



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO
ITALIANO E SOVRANAZIONALE

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

TESI DI DOTTORATO

IL PRINCIPIO DI LEALE COOPERAZIONE NEL DIRITTO DELLA
CONCORRENZA DELL'UNIONE EUROPEA

Tesi di Dottorato di:
Francesca GELMINI
Matricola n. R11535

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

Tutor:
Chiar.mo Professor Ruggiero CAFARI PANICO

Coordinatore del Corso:
Chiar.ma Prof.ssa Diana-Urania GALETTA

Anno Accademico 2018-2019

INDICE

INTRODUZIONE

| | |
|---|---|
| 1. Oggetto della ricerca | 1 |
| 2. La materia di studio: ambito della ricerca | 2 |
| 3. Utilità della ricerca | 3 |

PRIMA PARTE

L'INQUADRAMENTO DEL PRINCIPIO DI LEALE COOPERAZIONE E L'APPLICAZIONE DEGLI ARTICOLI 101 E 102 TFUE

CAPITOLO I

LA LEALE COOPERAZIONE QUALE PRINCIPIO GENERALE CHE REGOLA LE RELAZIONI TRA GLI STATI MEMBRI E LE ISTITUZIONI DELL'UNIONE EUROPEA

Sezione I

L'affermazione del principio di leale cooperazione

| | |
|--|----|
| 1. Il principio di leale cooperazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia | 6 |
| 2. La codificazione del principio: il Trattato di Lisbona | 9 |
| 3. Il dovere di leale cooperazione delle articolazioni dello Stato nell'esecuzione del diritto dell'Unione europea | 11 |
| 3.1. I giudici nazionali | 11 |
| 3.2. Le autorità amministrative nazionali | 17 |

Sezione II

Il rapporto dialettico tra principi

| | |
|--|----|
| 1. L'effetto diretto e il primato del diritto dell'Unione europea | 21 |
| 2. L'autonomia istituzionale e procedurale degli Stati membri | 24 |
| 3. La leale cooperazione quale principio di convergenza tra il primato, l'effetto diretto ed il rispetto dell'autonomia degli Stati membri | 29 |

CAPITOLO II

L'APPLICAZIONE DEGLI ARTICOLI 101 E 102 TFUE

Sezione I

Inquadramento storico-sistematico

| | |
|--|----|
| 1. Ricostruzione storica | 32 |
| 2. Le finalità del diritto della concorrenza e la duplice responsabilità | 37 |

Sezione II

I soggetti competenti ad applicare gli articoli 101 e 102 TFUE

| | |
|---|----|
| 1. I partner fondamentali della Commissione nell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE | 42 |
| 1.1. I giudici nazionali | 43 |
| 1.2. Le autorità nazionali garanti della concorrenza | 47 |
| 2. L'obbligo di applicazione e le competenze parallele | 53 |

SECONDA PARTE

LA LEALE COOPERAZIONE TRA LE AUTORITÀ GARANTI DELLA CONCORRENZA NELL'APPLICAZIONE DEGLI ARTICOLI 101 E 102 TFUE

CAPITOLO I

LA COMMISSIONE E IL SUO RUOLO DI GUIDA DEL SISTEMA

Sezione I

Il valore della soft law nel settore della concorrenza

| | |
|--|----|
| 1. Gli strumenti di <i>soft law</i> | 63 |
| 2. La <i>soft law</i> nella giurisprudenza della Corte di giustizia | 65 |
| 3. L'approccio nazionale ai testi di <i>soft law</i> : il caso delle vendite <i>online</i> | 69 |

Sezione II

Gli altri strumenti della Commissione per un'applicazione uniforme delle regole della concorrenza

| | |
|--|----|
| 1. Il controllo <i>ex ante</i> | 78 |
| 2. Il controllo <i>ex post</i> | 79 |
| 3. Il valore delle decisioni della Commissione | 80 |

CAPITOLO II

LA COOPERAZIONE TRA LE AUTORITÀ GARANTI DELLA CONCORRENZA

Sezione I

Le relazioni tra Autorità

| | |
|---|-----|
| 1. La divisione del lavoro | 84 |
| 1.1. I criteri di ripartizione | 84 |
| 1.2. I conflitti sulla competenza | 87 |
| 1.2.1. I conflitti positivi sulla competenza | 87 |
| 1.2.2. I conflitti negativi sulla competenza | 88 |
| 2. La nozione autonoma del principio di <i>ne bis in idem</i> nel diritto della concorrenza | 89 |
| 2.1. La portata del principio di <i>ne bis in idem</i> | 91 |
| 2.1.1. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo | 91 |
| 2.1.2. La giurisprudenza della Corte di giustizia | 95 |
| 2.2. La potenziale violazione del principio del <i>ne bis in idem</i> | 99 |
| 2.2.1. La dimensione verticale | 100 |
| 2.2.2. La dimensione orizzontale | 102 |
| 2.3. L'approccio nazionale | 103 |
| 2.4. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia | 105 |
| 3. Lo scambio di informazioni | 108 |

| | |
|---|-----|
| 4. Le ispezioni <i>cross-border</i> e l'esecuzione transfrontaliera delle decisioni | 113 |
| 4.1. Le ispezioni <i>cross-border</i> | 113 |
| 4.2. L'esecuzione transfrontaliera delle decisioni | 117 |
| 5. La cooperazione al banco di prova: il caso <i>Booking</i> | 118 |

Sezione II

L'armonizzazione delle regole procedurali e dei sistemi sanzionatori

| | |
|--|-----|
| 1. I poteri di indagine delle autorità nazionali garanti della concorrenza | 122 |
| 1.1. L'armonizzazione delle regole procedurali | 122 |
| 1.2. Un'analisi comparata tra il modello italiano e il modello francese | 124 |
| A. Italia | 124 |
| B. Francia | 134 |
| C. Considerazioni finali di diritto comparato | 141 |
| 2. Il calcolo delle ammende | 142 |
| 2.1. L'armonizzazione delle regole per la quantificazione delle ammende | 145 |
| 2.2. Un'analisi comparata tra il modello italiano e il modello francese | 147 |
| A. Italia | 147 |
| B. Francia | 155 |
| C. Considerazioni finali di diritto comparato | 161 |
| 3. I programmi di trattamento favorevole | 162 |
| 3.1. I meccanismi di coordinamento tra i diversi programmi | 165 |
| 3.1.1. Le domande semplificate | 165 |
| 3.1.2. Lo scambio di informazioni | 166 |
| 3.2. Il rapporto tra i diversi programmi di trattamento favorevole: il caso <i>DHL</i> | 167 |
| 3.3. La convergenza dei programmi di trattamento favorevole | 170 |
| 3.4. Un'analisi comparata tra il modello italiano e il modello francese | 175 |
| A. Italia | 175 |
| B. Francia | 180 |
| C. Considerazioni finali di diritto comparato | 185 |

TERZA PARTE

IL COORDINAMENTO TRA L'APPLICAZIONE PUBBLICISTICA E L'APPLICAZIONE PRIVATISTICA DEGLI ARTICOLI 101 E 102 TFUE

CAPITOLO I

GLI STRUMENTI DI COOPERAZIONE

Sezione I

L'assistenza prestata dalla Commissione e dalle autorità nazionali garanti della concorrenza ai giudici nazionali

| | |
|--|-----|
| 1. I meccanismi di cooperazione introdotti dal Regolamento (CE) n. 1/2003 | 189 |
| 1.1. La trasmissione di informazioni | 190 |
| 1.2. La richiesta di pareri | 193 |
| 1.3. La presentazione di osservazioni (" <i>amicus curiae</i> ") | 196 |
| 2. Gli strumenti introdotti dalla Direttiva 2014/104/UE: la cooperazione rafforzata | 199 |
| 2.1. Le osservazioni sulla divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità della concorrenza | 199 |
| 2.2. L'assistenza nella quantificazione del danno | 200 |

Sezione II

L'assistenza prestata dalle giurisdizioni nazionali

| | |
|--|-----|
| 1. L'assistenza prestata dalle giurisdizioni nazionali alla Commissione | 203 |
| 2. L'assistenza prestata dalle giurisdizioni nazionali alle autorità nazionali garanti della concorrenza | 206 |

CAPITOLO II

LE PROBLEMATICHE DELL'INTERAZIONE

Sezione I

L'accesso alla prova

| | |
|--|-----|
| 1. L'accesso al fascicolo della Commissione | 210 |
| 2. L'accesso al fascicolo delle autorità nazionali garanti della concorrenza | 213 |
| 3. La pubblicazione delle decisioni e la tutela delle informazioni riservate | 220 |

Sezione II

Gli effetti delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza e della Commissione

| | |
|--|-----|
| 1. Il valore delle decisioni adottate dalla Commissione | 225 |
| 2. Il valore delle decisioni adottate dalle autorità nazionali garanti della concorrenza | 227 |
| 2.1. Le decisioni adottate dall'autorità dello stesso Stato membro | 227 |
| 2.2. Le decisioni adottate dalle autorità di altri Stati membri | 231 |
| 3. Il valore delle decisioni con impegni | 233 |
| 4. Il valore delle decisioni di <i>settlement</i> | 235 |

| | |
|--------------|-----|
| Conclusioni | 239 |
| Bibliografia | 245 |

INTRODUZIONE

1. Oggetto della ricerca

Il presente studio ha come oggetto l'analisi del principio di leale cooperazione nell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE (“norme *antitrust*”). In particolare, viene esaminata la concreta applicazione di tale principio nei rapporti intercorrenti tra i diversi soggetti competenti ad applicare gli articoli 101 e 102 TFUE, quali la Commissione europea, le autorità nazionali garanti della concorrenza e i giudici nazionali.

La ricerca si sviluppa lungo tre linee di ricerca.

La *prima parte* è dedicata a una ricostruzione delle origini e dell'evoluzione del principio di leale cooperazione nell'ordinamento dell'Unione europea: viene dapprima analizzato l'apporto della giurisprudenza in materia, in seguito la consacrazione del principio nel Trattato di Lisbona e infine il suo rapporto con i principi del primato, dell'effetto diretto e dell'autonomia istituzionale e procedurale degli Stati membri. L'affermazione del principio del primato del diritto dell'Unione è da sempre stata accompagnata, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, dal riconoscimento dell'autonomia istituzionale e procedurale degli Stati membri, conducendo a un conflitto continuo tra esigenze contrapposte: da un lato, la necessità di garantire un'applicazione piena ed efficace del diritto dell'Unione, dall'altro lato, la volontà degli Stati di mantenere intatta la propria sfera di autonomia.

Il ricorso alle strutture proprie degli Stati membri rischia, tuttavia, di compromettere l'attuazione uniforme ed efficace del diritto dell'Unione, a causa dell'eterogeneità delle soluzioni nazionali.

Il tale contesto, il principio di leale cooperazione svolge un ruolo centrale, imponendo agli Stati membri di utilizzare le proprie strutture e procedure per perseguire l'impegno comune, non potendo la conservazione dell'autonomia istituzionale e procedurale condurre a una compromissione degli impegni assunti dagli Stati membri.

L'autonomia degli Stati membri è stata così gradualmente compressa in nome della necessità di convivere con altri principi di matrice europea.

Tale ricostruzione è finalizzata a delineare i confini e la portata del principio di leale cooperazione, per poterlo poi declinare nel diritto della concorrenza in cui è chiamato a svolgere un ruolo centrale.

La *seconda parte* dello studio si concentra sull'analisi del principio di leale cooperazione nell'applicazione pubblicistica degli articoli 101 e 102 TFUE. Dapprima, sono esaminate le relazioni tra le autorità nazionali garanti della concorrenza e la Commissione europea, analizzando gli strumenti di cooperazione verticali e orizzontali. Successivamente, è posta l'attenzione sulla tensione

tra l'esigenza di garantire l'applicazione efficace delle norme *antitrust* e l'esigenza di avvalersi di strumenti giuridici propri degli ordinamenti nazionali per darvi attuazione. Le autorità nazionali sono chiamate ad applicare le stesse regole sostanziali, ma il loro assetto istituzionale e procedurale si differenzia da Stato a Stato. In tale ottica, lo studio procede a esaminare in chiave comparatistica l'ordinamento francese e quello italiano, in tema di poteri di indagine delle autorità nazionali garanti della concorrenza, di modalità di calcolo delle sanzioni e di programmi di trattamento favorevole, facendo emergere i principali punti di divergenza tra i sistemi.

La *terza parte* dello studio, partendo dall'analisi dei meccanismi di cooperazione tra le autorità garanti della concorrenza (autorità nazionali garanti della concorrenza e Commissione) e gli organi giurisdizionali, esamina poi le problematiche che emergono dall'interazione tra l'applicazione pubblicistica e quella privatistica degli articoli 101 e 102 TFUE.

2. La materia di studio: ambito della ricerca

L'indagine si concentra sulla cooperazione tra le autorità nazionali (autorità nazionali garanti della concorrenza e giudici nazionali) e la Commissione europea nell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, ossia delle norme *antitrust*.

Esulano dal campo di studio le regole sulle concentrazioni e sugli aiuti di Stato, essendo i sistemi di applicazione di dette norme sostanzialmente differenti.

Nel settore *antitrust* si è assistiti ad un costante processo di “*Communitarisation*”¹ del diritto e di un processo parallelo, ma direttamente proporzionale, di “decentramento”, o meglio di “*déconcentration*”², nell'applicazione dello stesso, in cui le autorità nazionali sono chiamate ad applicare direttamente gli articoli 101 e 102 TFUE, potendo essere considerate dei *partner* fondamentali della Commissione nella loro applicazione.

Diversamente, nel settore degli aiuti di Stato, la Commissione europea ha da sempre avuto la competenza esclusiva nel valutare la compatibilità degli aiuti con il mercato interno (sistema di controllo centralizzato). Il sistema gravita così sulla Commissione europea, *dominus* della procedura di controllo sia degli aiuti “esistenti”, che sono costantemente monitorati e che possono in ogni momento essere dichiarati illegittimi con ordine di cessazione, sia di quelli “nuovi”, i cui progetti

¹ G. Tesaurò, *Modernisation and Decentralisation of EC Competition Law*, in *Modernisation and Decentralisation of EC Competition Law*, Kluwer Law International, 2000, p. 3.

² C. Prieto, D. Bosco, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 229. Gli autori criticano l'utilizzo del termine “decentralizzazione” per descrivere il processo di riforma avvenuto con il Regolamento n. 1/2003, in quanto la Commissione non ha rinunciato alla sua competenza ad applicare gli articoli 101 e 102 TFUE e ad orientare la politica della concorrenza. Si tratta di una competenza di attribuzione concorrente tra la Commissione e le autorità nazionali. Alla luce di ciò, suggeriscono l'utilizzo del termine “*déconcentration*”.

vanno previamente notificati alla Commissione europea, essendo essa la sola competente a dichiararne la compatibilità.

In materia di concentrazioni, infine, il Regolamento n. 139/04/CE, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (“Regolamento comunitario sulle concentrazioni”), delinea una competenza esclusiva della Commissione europea per le concentrazioni di interesse comunitario, lasciando ai sistemi nazionali le concentrazioni di interesse esclusivamente nazionale.

L’indagine in chiave comparatistica tra il sistema francese e quello italiano svolto nella seconda parte dell’elaborato è finalizzata a vagliare le sintonie e distonie registrabili nei due sistemi. È stato prescelto l’ordinamento francese per la comparazione in quanto è stato svolto un periodo di formazione e di ricerca di un anno presso l’Università *Paris I Panthéon-Sorbonne*, durante il quale sono stati approfonditi gli istituti e le regole procedurali dell’ordinamento francese.

L’analisi è limitata a tre aspetti: i poteri di indagine delle autorità garanti della concorrenza, le modalità di calcolo delle sanzioni e i programmi di trattamento favorevole. È proprio su tali aspetti, infatti, che la Direttiva (UE) 2019/1, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace³, ha un’incidenza maggiore nei sistemi oggetto di analisi.

3. Utilità della ricerca

“National competition authorities in the EU take some 85% of all the decisions that apply EU competition rules – without them, people’s experiences could be very different. Europeans depend on national competition authorities to turn our promises into reality, because coherent application of the EU antitrust rules by all enforcers is crucial in establishing a level playing field. This is why we want to make sure that national competition authorities have all the powers, resources and independence they need to enforce EU antitrust rules effectively” (Commissioner Margrethe Vestager)

La creazione di un c.d. *level playing field* rappresenta un tema denso di implicazioni pratiche, sia per l’ordinamento dell’Unione europea sia per gli ordinamenti nazionali. L’inviolabilità delle norme dell’Unione, che sono fondamentalmente identiche in tutti gli Stati membri, indipendentemente dalle diverse modalità nazionali di applicazione, è accompagnata dalla necessità di preservare l’effetto utile.

³ Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, 11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno.

In considerazione di quanto sopra illustrato, la presente ricerca intende offrire una ricostruzione del sistema di applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, inserendolo in un ragionamento più ampio di rapporti tra norme, principi, autorità ed ordinamenti. Si vuole così fare emergere l'impatto delle norme dell'Unione in tema di concorrenza sugli ordinamenti nazionali, come paradigma di una effettiva integrazione dei sistemi che passa attraverso la stretta cooperazione tra le autorità e la progressiva armonizzazione degli strumenti giuridici degli ordinamenti nazionali.

La ricerca abbina un'analisi critica degli istituti e della giurisprudenza (fondata anche su un confronto tra diverse Corti), al tentativo di fornire soluzioni concrete ai problemi riscontrati.

Il *fil rouge* dell'elaborato è l'utilizzo del principio di leale cooperazione come chiave di volta per raggiungere l'equilibrio tra la l'esigenza di creare un *level playing field* e la volontà di non far divenire il principio di autonomia degli Stati membri un "*paradiso perduto*"⁴.

⁴ D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata, Giappichelli, Torino, 2009.

PRIMA PARTE
L'INQUADRAMENTO DEL PRINCIPIO DI LEALE COOPERAZIONE E
L'APPLICAZIONE DEGLI ARTICOLI 101 E 102 TFUE

Gli Stati membri sono tenuti ad assumere i propri obblighi comunitari “lealmente”, astenendosi dal porre in essere degli atti che possano minare il perseguimento del progetto comune in cui sono coinvolti. Il ricorso alle strutture proprie degli Stati membri porta con sé il pericolo di un’attuazione non uniforme ed efficace del diritto dell’Unione. Si impone, così, l’esigenza di canalizzare i comportamenti degli Stati membri, in quanto l’efficacia del diritto dell’Unione dipende dalla qualità delle soluzioni giuridiche offerte dai sistemi nazionali. In tale contesto, il principio di leale cooperazione riveste un ruolo centrale nella dialettica tra principi contrapposti, come quello dell’autonomia istituzionale e procedurale degli Stati membri, da un lato, e del primato e dell’effetto diretto, dall’altro (**Capitolo I**).

Il principio di leale cooperazione gioca un ruolo primario nel settore *antitrust* (articoli 101 e 102 TFUE), ove la contrapposizione tra l’esigenza intrinseca di “*primauté*” del diritto dell’Unione e quella di avvalersi di strumenti giuridici propri degli ordinamenti nazionali emerge con chiarezza. Alla base del nuovo sistema si pone il principio di leale cooperazione, che ne costituisce il pilastro fondamentale⁵ (**Capitolo II**).

CAPITOLO I
LA LEALE COOPERAZIONE QUALE PRINCIPIO GENERALE CHE REGOLA LE
RELAZIONI TRA GLI STATI MEMBRI E LE ISTITUZIONI DELL’UNIONE EUROPEA

L’ordinamento giuridico dell’Unione europea si fonda su una base di natura pattizia e trova nella leale cooperazione un principio strutturale per regolare l’esercizio delle competenze degli Stati e dell’Unione europea nei loro continui rapporti e interrelazioni.

Oggi il concetto di leale cooperazione è inteso come un principio generale direttore delle relazioni tra gli Stati membri e le Istituzioni dell’Unione europea, costituendo il cuore di tale dialettica. Nonostante vi siano svariate norme che disciplinano le molteplici forme di collaborazione tra l’Unione e gli Stati membri, si è resa necessaria l’elaborazione di una fonte addizionale, al fine di risolvere gli eventuali conflitti e assicurare l’efficacia del diritto dell’Unione (**Sezione I**).

La leale cooperazione si presenta come strumento dinamico e flessibile, in grado di risolvere i possibili conflitti tra principi contrapposti (**Sezione II**).

⁵ D. J. Gerber, *Modernising European Competition Law: A Developmental Perspective*, 2001, E.C.L.R., 122; D. J. Gerber, *The Evolution of a European Competition Law Network*, 2002, European Competition Law Annual, 2005.

Sezione I

L'affermazione del principio di leale cooperazione

La nozione del principio di leale cooperazione è l'oggetto di una lettura autonoma "comunitaria" e non deve essere percepito come una mera traduzione sul piano dell'Unione dei principi di diritto internazionale di buona fede e *pacta sunt servanda*⁶, che impongono agli Stati contraenti di un trattato internazionale di rispettare gli impegni assunti con il trattato medesimo. Il principio di leale cooperazione è infatti una versione più evoluta della buona fede espressa in sede internazionale, dettando un modello di comportamento che guida le relazioni tra i diversi livelli di governo coinvolti nell'applicazione del diritto dell'Unione.

La differenza più significativa, derivante dalle peculiarità strutturali dell'ordinamento dell'Unione, risiede nel fatto che, a differenza dei principi di diritto internazionale di buona fede e *pacta sunt servanda*, che fanno riferimento a doveri reciproci di fedeltà nei rapporti tra Stati e al rispetto di diritti e doveri, il diritto dell'Unione afferma un obbligo di cooperazione nella costruzione europea⁷.

Il principio di leale cooperazione ha un'origine giurisprudenziale (§ 1) e solo con il Trattato di Lisbona è stato inserito nel diritto primario dell'Unione (§ 2).

Detto principio esplica i propri effetti non solo nei rapporti tra gli Stati membri e le Istituzioni dell'Unione (dimensione verticale), ma altresì nei rapporti tra le Istituzioni stesse e nei rapporti tra gli Stati membri (dimensione orizzontale). Nonostante tale obbligo si rivolga espressamente agli Stati in quanto membri dell'Unione, i destinatari concreti dello stesso sono le articolazioni degli Stati (§ 3).

1. Il principio di leale cooperazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia

La configurazione attuale del principio di leale cooperazione è il risultato di un lungo percorso giurisprudenziale. Prima del Trattato di Lisbona, infatti, il termine "lealtà" era stato esplicitamente menzionato solo a due riprese nei Trattati : nel preambolo del Trattato CEE⁸, dove era disposto che gli Stati riconoscevano che « *l'eliminazione degli ostacoli esistenti impone una azione concertata intesa a garantire la stabilità nella espansione, l'equilibrio negli scambi e la lealtà nella concorrenza* » e nell'articolo 11 del TUE⁹ (oggi articolo 24 TUE), relativo al secondo pilastro, il quale prevedeva

⁶ Sovente si richiamava quale fonte del principio di leale cooperazione, l'articolo 26 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati (c.d. la clausola *pacta sunt servanda*) e l'articolo 2 della Carta delle Nazioni Unite del 26 giugno 1954 (c.d. principio di buona fede).

⁷ E. Zollet, S. Bastid, *La bonne foi en droit international public*, Revue générale de droit international public, 28, 1977.

⁸ Trattato che istituisce la Comunità economica europea.

⁹ Trattato sull'Unione europea.

che « *gli Stati membri sostengono attivamente e senza riserve la politica estera e di sicurezza dell'Unione in uno spirito di lealtà e di solidarietà reciproca* ».

La Corte di giustizia, tuttavia, per elaborare il principio, è partita dall'articolo 5 TCEE (poi divenuto 10 TCE), nel quale non veniva fatto un riferimento diretto alla leale cooperazione. Tale articolo sanciva che: « *Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti. Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente trattato* ».

In una prima fase la Corte ha cercato di associare il principio di leale cooperazione a quello di solidarietà¹⁰; in particolare, la Corte, in una delle sue prime pronunce, aveva affermato che « *la solidarietà, che sta alla base [...] del sistema comunitario nel suo complesso, conformemente all'impegno di cui all'articolo 5 del trattato* ».

Il principio di leale cooperazione è stato poi slegato dal principio di solidarietà ed è stato arricchito di sostanza, tramite definizioni svariate ed imprecise, tanto da essere stata definita da alcuni “giurisprudenza dell'imprecisione”¹¹.

In una seconda fase, la leale cooperazione è stata utilizzata quale mero strumento interpretativo delle disposizioni dei Trattati e del diritto derivato che imponevano obblighi nei confronti degli Stati membri, non venendo però assunta a fonte autonoma di obblighi. Veniva così intesa come una obbligazione di comportamento e non di risultato, ossia come strumento per rafforzare l'effettività di altre obbligazioni specifiche¹².

Detta posizione emerge già chiaramente nella sentenza *Deutsche Grammophon*, del 1971, in cui la Corte di giustizia ha ritenuto che « *questa disposizione stabilisce un obbligo generale degli Stati membri, il cui contenuto concreto dipende, in ciascun caso particolare, dalle disposizioni del trattato o dai principi generali in esso impliciti* »¹³.

Ancora, l'Avvocato Generale Mancini¹⁴, con riferimento al principio di leale cooperazione ha osservato che « *tale articolo prevede bensì un obbligo generale in capo agli Stati membri; ma un*

¹⁰ Corte di giustizia, 10 dicembre 1969, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*, cause riunite 6 e 11/69, ECLI:EU:C:1969:68.

¹¹ M. Blanquet, *La coopération entre les Etats Membres et les Institutions Communautaires*, in *l'Union Européenne carrefour de coopérations*, Librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J.), 2002, p. 119.

¹² Constantinesco, *L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire*, in *Du droit international au droit de l'intégration*, éd. F. Capotorti, C.-D. Ehlermann, J. Frowein et al., Baden-Baden 1987, pp. 97-114.

¹³ Corte di giustizia, 8 giugno 1971, *Deutsche Grammophon c. Metro SB*, C-78/70, ECLI:EU:C:1971:59.

¹⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale, Corte di giustizia, 30 gennaio 1985, *Commissione c. Francia*, C-290/83, ECLI:EU:C:1984:379.

obbligo il cui concreto contenuto è individuato, settore per settore, da altri e più specifici precetti (...). Utile ad interpretare il trattato, esso non è dunque identificabile come fonte di doveri puntuali per gli Stati; a meno che una fonte del genere manchi o sia inidonea a sanzionare atti o pratiche contrastanti con gli scopi del trattato ».

In una terza fase, il principio di leale cooperazione ha assunto una portata più ampia, andando ad identificarsi in un dovere generalizzato di cooperazione degli Stati membri, senza bisogno che vi fosse una disposizione *ad hoc* che imponesse un obbligo specifico. Pertanto, nonostante la sua formulazione generica, il principio di leale cooperazione ha iniziato ad essere considerato quale fonte autonoma di obbligazioni, sanzionabili in via giudiziaria. L'utilizzo di tale principio nella sua accezione estensiva è avvenuto in una giurisprudenza eterogenea, nella quale però è possibile individuare un filo conduttore. In particolare, si è fatto ricorso a tale principio per rispondere ad un'esigenza di integrazione, la cui soddisfazione impone in capo agli Stati membri un dovere di lealtà verso l'Unione. In tale accezione, il principio di leale cooperazione va a delinearsi quale obbligo di risultato, ossia il dovere di contribuire alla realizzazione degli obiettivi perseguiti dall'Unione¹⁵.

Nonostante il dato letterale dell'articolo 10 TCE sembra imporre esclusivamente obblighi di cooperazione in capo agli Stati, l'interpretazione evolutiva della Corte ha portato alla configurazione di una leale cooperazione di tipo bidirezionale, imponendo obblighi di cooperazione anche in capo all'Unione stessa.

La scelta storica della formulazione di detto articolo come cooperazione "monodirezionale" trovava la propria ratio nel momento storico-politico, essendo i rapporti tra la Comunità e gli Stati membri sbilanciati a vantaggio di questi ultimi.

La realizzazione del processo di integrazione europea, infatti, avrebbe portato progressivamente alla limitazione dei poteri degli Stati membri e, in tale prospettiva, occorreva uno strumento che permettesse di contrastare le possibili resistenze degli Stati a cedere quote di sovranità¹⁶.

Con il rafforzarsi del ruolo dell'Unione, la Corte di giustizia ha deciso di estendere la dimensione del principio di leale cooperazione, attribuendo ad esso un carattere bidirezionale.

In particolare la Corte, nel 1983, fa uso dell'espressione « *doveri reciproci di leale cooperazione* »¹⁷, o ancora, successivamente, in maniera ancora più specifica, ha riconosciuto in capo alle Istituzioni «

¹⁵ M. Cocconi, *Il diritto europeo dell'istruzione: oltre l'integrazione dei mercati*, Giuffrè, 2006, p. 239 s.s.; L. Defalque, J. de Cockborne, C.F. Durand, H. Prah, G. Vandersanden, *Commentaire Megret: le droit de la CEE*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1992.

¹⁶ F. G. Pizzetti, *principio di leale cooperazione nell'ordinamento europeo*, in *l'Ordinamento Europeo, I principi dell'Unione*, a cura di Stelio Mangiameli, Giuffrè, 2006.

¹⁷ Corte di giustizia, 10 febbraio 1983, *Lussemburgo c. Parlamento europeo*, C-230/81, p. 37, ECLI:EU:C:1983:32.

un obbligo di leale cooperazione con le autorità giudiziarie degli Stati membri incaricate di vigilare sull'applicazione e sul rispetto del diritto comunitario nell'ordinamento giuridico nazionale »¹⁸.

Il principio di lealtà trova un'applicazione verticale, ossia gli Stati sono obbligati verso l'Unione (applicazione ascendente) e quest'ultima è obbligata nei confronti degli Stati (applicazione discendente). Oltre a detta applicazione verticale, la Corte ha aggiunto una dimensione orizzontale dello stesso principio. In primo luogo, ha riconosciuto un dovere di cooperazione leale tra le Istituzioni dell'Unione stesse, affermando in tal senso che « *nell'ambito del dialogo interistituzionale (...), prevalgano gli stessi obblighi reciproci di leale cooperazione che disciplinano i rapporti fra gli Stati membri e le istituzioni comunitarie* »¹⁹.

La Corte poi è andata ancora più in là, riconoscendo un dovere di cooperazione anche nei rapporti tra Stati, specialmente tra le amministrazioni nazionali chiamate a dare esecuzione al diritto dell'Unione²⁰. Pertanto, tale obbligo si impone anche nei rapporti tra gli Stati membri, qualora sono chiamati ad applicare la normativa dell'Unione: senza una leale cooperazione, infatti, si minerebbe la coerente ed efficace applicazione delle regole comuni.

2. La codificazione del principio: il Trattato di Lisbona

Il Trattato di Lisbona ha il pregio di aver collocato per la prima volta il principio di leale cooperazione nel diritto primario dell'Unione europea. L'articolo 4, paragrafo 3 del TUE sancisce che: « *In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati.*

Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione.

Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione ».

L'attuale norma del Trattato presenta delle peculiarità innovative rispetto ai previgenti articoli 10 TCE e 5 TCEE, in quanto ha recepito gli insegnamenti giurisprudenziali.

¹⁸ Corte di giustizia, 28 febbraio 1991, *Stergios Delimitis c. Henninger Bräu*, C-234/89, p. 53, ECLI:EU:C:1991:91.

¹⁹ Corte di giustizia, 27 settembre 1988, *Grecia c. Consiglio delle Comunità europee*, C-204/86, p. 16, ECLI:EU:C:1988:450; Corte di Giustizia, 30 marzo 1995, *Parlamento c. Consiglio dell'Unione europea*, C-65/93, p. 23, ECLI:EU:C:1995:91.

²⁰ Corte di giustizia, 11 giugno 1991, *Nikolaos Athanasopoulos*, C-251/89, p. 57, ECLI:EU:C:1991:242 : « *Inoltre, ai sensi dell'art. 5 del Trattato, la Commissione e lo Stato membro sul cui territorio risiede la persona che chiede di beneficiare di un complemento di prestazioni sono tenuti ad un obbligo di leale cooperazione con le istituzioni degli altri Stati membri incaricate di vigilare sull'esecuzione degli obblighi derivanti dal regolamento n. 1408/71 ».*

In primo luogo, con riguardo alla sua collocazione, detta disposizione è stata inserita tra le “Disposizioni Comuni” del Titolo I, così attribuendogli una portata generale e trasversale.

In secondo luogo, il paragrafo che definisce il principio di leale cooperazione (paragrafo 3) è stato posto a chiusura della norma, dopo le clausole del riconoscimento delle competenze degli Stati membri (paragrafo 1) e del rispetto delle identità nazionali (paragrafo 2).

Il paragrafo 3 completa la disciplina dei rapporti tra gli Stati membri e l’Unione, mediante la consacrazione dell’obbligo generale di garantire reciprocamente la cooperazione per assicurare la realizzazione degli obiettivi prefissati dall’Unione²¹. Il paragrafo in esame è composto di 3 commi, strettamente collegati tra di loro:

Il primo comma dell’articolo 4, paragrafo 3 TUE - *In virtù del principio di leale cooperazione, l’Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell’adempimento dei compiti derivanti dai trattati* - enuncia due obblighi specifici e reciproci in capo agli Stati e all’Unione. Da un lato, la norma associa il principio di leale cooperazione alla clausola del rispetto da parte dell’Unione delle identità nazionali degli Stati membri, di cui al paragrafo 2 dello stesso articolo 4 TUE, dall’altro lato, impone agli Stati un obbligo di rispetto dell’Unione, ossia essi sono chiamati a non porre ostacoli all’espletamento delle azioni proprie dell’Unione.

Un’ulteriore peculiarità rispetto alle disposizioni previgenti è l’espresso obbligo di assistenza e rispetto reciproco tra gli Stati membri e le Istituzioni dell’Unione. Viene così a configurarsi una cooperazione bidirezionale e simmetrica (almeno letterale) tra Stati ed Istituzioni dell’Unione.

Il secondo comma dell’articolo 4 TUE, paragrafo 3 TUE - *Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l’esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell’Unione* - enuncia il dovere di cooperazione degli Stati nell’esecuzione del diritto dell’Unione.

Tale disposizione riproduce quasi nella sua integralità il primo comma dell’articolo 10 TCE ed impone agli Stati di adottare tutte le misure necessarie al fine di garantire l’efficacia del diritto dell’Unione.

Infine, il terzo comma dell’articolo 4 TUE, paragrafo 3 TUE - *Gli Stati membri facilitano all’Unione l’adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell’Unione* - sancisce un obbligo di astensione degli Stati membri, ossia il divieto di porre in essere ogni misura che possa compromettere la realizzazione degli obiettivi dell’Unione.

Gli obblighi di astensione possono essere declinati sotto tre diversi profili: l’obbligo di astenersi

²¹ A. Tizzano, *Trattati dell’Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 20.

dall'adozione di misure che possano limitare l'effettività del diritto dell'Unione; l'obbligo di astenersi dall'adozione di misure che possano limitare il funzionamento delle Istituzioni dell'Unione e, infine, l'obbligo di astenersi dall'adottare qualsivoglia misura che possa compromettere il processo di integrazione europea²².

Il dovere di astensione che incombe sugli Stati non si limita al divieto di adottare qualsiasi misura in contrasto con le norme di diritto dell'Unione, ma si riferisce a tutti gli atti e i comportamenti che in qualche modo possano compromettere – anche solo potenzialmente – la realizzazione degli scopi comuni. Infatti, non è necessario che la misura costituisca un effettivo ostacolo per la normativa dell'Unione, ma è sufficiente che questa possa alterarne l'efficacia, ovvero possa eliminare l'effetto utile della stessa, compromettendo l'applicazione effettiva ed uniforme del diritto dell'Unione.

Come è stato sostenuto in dottrina²³, detta disposizione è una forma generale di protezione degli obiettivi dell'Unione e consente di rispondere all'esigenza di coerenza dell'ordinamento.

3. Il dovere di leale cooperazione delle articolazioni dello Stato nell'esecuzione del diritto dell'Unione europea

Il principio di leale cooperazione impone in capo agli Stati il dovere di assicurare l'esecuzione degli obblighi imposti dal diritto dell'Unione, ossia l'obbligo di adottare tutte le misure idonee ad assicurare la portata e l'efficacia del diritto dell'Unione. L'obbligo in esame si rivolge espressamente agli Stati in quanto membri dell'Unione, tuttavia i destinatari concreti sono le articolazioni degli Stati, tra cui anche le autorità giudiziarie (§ 3.1) e le autorità amministrative (§ 3.2).

3.1. I giudici nazionali

I giudici nazionali sono “giudici naturali” dell'Unione europea, essendo quello europeo un sistema articolato di tutela giurisdizionale, comprendente le corti nazionali e la Corte di giustizia. Sistema in cui, da un lato, la Corte di giustizia assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati e, dall'altro, gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione.

È rilevante osservare come sia proprio rispetto al sistema giudiziario che il principio di leale

²² A. Tizzano, *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, 2014, p. 20.

²³ C. Nizzo, *L'articolo 5 del Trattato CE e la clausola generale di buona fede nell'integrazione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 3/1997, pp. 381-420.

cooperazione si è rivelato un potente strumento per riconoscere in capo ai giudici nazionali ruoli e competenze particolarmente incisivi, con riguardo sia al processo di integrazione europea, sia alla tutela delle posizioni giuridiche soggettive.

Secondo una consolidata giurisprudenza « è compito dei giudici degli Stati membri, in applicazione del principio di leale collaborazione enunciato all'articolo 4 TUE, garantire la tutela giurisdizionale dei diritti di cui i soggetti dell'ordinamento sono titolari in forza del diritto dell'Unione »²⁴.

In questo senso, ai giudici interni compete l'arduo compito di assicurare l'applicazione diretta ed immediata del diritto dell'Unione nei rispettivi ordinamenti.

A tal fine essi hanno a disposizione diversi strumenti: (a) l'interpretazione conforme del diritto interno rispetto agli scopi del diritto dell'Unione; (b) il rinvio pregiudiziale e (c) la disapplicazione della norma interna incompatibile.

a. L'interpretazione conforme

L'istituto dell'interpretazione conforme rappresenta un topos del pensiero giuridico ed è uno strumento indispensabile per prevenire e risolvere conflitti, al fine di assicurare la coerenza tra le norme dell'Unione e gli ordinamenti nazionali²⁵.

Sono passati circa trentacinque anni dalla famosa sentenza *Von Colson* con la quale la Corte di giustizia sanciva per la prima volta l'obbligo di interpretazione conforme. In particolare, nella stessa veniva chiarito che « nell'applicare il diritto nazionale, e in particolare la legge nazionale espressamente adottata per l'attuazione della direttiva n. 76/207, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato contemplato dall'articolo 189, 3° comma [del Trattato] »²⁶.

Detto principio esige che i giudici nazionali si adoperino al meglio, nei limiti delle loro competenze, per garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultimo, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme e applicando i metodi d'interpretazione riconosciuti da quest'ultimo²⁷. Tale obbligo si basa sulla

²⁴ Corte di giustizia, 15 settembre 2011, *Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique c. Accor SA*, C-310/09, ECLI:EU:C:2011:581.

²⁵ E. Canizzaro, *Interpretazione conforme fra tecniche ermeneutiche ed effetti normativi*, in A. Bernardini (a cura), *Interpretazione conforme fra tecniche ermeneutiche ed effetti normativi*, Jovene Editore, Napoli, 2015.

²⁶ Corte di giustizia, 18 aprile 1984, *Sabine von Colson e Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, C-14/83, p. 26.

²⁷ Corte di giustizia, 13 luglio 2016, *Joachim Pöpperl c. Land Nordrhein-Westfalen*, C-187/15, ECLI:EU:C:2016:550; Corte di giustizia, 20 dicembre 2017, *Protect Natur, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation c. Bezirkshauptmannschaft Gmünd*, C-664/15, p. 55, ECLI:EU:C:2017:987.

necessità di garantire l'effettività del sistema e di consentire al giudice di reagire di fronte ad ipotesi di inerzia degli altri organi nazionali rispetto agli obblighi comunitari.

Tuttavia, l'obbligo per il giudice nazionale di interpretazione conforme trova i suoi limiti nei principi generali, in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività, e non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale²⁸.

Le ipotesi in cui il giudice nazionale è maggiormente chiamato a fare ricorso allo strumento dell'interpretazione conforme è quello connesso alla mancata attuazione di direttive²⁹.

Facendo leva sul dovere di leale cooperazione degli Stati membri, la Corte di giustizia ha rafforzato la portata dell'efficacia diretta delle direttive, affermando che l'obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato, come pure l'obbligo loro imposto dall'articolo 4 TUE di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali³⁰. Ne consegue che nell'applicare il diritto nazionale, e in particolare la legge nazionale espressamente adottata per l'attuazione di una direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva³¹.

L'obbligo di interpretazione conforme è stato poi ulteriormente rafforzato dal divieto delle autorità giudiziarie di interpretare il diritto interno, anche prima della scadenza della trasposizione, in modo tale da rischiare di compromettere gravemente la realizzazione del risultato perseguito dalla direttiva. Tale divieto è stato dedotto dal dovere di astensione di cui all'articolo 4, paragrafo 3 TUE, infatti, come in pendenza del termine di trasposizione della direttiva gli Stati non possono adottare misure che possano compromettere gravemente la realizzazione del risultato prescritto dalla direttiva, così i giudici devono astenersi da un'interpretazione delle norme interne che possa produrre gli stessi effetti³².

A questo proposito poco rileva il fatto che la norma di diritto nazionale in parola, adottata dopo l'entrata in vigore della direttiva, sia o meno finalizzata al recepimento della stessa, tenuto conto che tutte le autorità degli Stati membri sono soggette all'obbligo di garantire la piena efficacia delle disposizioni del diritto dell'Unione.

