *status* del diritto di accedere al fascicolo istruttorio – 3.2.3. (*segue*) I limiti all’accesso al fascicolo: la tutela dei segreti aziendali e delle informazioni confidenziali – 3.2.4. L’accesso dei denunciatori e dei terzi – 3.2.5. Il ruolo del consigliere-auditore nella soluzione dei conflitti sull’accesso al fascicolo istruttorio – 3.3. Il diritto di accedere al fascicolo istruttorio nella giurisprudenza della Corte EDU – 3.4. Conclusioni: la compatibilità della giurisprudenza delle Corti UE con l’orientamento della Corte EDU

1. Introduzione

Una volta conclusa la fase istruttoria, quantomeno con riguardo al primo esercizio di raccolta del materiale probatorio⁸⁵⁹, laddove sia possibile su tale base formulare un’ipotesi accusatoria nei confronti di una o più imprese per un’eventuale violazione dell’articolo 101 o 102 TFUE, si entra nella vera e propria fase del procedimento.

È a partire da questo momento che trovano piena e totale applicazione i diritti di difesa. Come visto, infatti, per quanto le corti UE abbiano riconosciuto che talune garanzie devono poter essere invocate anche nella fase delle indagini preliminari (al fine di non compromettere la posizione delle imprese in un eventuale successivo procedimento)⁸⁶⁰, il principio fondamentale del rispetto dei diritti di difesa nasce per tutelare i soggetti privati nei procedimenti promossi nei loro confronti, e che possano concludersi con atti per essi lesivi⁸⁶¹.

Nell’ambito del procedimento per l’applicazione della normativa *antitrust*, detta tutela viene assicurata in via principale dalle garanzie afferenti alla sfera del diritto ad essere sentiti (c.d. principio dell’*audi et alteram partem*). Quest’ultimo, pur

⁸⁵⁹ Come noto, infatti, la Commissione può continuare ad esercitare i propri poteri d’indagine nel corso dell’intero procedimento *antitrust*. In pratica, la o le imprese parti del procedimento possono quindi essere destinatarie di richieste di informazioni anche a uno stadio più avanzato della procedura (come ad esempio accade al fine di individuarne in modo puntuale il fatturato rilevante per un eventuale futuro calcolo dell’ammenda da irrogare).

⁸⁶⁰ V. **Capitolo III, sub 2.3.**

⁸⁶¹ V., *ex multis*, la sentenza del Tribunale *Lisrestal e a. c. Commissione*, cit., punto 42.

caratterizzando più in generale qualsiasi procedimento di natura amministrativa di matrice UE⁸⁶², “permea tutto il procedimento, ma trova la sua massima espressione nella cosiddetta fase contenziosa, momento che separa l’istruttoria dall’adozione della decisione finale”⁸⁶³.

In particolare, nel procedimento *antitrust* disegnato a livello “comunitario”, il diritto di essere sentiti comprende – sin dalle prime pronunce sul punto⁸⁶⁴ – tre diversi aspetti⁸⁶⁵. Tali aspetti sono tra loro strettamente intrecciati, e di fatto sono tutti ugualmente necessari al fine di rendere la garanzia reale ed effettiva.

Il primo aspetto è il diritto di ogni impresa di essere informata degli addebiti che la Commissione intende muovere nei suoi confronti: solo attraverso tale informativa, invero, è possibile per la parte del procedimento comprendere quali siano i contorni precisi delle condotte oggetto delle censure dell’autorità, e iniziare a preparare la propria difesa in modo consapevole.

Il secondo aspetto è il diritto di ogni impresa di accedere a tutte le informazioni in possesso dell’amministrazione e attinenti alla pratica investigata, sempre al fine di potersi difendere con cognizione di causa, anche alla luce del principio della parità delle armi che – secondo giurisprudenza consolidata – deve caratterizzare la disciplina dell’accesso al fascicolo istruttorio della Commissione.

Il terzo ed ultimo aspetto è il diritto di ogni impresa di presentare le proprie osservazioni in merito agli addebiti mossi dalla Commissione o, in altri termini, di essere sentita sul punto, in via scritta ed eventualmente (la scelta, come si vedrà, è lasciata alle parti del procedimento) anche in via orale. Ciò implica il diritto di

⁸⁶² Non a caso, la costruzione “comunitaria” in tema di diritti di difesa nasce proprio con lo sviluppo della giurisprudenza in tema di diritto ad essere sentiti: v., già nel 1963, la sentenza della Corte di giustizia *Alvis c. Consiglio della CEE*, cit., p. 112, relativa alla materia del contenzioso dei funzionari “comunitari”, in cui è stato sancito per la prima volta che “[i]n base a un principio di diritto amministrativo ammesso in tutti gli Stati membri della Comunità Economica Europea, la Pubblica amministrazione, prima di adottare qualsiasi provvedimento disciplinare nei confronti dei suoi dipendenti, deve porli in grado di difendersi dagli addebiti loro mossi”.

⁸⁶³ G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 279.

⁸⁶⁴ V., ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, cit., punti 9-11; del Tribunale del 18 dicembre 1992 *Cimenteries CBR e a. c. Commissione*, cause riunite T-10-12 e 15/92, EU:T:1992:123, punti 38-39; del Tribunale *LVM cDal . Commissione*, cit., punto 1011.

⁸⁶⁵ Così, tra gli altri, G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 277; T. K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies’ Rights in Competition and Anti-dumping/Anti-subsidies Proceedings*, 2ª ed., L’Aia, 2011, p. 156; C.-D. EHLERMANN, *Community Competition Law Procedures*, in S. HADLEY, S. PAPPAS (a cura di), *Procedural Aspects of EC Competition Law*, Maastricht, 1995, p. 18.

prendere posizione su ogni documento ed elemento di fatto che la Commissione intende porre a fondamento della propria decisione⁸⁶⁶.

Per quanto, come notato, tali garanzie possano dirsi tutte ricomprese, in un'accezione ampia del termine, nel diritto ad essere sentiti, si ritiene sussista una distinzione di fondo tra il diritto ad essere informati degli addebiti e a rispondere agli stessi (in via scritta e/o orale), da un lato, e il diritto di accedere al fascicolo istruttorio della Commissione, dall'altro. Tale distinzione non riguarda tanto la *ratio* e i principi sottostanti tali garanzie, che sono in larga parte comuni e trasversali, quanto il modo in cui le stesse si sono sviluppate nell'ordinamento "comunitario".

Invero, come si avrà modo di vedere, la costruzione relativa al diritto di accedere al fascicolo istruttorio nell'ambito del procedimento *antitrust* riposa in modo più accentuato, rispetto alle altre componenti del diritto ad essere sentiti, sull'opera interpretativa del giudice dell'Unione, che ha subito una peraltro una evoluzione sul punto. Le Corti UE sono state chiamate numerose volte, negli anni, a pronunciarsi sui confini e i termini esatti dell'esercizio di tale diritto, mutando e affinando il proprio orientamento, con la conseguenza che si è venuto a creare un esteso *corpus* giurisprudenziale sul punto, autonomo rispetto alla restante giurisprudenza in tema di diritto ad essere sentiti.

Ciò giustifica, a giudizio di chi scrive, la trattazione separata di tali componenti, al fine di meglio metterne in luce e analizzarne le peculiarità, rinviando ove necessario (in particolare, per quanto riguarda i principi generali applicabili trasversalmente) a quanto già scritto circa l'uno l'altro diritto.

Del resto, le specificità del diritto di accedere al fascicolo istruttorio della Commissione sono senza dubbio significative: non a caso, in dottrina si è addirittura proposto di considerare quest'ultimo diritto come una garanzia procedurale a sé stante, distinta dal diritto ad essere sentiti, per quanto tale posizione non sia mai stata accettata dal giudice dell'Unione⁸⁶⁷.

⁸⁶⁶ Così le conclusioni dell'avvocato generale Vesterdorf rese il 10 luglio 1991 nella causa T-1/89 *Rhône-Poulenc SA c. Commissione*, EU:T:1991:38, p. II-893.

⁸⁶⁷ Cfr. C.-D. EHLERMANN, B. J. DRIJBER, *Legal protection of enterprises: Administrative Procedure, in particular Access to File and Confidentiality*, in *ECLR*, 1996 (7), p. 377. V. anche M. SIRAGUSA, C. RIZZA (a cura di), *op. cit.*, p. 242.

Alla luce di tale premessa, il paragrafo 2. è dedicato all'analisi del diritto ad essere sentiti, comprensivo della componente del diritto ad essere informati degli addebiti⁸⁶⁸, e del diritto a prendere posizione sugli stessi, in via scritta ed eventualmente anche orale. Dopo una disamina delle origini e della *ratio* di tale diritto, concentrata in modo specifico sull'ordinamento "comunitario" e, in particolare, sul procedimento per l'applicazione della normativa *antitrust*, pare opportuno concentrarsi in modo approfondito sulle modalità in cui si articola detta garanzia procedurale, analizzandone nel dettaglio tutti gli aspetti rilevanti. A tal fine, si è ritenuto imprescindibile dedicare uno spazio autonomo (e distinto dal diritto di presentare osservazioni scritte) al tema dell'audizione orale, che – come si avrà anche modo di vedere nel successivo **Capitolo V** – costituisce a giudizio di chi scrive il "cuore" del procedimento *antitrust*, per quanto riguarda l'esercizio dei diritti di difesa delle imprese che ne costituiscono parte. Sulla scorta delle medesime considerazioni, occorre poi analizzare criticamente il ruolo svolto dal consigliere-auditore nella tutela del diritto ad essere sentiti, tenuto conto anche delle origini di tale figura, che è stata introdotta (come visto in precedenza) proprio con l'intento di rafforzare e rendere più incisiva detta garanzia procedurale. Infine, va sottolineato come in tale fase vengano in rilievo anche soggetti diversi dalle parti del procedimento (quali, ad esempio, i denunciati), che – essendo interessati in varia misura allo svolgimento e all'esito di quest'ultimo – meritano di essere "associati" allo stesso, in particolare nella fase dell'audizione orale. Di conseguenza, anche le garanzie e le prerogative concesse a questi ultimi devono essere esaminati. Conclusa l'analisi dell'ordinamento "comunitario", si passa poi a richiamare la rilevante giurisprudenza della Corte EDU in tema di articolo 6 CEDU, con particolare riguardo al diritto di essere sentiti, per concludere – come già nel capitolo precedente – con un confronto tra i due ordinamenti al fine di valutare la legittimità delle soluzioni adottate a livello UE.

Il successivo paragrafo 3. è invece consacrato a studiare lo *status* del diritto delle imprese parti del procedimento *antitrust* (nonché, con gli importanti limiti che si vedranno, di soggetti terzi in vario modo interessati allo stesso) di accedere al

⁸⁶⁸

Del resto, si è notato in dottrina come la comunicazione degli addebiti costituisca la prima fase dell'audizione (intesa in senso ampio): T. K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights in Competition and Anti-dumping/Anti-subsidies Proceedings*, cit., p. 156.

fascicolo istruttorio della Commissione. L'analisi segue la medesima impostazione vista poc' anzi con riguardo al diritto ad essere sentiti, esaminando in prima battuta l'ordinamento "comunitario" e, a seguire, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, con l'intento di stabilire se e in quale misura vi sia convergenza tra i due sistemi.

2. Il diritto ad essere sentiti

2.1. Origini e ratio del diritto

Il diritto ad essere sentiti (c.d. *audi et alteram partem*) rappresenta un pilastro fondante della nozione di diritti di difesa⁸⁶⁹ e, più in generale, del diritto di ciascun individuo a ricevere un equo processo.

Come tale, il diritto ad essere sentiti costituisce una consolidata norma di diritto internazionale, riconosciuta non soltanto nell'ordinamento "comunitario", ma anche in diversi e fondamentali strumenti di diritto internazionale: la Dichiarazione universale dei diritti umani, ad esempio, consacra il proprio articolo 10 al riconoscimento del diritto di ciascun individuo "ad una equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente e imparziale, al fine della determinazione dei suoi diritti e dei suoi doveri, nonché della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta"⁸⁷⁰. In termini simili dispone l'articolo 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici⁸⁷¹, nonché il già più volte esaminato articolo 6 della CEDU.

Paragonando il tenore di tali disposizioni, emerge una concezione del diritto ad essere sentiti quale applicabile nell'ambito di un "processo" (equo e pubblico) dinanzi a un organo giurisdizionale (che, a sua volta, deve presentare talune caratteristiche necessarie, tra cui l'indipendenza e l'imparzialità). Da questo punto di vista, il diritto ad essere sentiti è costruito come una garanzia imprescindibile dell'attività giurisdizionale, ma non viene menzionato come applicabile *mutatis mutandis* anche all'attività svolta dall'amministrazione pubblica, ossia al procedimento amministrativo.

L'importanza del diritto ad essere sentiti anche nell'ambito di quest'ultimo contesta deriva principalmente dalla tradizione giuridica di *common law*, nella quale il principio dell'*audi et alteram partem* costituisce un requisito irrinunciabile ai fini della tenuta del sistema in termini di correttezza (*fairness*) e giustizia (*natural justice*). In tal senso, il rispetto del principio in questione impone che ciascun soggetto che

⁸⁶⁹ L. E. JOHN, J. TURNER, *Bellamy & Child European Union Law of Competition*, 7° ed., Oxford, 2016, par. 13.055.

⁸⁷⁰ V. la Dichiarazione universale dei diritti umani, proclamata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

⁸⁷¹ V. il Patto internazionale sui diritti civili e politici, approvato a New York il 6 dicembre 1966.

possa subire un pregiudizio come conseguenza di un atto o di una decisione dell'amministrazione abbia la possibilità di essere previamente sentito sul punto⁸⁷².

Non è un caso, come si è già avuto modo di notare, che i primissimi riconoscimenti nell'ordinamento dell'Unione europea di un principio generale che impone il rispetto del diritto ad essere sentiti riecheggino la formula fatta propria nella tradizione di *common law*, e anzi richiamino espressamente il valore fondativo di quest'ultima⁸⁷³.

Occorre riconoscere che nel diritto "comunitario" il diritto ad essere sentiti travalica, e prescinde da, la materia *antitrust*, costituendo un principio generale del diritto di natura trasversale, applicabile in tutti i settori dell'ordinamento⁸⁷⁴.

2.2. Il diritto ad essere sentiti nel procedimento *antitrust* UE

Ciò detto, è proprio nell'ambito del procedimento *antitrust* che il diritto ad essere sentiti ha ottenuto la maggiore attenzione da parte della giurisprudenza. Il suo ruolo di chiave di volta dell'intero sistema procedurale *antitrust* emerge, tra l'altro, dalla circostanza che il relativo riconoscimento – a differenza che per diversi altri diritti di difesa, già oggetto di analisi⁸⁷⁵ – non può essere ricondotto soltanto all'opera interpretativa delle Corti UE, ma altresì (e fin dagli albori dell'introduzione di una normativa *antitrust*) alla volontà del legislatore "comunitario". Per quanto sia innegabile il ruolo svolto dalla giurisprudenza nell'offrire cittadinanza al diritto in questione nell'ambito del procedimento *antitrust*⁸⁷⁶.

⁸⁷² S. A. DE SMITH, *The Right to a Hearing in English Administrative Law*, in *Harvard Law Review*, 1955, 68 (4), p. 569.

⁸⁷³ Così, ad esempio, il ragionamento dell'avvocato generale Warner nelle conclusioni rese il 19 settembre 1974 nella causa 17/74 *Transocean Marine Paint Association c. Commissione*, EU:C:1974:91, p. 1088: "[n]ell'ordinamento di alcuni dei nostri Paesi vige un principio secondo cui l'autorità amministrativa, prima di esercitare in senso pregiudizievole ad un determinato soggetto il potere attribuitole dalla legge, è tenuta, in linea di massima, a sentire quanto l'interessato ha da dire in proposito, anche se la legge non lo stabilisce espressamente. È il principio dell'*'audi alteram partem'* o, come pure si dice, *'audiatur et altera pars'*. [...] Nell'ordinamento inglese, il principio esiste da secoli, si è saldamente affermato e viene applicato quotidianamente. Da noi esso viene considerato come un 'principio di diritto naturale', espressione alquanto enfatica e talvolta criticata, che riveste un concetto simile a ciò che nei paesi di lingua francese viene indicato, più semplicemente e, ritengo, con maggiore precisione, come 'i principi generali del diritto'".

⁸⁷⁴ Cfr., sul diritto di essere sentiti nell'ordinamento UE, C. ECKES, J. MENDES, *The Right to Be Heard in Composite Administrative Procedures: Lost in between Protection?*, in *ELR*, 2011 (36), p. 651.

⁸⁷⁵ Come visto, nel **Capitolo III**, con riguardo al diritto alla non autoincriminazione e al *legal professional privilege*.

⁸⁷⁶ V., sul punto, W. B. J. VAN OVERBEEK, *The right to be heard in EC competition cases*, in *Right of Defence and right of the European Commission in EC Competition Law*, Symposium organized on 24

Come già ricordato nel **Capitolo I**, il riconoscimento del principio fondamentale che impone il rispetto dei diritti di difesa (e, in particolare, del diritto delle imprese di “presentare il loro punto di vista” prima dell’adozione di una decisione da parte della Commissione⁸⁷⁷) in qualsiasi procedimento, “anche di natura amministrativa”⁸⁷⁸, che possa portare all’imposizione di ammende (o, più in generale, a un pregiudizio sensibile agli interessi dei soggetti coinvolti⁸⁷⁹) si deve infatti *in primis* all’opera del giudice “comunitario”⁸⁸⁰.

Nello svolgimento di tale attività interpretativa e creativa, le Corti UE hanno dovuto giustapporre tradizioni giuridiche portatrici di concezioni assai diverse del diritto di essere sentiti: da un lato, la concezione anglosassone dell’*audi alteram partem*, profondamente ancorata alle nozioni di *fairness* e *natural justice*, e dunque riconosciuta quale principio fondante del sistema; dall’altra, la tradizione continentale di stampo francese, che privilegia invece il perseguimento dell’efficienza amministrativa nell’interesse della collettività e del bene comune⁸⁸¹. L’eco di entrambe tali opposte esigenze, come già notato, si ritrova ampiamente nella giurisprudenza del giudice dell’Unione relativa ai diritti di difesa nel procedimento *antitrust*⁸⁸².

In questo settore del diritto “comunitario”, il diritto ad essere sentiti ha peraltro dato vita a un contenzioso assai importante⁸⁸³. Invero, il principio dell’*audi alteram partem* è stato “costituzionalizzato”⁸⁸⁴ assai presto nell’ambito del procedimento

and 25 January 1994 by the European Association of Lawyers, Bruxelles, 1994, p. 239, che nota enfaticamente che “[t]he right to be heard [...] has been given ‘body’ by the Court of Justice and the Court of First Instance”.

⁸⁷⁷ V. la sentenza della Corte di giustizia *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, cit., punto 9.

⁸⁷⁸ V. la sentenza della Corte di giustizia *Musique Diffusion française e a. c. Commissione*, cit., punto 11.

⁸⁷⁹ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia *Transocean Marine Paint Association c. Commissione*, cit., punto 15. V. anche la sentenza della Corte di giustizia *Fiskano c. Commissione*, cit., punto 39. Al riguardo, J. FLATTERY, *Balancing Efficiency and Justice in EU Competition Law Elements of Procedural Fairness and their Impact on the Right to a Fair Hearing*, in *TCLR*, 2010, 7 (1), p. 55, nota come l’evoluzione “espansiva” della giurisprudenza (dalla necessità di una sanzione o un’ammenda alla mera richiesta di un pregiudizio) consenta anche a denunciati e altri soggetti interessati di invocare il diritto di essere sentiti nel procedimento *antitrust*.

⁸⁸⁰ V., ad esempio, la già citata sentenza *Alvis c. Consiglio* del 1963, che ha sancito il riconoscimento del diritto di essere sentiti nell’ambito di un procedimento per il licenziamento di un funzionario “comunitario”.

⁸⁸¹ Cfr. in tal senso A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., p. 32; J. SCHWARZE, *Tendencies towards a common administrative law in Europe*, in *ELR*, 1991 (16), pp. 5-6.

⁸⁸² V. **Capitolo II, sub 5.1.**

⁸⁸³ Così T. TRIDIMAS, *op. cit.*, p. 394.

⁸⁸⁴ Così J. FLATTERY, *op. cit.*, p. 55.

antitrust, con la citata sentenza *Transocean Marine Paint* del 1974. Qui la Corte di giustizia, seguendo la posizione fatta propria dall'avvocato generale Warner, ha voluto sancire l'applicabilità del diritto anche al di là dei confini entro i quali risultava già espressamente riconosciuto dalla normativa settoriale (ossia dal Regolamento 17/1962), confermandone la natura di principio fondamentale dell'ordinamento UE. Di conseguenza, pur in assenza di una disposizione legislativa che prevedesse l'obbligo di sentire un'impresa prima dell'adozione di una decisione di esenzione individuale dall'applicazione dell'(attuale) articolo 101(3) TFUE, la Corte ha affermato che la Commissione avrebbe dovuto garantire alle ricorrenti il diritto di presentare eventuali osservazioni⁸⁸⁵.

Negli anni successivi, la giurisprudenza sul punto si è ulteriormente sviluppata ed affinata, attribuendo alla regola procedurale dell'*audi alteram partem* l'attuale *status* di "standard di buona amministrazione assoluto o oggettivo"⁸⁸⁶, che non può essere escluso o ristretto da alcuna previsione legislativa, e che anzi deve trovare applicazione pure in assenza di apposita disciplina regolamentare⁸⁸⁷.

Con riguardo al ruolo svolto dal diritto di essere sentiti nell'ambito del procedimento *antitrust*, è stato correttamente evidenziato in dottrina che, dall'orientamento espresso dal giudice "comunitario", emerge una concezione del diritto di essere sentiti quale idoneo a svolgere una duplice funzione, che richiama tanto la *ratio* utilitaristico-strumentale, quanto la *ratio* c.d. essenzialista già oggetto di analisi⁸⁸⁸. Da un lato, esso contribuisce all'accuratezza dell'esito (sostanziale) del processo decisionale, posto che è evidente il contributo informativo che il soggetto regolato (e futuro destinatario di una decisione amministrativa) può apportare alla procedura. Dall'altro, il riconoscimento di un diritto di essere sentiti ai soggetti coinvolti in qualità di parti in un procedimento che li contrappone all'autorità pubblica assolve alla funzione (eminentemente formale, *rectius* di principio) di assicurare la legittimità del sistema e della stessa attività dell'amministrazione procedente, in quanto rispettose dei diritti fondamentali dei soggetti privati che vi partecipano.

⁸⁸⁵ *Transocean Marine Paint Association c. Commissione*, cit., punto 15.

⁸⁸⁶ H. P. NEHL, *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Oxford, 1999, pp. 96-97 (nostra traduzione); A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., p. 34.

⁸⁸⁷ V. la sentenza del Tribunale del 19 giugno 1997 *Air Inter c. Commissione*, causa T-260/94, EU:T:1997:89, punto 60.

⁸⁸⁸ V. **Capitolo I**, sub 2.2., e **Capitolo II**, sub 4.

In aggiunta, un'analisi della giurisprudenza delle Corti UE rivela altresì l'approccio "pragmatico"⁸⁸⁹ fatto proprio dal giudice "comunitario" con riguardo alle possibili conseguenze pratiche di una violazione del diritto ad essere sentiti nell'ambito del procedimento *antitrust*: tale garanzia è concepita come un requisito funzionale e non oggettivo, con la conseguenza che si avrà un annullamento della decisione della Commissione soltanto laddove sia dimostrato che – se il diritto fosse stato rispettato – l'esito del procedimento sarebbe stato diverso⁸⁹⁰. Tale valutazione, necessariamente prospettica, non richiede tuttavia alle Corti UE di "mettersi nei panni" della Commissione (requisito che sarebbe in contrasto con la concezione del diritto ad essere sentiti quale garanzia eminentemente formale, anziché sostanziale), ma soltanto di esercitare un controllo residuale fondato sul criterio della ragionevolezza⁸⁹¹. La posizione in parola è stata illustrata in modo particolarmente limpido nella già citata sentenza *Solvay c. Commissione*, in cui il Tribunale – con riguardo alla presunta violazione del diritto della ricorrente di accedere al fascicolo istruttorio – ha affermato che "[p]er constatare una violazione dei diritti della difesa è sufficiente dimostrare che l'omessa divulgazione dei documenti [...] ha potuto influenzare, a scapito della ricorrente, lo svolgimento del procedimento e il contenuto della decisione"⁸⁹².

Passando ora a esaminare le fonti legislative del diritto di essere sentiti nell'ordinamento dell'Unione, si deve prendere atto del fatto che – come accennato – il diritto in questione, nelle sue diverse sfaccettature, è stato sancito a livello normativo sin con il Regolamento 17/1962⁸⁹³, dunque in una fase assai preliminare della costruzione "comunitaria" in tema di procedimento *antitrust*. Ciò costituisce un tratto distintivo del diritto di essere sentiti rispetto ad altre garanzie procedurali che si

⁸⁸⁹ Così T. TRIDIMAS, *op. cit.*, p. 392: "[t]he approach of the Community courts can best be described as pragmatic. It seeks to balance two conflicting principles: on the one hand, to uphold the rights of the defence as procedural safeguards for the protection of the individual and, on the other hand, to avoid undue formalism which might encourage abusive reliance on procedural principle".

⁸⁹⁰ *Id.*, p. 391. In giurisprudenza, v. ad esempio la sentenza del Tribunale *Hercules Chemicals c. Commissione*, causa T-7/89, EU:T:1991:75, punto 56.

⁸⁹¹ *Ibid.*

⁸⁹² *Solvay c. Commissione*, cit., punto 68.

⁸⁹³ Si richiamano, in proposito, i considerando iniziali ("[c]onsiderando che occorre sancire il diritto delle imprese interessate a essere sentite dalla Commissione [...]") e l'articolo 19(1). Ulteriori specificazioni di dettaglio erano contenute nel regolamento (CE) n. 2842/98 della Commissione del 22 dicembre 1998 relativo alle audizioni in taluni procedimenti a norma dell'articolo 85 e dell'articolo 86 del trattato CE, in *GUCE* 354 del 30.12.1998, pp. 18-21 (nel prosieguo, il "Regolamento 2842/98").

devono in via esclusiva all'attività creativa del giudice "comunitario", e tale circostanza incide necessariamente sulla struttura logica di qualsiasi tentativo di trattare di tale diritto nell'ordinamento UE.

Oggi, un primo rilevante riconoscimento è contenuto nel Regolamento 1/2003, il cui considerando n. 32 si apre con la constatazione che "[o]ccorrerebbe sancire il diritto delle imprese interessate ad essere sentite dalla Commissione". Tale principio è poi tradotto nell'articolo 27(1), che stabilisce la necessità per la Commissione di dare modo alle imprese oggetto del procedimento di "essere sentite relativamente agli addebiti", prima dell'adozione di una decisione d'infrazione o che impone misure cautelari. Anche il Regolamento 773/2004 contiene diverse disposizioni rilevanti, in particolare nel capo V, dedicato appunto all'esercizio del diritto ad essere sentiti. A livello di *soft law*, si deve richiamare altresì la Comunicazione sulle migliori pratiche in materia di procedimenti⁸⁹⁴.

Un ulteriore segnale dell'importanza del diritto ad essere sentiti nel procedimento *antitrust* traspare dal ruolo di spicco assegnato al consigliere-auditore al fine di tutelare la garanzia in oggetto, come si nota ad esempio dalle numerose disposizioni dedicate alle attività svolte da quest'ultimo soggetto nell'ambito dell'audizione orale⁸⁹⁵. Del resto, e come già messo in luce⁸⁹⁶, tale funzione è stata introdotta inizialmente proprio al fine di assicurare la protezione del diritto delle parti ad essere sentite.

Va sottolineato che, dalle disposizioni summenzionate e nell'ottica di garantire l'economia procedurale del procedimento *antitrust*, sembra emergere una concezione che vede la realizzazione pratica del diritto di essere sentiti innanzitutto per iscritto, e solo in seconda battuta – ed eventualmente – per via orale⁸⁹⁷. In tal senso, l'audizione orale sembra rivestire un ruolo supplementare, idoneo a completare il quadro

⁸⁹⁴ Si veda, ad esempio, il punto 78, che recita che "[i]l diritto delle parti oggetto di un procedimento di essere sentite prima dell'adozione di una decisione finale che leda i loro interessi è un principio fondamentale del diritto dell'UE. La Commissione si impegna a garantire il rispetto nei suoi procedimenti dell'esercizio effettivo del diritto di essere sentiti".

⁸⁹⁵ V., ad esempio, il punto 80 della Comunicazione sulle migliori pratiche in materia di procedimenti, nonché, più in generale, il mandato del consigliere-auditore.

⁸⁹⁶ V. **Capitolo II, sub 4.1.4.**

⁸⁹⁷ Cfr. sul punto G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., pp. 333-334.

probatorio e le argomentazioni portate dinanzi alla Commissione, laddove ciò risulti necessario per garantire il rispetto dei diritti di difesa delle parti⁸⁹⁸.

L'importanza del diritto di essere sentiti emerge altresì dai più recenti sviluppi in tema di protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento UE. Come già messo in luce⁸⁹⁹, oggi esso trova una consacrazione normativa anche nell'articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali (e, quindi, nel diritto primario dell'Unione). Tale disposizione, dedicata al diritto a una buona amministrazione, comprende tra l'altro al secondo paragrafo "il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio"⁹⁰⁰. Ritroviamo quindi il legame tra il diritto di presentare osservazioni (scritte o orali che siano) e il diritto di accedere alle informazioni già in possesso dell'amministrazione: del resto, il secondo è strettamente funzionale al primo, e anzi lo rende in un certo senso possibile.

2.2.1. Il diritto di essere informati degli addebiti

Come anticipato, la prima componente del diritto di essere sentiti nel procedimento *antitrust* è costituita dal diritto delle imprese, le cui condotte sono oggetto dell'istruttoria condotta dalla Commissione, di essere informate degli addebiti che quest'ultima intende muovere loro (nonché di rispondere per iscritto alle censure avanzate, come si vedrà *infra*, sub 2.2.2.).

Nell'ambito del procedimento in questione, tale garanzia è assicurata dalla c.d. comunicazione degli addebiti. Quest'ultima è, appunto, una lettera predisposta dalla Commissione con l'intento di "informa[re] le parti interessate degli addebiti mossi nei loro confronti"⁹⁰¹, al fine di consentire loro di esercitare utilmente il proprio diritto

⁸⁹⁸ A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., p. 35, che richiama anche l'opinione espressa da C. S. KERSE, *Procedures in EC Competition Cases: The Oral Hearing*, in *ECLR*, 1994 (1), p. 40, secondo cui il diverso ruolo dell'audizione orale rispetto alla presentazione di osservazioni scritte può essere interpretata quale un riflesso della natura amministrativa (anziché giurisdizionale) del procedimento *antitrust*.

⁸⁹⁹ **Capitolo I, sub 3.1.**

⁹⁰⁰ Cfr., sul punto, I. RABINOVICI, *op. cit.*, p. 150, che sottolinea come la disposizione in parola fissi due condizioni per l'applicabilità della garanzia: da un lato, la necessità che si tratti di un "provvedimento individuale", escludendo pertanto misure legislative o regolamentari; dall'altro, la presenza di un "pregiudizio".

⁹⁰¹ Articolo 10(1) del Regolamento 773/2004.

di essere sentite⁹⁰². Tale previsione è completata da quella, assai importante, secondo cui nelle sue decisioni la Commissione può esaminare solo gli addebiti rispetto ai quali le parti hanno avuto la possibilità di esprimersi⁹⁰³.

In questo senso, la comunicazione degli addebiti costituisce la prima fase dell'audizione (intesa in senso ampio)⁹⁰⁴, costituendo un'applicazione del principio fondamentale del diritto "comunitario" che "esige il rispetto delle prerogative della difesa in qualsiasi procedimento"⁹⁰⁵.

Si tratta di un documento procedurale e preparatorio⁹⁰⁶, indirizzato esclusivamente alle parti e destinato a rimanere "interno" al procedimento stesso⁹⁰⁷, per quanto – come si vedrà oltre – possa essere comunicato anche a taluni altri soggetti a vario titolo "interessati" al procedimento, come i denunciati⁹⁰⁸. Come già accennato, tradizionalmente il procedimento *antitrust* iniziava proprio con la notificazione alle imprese della comunicazione degli addebiti⁹⁰⁹, per quanto oggi la prassi seguita sia spesso diversa (anche per consentire alle parti di esprimere il proprio interesse per l'avvio di discussioni in vista di una eventuale procedura di transazione).

Quanto al contenuto della comunicazione degli addebiti, la giurisprudenza delle Corti UE ha enucleato una serie di requisiti minimi che il documento in questione deve soddisfare: essa deve innanzitutto enunciare, "sia pure sommariamente, ma in modo chiaro", i principali fatti sui quali la Commissione intende fondarsi al fine di

⁹⁰² V. in merito anche il punto 82 della Comunicazione sulle migliori pratiche in materia di procedimenti.
⁹⁰³ Articolo 27(1) del Regolamento 1/2003, secondo cui "la Commissione basa le sue decisioni solo sugli addebiti in merito ai quali le parti interessate sono state poste in condizione di essere sentite" (e, in senso analogo, l'articolo 11(2) del Regolamento 773/2004). V. anche, in giurisprudenza, la sentenza del Tribunale del 30 settembre 2003 *Atlantic Container e a. c. Commissione*, cause riunite T-191/98, da T-212/98 a T-214/98, EU:T:2003:245, punto 138; del 15 marzo 2006 *BASF c. Commissione*, causa T-15/02, EU:T:2006:74, punto 47.

⁹⁰⁴ T. K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights in Competition and Anti-dumping/Anti-subsidies Proceedings*, cit., p. 156.

⁹⁰⁵ V. la sentenza del Tribunale del 1° luglio 2009 *ThyssenKrupp Stainless c. Commissione*, causa T-24/07, EU:T:2009:236, punto 206. V. anche

⁹⁰⁶ Da ciò discende che la comunicazione degli addebiti non può essere impugnata dinanzi al Tribunale ex articolo 263 TFUE, non costituendo una decisione: v. così anche la sentenza della Corte di giustizia *IBM c. Commissione*, cit., punti 20-22.

⁹⁰⁷ V. l'ordinanza della Corte di giustizia del 18 giugno 1986 *BAT e Reynolds c. Commissione*, causa 142/84, punto 14.

⁹⁰⁸ V. *infra*, sub 2.2.5.

⁹⁰⁹ V. G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 294, che richiama sul punto – *ex multis* – la sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1972 *ACNA c. Commissione*, causa 57/69, EU:C:1972:78, punto 10.

procedere nei confronti di una o più imprese⁹¹⁰. Inoltre, la Commissione è tenuta a qualificare in termini giuridici tali fatti⁹¹¹, nonché ad informare le imprese della propria eventuale intenzione di imporre ammende⁹¹², indicando a tal fine gli elementi idonei a consentire alle stesse di calcolare l'importo della possibile sanzione⁹¹³. Lo stesso vale per l'ipotesi in cui la Commissione intenda imporre rimedi alle parti⁹¹⁴.

In aggiunta, nella sentenza *Papierfabrik August Koehler e a. c. Commissione*, la Corte di giustizia ha precisato che “[c]onsiderata la sua importanza, la comunicazione degli addebiti deve precisare in maniera inequivocabile la persona giuridica alla quale potranno essere inflitte ammende e dev’essere inviata a quest’ultima”⁹¹⁵.

Alla comunicazione degli addebiti sono allegati i documenti di cui la Commissione dispone, a prescindere dal fatto che essa intenda o meno utilizzarli contro le imprese destinatarie della stessa; tale prassi costituisce un’applicazione del principio della parità delle armi⁹¹⁶ e mette in luce lo stretto legame tra la comunicazione degli

⁹¹⁰ V. *ex multis* la sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1970 *Boehringer Mannheim c. Commissione*, causa 45/69, EU:C:1970:73, punto 9; così anche la sentenza della Corte di giustizia *ACNA c. Commissione*, cit., punto 22.

⁹¹¹ V. la sentenza della Corte di giustizia del 3 luglio 1991 *AKZO c. Commissione*, causa 62/86, EU:C:1991:286, punto 29.

⁹¹² L. ORTIZ BLANCO, *op. cit.*, p. 390. In giurisprudenza, v. ad esempio la sentenza della Corte di giustizia *Michelin c. Commissione*, cit., punto 20.

⁹¹³ Così T. K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies’ Rights in Competition and Anti-dumping/Anti-subsidies Proceedings*, cit., p. 167, che richiama la sentenza del Tribunale del 6 aprile 1995 *Trefilunion c. Commissione*, causa T-148/89, EU:T:1995:68, punto 142, nella quale si riteneva “auspicabile che le imprese – per poter decidere con piena cognizione di causa in merito al proprio atteggiamento – [fossero] poste in grado di conoscere in dettaglio, mediante qualunque sistema che la Commissione ritenga opportuno, il metodo di calcolo dell’ammenda loro inflitta”.

⁹¹⁴ Punto 83 della Comunicazione sulle migliori pratiche in materia di procedimenti.

⁹¹⁵ V. la sentenza della Corte di giustizia del 3 settembre 2009, cause riunite C-322, 327 e C-338/07 P, EU:C:2009:500, punto 38; nello stesso senso, v. anche la sentenza del Tribunale *Compagnie Maritimes Belge Transports e a. c. Commissione*, cit., punti 143 e 146. Nella citata sentenza *Papierfabrik August Koehler e a. c. Commissione*, la Corte ha annullato la decisione del Tribunale del 26 aprile 2007 *Bolloré c. Commissione*, cause riunite T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 e T-136/02, EU:T:2007:115 proprio con riguardo al contenuto della comunicazione degli addebiti. In particolare, il Tribunale aveva ravvisato una violazione dei diritti di difesa di Bolloré per via del fatto che la Commissione, nella comunicazione degli addebiti, non aveva indicato chiaramente la propria intenzione di ritenerla responsabile per l’infrazione non solo in quanto controllante di una impresa coinvolta, ma anche per il suo diretto coinvolgimento nella stessa infrazione. Tuttavia, il Tribunale aveva altresì ritenuto che tale errore non fosse stato tale da viziare l’intera decisione, e aveva di conseguenza rigettato il ricorso. La Corte di giustizia, adita in appello, non ha condiviso il ragionamento del Tribunale, ritenendo che quest’ultimo avesse commesso un errore di diritto non facendo derivare alcuna conseguenza giuridica dalla sua decisione secondo cui i diritti della difesa della Bolloré non erano stati rispettati (v. punti 40-46).

⁹¹⁶ G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 298. V. anche A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., p. 37, che osserva come la Commissione abbia adottato tale prassi a seguito della giurisprudenza del Tribunale nella citata causa *Atlantic Container e a. c. Commissione*, punto 162.

addebiti e l'accesso al fascicolo⁹¹⁷. Oltre a mettere le parti nella posizione di poter presentare osservazioni su tali documenti, la Commissione è altresì tenuta a illustrare le conclusioni (pur provvisorie) a cui ritiene di poter giungere sulla base degli stessi, non essendo quindi sufficiente il mero atto di allegare i documenti alla comunicazione degli addebiti⁹¹⁸.

La previsione in base alla quale le decisioni della Commissione devono riguardare soltanto addebiti rispetto ai quali le parti hanno avuto la possibilità di esprimersi⁹¹⁹ implica un essenziale corollario: laddove la Commissione voglia introdurre nella decisione nuovi addebiti, o nuove evidenze probatorie, sarà tenuta a inviare alle parti una nuova comunicazione degli addebiti. A ciò conseguirà, a sua volta, la facoltà delle parti di rispondere anche a questa nuova e supplementare comunicazione⁹²⁰.

Ovviamente, tale obbligo non implica la necessità di procedere all'invio di una nuova comunicazione degli addebiti *in ogni caso* in cui la Commissione voglia introdurre modifiche nella decisione finale: quest'ultima, infatti, non deve essere la copia esatta della comunicazione degli addebiti⁹²¹. Invero, al fine di assicurare l'effettività dell'esercizio del diritto delle imprese di essere sentite, la Commissione è addirittura – e correttamente – obbligata a prendere in debita considerazione le risposte delle parti e, di conseguenza, a rifletterle nella decisione finale, che sarà quindi necessariamente diversa dalla comunicazione degli addebiti⁹²²: come sancito dalla Corte nell'ordinanza resa nella citata causa *BAT e Reynolds c. Commissione*, “la Commissione è tenuta a rivedere tali valutazioni alla luce delle spiegazioni fornite dalle suddette imprese e delle modifiche eventualmente apportate agli accordi o alle pratiche contestati”⁹²³. Ciò può portare la Commissione, a seconda dei casi, a

⁹¹⁷ Sul punto v. meglio *infra*, sub 3.

⁹¹⁸ Così la sentenza della Corte di giustizia del 25 ottobre 1983 *AEG c. Commissione*, causa 107/82, EU:C:1983:293, punto 29; del 9 luglio 2009 *Archer Daniels Midland c. Commissione*, causa C-511/06 P, EU:C:2009:433, punti 89 e 93.

⁹¹⁹ Articolo 11(2) del Regolamento 773/2004.

⁹²⁰ V. T. K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights in Competition and Anti-dumping/Anti-subsidies Proceedings*, cit., p. 173.

⁹²¹ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia *Musique Diffusion française c. Commissione*, cit., punto 14; e le conclusioni dell'avvocato generale Bot rese il 2 aprile 2009 nelle cause riunite C-322, 327 e C-338/07 P *Papierfabrik August Koehler e a. c. Commissione*, EU:C:2009:216, punto 93.

⁹²² V. T. K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights in Competition and Anti-dumping/Anti-subsidies Proceedings*, cit., p. 170: “the Commission is not prevented from withdrawing its objections in whole or in part, amending, modifying, or supplementing them. Indeed, it may be obliged to do so following the undertakings' responses”.

⁹²³ *BAT e Reynolds c. Commissione*, cit., punto 14.

rinunciare agli addebiti che si siano rivelati infondati, o a correggere e completare, in fatto e in diritto, gli argomenti addotti a sostegno degli addebiti, purché “essa tenga conto solo dei fatti sui quali gli interessati hanno avuto modo di esprimersi ed abbia fornito, nel corso del procedimento amministrativo, i dati necessari alla difesa”⁹²⁴.

In pratica, l’obbligo di emettere una nuova comunicazione degli addebiti si imporrà essenzialmente nell’ipotesi in cui l’istruttoria conduca la Commissione a imputare fatti nuovi o assumere fatti notevolmente diversi come prova delle infrazioni contestate⁹²⁵.

Come detto, regole particolari sono dettate innanzitutto per la procedura di transazione⁹²⁶. Nel corso delle discussioni tra la Commissione e le parti per giungere a un’eventuale transazione, è previsto innanzitutto che la prima informi le parti in via preliminare e “a tempo debito mano a mano che avanzano le discussioni di transazione”⁹²⁷ circa gli elementi essenziali presi in considerazione fino a quel momento “quali i fatti contestati, la loro classificazione, la gravità e la durata del presunto cartello, l’imputazione della responsabilità, una stima della di forcella delle ammende applicabili, nonché gli elementi probatori utilizzati a sostegno dei potenziali addebiti”⁹²⁸. Su questa base, sempre nel corso delle discussioni, le parti possono “far valere il loro punto di vista sugli addebiti che potrebbero essere mossi nei loro confronti”⁹²⁹ e decidere se accedere alla transazione. In tal caso, in occasione della proposta di transazione, le parti dovranno tra l’altro confermare “che sono state sufficientemente informate degli addebiti che la Commissione intende muovere nei loro confronti e che è stata loro sufficientemente accordata la possibilità di esprimere

⁹²⁴ V. la sentenza della Corte di giustizia *Musique Diffusion française c. Commissione*, cit., punto 14.

⁹²⁵ V. la sentenza della Corte di giustizia *ACNA c. Commissione*, cit., punti 15-16. Cfr. anche, sul punto, le osservazioni di O. DUE, *Le Respect des Droits de la Defence dans le Droit Administratif Communautaire*, in *CDE*, 1989, p. 390.

⁹²⁶ Comunicazione della Commissione concernente la transazione nei procedimenti per l’adozione di decisioni a norma dell’articolo 7 e dell’articolo 23 del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio nei casi di cartelli, in *GUUE* 167 del 2.7.2008, p. 1, come modificata in *GUUE* 256 del 5.8.2015, p. 2 (nel prosieguo, “Comunicazione sulla transazione”). Per un approfondimento su tale modello procedimentale, v. in particolare: A. SCORDAMAGLIA, *The new Commission settlement procedure for cartels: A critical assessment*, in *Global Antitrust Review*, 2009 (2), p. 61 ss.; W. P. J. WILS, *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles*, in *WOCO*, 2008, 31 (3), p. 335 ss.

⁹²⁷ *Id.*, punto 15.

⁹²⁸ Punto 16.

⁹²⁹ *Ibid.*

il proprio punto di vista alla Commissione”⁹³⁰. Ad ogni modo, è previsto che la Commissione debba comunque emettere poi una comunicazione degli addebiti, per quanto in forma semplificata: in particolare, la stessa deve semplicemente “contenere le informazioni necessarie per consentire alle parti di constatare che rispecchia le loro proposte di transazione”⁹³¹. Se così è, le parti hanno un termine di almeno due settimane per confermare tale circostanza⁹³².

Analogamente, vigono regole peculiari anche nei procedimenti destinati a concludersi con l’adozione di una decisione volta a rendere obbligatori gli impegni proposti dalle imprese coinvolte, ex articolo 9 del Regolamento 1/2003⁹³³. In particolare, le “imprese interessate” hanno esclusivamente il diritto di ricevere una “valutazione preliminare” della Commissione, contenente le “preoccupazioni” di quest’ultima circa la valenza anticoncorrenziale delle pratiche oggetto d’istruttoria (a meno che gli impegni siano proposti a valle della notifica della comunicazione degli addebiti⁹³⁴). Né il Regolamento 1/2003 né il Regolamento 773/2004 contengono indicazioni sui contenuti necessari di tale “valutazione preliminare”. Posto che, come visto, l’obbligo di rispettare i diritti di difesa in un procedimento suscettibile di culminare nell’adozione di misure pregiudizievoli per il soggetto coinvolto grava sulla Commissione anche in assenza di apposite previsioni legislative⁹³⁵, si deve ritenere che detto documento debba contenere quantomeno le informazioni necessarie per consentire al destinatario di valutare se i fatti essenziali sono riportati in modo corretto e se il ragionamento giuridico su cui si basa la Commissione è solido⁹³⁶.