²⁸ Corte di giustizia, 15 aprile 2008, *Impact c. Minister for Agriculture and Food e altri*, C-268/06, p. 100, ECLI:EU:C:2008:223; Corte di giustizia, 15 gennaio 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, p. 39, ECLI:EU:C:2014:2.

²⁹ Corte di giustizia, 5 aprile 1979, *Ratti*, C-148/78, ECLI:EU:C:1979:110.

³⁰ A. Tizzano, *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 20.

³¹ Corte di giustizia, 10 aprile 1984, *Sabine von Colson e Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153.

³² Corte di giustizia, 4 luglio 2006, *Adeneler e a.*, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443.

L'interpretazione conforme rappresenta un'arma essenziale che può essere utilizzata ogniqualvolta siano escluse altre "forme" di effetto diretto. Anche se la maggior parte della giurisprudenza riguarda il problema delle direttive non trasposte, la portata dell'obbligo è più ampia, applicandosi a tutto il diritto dell'Unione.

Lo strumento dell'interpretazione conforme, pur rendendo il giudice nazionale "giudice dell'Unione" e riportando il diritto interno nell'alveo del diritto dell'Unione europea, non risolve un problema strutturale di base, infatti, anche se utilizzato, non elimina dall'ordinamento interno la norma nazionale contraria³³.

b. Il rinvio pregiudiziale

Il rinvio pregiudiziale rappresenta senza dubbio lo strumento che meglio fa emergere il rapporto di stretta collaborazione tra gli Stati (giudici nazionali) e l'Unione europea (Corte di giustizia). Si tratta di un dialogo costruttivo "giudice a giudice", nel quale non vi è un rapporto di sovra o sotto-ordinazione, ma di autentica collaborazione.

Ai sensi dell'articolo 267 TFUE, la Corte di giustizia è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sulle questioni relative al diritto dell'Unione che sorgono nel corso di un giudizio pendente dinanzi ad una giurisdizione nazionale, offrendo ai giudici un mezzo per superare le difficoltà che possono insorgere dall'applicazione del diritto dell'Unione. La competenza pregiudiziale della Corte può essere esercitata con riguardo a questioni sia d'interpretazione, sia di validità.

La previsione dello strumento di cui si discute mira essenzialmente ad assicurare la corretta applicazione e l'uniforme interpretazione del diritto dell'Unione, grazie alla presenza di un organo giurisdizionale *ad hoc* che assicuri un'interpretazione centralizzata.

Si vuole così evitare che si arrivi ad una nazionalizzazione delle regole comuni, con la loro progressiva diversificazione nel senso e nella portata³⁴.

La procedura pregiudiziale rappresenta quindi uno strumento fondamentale ai fini della tutela del carattere "comunitario" del diritto istituito dai Trattati, mirando a prevenire le possibili divergenze

³³ Sul punto, A. Lang, *La tecnica dell'interpretazione conforme*, intervento in occasione del corso organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, *I giudici nazionali quali giudici naturali del diritto dell'Unione europea: il ruolo del giudice nazionale nell'attuazione del diritto UE secondo la giurisprudenza nazionale ed eurolunitaria*, 7-9 marzo 2018, Corte di Cassazione; J. P. Jacqué, *L'obligation d'interprétation conforme en droit communautaire*, R.A.E., 2007-2008/4.

³⁴ R. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 341 ss.; sul rinvio pregiudiziale guardare anche A. Adinolfi, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità degli atti comunitari*, Giuffrè, Milano, 1997; M. Condinanzi, R. Mastroianni, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2009; F. Picod Barav, *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011; A. Barav, *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, coll. Grands écrits, Bruxelles, Bruylant, 2011.

interpretative e tramite il quale il giudice nazionale è in grado di eliminare le difficoltà che derivano dal dovere di dare al diritto dell'Unione piena esecuzione nella cornice dei sistemi giurisdizionali degli Stati membri³⁵.

L'articolo 267 TFUE si connota come una disposizione basata su una ripartizione di competenze tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali: mentre alla Corte è riservato il compito di fornire la risposta ermeneutica alle questioni sottoposte dai giudici nazionali, questi ultimi dovranno valutarne la pertinenza in relazione alla soluzione nel caso di specie.

La pronuncia della Corte si configura pregiudiziale sotto un duplice aspetto: temporale e funzionale. In senso temporale, poiché precede la sentenza del giudice nazionale; in senso funzionale, poiché è strumentale rispetto all'emanazione di quest'ultima³⁶.

Con il tempo la competenza pregiudiziale è stata utilizzata dalla Corte di giustizia per finalità sempre più estese, non limitandosi all'interpretazione delle specifiche nozioni in causa, ma spingendosi a rilevare i principi cardine dell'ordinamento giuridico dell'Unione.

Detto strumento ha favorito il crescente coinvolgimento dei giudici nazionali nell'applicazione del diritto dell'Unione, esaltandone il ruolo di giudici decentrati di quel diritto.

In quanto garanzia della corretta applicazione ed uniforme interpretazione del diritto dell'Unione, la competenza pregiudiziale ha dato un contributo di inestimabile importanza allo sviluppo di tale diritto. Basti pensare che principi fondamentali quali l'efficacia diretta, il primato sulle norme interne incompatibili, la responsabilità degli Stati membri per danni conseguenti a violazioni del diritto dell'Unione hanno tutti trovato la loro affermazione e il loro sviluppo in pronunce della Corte di giustizia, rese ai sensi dell'articolo 267 TFUE.

Inoltre, è proprio attraverso il rinvio pregiudiziale che, all'occorrenza, il diritto processuale nazionale è reso conforme agli obblighi comunitari: sebbene i giudici nazionali abbiano il dovere di garantire la tutela di situazioni giuridiche soggettive che trovano la loro fonte nel diritto dell'Unione, gli Stati godono della piena autonomia nella determinazione degli strumenti di tutela processuale.

In tal senso, il principio di leale cooperazione ha assunto il ruolo di collegamento tra le fonti di diritto materiale dell'Unione e le regole procedurali nazionali.

³⁵ Parere, 8 marzo 2011, 1/09.

³⁶ D. P. Domenicucci, *Il meccanismo del rinvio pregiudiziale: istruzioni per l'uso*, in rivista *Contratto e impresa/ Europa*, 2014, CEDAM.

Infine, occorre osservare che il meccanismo del rinvio pregiudiziale ha riscontrato un costante e progressivo successo, al punto che, attualmente, le domande di pronuncia pregiudiziale rappresentano oltre la metà dell'intero contenzioso pendente dinanzi alla Corte di giustizia³⁷.

c. La disapplicazione

Come ricordato, il giudice nazionale è tenuto a dare alle disposizioni nazionali un'interpretazione ed un'applicazione conforme alle prescrizioni del diritto dell'Unione, avvalendosi per intero del margine di discrezionalità attribuitagli dall'ordinamento nazionale. Tuttavia, se una siffatta applicazione conforme non è possibile, il giudice nazionale ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto dell'Unione, disapplicando, se necessario, qualsiasi contraria disposizione di diritto interno³⁸.

Pertanto, i giudici nazionali, al fine di garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione, devono disapplicare all'occorrenza qualsiasi disposizione della legislazione nazionale contrastante, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa, o qualsiasi altro procedimento costituzionale.

Tale obbligo non è altro che un corollario dell'applicazione del dovere di leale cooperazione ai giudici interni, i quali devono collaborare al fine di garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione.

Il potere del giudice nazionale, nei casi di incompatibilità tra norma nazionale e norma dell'Unione, varia a seconda della natura della fonte del diritto dell'Unione con cui è chiamato a confrontare la normativa interna. Il suo potere è modulato a seconda della forza cogente della fonte in questione.

Solo in presenza di una disposizione ad efficacia diretta la supremazia del diritto dell'Unione trova la sua massima espansione, legittimando il ricorso all'istituto della disapplicazione. Al contrario, in presenza di una norma dell'Unione non dotata di efficacia diretta, l'incompatibilità della norma interna non può essere risolta con la disapplicazione da parte del giudice nazionale.

L'ordinamento interno, tuttavia, non può tollerare la presenza di una simile disposizione senza violare i suoi doveri di leale collaborazione nell'attuazione del diritto dell'Unione, cosicché l'antinomia deve in ogni caso essere risolta, eliminando la norma interna incompatibile.

³⁷ In base alla relazione annuale dell'anno 2017, reperibile sul sito della Corte di giustizia, dinanzi alla sola Corte di giustizia sono state avviate ben 739 cause, di cui 533 domande di pronuncia pregiudiziale.

³⁸ Corte di giustizia, 18 dicembre 2007, *Frigerio Luigi & C. Snc c. Comune di Triuggio*, C-357/06, ECLI:EU:C:2007:818; Corte di giustizia, 4 febbraio 1988, *Murphy e a.*, C-157/86, ECLI:EU:C:1988:62; Corte di giustizia, 11 gennaio 2007, *ITC*, C-208/05, ECLI:EU:C:2007:16.

3.2. Le autorità amministrative nazionali

L'attuazione del diritto dell'Unione europea da parte delle amministrazioni nazionali costituisce un momento essenziale per l'adempimento da parte degli Stati membri dei propri obblighi comunitari, al pari della trasposizione di tale diritto da parte del legislatore nazionale, e al pari della tutela da parte del giudice nazionale delle situazioni giuridiche soggettive di origine comunitaria.

L'interazione tra il sistema dell'Unione e i sistemi nazionali nell'ambito amministrativo si differenzia drasticamente rispetto all'interazione nell'ambito legislativo e giudiziario. Infatti, mentre le modalità di collegamento tra apparati legislativi e tra ordini giudiziari sono ispirate ad un modello unico, quelle tra sistemi amministrativi non trovano una chiara definizione.

Nel sistema legislativo vi è la definizione unitaria della prevalenza del diritto dell'Unione, che porta alla diretta applicazione dei regolamenti, all'obbligo di trasposizione delle direttive, all'obbligo di disapplicazione e al controllo delle Istituzioni sul rispetto della gerarchia delle norme.

Altresì, le modalità di collegamento tra ordini giudiziari sono definite chiaramente: controllo da parte dei giudici nazionali del rispetto della normativa dell'Unione e vincolo per gli stessi al rispetto dell'interpretazione del diritto dell'Unione fornita dalla Corte di giustizia.

Al contrario, i sistemi amministrativi dell'Unione e nazionali sono collegati in modo differente, variando da settore a settore³⁹.

Da tale premessa fondamentale, si può osservare che nell'ambito amministrativo il principio di leale cooperazione ha costituito il fondamento giuridico per l'elaborazione di numerosi vincoli, tra cui l'obbligo per le amministrazioni di uno Stato membro di cooperare con quelle degli altri Stati membri e con le Istituzioni dell'Unione.

Le amministrazioni hanno un ruolo "comunitario" nell'attuazione del diritto dell'Unione e, al pari dei giudici nazionali, devono disapplicare le norme di diritto nazionale non conformi al diritto dell'Unione.

La fondamentale importanza di detta attuazione nazionale spiega perché tra le norme di diritto primario sia stata introdotta una disposizione avente ad oggetto la cooperazione tra amministrazioni degli Stati membri nel dare attuazione al diritto dell'Unione (articolo 197 TFUE). La norma in esame attribuisce la natura di « *interesse comune* » all'effettiva attuazione del diritto dell'Unione, precisandone anche l'essenzialità al buon funzionamento dell'Unione.

Il riferimento all'attuazione effettiva del diritto dell'Unione non deve essere ridotto ad un livello "idealmente" ottimale di applicazione delle norme dell'Unione, ma deve essere inteso come la

³⁹ S. Cassese, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, in *Rivista di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.5, 2004, pag. 1135.

necessità di affrontare “in concreto” il problema dell’attuazione del diritto dell’Unione. Ciò non è altro che un’esplicitazione, nei confronti delle amministrazioni nazionali, dell’obbligo di leale cooperazione di cui all’articolo 4, par. 3 TUE.

Il processo di integrazione europea ha imposto agli ordinamenti nazionali di adattare il proprio apparato amministrativo alle esigenze espresse dalla normativa dell’Unione, portando anche ad un sempre crescente numero di rapporti tra amministrazioni, determinando uno scambio di istituti giuridici tra ordinamenti⁴⁰.

Il processo di integrazione amministrativa può essere suddiviso in diverse fasi.

D’origine, il Trattato di Roma prevedeva un assetto dei rapporti amministrativi tra ordinamento sovranazionale ed ordinamenti interni improntato al principio di separazione. Così, mentre l’ordinamento comunitario era responsabile dell’attività normativa, l’esecuzione delle norme sovranazionali era demandata, nella maggioranza dei casi, agli Stati membri.

Difatti, in base all’originario disegno istituzionale dell’Unione europea, l’esecuzione del diritto sovranazionale poteva avvenire secondo due diversi schemi: da un lato le ipotesi dell’amministrazione c.d. diretta e dall’altro dell’amministrazione c.d. indiretta⁴¹.

L’amministrazione diretta è quella posta in essere dagli apparati esecutivi dell’Unione e consiste in un’espressa attribuzione di competenze in favore dell’amministrazione europea, come ad esempio in materia di tutela della concorrenza o di esecuzione del bilancio comunitario⁴².

Per contro, l’amministrazione indiretta fa affidamento sui diversi apparati amministrativi degli Stati membri per il conseguimento degli obiettivi comuni. Tale forma di amministrazione presuppone che l’esecuzione abbia inizio laddove finisce l’attività legislativa e che sia possibile distinguere due sfere di azione e riservarle a due soggetti distinti ed autonomi, secondo il modello del c.d. *executive federalism*⁴³.

⁴⁰ A. Tizzano, *Trattati dell’Unione europea*, Giuffrè, 2014, p. 1679; S. Cassese, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, in n Rivista di Diritto Pubblico Comunitario, fasc.5, 2004, pag. 1135.

⁴¹ La distinzione tra esecuzione diretta ed esecuzione indiretta è enunciata nella dichiarazione n. 43 allegata al Trattato di Amsterdam: «l’applicazione amministrativa del diritto comunitario compete essenzialmente agli Stati membri secondo le rispettive norme costituzionali. Ciò non pregiudica le competenze di supervisione, controllo ed attuazione delle istituzioni comunitarie».

⁴² F. D’Angelo, *Relazioni Organizzative, Coamministrazione, Principio di Cooperazione*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico comunitario, fasc.5, 1° ottobre 2017, pag. 1185.

⁴³ K. Lenaerts, *Regulating the Regulatory Process: “Delegation of Powers” in The European Community*, In *European Law Review*, 1993, p. 23 e ss; K. Lenaerts, *Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community*, (1991) 28, *Common Market Law Review*; B. Dubey, *Administration indirecte et fédéralisme d’exécution en Europe*, (2003), *Cahiers de droit européen*, p. 87–133.

Ancora oggi l'amministrazione indiretta è il modello organizzativo attraverso il quale è attuata la maggior parte del diritto dell'Unione, in cui ci si avvale dei più attrezzati macchinari degli Stati membri⁴⁴.

Da subito, tuttavia, il modello originario dei rapporti amministrativi tra ordinamento comunitario ed ordinamenti nazionali si è spinto oltre il binomio "amministrazione diretta e indiretta", ormai inidoneo da solo a riflettere il processo di integrazione europea.

All'inizio degli anni Ottanta, così, si apre una nuova fase dell'integrazione amministrativa, nella quale i poteri pubblici sovranazionali hanno assunto veri e propri compiti di gestione, svolti sempre più spesso congiuntamente con le amministrazioni nazionali⁴⁵.

Di conseguenza, si sono moltiplicate le ipotesi caratterizzate dalla contitolarità delle funzioni, come lo schema della co-amministrazione. Con tale espressione viene descritto quel fenomeno giuridico organizzativo per il mezzo del quale una determinata funzione viene stabilmente attribuita sia all'amministrazione europea, sia all'amministrazione nazionale, facendo sì che l'attività dell'una sia essenziale per l'altra e assicurando un raccordo fra il momento della decisione e il momento dell'esecuzione⁴⁶. Inoltre, frequentemente viene fatto ricorso a forme di concertazione e di integrazione degli organi deliberanti (c.d. comitologia).

Dinanzi a tale diversità procedurale e organizzativa sembra preferibile adottare la terminologia generale di "esecuzione collaborativa", categoria entro la quale possono essere ricomprese le innumerevoli modalità di attuazione del diritto dell'Unione, per mezzo delle quali le autorità nazionali cooperano con quelle dell'Unione⁴⁷. In questa prospettiva, i procedimenti di esecuzione collaborativa sembrano essere una manifestazione del pluralismo nell'organizzazione amministrativa, che è il risultato del processo di integrazione europea.

La progressiva espansione dei compiti comunitari ha fatto sempre più emergere i limiti del modello di amministrazione indiretta quale schema tipico di esercizio delle funzioni dell'Unione, accelerandone la crisi. Dall'altro lato, l'accrescimento dei compiti dell'Unione ha reso necessaria l'elaborazione di soluzioni e di strumenti di azione più sofisticati. Il livello di uniformazione e di

⁴⁴ S. Cassese, *I lineamenti essenziali del diritto amministrativo comunitario*, in *Rivista di Diritto Pubblico Comunitario*, 1991, p. 3; S. Cassese, (in collaborazione con G. della Cananea), *L'esecuzione del diritto comunitario*, in *Rivista di Diritto Pubblico Comunitario*, 1991, p. 901; S. Cassese, *Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1991, pp. 769.

⁴⁵ E. Chiti, C. Franchini, *L'integrazione amministrativa europea*, Il Mulino, Bologna, 2003.

⁴⁶ G. Greco, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, in M.P. Chiti - G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, II, Giuffrè, Milano, 2007, p. 978; L. Torchia, *Diritto amministrativo nazionale e diritto comunitario: sviluppi recenti del processo di ibridazione*, in *rivista di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 5, 1997, p. 850.

⁴⁷ F. A. Cancilla, *L'esecuzione « collaborativa » del diritto comunitario: il problema della giurisdizione e dei poteri di cognizione del giudice*, *Foro amministrativo Tar*, fasc.11, 2004, pag. 3551.

integrazione dell'amministrazione europea è andato così crescendo, differenziandosi di settore in settore, generando modelli multiformi di interazione amministrativa.

La stessa amministrazione diretta, inoltre, si è arricchita di modalità di esecuzione congiunta, come nel settore *antitrust*, in cui oggi, come sarà esaminato meglio in prosieguo, l'attività di esecuzione è condivisa tra la Commissione e le autorità nazionali garanti della concorrenza, riunite nella rete europea della concorrenza.

Nella realtà dell'attuale sistema dell'Unione europea, la cooperazione amministrativa rappresenta un principio organizzativo di carattere generale che favorisce la connessione degli apparati pubblici nazionali ed europei, ciò in sintonia con l'articolo 197 TFUE, secondo cui la attuazione effettiva del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri è considerata una questione di interesse comune ed essenziale per il buon funzionamento dell'Unione⁴⁸.

In questo processo, la distinzione tra amministrazione diretta e indiretta è diventata sempre più confusa, in quanto i diversi livelli si sono intrecciati tra di loro⁴⁹.

Sezione II

Il rapporto dialettico tra principi

L'affermazione vigorosa del principio del primato, assoluto e incondizionato, del diritto dell'Unione è da sempre stata accompagnata, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, dal riconoscimento dell'autonomia istituzionale e procedurale degli ordinamenti giuridici nazionali nell'applicazione delle regole comunitarie.

Tale contrapposizione porta con sé un conflitto continuo tra esigenze contrapposte: da un lato la necessità di garantire un'applicazione piena ed efficace del diritto dell'Unione, dall'altro lato la volontà degli Stati di mantenere intatta la propria sfera di autonomia.

Dopo un'attenta analisi del principio del primato e dell'effetto diretto (§ 1), dell'autonomia procedurale e istituzionale degli Stati membri (§ 2), emergerà come il principio di leale cooperazione possa fungere da chiave di volta per dirimere e depotenziare le possibili situazioni di conflitto (§ 3).

⁴⁸ E. Schmidt Assmann, *Le modèle de l'« administration composée » et le rôle du droit administratif européen*, in *Revue française du droit administratif*, n. 2, 2006, p. 1249

⁴⁹ H. C. H. Hofmann and A. Türk, *The Development of Integrated Administration in the EU and its Consequences*, *European Law Journal*, Vol. 13, No. 2, March 2007, pp. 253–271

1. L'effetto diretto e il primato del diritto dell'Unione europea

L'effetto diretto e il primato sono due caratteri fondamentali del diritto dell'Unione, che aiutano a qualificare il rapporto tra diritto dell'Unione e quello nazionale.

L'effetto diretto consiste nell'idoneità della norma dell'Unione a creare diritti e obblighi direttamente e utilmente in capo ai singoli, senza bisogno dell'intermediazione degli Stati, ossia senza necessità che questi pongano in essere una qualche procedura formale⁵⁰.

Così, l'effetto diretto si esplica, in primo luogo, nella possibilità per il singolo di far valere direttamente dinanzi al giudice nazionale le proprie pretese vantate in forza di una norma dell'Unione. In secondo luogo, l'amministrazione deve fare in modo che il singolo adempia agli obblighi che derivano dalla normativa dell'Unione e che goda dei diritti che la stessa normativa gli attribuisce. Infatti, la norma provvista di effetto diretto non obbliga alla sua applicazione solo le giurisdizioni, ma altresì le amministrazioni, in quanto sarebbe un controsenso permettere ai singoli di invocare dinanzi al giudice nazionale le norme di diritto dell'Unione e, al tempo stesso, negare che la stessa amministrazione sia tenuta ad applicarle.

Affinché una disposizione dell'Unione sia dotata di effetto diretto è necessario che sia sufficientemente chiara, precisa e incondizionata, come sancito sin dalla sentenza *Van Gend & Loos*⁵¹. L'effetto diretto, poi, si collega strettamente al primato, ovvero la prevalenza del diritto dell'Unione sulle norme interne contrastanti, quale ne sia il rango.

Il principio del primato garantisce la superiorità del diritto dell'Unione rispetto ai diritti nazionali e, analogamente al principio dell'effetto diretto, ha un'origine giurisprudenziale.

In particolare, la Corte di giustizia nella sentenza *Costa contro Enel*⁵² ha sancito che il diritto dell'Unione si integra negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, i quali sono tenuti a rispettarlo. Nel caso di contrasto, la norma interna non può trovare applicazione, ma deve essere disapplicata.

Come l'effetto diretto, anche il primato è una regola applicata sia dal giudice interno, per risolvere un conflitto tra norme, sia dal legislatore e dall'amministrazione. Infatti, detto principio si impone allo Stato nel suo insieme, il quale deve dare pieno effetto alla normativa dell'Unione.

Nelle prime sentenze⁵³ in cui la Corte di giustizia ha affermato il principio del primato, lo ha fatto limitandosi ad evidenziare il carattere peculiare del sistema giuridico di nuova creazione, affermando

⁵⁰ Sull'effetto diretto G. Tesauo, *Diritto dell'Unione europea*, CEDAM, 2012, p. 165 ss; A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 221 e ss.

⁵¹ Corte di giustizia, 5 febbraio 1963, *Van Gend & Loos*, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1.

⁵² Corte di giustizia, 15 luglio 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

⁵³ Corte di giustizia, 5 febbraio 1963, *Van Gend & Loos*, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1; Corte di giustizia, 15 luglio 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

che, nei settori in cui gli Stati membri avevano trasferito le proprie competenze all'Unione, essi non potevano più validamente interferire con la sua attività.

Nonostante l'impostazione monista adottata dalla Corte di giustizia, il principio del primato era stato sviluppato essenzialmente in una dimensione orizzontale, ossia in rapporto alla ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e l'Unione⁵⁴. Infatti, il ragionamento della Corte di giustizia si fondava su una sorta di “specificità settoriale del diritto dell'Unione”⁵⁵.

Dopo alcuni anni, la Corte di giustizia ha cambiato rotta, abbracciando il ragionamento che inserisce il principio del primato all'interno di una costruzione “tendenzialmente gerarchica”⁵⁶.

Nella sentenza *Simmenthal*⁵⁷, la Corte di giustizia ha affermato che « *in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del Trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere « ipso jure » inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche — in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli Stati membri — di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie* ».

Così, le ragioni del primato non trovano più il loro fondamento principale nella specificità delle materie attribuite alla competenza dell'Unione, ma negli scopi perseguiti dalla stessa, ossia nel fatto che « *il conseguimento degli scopi della Comunità esige che le norme del diritto comunitario, contenute nello stesso trattato o adottate in forza di esso, si applichino incondizionatamente, nello stesso momento e con identica efficacia nell'intero territorio della Comunità, senza che gli Stati membri possano opporvisi in qualsivoglia modo* »⁵⁸.

Tuttavia, tale “gerarchizzazione”⁵⁹ del rapporto tra diritto nazionale e diritto dell'Unione rimane incompiuta, in quanto in caso di contrasto la norma nazionale non è né abrogata, né dichiarata nulla, ma esclusivamente disapplicata.

⁵⁴ K. J. Alter, *Establishing the supremacy of European law: The making of an international rule of law in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

⁵⁵ M. Orlandi, *L'evoluzione del primato del diritto dell'Unione europea*, Utet, 2012.

⁵⁶ P. Perlingieri, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, Napoli 2004; D. Ritleng, *De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union*, in *Revue trimestrielle droit européen*, 2009, p. 677.

⁵⁷ Corte di giustizia, 9 marzo 1978, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. SpA Simmenthal*, C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49.

⁵⁸ Corte di giustizia, 13 luglio 1972, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, C-48-71, ECLI:EU:C:1972:65.

⁵⁹ M. Orlandi, *L'evoluzione del primato del diritto dell'Unione europea*, Utet, Torino, 2012.

Il primato del diritto dell'Unione su quello nazionale è divenuto via via più assoluto, non riferendosi solo alle disposizioni dei Trattati, ma, altresì, a tutti gli atti vincolanti dotati di efficacia diretta, inclusi i principi di diritto dell'Unione e le direttive che concretizzano un principio generale dell'Unione⁶⁰. Inoltre, si è precisato che il primato spiega i propri effetti anche sulle norme aventi rango costituzionale⁶¹.

La fondamentale importanza del principio del primato risiede nel fatto che in sua assenza l'intera costruzione europea non potrebbe funzionare: il primato è un'esigenza essenziale in una comunità fondata sul diritto, in quanto senza di esso gli Stati membri in sostanza sarebbero lasciati liberi di scegliere quali disposizioni rispettare e quali no.

Per completezza espositiva, si deve dare atto che se la Corte di giustizia ha progressivamente affermato il principio di primato del diritto dell'Unione, nel frattempo, i giudici nazionali, avvertendo le criticità del processo integrativo europeo, hanno iniziato ad elaborare la c.d. teoria dei controlimiti, secondo la quale i principi supremi e fondamentali dell'ordinamento costituzionale dello Stato sono intangibili. Tale teoria costituisce l'estremo rimedio per evitare la progressiva erosione della sovranità e rappresenta un limite all'ingresso nell'ordinamento nazionale di disposizioni comunitarie contrastanti con i diritti fondamentali dell'ordinamento costituzionale⁶².

Infine, strettamente connesso al principio del primato e dell'effetto diretto, vi è il principio dell'effettività (o in chiave interpretativa, dell'effetto utile). Quest'ultimo si eleva a canone ermeneutico del diritto dell'Unione, secondo il quale le disposizioni del diritto dell'Unione devono essere interpretate in modo tale da permettere all'Unione di raggiungere i suoi obiettivi ed è utilizzato per colmare le lacune e ad assicurare l'unità dell'ordinamento. In tale contesto, è centrale il ruolo svolto dagli Stati membri nell'attuazione dei principi e della normativa dell'Unione.

Alla luce dell'effetto utile, ad ogni norma dell'ordinamento nazionale deve essere attribuito un significato che sia coerente e, al contempo, servente rispetto agli obiettivi delineati nel Trattato⁶³.

Tale principio permette di garantire la coerenza nei rapporti tra diritto dell'Unione e diritti nazionali: la norma processuale nazionale deve essere modellata ed estesa nel suo significato sino a consentire la piena esplicazione degli effetti della norma sostanziale dell'Unione, senza dover essere necessariamente disapplicata, a meno che ciò non renda impossibile alla norma dell'Unione di raggiungere il suo effetto utile.

⁶⁰ Corte di giustizia, 22 novembre 2005, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709.

⁶¹ Corte di giustizia, 11 gennaio 2000, *Kreil*, C-285/98.

⁶² Corte costituzionale, 27 dicembre 1973, n. 183, *Frontini*, Corte costituzionale 8 giugno 1984, n. 170, *Granital*.

⁶³ M. G. Scorrano, *il principio dell'effetto utile, in l'ordinamento europeo*, a cura di S. Mangiameli, Giuffrè, Milano, 2006.

2. L'autonomia istituzionale e procedurale degli Stati membri

L'autonomia istituzionale e procedurale degli Stati membri può essere ricondotta alla libertà degli Stati membri di definire gli assetti organizzativi nazionali e alla libertà degli stessi di scegliere le modalità di esecuzione del diritto dell'Unione, con riferimento sia agli aspetti organizzativi sia a quelli procedurali.

Il concetto di autonomia degli Stati membri è emerso per la prima volta nella sentenza della Corte di giustizia nel caso *Rewe*⁶⁴, in cui la Corte ha statuito che « (...) *in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta* ».

A causa della mancanza di una definizione del principio di autonomia istituzionale e di quello di autonomia procedurale, risulta difficile delineare una loro distinzione, avendo dette espressioni un'origine dottrinale. Il tema dell'autonomia procedurale e istituzionale degli Stati membri è infatti un argomento sul quale la dottrina si è soffermata cospicuamente.

In tal senso, l'orientamento che forse fa emergere meglio la distinzione tra i due principi è quello che sostiene che l'autonomia istituzionale è la libertà degli Stati di indicare quali autorità sono competenti ad applicare il diritto dell'Unione, invece l'autonomia procedurale è la libertà degli Stati di indicare le norme procedurali che devono trovare applicazione⁶⁵, o meglio la scelta "autonoma" dei mezzi diretti a garantire l'effettività del diritto dell'Unione⁶⁶.

Ancora, secondo autorevole dottrina, l'autonomia istituzionale sarebbe un « *consolidato principio dell'ordinamento comunitario per cui esso non interferisce in linea di massima con l'organizzazione istituzionale interna degli Stati stessi e in particolare con la potestà di questi ultimi di definire l'assetto delle amministrazioni pubbliche operanti nel proprio ambito* »⁶⁷.

In ogni caso, detti principi rappresentano delle pietre miliari nella giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al ruolo degli Stati membri e rispecchia la scelta alla base dei Trattati, ossia quella

⁶⁴ Corte di giustizia, 16 dicembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG e Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188.

⁶⁵ A. Mozzati, *La conformità europea dei procedimenti e degli atti amministrativi interni*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 12; M. Accetto e S. Zleptnig, *The principle of effectiveness: rethinking its role in community law*, in *European Public Law*, 2005, pp. 375- 394.

⁶⁶ Corte di giustizia, 16 dicembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG e Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188.

⁶⁷ Cit. A. Massera, *I principi generali*, in M.P. Chiti e G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte generale, II ed., 2007, Giuffrè, Milano, I, pp. 287, 292; G. Vesperini, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 22. L'autrice mette in evidenza come, in attuazione del principio di autonomia istituzionale, sia attribuito agli Stati membri il potere di stabilire l'assetto e il funzionamento delle amministrazioni nazionali.

di appoggiarsi alle forme istituzionali e alle procedure nazionali per l'attuazione del diritto dell'Unione.

Il rispetto della Sovranità statale, come ambito di autonomia degli stessi Stati membri, si evince chiaramente all'articolo 4 TUE, che, come precedentemente posto in luce, sancisce che l'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri, connaturata nella loro struttura politica, fondamentale, e costituzionale, e rispetta le funzioni essenziali dello Stato.

Il rispetto della Sovranità statale trova le sue origini proprio nella stessa natura della struttura europea: ove i soggetti rilevanti sono gli Stati nel loro complesso e non le articolazioni interne degli stessi.

Gli Stati membri sono gli unici titolari degli obblighi e dei diritti dell'Unione ed è in capo ad essi la responsabilità per la mancata attuazione del diritto dell'Unione. Il diritto dell'Unione, infatti, non si interessa al problema della delegazione delle competenze tra le varie amministrazioni interne e gli Stati rimangono liberi nella scelta dei mezzi e dei metodi con cui perseguono gli scopi comunitari, nell'ambito dell'ordinamento giuridico interno⁶⁸.

La scelta adottata, pertanto, è stata quella di riservare agli Stati membri le decisioni che riguardano la sovranità statale, nell'ambito di una struttura che individua il principio di attribuzione come criterio di riparto di competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri.

In base al principio di attribuzione, l'Unione europea agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei Trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti: qualsiasi competenza non attribuita ad essa nei Trattati appartiene agli Stati membri (articolo 5, n. 2, TUE).

La competenza dell'Unione, pertanto, non può essere desunta, ma deve essere, di volta in volta, ricostruita sulla base dei Trattati.

Tra le competenze attribuite all'Unione europea vanno annoverate sia quelle a cui si fa espresso riferimento, sia quelle cui è fatto implicito rinvio. Inoltre, la competenza può derivare dall'articolo 353 TFUE (c.d. clausola di flessibilità), che disciplina una procedura per l'ampliamento dei poteri, che seppur non espressamente attribuiti con l'atto istitutivo, sono tuttavia necessari per il raggiungimento degli obiettivi perseguiti dall'Unione.

I principi di proporzionalità e sussidiarietà, invece, sono criteri che regolano l'esercizio delle competenze dell'Unione. In particolare, in virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva, l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri.

In virtù del principio di proporzionalità, invece, l'azione dell'Unione deve limitarsi a quanto

⁶⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale K. Roemer, Corte di giustizia, 15 dicembre 1971, *International Fruit Company NV ed altri c. Produktschap voor groenten en fruit*, cause riunite C-51 e C-54/71, CLI:EU:C:1971:119.

necessario per il conseguimento degli obiettivi dei Trattati.

La scelta adottata, come precedentemente posto in luce, è quella di una generale competenza esecutiva nazionale (c.d. amministrazione indiretta), secondo cui l'attuazione delle politiche dell'Unione deve avvenire a livello decentrato da parte degli Stati membri⁶⁹. Infatti, come ricordato all'articolo 197 TUE, l'attuazione effettiva del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri è essenziale per il buon funzionamento del sistema e rappresenta una questione di interesse comune. Nello stesso articolo, tuttavia, viene chiarito che l'Unione può sostenere gli sforzi degli Stati membri volti a migliorare la loro capacità amministrativa di attuare il diritto dell'Unione. Così l'Unione ha la facoltà di dettare norme procedimentali e organizzative, essendo i modelli di esecuzione nazionali eterogenei.

Il ricorso alle strutture nazionali preesistenti fa emergere come la costruzione comunitaria sia immediatamente radicata sul decentramento nell'applicazione della normativa comunitaria.

Tale scelta ha il vantaggio di esonerare l'Unione dall'obbligo di elaborare il necessario arsenale di norme istituzionali e procedurali, sfruttando la ricchezza derivante dai patrimoni nazionali, piuttosto che optare per una politica di "tabula rasa"⁷⁰.

Alla luce di ciò, l'Unione può essere descritta in termini di contatti, complementarità e collaborazione tra l'ordine giuridico comunitario e gli ordini giuridici nazionali, non costituendo una struttura autosufficiente⁷¹.

Sussiste un'ampia discussione sul tema delle limitazioni possibili e accettabili all'autonomia procedurale degli Stati membri, senza che questa venga meno, affievolendosi in una mera utopia.

In tal senso, vi sono state importanti pronunce della Corte di giustizia, che sono andate ad incidere sulle norme procedurali nazionali che sarebbero dal Trattato riservate allo spazio di competenza degli Stati membri.

⁶⁹ L'articolo 2 TFUE prevede, infatti, che quando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza esclusiva in un determinato settore, gli Stati possono intervenire solo dietro autorizzazione dell'Unione oppure per dare attuazione agli atti dell'Unione. Inoltre, il Trattato, all'articolo 4, n. 3 TUE, sottolinea che gli Stati membri adottano ogni misura generale o particolare al fine di assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. All'articolo 291, n. 1 TFUE viene poi sancito che gli Stati membri adottano tutte le misure necessarie per l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione.

⁷⁰ R. Schütze, *From Rome to Lisbon: "executive federalism" in the (new) European Union*, in *Common Market Law Review*, 2010, 47, 5, p. 1385; K. Lenaerts, *Some reflections on the separation of powers in the European Community*, in *Common Market Law Review*, 1991, 28, 1, p. 11; M. Le Barbier Le Bris, *Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les Etats membres de l'Union européenne, des Etats pas comme les autres*, In *Le droit de l'Union européenne en principes - Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Apogée, 2006, p. 455.

⁷¹ Come definita da P. Pescatore, *Le droit de l'intégration*, Ed. Sijthoff, Leiden, 1992, p. 33.

Come parte della dottrina rileva⁷², è di fondamentale importanza, prima di procedere a qualsiasi tipo di analisi, fare una precisazione: la nozione di “diritto procedurale” è una nozione comunitaria.

La definizione di diritto procedurale maggiormente condivisa in dottrina è quella fornita da *Mertens de Wilmars*⁷³, in cui è individuata una distinzione fondamentale fra le norme dell’Unione di diritto sostanziale (c.d. diritto materiale) e i sistemi nazionali di norme che sono preposte a “sanzionare” l’osservanza del diritto comunitario sostanziale, ossia quegli strumenti di coercizione giuridica che assicurano il rispetto del diritto dell’Unione.

Cosicché, questa competenza procedurale degli Stati membri è intesa come scelta autonoma dei mezzi finalizzati a garantire l’effettività del diritto dell’Unione, garantendo così quell’esigenza di elasticità che è propria dell’ordinamento dell’Unione europea. L’ambito del diritto procedurale è quindi più ampio rispetto a quello che tradizionalmente viene considerato come tale, includendo anche previsioni che nella visione “nazionale” si tenderebbe a fare rientrare nel diritto sostanziale⁷⁴.

Con la sentenza *Rewe*⁷⁵, del 1976, la Corte di giustizia ha enucleato per la prima volta i due limiti essenziali all’autonomia procedurale degli Stati membri: il criterio dell’equivalenza e il criterio dell’effettività.

In particolare, la Corte ha statuito che « ... *in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta, modalità che non possono, beninteso, essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale* » (principio di equivalenza) e che le modalità stabilite dalle norme interne non devono rendere « *in pratica, impossibile l’esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare* » (principio di effettività).

Detti principi sono poi stati meglio elaborati nella successiva giurisprudenza della Corte di Giustizia. Con riguardo al principio di effettività, esso se nelle prime pronunce era inteso come mero obbligo di non rendere in pratica impossibile l’esercizio di quei diritti che i giudici nazionali sono tenuti a

⁷² Tra cui D.U. Galetta, *L’autonomia procedurale degli Stati membri dell’Unione europea: Paradise Lost?*, Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata, Giappichelli, Torino, 2009, p. 2.

⁷³ J. Mertens De Wilmars, *L’efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers*, in Cahiers de droit européen, 1981, p. 379 ss.

⁷⁴ Ad esempio tematiche come quella dell’annullamento d’ufficio, del giudicato, della responsabilità rilevano come aspetti inerenti all’autonomia procedurale degli Stati membri.

⁷⁵ Corte di giustizia, 16 dicembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG e Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188.

tutelare, successivamente si è evoluto in un vero e proprio “obbligo di risultato” in capo alle autorità degli Stati membri⁷⁶.

In tal senso, la sentenza *van Schijndel*⁷⁷ segna un momento di passaggio fondamentale, da un approccio della Corte di giustizia più indulgente, ad una giurisprudenza decisamente più “incisiva”⁷⁸. Nel caso in esame emerge l’idea che sussista un vero e proprio dovere in capo al giudice nazionale di “funzionalizzare”⁷⁹ gli strumenti messi a disposizione dal suo diritto nazionale per consentire il raggiungimento dell’obiettivo di effettività del diritto dell’Unione europea.

L’idea di “funzionalizzazione” degli strumenti procedurali nazionali al fine di garantire la piena effettività del diritto dell’Unione la si ritrova poi anche nella giurisprudenza successiva, come nelle sentenze *Kraaijeveld*⁸⁰, *Eco Swiss*⁸¹, *van der Weerd*⁸² e *Asturcom*⁸³.

Con riguardo al principio di equivalenza, esso costituisce una manifestazione del principio di non discriminazione e impone che vi sia un’analogia tra le regole processuali per i ricorsi fondati sul diritto nazionale e quelli fondati sul diritto dell’Unione.

Successivamente, l’autonomia processuale degli Stati membri è stata messa ancora più in crisi da due pronunce della Corte di giustizia rese nei casi *Interedil*⁸⁴ e *Gothaer*⁸⁵. In particolare, dette pronunce sono andate ad incidere sul tema della giurisdizione⁸⁶.

Con la prima sentenza, la Corte di giustizia ha affermato che il diritto dell’Unione osta a che un’autorità giurisdizionale nazionale sia vincolata da una norma di procedura nazionale, ai sensi della

⁷⁶ Per approfondimenti relativi alla giurisprudenza v. D.U. Galetta, *L’autonomia procedurale degli Stati membri dell’Unione europea: Paradise Lost?*, p. 43 ss.

⁷⁷ Corte di giustizia, 14 dicembre 1995, *Jeroen van Schijndel e Johannes Nicolaas Cornelis van Veen c. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, cause riunite C-430/93 e C-431/93, ECLI:EU:C:1995:441.

⁷⁸ D.U. Galetta, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell’Unione europea, Report annuale - 2011 – Italia*, Ius Publicum Network Review, 2011.

⁷⁹ D.U. Galetta, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell’Unione europea, Report annuale - 2011 – Italia*, Ius Publicum Network Review, 2011.