2.2.2. Il diritto di rispondere per iscritto agli addebiti

⁹³⁰ Punto 20.

⁹³¹ Punto 23, nota 2.

⁹³² Punto 26. Resta aperta, naturalmente, la possibilità che la Commissione decida di emettere una comunicazione degli addebiti che non rispecchi la proposta di transazione delle parti, e in tal caso queste “le parti interessate non saranno più vincolate dalla loro proposta di transazione e verrà loro fissato un nuovo termine in modo che possano, su richiesta, ripresentare elementi a propria difesa, inclusa la possibilità di accedere al fascicolo e di chiedere un’audizione orale” (punto 27).

⁹³³ Sul tema, v. in generale W. P. J. WILS, *Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No. 1/2003*, in *WOCO*, 2006, 29 (3), p. 345 ss.

⁹³⁴ Cfr., sul punto, L. ORTIZ BLANCO, *op. cit.*, p. 587.

⁹³⁵ Non vi è dubbio che i procedimenti in materia di impegni, nonostante la loro natura consensuale, possano comportare ammende molto significative in caso di mancato rispetto degli impegni stessi, ai sensi degli articoli 23(2)(c) e 24(1)(c) del Regolamento 1/2003.

⁹³⁶ L. ORTIZ BLANCO, *op. cit.*, p. 588.

Una volta ricevuta la notifica per iscritto della comunicazione degli addebiti, le imprese destinatarie hanno – ai sensi dell’articolo 10(2) del Regolamento 773/2004 – un termine per presentare osservazioni scritte, stabilito di volta in volta dalla Commissione (ma di regola pari a 2 mesi⁹³⁷). Quest’ultima non è tenuta a prendere in considerazione osservazioni pervenute dopo la scadenza del termine.

Qualora ritengano di aver bisogno di più tempo, le parti possono sollecitare una proroga del termine⁹³⁸ presentando, prima della scadenza dello stesso, una richiesta motivata al direttore competente; se la questione non viene risolta, le parti possono rivolgersi al consigliere-auditore (sempre rispettando la scadenza del termine originario): quest’ultimo “[d]opo aver consultato il direttore competente, [...] decide se una proroga del termine è necessaria per consentire al destinatario della comunicazione degli addebiti l’effettivo esercizio del diritto di essere sentito, anche tenendo conto dell’esigenza di evitare un indebito ritardo nel procedimento”⁹³⁹. Il consigliere-auditore è dunque chiamato, anche in questa istanza, a svolgere il delicato compito di trovare una sintesi, all’interno del procedimento stesso, tra i diritti di difesa delle parti e le ragioni dell’effettività ed efficacia dell’*enforcement antitrust*.

Nella loro risposta, le imprese possono esporre tutti i fatti loro noti che siano rilevanti per la difesa contro gli addebiti mossi dalla Commissione, allegando altresì gli eventuali documenti idonei a comprovare i fatti esposti⁹⁴⁰. Le stesse possono inoltre proporre che la Commissione senta le persone in grado di confermare i fatti esposti nelle osservazioni⁹⁴¹.

Va precisato che la previsione per cui le parti possono replicare agli addebiti costituisce, appunto, una semplice facoltà e non un obbligo: ciò è stato espressamente chiarito dal Tribunale, che ha rilevato come – per quanto la normativa secondaria ponga certamente una presunzione di cooperazione da parte delle imprese – da essa

⁹³⁷ V. Comunicazione sulle migliori pratiche in materia di procedimento, punto 100.

⁹³⁸ Articolo 17(4) del Regolamento 773/2004.

⁹³⁹ Articolo 9(1) del mandato del consigliere-auditore.

⁹⁴⁰ Se necessario per il rispetto dei diritti di difesa (cfr. la sentenza del Tribunale *Atlantic Container e a. c. Commissione*, cit., punti 69-73) o se la Commissione lo ritiene utile per chiarire questioni legali o fattuali, quest’ultima può fornire alle parti una copia non riservata (o anche solo alcune parti) delle osservazioni presentate dalle altre parti in risposta alla comunicazione degli addebiti (così L. ORTIZ BLANCO, *op. cit.*, p. 428).

⁹⁴¹ Articolo 10(3) del Regolamento 773/2004. Sul punto, v. la sentenza del Tribunale *Bolloré c. Commissione*, cit., punto 87, in cui è stato specificato che la Commissione non è in ogni caso obbligata a sentire i testimoni indicati dalle parti.

non può desumersi, in assenza di espressa previsione legale, un obbligo di rispondere alla comunicazione degli addebiti⁹⁴². Tale obbligo, del resto, assente una specifica base legale, sarebbe difficilmente conciliabile con il fondamentale principio “comunitario” che impone il rispetto dei diritti di difesa⁹⁴³.

2.2.3. Il diritto a un’audizione orale

Come già rilevato, la garanzia del diritto delle parti di un procedimento *antitrust* ad essere sentite viene attuata innanzitutto (e necessariamente) per iscritto, con il riconoscimento del diritto delle imprese di rispondere alla comunicazione degli addebiti. Infatti, la Commissione non può adottare una decisione su un caso⁹⁴⁴ senza aver prima dato alle parti la possibilità di “far conoscere in modo efficace il [loro] punto di vista” sugli addebiti mossi⁹⁴⁵ (prerogativa che comprende anche, come si vedrà oltre, il diritto di accedere al fascicolo della Commissione e di prendere visione dei documenti su cui quest’ultima intende fondarsi⁹⁴⁶).

Rispetto a tale previsione, la possibilità che le parti vengano sentite anche oralmente costituisce una semplice eventualità, e non un passaggio procedurale obbligato⁹⁴⁷. Tale concezione emergeva in modo cristallino già dai primi

⁹⁴² Sentenza del Tribunale del 12 dicembre 1991 *Hilti c. Commissione*, causa T-30/89, EU:T:1991:70, punto 38.

⁹⁴³ *Ibid.* In proposito, è interessante però richiamare il commento di W. B. J. VAN OVERBEEK, *The right to be heard in EC competition cases*, in *Right of Defence and right of the European Commission in EC Competition Law*, cit., p. 234: l’A. nota come sia consigliabile avanzare in uno stadio preliminare tutte le possibili giustificazioni per gli addebiti mossi dalla Commissione, possibilmente già nella fase delle indagini, dunque prima della risposta alla comunicazione degli addebiti. Ciò anche alla luce del precedente in cui la Commissione ha ritenuto che una giustificazione avanzata per la prima volta durante l’audizione orale, nonostante le ripetute richieste della Commissione stessa, fosse non “probante” e quindi l’ha rigettata (v. le decisioni della Commissione del 22 giugno 1993 *Zera/Montedison*, caso IV/31.550, e *Hinkens/Stahler*, caso IV/31.898, punto 125).

⁹⁴⁴ Più in particolare, ai sensi dell’articolo 27(1) del Regolamento 1/2003, il diritto all’audizione orale trova applicazione laddove la Commissione intenda adottare una decisione ex articoli 7, 8, 23 e 24(2) del medesimo strumento.

⁹⁴⁵ V., *ex multis*, la sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 1983 *Michelin c. Commissione*, causa 322/81, EU:C:1983:313, punto 7.

⁹⁴⁶ V. *infra*, sub 3.

⁹⁴⁷ Nella relazione annuale del consigliere-auditore relativa al 2016 si legge che “le imprese destinatarie della comunicazione degli addebiti nei procedimenti ex articoli 101 e 102 TFUE di regola richiedono l’organizzazione di un’audizione orale” (p. 3, nostra traduzione; disponibile *online* su: http://ec.europa.eu/competition/hearing_officers/annual_report_2016_en.pdf). Nel 2016, si sono tenute sei audizioni orali (contando sia i procedimenti antitrust che i procedimenti in materia di concentrazioni). Sul punto, M. ALBERS, K. WILLIAMS, *Oral Hearings – Neither a Trial Nor a State of Play Meeting*, in *The CPI Antitrust Journal*, marzo 2010 (1), p. 2, osservano che viene tenuta un’audizione orale circa nel 75% di tutti i casi in cui viene inviata una comunicazione degli addebiti,

riconoscimenti legislativi del diritto: il Regolamento 17/1962, ad esempio, non menzionava neppure la natura orale del diritto ad essere sentiti⁹⁴⁸.

Oggi, il ruolo dell'audizione orale nell'ambito del procedimento *antitrust* è senza dubbio più importante. Di essa è stato anzi scritto che si tratterebbe del “momento più qualificante del procedimento *antitrust*”, da cui emergerebbe la natura “quasi giurisdizionale” dello stesso⁹⁴⁹.

Invero, l'accresciuta rilevanza di tale momento è riflessa *in primis* nel dato legislativo. In particolare, si prevede espressamente che l'audizione debba rappresentare “un'ulteriore occasione per garantire che tutti gli elementi di fatto pertinenti, siano essi favorevoli o sfavorevoli alle parti, in particolare gli elementi oggettivi relativi alla gravità e alla durata della presunta infrazione, vengano chiariti quanto più possibile”⁹⁵⁰. Inoltre, l'audizione dovrebbe permettere alle parti “di esporre le loro argomentazioni relativamente agli aspetti che possono essere rilevanti per l'eventuale imposizione di ammende”⁹⁵¹.

L'audizione orale è quindi espressamente descritta come un completamento della replica alla comunicazione degli addebiti, nell'ambito della quale le parti non dovrebbero limitarsi a ripetere quanto già argomentato per iscritto, ma dovrebbero al contrario tentare di sviluppare oralmente taluni specifici aspetti ulteriori, non già esaustivamente trattati nelle osservazioni scritte. Inoltre, trattandosi dell'ultima possibilità di interloquire direttamente con la Commissione prima della pronuncia della decisione finale, l'audizione orale offre anche una preziosa *chance* per tentare di correggere eventuali errori nella ricostruzione fattuale operata nella comunicazione degli addebiti⁹⁵². Infine, le parti hanno la possibilità di chiamare testimoni ed esperti in grado di corroborare e avvalorare le loro affermazioni.

e in particolare nel 90% dei casi di cartello e nell'80% degli altri casi *antitrust* (ex articoli 101 e 102 TFUE).

⁹⁴⁸ G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., pp. 333-334, nota come la ragione di ciò risiedesse nella prevalenza della tradizione continentale (che concepisce il procedimento come essenzialmente scritto) a livello “comunitario”; rispetto a tale impostazione iniziale, l'ingresso dei paesi di *common law* ha modificato in modo profondo il modo di intendere ed applicare il principio del contraddittorio in ambito amministrativo.

⁹⁴⁹ *Ibid.*

⁹⁵⁰ V. considerando 19 del mandato del consigliere-auditore.

⁹⁵¹ *Ibid.*

⁹⁵² D'altro canto, il fatto che una parte non riesca, per ragioni indipendenti dall'operato della Commissione, a trattare un determinato argomento nel corso dell'audizione orale non determina il sorgere di un diritto a una seconda audizione orale: così la sentenza del Tribunale del 23 gennaio 2014

Così concepita, l'utilità dell'audizione orale è evidente⁹⁵³, potendo incidere anche in modo importante sulle sorti del procedimento⁹⁵⁴. Tuttavia, nella prassi tale utilità è stata spesso messa in dubbio⁹⁵⁵, in particolare per via di talune caratteristiche strutturali dell'audizione stessa (su cui v. oltre), arrivando addirittura a definirla “uno spreco di tempo”⁹⁵⁶.

Ciò detto, la possibilità di richiedere l'organizzazione di un'audizione orale compete pur sempre (e in via esclusiva) alle imprese che sono parti del procedimento, ossia, per utilizzare il linguaggio del Regolamento 773/2004, alle “parti cui è inviata la comunicazione degli addebiti”⁹⁵⁷. Sono queste ultime, infatti, a poter decidere se ritengono utile che si svolga un'audizione orale a completamento del procedimento dinanzi alla Commissione e, in tal caso, il consigliere-auditore è tenuto a organizzarla⁹⁵⁸ senza poter sindacare la sussistenza di un loro interesse⁹⁵⁹.

SKW Stahl-Metallurgie Holding e SKW Stahl-Metallurgie c. Commissione, causa T-384/09, EU:T:2014:27, punto 61. Secondo il giudice dell'Unione, si avrà una violazione dei diritti di difesa soltanto laddove le imprese riescano a dimostrare che “l'organizzazione delle audizioni ha loro impedito di assistere a quelle dedicate agli addebiti formulati a loro carico o di illustrare oralmente gli argomenti riguardanti tali addebiti”: v. la sentenza del *Tribunale Cimenteries CBR c. Commissione*, cit., punto 663.

⁹⁵³ Cfr., in tal senso, J. FLATTERY, *op. cit.*, p. 68, che nota come l'audizione offra alle parti una concreta opportunità di chiarire, elaborare ulteriormente ed enfatizzare le proprie argomentazioni.

⁹⁵⁴ V., ad esempio, il caso *CISAC*, in cui a seguito dell'audizione orale il consigliere-auditore ha richiesto che venisse inviata alle parti una *letter of facts* a completamento della comunicazione degli addebiti, seguita da un ulteriore accesso agli atti nonché dalla possibilità per le parti di presentare osservazioni. La relazione finale del consigliere-auditore afferma espressamente che, anche a seguito dell'audizione orale, la Commissione ha deciso di ritirare gli addebiti inizialmente avanzati nei confronti di *CISAC* (cfr. la relazione finale del consigliere-auditore sul caso COMP/C-2/38.698 – *CISAC*, in *GUUE* 323 del 18.12.2008). Tuttavia, è stato notato in dottrina che questo caso rappresenta un'eccezione, dato che nella maggior parte dei casi la relazione finale del consigliere-auditore non attesta l'esistenza di problemi significativi con riguardo alla procedura e all'audizione orale (così J. FLATTERY, *op. cit.*, p. 69).

⁹⁵⁵ Cfr. *infra*, nota 1055.

⁹⁵⁶ J. MODRALL, R. PATEL, *Oral Hearings and the Best Practices Guidelines*, in *The CPI Antitrust Journal*, marzo 2010 (1), p. 3.

⁹⁵⁷ Articolo 12(1). Si veda, però, l'articolo 12(2), che prevede una limitazione del diritto delle parti di chiedere un'audizione orale laddove le stesse vogliano accedere alla procedura di transazione: in tal caso, infatti, “le parti confermano alla Commissione che chiederanno di avere la possibilità di sviluppare i propri argomenti nel corso di un'audizione orale unicamente qualora la comunicazione degli addebiti non rispecchi il contenuto delle loro proposte di transazione”.

⁹⁵⁸ V. articolo 6(1) del mandato del consigliere-auditore. A norma del punto 106 della Comunicazione sulle migliori pratiche in materia di procedimento, le parti possono farne domanda entro i termini stabiliti per la loro risposta scritta alla comunicazione degli addebiti.

⁹⁵⁹ Per quanto si sia sostenuto in dottrina che, alla luce dell'estrema utilità delle audizioni orali, queste ultime dovrebbero divenire una componente necessaria dei procedimenti *antitrust*: cfr. I. S. FORRESTER, *Due Process in EC Competition Cases: A Distinguished Institution with Flawed Procedures*, cit., p. 831.

Naturalmente, al diritto delle parti di chiedere che sia tenuta un'audizione orale corrisponde anche la facoltà di rinunciare all'esercizio di tale diritto.

All'audizione partecipano diversi soggetti. Innanzitutto, la stessa è organizzata e presieduta dal consigliere-auditore, che riveste di conseguenza (e come si vedrà meglio *infra*, sub 2.2.4.) un ruolo di grande rilievo pratico. Vi partecipano poi le parti che ne abbiano fatto richiesta, oltre ad eventuali soggetti da queste invitati, quali testimoni ed esperti, sempre che siano ammessi dal consigliere-auditore⁹⁶⁰. Anche la Commissione, a norma dell'articolo 13(3) del Regolamento 773/2004, ha la facoltà di chiamare esperti e testimoni. La partecipazione di questi ultimi resta però pur sempre spontanea, dato che il consigliere-auditore non ha il potere di obbligarli a presenziare o di imporre loro sanzioni in caso di rifiuto⁹⁶¹.

È interessante sottolineare che le persone invitate a partecipare “devono comparire di persona o essere rappresentate da rappresentanti legali o statutari”⁹⁶². Le imprese e associazioni di imprese possono inoltre essere rappresentate da un rappresentante debitamente delegato, scelto fra il personale permanente⁹⁶³. La *ratio* di tale previsione è evidentemente quella di rendere l'audizione un momento quanto più possibile fruttuoso, garantendo che ad essa partecipino in via prioritaria i soggetti che abbiano una conoscenza diretta dei fatti oggetto del procedimento, e che possano dunque fornire un valore aggiunto alla discussione⁹⁶⁴. Resta ferma la facoltà delle parti di farsi assistere da un legale esterno, in linea con il principio fondamentale – oggetto di una giurisprudenza consolidata – per cui detto diritto costituisce parte integrante dei diritti di difesa⁹⁶⁵.

Vengono poi invitati a partecipare i rappresentanti delle autorità nazionali di concorrenza degli Stati membri, che comporranno il comitato consultivo in materia

⁹⁶⁰ Articolo 14(5) del Regolamento 773/2004.

⁹⁶¹ V., in proposito,

⁹⁶² Articolo 14(4).

⁹⁶³ *Ibid.*

⁹⁶⁴ Ciò è confermato espressamente dalla sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1972 BASF c. Commissione, causa 49/69, EU:C:1972:71, punto 11, in cui il giudice dell'Unione osserva che tale previsione “si giustifica col fatto che dette persone sono, di regola, le meglio informate sui fatti e sugli aspetti tecnici o economici dell'attività dell'impresa cui appartengono, cioè sulle circostanze che possono avere valore decisivo per quanto riguarda l'applicazione delle norme sulla concorrenza”. In dottrina, v. M. ALBERS, K. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 6, che osservano che “[a] hearing loses much of its potential value if all essential parties are present but some of them are represented by persons with only second-hand knowledge of the facts of the competition case”.

⁹⁶⁵ Così, *ex multis*, la sentenza della Corte di giustizia *Roquette Frères*, cit., punto 46.

di intese e posizioni dominanti che – a norma dell’articolo 14 del Regolamento 1/2003 – la Commissione è tenuta a consultare prima di adottare una decisione nell’ambito del procedimento *antitrust*. Per quanto il parere formulato da tale comitato sia raramente discorde dalla posizione fatta propria dalla Commissione, si ritiene che tale comitato costituisca in un certo senso “la coscienza” della Commissione stessa⁹⁶⁶, soprattutto in virtù delle competenze dei soggetti che lo compongono: si tratta, invero, di un pubblico particolarmente qualificato, il cui apporto può in linea di principio andare oltre la semplice ratifica dell’operato della Commissione⁹⁶⁷, non potendosi escludere che i membri del comitato – qualora convinti della bontà degli argomenti delle parti – siano in grado di svolgere una vera e propria attività di *lobbying* nei confronti della Commissione stessa.

Peraltro, possono essere invitati anche funzionari di autorità nazionali diverse da quelle di concorrenza. Tale previsione, come notato in dottrina, è importante, in quanto rivela una tendenza ad ammettere che sulla decisione finale possano influire anche elementi estranei al settore *antitrust*⁹⁶⁸.

Di regola, inoltre, assiste all’audizione un direttore generale aggiunto della DG Concorrenza, nonché spesso un membro del gabinetto del Commissario europeo per la concorrenza⁹⁶⁹. Occorre tuttavia sottolineare che i singoli commissari, che successivamente adotteranno collegialmente la decisione finale, non sono tenuti a prendere parte all’audizione (e, nella prassi, non vi partecipano). In altri termini, l’audizione non si svolge davanti ai soggetti che saranno chiamati a decidere sul caso. Come si vedrà oltre, questa caratteristica dell’audizione orale desta non pochi dubbi, per quanto il giudice dell’Unione ne abbia sancito in linea di principio la legittimità⁹⁷⁰.

⁹⁶⁶ In tal senso anche P.-C. LEHRELL, D. LAWSKY, *Oral Hearings: Making the Case Come Alive*, in *The CPI Antitrust Journal*, marzo 2010 (1), p. 5.

⁹⁶⁷ *Contra* N. ZINGALES, *The Hearing Officer in EU Competition Law Proceedings: Ensuring Full Respect for the Right to Be Heard?*, in *TCLR*, 2010, 7 (1), p. 134: l’A. sostiene che “such Committee cannot be the solution to the problem of due process. Its approach is naturally deferential to the authority who has been working for a considerable amount of time on the case and has seen the whole body of evidence. As a matter of fact the Advisory Committee has never voted against the adoption of a Commission Decision”. In termini simili, I. S. FORRESTER, *Due Process in EC Competition Cases: A Distinguished Institution with Flawed Procedures*, cit., p. 834.

⁹⁶⁸ V. G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 337.
⁹⁶⁹ M. ALBERS, K. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 7.

⁹⁷⁰ V., da ultimo, la sentenza del Tribunale del 15 luglio 2015 *Emesa-Trefilería e Industrias Galycas c. Commissione*, causa T-406/10, EU:T:2015:499, punto 120, nonché, in precedenza, la sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1970 *Buchler & Co. c. Commissione*, causa 44/69, EU:C:1970:72, punti 19-23; *Boehringer Mannheim c. Commissione*, cit., punti 23-25.

Un discorso a parte meritano infine i denunciati e gli altri soggetti terzi che, a vario titolo, possano dirsi interessati a prendere parte all'audizione. Sui (limitati) diritti spettanti a tali soggetti si dirà meglio nel prosieguo, *sub* 2.2.5.

Data la natura e la *ratio* dell'audizione, tutta incentrata nel fornire alle parti (e non alla Commissione) un'occasione per esercitare i propri diritti di difesa, non deve stupire il fatto che non trovino applicazione in questa sede le disposizioni che prevedono l'imposizione di ammende laddove le parti forniscano dichiarazioni e informazioni non veritiere⁹⁷¹. Sembra infatti che, in questa fase del procedimento, a differenza che nella precedente fase dedicata alla raccolta del materiale probatorio, prevalga il rispetto dei diritti di difesa delle parti su qualsiasi altra considerazione di efficienza e verità. Per quanto a prima vista tale lacuna legislativa possa sembrare preoccupante, nella pratica si tratta di un problema trascurabile, posto che le parti sono consapevoli del fatto che la Commissione ha pur sempre il potere di inviare loro una ulteriore richiesta di informazioni a valle dell'audizione, nel rispondere alla quale troverebbero applicazione le ammende summenzionate⁹⁷².

Proprio tale natura dell'audizione giustifica poi il fatto che, per quanto la Commissione possa porre domande alle parti dopo che queste ultime abbiano parlato, la stessa non possa utilizzare l'audizione come occasione per introdurre nuovi addebiti o fatti importanti. Come detto, infatti, i fatti sui quali la Commissione intende fondarsi devono essere fissati una volta per tutte nella comunicazione degli addebiti, e l'audizione non può costituire un ulteriore mezzo di indagine. Laddove vi sia l'intenzione di muovere alle parti addebiti ulteriori, occorrerà, come visto⁹⁷³, inviare alle parti una nuova comunicazione degli addebiti (o, quantomeno, una c.d. *letter of facts*).

Occorre altresì sottolineare la natura amministrativa (e non giurisdizionale) dell'audizione: in linea con tale elemento, le parti non hanno il diritto di esaminare i testimoni a carico, cioè i testimoni chiamati dalla Commissione. La legittimità di tale (assai criticabile) previsione è stata più volte confermata dal giudice dell'Unione: ad

⁹⁷¹ Così in materia di accertamenti ispettivi e richieste di informazioni: cfr. il **Capitolo III**, *sub* 2.1. e 2.2.

⁹⁷² Così M. ALBERS, K. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 8, secondo i quali, inoltre, “[t]he presence of other persons with market expertise and the desire to maintain credibility and reputation significantly reduces the likelihood that an attendant does not tell the truth”.

⁹⁷³ V. *supra*, *sub* 2.2.1.

esempio, nella sentenza pronunciata nella causa *Siemens Österreich e VA Tech Transmission & Distribution c. Commissione*, il Tribunale ha risposto alla censura sollevata dalla ricorrente (che lamentava una violazione dell'articolo 6(3)(d) della CEDU) osservando lapidariamente che per quanto “il principio fondamentale del diritto comunitario che impone il rispetto dei diritti della difesa” esiga “che le imprese e le associazioni di imprese interessate da un’indagine della Commissione in materia di concorrenza siano messe in grado, sin dalla fase amministrativa, di far conoscere in modo efficace il proprio punto di vista sulla realtà e sulla rilevanza dei fatti, degli addebiti e delle circostanze allegati dalla Commissione”, lo stesso principio “non esige invece che sia data a tali imprese l’occasione di controinterrogare esse stesse, nell’ambito del procedimento amministrativo, i testimoni sentiti dalla Commissione”⁹⁷⁴.

Un'altra peculiare caratteristica dell'audizione orale nei procedimenti *antitrust* è che la stessa non è pubblica⁹⁷⁵. L'assenza di pubblicità è una caratteristica rimasta ferma nel tempo, nonostante le numerose critiche sollevate da più parti e le numerose proposte di revisione. Come confermato dal giudice dell'Unione, il diritto ad essere ascoltati non comprende anche il diritto di ascoltare⁹⁷⁶.

Più in generale, nell'ottica della Commissione, l'assenza di pubblicità si giustifica in quanto consentirebbe alle parti di esprimere liberamente il proprio punto di vista, senza temere ritorsioni o comunque conseguenze derivanti dalla diffusione delle loro argomentazioni a soggetti terzi rispetto a quelli autorizzati a partecipare⁹⁷⁷. In linea con tale *ratio*, è previsto che, laddove ciò risulti giustificato dall'esigenza di tutelare i segreti aziendali e le altre informazioni riservate, il consigliere-auditore possa sentire le persone presenti all'audizione a porte chiuse, escludendo cioè taluni partecipanti⁹⁷⁸.

⁹⁷⁴ V. la sentenza del Tribunale del 3 marzo 2011, causa T-122/07, EU:T:2011:70, punti 233-234. Così anche la sentenza del Tribunale del 16 giugno 2011 *FMC Foret c. Commissione*, causa T-191/06, EU:T:2011:277, punti 134-141.

⁹⁷⁵ Articolo 14(6) del Regolamento 773/2004.

⁹⁷⁶ V. la sentenza del Tribunale *Cimenteries CBR SA e a. c. Commissione*, cit., punto 682.

⁹⁷⁷ V. la Comunicazione sulle migliori pratiche in materia di procedimento, punto 107: “[i]l fatto che l’audizione non sia pubblica garantisce che tutti i partecipanti possano esprimersi liberamente” (e, in termini simili, il considerando 20 del mandato del consigliere-auditore). La stessa disposizione prevede anche, a ulteriore garanzia della segretezza del contenuto dell’audizione, che “[t]utte le informazioni comunicate durante l’audizione possono essere utilizzate soltanto nell’ambito dei procedimenti giudiziari e/o amministrativi ai fini dell’applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE e non possono essere divulgate né utilizzate per qualsiasi altro scopo da nessuno dei partecipanti all’audizione”.

⁹⁷⁸ Considerando 20 del mandato del consigliere-auditore.

Infine, si è già accennato al fatto che sono previste regole particolari in tema di audizione orale per l'ipotesi in cui le parti desiderino accedere alla procedura di transazione. Nello specifico, si ha in tal caso una vera e propria compressione, legislativamente sancita, del diritto fondamentale delle parti di richiedere un'audizione orale. L'articolo 12(2) del Regolamento 773/2004 prevede infatti che le parti debbano confermare alla Commissione la propria intenzione di rinunciare all'audizione, con un'unica eccezione "qualora la comunicazione degli addebiti non rispecchi il contenuto delle loro proposte di transazione". Ciò non toglie, ovviamente, che il rispetto dei diritti di difesa delle parti resti un principio cardinale del procedimento, come conferma la previsione secondo cui le parti possono, in qualsiasi momento della procedura di transazione, rivolgersi al consigliere-auditore per qualsiasi questione inerente al giusto processo. Quest'ultimo ha il compito di vigilare affinché sia garantito "il rispetto dell'esercizio effettivo del diritto alla difesa"⁹⁷⁹.

2.2.4. Il consigliere-auditore quale vero protagonista dell'audizione orale

Per quanto, come visto, l'audizione orale sia stata introdotta e concepita come un'ulteriore occasione per garantire alle parti l'esercizio dei propri diritti di difesa (con la conseguenza che sono proprio queste ultime a decidere se l'audizione avrà o meno luogo), si ritiene che il protagonista di questa fase procedimentale sia senza alcun dubbio il consigliere-auditore. Non a caso, tale figura è stata introdotta nell'ordinamento "comunitario" nei primi anni Ottanta proprio con l'intento di tutelare e rafforzare il diritto delle parti di un procedimento *antitrust* (nonché in materia di concentrazioni⁹⁸⁰) ad essere sentite oralmente.

Paragonando la situazione precedente alla creazione della funzione del consigliere-auditore con il quadro attuale, salta all'occhio la "piccola rivoluzione" operata sul punto dal legislatore dell'Unione: in precedenza, le audizioni orali si svolgevano

⁹⁷⁹ V. Comunicazione sulla transazione, punto 18.

⁹⁸⁰ Anche nell'ambito di tali procedimenti l'audizione orale costituisce un importante (e peculiare) elemento. Per quanto tale tema esuli dall'oggetto della presente ricerca, si rimanda, sul punto, per approfondimenti e spunti utili, a: T. GIANNAKOPOULOS, *The Right to be Orally Heard by the Commission in Antitrust, Merger, Anti-dumping / Anti-subsidies and State Aid Community Procedures*, in *WOCO*, 2001, 24 (4), p. 541 ss.; J. GILCHRIST, *Rights of defence and the role of the Hearing Officer in EU merger cases*, in *GCR*, dicembre 2000 - gennaio 2001; M. KEKELEKIS, *The "Statement of Objections" as an Inherent Part of the Right to be Heard in EC Merger Proceedings: Issues of Concern*, in *ECLR*, 2004, p. 518 ss.

dinanzi al direttore generale responsabile del caso, ossia dinanzi a un soggetto che aveva seguito in prima persona la precedente fase di raccolta del materiale probatorio e che, senza dubbio, si era già formato un'idea precisa sul merito dell'istruttoria stessa. Proprio per tale motivo, erano state avanzate negli anni critiche da parte del Parlamento europeo⁹⁸¹, volte a mettere in dubbio la concreta utilità delle audizioni orali nell'economia del procedimento *antitrust*. Pur non ammettendo *expressis verbis* che tali critiche fossero fondate, la Commissione ha implicitamente dato seguito alle stesse, dichiarando nell'XI relazione annuale sulla politica della concorrenza⁹⁸² di voler introdurre la figura del consigliere-auditore proprio con l'intento di assicurare l'obiettività delle audizioni e delle decisioni finali. In proposito, non sembra esagerato affermare, con Kerse, che l'introduzione del consigliere-auditore nel 1982 abbia segnato lo sviluppo più importante in relazione allo svolgimento delle audizioni orali nei primi trent'anni di applicazione della normativa *antitrust* da parte della Commissione⁹⁸³.

Come già visto, le successive revisioni del mandato che si sono susseguite nel tempo hanno provveduto ad ampliare e rendere più efficaci i poteri attribuiti a tale soggetto, anche con specifico riguardo alle audizioni orali. L'attuale mandato dedica gli articoli dal 10 al 13 alla disciplina di dettaglio di tale dedicata fase del procedimento.

Oggi, il consigliere-auditore gioca un ruolo fondamentale sia prima, sia durante, sia dopo lo svolgimento dell'audizione stessa.

Innanzitutto, il consigliere-auditore è incaricato di organizzare e condurre l'audizione, agendo in piena indipendenza e promuovendo l'obiettività tanto dell'audizione stessa che della decisione finale⁹⁸⁴. A tal fine, il consigliere-auditore è tenuto a vigilare affinché le parti (nonché gli altri soggetti a vario titolo ammessi a partecipare, su cui v. *infra*, sub 2.2.5.) abbiano una "opportunità sufficiente" di pronunciarsi sui risultati dell'istruttoria⁹⁸⁵. Tale disposizione pare decisamente utile e opportuna, se solo si pensa che – in particolare nei casi di cartello, che possono vedere

⁹⁸¹ Cfr. W. B. J. VAN OVERBEEK, *The right to be heard in EC competition cases*, in *Right of Defence and right of the European Commission in EC Competition Law*, cit., p. 235.

⁹⁸² XI relazione annuale sulla politica della concorrenza, punti 26-28, 31-32.

⁹⁸³ C. S. KERSE, *Procedures in EC Competition Cases: The Oral Hearing*, cit., p. 41.

⁹⁸⁴ Articolo 10(1)-(3) del mandato del consigliere-auditore.

⁹⁸⁵ Articolo 10(4).

coinvolte molte imprese, oltre a eventuali denunciante e terzi interessati – l’organizzazione delle audizioni può risultare in pratica molto complessa, ponendo il rischio concreto che non tutti i soggetti invitati riescano a esprimere appieno il proprio punto di vista⁹⁸⁶.

Già prima dell’audizione stessa, spetta al consigliere-auditore prepararne lo svolgimento, adottando a tal fine una serie di misure utili, sempre previa consultazione del direttore competente: così, ad esempio, può comunicare preventivamente ai soggetti invitati un elenco delle questioni sulle quali desidera che essi si pronuncino; può indicare loro i temi principali ai fini del dibattito; può organizzare una riunione preparatoria con i soggetti invitati, nonché, eventualmente, con i servizi della Commissione⁹⁸⁷. In tale contesto, il consigliere-auditore può altresì chiedere che gli venga preventivamente comunicato per iscritto il contenuto essenziale delle dichiarazioni che i soggetti invitati all’audizione intendono rilasciare, nonché la lista dei partecipanti che assisteranno per loro conto⁹⁸⁸.

Tali poteri preparatori, introdotti nel corso delle revisioni del mandato del consigliere-auditore, costituiscono senz’altro strumenti utili al fine di assicurare che la successiva audizione sia (come dovrebbe essere) utile alle parti *in primis*. Come tali, essi hanno contribuito a rendere più efficace l’operato del consigliere-auditore, andando dunque decisamente in una direzione apprezzabile.

Quanto allo svolgimento vero e proprio dell’audizione, pare importante in particolare la previsione secondo cui il consigliere-auditore può ammettere la produzione di nuovi documenti⁹⁸⁹: invero, si tratta di un’eccezione al principio già richiamato secondo cui il quadro probatorio – quantomeno dal lato della Commissione – resti fissato nella precedente comunicazione degli addebiti (salvo la necessità di inviarne una ulteriore, in caso emergano fatti o elementi di cui sia opportuno tenere conto). Di tutto rilievo è altresì il potere (e dovere) del consigliere-auditore di assicurare la protezione dei segreti aziendali e della riservatezza durante

⁹⁸⁶ Cfr., in questo senso, G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 334.

⁹⁸⁷ Articolo 11(1) e (2).

⁹⁸⁸ Articolo 11(3) e (4).

⁹⁸⁹ Articolo 12(2).

l'audizione orale, il che può giustificare, come detto, la decisione di sentire taluni soggetti a porte chiuse⁹⁹⁰.

Passando ora alla fase immediatamente successiva rispetto all'audizione orale, si ricorderà che, a norma dell'articolo 14 del mandato del consigliere-auditore, quest'ultimo è incaricato di un importante ulteriore passaggio procedurale, ossia la redazione di una relazione intermedia che porti, tra l'altro, sullo svolgimento dell'audizione. In tale frangente, oltre a formulare osservazioni (indirizzate al commissario competente) su svariate questioni procedurali afferenti al corso dell'intero procedimento, il consigliere-auditore si pronuncia in particolare sul "rispetto del diritto di essere sentiti" e sul "corretto svolgimento dell'audizione orale"⁹⁹¹. Si deve peraltro sottolineare che tale relazione intermedia è (a differenza della successiva relazione finale⁹⁹²) destinata a restare meramente interna, e che le parti di conseguenza non potranno mai accedervi. Secondo il Tribunale, ciò si spiega in quanto "la relazione del consigliere-uditore costituisce un documento puramente interno alla Commissione, che non è diretto a completare o correggere l'argomentazione delle imprese e che non presenta quindi alcun aspetto decisivo di cui il giudice dell'Unione debba tener conto per esercitare il proprio sindacato"⁹⁹³.

Il ragionamento del Tribunale non pare condivisibile: al contrario di quanto osservato dal giudice, il documento in parola pare potenzialmente assai utile nel contesto di un'eventuale impugnazione della decisione finale della Commissione per motivi procedurali, potendo in ipotesi avvalorare le tesi avanzate dalle imprese ricorrenti sull'esistenza di una violazione dei propri diritti di difesa (e, per quanto qui interessa, del proprio diritto ad essere sentite). Inoltre, la pubblicazione della relazione risolverebbe il dubbio che – come attualmente strutturata – la stessa non abbia un impatto significativo sulle valutazioni dei funzionari incaricati dell'istruzione del caso, consentendo di verificare se in quale misura vi sia stato un tale impatto⁹⁹⁴.

⁹⁹⁰ Articolo 13. V. anche articolo 14(6) del Regolamento 773/2004.

⁹⁹¹ Articolo 14(1)(c) e (d).

⁹⁹² V., in proposito, quanto già detto nel **Capitolo II, sub 4.1.4.**

⁹⁹³ V. la sentenza del Tribunale *FMC Foret c. Commissione*, cit., punto 143.

⁹⁹⁴ Cfr. ECLF WORKING GROUP ON TRANSPARENCY AND PROCESS, *Transparency and Process: Do we Need a New Mandate for the Hearing Officer?*, cit., p. 479, in cui si propone di rendere disponibile alle parti la relazione intermedia prima che la decisione finale sia adottata e pubblicata, al fine di "add a further layer of accountability to the process".

Ciò detto, si ritiene che il vero punto debole della disposizione in parola sia contenuto nel secondo paragrafo della stessa: è qui espressamente previsto che il consigliere-auditore, separatamente dalla relazione intermedia, possa formulare osservazioni (trasmesse al direttore generale della DG Concorrenza, al direttore competente e al servizio giuridico) “sul prosieguo e sull'imparzialità del procedimento”. La *ratio* di tale facoltà è quella di consentire a tale soggetto di vigilare affinché “tutti gli elementi di fatto pertinenti, siano essi favorevoli o sfavorevoli agli interessati, in particolare gli elementi oggettivi relativi alla gravità dell'illecito, vengano presi in considerazione nell'elaborazione dei progetti di decisione della Commissione”. Coerentemente con tale giustificazione, le osservazioni formulate dal consigliere-auditore possono riguardare, “in particolare, la necessità di ulteriori informazioni, il ritiro di determinati addebiti o obiezioni o la comunicazione di nuovi, oppure suggerimenti per ulteriori misure d'indagine”.

La formulazione della disposizione summenzionata lascia assai perplessi. Innanzitutto, se i poteri attribuiti al consigliere-auditore al fine di organizzare al meglio e presiedere l'audizione orale risultano del tutto appropriati allo scopo, non si capisce invece il senso di quest'ultima previsione, che esula in modo evidente dalle competenze di cui sopra⁹⁹⁵.

Non solo: la facoltà (prevista in termini peraltro decisamente ampi e indefiniti) di pronunciarsi sul merito del procedimento, addirittura consigliando di assumere informazioni, ritirare o aggiungere addebiti, o disporre nuove misure d'indagine rischia di allontanare il consigliere-auditore dal suo ruolo di “sentinella” imparziale a tutela della correttezza del procedimento e del rispetto dei diritti procedurali delle parti. È infatti chiaro che, in una simile ipotesi, il consigliere-auditore abbandonerebbe la propria neutralità, divenendo di fatto un alleato delle parti o della Commissione (il che sarebbe, a giudizio di chi scrive, ancora più grave, alla luce del già esistente accumulo di poteri e prerogative in capo alla Commissione).

Un ulteriore dettaglio aggrava ulteriormente, si ritiene, il quadro appena descritto: così come per la relazione intermedia, le osservazioni menzionate dall'articolo 14(2)

⁹⁹⁵

In termini simili, v. G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 340, che nota comunque come tale previsione sia in linea di principio legittima, posto che il consigliere-auditore è qualificato come indipendente dall'organo procedente ma non come terzo rispetto alle parti (v. la sentenza del Tribunale *Tokai Carbon c. Commissione*, cit., punto 53).

del mandato del consigliere-auditore costituiscono un documento interno, come tale sottratto all'accesso delle parti. Il fatto che il consigliere-auditore possa suggerire alla Commissione di muovere ulteriori addebiti alle parti senza che queste ultime abbiano la facoltà di difendersi pare del tutto incoerente con il principio del rispetto dei diritti di difesa nel procedimento *antitrust*⁹⁹⁶. E pare paradossale che tale (potenziale) *vulnus* venga proprio dalla regolamentazione della figura del consigliere-auditore, la cui introduzione era stata espressamente voluta per porre un ulteriore presidio a tutela dei diritti procedurali delle parti.

Ciò detto, è indubitabile che il consigliere-auditore abbia la facoltà di giocare, nell'ambito dell'audizione orale, un ruolo importante, tale da poter anche incidere sulle sorti del procedimento. Un esempio recente in tal senso si rinviene nel caso *Groupement des cartes bancaires* del 2007⁹⁹⁷: dopo aver inizialmente avviato un procedimento d'infrazione, ipotizzando l'esistenza di un accordo segreto anticoncorrenziale nel settore bancario, avverso il gruppo d'interesse economico francese *Groupement des cartes bancaires* e nove istituti bancari membri del gruppo stesso, la Commissione ha ritenuto necessario emettere una nuova comunicazione degli addebiti, indirizzata stavolta esclusivamente al gruppo. Come emerge dalla relazione finale del consigliere-auditore, è stata l'audizione orale (svoltasi "in un clima di antagonismo fra le parti e la DG Concorrenza") a imprimere una svolta nel procedimento: a seguito dell'audizione, e su proposta del consigliere-auditore, "la [Commissaria] ha chiesto che un *panel* interno alla DG esprimesse un parere sugli addebiti rivolti al GCB e alle banche, specie per quanto riguarda l'esistenza e la natura segreta di un accordo anticoncorrenziale ai sensi dell'articolo 81 del trattato, considerate le implicazioni in termini di ammende. In seguito a questo riesame del caso, si è deciso di abbandonare questa parte della comunicazione degli addebiti vista

⁹⁹⁶ E ciò a maggior ragione, se si considera che la relazione intermedia "is generally taken into careful consideration by the case-team and may influence the outcome of the final decision": così M. SIRAGUSA, C. RIZZA (a cura di), *op. cit.*, p. 273. Gli A. portano come esempio la relazione finale redatta dal consigliere-auditore nel caso *Carta autocopiante* (COMP/36.212): essendo emerso nel corso dell'audizione orale che era insufficiente, per taluni anni dell'infrazione, la prova delle violazioni quali descritte nella comunicazione degli addebiti, la DG Concorrenza "ai fini del calcolo dell'ammenda, la DG Concorrenza [ha tratto] le necessarie conclusioni riguardo alla durata delle violazioni come proposto dal Consigliere-auditore" (v. la relazione finale del consigliere-auditore relativa al caso COMP/E.1/36.212 – *Carta autocopiante*, in *GUUE* 96 del 21.4.2004, p. 39).

⁹⁹⁷ V. decisione della Commissione del 17.10.2007, caso COMP/38.606.

l'inadeguatezza delle prove fornite dalla DG rispetto ai requisiti della giurisprudenza comunitaria"⁹⁹⁸.

2.2.5. I soggetti che non sono parti del procedimento: una limitata (e diversificata) possibilità di essere sentiti

Si è visto che alle imprese che sono parti del procedimento *antitrust* competono diversi diritti di difesa, tra i quali spicca il diritto ad essere sentite, che include il diritto di essere informate degli addebiti che la Commissione intende muovere nei loro confronti; il diritto di accedere a tutte le informazioni in possesso dell'amministrazione e attinenti alla pratica investigata; il diritto di presentare le proprie osservazioni in merito, eventualmente anche oralmente. Il riconoscimento di tali essenziali prerogative in capo alle imprese che sono parti del procedimento svolge invero un ruolo chiave nell'assicurare la tenuta democratica e conforme ai diritti fondamentali dell'intero sistema di *public enforcement* del diritto della concorrenza a livello "comunitario", posto che, come visto, sono in gioco ammende che possono raggiungere livelli decisamente elevati.

A contrario, i soggetti che non sono parti del procedimento *antitrust* non meritano, quantomeno in linea di principio, tutele analoghe⁹⁹⁹. In proposito, va tuttavia notato che fin dagli albori della costruzione UE si sono distinte talune categorie di soggetti che, in quanto interessati a vario titolo allo svolgimento e all'esito del procedimento, sono state via via (e in misura crescente¹⁰⁰⁰) "associate" allo stesso¹⁰⁰¹: trattasi dei denunciati, dei c.d. terzi interessati e degli altri terzi. Tuttavia, si ritiene che, per la

⁹⁹⁸ V. relazione finale del consigliere-auditore nel caso COMP/38.606 – *Groupement des cartes bancaires*, in *GUUE* del 5.8.2009 C 183/9, p. 2.

⁹⁹⁹ Sulla distinzione tra "parti" o "imprese interessate" ex articoli 7(1) e 9(1) del Regolamento 1/2003, da un lato, e soggetti terzi al procedimento *antitrust*, dall'altro, deve essere richiamata la sentenza resa dalla Corte di giustizia nel 2010 nella causa *Commissione c. Alrosa*, relativa a una decisione della Commissione in materia di impegni: sentenza della Corte di giustizia del 29 giugno 2010, causa C-441/07 P, EU:C:2010:377.

¹⁰⁰⁰ V., sul punto, J. FLATTERY, *op. cit.*, p. 64. V. anche M. KELLERBAUER, L. REPA, *The Court of First Instance Upholds Two Decisions of the Hearing Officer Clarifying Important Procedural Questions in Antitrust Investigations*, in *ECLR*, 2007, 28 (5), p. 298-299, secondo cui "the legislator has foreseen a scale of procedural rights in accordance with the degree of potential harm caused to third parties".

¹⁰⁰¹ Cfr. con la terminologia utilizzata dal Regolamento 1/2003 con riguardo ai denunciati che, a norma dell'articolo 27(1), devono essere "strettamente associati al procedimento".

ragione di cui sopra, a questi ultimi soggetti non compete un vero e proprio diritto di difesa¹⁰⁰².

Quanto ai primi, la *ratio* del consentire loro di partecipare al procedimento risiede nel riconoscimento del fatto che, generalmente, essi sono in grado di apportare contributi fattuali utili, essendo coinvolti spesso in prima persona nei fatti oggetto d'istruttoria, in quanto concorrenti o clienti delle parti. Ciò giustifica l'esistenza di previsioni che ne garantiscono la facoltà di essere sentiti (oltre che di accedere a taluni documenti del fascicolo istruttorio: sul punto si rimanda a quanto si dirà oltre, *sub* 3.2.4.), e, più in generale, di difendere i propri interessi legittimi nel corso del procedimento¹⁰⁰³. Con l'ovvio *caveat* che, trattandosi di un procedimento di tipo amministrativo, gli interessi di tali soggetti (in quanto soggetti privati diversi dalle parti del procedimento stesso) sono destinati in linea di principio a ricevere una tutela assai minore¹⁰⁰⁴. In particolare, secondo giurisprudenza costante, le loro prerogative procedurali "non sono altrettanto ampie delle prerogative della difesa delle imprese nei confronti delle quali la Commissione conduce le indagini. Ad ogni modo, esse non possono ledere dette prerogative della difesa"¹⁰⁰⁵. Come chiarito dall'avvocato generale Léger nelle conclusioni rese nella causa *BPB Industries e British Gypsum c. Commissione*, il terzo denunciante "non può pretendere il rispetto del diritto alla difesa ma solo quello del diritto alla salvaguardia dei suoi interessi legittimi"¹⁰⁰⁶.

Invero, guardando ai diritti concessi a tali soggetti nell'ambito del procedimento *antitrust* è possibile ravvisare un'evoluzione, in linea con la progressiva presa di coscienza da parte della Commissione dell'importanza pratica che i denunciati possono rivestire ai fini dell'istruttoria: da una fase iniziale in cui essi erano concepiti quali "semplici informatori"¹⁰⁰⁷, si è passati a un quadro in cui il loro *status* è

¹⁰⁰² W. B. J. VAN OVERBEEK, *The right to be heard in EC competition cases*, in *Right of Defence and right of the European Commission in EC Competition Law*, cit., p. 231.

¹⁰⁰³ Così nella sentenza della Corte di giustizia *BAT e Reynolds c. Commissione*, cit., punto 20.

¹⁰⁰⁴ L. ORTIZ BLANCO, *op. cit.*, p. 438.

¹⁰⁰⁵ V. la sentenza della Corte di giustizia *BAT e Reynolds c. Commissione*, cit., punto 20.

¹⁰⁰⁶ V. le conclusioni dell'avvocato generale Léger rese il 13 dicembre 1994 nella causa C-310/93 P, *BPB Industries e British Gypsum c. Commissione*, EU:C:1994:408, p. 888.

¹⁰⁰⁷ L. ORTIZ BLANCO, *op. cit.*, p. 439 (nostra traduzione).

espressamente riconosciuto a livello legislativo dal Regolamento 1/2003, che prevede che tali soggetti siano “associati strettamente” al procedimento¹⁰⁰⁸.

In linea con quanto sopra, i denuncianti sono tutelati innanzitutto dalla previsione per cui, laddove la Commissione ritenga di non dare seguito a una denuncia, non sussistendo motivi sufficienti per agire, la stessa sia tenuta a informare il denunciante dei motivi, fissando altresì un termine per la presentazione da parte di quest’ultimo di osservazioni scritte¹⁰⁰⁹.

In proposito, con la celebre sentenza resa nella causa *Automec II* del 1992, il Tribunale ha posto importanti principi (tuttora validi) a protezione degli interessi dei denuncianti: per quanto la Commissione non sia tenuta a dare seguito a tutte le denunce che le pervengono, la stessa è soggetta all’obbligo di “esaminare attentamente gli elementi di fatto e di diritto sottoposti alla sua attenzione dalla parte denunciante, al fine di accertare se tali elementi non rivelino un comportamento atto a falsare il gioco della concorrenza nell’ambito del mercato comune ed a pregiudicare il commercio fra gli Stati membri”¹⁰¹⁰. L’affermazione del Tribunale è importante perché, pur riconoscendo un ampio margine di autonomia alla Commissione nel fissare le priorità della propria azione di *public enforcement* del diritto della concorrenza, nell’ambito tracciato dal legislatore¹⁰¹¹, lo stesso ha al contempo riconosciuto espressamente l’esistenza di opposte esigenze (quali la tutela degli interessi dei soggetti privati che denunciano violazioni del diritto *antitrust*) idonee a costituire dei limiti all’agire dell’autorità amministrativa¹⁰¹².

Inoltre, laddove la Commissione emetta una comunicazione degli addebiti relativa a una questione in merito alla quale abbia ricevuto una denuncia, il denunciante

¹⁰⁰⁸ Articolo 27(1). V. anche A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., p. 38, secondo cui il *public enforcement* del diritto *antitrust* a livello UE dipende in grande misura dalle informazioni fornite dai denuncianti.

¹⁰⁰⁹ Articolo 7(1) del Regolamento 773/2004.

¹⁰¹⁰ V. la sentenza del Tribunale del 18 settembre 1992 *Automec c. Commissione*, causa T-24/90, EU:T:1992:97, punti 74 e 79.

¹⁰¹¹ *Id.*, punto 77.

¹⁰¹² In tal senso anche T. TRIDIMAS, *op. cit.*, p. 402, che nota altresì come “[a]ll in all, the process rights established in favour of complainants are extensive but may be said to derive less from the right to a hearing and more from the general principles of legality and good administration”. Casi in cui il giudice dell’Unione ha annullato una decisione della Commissione di rigetto di una denuncia ritenendo che non fosse adeguatamente motivata includono, ad esempio, la sentenza del Tribunale del 18 maggio 1994 *BEUC e NCC c. Commissione*, causa T-37/92, EU:T:1994:54; e del 29 giugno 1993 *Asia Motor France e a. c. Commissione*, causa T-7/92, EU:T:1993:52.

ottiene una copia della versione non riservata della comunicazione degli addebiti¹⁰¹³. Contestualmente, viene fissato un termine entro il quale lo stesso può rendere noto per iscritto il suo punto di vista, esprimendo eventualmente anche la propria volontà di esprimersi nel corso dell'audizione. Quest'ultima resta però pur sempre, nel linguaggio legislativo, "l'audizione delle parti destinatarie della comunicazione degli addebiti", che si terrà come visto solo "qualora essi lo richiedano nelle loro osservazioni scritte"¹⁰¹⁴. Peraltro, la partecipazione dei denunciati all'audizione orale dipende in ogni caso da una decisione positiva del consigliere-auditore, previa consultazione del direttore competente¹⁰¹⁵. Tali principi sono stati oggetto, di recente, di conferma da parte del Tribunale nella sentenza resa nella causa *Topps Europe c. Commissione* del 2017¹⁰¹⁶.

Dai denunciati si differenziano i soggetti che sono qualificati semplicemente come "terzi", e i cui diritti (peraltro decisamente più limitati) sono strettamente legati alla dimostrazione di essere portati di un "interesse sufficiente". In tal caso, tali terzi sono informati circa la natura e l'oggetto del procedimento, potendo altresì presentare osservazioni scritte in merito e, eventualmente, chiedere di sviluppare tali argomenti nel corso di un'eventuale audizione orale¹⁰¹⁷.

Va sottolineato che la partecipazione a quest'ultima dipenderà, per tali soggetti (a differenza dei denunciati), da un'ulteriore valutazione sulla sussistenza di un loro sufficiente interesse: di nuovo, tale valutazione è demandata al consigliere-auditore, che, sentito il direttore competente, dovrà esaminare "se e in quale misura il comportamento oggetto del procedimento in materia di concorrenza influisce sul richiedente"¹⁰¹⁸.

¹⁰¹³ Articolo 6(1) del Regolamento 773/2004, che prevede però un'eccezione nel caso in cui si applichi la procedura di transazione: in tale ipotesi, il denunciante sarà semplicemente informato per iscritto della natura e dell'oggetto della procedura.

¹⁰¹⁴ Articolo 6(2).

¹⁰¹⁵ Articolo 6(2) del mandato del consigliere-auditore.

¹⁰¹⁶ V. la sentenza del Tribunale *Topps Europe c. Commissione*, cit., p. 29.

¹⁰¹⁷ V. articolo 13(1) e (2) del Regolamento 773/2004. In proposito, L. ORTIZ BLANCO, *op. cit.*, p. 441, osserva come il fatto che la Commissione non sia tenuta a inviare a tali soggetti copia non riservata della comunicazione degli addebiti costituisca un segnale del loro *status* secondario rispetto ai denunciati; tuttavia, nella prassi, essa viene inviata anche ai terzi interessati. La legittimità di questa pratica è stata sancita dalla sentenza del Tribunale del 7 giugno 2006 *Österreichische Postsparkasse c. Commissione*, causa T-213/01, EU:T:2006:151, punto 107, osservando che essa affinché consente che i terzi siano "pienamente in grado di [fare] pervenire utilmente le loro osservazioni sulle asserite infrazioni oggetto del procedimento di cui trattasi".

¹⁰¹⁸ Articolo 5(2) del mandato del consigliere-auditore.

La volontà di assicurare pur sempre in via prioritaria la tutela degli interessi delle parti del procedimento giustifica infine la previsione secondo cui l'identità dei terzi interessati che chiedano di essere sentiti è comunicata alle parti stesse, salvo nel caso in cui ciò possa danneggiare "gravemente" una persona o un'impresa¹⁰¹⁹.

L'ultima categoria di soggetti che possono partecipare al procedimento è quella dei terzi che, pur non dimostrando l'esistenza di un interesse specifico in tal senso, siano in ogni caso invitati dalla Commissione a presentare osservazioni scritte, a presenziare all'audizione ed eventualmente anche a esprimersi nel corso della stessa¹⁰²⁰.

Venendo a un'analisi del merito del quadro poc'anzi descritto, si deve rilevare innanzitutto come l'attuale *status* riconosciuto ai denunciati nel procedimento *antitrust* risulti nel complesso soddisfacente¹⁰²¹: nella consapevolezza dell'utile contributo che essi possono apportare alla ricostruzione dei fatti, e anche (si ritiene) nell'intento di "ricompensarne" gli sforzi¹⁰²², le previsioni attualmente in vigore assicurano senza dubbio che tali soggetti siano strettamente associati al procedimento, come sancisce il Regolamento 1/2003. Particolarmente significativo, in proposito, è il fatto che – una volta acquisito lo *status* di denunciante – un soggetto non debba dimostrare la sussistenza di un ulteriore "interesse sufficiente" che giustifichi la sua

¹⁰¹⁹ Articolo 5(4).

¹⁰²⁰ Articolo 27(3) del Regolamento 1/2003 e 13(3) del Regolamento 773/2004.

¹⁰²¹ Critico, invece, G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., pp. 337-338, in particolare per via del fatto che, nel Regolamento 773/2004, non è più prevista la possibilità che i denunciati siano sentiti oralmente separatamente dalle parti del procedimento. Ciò determinerebbe il rischio che, svelata l'identità dei denunciati, vi siano ripercussioni nei loro confronti da parte delle imprese parti del procedimento, scoraggiando in ultima analisi i denunciati a partecipare all'audizione, e privando così la Commissione di una importante fonte di informazioni. In senso contrario, si rileva che pare conforme alla necessità di rispettare in via prioritaria i diritti di difesa delle parti il fatto di consentire a queste ultime di conoscere l'identità dei propri denunciati, ed eventualmente di interloquire con essi nel corso dell'audizione: diversamente, le dichiarazioni dei denunciati rese in audizione non potrebbero essere smentite. L'assenza di un tale contraddittorio non sembra una soluzione accettabile.

¹⁰²² Secondo G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 331, un'ulteriore ragione alla base dell'estensione delle prerogative dei denunciati è la volontà di accrescere l'obiettività del procedimento e della decisione finale. L'A. sostiene infatti che "[f]avorire la partecipazione di persone che spesso si trovano in una posizione migliore della Commissione per individuare gli aspetti critici delle intese o pratiche concordate in esame (e che sono in ultima istanza quelle che maggiormente ed in maniera più diretta soffrono le conseguenze negative di un accordo anticompetitivo) non solo facilita i compiti istruttori dell'organo procedente, ma contribuisce anche ad assicurare l'obiettività della procedura e, con essa, l'attendibilità della decisione finale".

domanda di partecipare all'audizione, come invece è previsto per gli altri terzi interessati.

Non pare, invece, costituire una lacuna inaccettabile il fatto che i denunciati non possano richiedere un'audizione orale, restando legati sul punto alle scelte effettuate dalle parti del procedimento. Il fatto che esista una differenza significativa nel grado di protezione dei diritti procedurali di tali categorie di soggetti è, invero, pienamente fondato, posto che in caso contrario si finirebbe per porre un sostanziale onere amministrativo in capo alla Commissione, senza del resto che ciò risultasse richiesto dagli *standard* internazionali di tutela dei diritti umani¹⁰²³.

Pertanto, sul punto, è interessante notare che la formulazione della nozione di “beneficiari” del diritto ad essere sentiti prevista nella Carta pare, invece, più ampia, riguardando ai sensi dell'articolo 41(2)(a) “il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio”. Ciò potrebbe, in linea di principio, giustificare l'opzione di consentire ai denunciati di richiedere che venga organizzata un'audizione orale (eventualmente anche solo in determinate circostanze, ad esempio laddove l'audizione non venga richiesta dai destinatari della comunicazione degli addebiti, o laddove emergano successivamente all'audizione nuovi elementi di fatti rilevanti)¹⁰²⁴.

La conclusione circa il merito del quadro procedurale esaminato poc'anzi è invece diversa con riguardo agli altri terzi interessati. In proposito, si rileva *in primis* come la prima verifica che deve essere effettuata circa la sussistenza di un loro “interesse sufficiente” (ossia quello che giustifica o meno la possibilità che il terzo sia informato circa il procedimento e possa chiedere tra l'altro di essere audito) sia legata a un criterio eccessivamente generico, non risultando chiaro in pratica quali siano i parametri ai quali occorra richiamarsi per effettuare tale valutazione: in dottrina si è fatto riferimento, in proposito, a presunti “interessi giuridici o economici che

¹⁰²³ V. N. ZINGALES, *op. cit.*, p. 151, che nota come la CEDU, al pari di altri strumenti internazionali di tutela dei diritti umani, limita il diritto a un equo processo a ciascun soggetto rispetto al quale sia in gioco una decisione “sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti”.

¹⁰²⁴ *Ibid.*

potrebbero essere pregiudicati dall'infrazione oggetto della decisione della Commissione"¹⁰²⁵, ma anche questa formulazione pare alquanto ampia e indefinita.

Certo, l'assenza di giurisprudenza sul punto potrebbe indirettamente rivelare che, in pratica, tale requisito non ha ristretto eccessivamente la possibilità dei terzi di partecipare ai procedimenti *antitrust* ai quali abbiano un interesse. Tuttavia, si deve tenere presente che, per poter impugnare con successo una decisione della Commissione lamentando una violazione del proprio diritto di essere sentito, un soggetto terzo al procedimento deve fornire la prova del fatto che la mancata audizione abbia influito sul contenuto della decisione finale¹⁰²⁶ – prova evidentemente alquanto difficile da fornire¹⁰²⁷.

Quanto all'ulteriore prova di un "sufficiente interesse" richiesta ai terzi per poter partecipare all'audizione, quest'ultimo requisito è, a giudizio di chi scrive, eccessivo, considerando che vi è già stata una valutazione analoga per stabilire se il terzo avesse il diritto di essere informato circa l'andamento del procedimento.

Pur riconoscendo che vi sono ragioni di efficienza procedurale che impongono di non appesantire ulteriormente l'organizzazione dell'audizione (specie nei casi in cui vi siano numerose parti del procedimento che abbiano richiesto un'audizione), è indubitabile che i terzi possano apportare contributi importanti alla ricostruzione dei fatti, soprattutto in un contesto "dinamico" come quello dell'audizione orale (che consente un vero e proprio confronto con le parti stesse)¹⁰²⁸. E ciò a maggior ragione, se si considera che spesso tali soggetti saranno potenzialmente gli stessi che sarebbero

¹⁰²⁵ Così N. KAHN, *op. cit.*, p. 194. V. anche A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., p. 40.

¹⁰²⁶ V. la sentenza della Corte di giustizia *Van Landewyck c. Commissione*, cit., punto 47.

¹⁰²⁷ Interessante, sul punto, la posizione di M. SIRAGUSA, C. RIZZA (a cura di), *op. cit.*, pp. 231-232, che sostengono che tale questione sia largamente teorica, posto che, come visto, la Commissione può invitare soggetti terzi a partecipare all'audizione anche in assenza della dimostrazione di un interesse sufficiente. Per quanto tale osservazione sia indubbiamente corretta, si ritiene tralasci di considerare che, accettando che la formula del "sufficiente interesse" sia di fatto priva di significato preciso, si finisca per attribuire alla Commissione un sindacato eccessivamente ampio sulla possibilità dei terzi di partecipare al procedimento, sindacato che in realtà dovrebbe essere ristretto dal riferimento legislativo alla sussistenza di un "interesse sufficiente". Rispetto a tale situazione, in cui il terzo avrebbe un vero e proprio diritto di partecipare, la previsione di cui all'articolo 13(3) del Regolamento 773/2004 dovrebbe essere, appunto, un *quid pluris*, riposando come visto interamente su una valutazione della Commissione stessa, priva di parametri precisi.

¹⁰²⁸ Così anche A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., pp. 40-41.

stati legittimati a presentare una denuncia, ma che, per varie ragioni, non si siano attivati in tempo utile¹⁰²⁹.

2.3. Il diritto ad essere sentiti nella giurisprudenza della Corte EDU

Nel sistema della CEDU, il diritto ad essere sentiti costituisce una componente essenziale del diritto a un processo equo sancito dall'articolo 6 della Convenzione.

A norma del primo paragrafo di tale disposizione, come visto, “[o]gni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti”. Il terzo paragrafo prevede poi talune ulteriori garanzie, destinate a trovare applicazione laddove siano in gioco accuse di natura penale: queste includono il diritto a “essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico”; a “disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa”; a difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore (eventualmente d'ufficio), oltre che di un interprete; e, infine, a “esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico”.

Va sottolineato che la Corte EDU, evidentemente conscia dell'importanza cruciale di tale disposizione e della necessità di attribuirle una portata quanto più possibile ampia, ha interpretato la stessa negli anni attribuendole un carattere aperto, di norma residuale¹⁰³⁰. Attraverso tale meccanismo, diversi diritti non espressamente menzionati nel testo dell'articolo 6 sono stati via via inclusi nello stesso in via interpretativa¹⁰³¹, come ad esempio il diritto di ogni accusato di accedere alle prove

¹⁰²⁹ G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 332.

¹⁰³⁰ E. BEUMER, *The Interaction between EU Competition Law Procedures and Fundamental Rights Protection: the Case of the Right to Be Heard*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2014, 7 (10), p. 21.

¹⁰³¹ D. HARRIS, M. O'BOYLE, E. BATES, C. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, 3° ed., Oxford, 2014, p. 246.

al fine di preparare la propria difesa, ossia, in altri termini, di accedere al proprio fascicolo¹⁰³².

Venendo a un esame delle singole componenti del diritto a un equo processo, ve n'è più d'una che rileva in modo evidente con riguardo al diritto ad essere sentiti e, in particolare, con riguardo alle componenti del diritto a essere informati degli addebiti (e di rispondervi) e il diritto a un'audizione orale.

In via preliminare, particolarmente degna di nota è la circostanza per cui, in base a una giurisprudenza consolidata della Corte EDU, il processo va considerato nel suo complesso¹⁰³³, comprendendo dunque non soltanto la fase propriamente giurisdizionale che si svolge dinanzi a un giudice, ma anche la precedente fase delle indagini, dotata di carattere eminentemente amministrativo: è dunque pacifico, come peraltro già visto, che talune garanzie previste dall'articolo 6 CEDU trovino applicazione anche in una fase amministrativa, quale è (almeno formalmente) il procedimento *antitrust* dinanzi alla Commissione, per quanto le stesse siano talvolta suscettibili di limitazioni maggiori.

Quanto al diritto ad essere informati degli addebiti, si è visto che tale diritto appartiene alle garanzie elencate nel terzo paragrafo dell'articolo 6 CEDU, applicabile alle accuse di natura penale. In tale contesto, è infatti particolarmente importante che l'accusato sia informato in modo dettagliato sulla natura dell'accusa e sui motivi della stessa, al fine di poter predisporre la propria difesa: trattasi, da tale punto di vista, di un vero e proprio prerequisito dell'equo processo¹⁰³⁴. Rilevante è anche l'esigenza che all'accusato sia garantito un tempo sufficiente per preparare la propria difesa, requisito da valutare necessariamente in relazione alle circostanze del caso concreto: in proposito, la Corte di Strasburgo ha precisato che l'imputato dovrebbe avere la possibilità di chiedere un'estensione dei termini a tal fine previsti, laddove questi ultimi risultino insufficienti¹⁰³⁵.

¹⁰³² La giurisprudenza in questione sarà oggetto di specifica analisi *infra*, sub 3.3.

¹⁰³³ Cfr., sul punto, M. POUSTIE, *The rule of law or the rule of lawyers? Alconbury, Article 6(1) and the role of courts in administrative decision-making*, in *EHRLR*, 2001 (6), p. 663; A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., p. 53.

¹⁰³⁴ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo dell'1 marzo 2006 *Sejdovic c. Italia*, ric. 56581/00, CE:ECHR:2006:0301JUD005658100, punto 90.

¹⁰³⁵ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 5 dicembre 2002 *Craxi c. Italia (n. 1)*, ric. 34896/97, CE:ECHR:2002:1205JUD003489697, punto 72.

Quanto al diritto ad un'audizione, la Corte EDU ha chiarito nella sentenza *Döry c. Svezia* che il principio della pubblicità dell'attività giurisdizionale di cui all'articolo 6(1) CEDU si declina, tra l'altro, nel diritto a un'udienza orale¹⁰³⁶. Ovviamente, tale diritto si applica con particolare forza in ambito penalistico, dove è particolarmente importante che all'accusato sia garantita la possibilità di comparire personalmente in udienza¹⁰³⁷: in caso contrario, infatti, allo stesso non sarebbe possibile esercitare utilmente i diritti elencati all'articolo 6(3) CEDU.

Peraltro, il diritto ad essere sentiti deve trovare applicazione, secondo alcune pronunce della Corte di Strasburgo, anche nelle fasi procedurali di natura amministrativa, laddove il processo decisionale abbia carattere "quasi-giudiziale": in proposito, è stato sancito in certe istanze l'obbligo degli Stati contraenti di garantire alle persone fisiche e giuridiche portatrici di un interesse in tal senso un diritto effettivo di essere sentite¹⁰³⁸.

Tuttavia, come detto, l'obbligo di celebrare un'udienza non è assoluto, neppure in ambito penalistico. Come già visto in precedenza, nella nota sentenza *Jussila c. Finlandia*¹⁰³⁹ la Corte EDU ha affermato chiaramente che un'udienza può non essere sempre necessaria, laddove si tratti di una materia afferente alla "periferia" del diritto penale o, in altri termini, a un settore quasi-penalistico – quale, peraltro, il diritto *antitrust*. Nel caso di specie, la *ratio* del ragionamento operato dal giudice di Strasburgo riposava sul fatto che la controversia potesse essere facilmente decisa sulla base del fascicolo processuale o di difese scritte, senza la necessità di convenire le parti in un'audizione orale, anche in ossequio a esigenze di economia ed efficienza processuale¹⁰⁴⁰. Tale principio è poi stato riaffermato in una serie di pronunce successive¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁶ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 12 novembre 2002, ric. 28394/95, CE:ECHR:2002:1112JUD002839495, punto 37.

¹⁰³⁷ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 18 ottobre 2006 *Hermi c. Italia*, ric. 18114/02, CE:ECHR:2006:1018JUD001811402, punti 58-59; *Sejdovic c. Italia*, cit., punti 81 e 84.

¹⁰³⁸ V., in tal senso, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 22 novembre 1995 *Bryan c. Regno Unito*, ric. 19178/91, CE:ECHR:1995:1122JUD001917891, punto 46.

¹⁰³⁹ Punti 41-43.

¹⁰⁴⁰ *Id.*, punti 41-42 e 47-48.

¹⁰⁴¹ V., ad esempio, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 17 luglio 2007 *Andria Oy e Kari Karanko c. Finlandia*, ric. 61557/00, CE:ECHR:2007:0717JUD006155700; del 22 luglio 2008 *Hannu Lehtinen c. Finlandia*, ric. 32993/02, CE:ECHR:2008:0722JUD003299302; dec. del 17 maggio 2011 *Suhaldoc c. Slovenia*, ric. 57655/08, CE:ECHR:2011:0517DEC005765508.

Anche il requisito della pubblicità dell'udienza può conoscere eccezioni (come del resto traspare già esplicitamente dal testo dell'articolo 6 CEDU): in particolare, secondo la Corte EDU, l'opportunità di celebrare l'audizione a porte chiuse andrà valutata alla luce di tutte le circostanze del caso concreto. Tuttavia, la semplice esigenza di tutelare la riservatezza di informazioni presenti nel fascicolo processuale non implicherà in via automatica la necessità di chiudere l'udienza al pubblico: sarà sempre necessario operare un bilanciamento con l'opposta esigenza di trasparenza, e la segretezza dovrà essere imposta soltanto nei limiti strettamente necessari alla tutela dell'interesse alla riservatezza¹⁰⁴².

Un ultimo aspetto del diritto ad essere sentiti che assume rilievo, alla luce della trattazione precedente, è il diritto spettante ad ogni imputato, ex articolo 6(3)(d) della CEDU, di esaminare o far esaminare i testimoni a carico. Tale regola racchiude il principio "secondo il quale, prima che un imputato venga condannato, tutte le prove devono essere normalmente formate ed assunte in contraddittorio durante una pubblica udienza"¹⁰⁴³. Tale principio è, in teoria, passibile di eccezioni, non trattandosi di un diritto assoluto, sempre che le stesse non violino i diritti di difesa¹⁰⁴⁴ e sempre che risultino strettamente necessarie. Invero, la possibilità per l'accusato di confrontarsi personalmente e direttamente con un testimone a carico costituisce un elemento chiave dell'equo processo garantito dall'articolo 6 CEDU¹⁰⁴⁵.

2.4. Conclusioni: la compatibilità della giurisprudenza delle Corti UE con l'orientamento della Corte EDU

Alla luce dell'analisi svolta poc'anzi circa l'orientamento fatto proprio dalla Corte EDU in tema di diritto ad essere sentiti (comprendendo in particolare il diritto ad

¹⁰⁴² V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 4 dicembre 2008 *Belashev c. Russia*, ric. 28617/03, CE:ECHR:2008:1204JUD002861703, punto 83; e dell'1 marzo 2011 *Welke and Bialek c. Polonia*, ric. 15924/05, CE:ECHR:2011:0301JUD001592405, punto 77. In proposito, v. anche M. CHIAVARIO, Art. 6, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, p. 200 ss.

¹⁰⁴³ Guida all'articolo 6 – Diritto ad un equo processo (ambito penale) (disponibile online su: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ITA.pdf), punto 302.

¹⁰⁴⁴ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 27 febbraio 2001 *Lucà c. Italia*, ric. 33354/96, CE:ECHR:2001:0227JUD003335496, punto 39.

¹⁰⁴⁵ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 febbraio 2009 *Tarău c. Romania*, ric. 3584/02, CE:ECHR:2009:0224JUD000358402, punto 74.

essere informati degli addebiti e il diritto a un'audizione orale), il livello di tutela fornito dal giudice dell'Unione ai diritti in parola appare, nel complesso, in linea con quello offerto dal primo giudice sulla scorta dell'articolo 6 CEDU¹⁰⁴⁶.

Pare importante rilevare che i diritti di difesa oggetto della presente sezione costituiscono in un certo senso, come visto, il cuore dei diritti di difesa attribuiti alle parti nei procedimenti *antitrust*: tale circostanza traspare, ad esempio, dal fatto che gli stessi sono riconosciuti in modo esteso nella legislazione settoriale, e che tale riconoscimento risale ai primi anni della costruzione “comunitaria”. Non a caso, nell'esposizione circa lo *status* di tali diritti nel procedimento *antitrust* si è fatto spesso riferimento alla disciplina legislativa, che pare assicurare agli stessi una tutela tutto sommato soddisfacente. Peraltro, proprio il significativo (ed esplicito) riconoscimento legislativo del diritto ad essere sentiti nell'ordinamento UE differenzia quest'ultimo dal sistema della CEDU, e potrebbe essere interpretato come un segnale del fatto che la tutela garantita nel primo sia anche più estesa di quella prevista nel secondo¹⁰⁴⁷, in particolare con riguardo alla tutela di soggetti terzi rispetto alle parti (come i denunciati e gli altri terzi interessati e non)¹⁰⁴⁸.

Si deve poi rilevare che il fatto che il legislatore “comunitario” si sia occupato di disciplinare nel dettaglio la tutela offerta al diritto ad essere sentiti segna una differenza importante rispetto ad altri diritti di difesa già esaminati, per i quali manca tuttora qualsiasi riconoscimento in atti legislativi vincolanti (come, ad esempio, il diritto alla non autoincriminazione)¹⁰⁴⁹. La stessa circostanza rivela anche la particolare sensibilità del legislatore “comunitario” alla tutela del diritto delle imprese parti di un procedimento *antitrust* di essere sentite.

Ciò detto, è proprio la peculiare importanza di tale diritto, nel novero dei diritti di difesa già oggetto di analisi, che giustifica, a giudizio di chi scrive, la necessità di non fermarsi a un confronto tra la giurisprudenza della Corte EDU e quella delle corti UE, ma di spingersi oltre. In altri termini, si ritiene che – con riguardo a un diritto che

¹⁰⁴⁶ Conforme E. BEUMER, *The colorful spectrum of fundamental rights in EU competition law procedures: overcompensation or undercompensation of fundamental rights protection? A case study on the right to be heard*, 9th ASCOLA Conference Warsaw 2014 on Procedural Fairness in Competition Proceedings, p. 21.

¹⁰⁴⁷ Così A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., pp. 57-58.

¹⁰⁴⁸ *Id.*, p. 60.

¹⁰⁴⁹ Cfr. **Capitolo III, sub 3.2.4.**

riveste un ruolo così cruciale nel sistema del procedimento *antitrust* a livello “comunitario” – la giurisprudenza del giudice dell’Unione debba e possa accordare una tutela anche maggiore di quella fornita dalla Corte EDU. Del resto, come già ampiamente visto, tale possibilità è ammessa in modo esplicito dal disposto dell’articolo 52(3) della Carta.

Alla luce di quanto sopra, l’esame delle garanzie previste a livello “comunitario” pare invero suscettibile di taluni miglioramenti, in particolare con riguardo alla fase dell’audizione orale.

Un primo aspetto che, a giudizio di chi scrive, meriterebbe un ripensamento è l’assenza di forti e vincolanti garanzie procedurali che assicurino un utile svolgimento dell’audizione orale¹⁰⁵⁰. Mancano del tutto, ad esempio, regole sulle procedure da seguire per sentire i testimoni e gli esperti, nonché per l’assunzione dei pareri di questi ultimi e, più in generale, di prove¹⁰⁵¹.

Del tutto assenti, come visto, sono poi le previsioni che consentano alla Commissione di costringere un soggetto a partecipare, o di sanzionare i partecipanti per eventuali dichiarazioni false: con la conseguenza che l’intera audizione riposa in ultima analisi sulla “buona volontà” dei soggetti chiamati a parteciparvi¹⁰⁵².

Infine, e questo sembra l’aspetto più importante, manca una previsione che consenta alle parti di contro-esaminare i testimoni a carico (nonché di introdurre nuove prove, a meno che il consigliere-auditore non acconsenta ad assumere nuovi documenti). Questa lacuna rischia di essere particolarmente grave laddove, come spesso ormai accade in pratica, vi siano c.d. *leniency applicant*, le cui dichiarazioni non possono essere verificate, con il forte rischio che tali soggetti siano incentivati (al fine di evitare l’imposizione di un’ammenda, o di ottenere comunque uno sconto sostanzioso) a “esagerare” le proprie accuse, sapendo che non rischiano un confronto

¹⁰⁵⁰ Di tale opinione è anche N. ZINGALES, *op. cit.*, p. 147, secondo cui “it is surprising that throughout the two revisions of the Mandate the need has never been felt to expand the scope of these provisions so as to confer participants to the hearing with some of the procedural guarantees that are considered ordinary in a trial-like situation”. La situazione, peraltro, è rimasta invariata anche a seguito dell’ultima revisione del mandato del consigliere-auditore, nel 2011.

¹⁰⁵¹ Cfr., in proposito, A. MACGREGOR, B. GECIC, *Due Process in EU Competition Cases Following the Introduction of the New Best Practices Guidelines on Antitrust Proceedings*, in *JECLAP*, 2012, 3 (5), p. 435, che sottolineano come le procedure amministrative previste in diversi sistemi giuridici di tradizione continentale prevedano regole simili.

¹⁰⁵² Cfr. N. ZINGALES, *op. cit.*, p. 148: “Unfortunately, the Hearing Officer’s inability lies within the very nature of the hearing, which has been conceived as an entirely voluntary process”.

diretto con le parti che accusano¹⁰⁵³. Tale aspetto non pare in linea con le garanzie previste dall'articolo 6(3)(d) della CEDU, e rischia di rendere l'audizione una semplice "presentazione" fatta dalle parti alla Commissione¹⁰⁵⁴.

Le summenzionate mancanze sono da imputare, *in primis* e principalmente, alla genesi dell'audizione orale come momento per consentire alle parti di esercitare il proprio diritto ad essere sentite, e non per assumere informazioni o prove, che si suppone siano già state assunte in precedenza, nella fase propriamente istruttoria.

Tuttavia, si ritiene che tale *ratio* (pur condivisibile) tralasci di considerare che l'audizione ha la potenzialità per essere molto di più di un palcoscenico per le parti, chiamate a esprimersi dinanzi a un pubblico (cioè i funzionari che hanno istruito il caso) tendenzialmente già convinto delle proprie posizioni. Se si vuole raggiungere tale risultato – che peraltro avrebbe certamente ricadute positive sul rispetto dei diritti di difesa delle parti – occorre però rafforzare le regole procedurali previste, e rendere l'audizione più obiettiva. Ciò sarebbe utile anche per combattere la tendenza, diffusa tra le imprese e i loro avvocati, a ritenere l'audizione un momento del procedimento privo di reale utilità pratica, che comporta importanti sforzi e costi in termini di preparazione senza apportare corrispondenti benefici in termini di capacità di incidere sulla decisione finale¹⁰⁵⁵.

Un altro aspetto che non convince è l'assenza di pubblicità dell'audizione. Dal punto di vista della tutela dei diritti delle parti, il fatto di svolgere l'audizione a porte chiuse, al riparo dagli occhi del pubblico, rende tale fase del procedimento meno trasparente, contribuendo all'idea che la stessa sia celebrata a mero beneficio delle parti, e che non possa concretamente incidere sulla posizione delle stesse. L'argomento spesso utilizzato contro tale eventualità, ossia quello di dover tutelare i

¹⁰⁵³ V. J. FLATTERY, *op. cit.*, p. 78; N. ZINGALES, *op. cit.*, p. 148.

¹⁰⁵⁴ Di quest'opinione sono A. MACGREGOR, B. GECIC, *op. cit.*, p. 436.

¹⁰⁵⁵ V., per una visione critica dell'audizione orale, così come attualmente strutturata, v. ad esempio: J. KILLICK, P. BERGHE, *op. cit.*, p. 273; C. S. KERSE, *Procedures in EC Competition Cases: The Oral Hearing*, cit., p. 43; J. FLATTERY, *op. cit.*, p. 54; D. MUHEME, N. NEYRINCK, N. PETIT, *Procedural Rights in EU Antitrust Proceedings*, in C. CAUFFMAN, Q. HAO (a cura di), *Procedural Rights in Competition Law in the EU and China*, Verlag-Berlino-Heidelberg, 2016, p. 129 ss.; D. SLATER, S. THOMAS, D. WAELBROECK, *op. cit.*; I. S. FORRESTER, *Due Process in EC Competition Cases: A Distinguished Institution with Flawed Procedures*, cit. Secondo alcuni A., addirittura, l'audizione potrebbe costituire un'occasione per la Commissione "to aggravate the seriousness of the complaints": v. W. B. J. VAN OVERBEEK, *The right to be heard in EC competition cases*, in *Right of Defence and right of the European Commission in EC Competition Law*, cit., p. 235.

segreti aziendali e le informazioni confidenziali relative alle parti stesse, non sembra decisivo, nella misura in cui non siano le parti stesse (che, per altri aspetti, come visto, sono considerate “regine” della procedura) a farlo valere¹⁰⁵⁶.

Inoltre, pare censurabile il fatto che l’audizione non si svolga al cospetto dei soggetti che saranno poi chiamati ad assumere la decisione finale sull’esistenza o meno di un’infrazione alle norme *antitrust*, ossia i membri della Commissione¹⁰⁵⁷. Da questo punto di vista, la presenza del consigliere-auditore non può fare una differenza significativa, limitandosi a costituire una garanzia dell’imparziale svolgimento dell’audizione stessa.

Potrebbe destare qualche preoccupazione, infine, la disciplina peculiare dettata per l’esercizio del diritto ad essere sentiti nel caso in cui si acceda alla procedura di transazione. Come visto, infatti, tale procedura è caratterizzata da una compressione del diritto delle parti di richiedere un’audizione orale, sull’assunto che la comunicazione degli addebiti (emessa peraltro in forma semplificata) rifletta il contenuto della loro proposta di transazione. Ciò costituisce senza dubbio una restrizione dei diritti di difesa usualmente garantiti nel quadro del procedimento *antitrust*: d’altro canto, va anche riconosciuto che organizzare un’audizione orale in questa ipotesi potrebbe risultare ridondante, nonché una formalità inutile e dispendiosa¹⁰⁵⁸, posto che la rinuncia è sempre subordinata al fatto che la comunicazione degli addebiti rifletta effettivamente quanto proposto dalle parti. Alla luce di quanto sopra, si ritiene che il livello di tutela del diritto delle parti di essere sentite (sia per iscritto, sia oralmente), garantito dal giudice UE nelle procedure di transazione, sia nel complesso soddisfacente¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁶ Nel caso *Microsoft* (COMP/C-3/37.792), la Microsoft aveva richiesto che l’audizione fosse pubblica, ma il consigliere-auditore ha rigettato tale richiesta, facendo valere sia il chiaro dettato delle disposizioni vigenti sul punto, sia la volontà di “garantire che il dibattito si svolga in un clima sereno”, anche a tutela degli altri soggetti partecipanti all’audizione e al procedimento (la cui opinione sul punto, però, non è riportata). v. la relazione finale del consigliere-auditore, in *GUUE* 138 del 5.6.2008.

¹⁰⁵⁷ Così, tra gli altri, J. FLATTERY, *op. cit.*, p. 71.

¹⁰⁵⁸ Così L. ORTIZ BLANCO, *op. cit.*, p. 454. Non convince invece, alla luce dell’importanza che assume il rispetto dei diritti di difesa delle parti nel procedimento *antitrust*, l’ulteriore giustificazione addotta dall’A., ossia il fatto che il diritto delle parti a chiedere un’audizione orale non è comunque sempre esercitato nella prassi.

¹⁰⁵⁹ Cfr., in senso conforme, S.-P. BRANKIN, *The First Cases under the Commission’s Cartel Procedure: Problems Solved?*, in *ECLR*, 2011, p. 167; T. CENTELLA, *The New Settlement Procedure in Selected Cartel Cases*, in *CPN*, 2008(3), p. 33; W. P. J. WILS, *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles*, in C.-D. EHLERMANN, M. MARQUIS (a cura di), *European*

3. Il diritto di accedere al fascicolo istruttorio

3.1. Origini e ratio del diritto (cenni e rinvio)

Come già accennato, l'accesso al fascicolo istruttorio costituisce una componente essenziale della più ampia garanzia dell'*audi et alteram partem*¹⁰⁶⁰. È chiaro infatti che la possibilità per le parti¹⁰⁶¹ di un procedimento *antitrust* di conoscere il contenuto del fascicolo istruttorio a disposizione della Commissione – che costituisce la base degli addebiti che potranno essere loro mossi, e che eventualmente confluiranno nella decisione finale – contribuisce in ultima analisi ad assicurare l'esercizio pieno del diritto delle stesse di essere sentite.

Alla luce di quanto sopra, con riferimento alle origini e alla *ratio* del diritto di accedere al fascicolo istruttorio si deve rimandare a quanto già detto *supra*, *sub 2.1.*, trattandosi di principi e considerazioni largamente comuni e trasversali.

Ad ogni modo, e più in generale, posto che “l'accesso al fascicolo ha lo scopo di consentire ai destinatari di una comunicazione degli addebiti di prendere conoscenza degli elementi di prova contenuti nel fascicolo della Commissione, affinché possano pronunciarsi utilmente, sulla base di tali elementi, sulle conclusioni cui è giunta [la stessa] nella comunicazione degli addebiti”, è evidente lo stretto legame tra tale garanzia procedurale e i diritti di difesa¹⁰⁶².

Ciò premesso, come si avrà modo di vedere oltre, sussiste con riguardo al diritto in questione una forte tensione tra opposti principi: si pone, infatti, la necessità di conciliare l'esigenza di consentire alle parti di prendere conoscenza del materiale contenuto nel fascicolo (posto che l'accesso al fascicolo rappresenta una “componente di vitale importanza dei diritti di difesa di un'impresa”, come riconosciuto anche di

Competition Law Annual 2008, Londra, 2009, p. 27. V. anche, in proposito, A.-L. HINDS, *All settled? Some six years of cartel settlement*, in *ECLR*, 2014, p. 292 ss.

¹⁰⁶⁰ V. *supra*, *sub 2.1.*

¹⁰⁶¹ La situazione è diversa con riguardo ai soggetti che non sono parti di un procedimento *antitrust*, ma che sono comunque a vario titolo interessati all'esito dello stesso, come i denunciatori: sul punto v. meglio oltre, *sub 3.2.4.*

¹⁰⁶² V. la sentenza del Tribunale del 29 giugno 1995 *ICI c. Commissione*, causa T-37/91, EU:T:1995:119, punto 49. V. anche, più di recente, la sentenza del Tribunale del 25 ottobre 2005 *Groupe Danone c. Commissione*, causa T-38/02, EU:T:2005:367, punti 33-34; del 1 luglio 2009 *ThyssenKrupp Stainless c. Commissione*, causa T-24/07, EU:T:2009:236, punto 247.

recente dal Direttore Generale della DG Concorrenza della Commissione¹⁰⁶³), con l'opposta esigenza di assicurare la dovuta tutela dei segreti aziendali e, più in generale, delle informazioni sensibili e confidenziali¹⁰⁶⁴. La tensione tra tali principi informa tutta la disciplina dell'accesso al fascicolo istruttorio¹⁰⁶⁵, e richiede che venga operato un attento bilanciamento da parte della Commissione nonché, in seconda battuta, del giudice "comunitario".

3.2. Il diritto di accedere al fascicolo istruttorio nel procedimento antitrust UE

3.2.1. L'iniziale lacuna normativa e l'evoluzione della prassi e della giurisprudenza "comunitaria"

In un primo momento, la normativa che regolamentava lo svolgimento del procedimento *antitrust* (ossia il Regolamento 17/1962) non conteneva previsioni relative al diritto delle parti di accedere al materiale probatorio nelle mani della Commissione. Come già sottolineato, tale strumento includeva una disposizione volta ad attribuire alle imprese il diritto di essere sentite, ossia "di manifestare il proprio punto di vista relativamente agli addebiti su cui" la Commissione intendesse basarsi nell'adozione di una decisione d'infrazione o di esenzione, o che imponesse ammende o penalità di mora¹⁰⁶⁶. Tuttavia, non era espressamente prevista la facoltà delle stesse imprese – pur chiaramente propedeutica a un corretto e pieno esercizio del diritto di essere sentite – di accedere al fascicolo istruttorio.

Tradizionalmente, la Corte di giustizia riteneva che i diritti di difesa non includessero il diritto accedere all'intero fascicolo della Commissione¹⁰⁶⁷. Tale posizione restrittiva emerge chiaramente dalla pronuncia resa nella causa *VBVB e*

¹⁰⁶³ Cfr. J. LAITENBERGER, *The many dividends of keeping markets open, fair and contestable*, International Competition Law Forum St. Gallen, 27 aprile 2017 (disponibile online su: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2017_07_en.pdf).

¹⁰⁶⁴ K. LENAERTS, *Some Thoughts on Evidence and Procedure in European Community Competition Law*, in *Fordham International Law Journal*, 2006, 30 (5), p. 1478; cfr. anche, sul punto, N. COUTRELIS, V. GIACOBBO, *Pratique de l'accès au dossier en droit communautaire de la concurrence: Entre droits de la défense et confidentialité*, in *Revue Concurrences*, 2006, 2 (835), p. 66 ss.