⁸⁰ Corte giustizia, 24 ottobre 1996, *Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a. c. Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, C-72/95, ECLI:EU:C:1996:404.

⁸¹ Corte di giustizia, 1 giugno 1999, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269.

⁸² Corte di giustizia, 7 giugno 2007, *J. van der Weerd e altri*, cause riunite C-222/05 a C-225/05, ECLI:EU:C:2007:318.

⁸³ Corte di giustizia, 6 ottobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez Nogueira*, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615.

⁸⁴ Corte di giustizia, 20 ottobre 2011, *Interedil, s.r.l.*, C-396/09, ECLI:EU:C:2011:671.

⁸⁵ Corte di giustizia, 15 novembre 2012, *Gothaer Allgemeine Versicherung A G c. Samskip GmbH*, C-456/11, ECLI:EU:C:2012:719.

⁸⁶ Sul punto, E. D’Alessandro, *L’autonomia processuale degli Stati Membri e l’effettività della tutela giurisdizionale. In particolare: l’incidenza delle pronunce interpretative della Corte di Giustizia Interedil e Gothaer sul diritto processuale nazionale*, intervento in occasione del corso organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, *I giudici nazionali quali giudici naturali del diritto dell’Unione europea: il ruolo del giudice nazionale nell’attuazione del diritto UE secondo la giurisprudenza nazionale ed eurounitaria*, 7-9 marzo 2018, Corte di Cassazione.

quale questi deve attenersi alle valutazioni svolte da un giudice nazionale di grado superiore, qualora risulti che le valutazioni svolte da quest'ultimo giudice non sono conformi al diritto dell'Unione. In tal modo, in nome della *primauté* del diritto dell'Unione, la Corte di giustizia ha inciso fortemente sull'autonomia del diritto processuale civile nazionale (nel caso di specie italiano).

Con la seconda sentenza, la Corte di giustizia ha ritenuto che, al fine di rendere effettivo il funzionamento del sistema di riparto di competenze fosse necessario derogare alla regola dell'autonomia processuale degli Stati membri. La Corte, in particolare, ha sancito che il Regolamento (CE) n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale⁸⁷, deve essere interpretato nel senso che esso si applica altresì alle decisioni con la quale il giudice di uno Stato membro declini la propria competenza sulla base di una clausola attributiva di competenza, indipendentemente dalla qualificazione di tale decisione secondo il diritto nazionale.

L'autonomia processuale degli Stati membri è stata così gradualmente compressa in modo significativo, in nome della necessità di convivere con i principi di matrice europea, quali il principio del primato, dell'effetto diretto e dell'effetto utile.

3. La leale cooperazione quale principio di convergenza tra il primato, l'effetto diretto e il rispetto dell'autonomia degli Stati membri

Dopo aver delineato, da un lato, il principio del primato, dell'effetto diretto e dell'effetto utile e, dall'altro, quello dell'autonomia istituzionale e procedurale degli Stati membri, appare evidente come questi si pongano in netta contrapposizione.

L'autonomia degli Stati membri porta con sé il pericolo di un'attuazione non uniforme ed efficace del diritto dell'Unione, conservando gli Stati membri la propria capacità di auto-organizzazione: l'eterogeneità delle soluzioni nazionali mina il progetto comune⁸⁸.

È stato osservato come il primato del diritto sostanziale e l'autonomia processuale e istituzionale degli Stati membri possano essere considerati come gli estremi opposti di un elastico, di cui deve essere evitata la rottura⁸⁹. Il principio di leale cooperazione può rappresentare il punto di equilibrio

⁸⁷ Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

⁸⁸ G. Isaac, M. Blanquet, *Droit communautaire général*, Armand Colin, Paris, 2001, p. 225.

⁸⁹ In tal senso D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata, Giappichelli, Torino, 2009, p. 92.

tra detti principi e ne può impedire la rottura⁹⁰.

Gli Stati membri, che sono tenuti ad assumersi i propri obblighi comunitari “lealmente”, non devono porre in essere degli atti che possano arrecare pericolo al perseguimento del progetto in cui sono coinvolti. L’idea di una comunità di diritto⁹¹, infatti, ha senso solo se le norme ricevono un’applicazione uniforme, sia in termini di intensità normativa, sia in termini di portata degli obblighi e dei diritti che creano.

Il principio di leale cooperazione impone agli Stati membri di utilizzare le proprie strutture e procedure per perseguire l’impegno comune, non potendo la conservazione dell’autonomia istituzionale e procedurale portare ad una compromissione degli impegni assunti dagli Stati membri. Impegnati in un’impresa comune che in parte li supera, gli Stati membri non possono più esercitare la loro sovranità in piena indipendenza e devono tener conto delle esigenze derivanti dalla loro partecipazione all’Unione.

Gli Stati, autonomi nella loro organizzazione istituzionale e procedurale e sovrani nell’esercizio delle competenze che si sono riservati, non possono tuttavia ignorare gli obblighi che hanno assunto nell’ambito della loro partecipazione all’Unione.

L’Unione richiede pertanto un adattamento delle teorie della sovranità, ossia gli Stati pur mantenendo la propria sovranità, sono responsabili di un dovere di lealtà, espresso attraverso il principio di leale cooperazione.

L’inviolabilità della norma comunitaria, che è fondamentalmente identica in tutti gli Stati membri, indipendentemente dalle diverse modalità nazionali di applicazione, è accompagnata dalla necessità di preservarne l’effetto utile.

Si tratta così di una nuova dimensione del principio di leale cooperazione, che invita gli Stati membri a dare alle disposizioni del diritto dell’Unione l’effetto più completo possibile, consentendo loro di sfruttare a pieno le potenzialità delle stesse nei sistemi giuridici nazionali.

I principi di autonomia istituzionale e procedurale, di primato, di effetto diretto e di effetto utile dialogano tra di loro, rappresentando le forze motrici fondamentali della costruzione dell’Unione, in quanto, in definitiva, l’intera filosofia dell’integrazione si riflette in questi principi, che si abbracciano in una dialettica che dà senso giuridico al motto dell’Unione “unità nella diversità”. In questo quadro, il principio di leale cooperazione potrebbe essere considerato la base del rapporto dialettico tra i vari

⁹⁰ J. Mertens de Wilmars, *L’efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers*, CDE, 1981, p. 392.

⁹¹ Corte di giustizia, 23 aprile 1986, *les Verts c. Parlamento europeo*, C-294/83, ECLI:EU:C:1986:166.

principi, visione che fa del principio di leale cooperazione il denominatore comune dei principi specifici⁹².

Il principio di leale cooperazione ha la finalità di depotenziare le possibili situazioni di conflitto, attraverso la promozione di forme di accordo e promuovendo la compartecipazione nell'esercizio delle competenze e consente di coordinare e armonizzare in modo flessibile e bilanciato l'operare dei diversi poteri, ai vari livelli, vincolandoli tutti in previsione del raggiungimento dell'obiettivo comune.

Detto principio non impone obblighi puntuali e specifici ma si limita, in modo apparentemente meno definito, ma in realtà molto più incisivo, ad imporre agli Stati Membri e all'Unione di comportarsi lealmente ogni volta sono chiamati ad interagire.

La leale cooperazione non soltanto si presenta come strumento dinamico e flessibile, in grado di adattarsi ad una molteplicità di situazioni diverse, ma anche come principio che è in grado di fornire una base di legittimazione alla creazione e al mantenimento di strette relazioni di interdipendenza, nel rispetto delle diversità che caratterizzano ogni ordinamento nazionale⁹³.

Il principio generale di leale cooperazione è stato così formulato nella consapevolezza che l'ordinamento giuridico dell'Unione, da solo, non potrebbe raggiungere gli obiettivi prefissati della costruzione dell'Unione, in quanto esso non costituisce un sistema chiuso ma necessita, per realizzarsi, del sostegno degli ordinamenti nazionali, insieme ai quali costituisce un insieme indissociabile e solidale.

CAPITOLO II

L'APPLICAZIONE DEGLI ARTICOLI 101 E 102 TFUE

L'instaurazione di un mercato interno basato sul corretto gioco della concorrenza rappresenta uno degli obiettivi primari perseguiti dall'Unione europea. Lo affermava già il TCEE, includendo tra gli obiettivi l'instaurazione di « *un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata* » (articolo 3, par. 1, lett. f) ed è stato ribadito dal Trattato CE e successivamente dal Trattato di Lisbona. Il regime della concorrenza designato dai Trattati è funzionale all'obiettivo di integrazione dei diversi mercati nazionali in un mercato unico. Detta disciplina non si limita a regolare i comportamenti delle

⁹² E. Neframi, *Principe de coopération loyale et principe d'attribution dans le cadre de la mise en oeuvre du droit de l'Union*, «Cahiers de droit européen», 2016, 1, pp. 221-52; E. Neframi, *Le principe de coopération loyale comme fondement indéniable de l'Union européenne*, *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, Dalloz, 2012.

⁹³ M. Le Barbier Le Bris, *Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les Etats membres de l'Union européenne, des Etats pas comme les autres*, In *Le droit de l'Union européenne en principes - Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Apogée, 2006, p. 455.

imprese, ma può investire determinati comportamenti degli Stati membri che, direttamente o indirettamente, alterano o contribuiscono ad alterare il gioco della concorrenza tra le imprese che operano nel mercato comune (**Sezione I**).

La concorrenza, all'origine, era uno dei pochi settori di amministrazione diretta dell'Unione, ossia ove le Istituzioni dell'Unione esercitano oltre alle competenze legislative anche l'attività amministrativa necessaria a darvi attuazione. Con il tempo, a causa del moltiplicarsi dei compiti di esecuzione e della necessità di ridurre l'impegno diretto della Commissione, si è sentito il bisogno di apportare una riforma sostanziale al sistema. Si potrebbe dire che tale settore è sottoposto ad un costante processo di “*Communitarisation*”⁹⁴ del diritto e di un processo parallelo, ma direttamente proporzionale, di “decentramento”, o meglio di “*déconcentration*”⁹⁵, nell'applicazione dello stesso. Così, nonostante detta materia sia rimasta sotto la responsabilità diretta della Commissione, essa è attuata anche delle autorità nazionali. Queste ultime coadiuvano la Commissione nella fase esecutiva, nell'ambito di un sistema che mantiene in capo a quest'ultima la responsabilità della fase esecutiva (**Sezione II**).

Sezione I

Inquadramento storico-sistemico

Al fine di poter consapevolmente analizzare l'*enforcement* del diritto della concorrenza, preliminarmente si ritiene opportuno svolgere alcune brevi considerazioni di natura storica (§ 1) e delinare quali siano i diversi obiettivi perseguiti dalla politica della concorrenza (§ 2).

1. Ricostruzione storica

Il primo passo per la redazione di disposizioni a tutela della concorrenza a livello comunitario è stato compiuto dal Trattato CECA⁹⁶. In particolare, all'articolo 65 dello stesso erano vietati gli accordi tra imprese, le decisioni da parte di associazioni di aziende e le pratiche concordate che impedivano, limitavano o falsavano il gioco normale della concorrenza. Già allora era previsto un temperamento

⁹⁴ G. Tesaro, *Modernisation and Decentralisation of EC Competition Law*, in *Modernisation and Decentralisation of EC Competition Law*, Kluwer Law International, 2000, p. 3.

⁹⁵ C. Prieto, D. Bosco, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 229.

⁹⁶ Il Trattato costitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA) fu firmato a Parigi il 18 aprile 1951 ed entrò in vigore il 23 luglio 1952.

a tale divieto, potendo detti accordi essere autorizzati dall'Alta Autorità, l'organismo sovranazionale precursore della Commissione europea, qualora apportassero determinati effetti benefici.

La formulazione di questo articolo prefigura i principi essenziali del futuro articolo 85 del Trattato CEE.

L'articolo 66 del Trattato CECA, invece, riguardava le concentrazioni e gli abusi di posizione dominante. Con riferimento a questi ultimi, il paragrafo 7, prevedeva che l'Alta Autorità, nell'ipotesi in cui un'impresa avesse una posizione dominante e la utilizzasse a scopi contrari agli obiettivi del Trattato, rivolgeva ad essa tutte le raccomandazioni atte ad ottenere che questa posizione non fosse utilizzata in modo illecito. In mancanza di un'esecuzione soddisfacente di tali raccomandazioni, l'Alta Autorità, con decisioni prese in consultazione con il Governo interessato, e con le sanzioni previste, fissava i prezzi e le condizioni di vendita che l'azienda in causa doveva applicare o stabiliva i programmi di produzione o i programmi di consegna che essa doveva eseguire.

Le disposizioni in esame hanno svolto un ruolo importante nel definire l'idea di una politica europea della concorrenza durante l'elaborazione del successivo Trattato CEE.

Nonostante il bilancio ufficiale sia senza dubbio lodevole, da alcuni studi⁹⁷ emerge come dette disposizioni non siano state attuate in modo efficace. Infatti, nei primi anni di operatività degli articoli 65 e 66, l'Alta Autorità applicò dette norme in modo molto parsimonioso e confinato a determinati settori (specialmente quello dell'industria carbo-siderurgica)⁹⁸.

Successivamente, con il Trattato CEE⁹⁹ venne istituita la Comunità economica europea, la quale rappresentò una tappa fondamentale. Superato l'approccio integrazionista settoriale, si aprì la strada per un tentativo di integrazione economica orizzontale, non più circoscritta solamente ad un determinato settore, ma estesa a tutta l'economia. Come si legge infatti all'articolo 2 dello stesso Trattato « *La Comunità ha il compito di promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune e il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati che ad essa partecipano* ».

⁹⁷ B. Leucht, K. Seidel, *Du Traité de Paris au règlement 17/1962 : Ruptures et continuités dans la politique européenne de concurrence, (1950-1962, Histoire, économie & société (1/2008)*, pp. 35-46; I. Van Bael, J. F. Bellis, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*, Giappichelli, 2009. M. Libertini, *Diritto della Concorrenza dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014.

⁹⁸ S. Bastianon, *Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, Giuffrè, 2005, p. 61 ss; E. Combe, *La politique de la concurrence*, La Découverte, coll. Repères, 2016.

⁹⁹ Trattato che istituisce la Comunità economica europea (TCEE), fu firmato il 25 marzo 1957, ed è entrato in vigore il 1° gennaio 1958.

Le regole di concorrenza erano menzionate all'articolo 3, lettera *f*), in cui erano enunciati i mezzi per raggiungere le finalità della Comunità: l'azione della Comunità interessa « *la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune* ».

Nel corso dei trattati successivi, l'articolo 2 sarà arricchito da nuove finalità, ma il posto delle regole di concorrenza rimarrà lo stesso, passando semplicemente dalla lettera *f*) alla lettera *g*) dell'articolo 3 del Trattato CE.

Con riguardo al divieto di intese, l'articolo 85 del Trattato CEE nella sua formulazione era molto simile all'articolo 65 del Trattato CECA: il divieto di intese era un principio con un temperamento.

Il testo originale, divenuto articolo 81 del Trattato CE, poi articolo 101 del TFUE¹⁰⁰, è rimasto invariato da allora, ma con cambiamenti sempre più audaci nella sua interpretazione e nella sua attuazione.

Con riguardo all'abuso di posizione dominante, invece, si sono registrati cambiamenti più significativi. Infatti, se originariamente nel Trattato CECA il divieto di abuso di posizione dominante era collocato nella medesima disposizione che disciplinava le concentrazioni, con il Trattato CEE il divieto di abuso di posizione dominante, disciplinato all'articolo 86, per la prima venne posto su un piano di pari importanza a quello delle intese, nonostante non fosse prevista alcuna possibilità di bilanciamento.

Successivamente, l'articolo 86, poi divenuto 82 TCE, e oggi articolo 102 del TFUE¹⁰¹, non è stato modificato nella sostanza. Ma, come nel caso del divieto delle intese, l'interpretazione e l'attuazione si sono notevolmente evolute.

Con l'adozione del Trattato di Lisbona è stato rimosso dagli obiettivi dell'Unione il riferimento alla tutela della concorrenza, precedentemente contenuto all'articolo 3 lett. *g*), Trattato CE (prima all'articolo 3, lettera *f*), Trattato CEE). Detto riferimento, tuttavia, è stato trasposto nel Protocollo n. 27 allegato ai Trattati, il quale ha il medesimo valore giuridico dei Trattati. In particolare, nel Protocollo, si legge: « *Le Alte parti contraenti, considerando che il mercato interno ai sensi dell'articolo 3 del Trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata, hanno convenuto che a tal fine l'Unione adotta, se necessario, misure in base alle disposizioni dei trattati (...)* ».

¹⁰⁰ Con il Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007.

¹⁰¹ Con il Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007.

All'articolo 3, lett. b), TFUE, la concorrenza è ricondotta nelle materie di competenza esclusiva dell'Unione « *definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno* ».

Con riguardo invece all'applicazione di detti articoli, il primo regolamento di applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE è stato emanato il 6 febbraio 1962. Il Regolamento (CEE) n. 17/1962¹⁰² è entrato in vigore il 13 marzo 1962 e ha terminato il periodo di vigenza il 30 aprile 2004.

Detto Regolamento riconosceva esplicitamente in capo alle autorità nazionali la competenza ad applicare gli articoli 85, ad esclusione del paragrafo 3 (oggi articolo 101 paragrafo 3 TFUE) e 86 (oggi articolo 102 TFUE) del Trattato, in quanto detti articoli presentano, come riconosciuto dalla successiva giurisprudenza della Corte di giustizia, i requisiti di norme avente "effetto diretto".

Le imprese, tuttavia, al fine di ottenere l'esenzione di cui all'articolo 85, paragrafo 3 TCEE, dovevano notificare gli accordi alla Commissione, che era l'unica competente ad effettuare il bilanciamento.

Il riconoscimento di tale competenza esclusiva alla Commissione, all'epoca, era una scelta obbligata, in ragione del fatto che una competenza decentrata del potere di autorizzazione ex articolo 85, paragrafo 3, avrebbe portato sicuramente ad un'applicazione non coerente della normativa, avendo i singoli Stati membri delle culture giuridiche ed economiche relative alla concorrenza tra imprese molto divergenti.

Il Regolamento manteneva in capo alle autorità nazionali la competenza ad applicare gli articoli 85 (ad esclusione del paragrafo 3) e 86 del Trattato.

Nonostante il testo del Regolamento (CEE) n. 17/1962, negli oltre 40 anni di vigenza, è rimasto sostanzialmente invariato, l'ordinamento nel contempo è cambiato profondamente. Tali cambiamenti hanno determinato l'emersione di nuovi problemi, particolarmente sentiti nel rapporto tra Commissione e i sistemi nazionali. È emersa così l'esigenza di introdurre delle disposizioni adeguate alle sfide di un mercato integrato e di un futuro allargamento dell'Unione.

In particolare, il sistema istituito dal Regolamento (CEE) n. 17/1962 rappresentava ormai un freno nell'applicazione delle regole di concorrenza da parte delle autorità nazionali, mentre il sistema di notificazione che esso comportava impediva alla Commissione di concentrarsi sulle infrazioni più gravi.

Cosicché, il 16 dicembre 2000, il Consiglio dell'Unione europea ha adottato il Regolamento (CE) n. 1/2003¹⁰³, sostituendo con esso il Regolamento n. 17/1962.

¹⁰² Regolamento (CEE) n. 17/1962 del Consiglio concernente l'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato, 21 febbraio 1962.

¹⁰³ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, 16 dicembre 2002.

Detto Regolamento ha sostituito il precedente sistema di notifica preventiva con un sistema di cosiddetta “eccezione legale”. Nel nuovo sistema le imprese devono esse stesse valutare la compatibilità della loro pratica alla luce delle disposizioni del Trattato, non dovendo più notificare preventivamente l’accordo prima di eseguirlo. Inoltre, il nuovo Regolamento ha ampliato il margine di manovra della Commissione, permettendole di dedicarsi ai casi di maggior rilevanza e alla conduzione di inchieste in settori fondamentali dell’economia¹⁰⁴.

Quasi sistematicamente è utilizzato il termine “decentramento” al fine di descrivere il processo di riforma attuato dal Regolamento (CE) n. 1/2003. Detta terminologia, tuttavia, necessita di una precisazione: certamente vi è stato un decentramento dell’applicazione delle regole della concorrenza, in quanto la competenza esclusiva della Commissione per l’applicazione dell’articolo 81 paragrafo 3 TCE (oggi articolo 101, paragrafo 3 TFUE) è stata abolita, tuttavia il sistema creato dal Regolamento (CE) n. 1/2003 non equivale alla devoluzione e non deve essere visto come un esercizio di sussidiarietà¹⁰⁵. La Commissione, infatti, mantiene la competenza parallela e svolge un ruolo particolarmente incisivo nel garantire un’applicazione coerente e nel definire l’orientamento della politica di concorrenza dell’Unione. Cosicché, autorevole dottrina ritiene più idoneo l’utilizzo del termine “*déconcentration*”¹⁰⁶, non avendo la Commissione rinunciato in alcun modo all’applicazione degli articoli 81 e 82 TCE (oggi articolo 101 e 102 TFUE).

Successivamente all’adozione del Regolamento (CE) n. 1/2003 è stato varato dalla Commissione il più importante e consistente apparato di comunicazioni, a completamento della significativa modernizzazione delle norme e delle procedure di applicazione delle regole *antitrust* dell’Unione europea (c.d. pacchetto modernizzazione)¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Dieci anni di applicazione delle norme antitrust ai sensi del regolamento (CE) n. 1/2003: risultati e prospettive future, Bruxelles, /* COM/2014/0453 final */, 11 luglio 2014, para. 4.

¹⁰⁵ C. Prieto, D. Bosco, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 228 ss; A. Decocq, G. Decocq, *Droit de la concurrence : droit interne et droit de l’Union européenne*, LGDJ, coll. Manuels, 2016.

¹⁰⁶ C. Prieto, D. Bosco, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 229.

¹⁰⁷ Il pacchetto modernizzazione comprende: 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; Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell’ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (2004/C 101/03), 27 aprile 2004; Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell’UE ai fini dell’applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato (2004/C 101/04), 9 aprile 2006; Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 del trattato CE, (2004/C 101/05) del 27 aprile 2004; Comunicazione della Commissione sull’orientamento informale per questioni nuove relative agli articoli 81 e 82 del Trattato CE, sollevate da casi individuali (lettere di orientamento), (2004/C 101/06), 27 aprile 2004; Comunicazione Commissione, Linee direttrici la nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (2004/C 101/07), 27 aprile 2004; Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull’applicazione dell’articolo 81, paragrafo 3, del trattato, (2004/C 101/08), 27 aprile 2004.

2. Le finalità del diritto della concorrenza e la duplice responsabilità

Sin dagli inizi, la politica concorrenza ha rivestito un ruolo primario per la creazione di un mercato unico. La concorrenza si caratterizza per la sua trasversalità, non rimanendo isolata rispetto alle altre politiche dell'Unione ma, anzi, potendosi qualificare quale mezzo per rafforzare le altre politiche, come quella industriale, dell'ambiente, della protezione dei consumatori, della ricerca e della scienza. Essa non deve essere pensata unicamente come finalità, ma anche come strumento al servizio dello sviluppo economico¹⁰⁸.

Al fine di poter consapevolmente analizzare l'*enforcement* del diritto *antitrust*, è necessario inquadrare gli obiettivi principali perseguiti dalla politica della concorrenza, identificabili nel benessere dei consumatori e nel mantenimento di una struttura competitiva del mercato¹⁰⁹.

Con riguardo al benessere dei consumatori, nella visione macroeconomica, la Commissione europea, nelle linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato (oggi articolo 101, paragrafo 3 TFUE), ha precisato che l'obiettivo di tale disposizione è proprio « *tutelare la concorrenza sul mercato come strumento per incrementare il benessere dei consumatori e per assicurare un'efficiente allocazione delle risorse* »¹¹⁰.

Nella formulazione letterale degli articoli 101 e 102 TFUE, il benessere dei consumatori non è richiamato come criterio generale per valutare la legittimità di una pratica, ciò in ragione del fatto che originariamente le norme *antitrust* erano primariamente volte a tutelare un processo concorrenziale non distorto e ad evitare il rischio di un'evoluzione monopolista di alcuni settori, rischio fortemente sentito nel dopoguerra¹¹¹.

Nell'ultimo decennio, l'attenzione nei confronti del benessere dei consumatori è aumentata, fino ad acquisire un'indubbia centralità. Le ragioni che hanno spinto ad un simile mutamento sono duplici: la prima può essere rintracciata nell'esigenza di creare un maggior consenso per le politiche comunitarie, a tal fine le Istituzioni hanno cercato di rendere le regole dell'Unione più vicine ai cittadini, attribuendo un ruolo di maggior rilievo ai consumatori¹¹²; la seconda ragione dipende

¹⁰⁸ G. Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012, pp. 620-621; M. Depincé, D. Mainguy, *Droit de la concurrence*, LexisNexis, coll. Manuels, 2015.

¹⁰⁹ M. Malaurie-Vignal, *Le bien-être du consommateur, une rencontre possible entre juriste et économiste ?*, *Le concurrentialiste – Chroniques de droit économique*, 31 mai 2013.

¹¹⁰ Commissione Europea, Linee direttrici sull'applicazione dell'art 81, paragrafo 3, 2004/C101/08, paragrafo 33.

¹¹¹ G. Bruzzone, M. Boccaccio, *Il rapporto tra la tutela della concorrenza e tutela dei consumatori nel contesto europeo*, Relazione al Convegno Agcm – Luiss - Università degli Studi 'Roma Tre' su "Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela", pubblicato in Note e studi Assonime n. 1/2010; D. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century*, Oxford University Press, 1998; G. Amato, *il potere e l'antitrust*, Il Mulino, Bologna, 1998.

¹¹² A. Pera, *Tutela della concorrenza e protezione del consumatore*, a cura di E. A. RAFFAELLI, *Antitrust between EC law and national law*, Giuffrè, 2009, pp. 340-413.

dall'affermazione, all'interno della disciplina *antitrust*, di un approccio più economico, ossia maggiormente incentrato sull'impatto delle condotte sul mercato¹¹³.

Per spiegare il cambiamento di prospettiva, è utile richiamare le ragioni esposte da Mario Monti al termine del suo mandato come Commissario per la concorrenza: « *la politica della concorrenza influenza le decisioni di investimento, le acquisizioni, le politiche di prezzo e la performance economica. Pertanto una delle linee direttrici di questo mandato è stata quella di assicurare che la politica della concorrenza sia pienamente compatibile con gli insegnamenti dell'economia. Inoltre, la politica della concorrenza è strumento per incoraggiare la crescita economica, promuovere una buona allocazione delle risorse e rafforzare la competitività dell'industria europea a beneficio dei cittadini. Questi obiettivi sarebbero raggiunti solo casualmente, e a costo di numerosi errori, se ignorassimo il ragionamento economico e le dinamiche di mercato* »¹¹⁴.

La scelta politica effettuata dalla Commissione europea può essere identificata nella difesa del *surplus* dei consumatori piuttosto che nella difesa del *surplus* globale¹¹⁵.

L'analisi del *surplus* dei consumatori prende in considerazione tutti i parametri della concorrenza: prezzo, qualità, diversità e innovazione. Si tratta di un approccio macroeconomico, in ragione di un'attenzione all'insieme dei consumatori e di una perdita di benessere in generale¹¹⁶.

Ciò permette di parlare di uno sviluppo economico strettamente connesso al benessere collettivo¹¹⁷.

In altre parole, la posizione della Commissione è nel senso di una valorizzazione della dimensione economica del diritto della concorrenza e nello spostamento del baricentro verso il consumatore¹¹⁸, come più volte affermato e per ultimo ribadito nella Comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 TFUE¹¹⁹, in cui precisa che « *le violazioni degli articoli 101 o 102 TFUE (...) danneggiano fortemente*

¹¹³ G. Bruzzone, M. Boccaccio, *Il rapporto tra la tutela della concorrenza e tutela dei consumatori nel contesto europeo*, Relazione al Convegno Agcm – Luiss - Università degli Studi 'Roma Tre' su "Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela", pubblicato in Note e studi Assonime n. 1/2010.

¹¹⁴ M. Monti, *A reformed competition policy: achievements and challenges for the future*, Centre for European Reform, Bruxelles, 28 ottobre.

¹¹⁵ M. Monti, *Competition for Consumers' benefit*, Amsterdam, 22 ottobre 2004; N. Kroes, *Consumers at the heart of EU competition policy*, Beuc, Strasbourg, aprile 2008.

¹¹⁶ J. Faull, A. Nikpay, *The EU law of competition*, Oxford, 2014, pp. 9-13.

¹¹⁷ C. Prieto, D. Bosco, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 140 ss.

¹¹⁸ G. Bruzzone, M. Boccaccio, *Il rapporto tra la tutela della concorrenza e tutela dei consumatori nel contesto europeo*, Relazione al Convegno Agcm – Luiss - Università degli Studi 'Roma Tre' su "Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela", pubblicato in Note e studi Assonime n. 1/2010.

¹¹⁹ Comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, (2013/C 167/07), 13 giugno 2013.

l'economia nel suo insieme e ostacolano il buon funzionamento del mercato interno (...) e danneggiano molto consumatori ed imprese ».

La centralità del ruolo del consumatore traspare anche nella giurisprudenza europea, in cui è spesso assunto come “stella polare” del diritto della concorrenza. Tale ruolo è evidente in una pronuncia del Tribunale dell’Unione, in cui giunge a considerare l’accrescimento del benessere del consumatore lo scopo ultimo delle regole della concorrenza¹²⁰. Nonostante ciò, il Tribunale non perde di vista il contesto generale delle regole della concorrenza, collegando espressamente tale benessere al corretto funzionamento del mercato interno¹²¹.

Il secondo obiettivo perseguito dal diritto della concorrenza è identificabile nel mantenimento di una struttura di mercato competitiva, nella misura in cui ciò arrechi un vantaggio ai consumatori¹²².

Malgrado il suo carattere apparentemente strumentale, il mercato competitivo deve essere protetto autonomamente, ciò in ragione del fatto che la protezione dei consumatori è assicurata non solo attraverso il divieto di pratiche che li pregiudicano direttamente, ma anche attraverso il divieto di pratiche che li colpiscono indirettamente¹²³. Come affermato dalla Corte di giustizia: « *l’articolo 82 CE riguarda non solo le pratiche che possono provocare un danno immediato ai consumatori, ma anche quelle che li danneggiano pregiudicando la sussistenza di una concorrenza effettiva* »¹²⁴. Tale approccio emerge chiaramente nella categoria degli abusi escludenti, in particolar modo in materia di prezzi predatori¹²⁵ e di *margin squeeze*¹²⁶.

¹²⁰ Tribunale, 7 giugno 2006, *Österreichische Postsparkasse e Bank für Arbeit und Wirtschaft c. Commissione delle Comunità europee*, cause riunite T-213/01 e T-214/01, ECLI:EU:T:2006:151.

¹²¹ P. Iannuccelli, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza nell’Unione Europea e la Direttiva 2014/104*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 31-32.

¹²² A. Tizzano, *Il ruolo dei consumatori nel diritto antitrust alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia Rivista italiana di Antitrust*, n.1(2015), disponibile al seguente indirizzo: ar.agcm.it/article/download/11374/1055.

¹²³ L. Vogel, *Du droit commercial au droit économique*, L.G.D.J., Collection Traités, 20e édition, 2016, p. 821-825.

¹²⁴ Corte giustizia, 21 febbraio 1973, *Europemballage e Continental Can c. Commissione*, C-6/72, p. 26, ECLI:EU:C:1973:22.

¹²⁵ R. Whish, D. Bailey, *Competition law*, Oxford University Press, 2012, pp. 739-755. I prezzi predatori consistono nella intenzionale sopportazione da parte dell’impresa di un sacrificio in termini di profitti, tramite la riduzione dei prezzi ad un livello di perdita, al fine di eliminare i concorrenti reali dal mercato o di precludere l’entrata a quelli potenziali. La *ratio* di tale condotta risiede nella possibilità di applicare in futuro prezzi più elevati grazie alla riduzione della concorrenza nel mercato, e ciò rende razionale un comportamento che, nel breve periodo, non sarebbe profittevole. La riduzione dei prezzi deliberatamente attuata dall’impresa, apparentemente, è vantaggiosa per i consumatori, i quali possono beneficiare dei medesimi prodotti a prezzi inferiori, tuttavia è necessario considerare che, nel lungo periodo, tale condotta porterà ad una diminuzione della concorrenza e ad un aumento dei prezzi.

¹²⁶ A. Tizzano, *Il ruolo dei consumatori nel diritto antitrust alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia Rivista italiana di Antitrust*, n.1(2015). Il *margin squeeze*, invece, è un’ulteriore tipologia di abuso a carattere escludente, consistente nella compressione dei margini di rivendita. Si tratta dell’ipotesi in cui un’impresa verticalmente integrata, che detiene una posizione dominante nel mercato a monte e che opera in concorrenza con altre imprese nel mercato a valle, fissa i prezzi dei prodotti di ingresso sul mercato a monte ad un livello così elevato o i prezzi di vendita del proprio prodotto nel mercato a valle a un livello così basso, da non lasciare all’impresa concorrente nel mercato a valle un margine di rivendita sufficiente per continuare ad operare. Anche tale condotta nel lungo periodo arrecherà un pregiudizio al consumatore, in ragione del fatto che l’impresa acquirerà quote del mercato a valle sfruttando la propria posizione di dominanza e non in virtù di una competizione basata sui meriti. In argomento: Corte giustizia, 17 febbraio 2011,

A tali due obiettivi principali se ne aggiungono altri accessori, tra i quali il più influente è quello integrazionista¹²⁷.

Dall'analisi degli obiettivi principali perseguiti dal diritto della concorrenza, si può giungere a delineare i beni giuridici protetti, identificabili nel mercato concorrenziale (in una dimensione macroeconomica e strettamente connessa al benessere dei consumatori) e nel benessere dei singoli consumatori (dimensione microeconomica).

Il primo bene è di carattere pubblicistico ed è tutelato in ragione della sua capacità di aumentare il benessere dei consociati. Le condotte che pregiudicano la struttura del mercato sono quelle che hanno un effetto escludente, ossia quelle che riducono l'offerta, la qualità e l'innovazione, in quanto la compromissione o la distruzione della concorrenza, non giustificata dal maggior grado di efficienza di un'impresa, determina il venir meno dell'oggetto stesso della protezione a cui tendono le regole *antitrust*¹²⁸.

Il secondo bene giuridico protetto è il benessere del singolo consociato, esso ha un carattere particolare e di natura privata.

Una conseguenza dell'esistenza di due distinti beni giuridici protetti è la possibilità per l'impresa autrice di un illecito *antitrust* di incorrere in una duplice responsabilità, in quanto il carattere unitario dell'illecito non esclude che possa avere conseguenze contemporaneamente su entrambi i beni, comportando così due distinte responsabilità¹²⁹.

Il primo tipo di responsabilità è di tipo "amministrativo", in alcuni ordinamenti è anche di tipo penale, e sorge automaticamente a seguito di un procedimento amministrativo, in cui la Commissione o le autorità nazionali garanti della concorrenza accertino che un'impresa abbia commesso un'infrazione in violazione degli articoli 101 o 102 TFUE.

Le conseguenze previste a seguito dell'accertamento dell'illecito sono: le misure cautelari, l'inibitoria, gli impegni, la penalità di mora e, infine, le ammende¹³⁰. Queste ultime sono principalmente finalizzate a sanzionare e reprimere le infrazioni, con lo scopo di dissuadere le

TeliaSonera Sverig, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83; Corte giustizia, 2 aprile 2009, *France Télécom Sa c. Commissione delle Comunità europee*, C-202/07, ECLI:EU:C:2009:214; Corte giustizia, 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche c. Commissione delle Comunità europee*, C-85/76, ECLI:EU:C:1979:36.

¹²⁷ P. Iannuccelli, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza nell'Unione europea e la direttiva 2014/104*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 7.

¹²⁸ P. Iannuccelli, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza nell'Unione europea e la direttiva 2014/104*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 39 ss.

¹²⁹ P. Iannuccelli, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza nell'Unione europea e la direttiva 2014/104*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 83-149.

¹³⁰ Per approfondimento, si veda: A. Adinolfi, L. Daniele, B. Nascimbene, S. Amadeo, *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2007; T. M. J. Möllers A. Heinemann, *The Enforcement of Competition Law in Europe*, Cambridge University Press, 2008.

imprese dal commettere ulteriori infrazioni. La responsabilità amministrativa mira a proteggere il bene pubblicistico del mercato concorrenziale e, in tale senso, si può parlare dell'applicazione pubblica del diritto della concorrenza, ossia del *public enforcement*.

Il secondo tipo di responsabilità, in cui possono incorrere le imprese autrici di una condotta illecita ai sensi degli articoli 101 e 102 TFUE, è quella civile. Tale responsabilità tutela il secondo bene giuridico protetto, ossia il singolo danneggiato. I rimedi previsti per tale tipo di responsabilità sono: la nullità degli accordi restrittivi e il rimedio risarcitorio. Quest'ultimo, non trova espressa consacrazione in una disposizione specifica dei Trattati, ma è stato desunto dalla Corte di giustizia attraverso un'interpretazione sistematica delle disposizioni di rango primario¹³¹.

È rilevante porre in luce che nell'applicazione delle regole della concorrenza, il *public enforcement* ha sempre ricoperto un ruolo centrale nel contesto dell'Unione europea. All'opposto, il *private enforcement* solo a partire dagli anni 2000 è stato maggiormente preso in considerazione, fino a culminare nel 2014 nell'adozione di una direttiva relativa alle azioni per il risarcimento del danno¹³².

Sezione II

I soggetti competenti ad applicare gli articoli 101 e 102 TFUE

Le autorità nazionali sono chiamate ad applicare direttamente gli articoli 101 e 102 TFUE, potendo essere considerate dei “*partner*”¹³³ fondamentali della Commissione nell'applicazione delle norme *antitrust* (§ 1).

Le autorità nazionali sono obbligate ad applicare la normativa dell'Unione quando la fattispecie rientra nell'ambito di applicazione degli articoli 101 e 102 TFEU. L'obbligo imposto alle autorità nazionali mira a garantire l'effettiva applicazione delle regole di concorrenza e il corretto funzionamento dei meccanismi di cooperazione, essendo l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE una preconditione per il loro utilizzo (§ 2).

¹³¹ P. Iannuccelli, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza nell'Unione Europea e la Direttiva 2014/104*, Giuffrè, Milano 2015, pp. 107-109.

¹³² Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea; C. Lemaire, A. Lacresse, J. Bousin, *Politique de concurrence : Le Parlement européen et le Conseil adoptent la directive ECN+ et renforcent la convergence institutionnelle et procédurale au sein du réseau européen de concurrence (Directive 2019/1)*, 11 décembre 2018, *Revue Concurrences* N° 2-2019, Art. N° 90462, pp. 144-148.

¹³³ Come definite nella 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, 23 marzo 2017, 2017/0063 (COD).

1. I partner fondamentali della Commissione nell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE

Il diritto della concorrenza si regge su un sistema complesso in cui ai vari attori istituzionali vengono assegnati dei ruoli precisi. Come visto, il Regolamento (CE) n. 1/2003 ha introdotto un sistema di attuazione basato sull'applicazione diretta da parte delle autorità nazionali degli articoli 101 e 102 TFUE nella loro interezza.

La modernizzazione delle regole e delle procedure relative all'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE si fonda sul disegno di un sistema di applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE nell'ambito del quale agiscono la Commissione europea, i giudici nazionali (§ 1.1.) e le autorità nazionali garanti della concorrenza (§ 1.2.) in stretto raccordo¹³⁴.

Il nuovo sistema è stato basato su un metodo originale di collegamento, ossia sulla Rete europea della Concorrenza ("Rete"). Detta Rete, composta dalla Commissione europea e dalle autorità nazionali garanti della concorrenza, rappresenta il contesto entro il quale si esplica il coordinamento e la cooperazione tra le autorità.

L'originalità dell'approccio adottato è quello di aver stabilito la circolarità dell'informazione e della cooperazione sia a livello verticale che orizzontale, come sarà meglio approfondito nella seconda parte del presente elaborato.

È rilevante porre in luce che per effetto dell'istituzione della Rete e della riforma, il numero di decisioni assunte ai sensi degli articoli 101 e 102 TFUE è incrementato notevolmente e più della metà (circa l'85%) di dette decisioni sono state adottate dalle autorità garanti della concorrenza nazionali¹³⁵.

Il Regolamento lascia agli Stati membri ampio margine di manovra nella designazione delle autorità competenti ad applicare gli articoli 101 e 102 TFUE. Detta autonomia comporta il rischio di una perdita di omogeneità e di coerenza nella prassi decisionale in termini di analisi sostanziale delle norme. Non è corretto, tuttavia, pensare che in assenza di norme europee specifiche i legislatori nazionali siano liberi di adottare un proprio approccio all'attuazione della normativa della concorrenza.

Cosicché, l'utilizzo del concetto di autonomia procedurale appare fuorviante: in primo luogo, va detto che le autorità nazionali devono rispettare un corpus di principi comuni, e pensiamo in particolare alle garanzie procedurali derivanti dal diritto ad un equo processo; in secondo luogo, il principio di

¹³⁴ D. J. Gerber, *Modernising European Competition Law: A Developmental Perspective*, 2001, E.C.L.R., 122; D. J. Gerber, *The Evolution of a European Competition Law Network*, 2002, European Competition Law Annual, 2005; S. Bastianon, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2010.

¹³⁵ I dati sono riportati nella Relazione della Commissione alla Proposta di Direttiva. M. Vestager, *Keynote Speech, in Concurrences' New Frontiers of Antitrust*, Paris, 15 June 2015.

leale cooperazione, come sopra ricordato, limita l'autonomia degli Stati, in quanto l'efficacia del diritto dell'Unione, di cui gli Stati membri sono i custodi, dipende in larga misura dalla qualità delle soluzioni giuridiche offerte dal sistema statale¹³⁶.