¹⁰⁶⁵ E. BEUMER, *The Interaction between EU Competition Law Procedures and Fundamental Rights Protection: the Case of the Right to Be Heard*, cit., p. 30.

¹⁰⁶⁶ Articolo 19(1) del Regolamento 17/1962.

¹⁰⁶⁷ V. la sentenza della Corte di giustizia *Consten e Grundig c. Commissione della CEE*, cit., punto 4.

VBBB c. Commissione del 1984¹⁰⁶⁸, in cui una delle ricorrenti aveva lamentato tra l'altro il fatto che la Commissione le avesse negato l'accesso al fascicolo amministrativo. La Corte ha ritenuto decisiva l'assenza di disposizioni che imponessero alla Commissione di consentire un accesso *completo* delle parti al fascicolo amministrativo, affermando che queste ultime dovevano poter visionare soltanto i documenti di cui la Commissione si fosse servita nella decisione finale¹⁰⁶⁹.

Stante l'approccio del giudice "comunitario", e nel tentativo di venire incontro alle numerose critiche sollevate dalla dottrina¹⁰⁷⁰, è stata la Commissione a compiere un primo passo verso il riconoscimento di un diritto di accesso al fascicolo più ampio. Nel 1982, realizzando il proposito (già affermato nell'XI relazione annuale sulla politica della concorrenza¹⁰⁷¹) di andare oltre i principi sanciti dalla Corte di giustizia, la Commissione ha riconosciuto il diritto delle parti di un procedimento *antitrust* di accedere al fascicolo riguardante il loro caso, affermando che "[e]ssa dà ormai alle imprese implicate in una procedura la facoltà di prendere visione dei fascicoli che le riguardano. Le imprese vengono informate del contenuto del fascicolo della Commissione con l'invio, contemporaneamente alla comunicazione degli addebiti o alla lettera di rigetto della denuncia, di un elenco di tutti i documenti che compongono il fascicolo, con l'indicazione dei documenti o di loro parti che sono accessibili alle imprese. Le imprese sono invitate ad esaminare in loco i documenti accessibili. Se un'impresa desidera esaminare soltanto alcuni documenti, la Commissione potrà inviarle una copia degli stessi"¹⁰⁷².

L'unica eccezione a tale diritto, secondo la stessa Commissione, è data da taluni documenti considerati riservati, e pertanto inaccessibili, ossia i documenti contenenti segreti professionali di altre imprese, i documenti interni della Commissione, e le informazioni comunicate alla Commissione alla condizione che ne venga rispettata la riservatezza¹⁰⁷³.

¹⁰⁶⁸ V. la sentenza della Corte di giustizia del 17 gennaio 1984, cause riunite 43 e 63/82, EU:C:1984:9. In termini simili, sia pure indirettamente, già la sentenza della Corte di giustizia *Michelin c. Commissione*, cit., punto 9.

¹⁰⁶⁹ *Id.*, punto 25.

¹⁰⁷⁰ Cfr. C.-D. EHLERMANN, B. J. DRIJBER, *op. cit.*, p. 378.

¹⁰⁷¹ XI relazione annuale sulla politica della concorrenza, p. 30.

¹⁰⁷² XII relazione annuale sulla politica della concorrenza, pp. 40-42.

¹⁰⁷³ *Ibid.*

Tale prassi è stata fatta propria dalle Corti UE soltanto nel 1991. Nella sentenza resa nella causa *Hercules Chemicals c. Commissione*¹⁰⁷⁴, il Tribunale ha espressamente dichiarato che la Commissione “non può discostarsi dalle regole che essa si è in tal modo imposte” e che, di conseguenza, la stessa ha l’obbligo di rendere accessibili alle imprese parti di un procedimento *antitrust* “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”¹⁰⁷⁵.

Vediamo quindi che la distinzione tra documenti accessibili e documenti riservati, pertanto inaccessibili, è stata ripresa *verbatim* dal Tribunale e riconfermata successivamente anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁰⁷⁶.

Nella medesima sentenza, il Tribunale si è anche pronunciato sulle eventuali conseguenze di una violazione del diritto delle parti di accedere al fascicolo istruttorio: quest’ultima può dare luogo all’annullamento della decisione finale della Commissione soltanto se, in mancanza della violazione stessa, il procedimento *antitrust* avrebbe potuto giungere a una conclusione differente¹⁰⁷⁷. In altri termini, spetta all’impresa dimostrare che avrebbe potuto utilmente utilizzare in propria difesa i documenti di cui le sia stato negato l’accesso¹⁰⁷⁸.

La giurisprudenza, peraltro, non si è limitata a riconoscere e “convalidare” la summenzionata prassi della Commissione, ma anzi ha continuato nel tempo a evolvere in modo assai significativo, nel senso di una graduale estensione dell’ambito applicativo del diritto¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁴ V. la sentenza del Tribunale del 17 dicembre 1991, causa T-7/89, EU:T:1991:75.

¹⁰⁷⁵ *Id.*, punti 53 e 54.

¹⁰⁷⁶ V. G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 301.
¹⁰⁷⁷ *Hercules Chemicals c. Commissione*, cit., punto 56, in cui si richiama la sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 1980 *Distillers c. Commissione*, causa 30/78, EU:C:1980:186.

¹⁰⁷⁸ V. D. MUHEME, N. NEYRINCK, N. PETIT, *op. cit.*, p. 137, notano che la sentenza in questione “set a standard for subsequent cases according to which it is not for the Commission alone to appreciate and decide what kind of document is of use for the undertaking’s defence”.

¹⁰⁷⁹ Cfr. T. TRIDIMAS, *op. cit.*, p. 397. V., ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia del 2 ottobre 2003 *ARBED c. Commissione*, causa C-176/99 P, EU:C:2003:524, punto 19; la sentenza del Tribunale del 1 aprile 1993 *BPB Industries e British Gypsum c. Commissione*, causa T-65/89, EU:T:1993:31, punto 21; del 30 settembre 2003 *Atlantic Container Line e a. c. Commissione*, cit., punto 334; del 27 settembre 2012 *Shell Petroleum e a. c. Commissione*, causa T-343/06, EU:T:2012:478, punto 82; del 16 settembre 2013 *Keramag Keramische Werke e a. c. Commissione*, causa T-379/10 punto 262.

La tappa più importante in tale percorso è stata senza dubbio marcata dalle pronunce rese dal Tribunale nel 1995 nella c.d. saga del carbonato di sodio¹⁰⁸⁰. Tra le censure mosse dalle ricorrenti all’operato della Commissione vi era, in particolare, quella per cui quest’ultima aveva violato i loro diritti di difesa, utilizzando documenti che non gli erano stati comunicati e negandogli l’accesso a taluni documenti utili per la loro difesa. La Commissione si era difesa con argomenti “tradizionali”, sostenendo ad esempio come “l’esperienza [dimostri] che, ad un primo esame, la stragrande maggioranza dei documenti non presenta alcun interesse per l’istruzione del caso”¹⁰⁸¹, e che i documenti non comunicati riguardavano il procedimento avviato ex articolo 102 TFUE contro un’altra parte e, comunque, non sarebbero stati utili alla ricorrente¹⁰⁸².

Il Tribunale ha innanzitutto riconosciuto il diritto di accedere al fascicolo istruttorio quale principio generale del diritto dell’Unione, che la Commissione deve rispettare non già in quanto essa stessa si sia previamente vincolata in tal senso (come invece osservato nella citata sentenza *Hercules Chemicals c. Commissione*), ma in quanto il principio in questione costituisce parte integrante dei diritti di difesa che devono essere necessariamente rispettati in tutti i procedimenti (anche amministrativi) suscettibili di condurre all’imposizione di ammende o, comunque, a conseguenze pregiudizievoli per gli interessati¹⁰⁸³.

Il cuore della pronuncia riguarda però il c.d. principio della parità delle armi. Il Tribunale, nello specifico, non ha accettato l’argomento della Commissione secondo cui i suoi agenti avevano personalmente esaminato e riesaminato il complesso dei documenti in loro possesso, e che non erano stati rinvenuti documenti tali da discolpare la ricorrente, il che avrebbe reso inutile la loro divulgazione¹⁰⁸⁴. Al contrario, “non può spettare alla Commissione da sola decidere quali siano i

¹⁰⁸⁰ V. le sentenze del Tribunale del 25 giugno 1995 *Solvay c. Commissione*, causa T-30/91, EU:T:1995:115; del 29 giugno 1995 *ICI c. Commissione*, causa T-36/91, EU:T:1995:118.

¹⁰⁸¹ *Solvay c. Commissione*, cit., punto 45;

¹⁰⁸² Punti 46 e 81.

¹⁰⁸³ *Solvay c. Commissione*, cit., punto 59. Cfr. in dottrina A. ERLANDSSON, *The defendant’s right of access to the Commission’s file in Competition cases*, in *LIEI*, 1998, p. 141; v. anche S. WERNICKE, “*In Defence of the Rights of Defence*”: *Competition law procedure and the changing role of the Hearing officer*, in *Revue Concurrences*, 2009 (3), p. 7, che nota come “[i]t was not until the Soda cases in the early 1990s that access to file became a right of defence ‘in its own right’”.

¹⁰⁸⁴ *Solvay c. Commissione*, cit., punto 81.

documenti utili per la difesa”¹⁰⁸⁵. Tale scenario sarebbe infatti del tutto incompatibile con il rispetto del principio generale della parità delle armi, che richiede “che in una causa di concorrenza l’impresa interessata abbia una conoscenza del fascicolo relativo al procedimento pari a quella di cui dispone la Commissione”¹⁰⁸⁶. Se così non fosse, “i diritti della difesa di cui fruisce la ricorrente nel corso del procedimento amministrativo subirebbero una restrizione troppo grande rispetto ai poteri della Commissione, che cumulerebbe la funzione di autorità che notifica gli addebiti con quella di autorità giudicante, disponendo nel contempo di una conoscenza del fascicolo più approfondita di quella della difesa”¹⁰⁸⁷.

Di conseguenza, si ha una violazione dei diritti di difesa laddove la Commissione, fin dalla comunicazione degli addebiti, escluda dal procedimento documenti di cui dispone e che avrebbero potuto eventualmente essere utili alla difesa della ricorrente¹⁰⁸⁸. Ne deriva che spetta alle imprese, e non alla discrezionalità della Commissione, valutare l’eventuale utilità di un documento ai fini della difesa.

Ciò non toglie, tuttavia, che restino precluse anche alla luce di tale giurisprudenza le c.d. *fishing expeditions*, ovvero le richieste di accesso al fascicolo strumentali e volte a tentare di scoprire se lo stesso contenga informazioni utili (di cui l’impresa non abbia la minima conoscenza)¹⁰⁸⁹; del resto, ciò è in linea con l’ambito applicativo riconosciuto al diritto di essere sentiti¹⁰⁹⁰, del quale – come già messo in luce – la garanzia in oggetto costituisce una componente. Il diritto di accesso al fascicolo istruttorio non può dunque essere interpretato quale volto a imporre alla Commissione l’obbligo di “consegnare indiscriminatamente i documenti aziendali interni di un’impresa ai suoi concorrenti”¹⁰⁹¹.

Con riguardo alla confidenzialità e ai limiti previsti per il diritto delle parti di accedere al fascicolo istruttorio, il Tribunale ha riconfermato la giurisprudenza preesistente (e in particolare la pronuncia nella citata causa *Hercules Chemicals c.*

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*

¹⁰⁸⁶ Punto 83.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸⁸ Punto 84.

¹⁰⁸⁹ A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., p. 68.

¹⁰⁹⁰ J. JOSHUA, *Balancing the public interest: confidentiality, trade secret and disclosure of evidence in EC Competition procedures*, in *ECLR*, 1994 (15), p. 71.

¹⁰⁹¹ *Ibid.*

Commissione), ricordando che tali limiti riguardano i segreti aziendali, i documenti interni della Commissione e altre informazioni riservate¹⁰⁹².

Le pronunce in questione sono state in generale salutate positivamente dalla dottrina, che perlopiù ne ha lodato il ragionamento equilibrato e il tentativo di lasciare ampio spazio all'analisi delle circostanze del caso concreto, accrescendo la flessibilità dell'applicazione pratica del diritto¹⁰⁹³.

Invero, l'importanza delle statuizioni del Tribunale non deve essere sottostimata: prima della c.d. saga del carbonato di sodio, nella misura in cui il fascicolo istruttorio conteneva documenti a favore di una parte, quest'ultima finiva per dipendere interamente dalla buona fede e dalla buona volontà della Commissione: laddove la parte fosse stata consapevole dell'esistenza di tali documenti, l'autorità procedente poteva comunque rifiutarvi l'accesso evitando di fondare su di essi la propria decisione; se invece la parte non ne era consapevole, la Commissione poteva decidere di non fornirle informazioni in proposito¹⁰⁹⁴. A partire da tali sentenze, le Corti UE hanno invece assicurato la tutela del principio della parità delle armi nell'ambito dell'accesso al fascicolo del procedimento *antitrust*.

Significativa, in proposito, è anche la pronuncia resa dalla Corte di giustizia alcuni anni dopo nella citata causa *Aalborg Portland e a. c. Commissione*. Qui il giudice "comunitario", dopo aver riassunto e ribadito la giurisprudenza precedente – ricordando che il diritto di accesso al fascicolo implica che la Commissione debba dare all'impresa interessata la possibilità di procedere ad un esame di tutti i documenti presenti nel fascicolo istruttorio che potrebbero essere rilevanti per la sua difesa, e che questi ultimi comprendono tanto i documenti a carico quanto quelli a discarico (fatti salvi i segreti aziendali di altre imprese, i documenti interni della Commissione e le

¹⁰⁹² Sul punto v. meglio *infra*, sub 3.2.3.

¹⁰⁹³ Cfr. ad esempio A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., p. 68; C.-D. EHLERMANN, B. J. DRÜBER, *op. cit.*, p. 381: questi ultimi A. mettono anche in luce alcuni punti critici del ragionamento del Tribunale, sottolineando in particolare che l'approccio del giudice "comunitario" rischia da un lato di premiare il comportamento negligente di imprese che non richiedano l'accesso al fascicolo al momento opportuno (come Solvay nel caso di specie), e dall'altro non tiene conto del fatto che spesso le parti non necessitano di consultare per la loro difesa *tutti* i documenti in possesso della Commissione. Invero, secondo gli A. di regola le imprese sono ben più informate della Commissione sul funzionamento del settore, del mercato e delle loro stesse condotte; di conseguenza, "[i]n a context so different from the traditional criminal law procedures, the argument derived from the principle of equality of arms should [...] be taken with a pinch of salt".

¹⁰⁹⁴ K. LENAERTS, J. VANHAMME, *op. cit.*, p. 546.

altre informazioni riservate)¹⁰⁹⁵ – è tornato sulla questione delle conseguenze di una eventuale violazione del diritto, già affrontata nella c.d. saga del carbonato di sodio.

La Corte ha operato una distinzione, in proposito, tra i documenti a carico e i documenti a scarico. Con riguardo ai primi, la mancata comunicazione di un documento costituisce una violazione dei diritti di difesa “solo se l’impresa interessata dimostra, da un lato, che la Commissione si è basata su tale documento per suffragare il suo addebito relativo all’esistenza di un’infrazione [...] e, dall’altro, che tale addebito può essere provato solo facendo riferimento al detto documento”¹⁰⁹⁶. Inoltre, l’impresa in questione deve anche riuscire a dimostrare che “il risultato al quale è pervenuta la Commissione nella sua decisione sarebbe stato diverso se dai mezzi di prova a carico avesse dovuto essere eliminato un documento non comunicato sul quale la Commissione si è basata per incriminare tale impresa”¹⁰⁹⁷.

Con riguardo invece ai documenti a scarico, è sufficiente – come già sancito nel precedente *Hercules Chemicals c. Commissione*, citato¹⁰⁹⁸ – che l’impresa interessata dimostri che essa avrebbe potuto utilizzare detti documenti per la propria difesa, “nel senso che, se essa avesse potuto avvalersene durante il procedimento amministrativo, avrebbe potuto far valere elementi che non concordavano con le deduzioni operate in quello stadio dalla Commissione e avrebbe potuto quindi influenzare, in una qualsiasi maniera, le valutazioni svolte da quest’ultima nell’eventuale decisione, almeno per quanto riguarda la gravità e la durata del comportamento contestato e, di conseguenza, l’entità dell’ammenda”¹⁰⁹⁹.

Sempre con riguardo alle conseguenze di una violazione del diritto, la Corte ha aggiunto talune considerazioni utili nella successiva pronuncia *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione* del 2002¹¹⁰⁰: in particolare, un’eventuale violazione non è sanata dal semplice fatto che l’accesso sia stato reso possibile nel corso del procedimento giurisdizionale relativo ad un eventuale ricorso diretto all’annullamento della decisione contestata¹¹⁰¹. È infatti ovvio, come già riconosciuto

¹⁰⁹⁵ *Aalborg Portland e a. c. Commissione*, cit., punto 68.

¹⁰⁹⁶ *Id.*, punto 71.

¹⁰⁹⁷ Punto 73.

¹⁰⁹⁸ V. punto 81.

¹⁰⁹⁹ *Aalborg Portland e a. c. Commissione*, cit., punti 74-75.

¹¹⁰⁰ V. la sentenza della Corte di giustizia del 15 ottobre 2002 *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione*, causa C-238/99 P, EU:C:2002:582.

¹¹⁰¹ *Id.*, punto 318.

in precedenza, che “la conoscenza tardiva di taluni documenti del fascicolo non restituisce l’impresa che ha proposto un ricorso nei confronti di una decisione della Commissione nella situazione che sarebbe stata la sua se essa avesse potuto basarsi sugli stessi documenti per presentare le sue osservazioni scritte ed orali dinanzi a tale istituzione”¹¹⁰². Alla luce della giurisprudenza esaminata, sembra che, nella pratica, la questione se una violazione del diritto di accesso al fascicolo della Commissione possa determinare l’annullamento della decisione finale dipenda dalla misura in cui il mancato accesso al materiale probatorio rilevante abbia inciso sulla possibilità delle imprese di difendersi nel procedimento, in base alle circostanze del caso concreto¹¹⁰³.

3.2.2. (segue) *L’attuale status del diritto di accedere al fascicolo istruttorio*

In parallelo con l’evoluzione della giurisprudenza delle Corti UE, anche il legislatore “comunitario” nel tempo ha preso a interessarsi del diritto di accesso al fascicolo istruttorio nell’ambito del procedimento *antitrust*. È quindi primariamente alla normativa che conviene ormai fare riferimento, sempre tenendo presente che questa costituisce di regola la traduzione e la consacrazione legislativa dei risultati a cui era già giunta la giurisprudenza.

Giurisprudenza che, peraltro, anche di recente ha avuto modo di tornare sulla questione del diritto delle imprese di accedere al fascicolo istruttorio della Commissione nell’ambito del procedimento *antitrust*, confermando i principi già illustrati¹¹⁰⁴. In tal senso, vale richiamare in particolare le sentenze del Tribunale del 2016 nei casi *Infineon Technologies c. Commissione*¹¹⁰⁵ e *Philips e Philips France c. Commissione*¹¹⁰⁶, in cui il giudice dell’Unione ha ribadito la giurisprudenza

¹¹⁰² *Aalborg Portland e a. c. Commissione*, cit., punto 103.

¹¹⁰³ N. KAHN, *op. cit.*, p. 225; A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., p. 80.

¹¹⁰⁴ Cfr. sul punto I. VANDENBORRE, T. GOETZ, A. KAFETZOPOULOS, *Access to File and Confidentiality of Information under European Competition Law*, in *JECLAP*, 2017, 8 (9), p. 613 ss.

¹¹⁰⁵ Sentenza del Tribunale del 15 dicembre 2016, causa T-758/14, EU:T:2016:737, punto 57 (in parte annullata, ma con riguardo ad altri motivi di impugnazione, dalla sentenza della Corte di giustizia del 26 settembre 2018, causa C-99/17 P, *Infineon Technologies c. Commissione*, EU:C:2018:773).

¹¹⁰⁶ Sentenza del Tribunale del 15 dicembre 2016, causa T-762/14, EU:T:2016:738, punto 273 (confermata dalla sentenza della Corte di giustizia del 26 settembre 2018 *Philips e Philips France c. Commissione*, causa C-98/17 P, EU:C:2018:774).

precedente avente ad oggetto l'accesso ai documenti rispettivamente a carico e a scarico.

Oggi, il diritto di accesso al fascicolo istruttorio fa innanzitutto parte del diritto primario dell'Unione grazie all'articolo 41(2)(b) della Carta di Nizza, che include (quale componente del diritto a una buona amministrazione) "il diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale". Tale riconoscimento riflette l'evoluzione dello *status* del diritto in parola nell'ordinamento "comunitario", che giustifica l'esistenza di una disposizione specificamente dedicata al procedimento amministrativo (e, quindi, al procedimento *antitrust*), differenziando detta ipotesi dal più generale diritto sancito dall'articolo 42 della Carta¹¹⁰⁷.

A livello di diritto derivato, la garanzia procedurale in questione è tutelata espressamente nel Regolamento 1/2003, che prevede che, nel corso del procedimento, le "parti interessate [...] hanno diritto d'accesso al fascicolo della Commissione, fermo restando il legittimo interesse delle imprese alla tutela dei propri segreti aziendali"¹¹⁰⁸. Il Regolamento 773/2004 dedica poi al diritto l'intero capo VI, che contiene tra l'altro disposizioni peculiari in tema di accesso agli atti nelle procedure di transazione e di *leniency*¹¹⁰⁹, oltre che in merito al trattamento delle informazioni riservate e confidenziali¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁷ Tale disposizione (rubricata "Diritto d'accesso ai documenti") prevede che "[o]gni cittadino dell'Unione nonché ogni persona fisica o giuridica che risiede o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto".

¹¹⁰⁸ Articolo 27(2).

¹¹⁰⁹ Articolo 15(1 *bis*) e (1 *ter*). Con particolare riguardo alla transazione, è previsto – in linea con quanto visto *supra* per l'audizione orale – che il diritto di accedere al fascicolo sia fortemente ristretto: in particolare, "quando presentano le loro proposte di transazione, le parti confermano alla Commissione che chiederanno l'accesso al fascicolo [...] unicamente dopo aver ricevuto la comunicazione degli addebiti qualora detta comunicazione non rispecchi il contenuto delle loro proposte di transazione". Prima di questo momento, è previsto un limitato accesso a talune informazioni, ritenute rilevanti dalla Commissione, al fine di consentire alle parti di decidere se ritengono conveniente attivare la procedura di transazione: v. la Comunicazione sulla transazione, punti 15-16.

Non sono invece previste regole con riguardo all'accesso agli atti nelle procedure in materia di impegni ex articolo 9 del Regolamento 1/2003: in proposito, è comunque riconosciuto che, su richiesta, la Commissione sia tenuta a garantire detto accesso, anche se di regola le parti rinunciano a esercitare il diritto in questione laddove la Commissione si mostri disponibile ad accettare gli impegni proposti. Cfr., sul punto, la sentenza del Tribunale dell'11 luglio 2007 *Alrosa c. Commissione*, causa T-170/06, EU:T:2007:220, punto 197 (annullata dalla Corte per altri motivi). In dottrina, v. L. ORTIZ BLANCO, *op. cit.*, p. 588; I. KAWKA, *Rights of an Undertaking in Proceedings Regarding Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No. 1/2003*, in YARS, 2012, 5(6), p. 169 ss.

¹¹¹⁰ Articolo 15(2) e (3) e articolo 16, su cui v. *infra*, sub 3.2.3.

Particolarmente importanti sono anche gli strumenti di *soft law*, e in particolare l'apposita comunicazione adottata dalla Commissione nel 1997 e modificata in modo sostanziale nel 2005¹¹¹¹. Quest'ultima, nelle parole della stessa Commissione, "costituisce il quadro generale per l'esercizio del diritto"¹¹¹². Assume poi rilievo anche la già citata Comunicazione sulle migliori pratiche in materia di procedimenti¹¹¹³, che contiene diverse disposizioni di dettaglio sugli aspetti pratici dell'accesso al fascicolo. In proposito, si deve rilevare che l'attività svolta negli anni dalla Commissione per semplificare e rendere più comprensibili le regole che presiedono allo svolgimento di tale delicata fase procedimentale, ma anche per distinguere la normativa in parola dalle garanzie previste più in generale per l'accesso del pubblico ai documenti delle istituzioni "comunitarie"¹¹¹⁴, è stata certamente assai significativa¹¹¹⁵.

Venendo al merito delle previsioni, la Comunicazione sull'accesso al fascicolo opera in primo luogo una distinzione netta tra l'accesso al fascicolo istruttorio che spetta alle parti del procedimento *antitrust*, e che trova la sua *ratio* nel rispetto dei diritti di difesa delle parti, e il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni "comunitarie", che si fonda invece sul principio di trasparenza (ed è disciplinato nel Regolamento 1049/2001)¹¹¹⁶. Coerentemente con tale premessa, l'accesso vero e proprio spetta soltanto "alle persone, imprese o associazioni di imprese alle quali la Commissione ha inviato una comunicazione di addebiti alle parti"¹¹¹⁷, nonostante

¹¹¹¹ V. la 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 *GUUE* 325 del 22.11.2005, pp. 7-15, come modificata dalla Comunicazione della Commissione in *GUUE* 256 del 5.8.2015, pp. 3-4 (nel prosieguo, la "Comunicazione sull'accesso al fascicolo").

¹¹¹² Comunicazione sull'accesso al fascicolo, punto 1.

¹¹¹³ Cfr. in particolare il punto 92 ss.

¹¹¹⁴ Il riferimento è al Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, in *GUUE* 145 del 31.5.2001, pp. 43-48 (nel prosieguo, il "Regolamento 1049/2001").

¹¹¹⁵ Così G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 302.

¹¹¹⁶ Comunicazione sull'accesso al fascicolo, punto 2. V. sul punto G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 305, che sottolinea che le regole sull'accesso al fascicolo nel procedimento *antitrust* costituiscono "*lex specialis*" rispetto a quelle generali di cui al Regolamento 1049/2001.

¹¹¹⁷ Comunicazione sull'accesso al fascicolo, punto 3.

siano previsti limitati diritti di visionare i documenti della Commissione anche in capo ai denunciati e ad altri terzi interessati (cfr. *infra*, sub 3.2.4.).

Con riguardo all'ambito *ratione materiae* del diritto, è la stessa Comunicazione sull'accesso al fascicolo a definire cosa si intenda per il "fascicolo istruttorio" al quale le parti hanno il diritto di accedere¹¹¹⁸. Quest'ultimo "si compone di tutti i documenti ottenuti, elaborati e/o riuniti dalla direzione generale Concorrenza della Commissione, nel corso dell'istruttoria"¹¹¹⁹. Le parti hanno il diritto – come già visto sopra – di accedere a tutti i documenti che fanno parte del fascicolo così definito, eccezion fatta per i documenti interni, i segreti aziendali di altre imprese e le altre informazioni riservate¹¹²⁰. La nozione di fascicolo fatta propria dalla Commissione esclude dunque tutti i documenti esterni al fascicolo stesso¹¹²¹.

L'accesso al fascicolo è accordato alle parti a richiesta e, di regola, in un'unica occasione, dopo che la Commissione ha notificato alle parti la comunicazione degli addebiti, allo scopo di assicurare il rispetto del principio della parità delle armi e dei diritti di difesa delle parti stesse¹¹²². Per facilitare l'accesso, le parti ricevono, unitamente alla comunicazione degli addebiti, un elenco dei documenti che compongono il fascicolo istruttorio¹¹²³. In dottrina sono state sollevate critiche circa le tempistiche dell'accesso, che mettono in luce come passino spesso diversi anni tra lo svolgimento dell'attività istruttoria da parte della Commissione e l'invio alle parti della comunicazione delle risultanze istruttorie. Tale circostanza può rendere difficile per le imprese verificare o confutare talune affermazioni fattuali¹¹²⁴. Per quanto tale

¹¹¹⁸ In questo l'attuale Comunicazione sull'accesso al fascicolo si differenzia dalla precedente versione, come notato da G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 306.

¹¹¹⁹ Punto 8. A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., p. 66, nota che tale nozione di fascicolo istruttorio riflette in una certa misura quella fatta propria dal Tribunale nella sentenza *Solvay c. Commissione*, cit., punto 81.

¹¹²⁰ Punto 10, su cui v. oltre, sub 3.2.3.

¹¹²¹ V. G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 307: tale A. rileva criticamente che la nozione elaborata dalla Commissione è particolarmente restrittiva, proprio perché non comprende i documenti esterni al fascicolo, per i quali sarà necessaria un'apposita istanza di parte. D'altro canto, lo stesso A. riconosce che "imporre alla DG concorrenza di ricercare ed includere nel fascicolo tutti i documenti che potrebbero in qualche misura interessare lo specifico caso trattato pare eccessivo e poco in linea con il principio di buona amministrazione" (p. 308).

¹¹²² Punto 27, che specifica comunque che – laddove nell'ulteriore corso del procedimento emergano documenti idonei a costituire nuove prove (sia a favore sia contro le parti) – queste ultime hanno il diritto di accedervi. V. anche l'articolo 15(1) del Regolamento 773/2004.

¹¹²³ Punto 45.

¹¹²⁴ A. ERLANDSSON, *op. cit.*, p. 161.

rischio sia innegabile, si ritiene che un'anticipazione dell'accesso al fascicolo ad un momento precedente la cristallizzazione delle accuse mosse alle imprese nella comunicazione degli addebiti possa comportare un'interferenza eccessiva nelle indagini della Commissione, rischiando di impedire a quest'ultima di svolgere in modo efficace eventuali ulteriori attività istruttorie.

La Comunicazione sull'accesso al fascicolo contiene infine diverse disposizioni di tipo procedurale, completate dalla disciplina dettata dalla Comunicazione sulle migliori pratiche in tema di procedimento¹¹²⁵. Oltre alle numerose previsioni che riguardano il trattamento confidenziale delle informazioni sensibili, vi sono norme più di dettaglio che toccano, ad esempio, il tema delle modalità concrete secondo cui ha luogo l'accesso¹¹²⁶.

3.2.3. (segue) I limiti all'accesso al fascicolo: la tutela dei segreti aziendali e delle informazioni confidenziali

Come rilevato sopra, il diritto delle parti di accedere al fascicolo istruttorio della Commissione è necessario al fine di consentire alle stesse “di pronunciarsi utilmente sulle conclusioni alle quali è giunta la Commissione, nella sua comunicazione degli addebiti”¹¹²⁷, costituendo una fondamentale garanzia procedimentale a tutela dei diritti di difesa. Tale diritto deve essere tuttavia conciliato con due opposte esigenze: da un lato, quella di assicurare l'efficienza e la speditezza del procedimento *antitrust* condotto dalla Commissione, il che implica la necessità di escludere dallo stesso il materiale probatorio che non ha rilevanza (di fatto o di diritto) per l'indagine; dall'altro, come conseguenza dell'obbligo generale di tutela del segreto professionale imposto ai funzionari dall'articolo 339 TFUE¹¹²⁸, la Commissione è tenuta a tutelare l'interesse legittimo alla confidenzialità e alla tutela dei segreti aziendali degli altri

¹¹²⁵ V., in quest'ultima, i punti 95-98.

¹¹²⁶ V., ad esempio, il punto 44.

¹¹²⁷ V., *inter alia*, la sentenza del Tribunale del 1 aprile 1993 *BPB Industries e British Gypsum c. Commissione*, causa T-65/89, EU:T:1993:31, punto 30.

¹¹²⁸ Tale disposizione prevede quanto segue: “I membri delle istituzioni dell'Unione, i membri dei comitati e parimenti i funzionari e agenti dell'Unione sono tenuti, anche dopo la cessazione dalle loro funzioni, a non divulgare le informazioni che per loro natura siano protette dal segreto professionale e in particolare quelle relative alle imprese e riguardanti i loro rapporti commerciali ovvero gli elementi dei loro costi”.

soggetti coinvolti¹¹²⁹. Il tentativo di operare un bilanciamento equilibrato tra questi due interessi costituisce in un certo senso il *fil rouge* dell'intera disciplina sull'accesso al fascicolo, a dimostrazione della delicatezza della questione.

Si è già messo in luce che la prima enunciazione delle tre categorie di documenti che – pur essendo inclusi nel fascicolo istruttorio – fanno eccezione al diritto di accesso delle parti del procedimento si deve alla Commissione, e che tale enunciazione è stata poco dopo ripresa dalle Corti UE nella citata giurisprudenza *Hercules Chemicals c. Commissione*¹¹³⁰. La Comunicazione sull'accesso al fascicolo ha, infine, tradotto normativamente il principio, prevedendo che “alle parti sarà accordato l'accesso a tutti i documenti che compongono il fascicolo istruttorio della Commissione, [...] eccettuati i documenti interni, i segreti aziendali di altre imprese e le altre informazioni riservate”¹¹³¹. La stessa ha inoltre fornito una definizione normativa di tali categorie di documenti, in parte riprendendo la giurisprudenza sul punto, in parte apportando utili chiarimenti a una materia fino a quel momento (e, purtroppo, tuttora, per quanto in misura minore) non del tutto cristallina.

La prima categoria di documenti inaccessibili è quella dei documenti interni facenti parte del fascicolo istruttorio, quali ad esempio progetti, pareri, *memorandum* o note dei servizi della Commissione o di altre pubbliche autorità interessate¹¹³². La *ratio* dell'esclusione è che tali documenti non avrebbero valore probatorio, non essendo

¹¹²⁹ S. WERNICKE, *op. cit.*, p. 7.

¹¹³⁰ V. *supra*, sub 3.2.1.

¹¹³¹ Punto 10. V. anche l'articolo 15(2) del Regolamento 773/2004.

¹¹³² V. punto 12, nota 1.

“né incriminatori né assolutori”¹¹³³; di conseguenza, un eventuale accesso non presenterebbe alcuna utilità per le parti e non ne pregiudicherebbe i diritti di difesa¹¹³⁴.

La restrizione in questione era stata peraltro già sancita in precedenza da una costante giurisprudenza delle Corti UE¹¹³⁵, secondo cui la stessa era giustificata “dalla necessità di garantire il buon funzionamento dell’istituzione interessata nel settore della repressione delle violazioni alle regole di concorrenza del Trattato”¹¹³⁶.

I verbali dei colloqui tra i funzionari della Commissione e persone o imprese (condotti ad esempio ai sensi dell’articolo 19 del Regolamento 1/2003, su cui v. quanto detto nel **Capitolo III, sub 2.1.**) non rientrano in linea di principio tra i

¹¹³³ Punto 12 della Comunicazione sull’accesso al fascicolo. V., per una critica a tale assunto, A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., p. 75: l’A. mette in luce che la posizione della Commissione è troppo netta, non contemplando la possibilità di un’analisi concreta e caso per caso (prevista invece per i segreti aziendali). Tale approccio contrasterebbe peraltro con la giurisprudenza del Tribunale: nell’ordinanza del 19 giugno 1996 *NMH Stahlwerke e a. c. Commissione*, cause riunite T-134/94, T-136/94, T-137/94, T-138/94, T-141/94, T-145/94, T-147/94, T-148/94, T-151/94, T-156/94 and T-157/94, EU:T:1996:85, relativa a un caso di rifiuto di concedere l’accesso a taluni documenti nel corso di un procedimento giudiziale, il Tribunale ha affermato che – per quanto non possa escludersi che la divulgazione di documenti interni delle istituzioni possa pregiudicare il buon funzionamento delle stesse – tale eventualità deve essere esaminata alla luce della necessità di contemperare due opposte esigenze, ossia “il principio dell’efficienza dell’azione amministrativa, da un lato, e quello del controllo giurisdizionale degli atti dell’amministrazione nel rispetto dei diritti della difesa e del principio del contraddittorio nel procedimento, dall’altro” (punti 73-74). Secondo l’A. succitata, nonostante la pronuncia in oggetto fosse relativa al caso dell’accesso agli atti nei procedimenti dinanzi alle Corti UE, le osservazioni del giudice “comunitario” sarebbero ugualmente applicabili anche nell’ambito dei procedimenti *antitrust* dinanzi alla Commissione, rendendo di conseguenza la posizione di quest’ultima sui documenti interni non del tutto difendibile. Cfr. in tal senso anche M. LEVITT, *Access to the file: the Commission’s administrative procedures in cases under Articles 85 and 86*, in *CMLR*, 1997 (34), p. 1432.

¹¹³⁴ *Ibid.* Sul punto v. le osservazioni di M. LEVITT, *Commission Notice on internal rules of procedure for access to the file*, in *ECLR*, 1997 (18), p. 190, secondo cui l’esclusione di questi documenti è anche funzionale a garantire la segretezza delle deliberazioni della Commissione e uno “*space of free thinking*” per i suoi agenti. Cfr. anche G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 311, secondo cui “[i]l presupposto su cui si fonda l’istituzione per escludere l’accesso a questo tipo di documenti non convince: il contenuto, la portata e i destinatari della decisione finale dipendono in larga misura dallo scambio di informazioni e di opinioni tra le direzioni, i servizi e gli uffici che si occupano, ancorché per motivi diversi attinenti alle loro specifiche competenze, dei vari aspetti connessi alla pratica in esame”. Tale A. mette anche in luce che, comunque, il principio fondamentale dell’*audi et alteram partem* non dovrebbe soccombere dinanzi a una regola di funzionamento interno di un’istituzione, quale quella relativa al segreto delle deliberazioni (p. 312).

¹¹³⁵ V., ad esempio, la sentenza del Tribunale *BPB Industries e British Gypsum c. Commissione*, cit., punto 33; e del 13 dicembre 2001 *Krupp Thyssen Stainless c. Commissione*, cause riunite T-45 e 47/98, EU:T:2001:288, punti 46 e 47.

¹¹³⁶ V. la sentenza del Tribunale del 30 settembre 2003 *Atlantic Container Line e a. c. Commissione*, cit., punto 394.

documenti interni, a condizione che il soggetto in questione abbia approvato il verbale stesso¹¹³⁷.

Un'ipotesi particolare di documenti interni è costituita dalla corrispondenza tra la Commissione e altre pubbliche autorità (inclusi i documenti interni trasmessi da queste ultime): tra queste rientrano, ad esempio, le autorità garanti della concorrenza di Stati membri o paesi terzi¹¹³⁸.

La seconda categoria di documenti riservati è quella dei segreti aziendali. Con riguardo a questi ultimi, la Comunicazione sull'accesso al fascicolo si limita a specificare che si tratta di quelle informazioni riguardanti le attività commerciali di un'impresa che, se rese pubbliche, le possono causare un grave danno; esempi di tali informazioni includono "le informazioni di ordine tecnico e/o finanziario riguardanti il know-how, i metodi di valutazione dei costi, i segreti ed i processi di produzione, le fonti di approvvigionamento, le cifre relative alla produzione e alle vendite, le quote di mercato, gli elenchi dei clienti e dei distributori, i piani di commercializzazione, la struttura dei costi e dei prezzi e la strategia di vendita"¹¹³⁹.

Neppure l'articolo 339 TFUE, già citato, fornisce una definizione puntuale di quali siano le "informazioni che per loro natura siano protette dal segreto professionale", in linea con l'orientamento della giurisprudenza e la stessa prassi della Commissione, che sembrano suggerire un approccio "sostanziale" alla questione, aperto all'analisi delle circostanze del caso concreto¹¹⁴⁰.

Invero, l'omissione del legislatore "comunitario" appare intenzionale, considerando che l'espressione "segreti aziendali" non indica una categoria

¹¹³⁷ Punto 13 della Comunicazione sull'accesso al fascicolo.

¹¹³⁸ Punto 15. V. però il punto 16, che prevede che "[i]n determinate circostanze eccezionali, si accorda l'accesso a documenti provenienti da Stati membri, dall'Autorità di Sorveglianza dell'EFTA e da Stati dell'EFTA, previa espunzione dei segreti aziendali e di altre informazioni riservate", laddove tali documenti contengano elementi a carico delle parti o comunque elementi probatori utili. Cfr. anche l'articolo 27(2) del Regolamento 1/2003.

¹¹³⁹ Punto 18. Cfr., in giurisprudenza, la sentenza del Tribunale *Hercules Chemicals c. Commissione*, cit., punto 217; del 21 febbraio 1995 *SPO e a. c. Commissione*, causa T-29/92, EU:T:1995:34, punto 121; del 18 settembre 1996 *Postbank NV c. Commissione*, causa T-353/94, EU:T:1996:119, punto 87.

¹¹⁴⁰ V., ad esempio, il punto 17 della Comunicazione sull'accesso al fascicolo. In giurisprudenza, v. la sentenza del Tribunale del 30 maggio 2006 *Bank Austria Creditanstalt c. Commissione*, T-198/03, EU:T:2006:136, punto 71. Cfr. in tal senso A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., p. 71.

omogenea di informazioni e che, dunque, qualsiasi definizione positiva rischierebbe di essere insoddisfacente¹¹⁴¹.

Infine, la terza e ultima categoria di documenti che fanno eccezione al generale principio dell'accesso al fascicolo è quella delle "altre informazioni riservate". Quest'ultima costituisce una categoria residuale¹¹⁴², idonea a ricomprendere tutte quelle informazioni diverse dai segreti aziendali, che si possono considerare riservate in quanto, se rese pubbliche, danneggerebbero "gravemente" una persona o un'impresa¹¹⁴³. Rientrano in tale gruppo, secondo la stessa Comunicazione sull'accesso al fascicolo, le informazioni idonee a consentire alle parti di identificare i denunciati o altri terzi che abbiano invece motivi per voler rimanere anonimi¹¹⁴⁴.

Da quanto esposto risulta con evidenza che le tre summenzionate categorie di documenti costituiscono un'importante eccezione al diritto delle parti di accedere al fascicolo istruttorio e, di conseguenza, al principio della parità delle armi¹¹⁴⁵. Considerando l'indeterminatezza che tuttora circonda le nozioni di "segreti aziendali" e di "altre informazioni riservate"¹¹⁴⁶, ciò pone le imprese in una situazione di grande incertezza giuridica. Inoltre, è stato rilevato in dottrina che – non esistendo consenso a livello "comunitario" sulla definizione da dare a tali espressioni – la Commissione finisce per poter esercitare un'eccessiva discrezionalità sul punto¹¹⁴⁷.

Ad ogni modo, la consapevolezza circa l'estrema delicatezza della questione (stanti i diversi – e tutti rilevanti – interessi coinvolti) emerge con chiarezza dalle disposizioni, sia di diritto derivato che di *soft law*, che riguardano la procedura da seguire nelle ipotesi in cui il fascicolo possa contenere informazioni riservate.

Spetta, innanzitutto, alle parti avanzare la richiesta di classificare una determinata informazione come riservata: invero, nei procedimenti *antitrust* incombe l'obbligo di segnalare con chiarezza eventuali richieste (motivate) di riservatezza (allegando una

¹¹⁴¹ J. JOSHUA, *op. cit.*, p. 72; C.-D. EHLERMANN, B. J. DRIJBER, *op. cit.*, p. 382; T. K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights in Competition and Anti-dumping/Anti-subsidies Proceedings*, cit., p. 196.

¹¹⁴² G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 316.

¹¹⁴³ Punto 19 della Comunicazione sull'accesso al fascicolo.

¹¹⁴⁴ *Ibid.*

¹¹⁴⁵ M. LEVITT, *op. cit.*, p. 190.

¹¹⁴⁶ V., ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia del 24 giugno 1986 *AKZO Chemie c. Commissione*, causa 53/85, EU:C:1986:256.

¹¹⁴⁷ A. ERLANDSSON, *op. cit.*, p. 150 ss.

versione non confidenziale del documento in questione¹¹⁴⁸) non solo sulle parti, quando inviano le proprie osservazioni scritte sulla comunicazione degli addebiti e sui denunciati, ma anche su “ogni altra persona fisica o giuridica che chiede di essere ascoltata e attesta un interesse sufficiente, oppure che è sollecitata dalla Commissione a esprimere la sua opinione, e la esprime per iscritto o in un’audizione”¹¹⁴⁹. L’eventuale accettazione provvisoria di una richiesta di riservatezza non impedisce alla Commissione di revocarla (in tutto o in parte) in una fase successiva; in ogni caso, in tale ipotesi o laddove la richiesta sia stata sin dall’inizio ritenuta irricevibile, la DG Concorrenza è tenuta ad accordare alla persona o impresa in questione la possibilità di esprimere la propria opinione. Eventuali conflitti sono risolti con il coinvolgimento del consigliere-auditore¹¹⁵⁰.

Pertanto, anche laddove un’informazione sia stata qualificata come riservata, la stessa può essere resa pubblica se dotata di carattere incriminatorio o assolutorio: infatti, “[i]n tal caso, l’esigenza di salvaguardare i diritti di difesa delle parti offrendo il più ampio accesso possibile al fascicolo istruttorio della Commissione può prevalere sull’intento di tutelare le informazioni riservate fornite da altre parti”¹¹⁵¹. La relativa valutazione spetterà alla Commissione, che dovrà tenere conto, tra l’altro, del valore probatorio dell’informazione nonché della sua importanza per determinare l’eventuale esistenza di un’infrazione, del grado di sensitività della stessa e della possibile gravità (quantomeno *prima facie*) della presunta infrazione¹¹⁵². Nel caso in cui risulti comunque necessario rendere pubblica l’informazione riservata, l’impresa interessata ha la possibilità di presentare una versione non riservata dei documenti in cui figura l’informazione in questione¹¹⁵³.

¹¹⁴⁸ Cfr. comunque la Comunicazione sulle migliori pratiche in materia di procedimento, punti 95-97,8 che prevede altre due procedure alternative “per alleggerire l’onere di redigere versioni non riservate delle informazioni”: la procedura alternativa di divulgazione negoziata ad un circolo ristretto di persone e la procedura di *data room*.

¹¹⁴⁹ Punto 35 della Comunicazione sull’accesso al fascicolo. Cfr. altresì l’articolo 16 del Regolamento 773/2004.

¹¹⁵⁰ Punto 42. Sul ruolo svolto dal consigliere-auditore nell’ambito dell’accesso al fascicolo istruttorio v. *infra*, sub 3.2.5.

¹¹⁵¹ Punto 24 della Comunicazione sull’accesso al fascicolo. V. anche gli articoli 27(2) del Regolamento 1/2003 e 15(3) del Regolamento 773/2004.

¹¹⁵² *Ibid.*

¹¹⁵³ Punto 25.

La necessità di assicurare l'accesso (sia pure parziale) a documenti contenenti informazioni riservate pone non pochi problemi pratici. Ciò è particolarmente vero nei procedimenti (tipicamente relativi a cartelli) in cui il fascicolo istruttorio è particolarmente voluminoso, e in cui l'attività di predisporre versioni non confidenziali dei documenti può risultare eccessivamente onerosa per le parti e gli altri soggetti che forniscono informazioni alla Commissione¹¹⁵⁴. Anche quest'ultima può trovarsi onerata in modo significativo dalle attività collegate al trattamento confidenziali di informazioni a fascicolo, in particolare per via della necessità di preparare gli indici dei documenti e classificarli secondo il grado di riservatezza e accessibilità. Tuttavia, sin dalla c.d. saga del carbonato di sodio¹¹⁵⁵, tale circostanza non è stata ritenuta una giustificazione sufficiente per negare o restringere l'accesso delle parti al fascicolo: infatti, "il rispetto dei diritti della difesa non può urtarsi a difficoltà tecniche e giuridiche che un'amministrazione efficiente può e deve superare"¹¹⁵⁶.

3.2.4. L'accesso dei denunciati e dei terzi

Come già detto, l'accesso al fascicolo istruttorio in senso proprio spetta esclusivamente ai soggetti che possono qualificarsi come parti del procedimento *antitrust*, ossia quelli ai quali la Commissione ha inviato la comunicazione degli addebiti¹¹⁵⁷. Ciò discende dal principio, consolidato in giurisprudenza, in base al quale la necessità di assicurare "[la] natura pienamente contraddittoria del procedimento amministrativo dinanzi alla Commissione quanto alle norme in materia di concorrenza vigenti per le imprese s'impone solo per le imprese che possono essere

¹¹⁵⁴ Cfr. S. WERNICKE, *op. cit.*, p. 8, che osserva come il problema potrebbe essere risolto in parte "by the legislative creation of a 'protective order' which would allow for special protection of documents and make it a criminal offence under EU law to disclose the contents" (come, del resto, già proposto dall'avvocato generale Darmon nelle conclusioni rese il 27 giugno 1991 nella causa C-49/88 *Al-Jubail Fertilizer Company e a. c. Consiglio*, EU:C:1991:276, punti 114 ss.), osservando che, in ogni caso, "the Commission has already resorted to another, more pragmatic approach, namely to accept that parties who so wish conclude bilaterally non-disclosure agreements (NDAs). These agreements allow for an exchange of information under clear rules, on condition that the defendant waives its right to further access to file".

¹¹⁵⁵ Su cui v. *supra*, sub 3.2.1.

¹¹⁵⁶ V. la sentenza del Tribunale *ICI c. Commissione*, cit., punto 112. In dottrina, v. M. SIRAGUSA, C. RIZZA (a cura di), *op. cit.*, p. 252.

¹¹⁵⁷ Comunicazione sull'accesso al fascicolo, punto 3.

oggetto di sanzioni a seguito di una decisione della Commissione che accerti una violazione degli artt. [101 e 102 TFUE]”: ne consegue che i soggetti terzi non possono pretendere di disporre di un diritto di accesso al fascicolo istruttorio “secondo modalità identiche a quelle cui possono aver diritto le imprese oggetto di indagini”¹¹⁵⁸.

La normativa di riferimento, nonché i rilevanti atti di *soft law*, contengono tuttavia anche talune previsioni che riguardano il diritto – attribuito a soggetti *diversi* dalle parti – di consultare, a talune condizioni, determinati documenti facenti parte del fascicolo della Commissione¹¹⁵⁹.

Una prima categoria di soggetti che possono, in determinate ipotesi, vantare il diritto di accedere a taluni documenti del fascicolo è quella dei denunciati. Questi ultimi, come sancito dalla Corte di giustizia già nel 1987 e confermato anche di recente¹¹⁶⁰, non hanno prerogative procedurali altrettanto ampie di quelle spettanti alle imprese nei cui confronti la Commissione conduce l’istruttoria, e non possono arrivare a ledere queste ultime¹¹⁶¹. In proposito, è stato correttamente messo in luce in dottrina che i diritti concessi ai denunciati finiscono là dove iniziano a interferire con il diritto delle parti di essere sentite¹¹⁶². Inoltre, va sottolineato che – come ribadito da ultimo dal Tribunale nella sentenza resa nella causa *Topps Europe c. Commissione* del 2017 – i procedimenti *antitrust* avviati sulla base di denuncia non costituiscono in alcun modo procedimenti in contraddittorio tra le imprese in questione: si tratta in ogni caso di procedimenti avviati dalla Commissione nello svolgimento del suo compito di assicurare il rispetto delle norme in materia di concorrenza¹¹⁶³.

È in ogni caso previsto che i denunciati (i quali, come già messo in luce, ricevono di regola una versione non riservata della comunicazione degli addebiti, alla quale

¹¹⁵⁸ V. la sentenza del Tribunale del 15 luglio 1994 *Matra Hachette c. Commissione*, causa T-17/93, EU:T:1994:89, punto 34, e giurisprudenza ivi citata.

¹¹⁵⁹ V. articolo 8 del Regolamento 773/2004; i punti 29-34 della Comunicazione sull’accesso al fascicolo.
¹¹⁶⁰ Cfr., ad esempio la sentenza del Tribunale dell’11 gennaio 2007, causa T-699/14, *Topps Europe c. Commissione*, EU:T:2017:2.

¹¹⁶¹ V. la sentenza della Corte di giustizia *BAT e Reynolds c. Commissione*, cit., punto 20. V. anche il punto 30 della Comunicazione sull’accesso al fascicolo.

¹¹⁶² Cfr. in tal senso A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., p. 80.

¹¹⁶³ V. la sentenza del Tribunale *Topps Europe c. Commissione*, cit., p. 29.

possono anche rispondere per iscritto esponendo il loro punto di vista¹¹⁶⁴) possano accedere ad alcuni dei documenti che fanno parte del fascicolo nell'ipotesi in cui la Commissione decida di respingere la loro denuncia¹¹⁶⁵. In tal caso, dopo essere stato informato della decisione della Commissione, il denunciante “può chiedere accesso ai documenti sui quali si fonda la valutazione provvisoria della Commissione”¹¹⁶⁶. Come si vedrà oltre, a tutela della posizione del denunciante può intervenire il consigliere-auditore¹¹⁶⁷.

Resta tuttavia, quale limite invalicabile, il divieto di consentire ai denunciati di accedere ai segreti aziendali e alle altre informazioni di natura confidenziale che appartengono alle parti del procedimento¹¹⁶⁸. La *ratio* di tale previsione è, in tutta probabilità, quella di evitare che le imprese possano essere spinte a presentare denunce nei confronti dei concorrenti al fine di ottenere l'accesso a informazioni riservate e sensibili appartenenti a questi ultimi¹¹⁶⁹.

Quanto ai soggetti diversi dai denunciati, che siano tuttavia interessati all'esito del procedimento, sono loro riconosciute alcune limitate facoltà di prendere parte al procedimento stesso – già viste *supra*, *sub* 2.2.5. – ma non è invece prevista la possibilità che accedano a documenti facenti parte del fascicolo istruttorio. Ciò è stato ricordato da ultimo dal Tribunale nella sentenza *Deutsche Telekom c. Commissione* del marzo 2017¹¹⁷⁰.

Resta in ogni caso aperta – in linea di principio – la possibilità per tali soggetti di fare riferimento alla disciplina generale prevista dal Regolamento 1049/2001, la quale, però, è stata di recente espressamente limitata proprio con la citata sentenza *Deutsche Telekom c. Commissione*: il Tribunale ha infatti affermato che, nonostante i due tipi di accesso siano giuridicamente distinti, gli stessi “portano ad una situazione

¹¹⁶⁴ V. *supra*, *sub* 2.2.5.

¹¹⁶⁵ V. in proposito anche i punti 30 e 31 della Comunicazione sull'accesso al fascicolo.

¹¹⁶⁶ Articolo 8 del Regolamento 773/2004.

¹¹⁶⁷ V. *infra*, *sub* 3.2.5.

¹¹⁶⁸ Articolo 8 del Regolamento 773/2004.

¹¹⁶⁹ V. la sentenza *AKZO Chemie c. Commissione*, cit., punti 26, 28-29. Cfr. anche M. SIRAGUSA, C. RIZZA (a cura di), *op. cit.*, p. 259, che osservano come la protezione dei segreti aziendali e delle altre informazioni riservate delle parti nei confronti dei denunciati sia assoluta e non suscettibile di restrizioni.

¹¹⁷⁰ V. la sentenza del Tribunale del 28 marzo 2017, causa T-210/15, EU:T:2017:224, punto 38; negli stessi termini v. già la sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2014 *Commissione c. EnBW*, causa C-365/12 P, EU:C:2014:112, punto 87.

paragonabile da un punto di vista funzionale”, posto che “indipendentemente dal fondamento giuridico in base al quale è accordato, l’accesso al fascicolo consente di ottenere le osservazioni ed i documenti presentati alla Commissione dalle imprese interessate e dai terzi”¹¹⁷¹. Di conseguenza, consentire un accesso generalizzato al fascicolo della Commissione sulla base del Regolamento 1049/2001 “porrebbe in pericolo l’equilibrio che il legislatore dell’Unione ha voluto garantire, nei regolamenti nn. 1/2003 e 773/2004, tra l’obbligo per le imprese interessate di comunicare alla Commissione le informazioni commerciali eventualmente delicate e la garanzia di una tutela rafforzata collegata, in forza del segreto d’ufficio e del segreto commerciale, alle informazioni trasmesse a tale titolo alla Commissione”¹¹⁷². La Commissione può quindi legittimamente rifiutare detto accesso sulla base di una presunzione generale derivata dall’eccezione alla divulgazione di documenti delle istituzioni (prevista dallo stesso Regolamento 1049/2001), “ritenendo che la divulgazione di tali documenti [potrebbe] pregiudicare, in linea di principio, la tutela degli interessi commerciali di imprese coinvolte in tale procedimento nonché la tutela degli obiettivi delle attività di indagine relativi a quest’ultimo”¹¹⁷³.

3.2.5. Il ruolo del consigliere-auditore nella soluzione dei conflitti sull’accesso al fascicolo istruttorio

Stante l’importanza dell’accesso al fascicolo della Commissione nell’assicurare un pieno esercizio del diritto delle parti ad essere sentite, non stupisce che anche in quest’ambito il consigliere-auditore sia stato incaricato di svolgere un ruolo di garante dei diritti delle imprese coinvolte nel procedimento.

Tale ruolo comprende, sostanzialmente, “la ricerca di una soluzione alle controversie che sorgano tra le parti e la direzione generale Concorrenza della Commissione in merito all’accesso al fascicolo o alla tutela dei segreti aziendali e delle altre informazioni riservate”¹¹⁷⁴. Nello svolgimento di tale compito, il consigliere-auditore è chiamato in particolare a operare il già descritto bilanciamento

¹¹⁷¹ *Id.*, punto 40.

¹¹⁷² Punto 41.

¹¹⁷³ Punto 44.

¹¹⁷⁴ V. considerando n. 15 del mandato del consigliere-auditore.

tra la garanzia dei diritti procedurali delle parti (che richiedono, come visto, un accesso pieno al fascicolo istruttorio della Commissione, nel rispetto del principio della parità delle armi), da un lato, e il rispetto dei legittimi interessi di riservatezza dei soggetti a cui appartengono le informazioni confidenziali contenute nel fascicolo stesso, dall'altro. Inoltre, come vedremo, il consigliere-auditore è incaricato altresì di tutelare i (limitati) diritti attribuiti a soggetti diversi dalle parti del procedimento.

Una prima situazione di conflitto che può sorgere riguarda l'ipotesi in cui una parte, dopo aver esercitato il diritto di accesso al fascicolo, abbia motivo di credere che la Commissione sia in realtà in possesso di documenti che non le sono stati comunicati, e che tuttavia sarebbero utili per esercitare utilmente il suo diritto a essere sentita. Ai sensi degli articoli 3(7) e 7(1) del mandato del consigliere-auditore, in tale ipotesi l'impresa può rivolgersi in prima battuta alla DG Concorrenza. Laddove la questione non venga risolta in questo modo, la parte può sollecitare l'accesso ai documenti con richiesta motivata al consigliere-auditore, che adotterà in merito una decisione motivata¹¹⁷⁵.

Una procedura del tutto analoga è prevista per l'eventualità in cui sia il denunciante a ritenersi vittima di una violazione delle garanzie procedurali previste in suo favore. Un denunciante può infatti rivolgere una richiesta motivata al consigliere-auditore (dopo essersi rivolto in prima battuta alla DG Concorrenza, senza successo) laddove abbia motivo di credere che la Commissione sia in possesso di documenti che non gli sono stati comunicati *ex* articolo 8(1) del Regolamento 773/2004 (che, come visto *supra*, prevede che – se la Commissione intende respingere una denuncia – il denunciante può chiedere accesso ai documenti sui quali si fonda la valutazione provvisoria della Commissione) e che gli sono necessari per il corretto esercizio dei suoi diritti¹¹⁷⁶.

È importante sottolineare che, nonostante la previsione del potere del consigliere-auditore di adottare una decisione motivata sugli eventuali dinieghi di accesso al

¹¹⁷⁵ V. anche nello stesso senso il punto 47 della Comunicazione sull'accesso al fascicolo.

¹¹⁷⁶ V. articoli 3(7) e 7(2) del mandato del consigliere-auditore. Quest'ultima norma prevede anche il diritto del denunciante di rivolgersi al consigliere-auditore “*se ritiene di non aver ricevuto copia della versione non riservata della comunicazione degli addebiti in conformità dell'articolo 6, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 773/2004, ovvero se ritiene che la versione non riservata della comunicazione degli addebiti non è stata redatta in modo tale da consentirgli l'effettivo esercizio dei suoi diritti, ad eccezione dei casi in cui sia applicata la procedura di transazione*”.

fascicolo, questi ultimi non sono impugnabili in via autonoma dinanzi alle Corti UE. Il giudice “comunitario”, pur riconoscendo che tali atti possono costituire una violazione dei diritti di difesa delle parti, ha affermato nettamente che gli stessi “producono, in linea di massima, solo effetti limitati, specifici di un atto preparatorio che s’inserisce nell’ambito di un procedimento amministrativo previo”¹¹⁷⁷. Ne consegue che, non incidendo immediatamente e in maniera irreversibile sulla situazione giuridica delle parti del procedimento, solo dopo che quest’ultimo si sia concluso sarà possibile proporre un ricorso d’annullamento per lamentare l’ingiustizia subita. Infatti, secondo il Tribunale, “l’eventuale violazione del diritto dei destinatari di una [comunicazione degli addebiti] di esporre efficacemente il loro punto di vista sugli addebiti mossi dalla Commissione e sugli elementi di prova destinati a corroborare detti addebiti non può produrre effetti giuridici vincolanti tali da incidere sugli interessi delle imprese ed associazioni di imprese coinvolte prima che la Commissione abbia adottato, eventualmente, la o le decisioni accertanti l’esistenza delle infrazioni di cui si fa loro carico. Infatti, finché non ha adottato una decisione finale, la Commissione può, in considerazione, in particolare, delle osservazioni scritte e orali delle parti, rinunciare ad alcuni o anche a tutti gli addebiti inizialmente formulati nei loro confronti. Essa può anche sanare eventuali vizi di procedura autorizzando la consultazione del fascicolo, prima negata, affinché i destinatari della [comunicazione degli addebiti] possano nuovamente pronunciarsi, con piena cognizione di causa, sugli addebiti loro comunicati”¹¹⁷⁸.

Tale posizione è stata ribadita alcuni anni dopo, quando un’impresa ha presentato una domanda di provvedimenti urgenti al Tribunale tentando di ottenere la sospensione di una decisione con cui la Commissione le negava l’accesso a taluni documenti nell’ambito di un procedimento di infrazione pendente, facendo riferimento in particolare alle recenti modifiche al mandato del consigliere-auditore introdotte nel 2001 (e del tutto analoghe alle norme attualmente vigenti)¹¹⁷⁹. Il giudice dell’urgenza si è sostanzialmente limitato a riaffermare i principi già stabiliti nella citata sentenza *Cimenteries CBR e a. c. Commissione*, ritenendo che la decisione della

¹¹⁷⁷ V. la sentenza del Tribunale *Cimenteries CBR e a. c. Commissione*, cit., punto 42.

¹¹⁷⁸ *Id.*, punto 47.

¹¹⁷⁹ Ordinanza del Tribunale del 5 dicembre 2001 *Reisebank c. Commissione*, causa T-216/01, EU:T:2001:277.

Commissione volta a negare l'accesso a taluni documenti non potesse incidere sugli interessi della richiedente in modo immediato¹¹⁸⁰. Lo stesso è avvenuto nel 2009¹¹⁸¹.

La posizione riportata poc'anzi si presta a forti critiche. Innanzitutto, non si può condividere l'argomento, fatto proprio dalle Corti UE, secondo cui tali dinieghi non sarebbero suscettibili di pregiudicare in modo irreversibile le parti: al contrario, una violazione del principio della parità delle armi in uno stadio preliminare del procedimento può ben incidere sulla capacità delle parti di difendersi in modo adeguato nell'ulteriore corso dello stesso, con effetti che spesso non possono essere rimossi con la semplice impugnazione della decisione finale che attesti l'esistenza di un'infrazione. Da questo punto di vista, l'orientamento delle Corti UE sembra alquanto formalistico e decisamente poco realistico.

Peraltro, anche nell'ottica di assicurare che il consigliere-auditore svolga appieno il proprio ruolo di garante e di tutelarne la trasparenza e l'indipendenza, sarebbe opportuno consentire alle parti di impugnare in modo autonomo e immediato le sue decisioni in merito ai dinieghi di accesso al fascicolo, in modo da poter gestire le allegazioni di scorrettezze procedurali a uno stadio preliminare del procedimento ed assicurare l'esercizio di un sindacato giurisdizionale sull'operato del consigliere-auditore¹¹⁸². Tale inconveniente avrebbe potuto essere risolto con le ultime revisioni del mandato del consigliere-auditore¹¹⁸³, ma così non è stato, con la conseguenza che la questione resta aperta, nonostante gli accresciuti poteri del consigliere-auditore in tema di accesso al fascicolo del procedimento siano senza dubbi idonei ad apportare benefici alla tutela dei diritti di difesa delle parti¹¹⁸⁴.

Una seconda situazione di conflitto riguardante l'accesso al fascicolo istruttorio riguarda l'ipotesi in cui la Commissione non intenda accettare le richieste, avanzate

¹¹⁸⁰ *Id.*, punto 51.

¹¹⁸¹ V. l'ordinanza del Presidente del Tribunale del 27 gennaio 2009 *Intel c. Commissione*, causa T-457/08 R, EU:T:2009:18, punto 56.

¹¹⁸² Così HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE ON THE EUROPEAN UNION, *XIX Report: Strengthening the Role of the Hearing Officer*, cit., punto 50. V. anche A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., p. 83. In giurisprudenza, tale argomento è stato sollevato (senza successo) dalla ricorrente nella causa *Reisebank c. Commissione*, cit., punto 34.

¹¹⁸³ A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., p. 84.

¹¹⁸⁴ *Id.*, p. 85.

dai soggetti a cui appartengono le informazioni presenti nel fascicolo, di riconoscerne il trattamento confidenziale¹¹⁸⁵.

Anche in questo caso, il consigliere-auditore è chiamato a svolgere un ruolo di garanzia: è infatti previsto che – laddove la Commissione intenda rendere pubbliche informazioni che possono costituire un segreto aziendale o altre informazioni riservate di qualsiasi impresa o persona – la DG Concorrenza debba informarle della propria intenzione, motivando l’opinione espressa e fissando un termine entro il quale il soggetto al quale appartengono le informazioni possa presentare osservazioni scritte¹¹⁸⁶. La questione può essere altresì deferita al consigliere-auditore, che in tal caso dovrà bilanciare le opposte esigenze in gioco. Nel caso in cui ritenga che le informazioni “possano essere divulgate perché non costituiscono un segreto aziendale o altre informazioni riservate o perché esiste un interesse prevalente alla loro divulgazione”, esso adotta una decisione motivata, specificando anche il termine (non inferiore a una settimana) oltre il quale le informazioni saranno rese pubbliche¹¹⁸⁷.

Proprio qui sta la grande differenza rispetto all’ipotesi, vista sopra, in cui il consigliere-auditore si pronuncia sul diniego di accesso al fascicolo: durante il lasso di tempo tra la notifica della decisione negativa del consigliere-auditore e la diffusione delle informazioni, il soggetto al quale queste ultime appartengono ha la possibilità di adire il Tribunale *ex* articolo 263 TFUE per ottenere l’annullamento della decisione stessa, in modo da evitare che le informazioni vengano divulgate. Tale possibilità è stata riconosciuta dalle Corti UE nella citata sentenza *AKZO Chemie c. Commissione*, fondandola in modo espresso sul rischio “del gravissimo danno che potrebbe derivare dall’irregolare trasmissione di documenti ad un concorrente”¹¹⁸⁸. Ne consegue che “prima di eseguire la decisione la Commissione deve dare all’impresa la possibilità di adire la Corte allo scopo di sottoporre a sindacato le valutazioni effettuate e di impedire che si proceda alla trasmissione dei documenti”¹¹⁸⁹.

Alla luce di quanto sopra, non è affatto chiaro come mai la logica fatta propria dal giudice dell’Unione nella causa *AKZO Chemie c. Commissione* non possa valere,

¹¹⁸⁵ V., in proposito, i punti 40 e 42 della Comunicazione sull’accesso al fascicolo, già esposti *supra*, sub 3.2.2.

¹¹⁸⁶ Articolo 8(1) del mandato del consigliere-auditore.

¹¹⁸⁷ Articolo 8(2).

¹¹⁸⁸ *AKZO Chemie c. Commissione*, cit., punto 29.

¹¹⁸⁹ *Ibid.*

mutatis mutandis, per l'ipotesi in cui sia adottata una decisione volta a negare l'accesso a taluni documenti del fascicolo istruttorio. Invero, il Tribunale si è misurato con tale argomento nella citata giurisprudenza *Cimenteries CBR e a. c. Commissione*, ma la conclusione è stata negativa: secondo il giudice, la differenza sostanziale tra le due situazioni è che un eventuale diniego di accesso può essere rettificato, nel corso del procedimento stesso, dalla Commissione, mentre la divulgazione di un'informazione confidenziale ha natura definitiva e irreversibile¹¹⁹⁰. Come già detto sopra, la logica sottostante il ragionamento del Tribunale non convince, dato il rischio concreto che il diritto delle parti di essere sentite sia pregiudicato in modo irrimediabile da un rifiuto di concedere l'accesso a documenti che potrebbero essere essenziali per impostare la difesa.

Di conseguenza, si deve rilevare l'esistenza di una vera e propria disparità tra il livello di protezione accordato ai soggetti che invochino il trattamento confidenziale delle proprie informazioni e ai soggetti che – parti del procedimento *antitrust* – vogliano esercitare appieno il diritto di accedere al fascicolo istruttorio¹¹⁹¹.

3.3. Il diritto di accedere al fascicolo istruttorio nella giurisprudenza della Corte EDU

Passando ora ad analizzare l'orientamento espresso dalla Corte di Strasburgo sul tema che ci interessa, occorre innanzitutto rilevare che il diritto di accesso al fascicolo non figura *expressis verbis* nella Convenzione.

Tuttavia, come noto, l'articolo 6 della CEDU prevede, al terzo paragrafo, una serie di garanzie specificamente dedicate ai procedimenti in cui sia coinvolta un'accusa penale (a differenza delle garanzie di cui al primo paragrafo, che riguardano anche le

¹¹⁹⁰ V. la sentenza del Tribunale *Cimenteries CBR e a. c. Commissione*, cit., punto 43.

¹¹⁹¹ Così A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., p. 84. Al di là della rilevata disparità di trattamento, è stato osservato in dottrina che vi sarebbe margine per migliorare la procedura per l'accesso al fascicolo, ad esempio consentendo alle imprese di accedere a tutti i documenti sotto stringenti obblighi di confidenzialità (nonché, eventualmente, solo attraverso i legali esterni): cfr. in tal senso M. ALBERS, J. JOURDAN, *The Role of Hearing Officers in EU Competition Proceedings: A Historical and Practical Perspective*, in *JECLAP*, 2011, 2(3), p. 193. A giudizio di chi scrive, la proposta in questione è tanto interessante sulla carta quanto inattuabile in pratica, posto che l'esigenza di confidenzialità che caratterizza taluni documenti a fascicolo (ad esempio, quelli relativi a una domanda di clemenza) pare troppo forte per poter essere superata anche in favore di soggetti che sono in ogni caso chiamati a difendere una delle parti.

controversie civili), tra le quali figura il diritto di ogni accusato di “disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa”. Il diritto di accedere al fascicolo dell'autorità procedente può quindi essere derivato dall'articolo 6(3)(b) della CEDU, come peraltro riconosciuto dalla stessa Commissione EDU sin da pronunce assai risalenti¹¹⁹².

Ulteriori elementi utili si rinvencono nella guida all'articolo 6 predisposta dalla Corte di Strasburgo, che dispone espressamente che le facilitazioni di cui ciascun accusato dovrebbe godere includono l'accesso al fascicolo processuale¹¹⁹³.

Infatti, come affermato da una giurisprudenza consolidata, il diritto a un processo equo (e rispettoso del principio del contraddittorio) implica che a ciascuna parte sia data l'opportunità di prendere conoscenza e di presentare osservazioni sugli argomenti e il materiale probatorio addotti dalla controparte¹¹⁹⁴.

Ciò al fine di assicurare il rispetto del principio della parità delle armi, nonché per fare sì che ogni parte possa partecipare al procedimento in modo utile ed effettivo e, eventualmente, influenzarne l'esito¹¹⁹⁵. Il principio della parità delle armi, peraltro, richiede altresì che ad ogni parte sia garantita una ragionevole opportunità di difendersi, a condizioni che non la pongano in una posizione di svantaggio rispetto alla controparte¹¹⁹⁶.

Il diritto di accedere a prove e documenti è, come è facile immaginare, più esteso e penetrante nel contesto di procedimenti penali. Infatti, mentre in ambito civilistico la Corte EDU ha chiarito che le parti hanno il diritto di prendere visioni dei soli documenti che possono effettivamente influenzare l'analisi svolta dal giudice¹¹⁹⁷, la situazione è diversa in ambito penalistico, in linea con l'esigenza (che si pone in modo

¹¹⁹² V. la decisione della Commissione europea dei diritti dell'uomo del 15 ottobre 1980 *Jespers c. Belgio*, ric. 8403/78, CE:ECHR:1980:1015DEC000840378

¹¹⁹³ Guida all'articolo 6 – Diritto ad un equo processo (ambito penale) (disponibile online su: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ITA.pdf), punti 269-272.

¹¹⁹⁴ V., ad esempio, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 giugno 1993 *Ruiz-Mateos c. Spagna*, ric. 12952/87, CE:ECHR:1993:0623JUD001295287, punto 63; del 24 febbraio 1995 *McMichael c. Regno Unito*, ric. 16424/90, CE:ECHR:1995:0224JUD001642490, punto 80.

¹¹⁹⁵ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 20 febbraio 1996 *Vermeulen c. Belgio*, ric. 19075/91, CE:ECHR:1996:0220JUD001907591, punto 33; del 18 marzo 1997 *Mantovanelli c. Francia*, ric. 21497/93, CE:ECHR:1997:0318JUD002149793, punto 36; del 16 febbraio 2000 *Jasper c. Regno Unito*, ric. 27052/95, CE:ECHR:2000:0216JUD002705295, punto 52.

¹¹⁹⁶ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 28 agosto 1991 *Brandstetter c. Austria*, ric. 11170/84, 12876/87 e 13468/87, CE:ECHR:1991:0828JUD001117084, punto 66.

¹¹⁹⁷ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 aprile 2003 *Yvon c. Francia*, ric. 44962/98, CE:ECHR:2003:0424JUD004496298, punto 38.

evidentemente più urgente in quest'ultimo contesto) di assicurare “la fiducia delle parti nel buon funzionamento della giustizia”¹¹⁹⁸. Quest'ultima presuppone, *inter alia*, la consapevolezza delle parti di aver avuto la possibilità di pronunciarsi su ogni documento inserito nel fascicolo processuale¹¹⁹⁹. Di conseguenza, in linea di principio l'autorità procedente non può decidere arbitrariamente di sottrarre l'uno o l'altro documento alla cognizione dell'accusato¹²⁰⁰.

Tuttavia, tale principio è – anche nel processo penale – passibile di limiti ed eccezioni. In proposito, è la stessa guida della Corte EDU a prevedere che lo stesso non sia assoluto: infatti, “[i]n certi casi potrebbe essere necessario sottrarre alla difesa la conoscenza di alcune prove, al fine di preservare i diritti fondamentali di un altro soggetto, o di tutelare importanti interessi pubblici quali la sicurezza nazionale o la tutela dei testimoni, oppure al fine di salvaguardare particolari tecniche investigative utilizzate dalla polizia”¹²⁰¹.

In ogni caso, è chiaro che “soltanto tali particolari esigenze possono giustificare una restrizione del diritto di difesa”¹²⁰², e che comunque tale restrizione deve essere proporzionata¹²⁰³.

Ciò detto, la Corte ha enfatizzato spesso che il proprio ruolo comprende il compito di “valutare se la procedura decisionale applicata in ciascun caso concreto sia compatibile, per quanto possibile, con i requisiti del contraddittorio e della parità delle armi, e preveda sufficienti garanzie per proteggere gli interessi del soggetto accusato”¹²⁰⁴. In questo senso, l'accento sembra essere posto sulla necessaria presenza, nell'ordinamento nazionale, di meccanismi tali da consentire un bilanciamento tra i diritti del soggetto accusato di ricevere un processo equo (il che implica la possibilità di accedere, in linea di principio, al fascicolo processuale) e le

¹¹⁹⁸ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 22 marzo 2005 *M.S. c. Finlandia*, ric. 46601/99, CE:ECHR:2005:0322JUD004660199, punto 34 (nostra traduzione).

¹¹⁹⁹ *Ibid.*

¹²⁰⁰ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 16 febbraio 2000 *Rowe e Davis c. Regno Unito*, ric. 28901/95, CE:ECHR:2000:0216JUD002890195.

¹²⁰¹ *Guida all'articolo 6 – Diritto ad un equo processo (ambito penale)*, punto 272. In giurisprudenza, v. ad esempio la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 giugno 2003 *Dowsett c. Regno Unito*, cit., punto 42.

¹²⁰² *Ibid.*

¹²⁰³ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 26 marzo 1996 *Doorson c. Paesi Bassi*, ric. 20524/92, CE:ECHR:1996:0326JUD002052492, punto 72.

¹²⁰⁴ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 giugno 2003 *Dowsett c. Regno Unito*, ric. 39482/98, CE:ECHR:2003:0624JUD003948298, punto 43 (nostra traduzione).

eventuali limitazioni a tali diritti: detti meccanismi consisterebbero, segnatamente, nella possibilità per l'accusato di sollevare obiezioni riguardo al rigetto della propria istanza di accedere a taluni documenti¹²⁰⁵, il che dovrebbe attivare “procedure seguite dalle autorità giurisdizionali”¹²⁰⁶, richiedendo dunque una decisione giudiziale sul punto.

3.4. Conclusioni: la compatibilità della giurisprudenza delle Corti UE con l'orientamento della Corte EDU

Dall'analisi effettuata sopra con riguardo tanto alla posizione delle Corti UE (*sub* 3.2.1. e 3.2.2.), quanto a quella della Corte di Strasburgo (*sub* 3.3.), risulta che tra le stesse vi è un certo grado di convergenza.

Una primissima osservazione è di natura terminologica: entrambi i giudici fanno riferimento al concetto della parità delle armi quale fondamento del diritto delle parti di accedere al fascicolo istruttorio¹²⁰⁷. In dottrina¹²⁰⁸ è stato rilevato che con ogni probabilità le Corti UE hanno tratto ispirazione proprio dalla Corte EDU nell'elaborare tale nozione, che – come già messo in luce – da diversi anni costituisce un caposaldo della giurisprudenza “comunitaria” in materia di accesso al fascicolo della Commissione nell'ambito del procedimento *antitrust*.

Sembra inoltre comune la concezione del diritto di accedere al materiale probatorio quale non assoluto, ma suscettibile di essere limitato in particolari circostanze, ad esempio per venire incontro all'esigenza di tutelare le aspettative di confidenzialità di un soggetto terzo.

Tuttavia, l'approccio del giudice “comunitario” risulta distaccarsi dall'orientamento della Corte EDU per quanto riguarda le garanzie che il sistema deve necessariamente contemplare al fine di giustificare gli eventuali limiti che possono essere apposti al diritto in questione. Come visto, nonostante il mandato del

¹²⁰⁵ *Ibid.*

¹²⁰⁶ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Jasper c. Regno Unito*, cit., punto 52.

¹²⁰⁷ V. ad esempio la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 18 marzo 1997 *Mantovanelli c. Francia*, ric. 21497/93, CE:ECHR:1997:0318JUD002149793, punto 36; con riguardo alle Corti UE, v. la c.d. saga del carbonato di sodio, su cui cfr. *supra*, *sub* 3.2.1.

¹²⁰⁸ V. T. K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights in Competition and Anti-dumping/Anti-subsidies Proceedings*, cit., nota 678. V. anche A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., p. 89, che mette però in luce come l'interpretazione data a tale espressione sia diversa tra un giudice e l'altro.

consigliere-auditore preveda il potere di quest'ultimo di pronunciarsi con decisione motivata sulle richieste di accesso al fascicolo avanzate dalle parti (laddove sussista un conflitto con la Commissione sul punto) si deve rammentare che le determinazioni di tale soggetto non sono soggette allo scrutinio giudiziale delle Corti UE¹²⁰⁹.

Da questo punto di vista, la tutela accordata nell'ordinamento dell'Unione al diritto delle parti di accedere al fascicolo della Commissione nell'ambito del procedimento *antitrust* non è coerente con quella prevista dalla Corte di Strasburgo, la quale, come visto, pone la presenza di un costante scrutinio giudiziale quale essenziale nei processi penali al fine di proteggere il diritto dell'accusato di accedere al fascicolo dell'accusa, in linea col principio della parità delle armi¹²¹⁰.

Peraltro, come rilevato, non si riesce a comprendere appieno la *ratio* dell'orientamento fatto proprio dalle Corti UE sul punto, che oltre ad essere eccessivamente formalistico finisce anche, a giudizio di chi scrive, per dipingere un quadro della realtà dei fatti poco realistico. In particolare, l'argomento secondo cui i dinieghi di accesso a taluni documenti del fascicolo non potrebbero pregiudicare in modo irreversibile la posizione delle parti tralascia di considerare che è proprio in questo stadio del procedimento (a differenza che nella fase delle indagini) che più si pone la necessità che di far sì che i diritti di difesa siano esercitabili in modo pieno. Proprio l'accesso al fascicolo consente infatti alle imprese di impostare in modo consapevole la propria difesa, con la possibilità di incidere anche in modo rilevante sul corso e le sorti dell'accusa promossa nei loro confronti dalla Commissione.

Non è affatto certo che una successiva (eventualmente vittoriosa) impugnazione della decisione finale dinanzi al Tribunale possa effettivamente "riavvolgere il nastro" del tempo e porre del tutto rimedio alla violazione procedurale operata dalla Commissione. Un espresso riconoscimento in tal senso si rinviene nella stessa giurisprudenza del Tribunale che, nella sentenza resa nella citata causa *Solvay c. Commissione*, ha affermato che "la violazione dei diritti di difesa avvenuta in fase di procedimento amministrativo non può peraltro essere regolarizzata nel procedimento dinanzi al Tribunale, che si limita ad un controllo giurisdizionale nell'ambito dei soli

¹²⁰⁹ V. l'ordinanza del Tribunale *Reisebank c. Commissione*, cit., punto 34. Sul punto v., più diffusamente, *supra*, sub 3.2.5.

¹²¹⁰ Cfr. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Dowsett c. Regno Unito*, cit., punti 50-51. Cfr. in tal senso A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., pp. 89-90.

motivi dedotti e non può dunque sostituire un'istruzione completa della causa nell'ambito del procedimento amministrativo. In effetti, se la ricorrente avesse potuto, durante il procedimento amministrativo, avvalersi dei documenti idonei a discollarla, essa avrebbe eventualmente potuto influenzare le valutazioni del collegio dei membri della Commissione [...]. Il Tribunale non può, pertanto, escludere che la Commissione avrebbe preso in considerazione un'infrazione meno lunga e meno grave e avrebbe, di conseguenza, fissato un'ammenda meno elevata”¹²¹¹.

Alla luce di quanto sopra, e anche considerando che – come visto *supra*, sub 3.2.5. – è invece prevista la possibilità di impugnativa immediata delle decisioni del consigliere-auditore che si pronunciano sulle richieste di accesso a informazioni ritenute confidenziali¹²¹² – la rilevata disparità tra la giurisprudenza delle Corti UE e quella della Corte EDU non pare accettabile.

Infine, in linea con quanto osservato circa la tutela offerta dal giudice dell'Unione al diritto delle parti ad essere sentite, si ritiene opportuno – con riguardo a una garanzia importante qual è l'accesso al fascicolo istruttorio –non fermarsi a un semplice confronto con l'orientamento della Corte EDU, ma andare oltre, valutando criticamente il quadro esistente a livello “comunitario” anche in sé e per sé, alla luce del dettato della Carta. Da questo punto di vista, oltre a quanto già detto sull'assenza di scrutinio giudiziale in caso di controversie tra le parti e la Commissione sull'accesso al fascicolo, si ritiene censurabile in particolare la disciplina prevista per l'accesso agli atti in caso di procedura di transazione. Se, infatti, la compressione del diritto delle parti di richiedere un'audizione orale (il cui contenuto non potrebbe essere particolarmente utile, posto che la valutazione nel merito del caso è già contenuta nella comunicazione degli addebiti, che deve rispecchiare la proposta di transazione introdotta dalle parti stesse) pare tutto sommato ragionevole, non sembra altrettanto giustificato il fatto di impedire alle parti di accedere al fascicolo istruttorio. Non può essere escluso, infatti, che quest'ultimo contenga documenti scagionatori, o comunque utili alla difesa delle parti, provenienti da altre imprese parti del procedimento, la cui conoscenza potrebbe incidere sulla decisione delle parti di

¹²¹¹ Punto 108.

¹²¹² Interessante richiamare, *a latere*, le osservazioni formulate sul punto da M. VAN DER WOUDE, *op. cit.*, pp. 543-544, che si chiede se la Commissione fosse autorizzata a delegare al consigliere-auditore il potere di adottare decisioni suscettibili di impugnativa immediata.

accedere o meno alla transazione. Pur essendo ovviamente previsto che la Commissione debba tenere conto anche dei documenti favorevoli alle parti nell'analizzare il caso, si ritiene che la rinuncia alla possibilità di avere una cognizione piena del materiale versato a fascicolo non sia conforme a un pieno rispetto dei diritti di difesa delle parti¹²¹³. Peraltro, l'accesso potrebbe risultare utile anche nell'ottica di un (possibile) futuro contenzioso per i danni subiti da altri soggetti a causa dell'infrazione commessa dalle parti del procedimento.

¹²¹³ M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *Antitrust Settlements under EC Competition Law: The Point of View of the Defendants*, in C.-D. EHLERMANN, M. MARQUIS (a cura di), *European Competition Law Annual 2008*, cit., p. 196. V. anche L. ORTIZ BLANCO, *op. cit.*, p. 458: l'A. riporta l'opinione espressa sul punto dalla Commissione, secondo cui (i) tutti i documenti evidentemente scagionatori saranno comunicati alle parti e utilizzati nel procedimento; (ii) le parti sanno ciò che hanno fatto e quindi sanno se conviene loro intraprendere questa strada; e, comunque (iii) le parti comunque non sono tenute a fare una transazione. Gli ultimi due argomenti sono, a parere di chi scrive, del tutto privi di pregio.

CAPITOLO QUINTO

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE E PROPOSTE DI RIFORMA

SOMMARIO: 1. La tutela dei diritti di difesa nel procedimento *antitrust* UE alla luce della CEDU: tentativi di bilancio – 2. Profili del procedimento *antitrust* suscettibili di riforma – 3. Proposte di riforma – 3.1. Il consigliere-auditore – 3.1.1. Lo *status* del consigliere-auditore – 3.1.2. I poteri del consigliere-auditore – 3.2. L’audizione orale

1. La tutela dei diritti di difesa nel procedimento *antitrust* UE alla luce della CEDU: tentativi di bilancio

Si è visto nel **Capitolo II** che, alla luce delle caratteristiche che contraddistinguono il procedimento *antitrust* a livello UE e, in particolare, delle ammende che la Commissione ha il potere di comminare alle imprese per violazioni degli articoli 101 e 102 TFUE, pare difficile evitare la conclusione che lo stesso abbia natura penale (o, quantomeno, quasi penale), nell’accezione autonoma che tale termine assume alla luce dell’articolo 6 della CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo nel c.d. *test Engel* e nella giurisprudenza successiva¹²¹⁴.

Come illustrato, tale conclusione trova sostanziale conforto nella giurisprudenza di quest’ultimo giudice, che sin dagli anni Novanta ha riconosciuto il carattere penale della normativa in materia di concorrenza, tanto a livello UE quanto con riguardo ai sistemi per l’applicazione del diritto *antitrust* vigenti in diversi Stati membri dell’Unione (mutuati largamente, peraltro, dal modello “comunitario”)¹²¹⁵.

A livello UE, si è invece visto che la posizione assunta dalla giurisprudenza con riguardo alla questione è, ad oggi, meno netta. Invero, benché le Corti UE abbiano da anni riconosciuto che il diritto della concorrenza dell’Unione è coperto dai principi di

¹²¹⁴ Conformi, in dottrina, ad esempio: A. MACCULLOCH, *op. cit.*, p. 233; D. SLATER, S. THOMAS, D. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 18; A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., p. 41; A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., p. 28; H. H. LIDGARD, *op. cit.*, p. 410.

Si rinvia, per un’analisi articolata della questione, svolta sulla scorta di ciascuno dei criteri individuati dalla Corte EDU, al **Capitolo II**, *sub* 6.

¹²¹⁵ V., ad esempio, il rapporto della Commissione europea dei diritti dell’uomo *Société Stenuit c. Francia*, cit.; la decisione della Commissione europea dei diritti dell’uomo *M & Co. c. Germania*, cit.; la sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo *Fortum Corporation c. Finlandia*, cit.; *Jussila c. Finlandia*, cit.; *A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*, cit.; *Société Bouygues Construction e a. c. Francia*, cit.

cui all'articolo 6 CEDU¹²¹⁶, non sono mancate pronunce in senso contrario¹²¹⁷, con la conseguenza che risulta un quadro ancora incerto e contraddittorio¹²¹⁸, anche alla luce delle frequenti affermazioni fatte dagli avvocati generali nel senso di riconoscere la natura penale delle ammende *antitrust* comminate a livello UE¹²¹⁹.

In ogni caso, come già argomentato, si ritiene che la conclusione di cui sopra s'imponga quale inevitabile all'interprete, alla luce di una rigorosa analisi dell'ordinamento "comunitario" condotta sulla scorta dei criteri elaborati a tal fine dalla Corte EDU. E ciò tanto più considerando che gli argomenti avanzati talvolta dalle Corti UE per rifiutare detta conclusione, ed espressamente fondati in larga parte sull'esigenza di salvaguardare l'efficacia dell'applicazione della normativa *antitrust*¹²²⁰, in ultima analisi convincenti, neppure *de iure condendo*¹²²¹.

Dalla caratterizzazione del procedimento *antitrust* dinanzi alla Commissione quale penale (o quasi penale) discende, come visto, che allo stesso devono applicarsi le garanzie previste dall'articolo 6 della CEDU¹²²², nell'interpretazione che ne fornisce

¹²¹⁶ V., ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia *Montecatini c. Commissione*, cit., punto 176; le sentenze del Tribunale *JFE Engineering c. Commissione*, cit., punto 178; *Fuji Electric c. Commissione*, cit., punto 89.

¹²¹⁷ Interessante, di recente, la sentenza del Tribunale *Schindler Holding and Others c. Commissione*, cit., punto 52, nella quale il Tribunale richiama la già citata giurisprudenza *Jussila c. Finlandia* della Corte EDU a supporto del fatto che il diritto della concorrenza non rientrerebbe nel "nucleo centrale del diritto penale" (pur concludendo poi nel senso che sia da escludere *tout court* la natura penale delle ammende *antitrust*, anche alla luce del Regolamento n. 1/2003).

¹²¹⁸ V., in senso critico rispetto all'orientamento delle Corti UE, N. KAHN, *op. cit.*, pp. 110-111.