Nel caso *VEBIC*¹³⁷, la Corte di giustizia ha ricordato che nel silenzio del diritto dell'Unione spetta a ciascuno Stato membro il compito di disciplinare le modalità procedurali, con il limite che non devono pregiudicare la finalità e l'efficace applicazione delle norme della concorrenza dell'Unione.

1.1. I giudici nazionali

Il Regolamento (CEE) n. 17 del 1962 non faceva alcun riferimento ai giudici nazionali e al loro ruolo, né in relazione alla loro competenza ad applicare gli articoli 101 e 102 TFUE, né in relazione al profilo della collaborazione con la Commissione o le autorità nazionali garanti della concorrenza.

Riguardo al primo aspetto, la Corte di giustizia si pronunciò per la prima volta sulla tematica nel 1974, nel caso *BRT*¹³⁸, avente ad oggetto una domanda pregiudiziale sottoposta alla Corte, a norma dell'articolo 267 TFUE.

La Corte, in tale occasione, sancì che, gli articoli 85, paragrafo 1 e 2, e 85 TCEE (oggi 101 e 102 TFUE), sono per loro natura atti a produrre direttamente degli effetti nei rapporti tra i singoli e attribuiscono direttamente a questi dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare.

La Corte, dall'efficacia diretta delle norme del Trattato, riconobbe la competenza dei giudici nazionali ad applicare le norme in materia di concorrenza nelle controversie per le quali erano stati aditi.

La diretta applicabilità da parte delle giurisdizioni nazionali di detti articoli è stata successivamente consolidata dalla Corte di Giustizia nei casi *Delimitis*¹³⁹ del 1991, *Guérin automobiles*¹⁴⁰ del 1997 e *Masterfood*¹⁴¹ del 2000 ed esplicitamente sancita a livello normativo con il Regolamento (CE) n. 1/2003. Quest'ultimo, in particolare, mette in rilievo l'importanza delle giurisdizioni nazionali

¹³⁶ G. Isaac, M. Blanquet, *Droit communautaire général*, Armand Colin, Paris, 2001, p. 225.

¹³⁷ Corte di giustizia, 7 dicembre 2010, *Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerker (VEBIC) VZW*, C-439/08, ECLI:EU:C:2010:739.

¹³⁸ Corte giustizia, 30 gennaio 1974, *Belgische Radio en Televisie e société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs c. SV SABAM e NV Fonior*, 127/73, pp. 15 ss, ECLI:EU:C:1974:25.

¹³⁹ Corte giustizia, 28 febbraio 1991, *Stergios Delimitis c. Henninger Bräu AG*, C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91.

¹⁴⁰ Corte giustizia, 18 marzo 1997, *Guérin automobiles c. Commissione delle Comunità europee*, C-282/95 P, ECLI:EU:C:1997:159.

¹⁴¹ Corte giustizia, 14 dicembre 2000, *Masterfoods Ltd c. HB Ice Cream Ltd*, C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689.

nell'applicazione delle regole dell'Unione, in quanto esse svolgono un ruolo complementare a quello delle autorità nazionali garanti della concorrenza¹⁴².

A seguito delle pronunce sopra ricordate, i giudici nazionali avrebbero avuto la possibilità non solo di concedere ai singoli la nullità dell'accordo lesivo¹⁴³, l'unica sanzione espressamente prevista dal Trattato, ma anche di concedere il risarcimento del danno cagionato da un comportamento in violazione degli articoli 101 e 102 TFUE. Tuttavia, salvo poche eccezioni, i giudici nazionali hanno mostrato per lungo tempo una certa diffidenza ad accogliere azioni civili per il risarcimento del danno per la violazione degli articoli 101 e 102 TFUE¹⁴⁴. Nonostante la progressiva apertura delle Istituzioni europee è mancata in tale fase una netta presa di posizione in favore di una tutela risarcitoria direttamente discendente dal diritto dell'Unione. Infatti, era riconosciuta la tutela dei danneggiati in sede civile solo se gli ordinamenti interni già prevedevano una tutela di tipo risarcitorio per ipotesi equivalenti di diritto interno¹⁴⁵.

Una posizione centrale nel riconoscimento di tale diritto è rivestita dalla sentenza *Courage* del 2001¹⁴⁶, in cui la Corte di giustizia ha per la prima volta riconosciuto un diritto al risarcimento del danno proveniente direttamente dagli articoli 101 e 102 TFUE¹⁴⁷, in quanto altrimenti sarebbe stato

¹⁴² Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, considerando 7: “Le giurisdizioni nazionali svolgono una funzione essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie. Esse tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie tra privati, in particolar modo accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni. Le giurisdizioni nazionali svolgono sotto questo aspetto un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. Occorrerebbe quindi consentire loro di applicare pienamente gli articoli 81 e 82 del trattato”.

¹⁴³ Si registra che il ricorso allo strumento della nullità avviene quasi esclusivamente in via di eccezione da parte del convenuto in una controversia nascente da inadempimento contrattuale: W.P.J Wilps, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oxford, 2005, p.112.

¹⁴⁴ Per approfondimento, si veda: D. Waelbroeck, D. Slater, G. Even-Shoshan, “Ashrust study”, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC antitrust rules*, disponibile sul sito della Commissione europea. Si tratta di uno studio, in chiave comparatistica, che mostra la situazione negli allora 25 Stati membri e dal quale emerge una diversità di modelli di applicazione giudiziale delle regole comunitarie sulla concorrenza.

¹⁴⁵ Esempio è il caso inglese in cui le Corti nazionali riconobbero già nel 1984 il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust: *Case Garden Cottage Foods vs. Milk Marketing Board*, 1984, AC 130, 1983, 3 CMLR 43; *An Bord Bainne Co-operative Ltd v Milk Marketing Board*, 1984, 1 CMLR 519, affd 1984 2 CMLR; *Bourgoin SA vs Minister of Agriculture Fisheries and Foods*, 1985, 1 CMLR 528. Per approfondimento, si veda: R. Whish, D. Bailey, *Competition law*, Oxford University Press, 2012, pp. 306 ss.

¹⁴⁶ Corte giustizia, 20 settembre 2001, *Courage c. Crehan*, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465.

¹⁴⁷ Il caso si riferiva alla violazione dell'articolo 101 TFUE.

compromesso l'effetto utile di dette disposizioni. Tale orientamento è stato confermato in numerose sentenze successive, tra cui le sentenze *Manfredi*¹⁴⁸, *Pfleiderer*¹⁴⁹ e *Donau Chemie*.¹⁵⁰

L'assenza di una normativa uniforme a livello di Unione europea ha, da sempre, rappresentato uno dei principali ostacoli ad una efficace tutela giurisdizionale, restando competenza di ciascun ordinamento nazionale definire « le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario »¹⁵¹.

Ciò comporta una notevole incertezza sul possibile esito del giudizio, che rischia di compromettere l'applicazione effettiva e uniforme delle regole della concorrenza europee e ha un effetto distorsivo sulla concorrenza e sul funzionamento del mercato unico¹⁵².

Nel panorama dell'Unione esistono Stati che, grazie a regole processuali più favorevoli e all'efficienza nella gestione delle cause, attraggono la maggior parte delle azioni per il risarcimento del danno derivante da illeciti *antitrust* (si tratta, in particolare, del Regno Unito, della Germania e dell'Olanda). La frammentazione delle norme nazionali ha aumentato la pratica del *forum shopping*, ossia la tendenza a scegliere la giurisdizione più favorevole. Il *forum shopping* è reso possibile dalla natura transnazionale di tali controversie e dall'applicazione del Regolamento di Bruxelles¹⁵³, il quale fissa diversi criteri per ancorare la competenza. In primo luogo, sussiste il criterio generale, che è il domicilio del convenuto (articolo 4). In aggiunta a questo criterio generale, esistono criteri di competenza alternativi, basati su uno stretto collegamento tra il giudice e l'azione, o al fine di facilitare l'amministrazione della giustizia. In particolare, una persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro : a) se l'azione ha una base contrattuale dinanzi all'autorità giurisdizionale del luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in

¹⁴⁸ Corte giustizia, 13 luglio 2006, C-295/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni Spa*.

¹⁴⁹ Corte giustizia, 14 giugno 2011, C-360/09, *Pfleiderer c. Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:2011:389. La controversia riguardava la richiesta di accesso ai documenti relativi ad un procedimento di clemenza per violazione delle regole di concorrenza dell'Unione. La Corte di Giustizia ha ritenuto che il diritto europeo ammette una legge nazionale che conferisce l'accesso agli atti, ma lascia che siano i giudici nazionali a individuare secondo la legge dello Stato di appartenenza le condizioni in base alle quali autorizzare o negare tale accesso attraverso un bilanciamento degli interessi protetti dall'ordinamento europeo.

¹⁵⁰ Corte di giustizia, 6 giugno 2013, *Bundeswettbewerbsbehörde c. Donau Chemie AG and Others*, C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366. Si tratta di un rinvio pregiudiziale sollevato dall'*Oberlandesgericht Wien*, in merito alla compatibilità con il diritto europeo della normativa nazionale che subordina l'accesso al fascicolo al consenso di tutte le parti del procedimento. La Corte di Giustizia ha considerato tale disciplina incompatibile se non prevede la discrezionalità del giudice di nazionale di effettuare un bilanciamento degli interessi in gioco.

¹⁵¹ Corte giustizia, 10 luglio 1997, *Palmisani*, C-261/95, p. 27; Corte giustizia, 20 settembre 2001, *Courage c. Crehan*, C-453/99, p. 29, ECLI:EU:C:2001:465; Corte giustizia, 13 luglio 2006, C-295/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni Spa*, p. 62.

¹⁵² G.A. Benacchio, M. Carpagnano, *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali. Private enforcement of competition law*, atti del III Convegno di studio presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, 15-16 aprile 2011, Padova; G.A. Benacchio, *Il private enforcement del diritto antitrust*, a cura di L. Pace, *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2013.

¹⁵³ Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

giudizio; b) in materia di illeciti civili dolosi o colposi davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire (articolo 7) ; c) in caso di pluralità di convenuti davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui uno di essi è domiciliato, sempre che tra le domande esista un collegamento così stretto da rendere opportuna una trattazione unica e una decisione unica onde evitare il rischio di giungere a decisioni incompatibili derivanti da una trattazione separata (articolo 10) .

Nel contenzioso in materia di concorrenza, in particolare nelle cause per violazione dell'articolo 101 TFUE, generalmente le domande sono ritenute "sufficientemente" collegate, pertanto il soggetto danneggiato può scegliere il foro più conveniente per intentare l'azione di risarcimento del danno.

Nella prassi, alcune giurisdizioni riconoscono la propria giurisdizione su tutti i procedimenti di risarcimento del danno connessi, grazie al c.d. *anchor defendant*, ossia è sufficiente che una delle imprese abbia anche solo una filiale domiciliata in detto territorio per ancorare la giurisdizione¹⁵⁴. Il Regolamento lascia così un ampio margine di manovra in capo all'attore nella scelta della giurisdizione in cui intentare l'azione.

La sempre crescente necessità di giungere ad una disciplina uniforme in materia di risarcimento del danno per violazione degli articoli 101 e 102 TFUE ha portato all'emanazione della Direttiva 2014/104/UE¹⁵⁵. Quest'ultima, rappresenta una sorta di "democratizzazione"¹⁵⁶ del diritto della concorrenza, in quanto ha codificato per la prima volta detto diritto, introducendo diversi strumenti a beneficio del danneggiato e armonizzando le discipline nazionali.

Già prima della Direttiva, alcuni Stati membri avevano previsto delle regole che facilitassero le azioni di risarcimento del danno *antitrust*, tanto che la Direttiva, anziché introdurre nuovi incentivi alle azioni, in alcune ipotesi, ha avuto l'effetto di ridimensionare dei vantaggi tipici previsti in detti ordinamenti¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Esempio caso *Toshiba Carrier UK Ltd & ors v KME Yorkshire Ltd & ors* [2011] EWHC 2665 (Ch) and [2012] EWCA Civ 1190; per approfondimenti F. Gelmini, *Brexit: The Future of Private Antitrust Enforcement in the UK*, European Futures, Edinburgh Europa Institute; A. Andreangeli, *The consequences of Brexit for competition litigation: An end to a "success story"?*, European competition law review, 2017, 38(5), 226-233; B. J. Rodger, *Implementation of the Antitrust Damages Directive in the UK: limited reform of the limitation rules?*, European Competition Law Review, E.C.L.R. 2017, 38(5), 219-227; M. Danov, *Private antitrust enforcement and private international law*, in Nagy (ed.), *The procedural aspects of the application of competition law*, Europa Law Publishing, 2016; F. Wilman, *Private Enforcement of EU Law Before National Courts, the EU Legislative Framework*, Edward Elgar Publishing Limited, 2015.

¹⁵⁵ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

¹⁵⁶ F. Jenny, *La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe: État des lieux et changements à venir*, Concurrences N° 3-2014 Colloque.

¹⁵⁷ Alcuni dei meccanismi e delle caratteristiche che hanno reso il Regno Unito uno dei fori privilegiati per intentare dette azioni sono: a) La previsione di azioni collettive *opt-out*: il *Consumer Rights Act* 2015 ha introdotto un nuovo regime di *Class action opt-out*, che facilita l'ottenimento di un risarcimento per le vittime. Il nuovo regime consente al rappresentante di intentare un'azione di risarcimento

Il percorso per l'affermazione del diritto del risarcimento del danno per violazione degli articoli 101 e 102 TFUE è stato lungo e non può ritenersi ancora completato. Nonostante le criticità della nuova disciplina, essa ha permesso di arrivare ad un ravvicinamento minimo delle discipline nazionali, rendendo più effettivo il diritto al risarcimento del danno e riducendo le distorsioni a cui conduceva la disomogeneità delle regole nazionali.

1.2. Le autorità nazionali garanti della concorrenza

Le autorità nazionali garanti della concorrenza sono chiamate ad applicare le medesime regole sostanziali, ossia gli articoli 101 e 102 del TFUE, ma il loro assetto istituzionale e i loro poteri decisionali si differenziano da Stato a Stato. Il diritto dell'Unione, infatti, lascia un ampio margine di discrezionalità agli Stati membri, avendo posto come unico limite quello di garantire l'effettivo rispetto delle disposizioni del Regolamento (CE) n. 1/2003 (articolo 35).

Il risultato è quello di una varietà di modelli nazionali di applicazione: alcuni Stati membri hanno designato un'unica autorità nazionale garanti della concorrenza, altri, al contrario, ne hanno designate diverse.

Attualmente si possono distinguere tre modelli istituzionali: *i*) il modello amministrativo "unitario" in cui vi è un'unica autorità amministrativa che indaga sui casi e adotta le decisioni soggette a controllo giudiziario; *ii*) un secondo modello secondo il quale un'autorità amministrativa conduce le attività di indagine e poi l'esame del caso è condotto da un'altra autorità amministrativa; *iii*) il modello "duale" in cui un'autorità amministrativa svolge l'indagine e poi l'esame del caso è condotta da organo giudiziario.

Secondo uno studio comparativo¹⁵⁸ promosso dal Parlamento europeo nel 2016, gli Stati membri sono così organizzati:

dei danni per conto dell'intera classe di ricorrenti, ad eccezione di quelli che si avvalgono espressamente dell'opt-out (ossia di non aderire); *b*) Il regime di divulgazione delle prove: per quanto riguarda la richiesta di divulgazione, il diritto inglese era più permissivo rispetto a quanto stabilito dalla Direttiva, in particolare la *disclosure* richiedeva solamente la presentazione della domanda di risarcimento e l'allegazione dei relativi fatti, i quali non erano oggetto di rigorose valutazioni di fondatezza; *c*) Il termine di prescrizione: il termine di prescrizione per la presentazione di un ricorso nel Regno Unito è di sei anni dalla data in cui l'attore ha subito il danno (ossia dal giorno in cui si può ragionevolmente ritenere che sia venuto a conoscenza di aver subito un danno). Nella maggior parte degli Stati membri il termine di prescrizione è di 5 anni; *d*) La disponibilità di finanziamenti: le spese processuali per intentare le azioni di risarcimento del danno rappresentano sicuramente uno dei principali ostacoli all'avvio di un'azione legale. La peculiarità delle azioni antitrust risiede nel fatto che è necessario svolgere degli accertamenti estremamente complessi, che si traducono in costi molto elevati.

Nel Regno Unito vi è una più ampia gamma di metodi di finanziamento a disposizione di chi vuole intentare un'azione (come ad esempio i *conditional fee agreements* e i *damages based agreements*). Inoltre, sono presenti molti investitori professionisti che finanziano le spese legali della controversia in cambio di un compenso dovuto dai proventi della controversia recuperati.

¹⁵⁸ Directorate General for internal policies, An Academic View on the Role and Powers of National Competition Authorities Background to the ECN plus project, aprile 2016, IP/A/ECON/2016-06. Lo studio risale al 2016.

| Stato membro | Modello istituzionale |
|---------------------|-----------------------------------|
| Austria | Duale: amministrativo/giudiziario |
| Belgio | Unitario: amministrativo |
| Bulgaria | Unitario: amministrativo |
| Croazia | Unitario: amministrativo |
| Cipro | Unitario: amministrativo |
| Repubblica Ceca | Unitario: amministrativo |
| Danimarca | Duale: amministrativo/giudiziario |
| Estonia | Unitario: amministrativo |
| Finlandia | Duale: amministrativo/giudiziario |
| Francia | Unitario: amministrativo |
| Germania | Unitario: amministrativo |
| Grecia | Unitario: amministrativo |
| Ungheria | Unitario: amministrativo |
| Irlanda | Duale: amministrativo/giudiziario |
| Italia | Unitario: amministrativo |
| Lettonia | Unitario: amministrativo |
| Lituania | Unitario: amministrativo |

| | |
|-------------|-----------------------------------|
| Lussemburgo | Unitario: amministrativo |
| Paesi Bassi | Unitario: amministrativo |
| Malta | Unitario: amministrativo |
| Polonia | Unitario: amministrativo |
| Portogallo | Unitario: amministrativo |
| Romania | Unitario: amministrativo |
| Slovacchia | Unitario: amministrativo |
| Slovenia | Unitario: amministrativo |
| Spagna | Unitario: amministrativo |
| Svezia | Duale: amministrativo/giudiziario |
| Regno Unito | Unitario: amministrativo |

A titolo esemplificativo, di seguito, sarà analizzata la forma istituzionale di alcune delle autorità nazionali della concorrenza:

In Austria, il modello adottato è quello “duale”, in cui l’autorità amministrativa indipendente “*The Austrian Federal Competition Authority*” indaga sulle pratiche anticoncorrenziali e, successivamente, adisce la Corte d’appello di Vienna. Quest’ultima prende, in linea di principio, tutte le decisioni vincolanti per la violazione delle norme sulla concorrenza¹⁵⁹.

In Belgio, dopo la riforma del 2013, l’Autorità della concorrenza (BCA) ha una struttura unitaria. Tuttavia, all’interno della stessa sussiste ancora una distinzione tra le sezioni con responsabilità investigative e decisionali. In particolare, l’Autorità è composto da un Servizio investigativo “*The Investigation and Prosecution Service*” e da un organo decisionale “*The Competition College*”¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Federal Cartel Act 2005, as amended on 21 September 2017.

¹⁶⁰ Le informazioni sono reperibili sul sito ufficiale dell’Autorità, al seguente indirizzo <https://www.belgiancompetition.be/en>.

In Danimarca¹⁶¹ sono coinvolti diversi organismi, a seconda della natura dell'infrazione. “*The Danish Competition and Consumer Authority (DCCA)*” può ordinare alle imprese di rescindere i contratti o modificare le condizioni commerciali che violano la legge sulla concorrenza. “*The Competition Council*” esamina tutte le violazioni gravi e principali della legge sulla concorrenza. I casi di concorrenza, in cui l'infrazione è considerata intenzionale e in cui esistono prove evidenti dell'infrazione, sono deferiti al Procuratore di Stato (*the State Prosecutor for Serious Economic and International Crime - SEIC*). Quest'ultimo indaga poi sulla questione al fine di portare dinanzi ad un organo giudiziario le accuse che comportano sanzioni pecuniarie.

In Italia¹⁶² è stato adottato un modello amministrativo unitario, in cui l'applicazione della disciplina della concorrenza è affidata all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“AGCM”), istituita dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287.

Infine, in Irlanda¹⁶³ la tutela della concorrenza è affidata all'autorità indipendente “*The Competition and Consumer Protection Commission*” (CCPC). Essa ha un duplice mandato: far rispettare la normativa in materia di concorrenza e di tutela dei consumatori. L'Irlanda ha adottato il modello duale, ove l'Autorità “*The Competition and Consumer Protection Commission*” indaga sulle potenziali violazioni del diritto della concorrenza e, successivamente, adisce un organo giurisdizionale “*The High Court for civil enforcement*” o “*the Director of Public Prosecutions for public enforcement*”.

Come emerge dallo studio comparato, la maggioranza delle autorità nazionali garanti della concorrenza segue il modello di applicazione amministrativa “unitaria”, simile a quello della Commissione europea.

Negli ultimi anni si è aperto un dibattito circa la compatibilità del modello amministrativo “unitario”, ove l'autorità ha sia la funzione investigativa sia quella decisionale, con l'articolo 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (“CEDU”) e con l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (“CDFUE”).

Secondo la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo¹⁶⁴, l'emanazione di sanzioni¹⁶⁵ da parte di un organo amministrativo o extragiudiziario, che combini potere investigativo e potere

¹⁶¹ Le informazioni sono reperibili sul sito ufficiale dell'Autorità, al seguente indirizzo <https://www.en.kfst.dk/about-us/tasks/>.

¹⁶² Le informazioni sono reperibili sul sito ufficiale dell'Autorità, al seguente indirizzo: www.agcm.it.

¹⁶³ https://lbrcdn.net/files/gcr/handbooks/70/gcr_hcea15_qa_ireland.pdf ; le informazioni sono disponibili sul sito ufficiale dell'Autorità, al seguente indirizzo <https://www.ccpc.ie/business/?s=organisation>.

¹⁶⁴ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 21 maggio 2003, *Janosevic c. Sveden*, ricorso n. 43509/08.

¹⁶⁵ La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha elaborato una nozione allargata di “materia penale”, autonoma rispetto a quella accolta nei vari ordinamenti nazionali, al fine estendere le garanzie degli articoli 6 e 7 della CEDU a sanzioni classificate formalmente come

decisionale, come la Commissione europea, è da ritenersi compatibile con l'articolo 6 CEDU, purché vi sia la possibilità di impugnare detta decisione dinanzi ad un organo giudiziario che abbia piena giurisdizione, ossia possa sindacare su tutti gli aspetti della decisione impugnata, sia di fatto, sia di diritto.

Successivamente, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo¹⁶⁶ ha avuto l'occasione di applicare detto principio ad un'autorità nazionale garante della concorrenza. In particolare, il caso riguardava l'autorità garante della concorrenza italiana che, come ricordato, ha un modello amministrativo "unitario" di applicazione delle regole della concorrenza.

Nel caso in esame, la Corte ha, dapprima, ribadito che conferire alle autorità amministrative il compito di perseguire e punire le contravvenzioni non è incompatibile con la Convenzione, a condizione che il soggetto interessato sia posto nella condizione di poter impugnare ogni decisione adottata nei suoi confronti dinanzi ad un giudice che offra le garanzie di cui all'articolo 6 CEDU.

La Corte ha poi ritenuto che la competenza dei giudici amministrativi italiani non si fosse limitata ad un semplice controllo di legittimità, in quanto questi avevano potuto verificare se, in relazione alle particolari circostanze della causa, l'autorità italiana avesse fatto uso appropriato dei propri poteri, esaminando altresì l'adeguatezza e la proporzionalità della sanzione erogata.

Alla luce di tali considerazioni la Corte ha ritenuto che non vi fosse stata alcuna violazione all'articolo 6 CEDU, essendo stata la decisione dell'Autorità garante della concorrenza italiana sottoposta al controllo a posteriori da parte di un giudice avente giurisdizione estesa al merito.

Passando ora all'analisi delle diverse decisioni che le autorità nazionali garanti della concorrenza possono adottare, qualora applichino gli articoli 101 e 102 TFUE, il Regolamento (CE) n. 1/2003 contiene un elenco esaustivo e tassativo delle stesse. In particolare, le autorità nazionali possono: *a*) ordinare la cessazione di un'infrazione; *b*) disporre misure cautelari; *c*) accettare impegni; *d*) comminare ammende, penalità di mora o qualunque altra sanzione prevista dal diritto nazionale¹⁶⁷.

Inoltre, qualora un'autorità nazionale garante della concorrenza, sulla base delle informazioni in suo possesso, giunge alla conclusione che le condizioni per il divieto non sono soddisfatte, non può adottare una decisione che accerti che gli articoli 101 e 102 TFUE non siano applicabili, ma può solo decidere che non vi siano motivi di intervento da parte sua.

amministrative. Per fare ciò la Corte ha elaborato tre criteri, comunemente noti come "criteri Engel": Corte Europea dei Diritti dell'Uomo., 8 giugno 1976, *Engel e a. c. Paesi Bassi* (Grande Camera), ricorsi n. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, p. 82.

¹⁶⁶ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 27 settembre 2011, *A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia*, ricorso n. 43509/08.

¹⁶⁷ Articolo 5.

Il Regolamento non richiede che le autorità nazionali siano necessariamente in grado di adottare tutte le decisioni elencate. Tuttavia, sussistono due limiti a questa autonoma determinazione del tipo di decisioni che le autorità possono prendere, che derivano entrambe dall'articolo 4 TUE, ossia dal principio di leale cooperazione. La prima limitazione è connessa all'articolo 4, paragrafo 3, secondo comma, che obbliga gli Stati membri ad adottare ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle Istituzioni dell'Unione. Tale requisito è enunciato, altresì, all'articolo 35 del Regolamento (CE) n. 1/2003.

Le autorità devono, pertanto, disporre di poteri sufficienti per contribuire all'effettiva applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE. Tale requisito, in primo luogo, comporta che le autorità nazionali devono poter ordinare la cessazione di un'infrazione. In secondo luogo, le autorità nazionali devono essere in grado di scoraggiare efficacemente i potenziali trasgressori, tramite l'inflizione di sanzioni effettive. In effetti, quando l'unico rischio corso da un trasgressore è quello di dover porre fine al suo comportamento illecito, non vi è un reale incentivo al rispetto delle norme.

Infine, il secondo limite è rappresentato dal principio di equivalenza, ossia le norme procedurali applicabili all'esecuzione del diritto dell'Unione non possono essere meno favorevoli di quelle applicabili all'esecuzione di norme nazionali analoghe¹⁶⁸.

Le soluzioni adottate dagli Stati membri, come posto in luce, sono differenti sia con riguardo al modello istituzionale, sia con riguardo ai poteri attribuiti alle autorità nazionali garanti della concorrenza.

Tale divergenza è stata evidenziata dalla stessa Commissione nella Comunicazione "*Dieci anni di applicazione delle norme antitrust ai sensi del regolamento (CE) n. 1/2003: risultati e prospettive future*"¹⁶⁹, la quale, pur ammettendo che dopo anni di cooperazione è stato raggiunto un buon livello di convergenza nell'attuazione delle norme, ha riconosciuto che permangono delle divergenze che sono in gran parte dovute a talune disparità nella posizione istituzionale delle autorità nazionali garanti della concorrenza, nonché nelle procedure e nelle sanzioni nazionali. Il Regolamento (CE) n. 1/2003, infatti, ha lasciato ampiamente irrisolti questi problemi. Alla luce di ciò è stata adottata la Direttiva (UE) 2019/1/UE, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Faull & Nikpay, *The EU law of Competition*, 2014, Oxford, pp. 118 ss.

¹⁶⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Dieci anni di applicazione delle norme antitrust ai sensi del regolamento (CE) n. 1/2003: risultati e prospettive future, Bruxelles, /* COM/2014/0453 final */, 11 luglio 2014.

¹⁷⁰ Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, 11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno.

2. L'obbligo di applicazione e le competenze parallele

Il Regolamento (CE) n. 1/2003 ha creato un sistema di competenze parallele, ove le norme della concorrenza nazionali e dell'Unione coesistono, non essendo previsto nel Trattato alcun divieto espresso di applicazione della normativa nazionale a pratiche suscettibili di pregiudicare il commercio tra gli Stati membri. Il sistema adottato riflette il risultato di un compromesso tra la proposta iniziale della Commissione di applicare solo la normativa dell'Unione, da una parte, e la volontà degli Stati membri di tutelare le proprie prerogative legislative in materia di concorrenza, dall'altra¹⁷¹.

Il rapporto tra normativa nazionale e quella dell'Unione la ritroviamo all'articolo 3 del Regolamento (CE) n. 1/2003, dove viene disciplinato esclusivamente l'aspetto dell'applicazione parallela della normativa della concorrenza nazionale e di quella dell'Unione, restando invece estranea la definizione del rispettivo ambito d'applicazione. Sotto tale aspetto, gli Stati membri sono liberi di definire il campo d'applicazione della normativa nazionale, potendo prevedere l'applicazione parallela delle due normative o decidere di applicare esclusivamente la normativa dell'Unione¹⁷².

L'articolo 3, paragrafo 1, del Regolamento (CE) n. 1/2003 dispone che qualora le autorità nazionali applichino la legislazione nazionale in materia di concorrenza, ad intese e abusi di posizione dominante, che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri, devono applicare gli articoli 101 e 102 TFUE. L'applicazione di questi ultimi è un'attività obbligatoria che deve esercitarsi d'ufficio anche qualora le parti non ne abbiano fatto richiesta.

Nel sistema previgente, le autorità nazionali non erano obbligate ad applicare gli articoli 101 e 102 TFUE, in quanto veniva lasciata piena discrezionalità se applicare la disciplina nazionale o quella dell'Unione, oppure applicarle entrambe.

La stessa Commissione, nella Comunicazione concernente la cooperazione tra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza nazionali¹⁷³, aveva riconosciuto in capo a queste ultime la facoltà di applicare esclusivamente la normativa nazionale, anche qualora il caso rientrasse nell'ambito di applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, con il solo limite di non eliminare l'effetto utile di detti articoli, conformemente al principio del primato del diritto dell'Unione e al principio di leale cooperazione.

La ragione di una simile discrezionalità era legata alla circostanza che in molti Stati membri non sussistevano strumenti procedurali idonei ad applicare la normativa della concorrenza dell'Unione.

¹⁷¹ M. Merola, D. Waelbroeck, *Towards an optimal enforcement of competition rules in Europe*, Bruylant, 2009, pp 132 ss.

¹⁷² A. Adinolfi S. Amadeo, L. Daniele, B. Nascimbene, *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Edizione 2007, Giuffrè, pp. 39 ss.

¹⁷³ Comunicazione della Commissione concernente la cooperazione tra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri per l'esame dei casi disciplinati dagli articoli 85 e 86 del trattato CE, (97/C 313/03), 15 ottobre 1997, pp. 15-16.

Inoltre, nel caso *Walt Wilhelm*¹⁷⁴, la Corte di giustizia aveva riconosciuto la legittimità all'instaurazione di un procedimento da parte di un'autorità nazionale garante della concorrenza, secondo il proprio diritto nazionale, anche qualora la Commissione stesse già esaminando la medesima condotta anticoncorrenziale sotto il profilo del diritto dell'Unione, con il solo limite di non pregiudicare l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione.

Con la nuova disciplina, le autorità nazionali sono obbligate ad applicare la normativa dell'Unione quando la fattispecie rientra nell'ambito di applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, ossia quando vi sia il rischio che la stessa pregiudichi il commercio tra gli Stati membri.

È innegabile che una simile scelta comporti in capo alle autorità nazionali l'arduo compito di verificare se la fattispecie sia in grado di pregiudicare il commercio tra gli Stati membri, analisi dalla quale discende l'obbligo o il divieto di applicare gli articoli 101 e 102 TFUE. L'incidenza di tale verifica avrebbe avuto un'incidenza ancora più significativa nel caso in cui fosse stata adottata la teoria della c.d. barriera unica, ossia qualora il pregiudizio del commercio tra gli Stati membri avesse costituito il discrimine tra l'applicazione esclusiva della normativa dell'Unione europea o della normativa nazionale.

In presenza dei presupposti, le autorità nazionali garanti della concorrenza e le giurisdizioni nazionali devono applicare sia la normativa nazionale, sia quella dell'Unione (c.d. applicazione parallela), dotando la decisione di un doppio fondamento giuridico. Gli ordinamenti nazionali potrebbero, tuttavia, prevedere l'applicazione della sola disciplina dell'Unione europea, essendo lasciata piena discrezionalità in capo agli stessi.

Nell'ordinamento italiano, ad esempio, è prevista l'applicazione parallela della normativa nazionale della concorrenza¹⁷⁵ e degli articoli 101 e 102 TFUE, qualora la condotta rientri nel campo di applicazione dell'Unione europea, come disposta all'articolo 1 della stessa legge « *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato [...] applica anche parallelamente in relazione a uno stesso caso gli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e gli articoli 2 e 3 della presente legge in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante* ».

L'obbligo di applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE da parte delle autorità nazionali ha un duplice obiettivo, come ricordato dallo stesso considerando n. 8 del Regolamento (CE) n. 1/2003. In primo luogo, mira a garantire l'effettiva applicazione delle regole di concorrenza, in quanto il principio dell'effetto diretto e l'obbligo di applicazione hanno incrementato l'efficienza dell'applicazione della

¹⁷⁴ Corte di giustizia, 13 febbraio 1969, *Walt Wilhelm e altri c. Bundeskartellamt*, C-14/68, ECLI:EU:C:1969:4.

¹⁷⁵ Legge 10 ottobre 1990, n. 287, Norme per la tutela della concorrenza e del mercato.

normativa dell'Unione, cambiando drasticamente la situazione rispetto al previgente sistema, ove le autorità nazionali sporadicamente applicavano la normativa della concorrenza dell'Unione.

Il secondo obiettivo è quello di garantire il corretto funzionamento dei meccanismi di cooperazione contenuti nel Regolamento stesso, essendo l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE una condizione per la loro applicazione. Senza un simile obbligo, i meccanismi potrebbero essere evitati semplicemente applicando la normativa nazionale della concorrenza¹⁷⁶.

Una problematica che potrebbe sorgere, dall'applicazione parallela della disciplina nazionale e di quella dell'Unione, è la possibilità di conflitto tra le stesse. La soluzione ad un simile rischio la ritroviamo all'articolo 3, paragrafo 2, del Regolamento n. 1/2003, il quale prevede due discipline differenziate a seconda che si tratti di intese o di pratiche unilaterali.

Con riguardo alle intese è disposta una regola di convergenza della disciplina nazionale, ossia le autorità nazionali non possono vietare delle intese suscettibili di pregiudicare il commercio tra gli Stati membri se non lo sono ai sensi dell'articolo 101 TFUE.

In sostanza, la disciplina nazionale della concorrenza non può vietare una pratica qualora: *i*) l'intesa non imponga restrizioni ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE; *ii*) l'intesa soddisfi le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, TFUE; *iii*) l'intesa sia disciplinata da un regolamento di esenzione.

Alcuni parlano di una sorta di competenza esclusiva di fatto del diritto dell'Unione europea con riferimento alle intese che rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 101 TFUE. Infatti, nonostante le legislazioni nazionali abbiano la facoltà di applicare in parallelo la normativa dell'Unione e quella nazionale, dall'applicazione di quest'ultima non può scaturire un risultato differente rispetto a quanto prodotto dall'articolo 101 TFUE¹⁷⁷.

Un altro filone di pensiero, in modo analogo, parla di un'accettazione di fatto della barriera unica per le intese, nonostante sia legittima l'applicazione parallela delle due discipline. Infatti, qualsiasi rischio connesso a detta applicazione è eliminato in ragione del fatto che l'applicazione da parte delle autorità nazionali di leggi interne più severe sarebbe priva di qualsiasi effetto¹⁷⁸.

L'obbligo di convergenza comporta necessariamente l'armonizzazione del diritto della concorrenza nazionale ed è espressione del primato del diritto dell'Unione sul diritto nazionale.

Inoltre, segna uno sviluppo rispetto alla disciplina previgente, essendo stata introdotta una disposizione che regola il conflitto direttamente applicabile (chiara, precisa e incondizionata).

¹⁷⁶ Faull & Nikpay, *The EU law of Competition*, 2014, Oxford, pp. 102 ss.

¹⁷⁷ L. F. Pace, *I fondamenti del diritto antitrust europeo. Norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla Costituzione europea*, Giuffrè, 2005, p. 170 ss.

¹⁷⁸ M. Merola, D. Waelbroeck, *Towards an optimal enforcement of competition rules in Europe*, Bruylant, 2009, p. 133.

L'obiettivo di tale disposizione, come ricordato dal considerando 8 del Regolamento n. 1/2003, è quello di creare condizioni eque per le imprese: l'obbligo di convergenza, infatti, permette di far sì che una medesima condotta sia trattata in modo uguale in ciascuno Stato membro. Tale obiettivo è ritenuto come essenziale per il completamento del mercato interno e l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione¹⁷⁹.

Per ciò che concerne le pratiche unilaterali, il Regolamento (CE) n. 1/2003 non prevede un'analoga regola di convergenza, lasciando gli Stati liberi di adottare e applicare nel loro territorio norme nazionali più rigorose rispetto a quelle dell'Unione.

Gli ordinamenti nazionali, dunque, possono prevedere delle normative in base alle quali potrebbero essere considerate vietate condotte che sono lecite ai sensi dell'articolo 102 TFUE¹⁸⁰.

Dall'analisi del Regolamento è possibile individuare tre diversi tipi di norme nazionali che possono prevedere un trattamento più rigoroso per i comportamenti unilaterali: *i*) la normativa nazionale della concorrenza *strictu sensu*; *ii*) la normativa nazionale sull'abuso di dipendenza economica; *iii*) la normativa nazionale sulla concorrenza sleale.

Nella prima categoria rientrano quelle norme nazionali che vietano l'abuso di posizione dominante. In tal senso, potrebbero essere vietati comportamenti non rientranti nell'articolo 102 TFUE, oppure potrebbero essere previste soglie più basse per la presunzione di posizione dominante. Tali norme più stringenti rischiano di distorcere la concorrenza nel mercato unico, mettendo a rischio l'applicazione uniforme dell'articolo 102 TFUE, che difficilmente può essere garantita senza il raggiungimento di una coerenza tra normativa nazionale e normativa dell'Unione. Inoltre, le imprese soggette a regole più severe in determinati territori sono indotte ad adattare la propria politica e i propri comportamenti a seconda dello Stato membro in cui operano, frammentando il mercato unico.

Nel caso in cui la condotta anticoncorrenziale costituisca un abuso di posizione dominante, sia ai sensi dell'articolo 102 TFUE, sia ai sensi della normativa nazionale, è dubbio se quest'ultima possa essere applicata in modo più rigoroso¹⁸¹. In tal senso, è stato osservato che l'applicazione della disciplina nazionale più rigorosa, in un simile caso, potrebbe comportare la violazione dell'articolo 4 TUE, ossia il principio di leale cooperazione.

Se le disposizioni di diritto nazionale più stringente sono indirizzate a tutelare, non tanto la concorrenza, ma i concorrenti, tale legislazione si porrebbe in diretto contrasto con il diritto dell'Unione, in particolare con l'articolo 3 TUE, che pone tra i principali obiettivi dell'Unione quello

¹⁷⁹ Commissione XXXII Relazione sulla politica di concorrenza 2002.

¹⁸⁰ Faull & Nikpay, *The EU law of Competition*, 2014, Oxford, pp. 102 ss.

¹⁸¹ A. Komninos, *Ec private antitrust enforcement*, Hart publishing, 2008, p. 72.

di assicurare uno sviluppo sostenibile dell'Europa, basato « *su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale* (...) » e il Protocollo n. 27 sul mercato interno e sulla concorrenza, il quale ha il medesimo valore giuridico dei Trattati¹⁸², ai sensi dell'articolo 51 TUE.

Di conseguenza, le decisioni adottate sulla base di detta legislazione nazionale potrebbero essere soggette a controllo giurisdizionale per violazione del principio di leale cooperazione¹⁸³.

Nella seconda categoria rientra la normativa nazionale sull'abuso di dipendenza economica, ossia quelle disposizioni che vietano comportamenti unilaterali di imprese che hanno un determinato potere nei confronti di altre imprese, indipendentemente dal fatto che queste abbiano o meno una posizione dominante sul mercato¹⁸⁴. Queste disposizioni possono essere applicate a delle condotte che sarebbero lecite secondo il diritto dell'Unione, e per tale ragione tali norme dovrebbero essere preposte esclusivamente ad apportare dei correttivi ai potenziali squilibri nei rapporti contrattuali a favore della parte più debole, indipendentemente dagli effetti della condotta sulla concorrenza.

Nella terza categoria ritroviamo la normativa nazionale sulla concorrenza sleale, che trova applicazione indipendentemente dalla posizione sul mercato delle imprese e persegue un obiettivo differente rispetto alle norme *antitrust*, per tale ragione è ricompresa altresì nell'articolo 3, paragrafo 3, Regolamento (CE) n. 1/2003, come verrà analizzato in seguito.

Qualora la normativa nazionale applicabile alle condotte unilaterali sia di fatto una riproduzione dell'articolo 102 TFUE, sarà difficile per lo Stato giustificare per quale ragione alle disposizioni nazionali dovrebbe essere attribuita un'interpretazione più stringente rispetto a quella dell'Unione. Ciò soprattutto negli ordinamenti, come quello italiano¹⁸⁵, in cui sussiste l'obbligo di interpretare la normativa nazionale della concorrenza conformemente al diritto dell'Unione europea.