¹²¹⁹ Cfr., ad esempio, le conclusioni dell'avvocato generale Vesterdorf nella causa *Rhône-Poulenc c. Commissione*, cit., p. II-885: "[p]oiché, a mio avviso, le ammende che possono essere irrogate alle imprese a norma dell'art. 15 del regolamento n. 17/62, hanno in realtà, com'è in parte confermato dalla sentenza Öztürk della Corte europea dei diritti dell'uomo – e a prescindere dal n. 4 di detto articolo –, carattere penale, è di essenziale importanza che questo Tribunale cerchi di contribuire a garantire una amministrazione della giustizia contro la quale non si possano formulare critiche giustificate alla luce della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo". Conformi le conclusioni dell'avvocato generale Léger nella causa *Baustahlgewebe c. Commissione*, cit., punto 31; dell'avvocato generale Kokott nella causa *ETI e a.*, cit., punto 71 (in relazione alle normative *antitrust* nazionali); dell'avvocato generale Bot rese nelle cause riunite *ArcelorMittal Luxembourg c. Commissione e Commissione c. ArcelorMittal Luxembourg e a.*, cit., punto 41 (in cui si parla di "carattere quasi repressivo" del procedimento *antitrust*, che "rientra quindi nell'ambito 'penale' ai sensi dell'art. 6, n.1 [CEDU]"); dell'avvocato generale Sharpston nella causa *KME Germany e a. c. Commissione*, cit., punto 64 (pur ritenendo, come già sottolineato, che il procedimento *antitrust* si situi al di fuori del nocciolo duro del diritto penale); dell'avvocato generale Kokott rese nella causa *Solvay c. Commissione*, cit., punto 99 (anche qui, richiamando l'orientamento della Corte EDU per cui il diritto della concorrenza non rientrerebbe nel "diritto penale classico").

¹²²⁰ V. la sentenza del Tribunale *Compagnie maritime belge c. Commissione*, cit., punto 66.

¹²²¹ V. **Capitolo II, sub 5.1.**

¹²²² Laddove si aderisca alla tesi secondo cui il diritto della concorrenza farebbe parte non del nucleo c.d. *hardcore* del diritto penale, ma della "periferia" dello stesso (v. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Jussila c. Finlandia*, cit.), la conclusione sarebbe nel senso di ritenere applicabili

la Corte di Strasburgo, nonché dagli articoli 47 e 48 della Carta (che, peraltro, corrispondono in sostanza al disposto dell'articolo 6).

Si ritiene, infatti, che la natura più propriamente amministrativa (anziché giudiziale) del procedimento per l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE non giustifichi uno scostamento dal dettato dell'articolo 6 CEDU, posto che la piena partecipazione delle parti al procedimento *antitrust* attraverso il prisma dei diritti di difesa costituisce – in uno con la successiva possibilità di un pieno scrutinio giudiziale da parte del giudice dell'Unione – una condizione essenziale per assicurare il rispetto dell'articolo 6 della CEDU¹²²³.

Alla luce di tale circostanza, è parso necessario procedere a un'approfondita verifica circa l'effettiva conformità del procedimento *antitrust* UE all'articolo 6 CEDU, con specifico riguardo ai diritti di difesa che devono considerarsi inclusi in tale disposizione (il cui carattere di norma “aperta” e residuale è stato a più riprese affermato¹²²⁴), e in particolare al diritto alla non autoincriminazione, al diritto alla confidenzialità delle comunicazioni scambiate con il proprio avvocato difensore e al diritto di essere sentiti, nelle sue molteplici e interconnesse componenti¹²²⁵.

Tale analisi s'impone, a giudizio di chi scrive, con particolare rilievo e urgenza innanzitutto alla luce del dettato dell'articolo 52(3) della Carta, divenuta norma dotata di carattere vincolante a seguito del Trattato di Lisbona, che, come noto, prescrive che la tutela offerta dalla CEDU costituisce il livello minimo dal quale le Corti UE non possono discostarsi nell'interpretare le disposizioni della Carta che corrispondono ai diritti sanciti della Convenzione. D'altro canto, una siffatta ricerca pare necessaria anche alla luce della crescente importanza che il rispetto dei diritti fondamentali assume oggi nell'ordinamento “comunitario”, non solo in ambito *antitrust*¹²²⁶, e a

talune, non necessariamente tutte, le suddette garanzie. Sul punto v. più approfonditamente quanto illustrato nel **Capitolo II, sub 6.3.**

¹²²³ A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., pp. 53-54.

¹²²⁴ D. HARRIS, M. O'BOYLE, E. BATES, C. BUCKLEY, *op. cit.*, p. 246.

¹²²⁵ La scelta di concentrarsi sulla sola fase del procedimento in senso stretto e, quindi, sulle sole garanzie procedurali che devono trovare spazio nell'ambito di quest'ultimo è stata chiarita a suo tempo. Come già spiegato, non appartiene quindi all'oggetto della presente ricerca l'indagine circa la successiva ed eventuale fase giudiziale, con la connessa questione della “intensità” dello scrutinio che le Corti UE sono chiamate a esercitare sulle decisioni della Commissione.

¹²²⁶ Cfr., in proposito, I. A. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU, L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, cit.

prescindere da una futura eventuale adesione alla CEDU, che pare al momento, come noto, alquanto remota¹²²⁷.

In proposito, l'analisi della giurisprudenza "comunitaria" effettuata nei **Capitoli III e IV** ha messo in luce che vi sono tuttora talune questioni (la cui importanza non pare trascurabile) rispetto alle quali l'orientamento fatto proprio dalle Corti UE non risulta del tutto in linea con il livello di tutela offerto dalla Convenzione¹²²⁸.

Un primo punto su cui si è rilevata l'esistenza del suddetto divario attiene al diritto delle imprese di accedere al fascicolo istruttorio della Commissione, che, come visto, costituisce una componente essenziale del diritto ad essere sentiti. In particolare, si ritiene censurabile l'assenza di una previsione che consenta alle parti di ottenere uno scrutinio giudiziale immediato sulle decisioni adottate dal consigliere-auditore in merito alle richieste di accesso al fascicolo¹²²⁹. Come visto, tali decisioni non sono immediatamente impugnabili, posto che, come affermato dalle Corti UE, le stesse non sarebbero suscettibili di arrecare un pregiudizio immediato agli interessi delle imprese¹²³⁰, trattandosi di semplici atti preparatori¹²³¹.

Tale posizione è, innanzitutto, incompatibile con l'orientamento della Corte EDU, che ritiene necessario – al fine di assicurare il rispetto del principio della parità delle armi – che sulle decisioni circa l'accesso al materiale probatorio raccolto dai funzionari amministrativi incaricati di istruire un caso (scenario in cui parrebbe rientrare in pieno il procedimento *antitrust* condotto dalla Commissione) l'accusato debba essere messo nella posizione di sollevare eventuali obiezioni, prevedendo altresì che sulle stesse si debba poi pronunciare un giudice¹²³².

¹²²⁷ S. DOUGLAS-SCOTT, *The Relationship Between the EU and the ECHR five years on from the Treaty of Lisbon*, cit., p. 7.

¹²²⁸ Nello stesso senso, v. A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., pp. 224-225.

¹²²⁹ V. **Capitolo IV**, sub 3.2.5.

¹²³⁰ V. la sentenza del Tribunale *Cimenteries CBR e a. c. Commissione*, cit., punti 42 e 47; v. anche l'ordinanza del Tribunale *Reisebank c. Commissione*, cit., punto 51.

¹²³¹ Tale posizione è stata ribadita di recente – anche rispetto alle decisioni del consigliere-auditore sull'estensione dei termini procedurali – dall'ordinanza del Presidente del Tribunale del 27 gennaio 2009 *Intel c. Commissione*, causa T-457/08 R, EU:T:2009:18, punto 56: "the decisions refusing to grant access to those documents and, subsequently, to extend the deadline for service of the reply to the SSO, even though they may constitute an infringement of the rights of the defence, are merely preparatory measures whose negative effects will be felt only in the event of any final decision finding that there has been an infringement. As such, they therefore have no independent and immediate legal effect and cannot be the subject of an action".

¹²³² V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Bryan c. Regno Unito*, cit., punto 46; *Fortum Corporation c. Finlandia*, cit., punti 41, 43; *Jasper c. Regno Unito*, cit., punto 52.

Del resto, come ampiamente osservato, tale posizione appare anche di per sé ingiustificata e criticabile. *In primis*, non si capisce la logica sottostante la differenza di orientamento con riguardo alle decisioni assunte dal consigliere-auditore in merito alla divulgazione di informazioni a fascicolo aventi natura asseritamente confidenziale¹²³³, la cui natura giuridica è evidentemente identica rispetto alle decisioni qui in commento. Inoltre, come correttamente notato in dottrina, una decisione adottata dal consigliere-auditore per rifiutare l'accesso a taluni documenti del fascicolo costituisce l'esito di una sub-procedura *ad hoc*, che specifica la posizione definitiva della Commissione sul diritto di accesso della parte con riguardo ai documenti in questione, e non costituisce quindi propriamente un atto di natura intermedia o preparatoria¹²³⁴.

Comunque, e anche a prescindere dalle osservazioni di cui sopra, si ritiene che siano invero pacificamente ravvisabili – a differenza di quanto statuito sul punto dal giudice “comunitario” – situazioni in cui un'errata decisione del consigliere-auditore in merito all'accesso al fascicolo potrebbe avere effetti pregiudizievoli significativi e immediati sulla posizione di un'impresa, soprattutto alla luce della natura eminentemente fattuale (o *fact-intensive*) dei procedimenti in materia *antitrust*, specie in materia di cartelli¹²³⁵. Ciò posto, non pare affatto certo che una successiva sentenza che, a valle della decisione d'infrazione, accerti l'illegittimità delle determinazioni della Commissione in materia di accesso agli atti, possa eliminare tali effetti pregiudizievoli, considerando che la fase giudiziale non può sostituire il diritto delle parti del procedimento a che quest'ultimo sia condotto in modo appropriato e che i loro diritti di difesa siano rispettati¹²³⁶.

¹²³³ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia *AKZO Chemie c. Commissione*, cit., punto 29.

¹²³⁴ M. LEVITT, *Commission hearings and the role of the hearing officer: suggestions for reform*, in *ECLR*, 1998, p. 407.

¹²³⁵ Così anche A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., p. 95.

¹²³⁶ M. LEVITT, *Commission hearings and the role of the hearing officer: suggestions for reform*, cit., p. 407. Tale A. ha giustamente osservato (p. 408) che “[w]hilst it is acknowledged that the recognition of the right to challenge decisions of the Hearing Officer would present a risk of litigation motivated solely by considerations of delay, this is an issue to be addressed through reform of the Court’s own rules (by, for example, streamlining the procedures of the Court to allow interlocutory appeals from the Hearing Officer): time-wasting appeals alone cannot, pending such reform, justify a denial of judicial review where such a right would otherwise exist”.

Di conseguenza, si ritiene scorretto escludere in modo meccanico o automatico, e senza una previa valutazione nel merito, l'ammissibilità di siffatte impugnazioni dinanzi al Tribunale (peraltro, tale controllo di ammissibilità si rivelerebbe senz'altro utile anche al fine di "bloccare" eventuali ricorsi motivati da ragioni dilatorie).

Tornando all'analisi della giurisprudenza "comunitaria" effettuata nel corso della presente ricerca, sono poi emerse talune discrepanze tra il livello di tutela offerto dalle Corti UE ai diritti di difesa applicabili nella fase delle indagini preliminari (ossia, il diritto alla non autoincriminazione e il diritto alla confidenzialità delle comunicazioni tra avvocato e cliente) e le corrispondenti garanzie derivanti dalla CEDU, nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo.

In particolare, con riguardo al diritto alla non autoincriminazione¹²³⁷, si è rilevato che la distinzione tuttora accolta nell'ordinamento "comunitario" tra domande puramente fattuali (considerate legittime) e c.d. *leading questions* (ritenute incompatibili col diritto alla non autoincriminazione)¹²³⁸ non trova riscontro nell'orientamento fatto proprio dalla Corte EDU, la quale ha avuto modo di riconoscere che anche informazioni relative a semplici questioni fattuali (o addirittura dichiarazioni di non colpevolezza) possono in linea di principio ricadere nel principio del *nemo tenetur se detegere*, se utilizzate o comunque utilizzabili in seguito in modo incriminante¹²³⁹.

Per quanto l'approccio più restrittivo adottato a livello UE possa eventualmente essere spiegato con la circostanza che le pronunce sul punto riguardassero non persone fisiche imputate in processi penali, come nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ma persone giuridiche coinvolte in procedimenti per l'applicazione della normativa in materia di concorrenza (potendo, secondo alcuni autori, giustificarsi in quest'ultimo frangente un approccio più "permissivo"¹²⁴⁰), si ritiene che tale argomento non sia decisivo, soprattutto se giustificato sulla scorta della necessità di assicurare un *effet utile* alle disposizioni *antitrust* e, quindi, un'efficacia significativa

¹²³⁷ V. **Capitolo III, sub. 3.4.**

¹²³⁸ V. già la sentenza della Corte di giustizia *Orkem c. Commissione*, cit.

¹²³⁹ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Funke c. Francia*, cit.; *Saunders c. Regno Unito*, cit.; *J.B. c. Svizzera*, cit.

¹²⁴⁰ Cfr. W. P. J. WILS, *Self-Incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, cit., p. 577. V. anche S. A. TRAINOR, *A comparative analysis of a corporation's right against self-incrimination*, in *Fordham Int'l L J*, 1994-1995 (18), p. 2139.

all'azione di *enforcement* della Commissione¹²⁴¹. Invero, sul punto va sottolineato che la Corte EDU ha mostrato di non accettare l'argomento per cui le infrazioni societarie avrebbero caratteristiche particolari, tali da giustificare una minore protezione dei diritti degli accusati¹²⁴², e ciò si applica *a fortiori* al diritto *antitrust*. Inoltre, la posizione delle Corti UE non sembra giustificabile alla luce dell'esigenza di tutelare “*chiunque*” dall'esercizio arbitrario o sproporzionato dei pubblici poteri¹²⁴³.

Anche sull'ambito di applicazione del c.d. *legal professional privilege* si è avuto modo di rilevare che le Corti UE hanno elaborato negli anni un orientamento più restrittivo rispetto alla posizione della Corte di Strasburgo¹²⁴⁴. In particolare, ciò risulta evidente con riguardo alla questione dell'ambito applicativo *ratione materiae* del diritto: mentre la Corte EDU concepisce il principio della riservatezza della corrispondenza scambiata tra cliente e avvocato in termini assoluti, ammettendo solo limitate (e giustificate) eccezioni a tale regola, nell'ordinamento “comunitario” le Corti UE si riferiscono espressamente al *legal professional privilege* quale una “eccezione” ai poteri d'indagine della Commissione¹²⁴⁵, mettendo in luce una profonda differenza di prospettiva.

Alla luce del bilancio appena tracciato, pare senz'altro auspicabile, a giudizio di chi scrive, un *revirement* giurisprudenziale da parte delle Corti UE con riguardo ai punti summenzionati, volto a ottenere un pieno allineamento rispetto all'orientamento fatto proprio dalla Corte EDU, in ossequio alla natura penale (o quasi penale) che deve riconoscersi alle ammende comminabili nell'ambito del procedimento *antitrust*.

Pertanto, l'esigenza di garantire una tutela piena ai diritti di difesa delle imprese nell'ambito del procedimento *antitrust* a livello UE non discende soltanto dal confronto con l'articolo 6 CEDU, ma anche – come già ampiamente discusso – dal tenore dell'articolo 52(3) della Carta, che ammette espressamente la possibilità che la giurisprudenza “comunitaria” offra una protezione più estesa ai diritti in essa contenuti, “andando al di là” della Convenzione.

¹²⁴¹ T. TRIDIMAS, *op. cit.*, p. 377.

¹²⁴² V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Saunders c. Regno Unito*, cit., punto 74.

¹²⁴³ Così A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., pp. 231; M. EMBERLAND, *op. cit.*, p. 47.

¹²⁴⁴ V. **Capitolo III, sub 4.4.**

¹²⁴⁵ V. la sentenza del Tribunale *Akzo Nobel*, cit., punto 176.

È proprio alla luce di quest'ultima disposizione che si ritiene possibile (e, anzi, doveroso) muovere oltre il mero confronto tra orientamenti giurisprudenziali, valutando il quadro “comunitario” in quanto tale, anche a prescindere dalla (eventualmente appurata) compatibilità con le posizioni espresse dalla Corte di Strasburgo.

Pare dunque opportuno analizzare, a titolo di conclusione della presente ricerca, il sistema delle tutele previste per la posizione delle imprese coinvolte nel procedimento per l'applicazione del diritto *antitrust* UE al fine di individuarne i profili “problematici” e suscettibili di essere riformati in chiave di maggior tutela dei diritti di difesa delle imprese stesse.

2. Profili del procedimento *antitrust* suscettibili di riforma

Nel corso della presente ricerca, si è avuto modo di illustrare come il sistema attualmente esistente nell'Unione per l'applicazione della normativa *antitrust* presenti taluni profili censurabili, che meriterebbero di essere ripensati, anche profondamente. E ciò non solo – anche se, come è comprensibile, principalmente – al fine di procurare che detto sistema sia pienamente allineato con i requisiti che discendono dall'applicabilità dell'articolo 6 della CEDU, ma anche – e al di là di tale dato – nell'ottica di rendere il modello procedimentale di *public enforcement* del diritto della concorrenza a livello UE il più possibile rispettoso dei diritti di difesa delle imprese coinvolte, non da ultimo al fine di accrescerne la legittimità (vera o percepita) e la tenuta democratica¹²⁴⁶.

In linea generale, guardando ai profili suscettibili di riforma, si ritiene opportuno distinguere un primo gruppo di aspetti critici che vanno al cuore dell'assetto istituzionale e organizzativo del procedimento *antitrust* UE¹²⁴⁷. Le censure che possono essere avanzate in proposito sono fondamentalmente due, e attengono in generale al processo decisionale esistente all'interno della Commissione, considerato profondamente inadeguato agli scopi che tale istituzione è chiamata a perseguire, con specifico riguardo all'applicazione della normativa *antitrust*. Va sottolineato, peraltro, che tale processo decisionale è rimasto sostanzialmente immutato dal 1962, data dell'adozione del primo regolamento attuativo della normativa *antitrust*¹²⁴⁸.

¹²⁴⁶ H. P. NEHL, *Good administration as procedural right and/or general principle?*, cit., p. 345.

¹²⁴⁷ Sui diversi modelli esistenti negli Stati membri dell'Unione, v. F. JENNY, *The institutional design of Competition Authorities: Debates and Trends*, in F. JENNY, Y. KATSOUALACOS (a cura di), *Competition Law Enforcement in the BRICS and in Developing Countries. Legal and Economic Aspects*, Cham, 2016; A. PIARKIEWICZ, M. BOTTA, *NCA's Institutional Design and Enforcement Strategies*, in *EUI Policy Brief*, 2016/03; W. E. KOVACIC, D. A. HYMAN, *Competition Agency Design: What's on the menu*, GWU Legal Studies Research Paper n° 2012-135; A. FELS, H. ERGAS, *Institutional Design Of Competition Authorities*, OECD Competition Committee, 17 e 18 gennaio 2014 (disponibile online su: <http://www.oecd.org/daf/competition/changes-in-competition-institutional-design.htm>); E. M. FOX, M. J. TREBILCOX, *The Design of Competition Law Institutions and the Global Convergence of Process Norms: The GAL Competition Project*, New York University Law and Economics Working Papers, 8 gennaio 2012; W. E. KOVACIC, *The Institution of Antitrust Law: How Structure Shapes Substance*, in *110 Mich. Law Rev.*, 2012, p. 1021 ss.; J. G. V. POWER, *The Relative Merits of Courts and Agencies in Competition Law – Institutional Design: Administrative Models; Judicial Models; and Mixed Models*, in *European Competition Journal*, aprile 2010.

¹²⁴⁸ Così I. S. FORRESTER, *Due process in EC competition cases: a distinguished institution with flawed procedures*, cit., p. 822. Cfr. anche J. TEMPLE LANG, *Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003*, cit., p. 209, che nota come dall'adozione del Regolamento 17/1962 gli unici cambiamenti significativi a livello di assetto procedurale siano stati l'introduzione della figura del consigliere-auditore e gli altri meccanismi di

In quest'ottica, da un lato, è spesso aspramente criticata la circostanza che la decisione finale assunta all'esito del procedimento sia adottata dal collegio dei 28 membri che compongono la Commissione, ossia da un gruppo di individui tendenzialmente privi delle competenze tecniche necessarie a valutare appieno la sussistenza di una responsabilità in ottica *antitrust*, oltre che potenzialmente vulnerabili a pressioni esterne, soprattutto di natura politica¹²⁴⁹. Peraltro, è altresì chiaro che, di tali individui, ragionevolmente nessuno avrà letto l'intero progetto di decisione, né esaminato il fascicolo istruttorio, né presenziato all'audizione orale (salvo forse – e auspicabilmente – con riguardo al primo punto, il commissario con competenze in materia di concorrenza). Forti critiche alla circostanza in parola sono state anche mosse dall'OECD, che ha osservato come “nessun'altra giurisdizione parte dell'OECD attribuisca responsabilità decisionali nell'applicazione del diritto della concorrenza a un organo come la Commissione”, posto che “con i suoi [28] membri, la Commissione ha una composizione troppo ampia per poter deliberare in modo efficace e assumere decisioni su questioni eminentemente fattuali”¹²⁵⁰. Invero, è significativo notare che, nella maggior parte degli Stati membri, le audizioni nei procedimenti *antitrust* si svolgono dinanzi ai soggetti chiamati ad assumere la decisione finale (siano essi giudici indipendenti o autorità amministrative)¹²⁵¹.

Un secondo aspetto passibile di censura è il fatto che la decisione d'infrazione sia redatta dagli stessi funzionari della Commissione che hanno redatto la comunicazione degli addebiti, per via dell'assenza di separazione di funzioni all'interno della Commissione stessa¹²⁵². Circostanza che, come già messo in luce, determina un rischio concreto che gli individui coinvolti siano portati a sviluppare una serie di pregiudizi (c.d. *prosecutorial bias*), “affezionandosi al proprio caso” e perdendo di

checks and balances, ossia il *Chief Economist* e i *peer review panels*. Per il resto, l'assetto procedurale è rimasto interamente invariato.

¹²⁴⁹ Cfr. J. TEMPLE LANG, *Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003*, cit., p. 194. *Contra*, A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., p. 96.

¹²⁵⁰ OECD, *Country studies: European Commission – Peer Review of Competition Law and Policy*, 2005, p. 63 (disponibile online su: <http://www.oecd.org/eu/35908641.pdf>) (nostra traduzione). V. anche D. SLATER, S. THOMAS, D. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 40.

¹²⁵¹ D. WAELBROECK, M. MEROLA, *op. cit.*, p. 221.

¹²⁵² V. I. S. FORRESTER, *Due process in EC competition cases: a distinguished institution with flawed procedures*, cit., p. 822; J. TEMPLE LANG, *Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003*, cit., p. 194.

conseguenza l'imparzialità che dovrebbe contraddistinguere l'autorità procedente in simili contesti¹²⁵³.

Rispetto a tale situazione, come visto¹²⁵⁴, sono stati negli anni introdotti taluni correttivi di natura procedurale (i c.d. *checks and balances* interni), anche con l'obiettivo di stemperare l'ingiustizia sostanziale data dal fatto che la Commissione assomma in sé la funzione istruttoria e quella decisionale: il consigliere-auditore, i c.d. *peer review panels*, il c.d. *Chief Economist*, il comitato consultivo ex articolo 14 del Regolamento 1/2003. Tuttavia, pur andando nella direzione giusta, nessuno di questi meccanismi può rimediare in modo effettivo alla problematica summenzionata, in particolare per via del loro apporto limitato al procedimento, spesso peraltro destinato a restare nell'ombra, sottratto ad una piena visibilità delle parti. La situazione è parzialmente diversa con riguardo al consigliere-auditore, come si è visto, ma resta il fatto che tale figura non può di per sé incidere sul fatto che il procedimento è strutturato nel modo descritto – e comunque, come si vedrà *infra*, anche riguardo a tale soggetto sussistono ampi margini di riforma e miglioramento.

Peraltro, è stato correttamente messo in luce in dottrina che l'aspetto più insidioso dell'accumulo di poteri in capo alla Commissione (o, in altri termini, dell'esistenza di una struttura "monolitica" incaricata del *public enforcement antitrust* a livello UE¹²⁵⁵) è l'impossibilità pratica di misurarne l'eventuale impatto sulla decisione finale¹²⁵⁶. Come affermato dalla Corte EDU nella sentenza *Tsfayo c. Regno Unito*, "uno dei problemi fondamentali che derivano dalla connessione tra un tribunale chiamato a verificare i fatti e una delle parti della controversia è che la misura in cui la decisione sui fatti rischia di essere influenzata non può essere facilmente (o del tutto) valutata.

¹²⁵³ Cfr. **Capitolo II**, nota 266. Sul punto, v. anche F. MONTAG, *op. cit.*, pp. 429-430, che osserva: "the described problem is primarily due to the contradictory functions which the Commission officials handling infringement cases are obliged to perform [...]. These officials are responsible for the case from the time an investigation is opened until the Commission adopts a decision. They carry out the preliminary investigation which ends with the drafting of the Statement of Objections, act as a quasi-prosecutor during the infringement proceedings and, finally, are responsible for drafting the Commission's decision. [...] The longer the proceeding lasts – and this can be years – the more entrenched the barriers of defence between the undertaking and the Commission administrators involved tend to become. [...] it is understandable in human terms that Commission officials sometimes want to push through what they perceive to be 'their' case. And it explains why arguments put forward by the parties often appear to fall on deaf ears".

¹²⁵⁴ V. **Capitolo II**, *sub* 4.1.4.

¹²⁵⁵ P. VAN CLEYNENBREUGEL, *op. cit.*, p. 287.

¹²⁵⁶ D. SLATER, S. THOMAS, D. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 36.

[...] Dunque la risposta a un'accusa di pregiudizio non può essere data guardando alla decisione e dicendo che non risulta dimostrato alcun pregiudizio, o che il ragionamento appare chiaro, cogente e supportato dal materiale probatorio¹²⁵⁷.

Come si è avuto modo di notare a più riprese nel corso della presente ricerca, le citate censure sono pienamente condivisibili¹²⁵⁸, e rischiano di minare la sostanza stessa dell'attività svolta dalla Commissione: è stato infatti correttamente affermato che, per funzionare in modo ottimale, un sistema di applicazione della normativa *antitrust* non solo deve essere fondato su regole e strumenti giuridici adeguati, ma deve anche prevedere procedimenti e strutture amministrative che funzionino in modo appropriato¹²⁵⁹. Nel caso della Commissione, nonostante l'indubbio successo della sua attività di *public enforcement* e la sua capacità di perseguire in modo efficace le violazioni della normativa *antitrust*, i procedimenti e le strutture amministrative presentano, come visto sopra, profonde mancanze¹²⁶⁰.

In dottrina sono state avanzate numerose proposte di riforma volte a rimediare ai problemi riscontrati¹²⁶¹. Tali proposte mirano tutte, sostanzialmente, a separare le diverse funzioni attinenti all'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, differenziandosi tra loro dal punto di vista della misura della separazione che intendono ottenere e, di conseguenza, della loro concreta idoneità a porre rimedio ai difetti riscontrati.

Si va, così, da una "semplice" riorganizzazione interna della DG Concorrenza¹²⁶² (che può a sua volta assumere diverse forme¹²⁶³), alla creazione di un'autorità di

¹²⁵⁷ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 14 novembre 2006 *Tsfayo c. Regno Unito*, ric. 60860/00, CE:ECHR:2006:1114JUD006086000, punto 33 (nostra traduzione).

¹²⁵⁸ Critiche analoghe a quelle esaminate sopra sono state avanzate anche, tra gli altri, da: B. VESTERDORF, *Judicial Review in EC Competition Law: Reflections on the Role of the Community Courts in the EC System of Competition Law Enforcement*, in CPI, 2005, 1 (2), p. 3 ss.; HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE ON THE EUROPEAN UNION, *I Report: Enforcement of Community Competition Rules*, sess. 1993/1994; HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE ON THE EUROPEAN UNION, *XIX Report: Strengthening the Role of the Hearing Officer*, cit.; S. WERNICKE, *op. cit.*

¹²⁵⁹ P. LOWE, *The design of competition policy institutions for the 21st century – The experience of the European Commission and DG Competition*, in *Competition Policy Newsletter*, 2008 (3), p. 1.

¹²⁶⁰ B. HOLLES, *op. cit.*, p. 16.

¹²⁶¹ Per un'ottima rassegna, v. D. WAELBROECK, M. MEROLA, *op. cit.*, p. 238 ss.

¹²⁶² J. TEMPLE LANG, *Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003*, cit., p. 215; B. NASCIBENE, *Fair trial and the rights of the defence in antitrust proceedings before the Commission: a need for reform?*, cit., pp. 580-581.

¹²⁶³ Si è proposto, ad esempio, di delegare ulteriori funzioni e poteri al Commissario con competenza in materia di concorrenza: cfr. J. TEMPLE LANG, *Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003*, cit., p. 211, che osserva però

concorrenza europea (il c.d. *European Cartel Office*)¹²⁶⁴ eventualmente modellata sulla falsariga dell'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF)¹²⁶⁵, alla proposta più radicale (e più gettonata) di tutte, volta a separare completamente la funzione istruttoria e quella decisoria in ambito *antitrust*: la Commissione continuerebbe a svolgere l'attività investigativa, ma la decisione finale sarebbe adottata dalle Corti UE¹²⁶⁶ (eventualmente da una corte specializzata in materia di concorrenza, da istituire a norma dell'articolo 257 TFUE¹²⁶⁷). Tra le proposte volte a riorganizzare in modo più o meno penetrante la DG Concorrenza, interessante richiamare quella avanzata da Wernicke, che mira ad assimilare i poteri attribuiti al consigliere-auditore a quelli previsti, nell'ordinamento statunitense, in capo ai c.d. *Administrative Law*

che “[i]t would be undesirable for a single individual, particularly a politician who was not a trained and experienced judge, and who might want to demonstrate determination and toughness, to have too much power, in particular the power to overrule the advice of officials and e.g., to increase the amount of fines for price-fixing”. Un'altra proposta (non condivisibile, a giudizio di chi scrive) è quella avanzata da H. H. LIDGARD, *op. cit.*, p. 421: “An alternative might be to seek inspiration from the way the procedure is construed at OHIM. Simply, transform the Advisory Committee from a forum for discussion between representatives from the national competition offices (they meet anyway in the network) to an internal appeals instance that will review contested decisions. Such a measure, combined with a GC which is turning every stone and not shying away from more complex issues would create the type of procedure that would satisfy the requirements of the Lisbon Treaty”.

¹²⁶⁴ S. WERNICKE, *op. cit.*, p. 219; C.-D. EHLERMANN, *Reflections on a European Cartel Office*, in *CMLR*, 1995 (32), p. 471 ss.; J. KILLICK, P. BERGHE, *op. cit.*, p. 279; M. THATCHER, *The Creation of European Regulatory Agencies and its Limits: a Comparative Analysis of European Delegation*, in *JEPP*, 2011 (18), p. 790 ss. Cfr. in proposito anche A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., p. 240: l'A. riporta il dibattito dottrinale sulla questione, e in particolare le posizioni secondo cui la creazione di un organo separato per l'applicazione della normativa *antitrust* risulterebbe nella marginalizzazione della politica in materia di *antitrust* e controllo delle concentrazioni rispetto alle altre politiche economiche perseguite dalla Commissione, aumenterebbe il rischio di interpretazioni incoerenti delle norme sulla concorrenza rispetto alle altre disposizioni dei Trattati e, quindi, accrescerebbe il grado di complessità della struttura istituzionale attualmente esistente. V., su quest'ultimo punto, A. RILEY, *The European Cartel Office: a guardian without weapons?*, in *ECLR*, 1997 (18), p. 3 ss.

¹²⁶⁵ J. KILLICK, P. BERGHE, *op. cit.*, p. 279; A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., p. 241 s.

¹²⁶⁶ D. WAELBROECK, D. FOSSELDARD, *op. cit.*, p. 111 ss.; P. MARSDEN, *Checks and Balances: EU Competition Law and the Rule of Law*, in *CLI*, 2009, p. 24 ss.; J. TEMPLE LANG, *Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003*, cit., p. 221; S. WERNICKE, *op. cit.*, p. 221; A. MONTAG, *op. cit.*, p. 435; B. NASCIBENE, *op. cit.*, pp. 580-582; L. ORTIZ BLANCO, M. ENGLISH, *Procedural Rights in EU Antitrust Enforcement – Fifty Years On*, in I. GOVAERE, D. HANF (a cura di), *Scrutinizing Internal and External Dimensions of European Law, Liber Amicorum Paul Demaret*, Bruxelles, 2013, p. 627 ss.

¹²⁶⁷ J. TEMPLE LANG, *Do we need a European Union Competition Court?*, in C. BAUDENBACHER, C. GULMANN, K. LENAERTS, E. COULON, E. BARBIER DE LA SERRE (a cura di), *Liber Amicorum in honour of Bo Vesterdorf*, Bruxelles, 2007, p. 343 ss.; HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE ON THE EUROPEAN UNION, *XV Report: An EU Competition Court*, sess. 2006/2007; S. WERNICKE, *op. cit.*, p. 221; A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, cit., pp. 235 ss.; B. NASCIBENE, *op. cit.*, pp. 579-580; D. SLATER, S. THOMAS, D. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 46.

*Judges*¹²⁶⁸. Una siffatta modifica dei poteri del consigliere-auditore non sarebbe, peraltro, né facilmente attuabile né comunque desiderabile, a giudizio di chi scrive: sul punto si tornerà più avanti, *sub* 3.1.2.

Senza contare, naturalmente, le proposte volte a rendere più intenso il grado di scrutinio giudiziale che può essere esercitato in sede di impugnazione sulle decisioni della Commissione¹²⁶⁹ (aspetto che, come già sottolineato¹²⁷⁰, esula dalla presente ricerca, riguardando non il procedimento vero e proprio ma la successiva fase giudiziale – tant'è che è stato correttamente rilevato da Temple Lang che tale modifica, per quanto necessaria e foriera di indubbi benefici, non offre una soluzione alle critiche relative alla struttura del procedimento dinanzi alla Commissione¹²⁷¹).

Per quanto tali proposte di riforma vadano tutte indubbiamente nella giusta direzione e siano, dunque, tutte più o meno condivisibili, non si può non rilevare come le stesse siano al contempo decisamente ambiziose, implicando modifiche assai profonde del sistema di *enforcement* attualmente esistente nell'Unione.

Invero, dette riforme richiederebbero innanzitutto una volontà politica di cambiamento particolarmente forte da parte della Commissione e degli stessi Stati membri, che sembra difficilmente immaginabile allo stato attuale, o comunque nel medio termine¹²⁷². E inoltre, la maggior parte di tali proposte imporrebbe comunque di mettere mano ai Trattati, introducendo nella materia della concorrenza i cambiamenti più radicali dall'inizio dell'applicazione della relativa normativa a livello UE¹²⁷³.

¹²⁶⁸ S. WERNICKE, *op. cit.*, p. 213. V. anche J. KILLICK, P. BERGHE, *op. cit.*, p. 282.

¹²⁶⁹ J. KILLICK, P. BERGHE, *op. cit.*, p. 280.

¹²⁷⁰ V. **Capitolo II, sub 6.5.**

¹²⁷¹ J. TEMPLE LANG, *Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003*, cit., p. 213.

¹²⁷² Cfr. nello stesso tempo I. S. FORRESTER, *Due process in EC competition cases: a distinguished institution with flawed procedures*, cit., p. 820; J. KILLICK, P. BERGHE, *op. cit.*, p. 282.

¹²⁷³ Con riguardo a talune delle proposte passate in rassegna (ma non quelle più ambiziose: v., sul punto, B. NASCIBENE, *op. cit.*, p. 580), sarebbe senz'altro possibile ricorrere alla base giuridica offerta dall'articolo 103 TFUE, che prevede quanto segue: "1. I regolamenti e le direttive utili ai fini dell'applicazione dei principi contemplati dagli articoli 101 e 102 sono stabiliti dal Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo.

2. Le disposizioni di cui al paragrafo 1 hanno, in particolare, lo scopo di:

a) garantire l'osservanza dei divieti di cui all'articolo 101, paragrafo 1, e all'articolo 102, comminando ammende e penalità di mora;

b) determinare le modalità di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, avendo riguardo alla necessità di esercitare una sorveglianza efficace e, nel contempo, semplificare, per quanto possibile, il controllo amministrativo;

Per questi motivi, in un’ottica meno ambiziosa ma più realistica, si ritiene opportuno concentrarsi su un secondo gruppo di profili che – seppure ad un primo sguardo abbiano portata più modesta – paiono ugualmente suscettibili di riforma, e che attengono più propriamente al concreto svolgimento del procedimento *antitrust*. Vi sono invero taluni aspetti di quest’ultimo che, pur scontando le lacune e problematiche derivanti dall’assetto istituzionale che governa lo stesso, potrebbero senz’altro essere modificati e migliorati. Ciò, peraltro, contribuirebbe in ultima analisi ad accrescere l’equità, la correttezza e la trasparenza delle procedure, con conseguenze positive, tra l’altro, sul volume e la durata del successivo contenzioso dinanzi al giudice dell’Unione¹²⁷⁴.

È questo, in un certo senso, il ragionamento che traspare dalla decisione della stessa Commissione di introdurre nel procedimento i meccanismi di *checks and balances* interni già esaminati in precedenza. Ed è certamente, a giudizio di chi scrive, un punto di vista corretto, per quanto si possa e si debba portare oltre rispetto a quanto già fatto. Adottando questo approccio, si ritiene vi siano sostanzialmente due aspetti del procedimento *antitrust*, nella sua attuale configurazione e assetto istituzionale, che sono meritevoli di immediato ripensamento in un’ottica di riforma.

Il primo aspetto è la regolamentazione del ruolo del consigliere-auditore. Si è detto in precedenza¹²⁷⁵ che, nell’ambito delle previsioni già esistenti in tema di *checks and balances* interni al procedimento, la figura del consigliere-auditore assume rilievo primario: ciò è vero perché – rispetto agli altri meccanismi esaminati, ad esempio i *peer review panels* – il primo ha prerogative, poteri e, in ultima analisi, una capacità di incidere sul procedimento nell’ottica della salvaguardia dei diritti di difesa delle

c) precisare, eventualmente, per i vari settori economici, il campo di applicazione delle disposizioni degli articoli 101 e 102;

d) definire i rispettivi compiti della Commissione e della Corte di giustizia dell’Unione europea nell’applicazione delle disposizioni contemplate dal presente paragrafo;

e) definire i rapporti fra le legislazioni nazionali da una parte e le disposizioni della presente sezione nonché quelle adottate in applicazione del presente articolo, dall’altra”.

Per un commento alla disposizione, si rinvia a D. P. DOMENICUCCI, *Art. 103 TFUE*, in A. CATRICALÀ, P. TROIANO (a cura di), *Codice commentato della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, p. 136 ss. V. anche sul punto A. RILEY, *The modernisation of EU anti-cartel enforcement: will the Commission grasp the opportunity?*, cit., p. 201, secondo cui tale norma è stata deliberatamente inserita nei Trattati per consentire al Consiglio di calibrare l’equilibrio istituzionale tra la Commissione e le Corti UE.

¹²⁷⁴ In tal senso, anche G. DI FEDERICO, *The role of the Hearing Officer in antitrust cases. A critical assessment of the new mandate and practice after 2011*, in P. NIHOUL, T. SKOCZNY (a cura di), op. cit., p. 166.

¹²⁷⁵ V. **Capitolo II**, sub **4.1.4**.

parti significativamente più ampi¹²⁷⁶. D'altro canto, si è avuto modo di rilevare a più riprese e in vari contesti come sussistano ancora talune aree problematiche nell'azione e nella regolamentazione del consigliere-auditore (sia con riguardo al suo *status* istituzionale, sia con riguardo ai suoi poteri) che potrebbero certamente essere riviste e modificate, senza che ciò comporti “stravolgimenti” radicali a livello procedurale¹²⁷⁷.

Il secondo aspetto che, a giudizio di chi scrive, si presterebbe a talune modifiche, è l'audizione orale. Si è rilevato, infatti, come tale momento del procedimento, pur dotato di un forte potenziale di incidere in senso positivo sui diritti di difesa delle parti, presenti al contempo alcune lacune o difetti nella regolamentazione, che contribuiscono a creare la sensazione (certo meno intensa che in passato, ma pur sempre presente) che l'audizione orale non presenti alcuna vera utilità pratica per le parti, costituendo al contrario un onere in termini di organizzazione e addirittura un rischio, potendo finire per aggravare la situazione delle parti agli occhi della Commissione. In proposito, si ritiene sia possibile intervenire per colmare tali lacune attraverso apposite modifiche procedurali, potenziando il ruolo dell'audizione orale quale vero e proprio “cuore” del procedimento *antitrust*.

Le proposte di modifica in questione paiono decisamente più facili da perseguire rispetto alle grandi riforme viste sopra, soprattutto nel breve termine, in quanto, da un lato, sollevano senz'altro minori problemi istituzionali e politici e, dall'altro, non dovrebbero implicare modifiche dei Trattati, ma solo della legislazione secondaria. Allo stesso tempo, alla luce dell'analisi svolta nei capitoli precedenti circa lo *status* della tutela dei diritti di difesa nel procedimento *antitrust* UE, si ritiene che tali proposte possano incidere in senso positivo sulla questione oggetto di studio, migliorando non solo la posizione concreta delle imprese all'interno del procedimento, ma anche (e ciò non è meno importante) la percezione esterna della correttezza del procedimento stesso (e dunque la sua legittimità agli occhi delle

¹²⁷⁶ V. in proposito le interessanti osservazioni di N. ZINGALES, *op. cit.*, p. 139: “Even though the Hearing Officer is part of the Commission and thus formally constitutes an ‘internal check’, its progressive empowerment with quasi-judicial prerogatives and the increased focus of its role on the protection of the right to be heard may contribute to moving it away from such categorization, towards one of a *de facto* external check provided with some ‘teeth’ to the enforcement of its mandate”.

¹²⁷⁷ Cfr. in questo senso ECLF WORKING GROUP ON TRANSPARENCY AND PROCESS, *op. cit.*, p. 476.

parti¹²⁷⁸), posto che “justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done”¹²⁷⁹.

¹²⁷⁸ Si rimanda, sul punto, a quanto già detto nel **Capitolo II, sub 4.2.**

¹²⁷⁹ Lord Chief Justice Hewart, *R. v. Sussex Justices, ex parte McCarthy* [1924] 1 K.B. 259. Nella giurisprudenza CEDU, v. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 17 gennaio 1970 *Delcourt c. Belgio*, ric. 2689/65, CE:ECHR:1970:0117JUD000268965, punto 31; del 26 ottobre 1984 *De Cubber c. Belgio*, ric. 9186/80, CE:ECHR:1984:1026JUD000918680, punti 24-26; del 24 maggio 1989 *Hauschildt c. Danimarca*, ric. 10486/83, CE:ECHR:1989:0524JUD001048683, punto 46; *Dubus c. Francia*, cit. punto 53.

3. Proposte di riforma

3.1. Il consigliere-auditore

3.1.1. Lo status del consigliere-auditore

Come già visto, ai sensi delle regole attualmente in vigore, il consigliere-auditore viene nominato dalla Commissione e dipende amministrativamente dal commissario per la concorrenza¹²⁸⁰. Questo assetto è il risultato di una modifica intervenuta nel 2001, posto che inizialmente era previsto che il consigliere-auditore fosse collocato amministrativamente sotto la responsabilità diretta del direttore generale della DG Concorrenza, pur “avendo accesso” al commissario¹²⁸¹.

La modifica in questione è stata introdotta essenzialmente in risposta alle critiche legate all'assenza di una reale indipendenza del consigliere-auditore rispetto alla Commissione, alla luce dello stretto rapporto gerarchico allora esistente tra il “controllore” e il “controllato”. Evidentemente consapevole del fatto che tale circostanza rischiava di incidere sull'autorevolezza del consigliere-auditore agli occhi delle parti del procedimento, la Commissione ha altresì inserito l'attuale articolo 3(1) del mandato del consigliere-auditore, che dispone che quest'ultimo, nell'esercizio delle sue funzioni, agisce in modo indipendente. Come già notato, quest'ultima affermazione costituisce una novità, dall'indubbio valore simbolico, volendo dare risalto all'obiettivo della Commissione di rendere la procedura più obiettiva e imparziale.

Per quanto gli sforzi della Commissione siano positivi, si deve notare che, nonostante le modifiche menzionate, il problema legato allo *status* del consigliere-auditore persiste tuttora.

Non va dimenticato, infatti, che quest'ultimo (il “controllore”) dipende ora amministrativamente dal soggetto (il commissario per la concorrenza) che a sua volta è incaricato di controllare gerarchicamente il “controllato” (la DG Concorrenza). Tale

¹²⁸⁰ Articolo 2 del mandato del consigliere-auditore. In proposito, M. ALBERS, J. JOURDAN, *op. cit.*, p. 188, sottolineano che “[t]he link is purely administrative”.

¹²⁸¹ V. articolo 1(3) del mandato del consigliere-auditore adottato nel 1994: “Sul piano amministrativo, il consigliere-auditore dipende dalla direzione generale della Concorrenza. A garanzia dell'indipendenza nell'esercizio delle funzioni è dotato del potere di rivolgersi direttamente al membro della Commissione incaricato delle questioni di concorrenza, a norma dell'articolo 9 della presente decisione”.

situazione di promiscuità determina il rischio, quale conseguenza naturale del quadro descritto, che il consigliere-auditore possa non sentirsi completamente indipendente nelle proprie determinazioni, posto che il commissario per la concorrenza mantiene un ruolo di controllo residuale assai importante sul futuro sviluppo dell'attività dello stesso, decidendo ad esempio la misura delle risorse da dedicare al raggiungimento dei suoi obiettivi¹²⁸². Non a caso, si è parlato in dottrina di una situazione di indipendenza “*in-house*”, ossia comunque interna alla Commissione¹²⁸³.

Certo, nella pratica il problema summenzionato è certamente legato in gran parte a una questione di percezione, anziché che a un reale *deficit* di indipendenza, dato che non vi è ragione di dubitare della buona fede dei singoli soggetti coinvolti. Tuttavia, come visto, la percezione che le imprese parti del procedimento *antitrust* hanno circa la correttezza, l'equità e la trasparenza dello stesso ha un impatto importante sulla legittimità dell'intero sistema, e non deve essere sottovalutata. Inoltre, anche a prescindere dalla buona fede dei soggetti coinvolti, pare opportuno eliminare qualsiasi rischio o dubbio di interferenza, rendendo quantomeno più difficile che possa crearsi l'occasione di una eccessiva promiscuità.

In quest'ottica, a giudizio di chi scrive, l'unica reale soluzione (tra le tantissime che sono state avanzate in dottrina¹²⁸⁴) sarebbe rescindere qualsiasi superstite legame amministrativo tra il consigliere-auditore, la DG Concorrenza e il commissario preposto a tale politica, collocandolo amministrativamente all'interno del servizio giuridico della Commissione (o del segretariato generale della stessa). In questo modo, infatti, si raggiungerebbe una situazione di reale e completa separazione tra “controllore” e “controllato”, posto che il consigliere-auditore risponderebbe direttamente soltanto al presidente della Commissione¹²⁸⁵ (restando quindi parte dell'istituzione-Commissione, il che di per sé non pare problematico¹²⁸⁶).

¹²⁸² N. ZINGALES, *op. cit.*, p. 140, parla efficacemente in proposito di “restrained oversight”.

¹²⁸³ K. WILLIAMS, *The current role of the Hearing Officer: another step change*, in D. EDWARD, J. MACLENNAN, A. KOMNINOS (a cura di), *A Scot Without Borders Liber Amicorum*, Ian Forrester, New York, 2015, p. 418.

¹²⁸⁴ Per una rassegna, v. B. HOLLES, *op. cit.*, p. 19 ss. V. anche l'originale proposta di D. WAELBROECK, M. MEROLA, *op. cit.*, p. 262, secondo cui al consigliere-auditore dovrebbe essere attribuito uno *status* analogo a quello attualmente previsto per gli avvocati generali.

¹²⁸⁵ Così anche ECLF WORKING GROUP ON TRANSPARENCY AND PROCESS, *op. cit.*, p. 483, secondo cui tale accorgimento accrescerebbe altresì il prestigio della figura del consigliere-auditore.

¹²⁸⁶ *Contra* J. FLATTERY, *op. cit.*, p. 59, che vede in modo critico il fatto che il consigliere-auditore sia remunerato dalla Commissione. Tale posizione, a giudizio di chi scrive, non è convincente, posto che

Quanto alla procedura di selezione, si potrebbe prevedere il coinvolgimento di un comitato apposito (simile a quello previsto per la nomina dei membri della Corte di giustizia e del Tribunale dall'articolo 255 TFUE) incaricato di selezionare i candidati, che comprenda sia specialisti della materia, sia soggetti che abbiano svolto in precedenza la funzione di consigliere-auditore¹²⁸⁷. Inoltre, la nomina dei consiglieri-auditori potrebbe essere disposta senza possibilità di futuro rinnovo, rafforzando ulteriormente l'indipendenza dei soggetti prescelti¹²⁸⁸.

Pare altresì utile inserire nel mandato una disposizione che escluda che i candidati possano essere scelti all'interno della DG Concorrenza, o addirittura della Commissione¹²⁸⁹, pur dovendo naturalmente essere soggetti dotati delle necessarie competenze tecniche. Attualmente, il considerando 6 del mandato del consigliere-auditore prevede solo che "possono essere presi in considerazione *anche* candidati che non sono funzionari della Commissione europea"¹²⁹⁰. Al termine del mandato, sarebbe poi opportuno prevedere la necessità che decorra un lasso di tempo sufficiente prima che il consigliere-auditore e il suo *staff* possano lavorare come funzionari o esperti esterni presso la DG Concorrenza¹²⁹¹.

È poi ovviamente fondamentale che il consigliere-auditore sia dotato delle risorse necessarie per poter svolgere i propri compiti al meglio¹²⁹², e che dette risorse siano a loro volta del tutto indipendenti dalla DG Concorrenza. Al momento, l'unica previsione sul punto è contenuta nel considerando 7 del mandato del consigliere-auditore, che dispone che "[l]a Commissione [...] deve prevederne il personale ausiliario": sarebbe senz'altro utile rafforzare la regolamentazione sul punto¹²⁹³.

Infine, da un punto di vista prettamente "di apprenza" (che però, come ribadito, ha il suo peso), si ritiene che sarebbe opportuno rimuovere fisicamente il consigliere-

il consigliere-auditore, pur lavorando presso la Commissione, ha pur sempre lo *status* di funzionario dell'Unione europea.

¹²⁸⁷ G. DI FEDERICO, *The role of the Hearing Officer in antitrust cases. A critical assessment of the new mandate and practice after 2011*, cit., p. 178.

¹²⁸⁸ R. GREAVES, *op. cit.*, p. 318.

¹²⁸⁹ A. SCHULZ, P. BERGHE, *A new mandate – or how to improve the role of the Hearing Officers*, in *Mlex Magazine*, 2010 (3), p. 55.

¹²⁹⁰ Enfasi aggiunta.

¹²⁹¹ G. DI FEDERICO, *The role of the Hearing Officer in antitrust cases. A critical assessment of the new mandate and practice after 2011*, cit., p. 178.

¹²⁹² In quest'ottica, è stato proposto anche di aumentare il numero dei consiglieri-auditori, che attualmente sono due: v. ad esempio F. MONTAG, *op. cit.*, p. 434.

¹²⁹³ In questo senso anche B. HOLLES, *op. cit.*, p. 21.

auditore dagli edifici in cui hanno sede gli uffici dei funzionari della DG Concorrenza, in modo tale, da un lato, da diminuire la sensazione che vi sia un legame con questi ultimi soggetti, e, dall'altro, evitare che vi siano contatti quotidiani con gli stessi¹²⁹⁴.

3.1.2. I poteri del consigliere-auditore

Passando ora a esaminare le riforme che potrebbero essere introdotte con riguardo alle funzioni attribuite al consigliere-auditore, e data per assodata la necessità di rafforzarne i poteri (punto su cui gli autori che hanno esaminato la questione tendono a concordare)¹²⁹⁵, l'area che meriterebbe, a giudizio di chi scrive, i maggiori ripensamenti è quella relativa al potere di redigere la relazione intermedia, ai sensi dell'articolo 14 dell'attuale mandato.

Tale relazione, come visto¹²⁹⁶, viene redatta dal consigliere-auditore a valle dell'audizione orale, e porta da un lato sullo svolgimento della stessa, dall'altro sulle conclusioni del consigliere-auditore "per quanto riguarda il rispetto dell'esercizio effettivo dei diritti procedurali". A seconda dei casi, la relazione porterà in particolare sulla divulgazione di documenti e l'accesso al fascicolo; sui termini per la presentazione della risposta alla comunicazione degli addebiti; sul rispetto del diritto di essere sentiti; nonché sul corretto svolgimento dell'audizione orale¹²⁹⁷. Tale documento viene presentato al commissario competente, e contestualmente ne viene trasmessa copia "al direttore generale della Concorrenza, al direttore competente e agli altri servizi competenti della Commissione"¹²⁹⁸.

La caratteristica che rende tale relazione particolarmente controversa è la sua natura di "documento puramente interno alla Commissione", come ribadito dal Tribunale nella già citata sentenza *FMC Foret c. Commissione*¹²⁹⁹, destinato dunque

¹²⁹⁴ J. FLATTERY, *op. cit.*, p. 59.

¹²⁹⁵ V., ad esempio, J. TEMPLE LANG, *Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003*, cit., p. 215; W. B. J. VAN OVERBEEK, *op. cit.*, p. 239; P. BERGHE, A. DAWES, *op. cit.*, p. 407 ss.; HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE ON THE EUROPEAN UNION, *XIX Report: Strengthening the Role of the Hearing Officer*, cit.; B. HOLLES, *op. cit.*; J. RUIZ CALZADO, G. DE STEFANO, *Rights of Defence in Cartel Proceedings: Some Ideas for Manageable Improvements*, in P. CARDONNEL, A. ROSAS, N. WAHL (a cura di), *op. cit.*, p. 6.

¹²⁹⁶ V. **Capitolo IV**, sub 2.2.4.

¹²⁹⁷ Articolo 14(1).

¹²⁹⁸ *Ibid.*

¹²⁹⁹ V. la sentenza del Tribunale *FMC Foret c. Commissione*, cit., punto 143.

a restare inaccessibile alle parti anche in un'eventuale fase di impugnazione della decisione della Commissione dinanzi al giudice dell'Unione.

Tale aspetto, come già spiegato, non sembra coerente con la *ratio* sottostante la previsione dell'esistenza di una siffatta relazione, che dovrebbe essere quella di assicurare il pieno rispetto dei diritti di difesa delle parti nel corso del procedimento e, in particolare, nel corso dell'audizione orale. La natura segreta della relazione, infatti, finisce per "depotenziarne" la portata di meccanismo a tutela delle parti, rendendo impossibile per quest'ultime conoscere il contenuto delle osservazioni del consigliere-auditore e, soprattutto, se la Commissione ne abbia o meno tenuto conto nella decisione finale.

Di conseguenza, si ritiene che rendere tale documento disponibile alle parti prima dell'adozione della decisione finale apporterebbe diversi benefici alla procedura.

Innanzitutto, ciò accrescerebbe la trasparenza del procedimento¹³⁰⁰, consentendo alle parti di verificare se e in quale misura la relazione abbia inciso sulla valutazione della Commissione ed, eventualmente, di impugnare la decisione anche sotto tale (importante) profilo.

In secondo luogo, tale modifica aumenterebbe la concreta efficacia della relazione stessa, posto che – se fosse pubblica – la Commissione sarebbe dissuasa dal discostarsene in assenza di solide ragioni in tal senso: come è stato correttamente messo in luce in dottrina, la pubblicazione della relazione intermedia aggiungerebbe "a new layer of accountability to the process"¹³⁰¹, a tutto vantaggio della protezione dei diritti di difesa delle parti.

Per quest'ultimo motivo, ne uscirebbe rafforzato anche il ruolo e l'indipendenza del consigliere-auditore nei confronti della Commissione¹³⁰², con indubbe ricadute positive (non da ultimo simboliche¹³⁰³) per quanto riguarda la capacità del primo di avere un concreto peso sull'andamento della procedura.

¹³⁰⁰ D. WAELBROECK, M. MEROLA, *op. cit.*, p. 262.

¹³⁰¹ ECLF WORKING GROUP ON TRANSPARENCY AND PROCESS, *op. cit.*, p. 479.

¹³⁰² B. HOLLES, *op. cit.*, p. 23.

¹³⁰³ In questo senso anche A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., p. 99, che osserva che "extending immediate access to the interim report to the undertakings, the independence of the HO would be further corroborated, at least on a symbolic level, in such a way as would hardly compromise the 'peer-reviewing' effect of the report itself".

Inoltre – e questo è un altro punto importante – a seguito della riforma in commento, alle parti potrebbe essere altresì concesso di presentare osservazioni sul merito della relazione intermedia prima dell'adozione della decisione finale¹³⁰⁴. Ovviamente, perché ciò sia possibile senza incidere in modo eccessivo sulla durata del procedimento stesso, occorre che sia previsto un termine piuttosto breve entro il quale sia ammessa la presentazione di tali osservazioni¹³⁰⁵. In proposito, si ritiene comunque che, anche in presenza di un termine alquanto breve, la posizione delle parti ne guadagnerebbe senz'altro in termini di maggiori possibilità di essere sentite.

Alla luce di quanto sopra, si ritiene che il fatto di rendere pubblica la relazione intermedia (quantomeno alle parti del procedimento, o procedendo addirittura alla sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, come già previsto per la relazione finale) costituirebbe una riforma particolarmente positiva e necessaria, tale peraltro da rendere il ruolo del consigliere-auditore più “reattivo” anziché “difensivo”, come pare essere allo stato attuale¹³⁰⁶.

Né sembrano decisive le argomentazioni in senso contrario: è stato osservato, ad esempio, che la natura confidenziale della relazione intermedia assicurerebbe che il consigliere-auditore possa esprimersi “più liberamente”, essendo in grado di “influenzare l'esito del procedimento dietro le quinte” e, di fatto, giocando un ruolo più efficace nell'ambito di quest'ultimo¹³⁰⁷. In proposito, basti notare che – posta la posizione indipendente del consigliere-auditore rispetto alla DG Concorrenza – non sembra necessario vigilare affinché il primo possa esprimersi liberamente, circostanza che (peraltro) dovrebbe poter essere data per scontata anche nell'attuale quadro procedurale. Inoltre, tale posizione sembra riflettere una concezione alquanto riduttiva del ruolo del consigliere-auditore come “controllore interno” circa la qualità delle decisioni della Commissione, anziché come garante del rispetto dei diritti di difesa delle parti anche verso l'esterno¹³⁰⁸.

¹³⁰⁴ B. HOLLES, *op. cit.*, p. 24.

¹³⁰⁵ ECLF WORKING GROUP ON TRANSPARENCY AND PROCESS, *op. cit.*, p. 479.

¹³⁰⁶ Cfr. in questo senso J. RUIZ CALZADO, G. DE STEFANO, *op. cit.*, p. 6.

¹³⁰⁷ A. SCHULZ, P. BERGHE, *op. cit.*, p. 54 (nostra traduzione). In termini simili, S. DURANDE, K. WILLIAMS, *The practical impact of the exercise of the right to be heard: A special focus on the effect of Oral Hearings and the role of the Hearing Officers*, 2005 (2) p. 27 (disponibile online su: http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2005_2_22.pdf).

¹³⁰⁸ V. B. HOLLES, *op. cit.*, p. 23.

Vi sono poi altri aspetti delle funzioni attualmente attribuite al consigliere-auditore su cui sono state avanzate proposte di riforma. Queste ultime, per la verità, non paiono ad avviso di chi scrive particolarmente convincenti o desiderabili, per i motivi che si diranno tra poco. Pare in ogni caso opportuno commentarle brevemente nelle righe che seguono¹³⁰⁹.

È stato, ad esempio, proposto di potenziare ulteriormente (rispetto alle modifiche già introdotte in tal senso nell'ultima riforma del mandato del consigliere-auditore) il ruolo svolto da quest'ultimo nella fase delle indagini preliminari, addirittura condizionando la legalità delle decisioni della Commissione che dispongano un accertamento ispettivo presso i locali delle imprese (o che approvino l'invio di una richiesta di informazioni alle parti) alla previa approvazione del consigliere-auditore¹³¹⁰. Tuttavia, la previsione di un siffatto potere in capo al consigliere-auditore attribuirebbe allo stesso un ruolo di "controllore nel merito" che, a giudizio di chi scrive, dovrebbe invece spettare esclusivamente alle Corti UE, e che finirebbe peraltro per "snaturarne" il ruolo.

Secondo taluni autori, potrebbe poi essere utile prevedere un obbligo generale in capo alla Commissione di "tenere conto" delle osservazioni espresse dal consigliere-auditore sulle questioni di natura procedurale, giustificando l'eventuale decisione di discostarsene¹³¹¹. Anche tale proposta non sembra del tutto convincente, finendo per attribuire alle valutazioni di tale soggetto una portata "quasi giudiziale" che pare estranea al ruolo assegnatogli nel procedimento *antitrust*. Del resto, si ritiene che si potrebbe comunque perseguire un risultato analogo rendendo pubblica e/o accessibile alle parti la relazione intermedia, come proposto sopra.

¹³⁰⁹ Invece, essendo già stata toccata diverse volte nel corso della presente ricerca (e da ultimo *supra*, sub 1.), pare opportuno limitarsi a un rapido richiamo in nota della questione della possibilità di impugnare immediatamente davanti al giudice dell'Unione le decisioni adottate dal consigliere-auditore circa le richieste di accesso a taluni documenti del fascicolo istruttorio: per tutte le ragioni già menzionate, si ritiene che sarebbe senz'altro opportuno introdurre una tale possibilità, in linea con quanto già previsto per le decisioni sulle questioni legate all'accesso ai documenti ritenuti di natura confidenziale.

¹³¹⁰ In questo senso si sono pronunciati P. BERGHE, A. DAWES, *op. cit.*, p. 423, secondo cui si potrebbe prevedere che il consigliere-auditore abbia il potere di emettere una sorta di "mandato europeo" che autorizzi la Commissione a procedere a un'ispezione. In termini analoghi, A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., p. 94.

¹³¹¹ Così ECLF WORKING GROUP ON TRANSPARENCY AND PROCESS, *op. cit.*, p. 481; G. DI FEDERICO, *The role of the Hearing Officer in antitrust cases. A critical assessment of the new mandate and practice after 2011*, cit., p. 178.

Ancora, altre interessanti proposte riguardano il potere di presentare la relazione finale, ai sensi dell'articolo 16 del mandato del consigliere-auditore: è stato ad esempio osservato che quest'ultima dovrebbe essere tenuta in maggiore considerazione dalle Corti UE in sede di eventuale impugnazione della decisione finale della Commissione¹³¹². Certo, perché ciò sia possibile occorrerebbe che tale relazione fosse più approfondita e particolareggiata, posto che allo stato attuale si limita di regola a constatare l'assenza di violazioni procedurali.

Non si condivide infine la proposta, avanzata ad esempio da Temple Lang, volta a rendere obbligatoria la presentazione – nell'ambito della relazione finale – di osservazioni sul merito del procedimento¹³¹³. Come già notato in precedenza¹³¹⁴, detto potere è attualmente previsto dall'articolo 14(2) del mandato del consigliere-auditore, secondo cui, separatamente dalla relazione intermedia, “il consigliere-auditore può formulare osservazioni sul prosieguo e sull'imparzialità del procedimento”, che possono portare su “[l]a necessità di ulteriori informazioni, il ritiro di determinati addebiti o obiezioni o la comunicazione di nuovi, oppure suggerimenti per ulteriori misure d'indagine”. A giudizio di chi scrive, tale previsione esula dalla funzione attribuita al consigliere-auditore di vigilare sul rispetto dei diritti di difesa delle parti nel procedimento e finisce per incidere sull'imparzialità che dovrebbe contraddistinguerlo. Tale figura, infatti, non dovrebbe interessarsi in prima persona del merito del procedimento (compito che spetta alla DG Concorrenza, al commissario e, poi, alle Corti UE), ma fungere piuttosto da garante esterno e indipendente circa il rispetto della procedura stessa. Per queste stesse ragioni, non si condividono neppure quelle proposte volte a “rafforzare il legame tra l'audizione e il processo di adozione della decisione finale”¹³¹⁵, ad esempio disponendo addirittura che il consigliere-auditore sia chiamato a redigere tale decisione¹³¹⁶.

¹³¹² V. B. HOLLES, *op. cit.*, p. 24.

¹³¹³ Cfr. J. TEMPLE LANG, *Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003*, cit., p. 218. In termini simili, v. A. MACGREGOR, B. GECIC, *op. cit.*, p. 438.

¹³¹⁴ V. **Capitolo IV, sub 2.2.4.**

¹³¹⁵ ECLF WORKING GROUP ON TRANSPARENCY AND PROCESS, *op. cit.*, p. 488.

¹³¹⁶ *Ibid.*: le altre due opzioni prese in considerazione riguardano, da un lato, la preparazione da parte del consigliere-auditore di una relazione contenente “*findings of facts*”, che sarebbe poi fornita alle parti e costituirebbe la base per l'adozione della decisione finale da parte del *case team*; dall'altro, un'elaborata proposta che vedrebbe la bozza di decisione finale passare nelle mani del consigliere-

3.2.L'audizione orale

Come si è già avuto modo di notare¹³¹⁷, la fase del procedimento *antitrust* dedicata alla celebrazione dell'audizione orale pare connotata da un'ambiguità di fondo.

Da un lato, essa offre alle parti un'occasione preziosa per esercitare il proprio diritto di essere sentite oralmente, che, dall'inizio della costruzione "comunitaria" in tema di diritti di difesa riconosciuti nell'ambito del procedimento per l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, costituisce senza dubbio una garanzia cruciale, come dimostrano sia l'esteso *corpus* giurisprudenziale in materia, sia le numerose previsioni contenute nella legislazione settoriale.

Invero, l'audizione orale consente di instaurare un confronto diretto tra le parti del procedimento e la Commissione, al cospetto di un soggetto che funge da garante imparziale del buon andamento della stessa e del pieno rispetto dei diritti procedurali delle parti. Come tale, essa rappresenta di fatto l'ultima occasione per le imprese (salvo che il procedimento prosegua per un supplemento di istruttoria su iniziativa della Commissione stessa) per tentare di incidere sull'esito del procedimento, ad esempio favorendo un "cambio di rotta" con riguardo all'ipotesi accusatoria fino ad allora perseguita dal *case team*.

Non a caso, si è rilevato come sempre più spesso le parti del procedimento *antitrust* facciano uso della loro facoltà di richiedere l'organizzazione dell'audizione orale, a testimonianza della crescente consapevolezza della sua importanza¹³¹⁸. Non mancano peraltro gli entusiasti sostenitori di tale fase della procedura, che ne sottolineano in particolare il forte potenziale¹³¹⁹. Ad esempio, Albers e Williams (che peraltro – non a caso? – hanno entrambi svolto le funzioni di consigliere-auditore, come del resto Wils, citato subito sopra) sostengono con forza l'intrinseca utilità dell'audizione, definita "*neither a trial nor a state of play meeting*", sottolineandone in particolare la

auditore, che potrebbe in tal modo verificare se la sua relazione sia stata tenuta in debito conto dal *case team*, redigendo sul punto una breve relazione.

¹³¹⁷ V. **Capitolo IV**, sub 2.2.3.

¹³¹⁸ Cfr. la relazione annuale del consigliere-auditore relativa al 2016 (disponibile *online* su: http://ec.europa.eu/competition/hearing_officers/annual_report_2016_en.pdf).

¹³¹⁹ V. W. P. J. WILS, *The Oral Hearing in Competition Proceedings before the European Commission*, in WOCO, 2012 (35), p. 397 ss.

capacità di fungere sia da *check* sia da *balance* nell'ambito del procedimento stesso¹³²⁰.

Dall'altro lato, l'audizione orale è tuttora il bersaglio di critiche, provenienti sia dalla dottrina sia dalle imprese, che ruotano sostanzialmente attorno a un'idea di fondo: che l'audizione stessa, così com'è attualmente concepita, regolata e celebrata, non sia in grado di assolvere alla funzione assegnatale, non sia – in altre parole – utile¹³²¹.

A giudizio di chi scrive, la verità, come spesso accade, sta nel mezzo.

È innegabile che l'audizione orale possa costituire, in linea di principio, una freccia preziosa nell'arco delle imprese che sono destinatarie della comunicazione degli addebiti. Si tratta potenzialmente, come detto sopra, dell'ultima occasione in cui queste ultime potranno avere la piena attenzione della Commissione (*rectius*, degli stessi funzionari che redigeranno il progetto di decisione finale, date le “peculiarità” che caratterizzano l'assetto organizzativo della Commissione con riguardo al procedimento *antitrust*¹³²²), con la conseguenza che non è possibile escludere (di nuovo, in linea di principio) che la stessa possa consentire di incidere sull'esito del procedimento. Un esempio in tal senso si rinviene nel recente caso *Groupement des cartes bancaires*, in cui proprio lo svolgimento dell'audizione orale ha indotto il consigliere-auditore a proporre, a valle della stessa, la convocazione di un *panel* interno che, riesaminati gli addebiti mossi dalla DG Concorrenza alle parti, ha determinato l'abbandono di parte di tali addebiti e un generale cambio di rotta dell'indagine¹³²³.

¹³²⁰ M. ALBERS, K. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 1 ss.

¹³²¹ V., *ex multis*, J. MODRALL, R. PATEL, *op. cit.*, p. 1 ss.; J. KILICK, P. BERGHE, *op. cit.*, p. 273; C. S. KERSE, *Procedures in EC Competition Cases: The Oral Hearing*, cit., p. 43; J. FLATTERY, *op. cit.*, p. 54; D. MUHEME, N. NEYRINCK, N. PETIT, *op. cit.*, p. 129 ss.; D. SLATER, S. THOMAS, D. WAELEBROECK, *Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?*, GCLC Working Paper 04/08; I. S. FORRESTER, *Due Process in EC Competition Cases: A Distinguished Institution with Flawed Procedures*, cit.; W. B. J. VAN OVERBEEK, *The right to be heard in EC competition cases*, in *Right of Defence and right of the European Commission in EC Competition Law*, cit., p. 235.

¹³²² Su cui v. quanto detto *supra*, sub 2. V., sul punto, M. ALBERS, K. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 4, osservano giustamente che “[i]t could be argued that it is paradoxical to conduct a hearing in a context where one side enjoys investigatory and decision-making powers. However, the Commission’s mission is to discover the reality of facts for the purpose of making its assessment. It is, therefore, in its own interest that the facts are tested, the evidence probed, and the legal analysis challenged. The creation of Hearing Officers certainly promotes and reinforces this objective”.

¹³²³ V. relazione finale del consigliere-auditore nel caso COMP/38.606 – *Groupement des cartes bancaires*, cit., p. 2.

Ciò detto, si ritiene che il potenziale “rivoluzionario” dell’audizione orale sia fortemente intralciato e “depotenziato” da alcuni difetti nella regolamentazione della stessa, vere e proprie lacune che hanno un indubbio peso sulla concreta capacità dell’audizione di svolgere al meglio la funzione che le è assegnata e, dunque, sul giudizio che si può fornire in merito alla stessa. Le lacune in questione sono state in gran parte individuate in precedenza, ma è opportuno richiamare, per completezza, le osservazioni già effettuate sul punto, offrendo altresì talune possibili soluzioni ai difetti riscontrati.

Un primo aspetto su cui occorre intervenire attiene all’oggetto stesso dell’audizione. Una critica assai ricorrente è quella per cui quest’ultima finisce per essere una mera ripetizione di concetti già espressi: in particolare, in molti casi, la presentazione della Commissione non sarebbe altro che una sintesi della comunicazione degli addebiti, mentre le dichiarazioni dei destinatari di quest’ultima e dei denunciati sarebbero spesso poco più di una precisazione delle rispettive repliche e denunce¹³²⁴. Si tratta evidentemente di un aspetto cruciale, riguardando l’idoneità dell’audizione ad apportare un valore aggiunto al procedimento e, quindi, in ultima analisi, la sua stessa ragion d’essere.

In proposito, paiono senz’altro meritevoli di approvazione le previsioni già inserite nell’attuale mandato del consigliere-auditore, volte a dettare la disciplina di dettaglio in tema di preparazione dell’audizione orale. Il consigliere-auditore ha in tale frangente il potere, previa consultazione del direttore competente, di comunicare preventivamente ai soggetti invitati un elenco delle questioni sulle quali desidera che essi si pronuncino. Inoltre, il consigliere-auditore può indicare i temi principali ai fini del dibattito, “tenuto conto in particolare dei fatti e delle questioni che i destinatari della comunicazione di addebiti che hanno richiesto l’audizione orale desiderano affrontare”¹³²⁵. In aggiunta, il consigliere-auditore può chiedere che gli venga preventivamente comunicato per iscritto il contenuto essenziale delle dichiarazioni che intendono rilasciare i soggetti invitati all’audizione¹³²⁶. Tali disposizioni consentono senza dubbio al consigliere-auditore di ottenere, prima dell’audizione,

¹³²⁴ J. MODRALL, R. PATEL, *op. cit.*, p. 3.

¹³²⁵ Articolo 11(1) del mandato del consigliere-auditore.

¹³²⁶ Articolo 11(3).

generale visibilità sul contenuto di quest'ultima, e di orientare tale contenuto laddove lo stesso si riveli eccessivamente "appiattito" sugli scritti già scambiati nella precedente fase del procedimento.

Tuttavia, sarebbe opportuno introdurre ulteriori previsioni che assicurino la concreta utilità, a livello contenutistico, dell'audizione orale. Per ottenere tale risultato si potrebbe, ad esempio, richiedere che la Commissione identifichi prima dell'audizione gli aspetti dell'istruttoria che paiono tuttora irrisolti, o comunque meritevoli di ulteriore dibattito. Inoltre, una modifica utile sarebbe volta a richiedere alla Commissione di utilizzare il tempo concesso nell'audizione per fornire alle parti una "reazione" alle repliche alla comunicazione degli addebiti, identificando gli argomenti che ha considerato convincenti e quelli che non ha ritenuto tali¹³²⁷. Per funzionare, tali modifiche richiederebbero un approccio collaborativo da parte della Commissione stessa, ma d'altro canto potrebbero avere un effetto positivo sulla concreta efficacia dell'audizione, a beneficio di tutti i soggetti coinvolti.

Un altro aspetto che, come attualmente regolato, pare decisamente meritevole di censura è quello relativo ai soggetti che partecipano all'audizione. Come già illustrato¹³²⁸, a quest'ultima non prendono parte i soggetti che saranno poi chiamati ad assumere la decisione finale sull'esistenza o meno di un'infrazione alle norme *antitrust*, ossia i membri della Commissione. Sul punto, la Comunicazione sulle migliori pratiche in materia di procedimento¹³²⁹ prevede attualmente solo quanto segue: "Considerata l'importanza dell'audizione, è prassi della Direzione generale della Concorrenza garantire la presenza continua di alti funzionari della Direzione generale della Concorrenza (direttore o vice- direttore generale) insieme con il gruppo di funzionari della Commissione responsabili dell'indagine. Il consigliere-auditore invita inoltre a partecipare le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri, il gruppo di lavoro dell'economista capo e i servizi della Commissione associati al caso, fra cui il servizio giuridico".

La questione è senza dubbio delicata: da un lato, la situazione attualmente esistente solleva non poche perplessità, rafforzando peraltro l'idea che l'audizione orale non

¹³²⁷ J. MODRALL, R. PATEL, *op. cit.*, p. 3.

¹³²⁸ V. **Capitolo IV**, *sub 4.2.*, e *supra*, *sub 2.*

¹³²⁹ Punto 108.

abbia un vero potenziale di “fare la differenza”, posto che i soggetti dotati di potere decisionale non sono neppure presenti¹³³⁰. Dall’altro, per quanto sarebbe desiderabile introdurre una riforma strutturale del procedimento *antitrust* a livello UE (come riconosciuto *supra*, sub 2.), non pare ragionevole, in un sistema come quello attuale, imporre a tutti e 28 i commissari di presenziare a ciascuna audizione orale. Né, come correttamente mette in luce Holles¹³³¹, sarebbe opportuno esigere in tutti i casi la presenza del commissario per la concorrenza: *in primis*, perché non sarebbe concretamente possibile per quest’ultimo giungere a una conoscenza approfondita delle circostanze relative a ogni singolo procedimento, spesso decisamente *fact-intensive* e fondate su una grande quantità di materiale probatorio. In secondo luogo, perché gli impegni legati alle altre funzioni da esso svolte in ambito “comunitario” renderebbero praticamente impossibile assicurarne la partecipazione senza rischiare di dover più volte modificare la data fissata per l’audizione, creando contrattempi e inconvenienti alle parti e agli altri soggetti invitati¹³³². Ciò detto, sembra invece ragionevole richiedere che ad ogni audizione orale prenda parte un membro del gabinetto del commissario per la concorrenza¹³³³, che dovrebbe essersi preso il tempo necessario per studiare a fondo il caso in questione. Inoltre, sembra ragionevole aspettarsi che il commissario per la concorrenza sia presente all’audizione nei casi particolarmente importanti¹³³⁴, anche da un punto di vista mediatico.

Sempre con riguardo alla questione dei partecipanti, si è già visto che sono assenti le previsioni che consentano alla Commissione e/o al consigliere-auditore di costringere un soggetto a partecipare: con la conseguenza che l’intera audizione riposa in ultima analisi sulla “buona volontà” dei soggetti chiamati a parteciparvi¹³³⁵.

¹³³⁰ Per quanto le Corti UE abbiano sancito la legittimità di tale situazione: cfr. la sentenza della Corte di giustizia *Boehringer Mannheim c. Commissione*, cit., punto 23, in cui si legge che “nulla osta a che i membri della Commissione cui spetta la decisione d’infliggere un’ammenda siano informati del risultato dell’audizione da parte di persone alla quali la Commissione abbia conferito il mandato di procedere alla stessa”.

¹³³¹ B. HOLLES, *op. cit.*, pp. 26-27.

¹³³² *Contra* G. DI FEDERICO, *The role of the Hearing Officer in antitrust cases. A critical assessment of the new mandate and practice after 2011*, cit., p. 176 e 181, secondo cui l’assenza di una previsione che obblighi il commissario per la concorrenza a presenziare alle audizioni orali, quantomeno nei casi di cartello, è “alquanto deludente” (nostra traduzione).

¹³³³ Così anche J. RUIZ CALZADO, G. DE STEFANO, *op. cit.*, p. 6.

¹³³⁴ B. HOLLES, *op. cit.*, pp. 26-27.

¹³³⁵ Cfr. la relazione finale del consigliere-auditore nel caso COMP/38.279 – *Carni bovine francesi*, in GUCE C 195 del 19.8.2003, pp. 19-19, in cui il consigliere-auditore ha dato conto del fatto che, nonostante una parte gli avesse chiesto di convocare numerose persone in audizione, non ha ritenuto

Tale aspetto sembra meritevole di modifica, in particolare per consentire alle parti di stabilire un confronto diretto con i denunciati o i *leniency applicant* (su quest'ultimo punto, occorrerebbe ovviamente prevedere anche il diritto delle parti di contro-esaminare i testimoni, su cui ci si soffermerà tra poco).

A livello organizzativo, sarebbe altresì utile intervenire sulle tempistiche dell'audizione orale. Sul punto, viene spesso rilevato in dottrina che la discrezionalità attribuita al consigliere-auditore è troppo ampia¹³³⁶. Invero, sarebbe opportuno che le parti che abbiano richiesto l'audizione fossero consultate al fine di individuare una data conveniente, soprattutto al fine di lasciare loro tempo sufficiente per prepararsi a fondo: ciò pare in linea con il principio della parità delle armi, posto che la Commissione ha avuto a propria disposizione parecchi mesi (se non anni) per portare a termine l'istruttoria ed elaborare la propria posizione¹³³⁷.

Un'altra critica ricorrente è che l'audizione viene organizzata di fatto troppo in là nel procedimento, in un momento in cui i funzionari incaricati del caso hanno già elaborato una propria posizione in merito allo stesso, concependo di conseguenza il proprio ruolo nell'audizione orale come volto a "difendere" l'impianto accusatorio dagli attacchi delle parti¹³³⁸. Non si può non condividere tale rilievo, che però pare in qualche modo ineliminabile (salvo riforme strutturali): non sarebbe infatti sensato, a giudizio di chi scrive, celebrare l'audizione orale *prima* che la Commissione abbia terminato l'istruttoria e cristallizzato le proprie (sia pur temporanee) conclusioni nella comunicazione degli addebiti.

Si è poi già rilevato come un difetto assai significativo attenga alla mancanza di una previsione che consenta alle parti di contro-esaminare i testimoni a carico. Come detto¹³³⁹, questa lacuna rischia di essere particolarmente grave laddove, come spesso ormai accade in pratica, vi siano *leniency applicant*, le cui dichiarazioni non possono essere verificate, con il forte rischio che tali soggetti siano incentivati (al fine di

di accogliere tale richiesta perché "i regolamenti applicabili in materia di concorrenza non prevedono che la Commissione possa convocare testimoni per ascoltarli nel corso di un'audizione".

¹³³⁶ S. KINSELLA, *Is it a Hearing if Nobody is Listening?*, in *The CPI Antitrust Journal*, marzo 2010 (1), p. 4.

¹³³⁷ ECLF WORKING GROUP ON TRANSPARENCY AND PROCESS, *op. cit.*, p. 486.

¹³³⁸ J. MODRALL, R. PATEL, *op. cit.*, p. 4. In termini simili, T. GIANNAKOPOULOS, *The right to be Orally Heard by the Commission in Antitrust, Merger, Anti-dumping and State Aid Community Procedures*, cit.

¹³³⁹ **Capitolo IV, sub 2.4.**

evitare l'imposizione di un'ammenda, o di ottenere comunque uno sconto sostanzioso) a "esagerare" le proprie accuse, sapendo che non rischiano un confronto diretto con le parti che accusano¹³⁴⁰. Lo stesso vale, *mutatis mutandis*, per i denunciati¹³⁴¹. Di conseguenza, si ritiene che sia assolutamente necessario intervenire su tale aspetto, che appare cruciale al fine di assicurare che la regolamentazione dell'audizione orale sia rispettosa dei diritti di difesa delle parti e, in particolare, del diritto di quest'ultime di essere sentite¹³⁴².

Con specifico riguardo ai *leniency applicant*, una possibile soluzione per contemperare l'esigenza summenzionata con la necessità di tutelare la posizione di detti soggetti rispetto a possibili azioni *follow-on* per il risarcimento dei danni potrebbe essere, come proposto da Zingales, quella di organizzare apposite sessioni a porte chiuse, alle quali partecipino solo le imprese "accusate", i *leniency applicant* e gli avvocati di entrambe le parti, oltre ovviamente al consigliere-auditore¹³⁴³.

È appena il caso di sottolineare che, per rendere le garanzie di cui sopra reali ed effettive, sarebbe anche necessario introdurre la possibilità per il consigliere-auditore e/o la Commissione di imporre ammende laddove siano fornite dichiarazioni false¹³⁴⁴. Interessante, in tal senso, richiamare la sentenza del Tribunale del 2011 nel caso *IBP e International Building Products France c. Commissione*, in cui il giudice ha ammesso che la Commissione possa considerare il fatto che una parte abbia spontaneamente fornito informazioni errate (ad esempio nell'audizione orale) quale circostanza aggravante¹³⁴⁵. In particolare, secondo il Tribunale, "tenuto conto dell'impianto sistematico del regolamento n. 1/2003, l'obbligo di fornire informazioni esatte si applica anche in caso di una risposta alla comunicazione degli addebiti.

¹³⁴⁰ V. J. FLATTERY, *op. cit.*, p. 78.

¹³⁴¹ I. S. FORRESTER, *Due process in EC competition cases: a distinguished institution with flawed procedures*, cit., p. 833.

¹³⁴² Così anche N. ZINGALES, *op. cit.*, p. 148.

¹³⁴³ *Id.*, p. 149.

¹³⁴⁴ B. HOLLES, *op. cit.*, p. 28; I. S. FORRESTER, *Due process in EC competition cases: a distinguished institution with flawed procedures*, cit., p. 843. *Contra* A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., p. 97: secondo tale A., introdurre previsioni sul diritto delle parti di contro-esaminare testimoni, nonché sulla possibilità per il consigliere-auditore di obbligare taluni soggetti a partecipare all'audizione e di sanzionare eventuali dichiarazioni false, finirebbe per trasformare radicalmente il consigliere-auditore in un organo giudiziale, e richiederebbe la contestuale previsione di garanzie simil-processuali tali da imporre un onere sproporzionato sullo stesso alla luce delle sue prerogative limitate.

¹³⁴⁵ Sentenza del Tribunale del 24 marzo 2011, causa T-384/06, EU:T:2011:113, punto 111.

Certamente, non sussiste l'obbligo di rispondere ad una comunicazione degli addebiti. [...] Tuttavia, se un'impresa fornisce altre informazioni, quali una testimonianza, al fine di dimostrare che gli elementi di prova dedotti dalla Commissione nella comunicazione degli addebiti sono falsi, tali informazioni devono essere esatte”¹³⁴⁶.

Infine, un ultimo aspetto che lascia a desiderare è l'assenza di pubblicità dell'audizione orale. Richiamando quanto già detto in proposito nel **Capitolo IV, sub 2.4.**, non si vede per quale motivo non sarebbe possibile lasciare la decisione circa la confidenzialità o meno dell'audizione ai soggetti che l'hanno richiesta, prevedendo eventualmente sessioni *ad hoc* celebrate a porte chiuse, laddove ciò risulti strettamente necessario¹³⁴⁷.

Le modifiche summenzionate potrebbero essere incluse in un apposito codice di procedura volto a disciplinare nel dettaglio, e in modo autonomo, lo svolgimento dell'audizione orale. Invero, l'adozione di un simile documento arrecherebbe senz'altro benefici all'intero procedimento, non da ultimo in termini di maggiore trasparenza e prevedibilità delle procedure¹³⁴⁸, contribuendo ad accrescerne la legittimità agli occhi dei soggetti ad esso sottoposti¹³⁴⁹ e, soprattutto, alla realizzazione dell'obiettivo di far sì che giustizia non sia solo fatta, ma sia fatta in modo visibile a tutti.

¹³⁴⁶ *Ibid.*

¹³⁴⁷ B. HOLLES, *op. cit.*, p. 30; I. S. FORRESTER, *Due process in EC competition cases: a distinguished institution with flawed procedures*, cit., p. 843. Cfr. anche, circa l'opportunità di consentire la presenza della stampa alle audizioni orali, R. MCLEOD, *Strengthening Due Process and Public Advocacy: Why the EC Should Open its Oral Hearings to the Press*, in *The CPI Antitrust Journal*, marzo 2010 (1).

¹³⁴⁸ Conformi G. DI FEDERICO, *The role of the Hearing Officer in antitrust cases. A critical assessment of the new mandate and practice after 2011*, cit., p. 181; N. ZINGALES, *op. cit.*, p. 155. V. anche A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, cit., p. 97: “[a] significant improvement could nevertheless result from the adoption of a ‘Code of Best Practices’ insofar as this could bring much needed transparency to the hearing proceedings. Such a Code, however, should by no means limit the discretion and flexibility with which the HO conducts the hearings. Thus, it is proposed that such rules should encode the existing customary practice rather than adopting rigid rules that mirror court-like proceedings”.

¹³⁴⁹ : V. K. LENAERTS, *‘In the union we trust’: Trust-enhancing principles of Community law*, cit., p. 342, che parla di “checks and balances which guarantee the legitimacy of the exercise of public authority both at the national and the European level”.

BIBLIOGRAFIA

ADINOLFI A., DANIELE L., NASCIMBENE B., AMADEO S. (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007

ALBERS M., JOURDAN J., *The Role of Hearing Officers in EU Competition Proceedings: A Historical and Practical Perspective*, in *JECLAP*, 2011, 2(3)

ALBERS M., WILLIAMS K., *Oral Hearings – Neither a Trial Nor a State of Play Meeting*, in *The CPI Antitrust Journal*, marzo 2010 (1)

AMALFITANO C., *Il rilievo della CEDU in seno all'Unione europea ex art. 6 TUE*, in D'ANDREA L., MOSCHELLA G., RUGGERI A., SAITTA A. (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte. Ascendenze culturali e mutue implicazioni*, Torino, 2016, p. 247 ss.

AMEYE E. M., *The interplay between human rights and competition law in the EU*, in *ECLR*, 2004, p. 332 ss.

ANDERSSON H., *ECN Plus – Should the new EU Directive empowering National Competition Authorities be all about Effectiveness?*, Stockholm University Research Paper No. 12, settembre 2017

ANDREANGELI A., *The Protection of Legal Professional Privilege in EU Law and the Impact of the Rules on the Exchange of Information within the European Competition Network on the Secrecy of Communications between Lawyer and Client: one step forward, two steps back?*, in *TCLR*, 2005, 2 (1)

ANDREANGELI A., *EU competition enforcement and human rights*, Cheltenham, 2008

ANDREANGELI A., *Joined Cases T-125/03 and 253/03, AKZO Nobel Chemicals Ltd v Ackros Chemicals Ltd v Commission*, in *EBLR*, 2008 (19)

ANDREANGELI A., *Competition enforcement and human rights after the Treaty of Lisbon: the state of play and the (near) future prospects*, in BUTTIGIEG E. (a cura di), *Rights and remedies in a liberalised and competitive internal market*, Hal Tarxien, 2012

ANDREANGELI A., *The public enforcement of articles 101 and 102 TFEU under Council Regulation no 1/2003: due process considerations*, in LIANOS I., GERADIN D. (a cura di), *Handbook on European Competition Law. Enforcement and Procedure*, Cheltenham, 2013

ANRÒ I. A., *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU, L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015

ANRÒ I. A., *Il parere 2/13 della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU: questo matrimonio non s'ha da fare?*, in *Diritti comparati*, 2 febbraio 2015 (disponibile online su: <http://www.diritticomparati.it>)

ASLAM I., RAMSDEN M., *EC Dawn Raids: A Human Rights Violation?*, in *TCLR*, 2008, 5 (1), p. 68

BAILEY D., *Scope of Judicial Review Under Article 81 EC*, in *CMLR*, 2004 (41), p. 1237 ss.

BARBIER DE LA SERRE E., *Procedural Justice in the European Community Case-law concerning the Rights of the Defence: Essentialist and Instrumental Trends*, in *EPL*, 2006 (2), p. 225 ss.

BARBIER DE LA SERRE E., *UPS/TNT: Taking the Right to be Heard Seriously*, in *JECLAP*, 2017, p. 1 ss.

BARBIER DE LA SERRE E., WINCKLER C., *A Survey of Legal Issues Regarding Fines Imposed in EU Competition Proceedings (2010)*, in *JECLAP*, 2011, 2 (4)

BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001

BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012

BASTIANON S., *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2001

BASTIANON S., *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Milano, 2011

BELLAMY C., *Legal protection of individuals, their fundamental rights and their rights of defence*, in VAN GERVEN W., ZULEEG M., *Remedies and Sanctions for the Enforcement of Community Law*, Colonia, 1996

BERGER M., *Europeanizing Self-Incrimination: the Right to Remain Silent in the European Court of Human Rights*, in *Columbia JEL*, 2006 (12), p. 339 ss.

BERGHE P., DAWES A., *'Little pig, little pig, let me come in': an evaluation of the European Commission's powers of inspection in competition cases*, in *ECLR*, 2009, 30 (9), p. 407 ss.

BERNATT M., *Right to Be Heard or Protection of the Confidential Information? Competing Guarantees of Procedural Fairness in the Proceedings Before the Competition Authority*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2010, 3 (3), p. 53 ss.

BESSELINK L., *Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union*, in CMLR, 1998

BESTAGNO F., *I rapporti tra la Carta e le fonti secondarie di diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, 9 (2), p. 259 ss.

BEUMER E., *The Interaction between EU Competition Law Procedures and Fundamental Rights Protection: the Case of the Right to Be Heard*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2014, 7 (10), p. 9 ss.