L'approccio divergente assunto con riguardo alle intese e alle pratiche unilaterali riflette una sorta di compromesso tra l'esigenza di raggiungere una convergenza normativa e la volontà degli Stati di conservare, almeno con riferimento ai comportamenti unilaterali, la propria autonoma valutazione.

¹⁸² Con l'adozione del Trattato di Lisbona è stato rimosso dai principi del Trattato dell'Unione europea il riferimento alla tutela della concorrenza, precedentemente contenuto all'articolo 3 lett. g) del Trattato CE. Il riferimento alla tutela della concorrenza è stato però trasposto nel menzionato Protocollo n. 27 allegato ai Trattati. In particolare, nel Protocollo. Si noti che i protocolli hanno il medesimo valore giuridico dei trattati cui sono allegati, come si ricava dall'articolo 51 TUE.

¹⁸³ J. Temple Lang, *The Development by the Court of Justice of the Duties of Cooperation of National Authorities and Community Institution under Article 10 EC*, 31 Fordham Int'l L.J. 1483 (2008).

¹⁸⁴ Tali norme sono contenute nella legislazione di vari Stati membri: Francia (articolo 420-2 du Code de commerce); Italia (articolo 9, legge 16/1998).

¹⁸⁵ L. 287/1990, articolo 1, comma 4 “*L'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza*”.

Tale autonomia può essere esercitata solo unidirezionalmente, ossia esclusivamente per disporre discipline nazionali più severe. Gli Stati membri non possono disporre discipline meno rigorose, altrimenti violerebbero il principio di primato della normativa dell'Unione.

Mentre i primi due paragrafi dell'articolo 3 disciplinano il rapporto tra la normativa della concorrenza dell'Unione e quella della concorrenza nazionale, l'ultimo paragrafo prende in considerazione i rapporti con le legislazioni nazionali diverse da quella della concorrenza. In particolare, il paragrafo 3 stabilisce che fatti salvi i principi generali e altre disposizioni di diritto dell'Unione, i paragrafi 1 e 2 non precludono l'applicazione di norme nazionali che perseguono principalmente un obiettivo differente rispetto a quello degli articoli 101 e 102 TFUE.

La regola della convergenza si applica, quindi, esclusivamente con riguardo alla normativa nazionale della concorrenza, non applicandosi, invece, ad altri tipi di normativa nazionale.

Il considerando 9 del Regolamento (CE) n. 1/2003 fornisce alcuni orientamenti sul punto, in particolare gli Stati sono legittimati ad applicare nei rispettivi territori una legislazione nazionale a tutela di legittimi interessi, a condizione che essa sia compatibile con i principi generali e con le altre disposizioni del diritto dell'Unione. Una siffatta legislazione deve perseguire un obiettivo specifico, a prescindere dagli effetti reali o presunti di tali atti sulla concorrenza nel mercato.

Nonostante la precisione del considerando, l'articolo non contiene un elenco esaustivo degli interessi che possono essere perseguiti, cosicché può essere interpretato in modo molto ampio.

L'assenza di qualsiasi limitazione appare particolarmente infelice, alla luce del fatto che il criterio contenuto nella disposizione non è qualitativo e non chiarisce se l'obiettivo principale perseguito meriti o meno di prevalere sulla tutela della concorrenza sul mercato. Un'ulteriore difficoltà sorge quando le legislazioni nazionali perseguono molteplici obiettivi e si riscontrano sovrapposizioni significative con la tutela della concorrenza sul mercato.

L'articolo 3 è dotato di effetto diretto, in quanto contiene precisi obblighi, non condizionati, che le imprese sono legittimate ad invocare. Le decisioni adottate in violazioni di detti obblighi sono senz'altro da ritenersi invalide e non produttive di effetti giuridici.

Nonostante l'imposizione di detti obblighi, negli ordinamenti nazionali sovente si possono riscontrare numerosi casi di conflitto potenziale.

Nell'ordinamento italiano, ad esempio, la disciplina della titolarità e della commercializzazione dei diritti audiovisivi sportivi e relativa ripartizione delle risorse¹⁸⁶, sembra violare gli obblighi imposti dal Regolamento. In particolare, il legislatore italiano, codificando la prassi della Commissione¹⁸⁷, è

¹⁸⁶ Decreto legislativo 9 gennaio 2008 n. 9 (in Gazz. Uff., 1° febbraio, n. 27). - Disciplina della titolarità e della commercializzazione dei diritti audiovisivi sportivi e relativa ripartizione delle risorse.

¹⁸⁷ Decisione Commissione, No. 2005/396/EC, 19 gennaio 2005, COMP/C.2/37.241.

andato oltre, estendendo il divieto di esclusiva nella vendita dei diritti delle nuove piattaforme mediatiche, mentre la decisione della Commissione si limitava alla piattaforma televisiva classica, così introducendo un divieto più stringente.

Un ulteriore esempio di contrasto potenziale è riscontrabile nel decreto Bersani (legge 248/06). Questa disposizione vieta gli accordi di agenzia che prevedono obblighi di non concorrenza nel settore delle assicurazioni auto. Pur essendo inserita in una legge generale volta a promuovere la competitività in Italia, la disposizione si basa esplicitamente sia sulla legislazione dell'Unione, sia su quella italiana in materia di intese. In base al diritto della concorrenza dell'Unione, tuttavia, gli obblighi di non concorrenza contenuti negli accordi di agenzia possono beneficiare dell'esenzione per categoria prevista dal Regolamento n. 2790/1999, anche se contengono accordi di non concorrenza, purché soddisfino le condizioni del Regolamento. L'articolo 8 del Decreto, pertanto, finisce per introdurre un trattamento più rigoroso rispetto all'articolo 101, violando così l'articolo 3 del Regolamento (CE) n. 1/2003¹⁸⁸.

Le disposizioni potenzialmente conflittuali sono generalmente inserite in leggi che perseguono vari obiettivi, per tale ragione una delle maggiori difficoltà è quella di distinguere i casi che rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 3, paragrafo 2, da quelli in cui la legge persegue altri obiettivi che possono prevalere articolo 3, paragrafo 3.

¹⁸⁸ Massimo Merola, D. Waelbroeck, *Towards an optimal enforcement of competition rules in Europe*, Bruylant, 2009, p. 135.

SECONDA PARTE

LA LEALE COOPERAZIONE TRA LE AUTORITÀ GARANTI DELLA CONCORRENZA NELL'APPLICAZIONE DEGLI ARTICOLI 101 E 102 TFUE

Dal Trattato di Roma, vi sono stati profondi mutamenti nelle procedure per l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE. La principale innovazione consiste nell'aver sostituito al precedente sistema centralizzato di notificazione e autorizzazione, previsto dal Regolamento (CEE) n. 17 del 1962, un sistema di eccezione legale direttamente applicabile¹⁸⁹.

Uno degli obiettivi principali prefissati dalla modernizzazione è quello di migliorare l'applicazione delle regole di concorrenza, attraverso un maggiore coinvolgimento delle autorità nazionali garanti della concorrenza e dei giudici nazionali. L'aumento delle autorità preposte all'applicazione delle regole di concorrenza dell'Unione ha reso necessaria la cooperazione tra di esse e la predisposizione di strumenti "ad hoc" per garantirne un'applicazione coerente.

Alla base del nuovo sistema si pone il principio di leale cooperazione, che ne viene a costituire il pilastro fondamentale¹⁹⁰.

In tale sistema, la Commissione e le autorità nazionali garanti della concorrenza devono applicare le regole in stretta cooperazione, formando insieme una Rete di autorità garanti della concorrenza, basata sulla solidarietà e fiducia reciproca¹⁹¹. Il nuovo sistema postula un principio generale di preminenza della Commissione, alla quale è attribuito un ruolo guida del sistema e di definizione degli orientamenti e delle regole¹⁹². Questo ruolo preminente della Commissione ha assunto un'importanza sempre maggiore nel nuovo sistema di applicazione multilivello, a causa dell'imminente minaccia di un'applicazione incoerente delle regole¹⁹³ (**Capitolo I**).

Tuttavia, se è vero che la Commissione funge da vera e propria guida nell'applicazione delle regole di concorrenza, le autorità nazionali garanti della concorrenza rimangono partner essenziali per l'effettiva applicazione delle stesse, operando all'interno di una Rete comune basata sulla cooperazione. La corretta applicazione delle regole dipende dalla capacità delle autorità di sostenersi

¹⁸⁹ A. Almasan, P. Whelan, *The Consistent Application of Eu Competition Law*, Springer, 2017; M. Melloni, C. Marchand, *les relations entre la Commission et les autorités nationales de la concurrence, in contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne*, Bruylant; D. J. Gerber, P. Cassinis, *The modernisation of European Community Competition Law: Achieving Consistency in Enforcement*, in *European Competition Law Review*, V. 27, January 2006

¹⁹⁰ D. J. Gerber, *Modernising European Competition Law: A Developmental Perspective, 2001*, E.C.L.R., 122; D. J. Gerber, *The Evolution of a European Competition Law Network, 2002*, European Competition Law Annual, 2005. C. Damro, T. R. Guay, *European Competition Policy and Globalization*, Palgrave Macmillan, 2016, pp. 57 ss.

¹⁹¹ L. Ortiz Blanco, *Ec Competition Procedure*, Oxford, 2013, pp. 101 ss.

¹⁹² Corte di giustizia, 14 dicembre 2000, *Masterfoods LDT c. HB Ice Cream Ltd*, C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689.

¹⁹³ D. J. Gerber, P. Cassinis, *The modernisation of European Community Competition Law: Achieving Consistency in Enforcement*, in *European Competition Law Review*, V. 27, January 2006.

reciprocamente e il sistema non può funzionare correttamente se vi sono autorità nazionali che non dispongono di strumenti adeguati. Alla luce di ciò, affinché il sistema funzioni al meglio, è necessario arrivare ad una convergenza delle regole procedurali per ridurre le differenze non più tollerabili legate all'autonomia degli Stati membri (**Capitolo II**).

CAPITOLO I

LA COMMISSIONE E IL SUO RUOLO DI GUIDA DEL SISTEMA

La Commissione ha una funzione di guida del sistema, al fine di preservarne la coerenza e l'integrità. Le è attribuita, così, una posizione di supremazia funzionale rispetto alle altre autorità nazionali e le sue decisioni ancorano il sistema fornendo una fonte indispensabile per stabilizzare l'interpretazione delle regole¹⁹⁴.

L'importante funzione che la Commissione è chiamata a svolgere nel nuovo sistema emerge chiaramente dalla lettura congiunta dell'articolo 17, paragrafo 1 TUE « *La Commissione promuove l'interesse generale dell'Unione e adotta le iniziative appropriate a tal fine (...). Vigila sull'applicazione del diritto dell'Unione sotto il controllo della Corte di giustizia dell'Unione europea (...). Esercita funzioni di coordinamento, di esecuzione e di gestione, alle condizioni stabilite dai trattati (...)* » e dell'articolo 105 TFUE « (...) *la Commissione vigila perché siano applicati i principi fissati dagli articoli 101 e 102 (...)* ».

Come rilevato dalla stessa Corte di Giustizia, la Commissione, investita dall'articolo 105 TFUE del compito di vigilare sull'applicazione dei principi fissati dagli articoli 101 e 102 del TFUE, è responsabile dell'attuazione e dell'orientamento della politica della concorrenza dell'Unione europea¹⁹⁵.

La Commissione può servirsi di diversi strumenti al fine di poter svolgere al meglio la propria funzione. Innanzitutto, le sue linee guida sono dotate di un certo “valore” obbligatorio, affinché questa possa orientare la prassi applicativa (**Sezione I**). In secondo luogo, sono stati introdotti degli efficienti meccanismi procedurali per far sì che la Commissione possa avere un peso effettivo nel sistema (**Sezione II**).

¹⁹⁴ *Idem*.

¹⁹⁵ Corte di giustizia, 14 dicembre 2000, *Masterfoods LDT c. HB Ice Cream Ltd*, C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689.

Sezione I

Il valore della soft law nel settore della concorrenza

Al fine di garantire l'operabilità e la coerenza del sistema, la Commissione ha sempre più frequentemente fatto uso degli strumenti di *soft law*, poiché le sue decisioni formali non risultavano più sufficienti da sole ad orientare la prassi decisionale delle autorità nazionali.

L'utilizzo della *soft law* nel diritto della concorrenza è concomitante alla sua nascita e, per tale ragione, ci si potrebbe interrogare se, forse, sia la materia stessa ad imporre il ricorso a tale forma di regolamentazione¹⁹⁶.

Dagli anni 2000 si è assistito ad un fenomeno di proliferazione dell'uso di tali strumenti, dettato dalla necessità di dotarsi di un sistema più flessibile, in grado di fare fronte alle nuove esigenze del mercato. Le regole, infatti, devono andare di pari passo con gli sviluppi del mercato e, in tale ottica, l'adozione di atti legislativi "formali" non si presenta come lo strumento più idoneo per adattarsi in modo tempestivo a tali sviluppi, in quanto le differenze politiche possono rendere difficoltosa l'adozione di un testo legislativo, portando a lungaggini e al rischio che, una volta adottato l'atto, questo si presenti ormai obsoleto, inidoneo a regolare i nuovi sviluppi.

Il ricorso alla *soft law* può essere visto come parte di una tecnica legislativa utilizzata in quei settori dove gli sviluppi e il bisogno di regolamentazione sono difficilmente prevedibili, come nel settore della concorrenza. Un esempio sono proprio gli articoli 101 e 102 TFUE, il cui contenuto sostanziale è mutato con il mutare del mercato¹⁹⁷, nonostante il loro contenuto letterale sia rimasto invariato negli anni.

Tale cambiamento può essere visto come il risultato del lavoro congiunto della Corte di giustizia e della Commissione, in ragione del fatto che i giudici non sono in grado di rispondere da soli ai problemi derivanti dai nuovi sviluppi, ma abbisognano di un aiuto "tecnico".

È interessante notare come la *soft law* ritragga un'intrigante dicotomia: da un lato ha l'intento di fornire valori democratici quali chiarezza, certezza e partecipazione, dall'altro, erode questi stessi valori, in quanto potrebbe far sorgere delle aspettative, non azionabili in giudizio poiché prive di uno status giuridico¹⁹⁸.

¹⁹⁶ I primi testi di *soft law* nell'ambito del diritto della concorrenza: Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di licenza di brevetti e Comunicazione relativa ai contratti di rappresentanza esclusiva stipulati con i rappresentanti di commercio, 24 dicembre 1962.

¹⁹⁷ A. Hakon Cosma, R. Whish, *Soft Law in the Field of EU Competition Policy*, *European Business Law Review*, Issue 1, 2003, pp. 25-56.

¹⁹⁸ Z. R. Georgieva, *Soft law in EU Competition Law and its Judicial Reception in Member States: A Theoretical Perspective*, in *German Law Journal*, 16(2), pp. 223-260.

La proliferazione e generalizzazione dell'utilizzo della *soft law* è sintomo di un rinnovamento delle fonti del diritto della concorrenza, ove si sta sviluppando il fenomeno dell'autoregolamentazione. Ciò porta ad interrogarsi sulla portata e sul valore delle stesse norme, anche alla luce del ruolo cardine rivestito dalla Commissione¹⁹⁹.

Dare una definizione di *soft law* è un'impresa ardua, in quanto si tratta di un termine di elaborazione dottrinale, di cui non si trova traccia nei Trattati (§ 1).

Nonostante sussistano differenti definizioni di *soft law*²⁰⁰, è possibile delineare un terreno comune in grado di coprirne tutti gli elementi essenziali. In particolare, tale concetto è utilizzato per contrassegnare quegli strumenti di diritto dell'Unione europea che prescrivono regole di carattere non vincolante, in grado, tuttavia, di produrre effetti giuridici.

La mancata previsione di detti atti nel novero delle fonti di produzione del sistema, e la loro non tipizzazione, non impedisce che ad essi siano ricollegati determinati effetti giuridici²⁰¹ (§ 2). Se la finalità della *soft law* è quella di migliorare la coerenza del sistema, è necessario che l'approccio nazionale ai testi di *soft law* sia il medesimo (§ 3).

1. Gli strumenti di *soft law*

La *soft law* comprende molteplici e differenti strumenti, quali raccomandazioni e pareri (esplicitamente previsti quali atti non vincolanti dall'articolo 288 TFUE), libri bianchi e libri verdi, risoluzioni e conclusioni del Consiglio, comunicazioni della Commissione, linee-guida, programmi generali, linee di indirizzo, codici di condotta, accordi interistituzionali.

È possibile suddividere gli atti di *soft law* in tre categorie, sulla base della loro funzione²⁰²: i) gli strumenti preparatori; ii) gli strumenti di governo; iii) gli strumenti interpretativi e decisionali.

¹⁹⁹ L. Idot, *À propos de l'internationalisation du droit, Réflexions sur la soft law en droit de la concurrence*, in *Concurrences*, n. 2-2007.

²⁰⁰ Per approfondimenti sulle diverse nozioni di *soft law*: K.C. Wellens and G.M. Borchardt, *Soft Law in the European Community*, *The Modern Law Review*, 14, 1989, p. 285; L. Senden, *Soft Law in European Community Law, Modern Studies in European Law*, 2004, Hart Publishing; F. Snyder, *Soft law and Institutional Practice in the European Community*, in ST. Martin, *The Construction of Europe: Essay in honour of Emilie Noel*, Kluwer Academic Publishers, 1994, p. 197.

²⁰¹ A. Poggi, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, Associazione Italiana Costituzionalisti: Convegno annuale – 2005: L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali - Catania, 14-15 ottobre 2005.

²⁰² A. Hakon Cosma, R. Whish, *Soft Law in the Field of EU Competition Policy*, *European Business Law Review*, Issue 1, 2003.

i) Gli strumenti preparatori

Tali strumenti permettono alla Commissione di esprimere la propria posizione senza assumere impegni rigidi, assumendo un ruolo chiave nell'elaborazione di nuove norme giuridiche.

La categoria in esame ricomprende, ad esempio, i libri bianchi e i libri verdi, che sono documenti pubblicati dalla Commissione europea finalizzati a stimolare la riflessione a livello europeo su temi specifici e invitano le parti interessate (enti e individui) a partecipare ad un processo di consultazione e di dibattito sulla base delle proposte presentate.

ii) Gli strumenti di governo

In questa seconda categoria rientrano gli strumenti utilizzati quale alternativa alla via legislativa ordinaria, in particolare nei settori politicamente più sensibili.

Il ricorso a detti strumenti avviene qualora non vi sia il bisogno, o non vi sia il consenso, per adottare misure giuridicamente vincolanti ma che, comunque, si renda necessaria una regolamentazione. Essi delineano nuove norme, non ricomprese nel quadro giuridico esistente, andando così al di là della mera funzione interpretativa.

Sono strumenti di governo, ad esempio, le raccomandazioni, le risoluzioni, i codici di condotta, le opinioni, le dichiarazioni e le conclusioni.

iii) Gli strumenti interpretativi e decisionali

È difficile individuare una netta linea di demarcazione tra gli strumenti interpretativi e quelli decisionali, in quanto questi ultimi possono avere la funzione sia di interpretare le norme esistenti, sia di indicare in quale modo saranno utilizzati i poteri discrezionali. La loro funzione è quella di assicurare una corretta e uniforme applicazione delle regole dell'Unione europea, così da fornire un certo grado di sicurezza giuridica del sistema. In tale categoria rientrano, ad esempio, le linee guida e le Comunicazioni²⁰³.

²⁰³ Bellamy & Child, *European Union Law of Competition*, 2013, Oxford, p. 36 ss.

2. La *soft law* nella giurisprudenza della Corte di giustizia

Sussiste un'accesa discussione circa il valore giuridico e gli effetti della *soft law*, ma ciò che preme maggiormente è comprendere se questi testi, privi di qualsiasi forza vincolante, per loro stessa natura, possano avere una qualche forza obbligatoria.

Nella giurisprudenza dell'Unione, il primo riferimento ai testi di *soft law* lo si può ritrovare nelle conclusioni degli Avvocati Generali, nelle quali emerge una certa riluttanza verso tali strumenti.

Nel caso *Cadillon*²⁰⁴, l'Avvocato Generale, con riferimento alla Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore²⁰⁵, ha espressamente affermato che « *non vorrei però che tale comunicazione costituisse un metro assoluto per il giudice (...), infatti la Commissione stessa afferma che la comunicazione del 27 maggio 1970 ha carattere indicativo e non normativo* ».

Negli anni si è assistiti ad un progressivo mutamento dell'approccio della giurisprudenza rispetto a ai testi di *soft law*, ciò anche alla luce dell'evoluzione istituzionale e normativa che ha coinvolto il sistema.

Innanzitutto, la Corte di giustizia ha qualificato gli strumenti di *soft law* come “diritto”, ai sensi dell'articolo 7, n. 1, della CEDU²⁰⁶, operando un'interpretazione estensiva della nozione “normativa comunitaria”.

In secondo luogo, ha attribuito a tali strumenti determinati effetti giuridici, più o meno pregnanti.

In particolare, la Corte ha sancito che la Commissione, con la predisposizione dei testi di *soft law*, autolimita l'esercizio del proprio potere discrezionale e, per tale ragione, non può discostarsene²⁰⁷.

L'effetto autovincolante della *soft law* sulla discrezionalità della Commissione ha conseguenze importanti, potendo questa incorrere in responsabilità per la violazione dei principi generali dell'Unione, quali la parità di trattamento e la tutela del legittimo affidamento.

La *soft law*, infatti, è considerata come una regola di comportamento, in grado di creare degli effetti esterni, quali il legittimo affidamento negli operatori del mercato. Come ricordato dalla Corte di giustizia, gli orientamenti « *sono pur sempre indicativi della prassi da seguire e l'amministrazione*

²⁰⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale *Alain Dutheillet De Lamothe*, Corte di giustizia, 6 maggio 1971, *Cadillon c. Firma Hoss*, C-1/71, ECLI:EU:C:1971:45.

²⁰⁵ Comunicazione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (comunicazione «de minimis»), (2014/C 291/01), 30 agosto 2014.

²⁰⁶ Corte di giustizia, 28 giugno 2005, *Dansk Rørindustri and Others c. Commissione delle Comunità europee*, C-189/02 P, p. 223, ECLI:EU:C:2005:408.

²⁰⁷ Corte di giustizia, 28 giugno 2005, *Dansk Rørindustri and Others c. Commissione delle Comunità europee*, C-189/02 P, pp. 209-211, ECLI:EU:C:2005:408; Corte di giustizia, 21 settembre 2006, *JCB Service c. Commissione delle Comunità europee*, C-167/04 P, ECLI:EU:C:2006:594.

non può discostarsene, in un'ipotesi specifica, senza fornire ragioni compatibili con il principio di parità di trattamento »²⁰⁸.

Il giudice dell'Unione, inoltre, nel caso in cui la Commissione violi i propri orientamenti, potrebbe applicare le pertinenti disposizioni di *soft law* nel caso di specie. Ciò è successo nel caso *Daesang*²⁰⁹, nel quale il Tribunale dell'Unione ha ridotto l'ammenda che era stata imposta dalla Commissione, in quanto quest'ultima aveva violato la Comunicazione contenente le condizioni alle quali le imprese che cooperano possono beneficiare della riduzione dell'ammontare dell'ammenda²¹⁰.

La *soft law*, così, può divenire parametro di controllo della legalità delle decisioni della Commissione, come espressamente sancito dal Tribunale nel caso *BASF*²¹¹ « *da quanto precede discende che la motivazione sulla cui base la Commissione ha concluso, nella Decisione, che la ricorrente non soddisfaceva la condizione prevista alla sezione B, lett. e), della comunicazione sulla cooperazione per quanto riguarda tutte le infrazioni del caso di specie è viziata e che la Decisione, sotto questo profilo, è pertanto illegittima ».*

La *soft law* non è in grado di limitare e pregiudicare la posizione del giudice dell'Unione²¹², potendo, al di più, fungere da punto di riferimento, in particolare « *sebbene queste regole indicative, che definiscono gli orientamenti che la Commissione intende seguire, contribuiscano a garantire che la sua azione sia improntata a criteri di trasparenza, di prevedibilità ed a quello della certezza del diritto, esse non possono vincolare la Corte. Tuttavia esse possono costituire una base utile di riferimento »²¹³.*

La soluzione non appare però la medesima per quanto riguarda le giurisdizioni nazionali. La Corte di giustizia, infatti, ha più volte esortato i giudici nazionali a prendere in considerazione gli strumenti giuridici non vincolanti ai fini della soluzione delle controversie sottoposte al loro giudizio. Nella sentenza *Grimaldi*, la Corte ha sancito che « *(.....) i giudici nazionali sono tenuti a prendere in considerazione le raccomandazioni ai fini della soluzione delle controversie sottoposte al loro giudizio, in particolare quando esse sono di aiuto nell'interpretazione di norme nazionali adottate*

²⁰⁸ Corte giustizia, 18 maggio 2006, *Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients c. Commissione delle Comunità europee*, C-397/03 P, p. 91, ECLI:EU:C:2006:328.

²⁰⁹ Tribunale, 9 luglio 2003, *Daesang e Sewon Europe c. Commissione delle Comunità europee*, T-230/00, pp. 121-145, ECLI:EU:T:2003:196.

²¹⁰ Comunicazione della Commissione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi d'intesa tra imprese (96/C 207/04), 18 luglio 1996.

²¹¹ Tribunale, 15 marzo 2006, *BASF AG c. Commissione delle Comunità europee*, T-15/02, p. 541, ECLI:EU:T:2006:74.

²¹² Tribunale, 5 luglio 2001, *Roberts c. Commissione delle Comunità europee*, T-25/99, p. 120, ECLI:EU:T:2001:177.

²¹³ Corte giustizia, 7 marzo 2002, *Italia c. Commissione delle Comunità europee*, C-310/99, p. 52, ECLI:EU:C:2002:143.

allo scopo di garantire la loro attuazione, o mirano a completare norme comunitarie aventi natura vincolante »²¹⁴.

L'obbligo che incombe sui giudici nazionali è quindi da considerarsi come quello di interpretazione coerente all'intero sistema e, quindi, anche ai testi di *soft law*²¹⁵.

Recentemente, l'orientamento giurisprudenziale sembra, tuttavia, aver subito dei mutamenti.

Nel caso *Pfleiderer*, la Corte ha sancito la non vincolatività nei confronti degli Stati membri della Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione nell'ambito della Rete²¹⁶ e di quella relativa all'immunità dalle ammende²¹⁷. Inoltre, ha ritenuto che, nonostante gli orientamenti espressi dalla Commissione siano in grado di influire sulla prassi delle autorità nazionali, spetta agli Stati membri, in mancanza di una disciplina vincolante del diritto dell'Unione, adottare e applicare le norme nazionali in materia.

Un ragionamento analogo è stato fatto, altresì, con riguardo al Programma Modello di Clemenza elaborato in seno alla Rete. La Corte, infatti, ha ricordato che tale documento non è giuridicamente vincolante e i suoi effetti non sono paragonabili a quelli che esplicherebbe una direttiva dell'Unione, cioè l'obbligo per le autorità nazionali (amministrative e giudiziarie) di interpretare il diritto nazionale conformemente alla direttiva stessa²¹⁸.

Nel successivo caso *Expedia*²¹⁹, la Corte di giustizia si è pronunciata circa il valore giuridico della Comunicazione *de minimis*²²⁰. La Corte ha ricordato che il carattere non vincolante di quest'ultima, tanto per le autorità nazionali garanti della concorrenza, quanto per i giudici degli Stati membri, viene enunciato al punto 4 della Comunicazione stessa, « *sebbene non vincolante nei loro confronti, la presente comunicazione intende inoltre fornire indicazioni ai giudici e alle autorità degli Stati membri che siano chiamati ad applicare l'articolo 81* ».

La Corte, poi, ha affermato che, a differenza della Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete, la Comunicazione *de minimis* non contiene alcun riferimento a

²¹⁴ Corte giustizia, 13 dicembre 1989, *Grimaldi c. Fnds des Maladies Professionnelles*, C-322/88, pp. 18-19, ECLI:EU:C:1989:646.

²¹⁵ L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, 2004, pp. 387-393.; A. Arnulf, *The legal Status of Recommendations*, *European Law Review*, 1990.

²¹⁶ Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (2004/C 101/03).

²¹⁷ Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese (2006/C 298/11), 8 dicembre 2006.

²¹⁸ Corte giustizia, 14 giugno 2011, *Pfleiderer AG c. Pfeleiderer AG*, C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389.

²¹⁹ Corte giustizia, 13 dicembre 2012, *Expedia Inc. c. Autorité de la concurrence e altri*, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795.

²²⁰ Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità europea (*de minimis*), (2001/C 368/07).

dichiarazioni effettuate dalle autorità nazionali garanti della concorrenza, mediante le quali tali autorità prendano atto dei principi illustrati nella Comunicazione stessa e si impegnino a rispettarli. La Corte, tuttavia, ricorda che l'obiettivo di una siffatta Comunicazione è anche quella di fornire indicazioni ai giudici e alle autorità nazionali garanti della concorrenza, ai fini dell'applicazione più coerente, così evidenziandone l'importanza.

Apparentemente, queste ultime pronunce sembrano rappresentare un dietrofront della Corte di giustizia nei confronti dei testi di *soft law*.

Nonostante la Corte abbia affermato il carattere non vincolante della Comunicazioni, viene ricordato, tuttavia, che queste sono in grado di fornire indicazioni sulla prassi della Commissione e, quindi, possono avere un certo effetto persuasivo, anche alla luce del ruolo della Commissione, quale guardiana di un'applicazione coerente delle regole della concorrenza.

Dall'analisi della giurisprudenza della Corte emerge come, mediante l'intermediazione dei principi dell'Unione europea, quali il legittimo affidamento, la certezza del diritto, l'uguaglianza, la *soft law* venga dotata di determinati effetti giuridici²²¹.

Il rapporto tra principi e *soft law* emerge chiaramente, ad esempio, nel caso *Dansk Rørindustri*, in cui la Corte, riferendosi alle linee guida per la quantificazione delle sanzioni, ha affermato che « *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. Non si può quindi 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* »²²².

Nel caso *Itochu*, la Corte ha fatto riferimento, invece, al principio di parità di trattamento, affermando che « *se è vero che gli Orientamenti non possono essere qualificati come norme giuridiche che l'amministrazione deve rispettare in ogni caso, essi sono pur sempre indicativi della prassi da seguire e l'amministrazione non può discostarsene, in un'ipotesi specifica, senza fornire ragioni compatibili con il principio di parità di trattamento* »²²³.

²²¹ O. Stefan, *Hybridty before the Court: a Hard Look at Soft Law in the Eu Competition and State Aid Case Law*, European Law Review, Vol. 37, 2012.

²²² Corte di giustizia, 28 giugno 2005, *Dansk Rørindustri and Others c. Commissione delle Comunità europee*, C-189/02 P, p. 211, ECLI:EU:C:2005:408.

²²³ Tribunale, 30 aprile 2009, *Itochu Corp c. Commissione delle Comunità europee*, T-12/03, p. 63, ECLI:EU:T:2009:130.

I principi sono divenuti così il meccanismo legale tramite la cui intermediazione la *soft law* può acquisire un certo valore obbligatorio, tramite i quali quindi la Corte può giustificare l'applicazione dei testi di *soft law* nei singoli casi di specie²²⁴.

Una simile impostazione è in grado di rendere il sistema più flessibile e più idoneo ad adattarsi alle esigenze concrete, permettendo lo svilupparsi di un sistema decentrato governato dalla certezza di diritto e dalla coerenza sostanziale. Infatti, non attribuire alcun valore ai testi di *soft law* lederebbe in maniera diretta il principio di certezza del diritto.

Nel caso in cui non fosse condivisa una simile impostazione, alla luce del principio di leale cooperazione, articolo 4, paragrafo 3 TFUE, ai testi di *soft law* dovrebbe essere attribuito, se non un effetto obbligatorio, almeno un effetto giuridico “persuasivo”, in quanto le autorità nazionali sono chiamate a cooperare lealmente per un'applicazione più coerente delle regole.

La Commissione, tramite i testi di *soft law*, definisce gli orientamenti che intende seguire, contribuendo in tal modo ad aumentare la certezza e trasparenza del sistema. Le autorità nazionali, pertanto, dovrebbero essere persuase a seguire la prassi della Commissione, essendo la “guardiana” del sistema.

3. L'approccio nazionale ai testi di *soft law*: il caso delle vendite *online*

Se la finalità della *soft law* è quella di migliorare la coerenza del sistema, è necessario che l'approccio nazionale ai testi di *soft law* sia il medesimo.

Ciò che emerge è che, mentre le autorità nazionali garanti della concorrenza sono più propense a fare un ricorso, anche esplicito, ai testi di *soft law*, i giudici nazionali sono più restii a fare riferimento a tali testi. Questo atteggiamento ha le proprie radici nel timore giudiziario che le norme non vincolanti siano percepite come la *ratio decidendi*, e con ciò verrebbero essenzialmente trasformate in *hard law*²²⁵.

È interessante esaminare l'approccio assunto dalle autorità nazionali nell'ambito delle vendite *online*, ossia come le linee guida della Commissione²²⁶ siano, dapprima, state utilizzate per adattare il Regolamento di esenzione per categoria allo sviluppo del mercato (Regolamento n. 2790/1999)²²⁷ e,

²²⁴ O. Stefan, *Hybridity before the Court: a Hard Look at Soft Law in the Eu Competition and State Aid Case Law*, European Law Review, Vol. 37, 2012.

²²⁵ J. Klabbers, *The Redundancy of Soft Law*, Nordic Journal of International Law, 1996, p. 167-182.

²²⁶ Comunicazione Commissione, Linee direttrici sulle restrizioni verticali, (2000/C 291/01), 13 ottobre 2000.

²²⁷ Regolamento (CE) n. 2790/1999 della Commissione, 22 dicembre 1999, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate.

successivamente, siano state sottoposte ad una reinterpretazione da parte delle autorità nazionali, mettendo a rischio la coerenza del sistema.

In particolare, l'autorità della concorrenza francese, nel 2008, ha condannato²²⁸ *Pierre Fabre*, ai sensi dell'articolo 101 del TFUE e dell'articolo L. 420-4, n. 1, del Codice di Commercio francese, in quanto aveva negato ai propri distributori la possibilità di commercializzare i propri prodotti tramite il canale *online*.

L'autorità francese ha qualificato una simile condotta come una restrizione per oggetto, operando un'estensione del campo d'applicazione dell'articolo 4, lett. c) del Regolamento di esenzione per categoria (che enuncia le restrizioni che eliminano il beneficio dell'esenzione per categoria – restrizioni fondamentali o “*hardcore restrictions*”) al divieto di vendita *online*, basandosi sul punto 53 delle linee direttrici sulle restrizioni verticali²²⁹, secondo cui « *in un sistema di distribuzione selettiva il concessionario dovrebbe essere libero di pubblicizzare e vendere con l'aiuto di Internet* ».

Alla base del proprio ragionamento, l'autorità francese ha argomentato che gli strumenti di *soft law*, sebbene non vincolanti per gli organi giudiziari e amministrativi nazionali, rappresentano un'utile “guida analitica” per l'interpretazione delle disposizioni giuridiche vincolanti cui essi si riferiscono, garantendo così l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione da parte delle autorità nazionali.

La Corte d'Appello di Parigi²³⁰, tuttavia, nutrendo forti dubbi circa la soluzione adottata dall'autorità garante della concorrenza francese, ha deciso di sospendere il procedimento per sottoporre alla Corte di giustizia una domanda pregiudiziale, chiedendo se il divieto generale e assoluto di vendere su Internet i prodotti agli utenti finali, imposto ai distributori autorizzati nell'ambito di una rete di distribuzione selettiva, costituisca una restrizione della concorrenza “per oggetto” ai sensi dell'articolo 101, n. 1, TFUE e se una simile clausola potesse beneficiare dell'esenzione per categoria istituita dal Regolamento (CE) n. 2790/1999.

La Corte di giustizia²³¹, pronunciandosi sul rinvio pregiudiziale, ha ritenuto che una simile clausola dovesse essere considerata una restrizione per oggetto ai sensi dell'articolo 101 TFUE, nell'ipotesi in cui non fosse oggettivamente giustificata, a seguito di un esame individuale e concreto del tenore e dell'obiettivo della clausola contrattuale in parola, nonché del contesto giuridico ed economico.

²²⁸ Decisione del 29 ottobre 2008, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques*, n. 08-D-25, punto 62, disponibile al seguente indirizzo: <http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/avisdec.php?numero=08-D-25>.

²²⁹ Comunicazione Commissione, Linee direttrici sulle restrizioni verticali, (2000/C 291/01).

²³⁰ Cour d'Appel de Paris, 31 gennaio 2013, 2008/23812.

²³¹ Corte di giustizia, 13 ottobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c. Président de l'Autorité de la concurrence e Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649.

In secondo luogo, ha ritenuto che l'articolo 4, lett. c), del Regolamento n. 2790/1999 dovesse essere interpretato nel senso che l'esenzione per categoria prevista all'articolo 2 di detto Regolamento non dovesse essere applicata ad un contratto di distribuzione selettiva contenente una clausola che vieta di fatto, di avvalersi di Internet come modalità di commercializzazione dei prodotti oggetto del contratto.

La Corte, nella propria pronuncia non ha, tuttavia, discusso circa la rilevanza delle linee direttrici della Commissione, le quali erano state chiaramente utilizzate dall'autorità francese come un importante strumento di orientamento, perdendo così l'occasione di chiarirne gli effetti giuridici²³² e conducendo, in un caso successivo molto simile, ad un contrasto applicativo. In particolare, la Corte d'appello di Parigi ha ridotto un'ammenda inizialmente inflitta al ricorrente dall'autorità francese, in quanto ha contestato l'argomento dell'autorità secondo cui, conformemente alle disposizioni delle sue linee direttrici sulle restrizioni verticali, l'attore avrebbe dovuto essere a conoscenza della natura "per oggetto"²³³ anticoncorrenziale della sua condotta²³⁴.

Nel 2010, il Regolamento (UE) n. 330/2010²³⁵ ha sostituito il Regolamento (CE) n. 2790/1999 sopra richiamato, ponendosi in un rapporto di continuità con la precedente normativa, di cui mantiene inalterate le finalità di incentivo della concorrenza e di incremento delle efficienze nell'ambito della catena produttiva e distributiva di beni e servizi.

Il Regolamento è stato accompagnato da nuovi Orientamenti della Commissione sulle restrizioni verticali²³⁶, in cui è precisato che l'utilizzo di Internet per la vendita dei prodotti deve essere consentito a qualsiasi distributore, in quanto da considerarsi una forma di vendita passiva. Questo canale di vendita può essere oggetto di restrizioni solo in determinate ipotesi.

In tal senso, al paragrafo 54 degli Orientamenti è previsto che, nel quadro dell'esenzione per categoria, il fornitore può esigere il rispetto di standard qualitativi in relazione all'uso di siti Internet

²³² Cour d'Appel de Paris, 13 marzo 2014, RG No. 2013/00714.

²³³ È interessante rilevare come secondo l'orientamento della Commissione, la classificazione di una clausola come "*hardcore restriction*" crei la presunzione legale che tale clausola sia una restrizione della concorrenza per oggetto, o meglio, che sia di fatto una restrizione per oggetto - Guide linea Commissione, [2010] C130/01, para 47. La Corte di giustizia, tuttavia, non sembra accogliere tale orientamento, adottando un differente approccio, ossia tenendo ben distinte le due diverse nozioni giuridiche. La Corte di giustizia, infatti, ha più volte precisato che la classificazione di una clausola contrattuale come una restrizione "*hardcore*" di per sé non ha alcun significato ai fini della valutazione della clausola come restrizione per oggetto. S. Vollerling, *When a hardcore restriction is not an object restriction*, *European Competition Law Review*, 2018; E. Iacobucci, R. A. Winter, *European law on Selective distribution and Internet Sales: an Economic Perspective*, *Antitrust Law Journal*.

²³⁴ Z. R. Georgieva, *Competition soft law in French and German courts: A challenge for online sales bans only?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017.

²³⁵ Regolamento (UE) N. 330/2010 della Commissione del 20 aprile 2010 relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate.

²³⁶ Orientamenti sulle restrizioni verticali, 2010/C 130/01, para. 54.

per la rivendita dei suoi beni, così come può farlo in relazione ad un punto vendita o alla vendita via catalogo o all'attività pubblicitaria e promozionale in generale.

Un fornitore può, quindi, richiedere che i propri distributori utilizzino piattaforme di terzi per distribuire i prodotti oggetto del contratto solo nel rispetto delle norme e condizioni concordate tra il fornitore e i suoi distributori per l'utilizzo di Internet da parte di questi ultimi. Ad esempio, qualora il sito Internet del distributore sia ospitato da una piattaforma di terzi, il fornitore può richiedere che i clienti non entrino nel sito del distributore attraverso un sito recante il nome o il logo della piattaforma di terzi.

Con l'introduzione di tale paragrafo, la Commissione ha espressamente preso posizione sulla questione del divieto di accesso a determinate piattaforme *online*, non qualificandola come “*hardcore restrictions*”.

Tale disposizione è stata oggetto di numerose critiche ed è stata reinterpretata da parte delle autorità nazionali, ritenendola in contrasto con i principi sanciti dalla Corte di giustizia nel caso *Pierre Fabre*. L'orientamento tedesco nei confronti di dette clausole è da sempre stato molto rigido, infatti, il nuovo Paragrafo 54 degli orientamenti della Commissione è stato aspramente criticato, sia dai giudici tedeschi, sia dallo stesso Ufficio federale tedesco per i cartelli (*Bundeskartellamt, BKartA*). Quest'ultimo, nel suo documento sulle restrizioni verticali nell'economia di Internet²³⁷, ha affermato che i nuovi orientamenti della Commissione si pongono in diretto contrasto con i principi sanciti nella sentenza *Pierre Fabre* e, per tale motivo, devono essere disattesi. In particolare, l'autorità garante della concorrenza tedesca ha sostenuto che l'orientamento della Commissione, secondo cui il divieto generale di utilizzare piattaforme *online* di terzi non deve considerarsi una “*hardcore restriction*”, sfida direttamente i principi sanciti nella sentenza *Pierre Fabre*.

Quest'impostazione è stata confermata nel caso *ACSI*²³⁸, in cui l'autorità garante della concorrenza tedesca ha ritenuto che vi fossero buoni motivi per considerare il divieto di utilizzare le piattaforme *online*, come *eBay* o *Amazon*, come restrizioni per oggetto della concorrenza, e che, pertanto, non potevano beneficiare dell'esenzione per categoria, in quanto da ritenersi “*hardcore restrictions*”.

Con riguardo ai giudici tedeschi, anch'essi hanno seguito la medesima impostazione dell'autorità della concorrenza nazionale.

²³⁷ Bundeskartellamt Working Group on Competition Law, 'Background Paper: Vertical Restraints in the Internet Economy'.

²³⁸ Bundeskartellamt, 26 agosto 2016, Unlawful restrictions of online sales of ASICS running shoes, B2-98/11.

Nella causa *Casio*²³⁹, il Tribunale tedesco ha qualificato come una restrizione per oggetto la clausola che vietava ai distributori di vendere i prodotti sulle piattaforme d'asta *online* e sugli *Internet market places*.

Il Tribunale tedesco è giunto ad una simile conclusione sostenendo che il divieto di vendita ostacolava notevolmente l'accesso dei distributori a determinati gruppi di clienti, ricollegando il proprio ragionamento all'articolo 4, lettera b), del Regolamento di esenzione per categoria, che stabilisce che un accordo ha "un oggetto" anticoncorrenziale se restringe il territorio in cui, o i clienti ai quali, un acquirente potrebbe vendere i beni oggetto del contratto.

Il Tribunale tedesco ha ulteriormente sviluppato le proprie argomentazioni facendo esplicito riferimento agli Orientamenti della Commissione sulle restrizioni verticali²⁴⁰, reinterpretando il novello paragrafo 54, considerandolo come la regola secondo la quale il produttore può prevedere nel proprio sistema di distribuzione determinati requisiti di qualità e non come la possibilità di vietare la vendita su piattaforme *online* di terzi.

Quest'impostazione è stata, poi, confermata dal giudice d'appello, che ha anche sostenuto che se la Commissione avesse voluto rendere lecito un divieto totale delle vendite su piattaforme *online* di terzi, avrebbe formulato diversamente il paragrafo 54.

Un ragionamento analogo è stato seguito in altre due successive pronunce²⁴¹, in cui sono state qualificate come restrizioni per oggetto i divieti di vendita sulle piattaforme *online* nell'ambito dei sistemi di distribuzione selettiva. Contrariamente all'impostazione seguita nella causa *Casio*, tuttavia, la norma del paragrafo 54 non è stata presa in considerazione, poiché ritenuta incompatibile con i principi sanciti nella sentenza *Pierre Fabre*.

L'autorità della concorrenza francese ha assunto apparentemente una posizione meno rigida rispetto a quella tedesca, volta all'analisi dei potenziali effetti restrittivi di una clausola che vieta la vendita *online*, piuttosto che all'analisi per oggetto.

Nel suo parere sul commercio elettronico del 2012²⁴², l'autorità francese ha fatto espresso riferimento ai nuovi Orientamenti della Commissione, concordando con il paragrafo 54 delle stesse.

L'autorità garante della concorrenza francese ha argomentato sostenendo che i nuovi Orientamenti sulle restrizioni verticali hanno enunciato la possibilità per i produttori di richiedere ai membri della propria rete di distribuzione selettiva di soddisfare determinati criteri, di qualità o di comportamento, per poter vendere attraverso piattaforme *online*. Secondo gli stessi orientamenti, tuttavia, detta facoltà

²³⁹ Higher Regional Court of Frankfurt a. M., 22 dicembre 2015, (Case no. 11 U 84/14).

²⁴⁰ Orientamenti della Commissione sulle restrizioni verticali, 2010/C 130/01.

²⁴¹ LG Frankfurt am Main, BeckRS 2015, 02191; and LG Frankfurt am Main, GRURRS 2014, 13727.

²⁴² Autorité de la Concurrence, *avis relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique*, n° 12-A-20, 18 settembre 2012.

del produttore di scelta dei criteri non è né generale né assoluta. Quest'ultima, infatti, può essere messa in discussione, nel caso in cui la restrizione della distribuzione che ne deriva incida sulla concorrenza nel mercato.

Le condizioni imposte dal fabbricante ai propri distributori non devono, quindi, costituire un freno ingiustificato delle vendite e, in ogni caso, un fabbricante non può in linea di principio vietare ad un distributore autorizzato di effettuare vendite *online*. È in applicazione di questo principio che l'autorità francese, in diverse decisioni²⁴³, ha sanzionato o modificato la politica di determinati fabbricanti.

Nel caso *Adidas*²⁴⁴, l'autorità francese, in linea con l'orientamento dell'autorità tedesca, con la quale ha collaborato nell'inchiesta, ha ottenuto che il marchio eliminasse dai suoi contratti qualsiasi clausola che vietasse ai suoi distributori di commercializzare su piattaforme *online* di terzi.

I giudici francesi si sono trovati a prendere posizione sulla questione nel caso *Caudalie*. In particolare, l'azienda *Caudalie* aveva proposto ricorso cautelare avverso la piattaforma *online eNova*, ai sensi dell'articolo L.442-6 I 6° *du Code de Commerce*, avendo questa partecipato alla violazione dei contratti intercorrenti tra la *Caudalie* e i propri distributori, che vincolavano questi ultimi a poter vendere *online* solo dal sito web del distributore stesso. Più precisamente, la *eNova Santé* era una società che offriva a diverse farmacie una piattaforma per commercializzare i prodotti *online*, tra cui i prodotti dei distributori di *Caudalie*. Il ricorrente sosteneva che detta condotta fosse manifestamente in contrasto con i contratti in questione e, per tale ragione, richiedeva al giudice di disporre un'ordinanza cautelare al fine di ordinare la cessazione della condotta pregiudizievole.

Il Tribunale Commerciale di Parigi, con ordinanza del 31 dicembre 2014²⁴⁵, ha accolto le richieste di *Caudalie* e ha ordinato a *eNova Santé* di cessare la commercializzazione dei prodotti di *Caudalie* e di cancellare tutte le menzioni di questi prodotti sulla propria piattaforma, in quanto in violazione delle clausole contrattuali.

L'ordinanza del Tribunale è stata poi annullata dalla Corte di Appello di Parigi, ritenendo che un divieto generale di rivendita su una piattaforma terza di vendita *online* costituisse una restrizione per oggetto della concorrenza e, pertanto, le clausole in questione erano da ritenersi nulle e non invocabili per richiedere un provvedimento cautelare.

La Corte d'Appello, nonostante non abbia direttamente menzionato la regola espressa nel paragrafo 54 degli Orientamenti della Commissione, ha basato la propria *ratio decidendi* sulle decisioni delle

²⁴³ Autorité de la Concurrence Decisioni 06-D-24, 06-D-28, 07-D-07 e 08-D-25.

²⁴⁴ Autorité de la Concurrence, Communiqués de 2015, *l'Autorité de la concurrence clôt une enquête à l'encontre d'Adidas*.

²⁴⁵ Cour d'appel de Paris, Ordonnance, 31 décembre 2014, RG no 2014060579, *Caudalie c. eNova Santé*.

autorità della Concorrenza francesi e tedesche, che influivano direttamente sull'interpretazione di tale disposizione, contraddicendo la posizione espressa dalla Commissione. Infatti, nella propria pronuncia, la Corte fa riferimento a due decisioni dell'autorità francese garante della concorrenza del 23 luglio 2014 e del 24 giugno 2015²⁴⁶ e alla posizione recentemente assunta dall'autorità tedesca a favore del carattere anticoncorrenziale di una clausola di divieto di vendita *online* su una piattaforma terza nei contratti di distribuzione selettiva *Asics* e *Adidas*²⁴⁷.

La Corte di Cassazione francese²⁴⁸ ha annullato la sentenza in esame, ritenendo che la Corte d'Appello non avesse spiegato in che modo le pronunce citate fossero di natura tale da escludere l'esistenza di « una perturbazione manifestamente illegittima » della concorrenza, al fine di concedere l'ordinanza cautelare a favore di *Caudalie*²⁴⁹. La Corte di Cassazione ha quindi ritenuto che la Corte d'Appello, con un simile richiamo, avesse privato di base giuridica la propria decisione.

Ne consegue che la restrizione alla commercializzazione di prodotti su Internet, nella fattispecie il divieto di commercializzazione su una piattaforma terza, non è di per sé esclusa dal beneficio di esenzione²⁵⁰.

La Commissione, il 10 maggio 2017, ha pubblicato la relazione finale sull'indagine settoriale sul commercio elettronico²⁵¹, accompagnata dal relativo *Commission Staff Working Document*²⁵², prendendo così posizione circa la questione delle restrizioni delle vendite su *marketplace online*.

In proposito ha affermato che « *il divieto di vendere su un marketplace generalmente non costituisce de facto un divieto di vendita online o non limita l'uso effettivo di Internet come canale di vendita, e ciò a prescindere dai mercati interessati. (.....). Di conseguenza, (...) i risultati dell'indagine settoriale indicano che i divieti (assoluti) di vendita tramite marketplace non sono considerati restrizioni fondamentali ai sensi dell'articolo 4, lettere b), e c), del regolamento di esenzione. Ciò*

²⁴⁶ Décision n° 14-D-07 du 23 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits bruns, en particulier des téléviseurs; Décision n° 15-D-11 du 24 juin 2015 relative à une demande de mesures conservatoires concernant des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits bruns, en particulier des téléviseurs.

²⁴⁷ The Beschlussabteilung Aktenzeichen: B2-98/11

²⁴⁸ Cour de cassation, 13 settembre 2017, n° 16-15.067, F-D.

²⁴⁹ Le Conseil de la Concurrence, décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.

²⁵⁰ D. Ferrier, *Plate-forme tierce : La Cour de cassation juge, quelques semaines après les conclusions de l'Avocat général Wahl en réponse à une question préjudicielle posée par le tribunal régional supérieur de Francfort, que l'interdiction faite à un distributeur agréé de revendre en ligne via une plate-forme tierce ne constitue pas en elle-même une restriction caractérisée (Caudalie c/ eNova santé), 13 septembre 2017*, Revue Concurrences N° 4-2017, Art. N° 84996, pp. 110-112.

²⁵¹ Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, Relazione finale sull'indagine settoriale sul commercio elettronico {SWD(2017) 154 final}.

²⁵² Commission Staff Working Document, 10 maggio 2017, *Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final report on the E-commerce Sector Inquiry* { COM(2017) 229 final }.

non significa che i divieti assoluti di vendita tramite marketplace siano generalmente compatibili con le norme UE in materia di concorrenza. La Commissione o un'autorità nazionale garante della concorrenza può decidere di revocare l'esenzione di cui al regolamento di esenzione in casi particolari e se la situazione del mercato lo giustifica »²⁵³.

Inoltre, al paragrafo 509 dello *Staff Working Document* è chiarito che tali clausole non hanno un oggetto anticoncorrenziale e che un simile approccio è in linea con gli orientamenti verticali della Commissione che specificano che le restrizioni di mercato che impongono al dettagliante di utilizzare piattaforme di terzi (ad esempio i *marketplaces*), solo in base ai criteri di qualità concordati tra il produttore e i suoi dettaglianti per l'uso di Internet da parte del dettagliante, non sono considerate una restrizione fondamentale (*hardcore restrictions*). Esse riguardano il modo in cui il dettagliante può vendere i prodotti su Internet e non hanno l'obiettivo di limitare dove o a chi i distributori possono vendere i prodotti.

La questione dei divieti di vendita delle piattaforme *online* è giunta alla Corte di giustizia dell'Unione, a seguito di un rinvio pregiudiziale, nel caso *Coty*²⁵⁴.

In tale occasione, la Corte ha sancito che l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che un sistema di distribuzione selettiva di prodotti di lusso finalizzato, primariamente, a salvaguardare l'immagine di lusso di tali prodotti è conforme a detta disposizione, a condizione che la scelta dei rivenditori avvenga secondo criteri oggettivi d'indole qualitativa, stabiliti indistintamente per tutti i potenziali rivenditori e applicati in modo non discriminatorio, e che i criteri definiti non vadano oltre il limite del necessario.

Per tale ragione non deve neppure considerarsi vietata la previsione di una clausola contrattuale che vieti ai distributori autorizzati di servirsi in maniera riconoscibile di piattaforme terze per la vendita a mezzo Internet dei prodotti oggetto del contratto, qualora tale clausola sia diretta a salvaguardare l'immagine di lusso di detti prodotti, sia stabilita indistintamente e applicata in modo non discriminatorio, e sia proporzionata rispetto all'obiettivo perseguito, circostanze che spetta al giudice del rinvio verificare.

Con la pronuncia in esame, la Corte di giustizia ha confermato l'orientamento della Commissione, ritenendo che, in considerazione delle caratteristiche e della natura dei prodotti, una clausola contrattuale che vieti ai distributori di avvalersi di piattaforme terze *online* possa essere legittima.

²⁵³ A norma dell'articolo 29 del 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.

²⁵⁴ Corte di giustizia, 6 dicembre 2017, *Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente GmbH*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941.

Contrariamente a quanto sostenuto dal governo tedesco, una simile conclusione non è inficiata dall'affermazione di cui al punto 46 della sentenza *Pierre Fabre*, in cui è affermato che « *l'obiettivo di preservare l'immagine di prestigio non può rappresentare un obiettivo legittimo per restringere la concorrenza e non può quindi giustificare che una clausola contrattuale diretta ad un simile obiettivo non ricada nell'articolo 101, n. 1, TFUE* ».

La Corte ha ritenuto che la pronuncia *Pierre Fabre* non era volta a rendere una dichiarazione di principio secondo cui ormai la tutela dell'immagine di lusso non poteva più essere considerata idonea a giustificare una restrizione della concorrenza, come quella derivante dall'esistenza di una rete di distribuzione selettiva.

Se la Corte di giustizia avesse aderito alla posizione delle autorità nazionali, secondo cui i divieti di vendita su determinate piattaforme *online* devono essere considerate restrizioni “per oggetto”, in antitesi con la posizione della Commissione, avrebbe sicuramente messo in crisi il sistema, esprimendo la possibilità per le autorità nazionali di incidere formalmente sul sistema, interferendo così con il processo di definizione – dall'alto verso il basso – della politica di concorrenza dell'Unione.

Alla luce del ruolo guida della Commissione, le autorità nazionali dovrebbero essere incentivate a seguire la prassi della stessa, infatti, in forza del principio di leale cooperazione, gli Stati membri sono tenuti a cooperare lealmente per il perseguimento degli obiettivi comuni. L'approccio assunto dalle autorità francesi e tedesche nel caso esaminato mostra una chiusura delle stesse e si pone in contrasto con quell'obiettivo di applicazione coerente delle norme per la creazione di un *level playing field*.

Sezione II

Gli altri strumenti della Commissione per un'applicazione uniforme delle regole della concorrenza

Il nuovo sistema postula un principio generale di preminenza della Commissione, attraverso l'attribuzione ad essa di determinati strumenti procedurali per assicurare che ai suoi orientamenti sia dato il peso necessario. Tali strumenti di cooperazione verticale sono contemplati per permettere alla Commissione di monitorare le procedure all'interno del *Network* e intervenire qualora lo ritenga necessario.

Con il decentramento applicativo e il sistema di competenze parallele, infatti, è emersa sempre di più l'esigenza di evitare una rinazionalizzazione delle procedure di applicazione. In tal senso, la

Commissione può esercitare sia un controllo *ex ante* (§ 1), sia un controllo *ex post* (§ 2) sull'operato delle autorità nazionali. Inoltre, le sue decisioni sono dotate di forza vincolante (§ 3).

1. Il controllo *ex ante*

Il Regolamento (CE) n. 1/2003 dispone che le autorità nazionali garanti della concorrenza, quando agiscono ai sensi degli articoli 101 e 102 TFUE, hanno l'obbligo d'informarne per iscritto la Commissione prima o immediatamente dopo l'avvio della prima misura formale di indagine.

In particolare, ai sensi dell'articolo 11 paragrafo 4, le autorità nazionali devono informare la Commissione almeno 30 giorni prima dell'adozione di una decisione volta ad ordinare la cessazione di un'infrazione, ad accettare impegni o a revocare l'applicazione di un regolamento d'esenzione per categoria. A tal fine, esse forniscono alla Commissione una presentazione del caso in questione, la decisione prevista o, in sua mancanza, qualsiasi altro documento che esponga la linea d'azione proposta.

La Commissione, inoltre, può richiedere all'autorità nazionale altri documenti in suo possesso necessari alla valutazione della pratica.

Le osservazioni della Commissione non sono vincolanti, tuttavia, in caso di divergenza, la Commissione potrebbe aprire una procedura per il medesimo caso e, in tal modo, privare l'autorità nazionale della competenza, ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 6.

Nel caso l'autorità nazionale abbia informato la Commissione e il termine di 30 giorni sia scaduto, l'autorità può adottare la sua decisione, se nel frattempo la Commissione non ha avviato il procedimento. Tuttavia, qualora a causa di circostanze specifiche si renda necessario adottare una decisione nazionale prima della scadenza del termine di 30 giorni, l'autorità può richiedere alla Commissione di reagire in tempi più rapidi.

Le autorità nazionali possono consultare la Commissione su qualsiasi altro caso che implichi l'applicazione della normativa della concorrenza dell'Unione, ossia anche nelle ipotesi in cui intendano adottare decisioni con le quali vengono respinte le denunce, oppure vengono chiusi i procedimenti d'ufficio, o ancora vengono adottati provvedimenti provvisori, ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 5 del Regolamento (CE) n. 1/2003.

L'obbligo di informazione preventiva ha la finalità di individuare problemi potenziali che potrebbero portare ad un'incoerente applicazione delle regole della concorrenza. Inoltre, permette alla rete di rilevare l'esistenza di procedimenti multipli e di risolvere eventuali problemi di riallocazione dei casi,

non appena un'autorità avvii le indagini²⁵⁵, come verrà esaminato maggiormente nel dettaglio in seguito.

Nel fornire commenti ragionati sulle bozze sottoposte dalle autorità nazionali, la Commissione svolge un importante ruolo in termini di applicazione coerente, che riflette la sua posizione di promotrice di una cultura comune della concorrenza.

2. Il controllo *ex post*

Il Regolamento (CE) n. 1/2003 attribuisce alla Commissione un generale potere autoritativo di avocazione dei casi, potere già contemplato nel precedente Regolamento (CEE) n. 17 del 1962.

Per assicurare un'applicazione coerente delle regole di concorrenza, infatti, si è ritenuto indispensabile mantenere la regola in virtù della quale le autorità nazionali sono automaticamente private della loro competenza qualora la Commissione avvii un procedimento.

In proposito, l'articolo 11, paragrafo 6 del Regolamento (CE) n. 1/2003, dispone che, qualora un'autorità nazionale abbia già aperto un procedimento, la Commissione possa avocare a sé il caso, privando così l'autorità nazionale della sua competenza.

Nella Dichiarazione comune sul funzionamento della Rete²⁵⁶ sono individuate le ipotesi in cui la Commissione può esercitare il potere di avocazione: *i*) quando i membri della rete prevedono decisioni contrastanti in merito allo stesso caso; *ii*) quando i membri della rete prevedono una decisione che è chiaramente in conflitto con la giurisprudenza consolidata, con gli standard definiti nelle sentenze delle giurisdizioni comunitarie e con precedenti decisioni e regolamenti della Commissione; *iii*) quando i membri della rete propongono indebitamente i procedimenti; *iv*) quando occorre adottare una decisione della Commissione per sviluppare la politica comunitaria in materia di concorrenza, in particolare quando un problema analogo riguardo alla concorrenza si presenta in vari Stati membri.

Di norma, nella misura in cui non siano in gioco gli interessi dell'Unione, la Commissione non adotterà una decisione che sia in conflitto con la decisione di un'autorità nazionale, dopo che siano state date le opportune informazioni ai sensi dell'articolo 11 del Regolamento (CE) n. 1/2003 e che la Commissione non si sia avvalsa della facoltà di avocazione del caso²⁵⁷.

²⁵⁵ Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (2004/C 101/03), p. 17.

²⁵⁶ Dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione sul funzionamento della rete, disponibile nel registro degli atti del Consiglio, disponibile all'indirizzo Internet <http://register.consilium.eu.int> (documento n. 15435/02 ADD 1), pp. 21-23.

²⁵⁷ M. Siragusa., *I rapporti tra i soggetti del sistema della concorrenza: riparto di competenze e circolazione di informazioni*, relazione presentata al Convegno Le nuove regole della Concorrenza, Roma, ABI, 2003.

3. Il valore delle decisioni della Commissione

Il Regolamento (CE) n. 1/2003 individua quattro differenti tipi di decisione che possono essere adottati dalla Commissione in applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE: *i*) le decisioni di constatazione ed eliminazione delle infrazioni (articolo 7); *ii*) le decisioni di adozione di misure cautelari (articolo 8); *iii*) le decisioni che rendono obbligatori gli impegni proposti dalle imprese (c.d. “decisioni con impegni”, articolo 9); *iv*) le decisioni di constatazione di inapplicabilità dei divieti di cui all’articolo 101 e 102 TFUE per ragioni di interesse pubblico comunitario (c.d. decisioni di inapplicabilità, articolo 10).

In armonia con la giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare con la sentenza *Masterfoods*,²⁵⁸ l’articolo 16 del Regolamento dispone che qualora le autorità nazionali si pronuncino su accordi, decisioni o pratiche ai sensi degli articoli 101 e 102 TFUE, che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possano prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla stessa.

Le decisioni con impegni adottate dalla Commissione, tuttavia, lasciano impregiudicato il potere delle autorità nazionali di applicare gli articoli 101 e 102 TUE.

Con riguardo alle decisioni di inapplicabilità, il Regolamento (CE) n. 1/2003 esclude la possibilità per le imprese di ottenere dalla Commissione decisioni di compatibilità dei propri comportamenti con gli articoli 101 e 102 TFUE, in quanto una siffatta previsione porterebbe alla reintroduzione del sistema di notifiche e « *minerebbe seriamente il principale obiettivo della riforma, che è quello di concentrare le attività di tutte le autorità responsabili della concorrenza sui comportamenti vietati* »²⁵⁹.

Tuttavia, la Commissione ha uno speciale ruolo da svolgere nel definire la politica della concorrenza e nel garantire l’applicazione coerente delle regole. A tal fine è stato conferito alla Commissione il potere di adottare d’ufficio delle decisioni di inapplicabilità mediante le quali dichiara che gli articoli 101 e 102 TFUE non sono applicabili ad una determinata condotta, ossia dichiara la legalità delle stesse.

Le autorità nazionali non hanno un potere equivalente, infatti, come confermato dalla Corte di giustizia, la possibilità di adottare delle decisioni di inapplicabilità è di esclusiva competenza della

²⁵⁸ Corte di giustizia, 14 dicembre 2000, *Masterfoods Ltd c. HB Ice Cream Ltd*, C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689.

²⁵⁹ Proposta di regolamento del Consiglio concernente l’applicazione alle imprese delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato recante modifica dei regolamenti (CEE) n. 1017/68, (CEE) n. 2988/74, (CEE) n. 4056/86 e (CEE) n. 3975/87 («Regolamento d’applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato», articolo 10).

Commissione²⁶⁰. La Corte, pronunciandosi a seguito un rinvio pregiudiziale, in cui le veniva chiesto se l'articolo 5 del Regolamento vietasse ad un'autorità nazionale di assumere una decisione di inapplicabilità, ha rilevato che, qualora le autorità nazionali ritengano, in base alle informazioni di cui dispongono, che non sussistano le condizioni per un divieto, possono decidere solo di non avere motivo di intervenire.

Il fatto di autorizzare le autorità nazionali ad adottare decisioni constatanti l'assenza di violazione degli articoli 101 e 102 TFUE rischierebbe di ledere l'applicazione uniforme degli articoli 101 e 102 TFUE, dal momento che essa potrebbe impedire alla Commissione di constatare successivamente che la condotta di cui trattasi costituisce un'infrazione.

La *ratio* della disposizione è, quindi, quella di fornire alla Commissione uno strumento di orientamento della politica della concorrenza, per chiarirne l'applicazione nei casi in cui si presentano nuove questioni e problematiche politiche.

In tal modo, viene impedito alle autorità nazionali di adottare delle decisioni che potrebbero potenzialmente nuocere gli interessi dell'Unione.

Un'altra finalità è, altresì, quella di fornire orientamenti politici qualora una medesima questione sia stata valutata in modo differente e contraddittorio da diverse autorità nazionali.

La Commissione può adottare una decisione di inapplicabilità solo in casi eccezionali, ossia qualora emergano problematiche nuove, non ancora affrontate e consolidate nella giurisprudenza e prassi amministrativa esistenti, o problematiche di particolare difficoltà o importanza²⁶¹.

Ai sensi dell'articolo 27, paragrafo 4 del Regolamento (CE) n. 1/2003, la Commissione, allorché intenda adottare una decisione ai sensi dell'articolo 10, deve pubblicare un'esposizione sommaria dei fatti e il contenuto essenziale degli impegni o dell'azione proposta. In tal modo è fornito un *forum* di discussione per considerare la questione e giungere ad una scelta politica ponderata.

Le decisioni di inapplicabilità sono decisioni formalmente vincolanti e, conseguentemente, le autorità nazionali non possono contraddirle.

Solo la Corte di giustizia ha il potere di privarne gli effetti, sia nel contesto di un'azione diretta di annullamento, ex articolo 263 TFUE, sia tramite un rinvio pregiudiziale, ex articolo 267 TFUE.

Pertanto, fintantoché i fatti alla base della decisione rimangono invariati, gli effetti vincolanti della decisione rimangono intatti. Al contrario, se i fatti mutano materialmente, la valutazione può altresì

²⁶⁰ Corte di giustizia, 3 maggio 2011, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów c. Tele2 Polska sp. z o.o.* (divenuta *Netia SA*), C-375/09, ECLI:EU:C:2011:270.

²⁶¹ Considerando 14 del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, 16 dicembre 2002.

variare, intaccando anche la decisione. In caso di mutamento dei fatti, quindi, le autorità nazionali potranno adottare decisioni per accertare la condotta illecita²⁶².

Nonostante le decisioni di inapplicabilità siano meramente dichiarative, ciò non ne sminuisce gli effetti giuridici. In particolare, consentono alla Commissione di orientare lo sviluppo del diritto comunitario, previa avocazione a sé del caso, di fronte a un'autorità nazionale che intenda adottare impropriamente una decisione di constatazione di un'infrazione.

Le decisioni di inapplicabilità si distinguono rispetto alle decisioni negative e alle decisioni di esenzioni previste dal precedente Regolamento n. 17²⁶³, tuttavia ne riprendono alcuni aspetti.

Per il mezzo delle decisioni negative, nel regime previgente, la Commissione aveva il potere di accertare che, in base agli elementi a sua conoscenza, non vi fossero motivi di intervenire. Tali decisioni avevano un carattere relativo e provvisorio, infatti, non era precluso un successivo intervento dell'Istituzione basato su nuovi elementi.

Con riguardo alle decisioni di esenzione, invece, la Commissione poteva dichiarare che, per un periodo determinato di tempo, l'intesa poteva beneficiare di un'esenzione individuale. Queste ultime avevano un valore costitutivo, opponibile a terzi e vincolanti anche per i giudici²⁶⁴.

Le nuove decisioni di inapplicabilità corrispondono alle decisioni negative, nella parte in cui constatano che le condizioni dell'articolo 101, paragrafo 1 TFUE e 102 TFUE non sono soddisfatte e alle decisioni di esenzione, nella parte in cui constatano che sono soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3 TFUE²⁶⁵.

La disposizione in esame è l'esemplificazione del ruolo gerarchicamente superiore assunto dalla Commissione e riflette il principio generale di leale cooperazione sancito all'articolo 4 TUE, secondo cui gli Stati membri si impegnano ad adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione e di astenersi dall'adottare i provvedimenti che possono mettere in pericolo la realizzazione degli scopi del Trattato, ossia, nel caso di specie, quello di assicurare un'applicazione coerente e preservare il principio di certezza del diritto.

Tuttavia, parte della dottrina si è interrogata sull'utilità di tale limitazione delle competenze delle autorità nazionali, alla luce dei meccanismi di coordinamento esistenti all'interno della Rete e del

²⁶² Faull & Nikpay, *The EU law of Competition*, 2014, Oxford, pp. 94 ss.

²⁶³ Regolamento n. 17 del Consiglio del 6 febbraio 1962.

²⁶⁴ Corte di giustizia, 11 dicembre 1980, *l'Oreal*, causa 31/80.

²⁶⁵ A. Adinolfi, S. Amadeo, L. Daniele, B. Nascimbene, *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza, Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Giuffrè, 2006.

fatto che i giudici nazionali possono invece applicare l'articolo 101, paragrafo 3 TFUE anche in positivo²⁶⁶.

CAPITOLO II

LA COOPERAZIONE TRA LE AUTORITÀ GARANTI DELLA CONCORRENZA

Il Regolamento (CE) n. 1/2003 ha creato sistema in cui gli Stati membri sono divenuti *partner* essenziali della Commissione²⁶⁷ nell'applicazione delle regole della concorrenza dell'Unione.

Nel nuovo sistema, la Commissione e le autorità nazionali devono applicare le regole in stretta cooperazione, formando insieme una rete di autorità garanti della concorrenza ("la Rete"), ossia un *forum* di discussione e di cooperazione, basato sulla solidarietà e fiducia reciproca²⁶⁸. Tutte le autorità garanti della concorrenza nell'ambito della rete sono indipendenti l'una dall'altra e la cooperazione tra esse è improntata alla parità, al rispetto e alla solidarietà (**Sezione I**).

Nonostante i notevoli risultati raggiunti permangono numerose divergenze nell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, a causa della mancata armonizzazione delle regole procedurali nazionali²⁶⁹. È stato necessario un intervento a livello di Unione, che ha inciso sull'autonomia degli Stati membri (**Sezione II**).

Sezione I

Le relazioni tra Autorità

La Rete mira a garantire una divisione efficiente del lavoro e un'applicazione efficace e coerente delle norme comunitarie in materia di concorrenza²⁷⁰. La modernizzazione ha, senza dubbio, incrementato l'efficienza del sistema, anche se ha aumentato il rischio dell'apertura di procedimenti multipli e

²⁶⁶ M. Siragusa, *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute*, International Antitrust Law and Policy, Juris, 2014, pp. 26-32; G. Bruzzone, *Le restrizioni per oggetto nella giurisprudenza della Corte di giustizia: alla ricerca di un approccio sistematico*, V Convegno Antitrust di Trento, 17 aprile 2015, p. 223.

²⁶⁷ R. Smits, *European Competition Network: Selected aspects, Legal Issues of Economic Integration* (32)2, 2005, *Kluwer Law International*.

²⁶⁸ Luis Ortiz Blanco, *Ec Competition Procedure*, Oxford, 2013, pp. 101 ss.

²⁶⁹ Regole procedurali da intendersi nel senso ampio. Come precedentemente posto in luce la nozione di "diritto procedurale" è una nozione comunitaria. La definizione di diritto procedurale maggiormente condivisa in dottrina è quella fornita da *Mertens de Wilmars*, in cui è individuata una distinzione fondamentale fra le norme dell'Unione di diritto sostanziale (c.d. diritto materiale) ed i sistemi nazionali di norme che sono preposte a "sanzionare" l'osservanza del diritto comunitario sostanziale, ossia quegli strumenti di coercizione giuridica che assicurano il rispetto del diritto dell'Unione.

²⁷⁰ Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (2004/C 101/03), 27 aprile 2004.

l'insorgere di conflitti di competenza (§ 1), conducendo anche ad una possibile violazione del principio del *ne bis in idem* (§ 2).

La Rete costituisce sicuramente un terreno fertile per garantire il funzionamento del sistema, grazie alla possibilità di scambiarsi informazioni (§ 3), di effettuare ispezioni *cross-border* e di chiedere l'esecuzione delle decisioni in altri Stati membri (§ 4)²⁷¹. Questi strumenti hanno mostrato la loro efficacia pratica (§ 5).

1. La divisione del lavoro

Il primo momento di contatto tra le autorità è quello della divisione del lavoro, ossia l'individuazione dell'autorità competente ad occuparsi di un caso specifico (§ 1.1.). In tal senso non sussistono delle regole vincolanti sull'attribuzione dei casi e neanche delle regole di risoluzione dei conflitti di competenza (§ 1.2.).

1.1. I criteri di ripartizione

Il Regolamento (CE) n. 1/2003 non contiene alcuna disposizione relativa ai criteri e alla procedura da seguire per l'attribuzione di un caso all'interno della Rete, in quanto l'unica regola vincolante si ritrova all'articolo 11 del Regolamento (CE) n. 1/2003, ove è disposto che l'apertura di un procedimento dinanzi alla Commissione priva le autorità nazionali della competenza ad applicare gli articoli 101 e 102 TFUE.

Nessuna disposizione analoga è presente, tuttavia, qualora un'autorità nazionale avvii un procedimento o adotti una decisione ai sensi degli articoli 101 e 102 del TFUE.

In tal senso, l'articolo 13, prevede la facoltà (non l'obbligo) per le autorità nazionali di sospendere il procedimento, non sussistendo quindi delle regole vincolanti che impediscano l'apertura di procedimenti multipli nei confronti della medesima condotta da parte di più autorità nazionali²⁷².

Le regole riguardanti l'allocazione dei casi sono contenute in un testo di *soft law*, più precisamente in una Comunicazione della Commissione²⁷³, in cui sono individuati i criteri concernenti la ripartizione dei casi nel quadro del sistema delle competenze parallele.

²⁷¹ Competition Law Forum, *Modernisation Expert Group, Cooperation within the European Competition Network*, 15 European Business Law Review 263, 2004; E. Ehlermann, *The modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution*, Common Market Law Review 37 (2000).

²⁷² WPJ. Wils, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oxford, Hart Publishing, pp 29 ss.

²⁷³ Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, (2004/C 101/03), 27 aprile 2004.

Innanzitutto, la Comunicazione prevede alcuni criteri per individuare quale sia l'autorità più idonea a trattare il caso, individuando tre condizioni cumulative: *i)* l'accordo o la pratica produce sensibili effetti diretti, attuali o prevedibili, sulla concorrenza nell'ambito del suo territorio, viene attuato o ha origine nel suo territorio; *ii)* l'autorità è in grado di far cessare efficacemente l'infrazione nel suo complesso, ossia può emettere un ordine di porre termine all'infrazione i cui effetti siano sufficienti a far cessare la stessa e, qualora lo ritenga opportuno, sanzionare adeguatamente l'infrazione; *iii)* l'autorità può raccogliere, eventualmente con l'assistenza di altre autorità, le prove necessarie per comprovare l'infrazione²⁷⁴.

La Comunicazione esprime poi la preferenza affinché la trattazione avvenga da parte di una sola autorità, qualora solo uno Stato membro sia stato colpito in modo sostanziale dalla condotta, in particolare quando gli effetti negativi si siano manifestati nello stesso Stato membro e tutte le imprese in questione abbiano la loro sede in tale Stato.

Nell'ipotesi, invece, in cui un accordo o una pratica colpisca più di uno Stato, i membri della rete devono cercare di raggiungere un accordo su quale autorità sia nella posizione migliore per trattare il caso. Nei casi in cui non fosse possibile un'unica azione, i membri della rete dovrebbero coordinare la loro azione e cercare di designare un'autorità con funzione di guida.

La Commissione rimane l'autorità in posizione ottimale qualora: *i)* più di tre Stati membri siano colpiti dalla condotta; *ii)* il caso sia strettamente collegato ad altre disposizioni dell'Unione che possano essere più efficacemente applicate dalla Commissione e, infine; *iii)* qualora l'interesse dell'Unione richieda l'adozione di una decisione della Commissione per sviluppare la politica dell'Unione in materia di concorrenza, in particolare quando si presenta un nuovo problema non ancora affrontato, o al fine di assicurare un'applicazione efficace²⁷⁵.

Anche al verificarsi di una delle sopra menzionate ipotesi, non sussiste alcun obbligo giuridico in capo alla Commissione di intervenire, potendo preferire lasciare il caso alle autorità nazionali garanti della concorrenza. Tuttavia, è necessario mettere in luce che la Commissione ha la responsabilità ultima di sviluppare la politica e di garantire l'applicazione coerente delle regole. In ragione di ciò, qualora la condotta interessi più di tre Stati, l'attribuzione iniziale del caso alla Commissione dovrebbe essere automatica, in quanto in una simile ipotesi non vi sono dubbi che la condotta possa pregiudicare l'applicazione coerente delle regole²⁷⁶.

²⁷⁴ Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, (2004/C 101/03), 27 aprile 2004, p. 8.

²⁷⁵ Dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione sul funzionamento della rete, pp. 16-19.

²⁷⁶ Competition Law Forum, *Modernisation Expert Group, Cooperation within the European Competition Network*, 15 E European Business Law Review, 263, 2004.

Nella maggior parte dei casi l'autorità che riceve la denuncia o che avvia d'ufficio il procedimento conserverà la responsabilità del caso, in ragione del fatto che i principi di assegnazione sono stati stabiliti dalla Commissione in stretta collaborazione con gli Stati membri e sono portati all'attenzione dei potenziali denunziati.

Al fine di rilevare l'esistenza di procedimenti multipli e per assicurare che i casi siano trattati dall'autorità nazionale che sia nella posizione ottimale, i membri della rete devono essere informati dei casi trattati dalle varie autorità. Al riguardo, come ricordato, l'articolo 11, paragrafo 3, del Regolamento (CE) n. 1/2003 impone l'obbligo a carico delle autorità nazionali, quando esse agiscono ai sensi degli articoli 101 e 102 TFUE, di informare la Commissione prima o immediatamente dopo l'avvio della prima misura formale di indagine. L'informazione inviata alla Commissione può essere resa disponibile anche alle altre autorità nazionali, rimanendo però solo una facoltà.

Nell'ipotesi in cui dovessero sorgere dei problemi di attribuzione, questi devono essere risolti tempestivamente, di norma entro due mesi dalla data della prima informazione inviata alla rete, conformemente all'articolo 11 del Regolamento (CE) n. 1/2003. Nel corso di detto periodo le autorità nazionali si impegnano a raggiungere un accordo su una possibile riattribuzione del caso e, se necessario, sulle modalità di un'azione parallela.

È rilevante porre in luce che le regole di allocazione dei casi, essendo contenute in testi non vincolanti, non potrebbero essere causa di annullamento²⁷⁷. Inoltre, nell'ipotesi in cui non fosse raggiunto un accordo tra le autorità su quale tra esse sia la più idonea a trattare il caso, o nell'ipotesi in cui fossero violate dette regole, la Commissione potrebbe sempre, ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 6 del Regolamento (CE) n. 1/2003, avviare essa stessa un procedimento, privando della competenza tutte le autorità nazionali.

Qualora una medesima condotta venga portata all'attenzione di più autorità nazionali, è prevista la possibilità per le stesse di sospendere il procedimento o di respingere la denuncia.

Il Regolamento, prevedendo una mera facoltà di sospensione o chiusura, lascia un ampio margine di valutazione delle specificità di ogni singolo caso in capo alle autorità. Una simile discrezionalità, a prima vista, appare in contrasto con il buon funzionamento del sistema, tuttavia la sua ragion d'essere risiede nel fatto che, qualora una denuncia venisse respinta da un'autorità a seguito di un'indagine sugli elementi sostanziali del caso, un'altra autorità potrebbe non riesaminare il caso, lasciando la condotta impunita. D'altra parte, se una denuncia venisse respinta per altri motivi (ad esempio insufficienza di prove raccolte), un'altra autorità potrebbe voler condurre le proprie indagini e trattare il caso.

²⁷⁷ WPJ. Wils, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oxford, Hart Publishing p. 31.

Nel caso in cui un'autorità decida di chiudere o di sospendere il procedimento perché il caso viene trattato da un'altra autorità, essa ha la facoltà, a norma dell'articolo 12 del Regolamento (CE) n. 1/2003, di trasmettere le informazioni fornite dal denunciante all'autorità che dovrà occuparsi del caso.

L'articolo 13 del Regolamento (CE) n. 1/2003 non è, tuttavia, l'unica base giuridica che disciplina la sospensione o la chiusura d'ufficio dei procedimenti o il rigetto delle denunce: le autorità nazionali possono anche invocare le rispettive norme di procedura e la Commissione potrebbe respingere una denuncia in caso di assenza di interesse comunitario o per altri motivi relativi alla natura della denuncia²⁷⁸.

1.2. I conflitti sulla competenza

Nonostante siano state predisposte delle regole concernenti l'attribuzione dei casi, è possibile che sorgano delle controversie in merito all'autorità "*well placed*" che dovrebbe trattare il caso.

Al riguardo, né il Regolamento (CE) n. 1/2003, né la Comunicazione contengono dei meccanismi di risoluzione dei conflitti positivi (1.2.1.) e negativi (1.2.2.) sulla competenza²⁷⁹.

1.2.1. I conflitti positivi sulla competenza

Potrebbe verificarsi l'ipotesi in cui diverse autorità nazionali siano interessate da una pratica anticoncorrenziale e che queste non riescano a pervenire ad un accordo su quale sia la "*well placed*" per seguire il caso.