BEUMER E., *The colorful spectrum of fundamental rights in EU competition law procedures: overcompensation or undercompensation of fundamental rights protection? A case study on the right to be heard*, 9th ASCOLA Conference Warsaw 2014 on Procedural Fairness in Competition Proceedings

BEVERIDGE F., NOTT S., *A hard look at soft law*, in CRAIG P., HARLOW C. (a cura di), *Lawmaking in the European Union*, London, 1998, p. 285 ss.

BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A., *L'Europa dei diritti: commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001

BIONDI A., *Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights*, in *EHRLR*, 2004 (1), p. 51 ss.

BISOGLI G., BRONZINI G., PICCONE V. (a cura di), *La Carta dei diritti, casi e materiali*, Taranto, 2009

BOMBOIS T., *La protection des droits fondamentaux des entreprises en droit européen répressif de la concurrence*, Bruxelles, 2012

BRANKIN S.-P., *The First Cases under the Commission's Cartel Procedure: Problems Solved?*, in *ECLR*, 2011

BRONCKERS M., VALLERY A., *No Longer Presumed Guilty? The Impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law*, in *WOCO*, 2011, 34 (4), p. 535 ss.

BRONCKERS M., VALLERY A., *Fair and Effective Competition Policy in the EU: Which Role for the Authorities and Which Role for the Courts after Menarini*, in *ECJ*, 2012, 8 (2)

BRUNO G., *La Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: complémentarité ou concurrence?*, in *Revue française de droit administratif*, 2010, 26 (3), p. 437 ss.

BRUZZONE G., SAIJA A., *Non varcare quella soglia? Limiti al controllo del giudice sulle decisioni antitrust nell'era della modernizzazione e dell'approccio economico*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2010 (1), p. 7 ss.

BULTRINI A., *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Giappichelli, Torino, 2004

BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A., PICOD F. (a cura di), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II, La Charte des droits fondamentaux de l'Union, commentaire article par article*, Bruxelles, 2005

BUYLE J.-P., BROPHY V., MCINNES S., *May the Commission review correspondence between outside counsel?*, in *ECLR*, 2012, 33 (4), p. 203 ss.

CAGGIANO G., *Il concetto d'impresa*, in PACE L. F. (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Napoli, 2013, p. 47 ss.

CALLEWAERT J., *The European Convention on Human Rights and European Union law: a long way to harmony*, in *EHRLR*, 2009 (6)

CANNIZZARO E., *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in *Riv. dir. int.*, 2005, p. 762 ss.

CARDONNEL P., Art. 6, § 1 CEDH: *The European Court of Human Rights rules on standard of judicial review on cartel decisions by national competition authorities (Menarini Diagnostics v. Italy)*, in *Concurrences*, 2011 (4), p. 166 ss.

CASSESE A., CLAPHAM A., WEILER J. (a cura di), *European Union: The Human Rights Challenge*, Baden-Baden, 1991

CASTILLO DE LA TORRE F., *Evidence, Proof and Judicial Review in Cartel Cases*, in EHLERMANN C.-D., MARQUIS M. (a cura di), *European Competition Law Annual 2009: Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*, Oxford e Portland, 2010

DOMENICUCCI D. P., Art. 103 TFUE, in CATRICALÀ A., TROIANO P. (a cura di), *Codice commentato della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, p. 136 ss.

CENTELLA T., *The New Settlement Procedure in Selected Cartel Cases*, in *CPN*, 2008(3)

CHARBIT N., *Le nouveau mandat du conseiller-auditeur, un pas vers la séparation des fonctions? Décision de la Commission européenne relative au mandat des conseillers-auditeurs dans le cadre des procédures de concurrence*, in *Gazette du Palais*, 21 dicembre 1995

CHITI M., *The Role of the European Court of Justice in the Development of General Principles and their Possible Codification*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995 (3-4)

CHRISTOFOROU T., *Protection of Legal Privilege in EEC Competition Law: The Imperfections of a Case*, in *LIEI*, 1985 (2), p. 1 ss.

VAN CLEYNENBREUGEL P., *The Hearing Officer's Extended Mandate: Whose Special Friend in the Conduct of EU Competition Proceedings?*, in *ECLR*, 2012 (6), p. 286 ss.

COMMISSIONE EUROPEA, *Competition – Proceedings for the application of Articles 101 and 102 TFEU: Key actors and checks and balances*, p. 2 (disponibile online su: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/key_actors_en.pdf)

CONDINANZI M., *Da comunitario a unionale. La difficile ricerca di un aggettivo adatto*, in *Eurojus.it*, 10 aprile 2017 (disponibile online su: <http://rivista.eurojus.it/>)

CONNOR J. M., *Cartel Fine Severity and the European Commission: 2007-2011*, in *ECLR*, 2013 (2), p. 58 ss.

CONNOR J. M., MILLER D. J., *Determinants of EC Antitrust Fines for Members of Global Cartels*, articolo presentato in occasione della 3rd LEAR Conference on The Economics of Competition Law, Roma, 25-26 giugno 2009 (disponibile online su: <http://www.learlab.com/conference2009/>)

CORTESE B., FERRARO F., MANZINI P. (a cura di), *Il diritto antitrust dell'Unione europea*, Torino, 2014

COSTELLO C., *The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe*, in *HRLR*, 2006 (6), p. 87 ss.

COUTRELIS N., GIACOBBO V., *Pratique de l'accès au dossier en droit communautaire de la concurrence: Entre droits de la défense et confidentialité*, in *Revue Concurrences*, 2006, 2 (835), p. 66 ss.

CRAIG P., *EU Administrative Law*, 2^a ed., Oxford, 2012

CRAIG P., DE BÚRCA G., *EU Law. Text, Cases, and Materials*, 6^o ed., Oxford, 2015

DALY M. C., *The cultural ethical and legal challenges in lawyering for a global organization: the role of the general counsel*, in *Emory L J*, 1997 (46)

DAUSES M., *The Protection of Fundamental Rights in the Community Legal Order*, in *ELR* 1985 (10), p. 398 ss.

DE BENEDETTO M., *Competition enforcement: a look at inspections*, in NIHOUL P., SKOCZNY T. (a cura di), *Procedural Fairness in Competition Proceedings*, ASCOLA Competition Law series, Cheltenham, 2015, p. 145 ss.

DE BÚRCA G., *After the EU Charter of Fundamental Rights: the Court of Justice as a human rights adjudicator?*, in *Maastricht JECL*, 2013, p. 168 ss.

DE SMITH S. A., *The Right to a Hearing in English Administrative Law*, in *Harvard Law Review*, 1955, 68 (4)

DELLA CANANEA G., *I procedimenti amministrativi dell'Unione europea*, in CHITIM., GRECO G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, vol. 1, p. 496 ss.

DENNIS I., *Instrumental Protection, Human Right or Functional Necessity? Reassessing the Privilege against Self-Incrimination*, in *Cambridge Law Journal*, 1995, 54 (2), p. 342 ss.

DERO-BUGNY D., *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2015

DI FEDERICO G., *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, Napoli, 2008

DI FEDERICO G., *The impact of the Lisbon Treaty on EU Antitrust Enforcement: Enhancing procedural Guarantees through Article 6 TEU*, in *DUE*, 2010 (4), p. 805 ss.

DI FEDERICO G., *Case C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v. European Commission*, in *CMLR*, 2011 (48)

DI FEDERICO G. (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights: from declaration to binding instrument*, Dordrecht, 2011

DI FEDERICO G., *The role of the Hearing Officer in antitrust cases. A critical assessment of the new mandate and practice after 2011*, in NIHOUL P., SKOCZNY T. (a cura di), *Procedural Fairness in Competition Proceedings*, ASCOLA Competition Law series, Cheltenham, 2015

DI FEDERICO G., *The appeal judgement in Deutsche Bahn AG (C-583/13P): some reflections on the standard of the protection of the rights of defense in antitrust proceedings*, in *Eurojus.it*, 2015, 2 (2) (disponibile online su: <http://rivista.eurojus.it/>)

DOHERTY B., *Playing Poker with the Commission: Rights of Access to the Commission's File in Competition Cases*, in *ECLR*, 1994 (1), p. 8 ss.

DOLMANS M., *Attorney-client privilege for in-house counsel: a European proposal*, in *Columbia JEL*, 1998 (4)

DUE O., *Le Respect des Droits de la Defence dans le Droit Administratif Communautaire*, in CDE, 1989

DURANDE S., WILLIAMS K., *The practical impact of the exercise of the right to be heard: A special focus on the effect of Oral Hearings and the role of the Hearing Officers*, 2005 (2) (disponibile online su: http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2005_2_22.pdf)

DOUGLAS-SCOTT S., *A tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European human rights acquis*, in CMLR, 2006 (43), p. 629 ss.

DOUGLAS-SCOTT S., *The Relationship Between the EU and the ECHR five years on from the Treaty of Lisbon*, University of Oxford Legal Research Paper Series, January 2015

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., *The EU Charter of Fundamental Rights, Not Binding but Influential: the Example of Good Administration*, in ARNULL A., EECKHOUT P., TRIDIMAS T. (a cura di), *Continuity and Change in EU Law. Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, 2008, pp. 157-171

DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, Harvard, 1978

ECKES C., MENDES J., *The Right to Be Heard in Composite Administrative Procedures: Lost in between Protection?*, in ELR, 2011 (36), p. 651 ss.

ECLF WORKING GROUP ON TRANSPARENCY AND PROCESS, *Transparency and Process: Do We Need a New Mandate for the Hearing Officer?*, in ECJ, 2010 (2)

EHLERMANN C.-D., *Community Competition Law Procedures*, in HADLEY S., PAPPAS S. (a cura di), *Procedural Aspects of EC Competition Law*, Maastricht, 1995

EHLERMANN C.-D., *Reflections on a European Cartel Office*, in CMLR, 1995 (32), p. 471 ss.

EHLERMANN C.-D., DRIJBER B. J., *Legal protection of enterprises: Administrative Procedure, in particular Access to File and Confidentiality*, in ECLR, 1996 (7)

EMBERLAND M., *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford, 2006

ERLANDSSON A., *The defendant's right of access to the Commission's file in Competition cases*, in LIEI, 1998

FAULL J., NIKPAY A., *The EU Law of Competition*, 3° ed., Oxford, 2014

FELS A., ERGAS H., *Institutional Design Of Competition Authorities*, OECD Competition Committee, 17 e 18 gennaio 2014 (disponibile online su: <http://www.oecd.org/daf/competition/changes-in-competition-institutional-design.htm>)

FERRARI BRAVO L., DI MAJO F. M., RIZZO A., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2001

FLATTERY J., *Balancing Efficiency and Justice in EU Competition Law Elements of Procedural Fairness and their Impact on the Right to a Fair Hearing*, in *TCLR*, 2010, 7 (1), p. 53 ss.

FORRESTER I. S., *Legal Professional Privilege: Limitations on the Commission's Powers of Inspection following the AM & S Judgment*, in *CMLR*, 1983, p. 75 ss.

FORRESTER I. S., *Due process in EC competition cases: a distinguished institution with flawed procedures*, in *ELR*, 2009, 34 (6)

FOX E. M., TREBILCOX M. J., *The Design of Competition Law Institutions and the Global Convergence of Process Norms: The GAL Competition Project*, New York University Law and Economics Working Papers, 8 gennaio 2012

FRESE M. J., *The development of general principles for EU competition law enforcement – The protection of legal professional privilege*, Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2011-03 (disponibile online su <http://ssrn.com/>), p. 6 ss.

GALETTA D.-U., HOFMANN H. C. H., MIR PUIGPELAT O., ZILLER J., *The General Principles of EU Administrative Law - An in-depth analysis*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015 (5)

GALLIGAN D., *Due Process and Fair Procedures*, Oxford, 1996

GCLC WORKING GROUP, *Enforcement by the Commission. The Decisional and Enforcement Structure in Antitrust Cases and The Commission's Fining System*, Report prepared from the Global Competition Law Centre (GCLC)'s Annual Conference "Towards an Optimal Enforcement of Competition Rules in Europe -- Time for a Review of Regulation 1/2003", Bruxelles, 11 e 12 giugno 2009

GHEZZI F., MAGGIOLINO M., *L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra 'responsabilità personale' e finalità dissuasive*, in *Riv. soc.*, 2014, p. 1060 ss.

GIANNAKOPOULOS T. K., *The Right to be Orally Heard by the Commission in Antitrust, Merger, Anti-dumping / Anti-subsidies and State Aid Community Procedures*, in *WOCO*, 2001, 24 (4), p. 541 ss.

GIANNAKOPOULOS T. K., *Safeguarding Companies' Rights in Competition and Anti-dumping/Anti-subsidies Proceedings*, 2^a ed., L'Aia, 2011

GIBSON, DUNN & CRUTCHER LLP, *The Role of Oral Hearings in EU Antitrust Proceedings*, *EU Practice Notes*, n° 1, gennaio 2012

GILCHRIST J., *Rights of defence and the role of the Hearing Officer in EU merger cases*, in *GCR*, dicembre 2000 - gennaio 2001

GIPPINI-FOURNIER E., *Legal professional privilege in competition proceedings before the European Commission: beyond the cursory glance*, in HAWK B. E. (a cura di), *International Antitrust Law & Policy*, 2004, *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, Huntington, 2005

GOFFIN L., *La jurisprudence de la Cour de Justice sur les droits de la défense*, in *CDE*, 1980, p. 127 ss.

GONZÁLEZ-DÍAZ F. E., STUART P., *Legal professional privilege under EU law: current issues*, in *Competition law & policy debate*, 2017, 3 (3)

GRAUPNER F., *Commission Decision-Making on Competition Questions*, in *CMLR*, 1973 (10)

GREAVES R., *A Common law contribution to EU administrative procedure: the Hearing Officer*, in *Studia in Honorem of Professor Pelysia Yessiou-Faltsi*, Athens-Thessaloniki, 2007, p. 309 ss.

GROUSSOT X., *General Principles of Community Law*, Groningen, 2006

GROUSSOT X., STAVEFELDT E., *Accession of the EU to the ECHR: A Legally Complex Situation*, in NERGELIUS J., KRISTOFFERSSON E. (a cura di), *Human Rights in Contemporary European Law*, Oxford, 2015

HAMMOND S. D., *Cornerstones of an Effective Leniency Program*, articolo presentato all'ICN Workshop on Leniency Programs, Sydney, 22-23 novembre 2004 (disponibile online su: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206611.htm>)

HARDING C., KOHL U., SALMON N., *Human Rights in the Market Place*, Aldershot, 2008

HARPAZ G., *The European Court of Justice and its Relations with the European Court of Human Rights: the Quest for Enhanced Reliance, Coherence and Legitimacy*, in *CMLR*, 2009 (46), pp. 105-141

HARRIS D., O'BOYLE M., BATES E., BUCKLEY C., *Law of the European Convention on Human Rights*, 3° ed., Oxford, 2014

HAUGER N. F. W., PALZER C., *Investigator, Prosecutor, Judge... and Now Plaintiff? The Leviathanian Role of the European Commission in the Light of Fundamental Rights*, in WOCO, 2013, 36 (4), p. 565 ss.

HELMHOLZ R. H., GRAY C. M., LANGBEIN J. H., MOGLEN E., SMITH H. E., *The Privilege Against Self-Incrimination: Its Origins and Development*, Chicago, 1997

HILL A. M., *A problem of privilege: in-house counsel and the attorney-client privilege in the United States and the European Community*, Case W. Res. J. of Int'l L., 1995 (27)

HINDS A.-L., *All settled? Some six years of cartel settlement*, in ECLR, 2014, p. 292 ss.

HOLLES B., *The Hearing Officer: Thirty Years Protecting the Right to Be Heard*, in WOCO, 2013, 36 (1), p. 5 ss.

HOLTZ J., *Legal Professional Privilege in Europe: a Missed Policy Opportunity*, in JECLAP, 2013, 4 (5)

HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE ON THE EUROPEAN UNION, *I Report: Enforcement of Community Competition Rules*, sess. 1993/1994

HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE ON THE EUROPEAN UNION, *XIX Report: Strengthening the Role of the Hearing Officer*, sess. 1999/2000

HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE ON THE EUROPEAN UNION, *XV Report: An EU Competition Court*, sess. 2006/2007

IDOT L., CONNOR J. M., VESTEDORF B., MILLER D., WILS P. J. W., *Sanctions: Is more always better?*, New Frontiers of Antitrust Conference – Parigi, 15 febbraio 2010, in *Concurrences*, 2010 (2)

ILIOPOULOS-STRANGAS J., FLAUSS J.-F. (a cura di), *Das Soft Law der europäischen Organisationen = The soft law of European organisations = La soft law des organisations europeennes*, Atti del 7° congresso SIPE (2010), Baden-Baden, Berna, Atene, 2012

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE COMMISSION ON COMPETITION, *Competition law and legal privilege*, 2006 (disponibile online su: http://www.uscib.org/docs/ICC_IssuesPaperLegal_privilege.pdf)

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE COMMISSION, *Due process in EU antitrust proceedings, Comments submitted on the European Commission's draft Best Practices in Antitrust Proceedings and the Hearing Officers' Guidance Paper*, 8 marzo 2010 (disponibile online su: <http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Documentcentre/2010/Due-process-in-EU-antitrust-proceedings/>)

ITALIANER A., *Best Practices for antitrust proceedings and the submission of economic evidence and the enhanced role of the Hearing Officer*, OECD Competition Committee Meeting, Parigi, 18 ottobre 2011 (disponibile online su: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2011_12_en.pdf)

JACOBS F. G., *The Sovereignty of Law*, Cambridge, 2007

JACQUÉ J. P., *The Accession of the European Union to the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms*, in CMLR, 2011 (48), p. 995 ss.

JAEGER M., *The Standard of Review in Competition Cases Involving Complex Economic Assessments: Towards the Marginalisation of the Marginal Review?*, in JECLAP, 2011, 2 (4)

JENNY F., *The institutional design of Competition Authorities: Debates and Trends*, in JENNY F., KATSOULACOS Y. (a cura di), *Competition Law Enforcement in the BRICS and in Developing Countries. Legal and Economic Aspects*, Cham, 2016

JOHANNES H., *The role of the Hearing Officer*, in HAWK B. E. (a cura di), *1992 and EEC/U.S: Competition and Trade Law, Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, New York, 1990, p. 347 ss.

JOHN L. E., TURNER J., *Bellamy & Child European Union Law of Competition*, 7° ed., Oxford, 2016

JONES A., SUFRIN B., *EU Competition Law. Text, Cases, and Materials*, 6° ed., Oxford, 2016

JOSHUA J., *Balancing the public interest: confidentiality, trade secret and disclosure of evidence in EC Competition procedures*, in ECLR, 1994 (15)

KAHN N., *Kerse & Kahn on EU Antitrust Procedure*, 6° ed., Londra, 2012

KAŃSKA K., *Towards Administrative Human Rights in the EU. Impact of the Charter of Fundamental Rights*, in ELJ, 2004 (3)

KAWKA I., *Rights of an Undertaking in Proceedings Regarding Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No. 1/2003*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2012, 5(6), p. 169 ss.

KEKELEKIS M., *The “Statement of Objections” as an Inherent Part of the Right to be Heard in EC Merger Proceedings: Issues of Concern*, in ECLR, 2004, p. 518 ss.

KELLERBAUER M., REPA L., *The Court of First Instance Upholds Two Decisions of the Hearing Officer Clarifying Important Procedural Questions in Antitrust Investigations*, in ECLR, 2007, p. 297 ss.

KERSE C. S., *Case C-60/92, Otto B V v. Postbank NV. Judgment of the Court of Justice of 10 November 1993*, in *CMLR*, 1994 (31), p. 1375 ss.

KERSE C. S., *Procedures in EC Competition Cases: The Oral Hearing*, in *ECLR*, 1994 (1)

KILLICK J., BERGHE P., *This is not the time to be tinkering with Regulation 1/2003 – It is time for fundamental reform – Europe should have change we can believe in*, in *TCLR*, 2010, 6 (2), p. 259 ss.

KINSELLA S., *Is it a Hearing if Nobody is Listening?*, in *The CPI Antitrust Journal*, marzo 2010 (1)

KOVACIC W. E., *The Institution of Antitrust Law: How Structure Shapes Substance*, in *110 Mich. Law Rev.*, 2012, p. 1021 ss.

KOVACIC W. E., HYMAN D. A., *Competition Agency Design: What's on the menu*, GWU Legal Studies Research Paper n° 2012-135

KOWALIK-BAŃCZYK K., *An elusive convergence: rights of the defence in competition matters in the jurisprudence of the CJEU*, in NIHOUL P., SKOCZNY T. (a cura di), *Procedural Fairness in Competition Proceedings*, ASCOLA Competition Law series, Cheltenham, 2015, p. 182 ss.

KREIS H. W., *The AM & S judgment of the European Court of Justice and its consequences within and outside the Community*, in *WOCO*, 1984, 8 (1), p. 12 ss.

KROES N., *Taking Competition Seriously – Anti-Trust Reform in Europe*, discorso reso alla International Bar Association / European Commission Conference “Anti-trust reform in Europe: a year in practice”, Bruxelles, 10 marzo 2005

LAFFRANQUE J., KUČERA M., *Dawn raids, surprises and promises. On competition and human rights*, in CASADEVALL J. ET AL. (a cura di), *Liber amicorum Dean Spielmann*, Oisterwijk, 2015, p. 307 ss.

LAGHEZZA A., *From the Nexans judgment to the ‘next’ improvements of the EU dawn raid procedure?*, in *ECLR*, 2013, 34 (4), p. 214 ss.

LAITENBERGER J., *The many dividends of keeping markets open, fair and contestable*, International Competition Law Forum St. Gallen, 27 aprile 2017 (disponibile online su: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2017_07_en.pdf)

LASOK K. P. E., *AM & S – The Court Decides*, in *ECLR*, 1982, p. 99 ss.

LASOK K. P. E., *The privilege against self-incrimination in competition cases*, in *ECLR*, 1990, p. 90 ss.

LASSERRE B., *Procedural fairness: How much remains to be done? Le point de vue du président de l'autorité française de la concurrence*, articolo presentato in occasione della 2nd Annual International Concurrences Conference 'New Frontiers of Antitrust', Parigi, 11 febbraio 2011, in *Concurrences*, 2011 (2), p. 67 ss.

LATRONICO N., *L'uso del termine "unionale" anziché "dell'Unione" (o "comunitario")*, ovvero quando le parole sono importanti, in *Eurojus.it*, 1° giugno 2015 (disponibile online su: <http://rivista.eurojus.it/>)

LATRONICO N., *A proposito del "disco verde" dato dall'Accademia della Crusca all'aggettivo unionale*, in *Eurojus.it*, 3 aprile 2017 (disponibile online su: <http://rivista.eurojus.it/>)

LAUWAARS R. H., *Rights of defence in Competition Cases*, in CURTIN D., HEUKELS T. (a cura di), *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Vol. II, Dordrecht-Boston-Londra, 1994, p. 507 ss.

LEHRELL P.-C., LAWSKY D., *Oral Hearings: Making the Case Come Alive*, in *The CPI Antitrust Journal*, marzo 2010 (1)

LEMAIRE C., PETITE M., WAELBROECK M., *Colloque 'Traité de Lisbonne et concurrence': Quel sera l'impact du nouveau traité sur le droit de la concurrence? Regards juridiques*, in *Concurrences*, 2008 (1)

LENAERTS K., *'In the union we trust': Trust-enhancing principles of Community law*, in *CMLR*, 2004 (2)

LENAERTS K., *Some Thoughts on Evidence and Procedure in European Community Competition Law*, in *Fordham International Law Journal*, 2006, 30 (5)

LENAERTS K., VANHAMME J., *Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process*, in *CMLR* 1997 (34), p. 531 ss.

LEVITT M., *Access to the file: the Commission's administrative procedures in cases under Articles 85 and 86*, in *CMLR*, 1997 (34)

LEVITT M., *Commission hearings and the role of the hearing officer: suggestions for reform*, in *ECLR*, 1998

LIDGARD H. H., *Due Process in European Competition Procedure: A Fundamental Concept or a Mere Formality?*, in CARDONNEL P., ROSAS A., WAHL N. (a cura di), *Constitutionalising the EU Judicial System: Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Oxford, 2012

LOCK T., *The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship Between the Two European Courts*, in *LPICT*, 2009 (8)

LORD MILLETT, *The right to good administration in European law*, in *PL*, 2002

MACCULLOCH A., *The privilege against self-incrimination in competition investigations: theoretical foundations and practical implications*, in *LS*, 2006, 26 (2), p. 211 ss.

MACGREGOR A., GECIC B., *Due Process in EU Competition Cases Following the Introduction of the New Best Practices Guidelines on Antitrust Proceedings*, in *JECLAP*, 2012, 3 (5), p. 425 ss.

MANZINI P., *European Antitrust in Search of the Perfect Fine*, in *WOCO*, 2008 (1), p. 3 ss.

MANZINI P., *Ammende antitrust e diritti fondamentali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015 (2), p. 299 ss.

MANZINI P., PORTINCASA F., *La discrezionalità della Commissione nella determinazione delle ammende antitrust*, in *DUE*, 2007 (3), p. 559 ss.

MARSDEN P., *Checks and Balances: EU Competition Law and the Rule of Law*, in *CLI*, 2009, p. 24 ss.

MASTROIANNI R., ALLEGREZZA S., POLLICINO O., RAZZOLINI O., PAPPALARDO F. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017

MCLEOD R., *Strengthening Due Process and Public Advocacy: Why the EC Should Open its Oral Hearings to the Press*, in *The CPI Antitrust Journal*, marzo 2010 (1)

MEROLA M., WAELBROECK D. (a cura di), *Towards an optimal enforcement of competition rules in Europe. Time for a review of Regulation 1/2003?*, GCLC Annual Conference, 11-12 June 2009, Bruxelles, 2010

MESSINA M., *The protection of the right to private life, home and correspondence v the efficient enforcement of competition law: is a new EC competition court the right way forward?*, in *ECJ*, 2007 (3), p. 185 ss.

MIK C., *Significance of the ECHR Provisions for the Protection of Fundamental Rights as General Principles of the EU Law*, in BARCZ J. (a cura di), *Fundamental rights protection in the EU*, Varsavia, 2009, p. 202 ss.

MYKOLAITIS D., *Developments of Legal Professional Privilege under AKZO/Ackros Judgment*, in *ITLR*, 2008, 14 (1)

MOCK W. B. T., DEMURO G. (a cura di), *Human rights in Europe: commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Durham, 2010

MODRALL J., PATEL R., *Oral Hearings and the Best Practices Guidelines*, in *The CPI Antitrust Journal*, marzo 2010 (1)

MONTAG F., *The case for a radical reform of the infringement procedure under regulation 17*, in *ECLR*, 1996, p. 428 ss.

MORGAN DE RIVERY E., LAGATHU E., CHASSAING E., *EU Competition Fines and Fundamental Rights: Correcting the Imbalance*, in *European Law Reporter*, 2012 (7-8)

MORGESE G., *La tutela del legal privilege nel diritto comunitario della concorrenza*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008 (2), p. 316 ss.

MUHEME D., NEYRINCK N., PETIT N., *Procedural Rights in EU Antitrust Proceedings*, in CAUFFMAN C., HAO Q. (a cura di), *Procedural Rights in Competition Law in the EU and China*, Verlag-Berlino-Heidelberg, 2016, p. 129 ss.

MUNCHAU W., *Europe's drift into mercantilism*, in *Financial Times*, 25 giugno 2007

MURPHY G., *CFI signals possible extension of professional privilege to in-house lawyers*, in *ECLR*, 2004, p. 447 ss.

MURPHY G., *Is it time to rebrand legal professional privilege in EC competition law?*, in *ECLR*, 2009, 30 (3)

NASCIMBENE B., *Fair trial and the rights of the defence in antitrust proceedings before the Commission: a need for reform?*, in *ELR*, 2013, 38(4), p. 573 ss.

NASCIMBENE B., CONDINANZI M. (a cura di), *Giurisprudenza di diritto comunitario. Casi scelti*, 2° ed., Milano, 2018 (disponibile online su: <http://libreria.eurojus.it/prodotto/giurisprudenza-di-diritto-dellunione-europea-casi-scelti/>)

NAZZINI R., *Competition Enforcement and Procedure*, 2° ed., Oxford, 2016

NEHL H. P., *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Oxford, 1999

NEHL H. P., *Good administration as procedural right and/or general principle?*, in HOFMANN H. C. H., TÜRK A. H. (a cura di), *Legal Challenges in EU Administrative Law: Towards an Integrated Administration*, Cheltenham, 2009

NERUDA R., BARINKA R., *Delta Pekarny v Czech Republic: European Court of Human Rights on Dawn Raids and Prior Judicial National Authorization*, in *JECLAP*, 2015, 6 (6), p. 411 ss.

NEUWAHL N., ROSAS A. (a cura di), *The European Union and Human Rights*, L'Aia, 1995

NIHOUL P., SKOCZNY T. (a cura di), *Procedural Fairness in Competition Proceedings*, ASCOLA Competition Law series, Cheltenham, 2015

OECD, *Country studies: European Commission – Peer Review of Competition Law and Policy*, 2005 (disponibile online su: <http://www.oecd.org/eu/35908641.pdf>)

OLIVER P., BOMBOIS T., *Competition and Fundamental Rights*, in *JECLAP*, 2015, 6 (8), p. 598 ss.

OLIVER P., BOMBOIS T., *Competition and Fundamental Rights*, in *JECLAP*, 2016, 7 (10), p. 711 ss.

ORTIZ BLANCO L., *EU Competition Procedure*, 3^a ed., Oxford, 2013

L. ORTIZ BLANCO, ENGLISH M., *Procedural Rights in EU Antitrust Enforcement – Fifty Years On*, in GOVAERE I., HANF D. (a cura di), *Scrutinizing Internal and External Dimensions of European Law, Liber Amicorum Paul Demaret*, Bruxelles, 2013, p. 627 ss.

PAIS ANTUNES V. L., *Just Another Brick in the Wall: Communications with In-house Lawyers Remain Unprotected by Legal Privilege at the European Union Level*, in *JECLAP*, 2011, 2 (1)

PANEBIANCO M. (a cura di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: annotato con i lavori preparatori e la giurisprudenza delle alte corti europee e della Corte costituzionale italiana*, Milano, 2001

PAPP M., *Procedural Fairness in the European Commission's Competition Procedure. Recent Case-Law on the ECJ's Review of Inspections*, in NAGY C. I. (a cura di), *The procedural aspects of the application of competition law*, Gröningen, 2016, p. 58 ss.

PAUL H., *Corporations are not human, so why should they have human rights?*, in *EcoNexus*, settembre 2011 (disponibile online su: <http://www.econexus.info>)

PEERS S., HERVEY T., KENNER J., WARD A. (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights, a commentary*, Oxford, 2014

PEERS S., *The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection*, 18 dicembre 2014 (disponibile online su: <http://eulawanalysis.blogspot.it>)

PETIT N., *Traité de Lisbonne et politique de concurrence – Rupture?*, in *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège*, 2008 (1), p. 265 ss.

PETIT N., NEYRINCK N., *A Review of the Competition Law Implications of the Treaty on the Functioning of the European Union*, in *The CPI Antitrust Journal*, 2010 (1), p. 2 ss.

PIARKIEWICZ A., BOTTA M., *NCA's Institutional Design and Enforcement Strategies*, in *EUI Policy Brief*, 2016/03

PIVA P., *Commento art. 41, 'Diritto a una buona amministrazione'*, in R. MASTROIANNI, S. ALLEGREZZA, O. POLLICINO, O. RAZZOLINI, F. PAPPALARDO (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 753 ss.

PLIAKOS A., *Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence*, Bruxelles, 1987

PLIAKOS A., *La protection des droits de la défense et les pouvoirs de vérification de la Commission européenne: une issue heureuse?*, in *RTDeur*, 1995 (3), p. 449 ss.

POUSTIE M., *The rule of law or the rule of lawyers? Alconbury, Article 6(1) and the role of courts in administrative decision-making*, in *EHRLR*, 2001 (6)

POWER J. G. V., *The Relative Merits of Courts and Agencies in Competition Law – Institutional Design: Administrative Models; Judicial Models; and Mixed Models*, in *European Competition Journal*, aprile 2010

RABINOVICI I., *The Right to Be Heard in the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *EPL*, 2012 (18), vol. 1, p. 149 ss.

RAWLS J., *A Theory of Justice*, Oxford, 1973

RESNICK J., *Due Process and Procedural Justice*, in PENNOCK J., CHAPMAN J. (a cura di), *Due Process*, Baden-Baden, 1977

RILEY A., *The European Cartel Office: a guardian without weapons?*, in *ECLR*, 1997 (18), p. 3 ss.

RILEY A., *Saunders and the power to obtain information in Community and United Kingdom competition law*, in *ELR*, 2000, p. 264 ss.

RILEY A., *The modernisation of EU anti-cartel enforcement: will the Commission grasp the opportunity?*, in *ECLR*, 2010

ROSSI L. S. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, Milano, 2002

ROSSI DAL POZZO F., *Private enforcement delle norme di concorrenza dell'Unione europea e tutela dei diritti fondamentali: alla ricerca di un difficile equilibrio fra interessi talora contrapposti*, in CAGGIANO G. (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, 2018, p. 203 ss.

RUIZ CALZADO J., DE STEFANO G., *Rights of Defence in Cartel Proceedings: Some Ideas for Manageable Improvements*, in CARDONNEL P., ROSAS A., WAHL N. (a cura di), *Constitutionalising the EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Oxford, 2012

SANCHEZ S. I., *The Court and the Charter: The Impact of the Entry into Force of the Lisbon Treaty on the ECJ's Approach to Fundamental Rights*, in CMLR, 2012 (49), p. 1565 ss.

SANCHEZ-GRAELLS A., MARCOS F., 'Human rights' protection for corporate antitrust defendants: are we not going overboard?, in NIHOUL P., SKOCZNY T. (a cura di), *Procedural Fairness in Competition Proceedings*, ASCOLA Competition Law series, Cheltenham, 2015

SCHULZ A., BERGHE P., *A new mandate – or how to improve the role of the Hearing Officers*, in *Mlex Magazine*, 2010 (3)

SCHWARZE J., *The administrative law of the Community and the protection of human rights*, in CMLR 1986 (23)

SCHWARZE J., *Tendencies towards a common administrative law in Europe*, in *ELR*, 1991 (16)

SCHWARZE J., *European Administrative Law*, Londra, 1992

SCHWARZE J., *The Procedural Guarantees in the Recent Case-law of the European Court of Justice*, in CURTIN D., HEUKELS T. (a cura di), *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Vol. II, Dordrecht-Boston-Londra, 1994, p. 487 ss.

SCHWARZE J., BECHTOLD R., *Deficiencies in European Community Competition Law. Critical analysis of the current practice and proposals for change*, Gleiss Lutz, Stuttgart, 2008 (disponibile online su: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2008_regulation_1_2003/gleiss_lutz_en.pdf)

SCORDAMAGLIA A., *The new Commission settlement procedure for cartels: A critical assessment*, in *Global Antitrust Review*, 2009 (2), p. 61 ss.

SCORDAMAGLIA A., *Cartel Proof, Imputation and Sanctioning in European Competition Law: Reconciling Effective Enforcement and Adequate Protection of Procedural Guarantees*, in *TCLR*, 2010, 7 (1)

SCORDAMAGLIA-TOUSIS A., *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, Alphen aan den Rijn, 2013

SENDEN L. A. J., *Soft Law in European Community Law*, Oxford, 2004

SIMON D., *Des influences réciproques entre CJCE et CEDH: 'Je t'aime, moi non plus'?*, in *Pouvoirs. Les cours européennes. Luxembourg et Strasbourg* 2001 (96), p. 31 ss.

SIMONSSON I., *Legitimacy in EU Cartel Control*, Oxford e Portland, 2010

SIRAGUSA M., MARINI BALESTRA F., SETARI A., *The ECtHR Judgment in Case A. Menarini Diagnostics and its Implications for Private Enforcement of EU Competition Law*, in *GCLR*, 2012 (4), p. 129 ss.

SIRAGUSA M., GUERRI E., *L'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE in seguito all'introduzione del Regolamento 1/2003*, in *Dir. ind.*, 2004, p. 348 ss.

SIRAGUSA M., GUERRI E., *Antitrust Settlements under EC Competition Law: The Point of View of the Defendants*, in EHLERMANN C.-D., MARQUIS M. (a cura di), *European Competition Law Annual 2008*, Londra, 2009

SIRAGUSA M., RIZZA C. (a cura di), *EU Competition Law. Volume III – Cartels and Collusive Behaviour – Restrictive Agreements and Practices between Competitors*, 2^a ed., Deventer-Leuven, 2012

SLATER D., THOMAS S., WAELBROECK D., *Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?*, *The Global Competition Law Centre Working Papers Series*, GCLC Working Paper 04/08

SODERMAN J., *The Struggle for Openness in the European Union*, discorso pronunciato a Bruxelles il 21 marzo 2001 (disponibile online su: <https://www.ombudsman.europa.eu/it>)

STEENE A., *Nexans, Deutsche Bahn, and the ECJ's Refusal to Follow ECHR Case Law on Dawn Raids*, in *JECLAP*, 2016, 7 (3), p. 180 ss.

ŞTEFAN O. A., *Soft Law in Court: Competition Law, State Aid and the Court of Justice of the European Union* Alphen aan den Rijn, 2013

STESSENS G., *The obligation to produce documents versus the privilege against self-incrimination: human rights protection extended too far?*, in *ELR*, 1997 (22), p. 45 ss.

TAVASSI M., *Il Regolamento CE 1/2003: verso la devoluzione di competenze in materia di concorrenza dalla Commissione europea alle autorità garanti e ai giudici nazionali*, in *Dir. comm. int.*, 2004, p. 315 ss.

TEMPLE LANG J., *Do we need a European Union Competition Court?*, in BAUDENBACHER C., GULMANN C., LENAERTS K., COULON E., BARBIER DE LA SERRE E. (a cura di), *Liber Amicorum in honour of Bo Vesterdorf*, Bruxelles, 2007, p. 343 ss.

TEMPLE LANG J., *Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003*, CEPS Special Report, novembre 2011

TEMPLE LANG J., *Fundamental rights and the proposed directive*, in *Competition Law & Policy debate. Symposium: European Competition Law Procedural Reform*, 2017, 3(3)

TEMPLE LANG J., RIZZA C., *The Ste Colas Est and Others v. France case. European Court of Human Rights Judgment of April 16, 2002*, in *ECLR*, 2002, p. 414 ss.

THATCHER M., *The Creation of European Regulatory Agencies and its Limits: a Comparative Analysis of European Delegation*, in *JEPP*, 2011 (18), p. 790 ss.

TRAINOR S. A., *A comparative analysis of a corporation's right against self-incrimination*, in *Fordham International Law Journal*, 1994–1995 (18)

TRAN THIET J.-P., *Procedural fairness: How much remains to be done? Le point de vue du praticien*, articolo presentato in occasione della 2nd Annual International Concurrences Conference 'New Frontiers of Antitrust', Parigi, 11 febbraio 2011, in *Concurrences*, 2011 (2), p. 85 ss.

TRIBE L. H., *American Constitutional Law*, 2a ed., New York, 1988

TRIDIMAS T., *General principles of EU Law*, 2^a ed., Oxford, 2006

TRUCCO L., *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, Milano, 2013

TURNO B., ZAWŁOCKA-TURNO A., *Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self-Incrimination in EU Competition Law after the Lisbon Treaty – Is It Time for a Substantial Change?*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2012, 5 (6), p. 193 ss.

VANDENBORRE I., GOETZ T., KAFETZOPOULOS A., *Access to File and Confidentiality of Information under European Competition Law*, in *JECLAP*, 2017, 8 (9), p. 613 ss.

VAN DER WOUDE M., *Hearing Officers and EC Antitrust Procedures: The Art of Making Subjective Procedures More Objective*, in *CMLR*, 1996 (33), p. 531 ss.

VAN DER WOUDE M., *Exchange of information within the European Competition Network: scope and limits*, in EHLERMANN C.-D., ATANASIU I. (a cura di), *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities*, Oxford, 2003

VAN OVERBEEK W. B. J., *The right to be heard in EC competition cases*, in *Right of Defence and right of the European Commission in EC Competition Law*, Symposium organized on 24 and 25 January 1994 by the European Association of Lawyers, Bruxelles, 1994, p. 230 ss.

VAN OVERBEEK W. B. J., *The right to remain silent in competition investigations: the Funke decision of the ECtHR makes revision of the ECJ's case law necessary*, in *ECLR*, 1994 (3), p. 127 ss.

VEENBRINK M., *The Privilege against Self-Incrimination in EU Competition Law: A Deafening Silence?*, in *LIEI*, 2015, 42 (2), pp. 119 ss.

VENIT J. S., LOUKO T., *The Commission's New Power to Question and its Implications on Human Rights*, in HAWK B. E. (a cura di), *International Antitrust Law & Policy, 2004, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, Huntington, 2005, p. 675 ss.

VESTERDORF B., *Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self-Incrimination in EC Law: Recent Developments and Current Issues*, in HAWK B. E. (a cura di), *International Antitrust Law & Policy, 2004, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, Huntington, 2005

VESTERDORF B., *Judicial Review in EC Competition Law: Reflections on the Role of the Community Courts in the EC System of Competition Law Enforcement*, in *CPI*, 2005, 1 (2)

WAELEBROECK D., FOSSELDARD D., *Should the Decision-Making Power in EC Antitrust Procedures be left to an Independent Judge?*, in BARAV A., WYATT D. A. (a cura di), *1994 Yearbook of European Law*, Oxford, 1995, p. 111 ss.

WAELEBROECK D., VANCAILLIE M., *'Oh illustrious Caesar! If it is sufficient to deny, what hereafter will become of the guilty?' On the presumption of innocence, the burden of proof, and the standard of proof in EU competition law*, in EDWARD D., MacLennan J., KOMNINOS A. (a cura di), *A Scot Without Borders Liber Amicorum*, Ian Forrester, New York, 2015, p. 373 ss.

WAHL N., *Procedural fairness: How much remains to be done? Quelques réflexions sur le rôle du juge*, in *Concurrences*, 2011 (2), p. 62 ss.

WARD T., MCGURK B., *Competition law and human rights: the privilege against self-incrimination and related rights in competition proceedings*, in *Comp. Law*, 2013, p. 304 ss.

WARNER J. P. , *Due Process in the Administrative Procedure*, in VIII FIDE Congress – Copenhagen 1978

WEILER J., LOCKHART N., *'Taking Rights Seriously' Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence*, in *CMLR*, 1995 (2), p. 579 ss.

WEISS W., *Human Rights and EU antitrust enforcement: news from Lisbon*, in *ECLR*, 2011 (4)

WEISS W., *Human Rights in the EU: Rethinking the Role of the European Convention on Human Rights After Lisbon*, in *EuConst*, 2011 (7)

WEITZEL L., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, avancée ou régression?*, in WEITZEL L. (a cura di), *L'Europe des droits fondamentaux. Mélanges en hommage à Albert Weitzel*, Paris, 2013, p. 225 ss.

WERNICKE S., *'In Defence of the Rights of Defence': Competition law procedure and the changing role of the Hearing Officer*, in *Concurrences*, 2009 (3), p. 1 ss.

WESSELING R., *Joined Cases C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P to C-252/99 P and C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) and Others v. Commission*, [2002] ECR I-8375, in *CMLR*, 2004 (41), p. 1141 ss.

WHISH R., BAILEY D., *Competition Law*, 8^o ed., Oxford, 2015

WIGMORE J. H., *Evidence in trials at Common Law*, Boston, 1961

WILLIAMS K., *The current role of the Hearing Officer: another step change*, in EDWARD D., MacLennan J., KOMNINOS A. (a cura di), *A Scot Without Borders Liber Amicorum*, Ian Forrester, New York, 2015, p. 405 ss.

WILLIS P. R., *'You have the right to remain silent...'*, or do you? *The privilege against self-incrimination following Mannesmannröhren-Werke and other recent decisions*, in *ECLR*, 2001 (8), p. 313 ss.

WILLIS P. R., *Transfer of information between authorities in the modernised network*, in *CLJ*, 2004, 2 (4)

WILS W. P. J., *Self-Incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, in *WOCO*, 2003, 26 (4), p. 567 ss.

WILS W. P. J., *Powers of Investigation and Procedural Rights and Guarantees in EU Antitrust Enforcement: The Interplay between European and National Legislation and Case-law*, in *WOCO*, 2006, 29 (1), p. 3 ss.

WILS W. P. J., *Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No. 1/2003*, in *WOCO*, 2006, 29 (3), p. 345 ss.

WILS W. P. J., *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice*, in *WOCO*, 2007, 30 (1), p. 25 ss.

WILS W. P. J., *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles*, in *WOCO*, 2008, 31 (3), p. 335 ss.

W. P. J. WILS, *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles*, in EHLERMANN C.-D., MARQUIS M. (a cura di), *European Competition Law Annual 2008*, Londra, 2009

WILS W. P. J., *The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review, and the European Convention on Human Rights*, in WOCO, 2010, 33 (1), p. 5 ss.

WILS W. P. J., *EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights*, in WOCO, 2011, 34 (2), p. 189 ss.

WILS W. P. J., *The Oral Hearing in Competition Proceedings before the European Commission*, in WOCO, 2012 (35), p. 397 ss.

WILS W. P. J., *The Role of the Hearing Officer in Competition Proceedings before the European Commission*, in WOCO, 2012, 35 (3)

WILS W. P. J., *The Compatibility with Fundamental Rights of the EU Antitrust Enforcement System in Which the European Commission Acts Both as Investigator and as First-Instance Decision Maker*, in WOCO, 2014, 37(1), p. 5 ss.

WISKING S., *Does the European Commission Provide Parties with a Proper Opportunity to be Heard on the Level of Fines?*, in GCP, giugno 2009 (2)

ZINGALES N., *The Hearing Officer in EU Competition Law Proceedings: Ensuring Full Respect for the Right to Be Heard?*, in TCLR, 2010, 7 (1), p. 129 ss.