In tale ipotesi, non sussiste alcuna procedura formale che possa risolvere un simile conflitto, anzi, la Comunicazione stessa sembra enfatizzare la natura non vincolante delle regole di allocazione, sancendo che « *ogni membro della rete continua a poter decidere in piena libertà se effettuare o meno indagini su un caso* »²⁸⁰.

Da una prima lettura sembrerebbe che la Comunicazione inviti le autorità nazionali a perseguire una determinata questione ogniqualvolta si ritengano nella posizione idonea per agire, senza tener conto dell'attività di altre autorità. Una simile lettura, tuttavia, non sembra poter essere accolta, perché non

²⁷⁸ Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, (2004/C 101/03), 27 aprile 2004, pp. 20-25.

²⁷⁹ S. Brammer, *Concurrent Jurisdiction under Regulation 1/2003 and the Issue of Case Allocation*, *Common Market Law Review*, 2005, pp. 1402 ss.

²⁸⁰ Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, (2004/C 101/03), 27 aprile 2004, p. 5.

tiene conto del principio alla base del sistema, ossia il principio di leale cooperazione. Cosicché, la Comunicazione deve essere letta alla luce di tale principio, in quanto fermarsi ad un'interpretazione letterale della statuizione darebbe luogo alla possibilità (ingiustificata) di aprire procedimenti paralleli, anche qualora non ve ne sia la necessità, con conseguente inutile moltiplicazione del lavoro. L'unico meccanismo utilizzabile per risolvere il conflitto è quello contenuto all'articolo 11, paragrafo 6 del Regolamento (CE) n. 1/2003, che rende competente la Commissione ad iniziare un procedimento privando le autorità nazionali della propria competenza. Tuttavia, come ricordato, non sussiste alcun obbligo in capo alla Commissione e, anzi, sarebbe in contrasto con lo spirito del sistema se la Commissione trattasse tutti i casi che interessano due o più Stati perché vi è disaccordo tra le autorità nazionali garanti della concorrenza su chi sia l'autorità nella posizione migliore per trattare il caso.

1.2.2. I conflitti negativi sulla competenza

All'inverso, potrebbe accadere che nessuna autorità si ritenga la più idonea a seguire il caso, ciascuna confidando nell'attività delle altre.

Una simile inattività potrebbe essere mossa da motivazioni economiche (risorse limitate), ma anche dalla mancanza d'interesse per il caso o per ragioni di politica generale²⁸¹.

In una simile situazione di "inattività" ci si domanda se sia compito della Commissione intervenire, anche qualora la condotta anticoncorrenziale riguardi un solo Stato membro.

In proposito, la giurisprudenza costante ritiene che la Commissione non sia tenuta ad avviare un procedimento e indagare su ogni presunta infrazione di cui sia venuta a conoscenza, in quanto può legittimamente fissare priorità differenti nell'esame delle denunce che le pervengono, in particolare quando vi sia o meno un interesse dell'Unione²⁸².

Come ricordato anche dal Considerando 18 del Regolamento (CE) n. 1/2003, non dovrebbe essere pregiudicata la possibilità, riconosciuta alla Commissione dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, di respingere una denuncia per mancanza di interesse comunitario, anche nel caso in cui nessun'altra autorità abbia manifestato l'intenzione di occuparsene.

Tale regola dovrebbe così essere applicata, a maggior ragione, nel caso in cui non sia stata presentata alcuna denuncia alla Commissione, ma che questa ne sia venuta a conoscenza della presunta infrazione attraverso la Rete.

²⁸¹ S. Brammer, *Concurrent Jurisdiction under Regulation 1/2003 and the Issue of Case Allocation*, *Common Market Law Review*, 2005.

²⁸² Tribunale, 18 settembre 1992, *Automec Srl c Commissione delle Comunità europee*, causa T-24/90, pp. 83-85, ECLI:EU:T:1992:97.

Non si potrebbe neppure sostenere che l'inattività possa minare e compromettere l'applicazione efficace delle norme, e quindi costituisca un interesse "comunitario", che necessita dell'intervento della Commissione. Come ricordato per il conflitto positivo, sarebbe contrario allo spirito e allo scopo della modernizzazione imporre in capo alla Commissione un obbligo di intervento in tutti i casi in cui ci sia inattività da parte delle autorità nazionali.

L'inattività da parte delle autorità nazionali non può automaticamente far sorgere in capo alla Commissione l'obbligo di agire, in quanto spetta a quest'ultima fare un bilanciamento con altri fattori. L'inerzia da parte delle autorità nazionali potrebbe essere causata anche da una carenza di informazioni all'interno della Rete, in particolari in quelle ipotesi di chiusura in via informale del caso, dove non sussiste alcun obbligo di informazione in capo alle altre autorità nazionali.

La Comunicazione, infatti, prevede solo una facoltà in capo alle autorità nazionali di informare la rete delle decisioni di rigetto di una denuncia o di chiusura di un procedimento d'ufficio. Anche in tal caso, tuttavia, tale "facoltà" dovrebbe essere letta alla luce del principio di leale cooperazione. Le autorità dovrebbero vagliare attentamente il caso e valutare se sia necessario informare la Rete, per evitare che una condotta rimanga impunita. Tale facoltà, tuttavia, non deve diventare un obbligo incondizionato di immissione sistematica di tali decisioni nella Rete, altrimenti si giungerebbe ad un sovraccarico inutile del sistema, paralizzando l'effetto utile del processo di comunicazione. È necessario intervenire senza rischiare di ingessare il sistema.

L'obiettivo ultimo del sistema dovrebbe essere quello di evitare, per quanto possibile, controlli multipli, duplicazioni di lavoro e azioni inefficienti, rappresentando le procedure parallele relative a comportamenti sostanzialmente identici un onere per le imprese e un inutile spreco di risorse.

2. La nozione autonoma del principio di *ne bis in idem* nel diritto della concorrenza

La locuzione "*ne bis in idem*" è un'espressione latina che trova il proprio fondamento nel diritto romano, in quel meccanismo di preclusione che vietava l'evenienza che una medesima azione potesse essere nuovamente giudicata qualora fosse già intervenuto un giudizio.

Oggi, secondo la teoria generale del processo, la sentenza penale irrevocabile ("giudicato") impedisce che un soggetto sia sottoposto ad un secondo procedimento, ove sia stato già stato giudicato sui medesimi fatti²⁸³.

²⁸³ B. Rossi, Osservazioni a Cass. Pen., Sez. Sez. III, data udienza Ud. 1° marzo 2017, n. 35156, Cassazione Penale, fasc.12, 2017, p. 4373.

Il principio del *ne bis in idem* è riconosciuto a livello di Unione quale principio generale di diritto²⁸⁴ e ha acquisito, grazie all'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali ("Carta"), il rango di diritto fondamentale dell'Unione europea.

Ai sensi dell'articolo 52 della Carta, laddove la stessa contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ("CEDU"), il significato e la portata degli stessi deve essere uguale a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione, salva la possibilità di poter attribuire una protezione più estesa.

Il principio del *ne bis in idem* contenuto all'articolo 50 della Carta deve così essere interpretato alla luce dell'articolo 4, Protocollo 7 della CEDU e conformemente alla giurisprudenza Corte EDU.

In aggiunta, il principio del *ne bis in idem* lo ritroviamo, altresì, all'articolo 54 della Convenzione di Schengen, in cui è sancito che « *Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita* ».

Il principio di *ne bis in idem* è composto da tre elementi principali: *a)* la sanzione o l'azione penale deve essere di natura penale; *b)* il reato o l'atto deve essere lo stesso (*idem*); e *c)* la prima decisione deve essere definitiva.

Le disposizioni sopra esaminate e la relativa giurisprudenza si sono influenzate reciprocamente: la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si è ispirata alla giurisprudenza della Corte di giustizia nell'interpretare l'articolo 4, paragrafo 1, del Protocollo n. 7 della CEDU. La Corte di giustizia, a sua volta, ha ritenuto che la CEDU e la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo rivestano "un'importanza particolare" nell'interpretazione dei principi generali del diritto dell'Unione europea²⁸⁵.

Nonostante tale influenza reciproca, sussistono ancora oggi notevoli divergenze circa l'ampiezza riconosciuta allo stesso principio (§ 2.1.).

²⁸⁴ Corte di giustizia, 5 maggio 1966, *Gutmann c. Commissione CEEA*, cause riunite 18/65 e 35/65, ECLI:EU:C:1967:6; Corte di giustizia, 15 ottobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, da C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, ECLI:EU:C:2002:582; Corte di giustizia, 29 giugno 2006, *Showa Denko c. Commissione delle Comunità europee*, C-289/04 P, p. 50, ECLI:EU:C:2006:431.

²⁸⁵ Corte di giustizia, 18 giugno 1991, *Elliniki Radiophonia Tileorassi Anonimi Etairia*, C-260/89, p. 41, ECLI:EU:C:1991:254; Corte di giustizia, 3 settembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, p. 283, ECLI:EU:C:2008:46; Parere 2/13 della Corte di giustizia, 18 dicembre 2014, p. 37.

L'aumento delle autorità competenti ad applicare gli articoli 101 e 102 TFUE, se da un lato ha incrementato l'efficienza del sistema, dall'altro, come esaminato, ha aumentato il rischio dell'apertura di procedimenti multipli per la medesima condotta, non sussistendo alcun divieto in tal senso. Appare evidente che una simile impostazione del sistema si ponga in diretto contrasto con il principio del *ne bis in idem*, ossia quel principio che vieta di punire due volte il medesimo fatto²⁸⁶ (§ 2.2.).

Le giurisdizioni nazionali sono chiamate ad applicare contemporaneamente sia i diritti fondamentali dell'Unione, sia i diritti umani sanciti dalla CEDU: data l'interpretazione divergente della Corte di giustizia dell'Unione e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con riguardo alla portata del principio del *ne bis in idem* essi devono evitare di comprometterne l'integrità (§ 2.3.).

L'interpretazione del principio del *ne bis in idem* nel diritto della concorrenza è ancora oggi un tema aperto, al centro di ampie discussioni (§ 2.4.).

2.1. La portata del principio di *ne bis in idem*

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (§ 2.1.1.) e la Corte di giustizia (§ 2.1.2.) hanno adottato due posizioni divergenti sulla portata del principio del *ne bis in idem* nel diritto della concorrenza.

2.1.1. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Ai sensi dell'articolo 4, Protocollo 7 della CEDU nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale sia già stato assolto o condannato a seguito da una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato.

All'origine il principio del *ne bis in idem* non era stato inserito nella CEDU ma la sua incorporazione è avvenuta in un secondo momento con il Protocollo n. 7. A differenza di altri diritti riconosciuti dalla CEDU, esso non è stato unanimemente accettato dagli Stati firmatari.

Alla data odierna, il Protocollo n. 7 non è stato ancora ratificato dalla Germania, dai Paesi Bassi e dal Regno Unito. Inoltre, la Francia, nonostante lo abbia ratificato, ha formulato una riserva, limitando la sua applicazione unicamente agli illeciti di natura penale « *The Government of the French Republic declares that only those offences which under French law fall within the jurisdiction of the French*

²⁸⁶ R. Nazzini, *Fundamental rights beyond legal positivism: rethinking the ne bis in idem principle in EU competition law*, *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 2, Issue 2, 1 October 2014, pp. 270–304.

criminal courts may be regarded as offences within the meaning of Articles 2 to 4 of this Protocol »²⁸⁷.

Analogamente, all'atto della firma, la Germania, l'Austria, l'Italia e il Portogallo hanno formulato varie dichiarazioni in merito alla portata del principio, ritenendo che la portata dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 dovesse coprire esclusivamente la duplice sanzione penale ai sensi dell'ordinamento interno²⁸⁸.

Tutto ciò mostra che vi fosse sin dalle origini una certa reticenza da parte degli Stati membri nel riconoscere carattere sostanzialmente penale alle sanzioni amministrative al fine dell'applicazione del principio, trovando la propria ragione d'essere sia nell'importanza che rivestono gli strumenti di repressione amministrativa in molti Stati membri, sia nel carattere eccezionale dell'azione penale.

L'interesse a preservare un potere punitivo sia amministrativo sia penale ha portato molti Stati membri a discostarsi dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che, come verrà posto in luce, esclude un simile dualismo per l'applicazione del principio del *ne bis in idem*²⁸⁹.

La prima problematica con la quale la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si è dovuta confrontare è stata proprio quella della delimitazione della materia penale, ossia l'area in cui dovesse trovare applicazione il principio del *ne bis in idem*. In tal senso, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha elaborato una nozione allargata di "materia penale", autonoma rispetto a quella accolta nei vari ordinamenti nazionali, al fine di estendere le garanzie degli articoli 6 e 7 della CEDU a sanzioni classificate formalmente come amministrative. Per fare ciò la Corte ha elaborato tre criteri, comunemente noti come "criteri Engel"²⁹⁰.

Il primo criterio è la qualificazione giuridica della misura contestata nel diritto nazionale. Una simile verifica costituisce solo il punto di partenza, in quanto le indicazioni contenute negli ordinamenti nazionali hanno un mero valore formale e relativo²⁹¹. In tal senso, la Corte ha affermato che, sebbene la Convenzione non vieti agli Stati di mantenere all'interno del proprio ordinamento una distinzione

²⁸⁷ Reservations and Declarations for Treaty No.117 - Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; I. Cameron, F. Horn, *Reservations to the European Convention on Human Rights: The Belilos Case*, German Yearbook of International Law, 33, 1990.

²⁸⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale P. Cruz Villalón, Corte di Giustizia, 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, p. 72, ECLI:EU:C:2012:340.

²⁸⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale P. Cruz Villalón, Corte di Giustizia, 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, p. 74, ECLI:EU:C:2012:340.

²⁹⁰ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo., 8 giugno 1976, *Engel e a. c. Paesi Bassi* (Grande Camera), ricc. n. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, p. 82.

²⁹¹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo., 8 giugno 1976, *Engel e a. c. Paesi Bassi* (Grande Camera), ricorsi n. 5100/71; n. n. 5101/71; 5102/71; n. 5354/72; n. 5370/72, p. 82.

tra diverse categorie di illecito (quale la distinzione tra illecito amministrativo e reato), ciò non è vincolante ai fini dell'applicazione della Convenzione²⁹².

Il secondo criterio è la “natura sostanziale” della misura contestata, qualificabile come “penale” quando la norma che contiene il relativo precetto ha portata generale e astratta, cioè si indirizza « *not towards a given group possessing a special status (...) but towards all citizens* » e mira a tutelare interessi generali della collettività²⁹³.

Il terzo criterio è la valutazione della natura e del grado di severità della sanzione irrogata. In tal senso, devono considerarsi come penali quelle sanzioni che hanno un carattere repressivo e preventivo. La gravità va valutata in relazione non solo al *quantum* della sanzione effettivamente inflitta nel caso di specie, ma anche a quello massimo astrattamente previsto dalla norma²⁹⁴.

I criteri sopra esposti sono alternativi²⁹⁵: affinché si possa parlare di accusa in materia penale è sufficiente che il reato in causa sia di natura penale rispetto alla Convenzione, o abbia esposto l'interessato a una sanzione che, per natura e livello di gravità, rientri in linea generale nell'ambito della materia penale, ai sensi dell'articolo 6 della CEDU.

L'applicabilità dell'articolo 6, nonché dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 si basa, dunque, sulla qualificazione della fattispecie nel “sistema CEDU”, cosicché sanzioni formalmente qualificate come amministrative negli ordinamenti nazionali, ma aventi natura sostanzialmente penale, sono riconducibili alla “*accusation en matière pénale*” (articolo 6) e alla “*peine*” (articolo 4)²⁹⁶.

Per ciò che concerne la qualificazione delle sanzioni irrogate dalle autorità nazionali garanti della concorrenza, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo²⁹⁷ le ha qualificate come sostanzialmente penali. In particolare, la Corte ha osservato che nonostante le condotte *antitrust* non siano sanzionate sulla base del diritto penale nazionale, ciò non è determinante ai fini dell'applicabilità dell'articolo 6 della CEDU (e quindi del principio del *ne bis in idem*), poiché le indicazioni fornite dal diritto interno, come visto, hanno un mero valore relativo. In primo luogo, la Corte ha osservato che la normativa che sanziona le pratiche *antitrust* ha una natura sostanzialmente penale poiché volta a tutelare la libera concorrenza del mercato, incidendo sugli interessi generali della società normalmente tutelati dal

²⁹² Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, ricorso n. 8544/79, p. 49.

²⁹³ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, ricorso n. 8544/79, p. 53.

²⁹⁴ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo., 8 giugno 1976, *Engel e a. c. Paesi Bassi* (Grande Camera), ricorsi. n. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, p. 82; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo., 10 febbraio 2009, *Zolotoukhin c. Russia*, ricorso n. 14939/03, p. 56.

²⁹⁵ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo., 4 marzo 2014, *Grande Stevens ed altri c. Italia*, ricorso n. 18640/2010.

²⁹⁶ B. Nascimbene, *Autorità amministrative indipendenti e sanzioni “penali”. Un'occasione di confronto fra CEDU e diritto UE*, 2017, disponibile sulla rivista online Eurojus.

²⁹⁷ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 27 settembre 2011, *A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia*, ricorso n. 43509/08, pp. 41-44.

diritto penale. In secondo luogo, dette sanzioni possono essere considerate di natura penale in considerazione del loro elevato importo e della loro natura repressiva e preventiva.

In conclusione, la Corte ha ritenuto che il principio del *ne bis in idem* debba senz'altro trovare applicazione anche nei procedimenti *antitrust*, poiché da qualificarsi come “sostanzialmente” penali. Con riferimento all'interpretazione della locuzione “*idem*” ossia “un reato per il quale sia già stato assolto o condannato con sentenza definitiva”, la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha conosciuto un'evoluzione macchinosa.

Nella pronuncia *Gradinger*²⁹⁸, la Corte ha stabilito che non si può essere perseguiti nuovamente per lo « *stesso comportamento* », ossia ha dato rilievo meramente alla condotta, ritenendo violato il principio del *ne bis in idem* ogni qualvolta le decisioni vertano sulla medesima condotta, nonostante la diversa natura e finalità dei reati.

Qualche anno più avanti, nella causa *Oliveira*²⁹⁹, la Corte ha adottato un approccio radicalmente diverso, stabilendo che qualora un singolo atto costituisca vari reati (*concours idéal d'infractions*) e una persona sia giudicata per entrambi i reati, non si viene a configurare una violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 7.

La Corte, rendendosi conto che l'approccio da lei assunto nelle sentenze *Gradinger* e *Oliveira* fosse alquanto contraddittorio, è intervenuta nuovamente sancendo che se è vero che il semplice fatto che un singolo atto costituisca più di un reato non è contrario al principio del *ne bis in idem*, non bisogna limitarsi a constatare che i diversi reati siano nominalmente diversi, ma è necessario indagare se tali reati presentino gli stessi elementi essenziali³⁰⁰. Nonostante la finalità di tale pronuncia fosse quella di apportare chiarezza, essa ha aperto la porta ad ulteriori incertezze, in quanto non erano stati chiariti quali criteri dovessero essere presi in considerazione per accertare gli “elementi essenziali” di un determinato reato.

Così, nella sentenza *Zolotukhin*³⁰¹, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è stata chiamata a fornire un'interpretazione armonizzata della nozione “stesso reato”. Essa si è allontanata dalla precedente giurisprudenza in cui dava importanza alla qualificazione giuridica di un reato, dovendosi applicare e interpretare la Carta in modo tale da rendere i diritti in essa contenuti pratici ed effettivi, e non “teorici” e “illusori”. La Corte ha così sposato un nuovo orientamento, secondo il quale il principio del *ne bis in idem* deve essere inteso come il diritto a non essere nuovamente perseguito per fatti “identici o sostanzialmente identici”. Tale analisi deve concentrarsi su quei fatti che costituiscono un

²⁹⁸ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 23 ottobre 1995, *Gradinger c. Austria*, ricorso n. 15963/90, p. 55.

²⁹⁹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 30 luglio 1998, *Oliveira c. Switzerland*, ricc. n. 84/1997/868/1080, p. 26.

³⁰⁰ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 29 maggio 2001, *Franz Fischer c. Austria*, ricorso n. 37950/97, pp. 23-25.

³⁰¹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo., 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*, ricorso n.14939/03, pp. 78-83.

insieme di circostanze fattuali concrete che coinvolgono lo stesso imputato e che sono indissolubilmente legati tra loro nel tempo e nello spazio, la cui esistenza deve essere dimostrata al fine di ottenere una condanna o di avviare un procedimento penale.

Tale approccio è stato poi confermato nella sentenza *Grande Stevens*³⁰², in cui la Corte ha ricordato che bisogna esaminare l'insieme delle circostanze fattuali concrete a carico dello stesso contravventore e indissolubilmente legate tra loro nel tempo e nello spazio. L'esistenza di tali circostanze deve essere dimostrata affinché possa essere pronunciata una condanna o esercitata l'azione penale.

L'interpretazione armonizzata della nozione di reato, ai sensi dell'articolo 4, richiede uno sforzo interpretativo che vada al di là delle categorie nazionali e che esamini l'essenza stessa del diritto, in linea con l'approccio tradizionale della Corte ai sensi dell'articolo 6.

2.1.2. La giurisprudenza della Corte di giustizia

La Corte di giustizia dell'Unione ha adottato approcci divergenti per quanto riguarda l'interpretazione dell'elemento "*idem*", a seconda del settore giuridico interessato.

In particolare, con riferimento all'articolo 54 della Convenzione di *Schengen*, la Corte ha dichiarato che l'unico criterio che deve essere preso considerazione per l'applicazione del principio del *ne bis in idem* è quello dell'identità degli atti materiali, intesa nel senso dell'esistenza di un insieme di circostanze concrete indissolubilmente collegate tra loro, spettando ai giudici nazionali accertare se i fatti materiali di cui trattasi costituiscono un insieme di fatti inscindibilmente collegati nel tempo, nello spazio, nonché nell'oggetto.

La Corte ha ricordato che, data l'assenza di armonizzazione delle legislazioni penali nazionali, un criterio fondato sulla qualificazione giuridica dei fatti o sull'interesse giuridico tutelato sarebbe tale da creare altrettanti ostacoli alla libertà di circolazione nello spazio Schengen quanti sono i sistemi penali esistenti negli Stati contraenti³⁰³.

³⁰² Corte Europea dei Diritti dell'Uomo., 4 marzo 2014, *Grande Stevens ed altri / Italia*, ricorso n. 18640/2010, pp. 220 ss.; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 4 ottobre 2016, *Rivard c. Svizzera*, ricorso n. 21563/12, pp. 25-27; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 16 giugno 2016, *Tarasov c. Ucraina*, ricorso n. 44396/05, p. 26.

³⁰³ Corte di giustizia, 9 marzo 2006, *Leopold Henri Van Esbroeck*, C-436/04, ECLI:EU:C:2006:165. Tale orientamento è stato confermato diverse volte ed è stato applicato nella maggior parte dei settori del diritto dell'Unione, altresì, con riferimento all'articolo 50 della Carta: Corte di giustizia, 28 settembre 2006, *Jean Leon Van Straaten c. Staat der Nederlanden, Repubblica italiana*, C-150/05, pp. 41-47, ECLI:EU:C:2006:614; Corte di giustizia, 28 settembre 2006, *Gasparini e altri*, causa C-467/04, p. 54, ECLI:EU:C:2006:610; Corte di giustizia, 18 luglio 2007, *Norma Kraaijenbrink*, C-367/05, pp. 26-28, ECLI:EU:C:2007:444; Corte di giustizia, 20 marzo 2018, *Enzo Di Puma c. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) e altri*, cause riunite C-596/16 e C-597/16, ECLI:EU:C:2018:192.

Nell'ambito del diritto della concorrenza, la Corte di giustizia ha elaborato tuttavia una nozione differente e autonoma del principio del *ne bis in idem*, restringendone il campo di applicazione.

La Corte di giustizia, in linea con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ha riconosciuto l'applicazione del principio del *ne bis in idem* nei procedimenti diretti all'irrogazione di ammende in materia di diritto della concorrenza, precisando che è vietata soltanto una nuova valutazione nel merito dei fatti materiali costituenti la violazione, e non anche una riattivazione delle procedure sanzionatorie aventi ad oggetto lo stesso comportamento anticoncorrenziale, qualora la prima decisione sia stata annullata senza che sia intervenuta una pronuncia sul merito. In un'ipotesi siffatta, infatti, la decisione di annullamento non ha valore di assoluzione e le sanzioni irrogate dalla nuova decisione non si vanno a cumulare con quelle inflitte dalla decisione annullata³⁰⁴.

La Corte di giustizia, una volta riconosciuta l'applicazione del principio nei procedimenti *antitrust*, ne ha circoscritto il campo d'applicazione, aggiungendo un terzo requisito per la sua applicazione. In particolare, le due sanzioni devono mirare a tutelare lo stesso interesse giuridico³⁰⁵. La sua applicazione in materia di concorrenza è soggetta, quindi, ad una triplice condizione: *i*) identità dei fatti, *ii*) unità dell'autore del reato e *iii*) unità dell'interesse giuridico tutelato³⁰⁶.

Vi sono diverse argomentazioni a favore di questa interpretazione autonoma del principio del *ne bis in idem* in materia di concorrenza. Una prima spiegazione la troviamo nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Villalón, nella causa *Åklagaren*³⁰⁷, dove è stato evidenziato che, sebbene l'articolo 50 della Carta riconosca un diritto che corrisponde a quello previsto dall'articolo 4 del Protocollo n. 7 della CEDU, l'aspetto del principio del *ne bis in idem* riguardante la duplice sanzione amministrativa e penale è lungi dall'essere diffuso e consolidato negli Stati firmatari della CEDU. Secondo l'Avvocato Generale, l'obbligo di interpretare la Carta alla luce della CEDU deve essere

³⁰⁴ Corte di giustizia, 15 ottobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) e altri c. Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-251/99 P, C-252/99 P e C-254/99 P, pp. 59-62, ECLI:EU:C:2002:582; A. Lacresse, *Réseau européen de concurrence : La Cour de Justice ne renonce pas au critère de l'unité de l'intérêt juridique protégé pour l'application du principe ne bis in idem en matière de concurrence (Toshiba Corporation)*, 14 février 2012, *Revue Concurrences* N° 2-2012, Art. N° 45858, pp. 130-132.

³⁰⁵ Corte di giustizia, 7 gennaio 2004, *Aalborg Portland A/S e altri c. Commissione delle Comunità europee*, 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, pp. 338-340, ECLI:EU:C:2004:6; Corte di giustizia, 14 febbraio 2012, *Toshiba Corporation e altri c. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*, C-17/10, ECLI:EU:C:2012:72.

³⁰⁶ Corte di giustizia, 14 febbraio 2012, *Toshiba Corporation e altri c. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*, C-17/10, p. 97; Corte di giustizia, 7 gennaio 2004, *Aalborg Portland A/S e altri c. Commissione delle Comunità europee*, 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, pp. 338, ECLI:EU:C:2004:6.

³⁰⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale P. Cruz Villalón, Corte di Giustizia, 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, p. 72, ECLI:EU:C:2012:340.

attenuato quando il diritto fondamentale in questione, come nel caso del principio del *ne bis in idem*, non sia stato pienamente incorporato dagli Stati membri³⁰⁸.

Una seconda argomentazione è quella che si basa sulla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che in molti casi limita i diritti fondamentali delle imprese rispetto a quelli delle persone fisiche³⁰⁹. Come sostenuto dall'Avvocato Generale *Geelhoed*, non si può trasporre *sic et simpliciter* le dichiarazioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo alle persone giuridiche o alle imprese³¹⁰.

Tuttavia, se è vero che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e la Corte di giustizia spesso limitano l'applicazione di taluni diritti umani alle persone giuridiche, ciò non è mai avvenuto per quanto riguarda il principio del *ne bis in idem*³¹¹. Anzi, nella causa *Grande Stevens*³¹², la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo applicando il principio del *ne bis in idem* non ha operato alcuna distinzione tra persone fisiche o giuridiche.

Infine, una terza argomentazione è quella che sostiene che le garanzie offerte dal principio del *ne bis in idem* non si debbano applicare in tutta la loro forza alle cause di natura amministrativa³¹³.

Riprendendo quanto detto dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella causa *Jussila*³¹⁴, l'Avvocato Generale *Sharpston* ha ritenuto che sebbene il procedimento sanzionatorio amministrativo rientri nell'ambito ambito penale ai sensi della CEDU (e della Carta), esso « *non f[a] parte del nocciolo duro del diritto penale, le garanzie offerte dal profilo penale [...] non devono necessariamente essere applicate in tutto il loro rigore* »³¹⁵ e che le sanzioni comminate per violazione del diritto della concorrenza non rientrano nelle categorie tradizionali del diritto penale.

Tale argomentazione, inoltre, fa leva su quella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo secondo la quale le garanzie penali non si applicano necessariamente con la massima

³⁰⁸ L. Burgorgue-Larsen, *Les interactions normatives en matière de droits fondamentaux*, in Burgorgue-Larsen, Dubout, E. Maitrot de la Motte, A. e Touzé, S., *Les interactions normatives. Droit de l'Union Européenne et Droit International*, ed. Pedone, 2012, Parigi, pp. 372 e 373.

³⁰⁹ P. Oliver, *Companies and their fundamental rights: a comparative perspective*, *International and Comparative Law Quarterly*, July 2015, pp. 686 ss; B. Vleeshouwers, T. Verstraeten, *The postman always rings twice... on the application of the ne bis in idem principle in competition law*, *European Competition Law Review*, 2017.

³¹⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale L. A. Geelhoed, Corte di giustizia, 29 giugno 2006, *Commissione c. SGL Carbon AG*, C-301/04 P, p. 63, ECLI:EU:C:2006:53.

³¹¹ Corte di giustizia, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke GbR c. Land Hessen*, C-92/09, p. 53, ECLI:EU:C:2010:662; Corte di giustizia, 22 dicembre 2010, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH c. Germany*, C-279/09, pp. 50 e 62, ECLI:EU:C:2010:811.

³¹² Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 4 marzo 2014, *Grande Stevens ed altri / Italia*, ricorso n. 18640/2010.

³¹³ Koen Lenaerts, Vice-President of the Court of Justice of the European Union, *Due process in competition cases*, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht - NZKart*, Vol. 1, No. 5, May 2013, <http://www.ikk2013.de/pdf/Lenaerts.pdf>, p. 19.

³¹⁴ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 23 novembre 2005, *Jussila c. Finlandia*, ricorso N. n. 73053/01.

³¹⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Eleanor Sharpston, Corte di giustizia, 8 dicembre 2011, *KME Germany and Others c. Commission*, C-272/09 P, p. 67, ECLI:EU:C:2011:63

severità nei procedimenti amministrativi, in quanto la natura di questi ultimi può differire, sotto diversi aspetti, dalla natura di un procedimento penale nel senso stretto della parola³¹⁶.

Il caso Menarini³¹⁷ è una esemplificazione di tale rilassamento, in quanto la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha ritenuto il controllo “debole” del giudice amministrativo italiano conforme all'articolo 6 della CEDU. Più precisamente, la Corte ha ritenuto che la competenza del giudice amministrativo non fosse limitata ad un mero controllo di legittimità, in quanto i giudici amministrativi avevano potuto verificare se, in relazione alle particolari circostanze della causa, l'autorità garante della concorrenza italiana avesse fatto uso appropriato dei suoi poteri, nonché l'adeguatezza e la proporzionalità della misura inflitta e anche controllarne le valutazioni di ordine tecnico.

Di particolare interesse è l'opinione dissenziente del giudice *De Albuquerque*, secondo cui la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo avrebbe operato un rilassamento nell'applicazione del principio, in ragione del fatto che il sindacato del giudice amministrativo italiano è di tipo “debole”, non ammettendo alcun potere sostitutivo, almeno con riferimento alle valutazioni vertenti su scienze opinabili. Conseguentemente, la qualificazione dei fatti sulla base della quale è stata applicata la sanzione - formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale - è rimasta affidata all'amministrazione, con grave pregiudizio per i principi di legalità della sanzione penale e di separazione dei poteri.

Secondo l'Avvocato Generale una simile limitazione dell'ambito di applicazione della giurisdizione amministrativa è da ritenersi logicamente insostenibile e svuota il controllo giurisdizionale sui fatti oggetto della decisione di condanna del suo contenuto reale e pratico.

Un simile rilassamento è difficilmente pensabile per ciò che concerne l'applicazione del principio del *ne bis in idem*, sulla base della considerazione che se è accettabile per ciò che concerne l'equo processo, in quanto se un'impresa si trova priva delle garanzie previste dall'articolo 6 della CEDU in primo grado, preserva la possibilità di proporre ricorso contro tale decisione dinanzi ad un giudice che soddisfi tutti i requisiti.

Una limitazione del principio *ne bis in idem*, invece, priverebbe completamente un'impresa di tale diritto, in quanto una volta accettato che essa possa essere perseguita più di una volta per lo stesso comportamento, la doppia incriminazione non potrebbe più essere sanata.

³¹⁶ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 27 settembre 2011, ricorso n. 43509/08, *A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia*, p. 62.

³¹⁷ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 27 settembre 2011, ricorso n. 43509/08, *A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia*.

L'approccio differenziato assunto dalla Corte di giustizia è stato criticato anche dall'Avvocato Generale *Kokott*³¹⁸, ritenendo che una variabilità nell'interpretazione e nell'applicazione del principio del *ne bis in idem*, a seconda del settore giuridico, mina l'unità dell'ordinamento giuridico dell'Unione. L'importanza basilare di tale principio, quale principio "portante" del diritto dell'Unione, fornito del rango di diritto fondamentale, impedisce una sua applicazione sostanzialmente differenziata. Per la determinazione del suo contenuto dovrebbero valere in tutti i settori i medesimi criteri, non esistendo alcuna motivazione oggettiva per sottoporre, in materia di concorrenza, il principio del *ne bis in idem* a condizioni diverse rispetto alle altre materie. Infatti, come nell'ambito dell'articolo 54 della CAAS, questo principio serve ad assicurare la libera circolazione dei cittadini dell'Unione nel territorio dell'Unione, così esso, nel diritto in materia di concorrenza, contribuisce a migliorare le attività commerciali delle imprese nel mercato interno e a creare condizioni di concorrenza uniformi (c.d. «*level playing field*»).

La conservazione del criterio dell'identità del bene giuridico tutelato comporta, in definitiva, che l'ambito di applicazione del divieto sia più ristretto e la sua portata garantistica sia inferiore rispetto a quanto previsto come soglia minima dalla CEDU, violando il canone di omogeneità (articolo 52 della Carta).

2.2. La potenziale violazione del principio del *ne bis in idem*

L'assenza di regole che impediscano la trattazione del caso concernente la medesima condotta da più autorità, può comportare una potenziale violazione del principio del *ne bis in idem*, sia nelle relazioni verticali (§ 2.2.1.), sia nelle relazioni orizzontali (§ 2.2.2.).

Gli Stati devono facilitare il conseguimento degli obiettivi dell'Unione, tra cui la tutela dei diritti fondamentali. In attuazione del principio di leale cooperazione le autorità nazionali della concorrenza dovrebbero essere incentivate a prendere contatto con le autorità interessate dalla medesima condotta, per coordinare le proprie procedure ed evitare che un'impresa sia sottoposta ad una duplicazione di procedimenti per la medesima condotta

Dovrebbero così essere sfruttati maggiormente gli strumenti offerti dalla Rete per agire congiuntamente. In tal senso, nel caso di più procedimenti, le autorità dovrebbero tenere in considerazione le sanzioni erogate dalle altre autorità della concorrenza, infatti, come si analizzerà in seguito, alcune autorità nazionali, come quella francese, al fine della quantificazione della sanzione

³¹⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale, Juliane Kokott, Corte di giustizia, 14 febbraio 2012, *Toshiba Corporation e altri*, C-17/10, pp. 111 ss., ECLI:EU:C:2011:552.; A. Andreangeli, *Ne bis in idem and Administrative Sanctions Bonda*, Common Market Law Review 1827, 2013.

possono utilizzare il fatturato totale dell'impresa. È chiaro che ciò mostra ancora con più forza la necessità di una maggiore coordinazione tra le autorità.

2.2.1. La dimensione verticale

All'ora attuale, non sussiste alcuna disposizione in materia di assegnazione dei casi che impedisca alla Commissione di trattare un caso esaminato e deciso in precedenza da un'autorità nazionale e, viceversa, non sussiste alcuna disposizione che impedisca ad un'autorità nazionale di esaminare un caso già trattato dalla Commissione, a condizione che il risultato non sia in contrasto con la decisione di quest'ultima.

La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia risale al 1969, ossia al caso *Walt Wilhelm*³¹⁹, in cui la Corte si era pronunciata sulla possibilità di apertura di procedimenti paralleli (da parte della Commissione e delle autorità nazionali garanti della concorrenza), ritenendo che ciò fosse legittimo in virtù del fatto che il diritto della concorrenza dell'Unione e quello nazionale considerano le intese da un punto di vista diverso e, pertanto, non vi sarebbe alcuna violazione del principio del *ne bis in idem*.

La normativa *antitrust* dell'Unione prende in considerazione le intese sotto il profilo degli ostacoli che ne possono conseguire per il commercio tra gli Stati membri, mentre le legislazioni nazionali, ispirandosi a considerazioni proprie a ciascuno Stato, prendono in considerazione le intese in un ambito più ristretto.

In linea di massima, pertanto, un'intesa potrebbe costituire oggetto di procedimenti paralleli, uno dinanzi alle autorità nazionali in applicazione della normativa nazionale, l'altro dinanzi alla Commissione per l'applicazione della normativa dell'Unione. Tale applicazione parallela, tuttavia, rimane ammissibile solo quando non pregiudichi l'uniforme applicazione nel mercato interno delle norme dell'Unione. La Corte aveva addotto un'ulteriore motivazione per autorizzare le indagini parallele da parte della Commissione e delle autorità nazionali: non essendo disciplinato nel Regolamento (CEE) n. 17/1962 il rapporto tra le legislazioni nazionali e le norme dell'Unione europea in materia di concorrenza, in linea di principio le autorità nazionali restavano competenti ad avviare procedimenti anche in relazione a situazioni già oggetto di una decisione della Commissione. La questione concernente la ripartizione delle competenze tra le autorità nazionali garanti della concorrenza e la Commissione è stata ripresa nel caso *Toshiba*³²⁰, ove la Corte ha ricordato che la

³¹⁹ Corte di giustizia, 13 febbraio 1969, *Walt Wilhelm e altri c. Bundeskartellamt*, C-14/68, ECLI:EU:C:1969:4.

³²⁰ Corte di giustizia, 14 febbraio 2012, *Toshiba Corporation e altri c. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*, C-17/10, ECLI:EU:C:2011:552.

portata della perdita di competenza da parte delle autorità nazionali, prevista dall'articolo 11, paragrafo 6, del Regolamento (CE) n. 1/2003, è strettamente collegata all'articolo 3, paragrafo 1 dello stesso Regolamento. Dall'analisi congiunta di queste due disposizioni emerge che, dal momento in cui la Commissione avvia un procedimento, le autorità nazionali perdono la competenza ad applicare non soltanto il diritto della concorrenza dell'Unione, ma anche una parte del diritto nazionale della concorrenza. Le parti del diritto nazionale della concorrenza che continuano a essere applicabili sono indicate all'articolo 3 del Regolamento (CE) n. 1/2003, ossia le autorità nazionali possono continuare ad applicare le norme nazionali più rigorose in materia di condotte unilaterali delle imprese e sono, in ogni caso, libere di applicare le norme nazionali che perseguono principalmente un obiettivo differente rispetto a quelli perseguiti dagli articoli 101 e 102 TFUE.

Nei limiti in cui l'autorità nazionale garante della concorrenza non è autorizzata, in forza dell'articolo 11, del Regolamento (CE) n. 1/2003, ad applicare gli articoli 101 e 102 TFUE, allorché la Commissione ha avviato un procedimento, detta autorità nazionale perde anche la possibilità di applicare le disposizioni di diritto nazionale che vietano le intese e gli abusi di posizione dominante. La Corte, riprendendo la giurisprudenza *Wilhelm*, ha affermato che il diritto dell'Unione e il diritto nazionale in materia di concorrenza si applicano parallelamente e che dette regole considerano le pratiche restrittive sotto aspetti diversi, precisando, inoltre, che la situazione non è stata modificata con l'entrata in vigore del Regolamento (CE) n. 1/2003. Cosicché le autorità nazionali conservano il loro potere di agire anche se la Commissione ha già adottato una decisione, con l'obbligo di non pronunciarsi in maniera contraria a detta decisione.

L'impostazione adottata dalla Corte di giustizia non è esente da critiche, in quanto sembra non essersi adeguata ai mutamenti intervenuti nel sistema dalla sentenza *Wilhelm*. In particolare, negli ultimi anni si è assistiti ad un ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di concorrenza. Il Regolamento (CEE) n. 17, infatti, consentiva agli Stati membri di elaborare e applicare liberamente il diritto nazionale della concorrenza, con l'unico limite che ciò non pregiudicasse l'applicazione piena e uniforme del diritto dell'Unione. Al contrario, oggi, molti Stati membri hanno allineato, su base volontaria, le loro legislazioni nazionali in materia di concorrenza alle norme dell'Unione³²¹.

In seguito all'adozione del Regolamento (CE) n. 1/2003 e al decentramento dell'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione europea non si può più sostenere che le decisioni della

³²¹ F. Louis, G. Accardo, *Ne bis in idem, Part Bis*, 34 *World Competition*, 2011, p. 102; Conclusioni dell'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, Corte di giustizia, 7 gennaio 2004, *Italcementi SpA c. Commissione*, C-213/00 P, pp. 92-94, ECLI:EU:C:2003:84; Conclusioni dell'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, Corte di giustizia, 11 febbraio 2003, *Berlandesgericht Köln - Germania e Rechtbank van eerste aanleg te Veurne - Belgio*, C-187/01, ECLI:EU:C:2003:87, pp. 53-54.

Commissione e le decisioni delle autorità nazionali, basate sugli articoli 101 o 102 del TFUE e sulle disposizioni equivalenti delle legislazioni nazionali, perseguano obiettivi diversi.

2.2.2. La dimensione orizzontale

Come ricordato, non vi sono regole vincolanti concernenti l'allocazione dei casi e non sussiste alcun obbligo di sospensione o chiusura del procedimento qualora un'altra autorità nazionale garante della concorrenza si stia già occupando del medesimo caso, cosicché non è escluso che vengano aperti procedimenti paralleli vertenti sulla medesima condotta.

Ci si interroga, quindi, se una simile situazione sia compatibile con il principio del *ne bis in idem*, in ragione del fatto che, ai sensi dell'articolo 50, la regola del *ne bis in idem* non si applica solo all'interno della giurisdizione di uno stesso Stato, ma anche tra giurisdizioni di più Stati membri.

Inoltre, è rilevante ricordare che, al considerando 37 del Regolamento (CE) n. 1/2003, è espressamente sancito che il 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* ».

Come precedentemente posto in luce, il principio del *ne bis in idem* impedisce che, per proteggere gli stessi beni giuridici, un soggetto venga punito più volte per la stessa infrazione, in quanto tale duplicazione di sanzioni comporterebbe un'inammissibile reiterazione dell'esercizio dello *ius puniendi*³²².

Secondo alcuni, nell'ipotesi in cui molteplici autorità nazionali dovessero infliggere ammende alle stesse imprese per la stessa pratica anticoncorrenziale, relativa ad un mercato comprendente i territori degli Stati membri interessati, non si potrebbe evitare una violazione del principio del *ne bis in idem* facendo leva sull'argomentazione che ogni autorità nazionale prende in considerazione esclusivamente l'effetto della violazione sul proprio territorio nazionale³²³. Infatti, molte autorità, come quella francese, possono prendere in considerazione il fatturato totale dell'impresa.

Non potrebbe, neppure, essere invocata la soluzione secondo cui la seconda autorità che interviene dovrebbe ridurre la sanzione in considerazione dell'importo dell'ammenda inflitta dalla prima, in quanto il principio del *ne bis in idem*, come ricordato dall'Avvocato Generale *Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer*, non è una norma di procedura da utilizzare come palliativo al servizio della proporzionalità

³²² Conclusioni dell'Avvocato Generale *Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer*, Corte di giustizia, 7 gennaio 2004, *Italcementi SpA c. Commissione*, C-213/00 P, p. 98, ECLI:EU:C:2003:84.

³²³ WPJ. Wils, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oxford, Hart Publishing pp 33-34.

nel caso in cui un soggetto venga giudicato e sanzionato due volte per lo stesso comportamento, bensì una garanzia fondamentale³²⁴.

Non si può negare che sia ragionevole l'apertura di un secondo procedimento da parte della Commissione o di un'altra autorità nel caso in cui il primo procedimento sia stato avviato dall'autorità di uno Stato membro che abbia considerato esclusivamente gli effetti della violazione sul proprio territorio nazionale o che abbia inflitto un'ammenda di valore modesto, in modo da evitare una sotto-sanzione e, quindi, rischiare di compromettere l'efficacia dei divieti. Tuttavia, una simile soluzione è sintomo di inefficienza e comporterebbe uno spreco di costi ed energie.

Il sistema dovrebbe, invece, puntare maggiormente sul *Network* e sugli strumenti previsti dal Regolamento (CE) n. 1/2003.

Inoltre, è necessaria l'armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di sanzioni, in modo da garantire che queste siano sufficientemente elevate in tutti gli Stati membri³²⁵.

2.3. L'approccio nazionale

Le interpretazioni divergenti della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con riguardo alla portata del principio del *ne bis in idem* hanno portato ad incertezze applicative.

Le giurisdizioni nazionali, che sono chiamate ad applicare contemporaneamente sia i diritti fondamentali dell'Unione, sia i diritti umani sanciti dalla CEDU, devono evitare di comprometterne l'integrità e la legittimità³²⁶.

In tal senso, è interessante analizzare due differenti casi nazionali vertenti sull'applicazione del principio del *ne bis in idem* nel diritto della concorrenza.

Nella causa *Brabomills*³²⁷, la Corte d'appello di Bruxelles ha dovuto valutare la legittimità di un'ammenda inflitta dall'Autorità della concorrenza belga (BCA)³²⁸ all'impresa *Brabomills* per aver partecipato ad un cartello. Tale condotta era stata precedentemente oggetto di un'indagine da parte

³²⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, *Italcementi SpA c. Commissione*, causa C-213/00 P, ECLI:EU:C:2003:84, pp. 94-96.

³²⁵ WPJ. Wils, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oxford, Hart Publishing pp 109-110.

³²⁶ W. Voermans, *Human Rights Protection in the European Legal Order: The Interaction Between the European and the National Courts*, P. Popelier, C. Van de Heyning and P. Van Nuffel (eds) (Cambridge: Intersentia, 2011), p. 375.

³²⁷ Brussels Court of Appeal, 12 March 2014, Case 2013/MR/6, *Brabomills v Competition Council* (2014) 2 TBM-RCB, 108.

³²⁸ Belgian Competition Authority, 28 February 2013, 2013-I/O-06, *Anticompetitive practices on the market for flour supply and sale in Belgium*, <http://www.mededinging.be> [Accessed 4 May 2017].

dell'Autorità garante della concorrenza olandese, ad esito della quale la *Brabomills* era stata assolta definitivamente.

La Corte d'appello di Bruxelles ha annullato la decisione dell'Autorità della concorrenza belga, in quanto ha ritenuto che quest'ultima non avesse correttamente indicato che le conseguenze da essa prese in considerazione erano territorialmente limitate al Belgio, ma aveva calcolato la sanzione su base forfettaria, cosicché era stato creato il rischio di doppijoni. La Corte ricorda che, per evitare tale duplicazione, l'Autorità avrebbe dovuto individuare esplicitamente le varie conseguenze delle presunte infrazioni sul suo territorio, prima di imporre qualsiasi sanzione.

La Corte d'appello di Bruxelles, nonostante riprenda l'impostazione della Corte di giustizia (le tre condizioni), sembra essere restia nella sua applicazione in concreto.

Essa, infatti, ha ritenuto la mancata individuazione chiara delle conseguenze concrete dell'infrazione e il conseguente rischio di sovrapposizione sufficienti per annullare la decisione (per violazione del principio del *ne bis in idem*)³²⁹.

La riluttanza ad applicare l'approccio della Corte di giustizia è emersa in un altro caso più recente con maggior forza, ossia nel caso *Bpost*³³⁰. L'organo giudicante era sempre la Corte d'appello di Bruxelles, la quale ha annullato la decisione dell'autorità garante della concorrenza belga per violazione del principio del *ne bis in idem*. In particolare, la condotta della società *Bpost* era stata sia oggetto di una decisione di condanna da parte del *BIPT*, l'Autorità di regolamentazione del settore postale e delle telecomunicazioni in Belgio, sia di una decisione di condanna dell'Autorità nazionale della concorrenza, per violazione dell'articolo 102 TFUE.

La Corte d'appello ha ritenuto che, sebbene le due decisioni delle Autorità si fondassero su basi giuridiche diverse (regolamenti settoriali postali e diritto della concorrenza), il principio del *ne bis in idem* dovesse ugualmente trovare applicazione, in quanto entrambe le indagini avevano carattere penale e riguardavano *i*) lo stesso autore del reato, *ii*) lo stesso presunto comportamento illecito, *iii*) le stesse imprese interessate e *iv*) gli stessi mercati interessati.

La Corte d'appello ha concluso che l'articolo 50 della Carta dovesse essere interpretato esclusivamente in modo coerente con l'articolo 4 del Protocollo addizionale n. 7, come interpretato dalla CEDU, discostandosi, quindi, dall'impostazione della Corte di giustizia.

La Corte d'appello di Bruxelles ha così eluso la contraddizione derivante dall'interpretazione divergente della Corte di giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, utilizzando

³²⁹ B. Vleeshouwers, T. Verstraeten, *The postman always rings twice... on the application of the ne bis in idem principle in competition law*, *European Competition Law Review*, 2017.

³³⁰ Corte di Appello Bruxelles, 10 novembre 2016, N. 2013/MR/2, disponibile al seguente indirizzo http://www.bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/20161110_cab_2013mr2_bpost.pdf.

l'escamotage della "situazione puramente interna". In particolare, ha affermato che in quel caso particolare l'articolo 50 della Carta dovesse essere interpretato esclusivamente in linea con l'articolo 4 del protocollo n. 7 della CEDU in quanto l'impostazione seguita nei casi *Walt Wilhelm* e *Toshiba* non trova applicazione a situazioni puramente interne.

2.4. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia

L'interpretazione del principio del *ne bis in idem* nel diritto della concorrenza è ancora oggi oggetto di discussione, come emerge da un recente rinvio pregiudiziale sottoposto alla Corte di giustizia il 30 ottobre 2017³³¹.

In particolare, il giudice polacco ha sottoposto, tramite rinvio pregiudiziale, due diversi quesiti alla Corte di giustizia. In primo luogo, ha chiesto se sia ammissibile un'interpretazione dell'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione in base alla quale l'applicazione del principio del *ne bis in idem* è subordinata non soltanto all'identità dell'autore della violazione e all'identità delle circostanze di fatto, ma altresì all'identità dell'interesse giuridico protetto.

In secondo luogo, ha chiesto se l'articolo 3 del regolamento (CE) n. 1/2003, in combinato disposto con l'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, debba essere interpretato nel senso che il diritto dell'Unione europea e il diritto nazionale in materia di concorrenza, applicati in parallelo da un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro dell'Unione europea, proteggono uno stesso interesse giuridico.

Nel novembre 2018, l'Avvocato Generale *Nils Wahl*, ha presentato le proprie conclusioni sul rinvio pregiudiziale³³². Dopo aver ricordato che la giurisprudenza della Corte sull'applicazione del principio del *ne bis in idem* ha le sue radici in una causa decisa nei primi decenni dell'integrazione europea, all'epoca della quale era certamente giustificato ritenere che la legislazione nazionale e la normativa comunitaria in materia di concorrenza perseguissero obiettivi differenti e fossero pertanto destinate a tutelare interessi giuridici diversi, egli sottolinea che oggi la questione è sicuramente più complessa. In primo luogo, non è più possibile ritenere che il diritto nazionale e quello dell'Unione in materia di concorrenza considerino il comportamento anticoncorrenziale sotto aspetti diversi, in quanto le legislazioni nazionali si sono allineate sempre di più a quella europea, molte volte ricalcandola.

³³¹ Corte di giustizia, 3 aprile 2019, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. w Warszawie c. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, C-617/17, ECLI:EU:C:2018:976.

³³² Conclusioni dell'Avvocato Generale *Nils Wahl*, Corte di giustizia, 3 aprile 2019, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. w Warszawie c. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, C-617/17, ECLI:EU:C:2018:976.

In secondo luogo, è possibile rilevare una certa tensione tra il triplice criterio applicato nell'ambito della legislazione in materia di concorrenza e l'articolo 50 della Carta.

È pertanto difficile rinvenire le ragioni in base alle quali si dovrebbe continuare ad applicare detto criterio nell'ambito della normativa sulla concorrenza. Alla luce di ciò, l'Avvocato Generale ha condiviso la posizione dell'Avvocato Generale *Kokott*, secondo cui il principio del *ne bis in idem*, come sancito nell'articolo 50 della Carta, dovrebbe essere interpretato in maniera uniforme in tutti i settori del diritto dell'Unione, tenendo debito conto dei canoni della giurisprudenza della Corte EDU. Secondo l'Avvocato Generale, infatti, il solo fatto che la normativa in materia di concorrenza non rientri nel "cuore" del diritto penale, o che le sanzioni nell'ambito del diritto della concorrenza debbano spiegare un effetto deterrente, non integrano ragioni sufficienti per limitare, nel settore del diritto della concorrenza, la tutela accordata dalla Carta. Il rischio che più autorità avviino procedimenti a carico di una stessa impresa per una medesima azione è implicito in un sistema decentralizzato di attuazione della normativa in materia di concorrenza istituito dal Regolamento (CE) n. 1/2003 e per tale motivo il ricorso al principio del *ne bis in idem* non dovrebbe essere subordinato a criteri eccessivamente rigorosi. In tal senso, una tutela efficace della concorrenza può essere raggiunta senza ricorrere al requisito dell'identità degli interessi giuridici tutelati. Sulla base del duplice criterio dell'identità dei fatti e del contravventore, il principio del *ne bis in idem* vieterebbe che all'interno dell'Unione più autorità garanti della concorrenza infliggano sanzioni per gli effetti anticoncorrenziali di una medesima condotta, qualora tali sanzioni si riferiscano allo stesso territorio e allo stesso periodo all'interno dell'Unione europea. Inoltre, una simile impostazione non avrebbe come effetto quello di vietare che più autorità perseguano o puniscano le limitazioni della concorrenza derivanti da una medesima condotta in differenti territori o in differenti periodi. Infatti, nell'ambito della legislazione in materia di concorrenza, gli effetti del comportamento addebitato, che si collegano a uno specifico territorio e a uno specifico periodo, integrano una componente necessaria dei fatti.

Il duplice criterio dell'*idem* oltre a garantire una repressione efficace dei comportamenti anticoncorrenziali nell'Unione europea, assicura un livello di certezza giuridica più elevato per le imprese, in conformità ai requisiti dell'articolo 50 della Carta come interpretato alla luce della giurisprudenza della Corte EDU.

La Corte di giustizia³³³ in risposta al rinvio pregiudiziale ha ritenuto di esaminare congiuntamente i quesiti sottoposti dal giudice polacco, ovvero se il principio del *ne bis in idem*, sancito all'articolo 50 della Carta, debba essere interpretato nel senso che esso osta a che un'autorità nazionale garante della

³³³ Corte di giustizia, 3 aprile 2019, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. w Warszawie c. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, causa C-617/17.

concorrenza infligga ad un'impresa, nell'ambito di una stessa decisione, un'ammenda per violazione del diritto nazionale della concorrenza e un'ammenda per violazione dell'articolo 102 TFUE.

La Corte in risposta al rinvio ricorda che, secondo la giurisprudenza costante, il diritto dell'Unione e il diritto nazionale in materia di concorrenza si applicano parallelamente, in quanto le regole di concorrenza a livello europeo e nazionale considerano le pratiche restrittive sotto aspetti diversi e i loro ambiti di applicazione non coincidono.

Per quanto riguarda il tenore letterale dell'articolo 50 della Carta, quest'ultimo stabilisce che «[n]essuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge».

Tale articolo riguarda quindi specificamente la ripetizione di un procedimento conclusosi con una decisione definitiva riguardante il medesimo elemento materiale. Orbene, nella situazione in cui l'autorità nazionale proceda ad un'applicazione parallela del diritto nazionale della concorrenza e dell'articolo 102 TFUE, è assente una siffatta ripetizione. Il principio del *ne bis in idem* ha come obiettivo la tutela contro la duplicazione di procedimenti che conducono all'irrogazione di una condanna, pertanto non trova applicazione nell'ipotesi in cui, in una stessa decisione, sia data applicazione, parallelamente, al diritto nazionale della concorrenza e al diritto dell'Unione in materia di concorrenza.

In conclusione, la Corte ha sancito che il principio del *ne bis in idem* sancito dall'articolo 50 della Carta deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che un'autorità nazionale garante della concorrenza infligga ad un'impresa, nell'ambito di una stessa decisione, un'ammenda per violazione del diritto nazionale della concorrenza e un'ammenda per violazione dell'articolo 102 TFUE. In una situazione del genere l'autorità nazionale garante della concorrenza deve tuttavia assicurarsi che le ammende considerate congiuntamente siano proporzionate alla natura dell'infrazione.

Il caso in esame rappresenta senza dubbio un'occasione mancata per la Corte di giustizia. Un'occasione che la Corte avrebbe potuto sfruttare per cambiare la propria impostazione, adattando la sua applicazione all'evoluzione del sistema.

L'articolo 50 della Carta costituisce un incentivo per rendere più efficiente il sistema e più garantistico. L'estensione del campo di applicazione del principio del *ne bis in idem* a tutte le giurisdizioni dell'Unione porta con sé un obiettivo integrazionista³³⁴. Il tema della tutela dei diritti fondamentali, infatti, incide direttamente sul mercato e sulle sue regole, con la conseguenza che le

³³⁴ WPJ. Wils, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oxford, Hart Publishing pp 109-110.

relative discipline devono essere adeguate³³⁵. In tal senso, è pienamente condivisibile la posizione dell'Avvocato Generale *Nils Wahl* secondo il quale potrebbe essere raggiunta una tutela efficace della concorrenza senza ricorrere al requisito dell'identità degli interessi giuridici tutelati. Infatti, adottare, come per gli altri settori, il duplice criterio dell'*idem*, oltre a garantire una repressione efficace dei comportamenti anticoncorrenziali nell'Unione europea, assicura un livello di certezza giuridica più elevato per le imprese, in conformità ai requisiti dell'articolo 50 della Carta come interpretato alla luce della giurisprudenza della Corte EDU.

In un sistema decentralizzato come quello istituito dal Regolamento (CE) n. 1/2003 si mostra necessario rafforzare gli strumenti di cooperazione tra le autorità per prevenire la violazione del principio del *ne bis in idem*. Come visto, lo stesso Regolamento al considerando 37 sancisce che *«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»*.

3. Lo scambio di informazioni

La possibilità di scambiarsi le informazioni all'interno della Rete è di fondamentale importanza per un'efficiente condivisione del lavoro tra le autorità.

Il Regolamento (CE) n. 1/2003 ha introdotto delle disposizioni specifiche in materia, eliminando le restrizioni previgenti risultanti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. In particolare, nel caso *the Spanish Banks*³³⁶, la Corte di giustizia aveva stabilito che le autorità nazionali garanti della concorrenza, che avevano ricevuto legalmente informazioni dalla Commissione, non potevano utilizzarle per un motivo diverso da quello per cui erano state ottenute, ossia il procedimento della Commissione per l'applicazione delle regole di concorrenza dell'Unione. Ciò significava che le autorità nazionali non potevano utilizzare tali informazioni come elementi di prova nei procedimenti nazionali disciplinati dal diritto nazionale.

Il Regolamento ha introdotto il diritto delle autorità di scambiare e utilizzare tutti flussi di informazioni. In particolare, l'articolo 12 del Regolamento autorizza le autorità nazionali garanti della concorrenza a scambiare informazioni tra loro e ad utilizzarle come prova, comprese le informazioni riservate.

³³⁵ B. Nascimbene, *Autorità amministrative indipendenti e sanzioni "penali". Un'occasione di confronto fra CEDU e diritto UE*, 2017, disponibile sulla rivista online Eurojus.

³³⁶ Corte di giustizia, 16 luglio 1992, *Dirección General de Defensa de la Competencia c. Asociación Española de Banca Privada (AEB) e altri*, C-67/91, pp. 34 e 35, ECLI:EU:C:1992:330.

Dette informazioni possono essere utilizzate come mezzo di prova soltanto ai fini dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE e riguardo all'oggetto dell'indagine per il quale sono state raccolte dall'autorità che le trasmette.

Vi è, tuttavia, un'apertura a tale limite: qualora la legislazione nazionale in materia di concorrenza sia applicata allo stesso caso e in parallelo al diritto comunitario in materia di concorrenza, e non porti ad un risultato diverso, le informazioni scambiate possono essere utilizzate anche per l'applicazione della legislazione nazionale in materia di concorrenza.

Alla luce del primato del diritto dell'Unione, e quindi del Regolamento, la legalità di tale scambio non può essere contestata dagli ordinamenti nazionali. Di conseguenza, ogni limitazione nazionale all'uso di dette informazioni non troverà applicazione.

Il Regolamento (CE) n. 1/2003 non obbliga le autorità nazionali garanti della concorrenza a scambiarsi informazioni, restando una mera "facoltà"; questo, tuttavia, non significa che gli Stati membri siano legittimati a privare le autorità del beneficio derivante dal Regolamento. La "facoltà" implica semplicemente che, in un caso specifico, i membri della Rete hanno la facoltà di non scambiare informazioni o di non utilizzarle.

Il collegamento tra la facoltà di scambio di informazione, di cui all'articolo 12 del Regolamento, e il dovere di leale cooperazione, di cui all'articolo 4 TUE, non appare del tutto chiaro.

Infatti, nell'ambito della cooperazione tra la Commissione e giudici nazionali, l'articolo 4 TUE è stato richiamato dalla Corte di giustizia per imporre in capo alla Commissione l'obbligo di trasmettere le informazioni in suo possesso ai giudici nazionali³³⁷.

Allo stesso modo, ci si potrebbe domandare se un obbligo analogo esista anche in relazione alle autorità nazionali garanti della concorrenza, ossia se un'autorità nazionale garante della concorrenza sia tenuta a fornire alle altre autorità nazionali le informazioni in suo possesso.

Secondo una prima impostazione, si potrebbe ritenere che l'articolo 12 del Regolamento debba essere interpretato alla luce dell'articolo 4 TUE, ossia la "facoltà" in realtà sarebbe un obbligo di scambio di informazioni richieste da un altro membro della Rete ai fini dell'applicazione delle regole di concorrenza dell'Unione. In caso contrario, si rischierebbe di compromettere l'efficace e corretto funzionamento del sistema.

³³⁷ Tribunale, 18 settembre 1996, *Postbank NV c. Commissione delle Comunità europee*, T-353/94, pp. 64 e 65, ECLI:EU:T:1996:119. « Il principio di leale collaborazione, sancito dal citato art. 5, impone alle istituzioni comunitarie, e soprattutto alla Commissione, incaricata di vigilare sull'applicazione delle disposizioni del Trattato, di cooperare attivamente con il giudice nazionale che opera per reprimere infrazioni ad una disciplina comunitaria. Tale concorso, che si articola in forme diverse, può consistere, se del caso, nella comunicazione ai giudici nazionali di documenti acquisiti dalle istituzioni nell'esercizio delle loro funzioni (v. ordinanza della Corte di giustizia, 6 dicembre 1990, *Zwartveld e altri*, C-2/88, pp. 16-22, ECLI:EU:C:1990:440). Nell'ambito di un procedimento di applicazione della normativa comunitaria sulla concorrenza, tale principio implica segnatamente, come si evince dalla giurisprudenza della Corte, che il giudice nazionale ha il diritto di informarsi presso la Commissione sullo stato del procedimento eventualmente iniziato, nonché quello di ottenere da tale istituzione i dati economici e giuridici che essa è in grado di fornirgli (...) ».

Adottando un'impostazione contraria, si potrebbe invece sostenere che non era intenzione del Consiglio imporre un simile obbligo ai membri della Rete, in quanto ha qualificato espressamente lo scambio di informazione come una mera facoltà³³⁸.

Come visto, l'articolo 12 del Regolamento consente ai membri della Rete di scambiare tutte le tipologie di informazioni, comprese quelle riservate. Lo scambio di informazioni riservate permette di liberare gli stessi membri della Rete dall'obbligo di verificare, caso per caso, la natura delle stesse. Tuttavia, non si deve pensare che tale scambio di informazioni significhi che esse possono essere divulgate al di fuori della Rete. Il Regolamento, infatti, contiene uno standard minimo comune per la protezione delle informazioni riservate in tutti gli Stati membri.

Ai sensi dell'articolo 28 del Regolamento, i membri della Rete non devono divulgare le informazioni da essi acquisite o scambiate. Ciò implica che tutte le autorità nazionali devono disporre di una procedura efficace per garantire che le informazioni che circolano all'interno della Rete rimangano all'interno della stessa (c.d. segreto d'ufficio)³³⁹. Il divieto si estende a tutte le altre informazioni che un'autorità acquisisce o scambia nel contesto dei meccanismi di cooperazione previsti dal Regolamento.

Nel tentativo di comprendere ciò che sia coperto dal segreto d'ufficio³⁴⁰, si potrebbe ritenere che il segreto si estenda a tutte le informazioni delle quali vengano a conoscenza i membri della Rete nell'esercizio delle proprie funzioni, ad eccezione delle informazioni di dominio pubblico. Il concetto di segreto d'ufficio non si concentra quindi sulla natura dell'informazione in sé, ma sulle circostanze in cui essa viene comunicata o ottenuta.

Sebbene l'obbligo del segreto d'ufficio vada oltre la protezione dei segreti aziendali o di altre informazioni riservate, queste tipologie sono le più controverse.

Con riferimento al segreto professionale, il Tribunale dell'Unione ha individuato alcuni criteri da prendere in considerazione al fine di stabilire se una determinata informazione costituisca un segreto

³³⁸ J. Faull, A. Nikpay, *The EU law of competition*, Oxford, 2014, p. 145.

³³⁹ L'articolo 28 sancisce che: «Salvo il disposto degli articoli 12 e 15, le informazioni raccolte ai sensi degli articoli da 17 a 22 possono essere utilizzate soltanto per lo scopo per il quale sono state assunte. Fatti salvi lo scambio e l'uso delle informazioni previste dagli articoli 11, 12, 14, 15 e 27, la Commissione e le autorità degli Stati membri garanti della concorrenza nonché i loro funzionari, agenti e altre persone che lavorano sotto il controllo di dette autorità così come i funzionari e gli agenti di altre autorità degli Stati membri sono tenuti a non divulgare le informazioni acquisite o scambiate in applicazione del presente regolamento e che, per la loro natura, sono protette dal segreto d'ufficio. Questo obbligo è valido anche per tutti i rappresentanti e gli esperti degli Stati membri partecipanti alle riunioni del Comitato consultivo conformemente all'articolo 14 ».

³⁴⁰ Con riferimento alla definizione di informazione riservata la Corte di giustizia ha sottolineato che, sebbene l'articolo 399 TFUE si riferisca principalmente alle informazioni raccolte presso le imprese, l'espressione "in particolare" significa che il principio in questione è generale e si applica anche alle informazioni fornite da persone fisiche (Corte di giustizia, 7 novembre 1985, *Stanley George Adams c. Commissione delle Comunità europee*, C-145/83, p. 34, ECLI:EU:C:1985:448).

aziendale. Al riguardo, nella causa *Bank Austria*,³⁴¹ il Tribunale ha affermato che: « *le informazioni protette dal segreto professionale non possono essere divulgate al pubblico ed esse includono, oltre ai segreti commerciali, le informazioni note solo a un numero ristretto di persone e la cui divulgazione potrebbe arrecare un pregiudizio grave alla persona che le ha fornite ovvero a terzi. Infine, occorre che gli interessi passibili di essere lesi dalla divulgazione delle informazioni in questione siano oggettivamente meritevoli di tutela. La valutazione del carattere riservato di un'informazione necessita, quindi, di una ponderazione tra i legittimi interessi che ostano alla sua divulgazione e l'interesse generale secondo cui le attività delle istituzioni dell'Unione devono svolgersi nel massimo rispetto del principio di trasparenza* ».

Inoltre, una costante giurisprudenza ritiene che non siano né segrete né riservate le informazioni che sono state tali ma che risalgono a cinque anni addietro e che, pertanto, dovrebbero essere considerate storiche³⁴².

La Commissione, nella Comunicazione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio³⁴³, ha riportato alcuni esempi di informazioni relative ad un'impresa che possono qualificarsi come segreti aziendali. In particolare, si possono qualificare come tali le informazioni di ordine tecnico e/o finanziario riguardanti il *know-how*, i metodi di valutazione dei costi, i segreti e 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.

Poi, vi sono ulteriori informazioni riservate. A seconda delle circostanze specifiche di ogni singolo caso, può trattarsi di informazioni provenienti da terzi riguardanti imprese che sono in grado di esercitare una pressione molto considerevole, di natura economica o commerciale, sui loro concorrenti o partner commerciali, clienti o fornitori. Il concetto di altre informazioni riservate può comprendere informazioni che potrebbero consentire alle parti di identificare i denunciati o altri terzi, i quali hanno invece motivi per voler rimanere anonimi. Inoltre, rientrano in detta categoria anche i segreti militari.

L'articolo 12 del Regolamento non solo disciplina lo scambio di informazioni all'interno della Rete, ma costituisce anche la base giuridica per l'utilizzo delle stesse come prova.

In particolare, permette ai membri della Rete di utilizzare nei loro procedimenti tutte le informazioni

³⁴¹ Tribunale, 15 luglio 2015, *Pilkington Group Ltd c. Commissione europea*, T-462/12, p. 45, ECLI:EU:T:2015:508.

³⁴² Ordinanza del Tribunale, 15 novembre 1990, *Rhône Poulenc c. Commissione*, T 1/89, p. 23; Ordinanza del presidente della Quarta Sezione del Tribunale, 22 febbraio 2005, *Hynix Semiconductor c. Consiglio*, T 383/0.

³⁴³ 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, (2005/C 325/07), 22 dicembre 2005.

ricevute da un altro membro della Rete.

Qualora la legislazione nazionale in materia di concorrenza sia applicata allo stesso caso e in parallelo al diritto dell'Unione, e non porti ad un risultato diverso, le informazioni scambiate possono essere utilizzate anche per l'applicazione della legislazione nazionale in materia di concorrenza.

Al fine di definire la portata dell'oggetto dell'indagine per il quale le informazioni sono state raccolte, ci si può ispirare alla giurisprudenza della Corte di giustizia in relazione alle limitazioni imposte alla Commissione.

In particolare, nella causa *Hoechst*³⁴⁴, la Corte ha collegato l'obbligo per la Commissione di specificare l'oggetto di un'ispezione al suo obbligo di indicare chiaramente i fatti che intende indagare.

Se applichiamo il medesimo principio per l'utilizzo delle informazioni trasmesse, l'autorità di concorrenza ricevente potrebbe utilizzare le informazioni scambiate solo per provare un'infrazione relativa agli stessi elementi di fatto per i quali un'altra autorità le ha raccolte.

La giurisprudenza della Corte sembra suggerire che questo contesto fattuale sia costituito dal prodotto e dal comportamento delle imprese. Rimane invece esclusa l'identità delle imprese, potendo essere utilizzate anche nei confronti di un'altra impresa. Inoltre, neanche la qualificazione giuridica rientra nell'oggetto dell'indagine. Di conseguenza, anche se l'autorità che ha raccolto le informazioni ha qualificato un comportamento come in violazione delle sole norme nazionali in materia di concorrenza, ciò non impedisce ad un'altra autorità di utilizzare dette informazioni per applicare gli articoli 101 e 102 TFUE, purché il contesto fattuale rimanga lo stesso.

Le informazioni scambiate possono essere utilizzate come mezzo di prova per comminare sanzioni a persone fisiche soltanto quando: *a)* il diritto dell'autorità che trasmette le informazioni preveda sanzioni di tipo analogo in caso di infrazione all'articolo 101 o all'articolo 102 TFUE o, in mancanza, *b)* le informazioni siano state raccolte in modo tale che il livello di tutela dei diritti di difesa delle persone fisiche sia il medesimo 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.

Questa protezione aggiuntiva si spiega con il fatto che i diritti di difesa delle persone fisiche sono generalmente più ampi di quelli delle imprese e quindi abbisognano di una tutela più estesa.

³⁴⁴ Corte di giustizia, 21 settembre 1989, *Hoechst AG c. Commissione delle Comunità europee*, C-46/87, pp. 41 e 42, ECLI:EU:C:1989:337.

4. Le ispezioni *cross-border* e l'esecuzione transfrontaliera delle decisioni

La cooperazione tra autorità risulta indispensabile in un settore come quello della concorrenza, ove le infrazioni hanno spesso carattere transfrontaliero. Le autorità in tal senso possono contare sulla cooperazione di altre autorità durante lo svolgimento delle ispezioni (§ 4.1.) e nell'esecuzione delle decisioni (§ 4.2.).

4.1. Le ispezioni *cross-border*

Le autorità nazionali possono effettuare sul proprio territorio accertamenti e ispezioni in nome e per conto dell'autorità di un altro Stato membro o della Commissione. Lo scopo delle ispezioni *cross-border* è quello di aggirare l'ostacolo rappresentato dalla competenza geograficamente limitata delle autorità a ricercare prove per la violazione degli articoli 101 e 102 TFUE.

In primo luogo, ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 2 del Regolamento (CE) n. 1/2003, la Commissione può richiedere alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri di procedere agli accertamenti che essa ritiene necessari. In tal caso, le ispezioni sono effettuate sulla base delle legislazioni nazionali e, al termine delle operazioni, gli elementi di prova sono comunicati alla Commissione, ai sensi dell'articolo 12 del Regolamento. L'ipotesi in questione è da tenere distinta da quella in cui le ispezioni sono effettuate dalla stessa Commissione con l'assistenza degli agenti nazionali, in quanto in quest'ultima ipotesi sono applicate le norme europee.

In secondo luogo, ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 1 del Regolamento (CE) n. 1/2003, l'autorità di uno Stato membro può procedere, sul proprio territorio, a qualsiasi accertamento o altra misura di acquisizione in nome e per conto dell'autorità di un altro Stato membro. Le indagini sono realizzate dall'autorità del territorio in cui devono essere svolte le ispezioni sulla base del diritto nazionale. Anche in tale ipotesi, le prove raccolte saranno trasmesse all'autorità nazionale richiedente, secondo le procedure previste dal Regolamento (CE) n. 1/2003, affinché quest'ultima possa utilizzarle nel corso del procedimento avviato a livello nazionale.

Dalla formulazione letterale dell'articolo 22, sembrerebbe che nel caso di ispezioni effettuate su delega della Commissione vi sia un obbligo per le autorità nazionali di effettuare dette ispezioni, al contrario, nel caso di richiesta da parte di un'autorità nazionale, l'interpellata sembrerebbe avere la facoltà di rifiutare l'assistenza. In particolare, l'articolo 22, paragrafo 1 dispone che l'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro « può procedere » ad effettuare le ispezioni. Al contrario, il

paragrafo 2, sancisce che su richiesta della Commissione, le autorità garanti « *procedono* » agli accertamenti richiesti³⁴⁵.

La possibilità per il personale di un'autorità di assistere ad un'ispezione effettuata da un'autorità di un altro Stato membro varia a seconda degli ordinamenti nazionali. Diverse autorità accettano la presenza o la cooperazione di personale delle autorità di altri Stati membri, mentre altre lo permettono solo nell'ambito di una richiesta formale³⁴⁶.

Le ispezioni a livello nazionale sono effettuate sulla base delle procedure nazionali che, nonostante una progressiva convergenza spontanea, mostrano ancora alcune differenze sostanziali³⁴⁷. Nelle ispezioni *cross-border*, l'autorità garante della concorrenza che accetta di effettuare le indagini sul proprio territorio, le compie applicando la legislazione nazionale e non quella dello Stato dell'autorità richiedente. In tal senso, qualora le condizioni di ispezioni dell'autorità delegata siano meno garantistiche rispetto a quella dell'autorità richiedente, quest'ultima potrà utilizzare degli elementi probatori che non avrebbe potuto utilizzare in base al diritto nazionale.

Un esempio è il caso francese del carburante³⁴⁸, concernente un cartello posto in essere da quattro compagnie petrolifere: *Chevron-Texaco*, *Total*, *Exxon* et *Shell*. In particolare, le compagnie in questione si erano ripartite il mercato, limitando congiuntamente i volumi offerti e costringendo *Air France* ad accettare le offerte per coprire il proprio fabbisogno di carburante senza poterne negoziare i prezzi. Durante le investigazioni, il *Conseil de la Concurrence* francese ha chiesto all'autorità britannica garante della concorrenza, l'*Office of Fair Trading* (OFT), di effettuare investigazioni per suo conto nel Regno Unito, dove avevano la sede diverse imprese coinvolte nella pratica. L'autorità britannica ha così effettuato le ispezioni secondo il diritto inglese, senza ottenere la preventiva autorizzazione giudiziaria (invece obbligatoria secondo il diritto francese). Le compagnie petrolifere,

³⁴⁵ N. Jalabert-Doury, *Les inspections de concurrence des autorités françaises*, Mayer Brown, Concurrences, 2019, pp. 28 ss.

³⁴⁶ ECN (2012b) *Working Group Cooperation Issues and Due Process, Investigative Powers Report*; ECN (2012a), *Working Group Cooperation Issues and Due Process, Decision-making Powers Report*. La nuova disciplina dettata dalla Direttiva (UE) 2019/1 impone agli Stati membri di dotare le autorità nazionali del potere di esercitare nel proprio territorio le attività investigative e le audizioni in nome e per conto di altre autorità nazionali garanti della concorrenza e che i funzionari e le altre persone che li accompagnano autorizzati dall'autorità richiedente possano assistere all'accertamento ispettivo o alle audizioni svolti dall'autorità adita e parteciparvi attivamente.

³⁴⁷ Ad esempio, il potere delle autorità garanti della concorrenza di ispezionare i locali commerciali in alcuni casi è limitato o circoscritto, o ancora, vi è la diversa protezione dei c.d. *Legal Professional Privilege*. Nella maggior parte degli Stati questi si riferiscono solamente alle comunicazioni con i legali esterni, in altri Stati, invece, copre tutte le comunicazioni con legali, indipendentemente se sono consulenti interni o esterni. In secondo luogo, il potere di ispezione di alcune autorità è limitato temporalmente, ovvero è previsto un limite di tempo entro il quale l'autorità deve effettuare le ispezioni.

³⁴⁸ Décision du 4 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés des Pétroles Shell, Esso SAF, Chevron Global Aviation, Total Outre Mer et Total Réunion, 08-D-30 .

lamentando una violazione del diritto di difesa, hanno impugnato la decisione dinanzi la Corte d'Appello di Parigi³⁴⁹.

Le compagnie sostenevano che la richiesta di assistenza rivolta all'*OFT* avrebbe dovuto essere preventivamente autorizzata dal giudice francese, ai sensi dell'articolo L. 450-4 del *code de commerce* e degli articoli 6 e 8 della CEDU. La Corte d'Appello, contrariamente a quanto sostenuto dalle ricorrenti, ha ritenuto che le disposizioni del *code de commerce* non subordinano ad un'autorizzazione giudiziaria preventiva la domanda di assistenza formulata ai sensi dell'articolo 22 del Regolamento (CE) n. 1/2003 e che le investigazioni sono disciplinate dal diritto nazionale dello Stato in cui devono avvenire le ispezioni, ossia quello dell'autorità delegata e non quello della richiedente. Inoltre, la Corte ha evidenziato che la legislazione francese e quella britannica costituiscono un insieme coerente di norme diverse, in grado di garantire in modo differente ma equivalente i diritti fondamentali delle parti. In definitiva, le imprese possono contestare dinanzi alle giurisdizioni dell'autorità delegante nell'ambito del ricorso definitivo contro la decisione: *a*) le condizioni di ricorso alla delega, (contestazione dell'applicabilità del diritto dell'UE, contestazione della decisione di ricorso alla delegazione); *b*) le condizioni dell'utilizzo delle prove in questione da parte dell'autorità delegante.

Al contrario, la legalità e le condizioni di realizzazione delle investigazioni, essendo disciplinate esclusivamente dalla legge dello Stato in cui avvengono le investigazioni, possono essere contestate solamente dinanzi alle giurisdizioni di detto Stato.

Si veda un altro caso *Aspen*³⁵⁰, in cui l'autorità della concorrenza italiana aveva richiesto assistenza, ai sensi dell'art. 22 del Regolamento, all'autorità della concorrenza irlandese, la quale aveva effettuato le ispezioni presso le sedi del gruppo presenti in Irlanda. *Aspen*, in sede di ricorso dinanzi al giudice italiano, sosteneva che le ispezioni condotte dall'autorità irlandese fossero illegittime, in quanto in un caso analogo l'*High Court*³⁵¹ irlandese aveva ritenuto che l'acquisizione di documenti estranei all'oggetto dell'indagine era in violazione dell'articolo 8 CEDU. *Aspen* sosteneva che, nel corso delle indagini, l'autorità irlandese aveva acquisito un *hard drive* esterno del direttore generale senza verificare la rilevanza del suo contenuto, posticipando tale esame in una fase successiva. Il giudice italiano ha rigettato il ricorso sulle base del fatto che la contestazione della violazione di norme appartenenti ad altri ordinamenti giuridici deve essere fatta valere solo dinanzi a detta giurisdizione.

³⁴⁹ Cour d'appel de Paris, 28 mars 2013, RG 2011/18245.

³⁵⁰ Provvedimento del 29 settembre 2016, n. 26185, caso A480, *Incremento prezzo farmaci Aspen*, in Boll. n. 36/2016.

³⁵¹ Sentenza High Court, 5 aprile 2016, *CRH PLC, Irish Cement Limited and Seamus Lynch and The Consumer Protection Commission*, Record n. 2015/9210P.

Il ricorso agli strumenti di cooperazione introdotti dal Regolamento (CE) n. 1/2003 sono stati utilizzati frequentemente. Dall'analisi delle ultime relazioni annuali dell'autorità della concorrenza italiana³⁵² risulta che, nel 2017, l'autorità ha dato seguito a tre richieste formali di assistenza ai sensi dell'articolo 22(1) del Regolamento (CE) n. 1/2003 da parte di alcune autorità di concorrenza della Rete. In particolare, l'assistenza richiesta, inserita all'interno di indagini volte ad accertare l'esistenza di una infrazione dell'articolo 101 o 102 TFUE, ha riguardato la raccolta di informazioni a nome e per conto delle autorità richiedenti. Nel corso del 2016, l'autorità italiana ha prestato assistenza ad una richiesta formale ex art. 12 del Regolamento (CE) n. 1/2003, per la trasmissione di informazioni, mentre a sua volta ha ricevuto supporto in tre istanze, sempre ex art. 12, da parte dell'autorità inglese e dalla Commissione. Inoltre, l'autorità italiana ha dato seguito a due richieste di assistenza da parte della Commissione nell'espletamento di accertamenti ispettivi effettuati nel territorio italiano e ha risposto a 22 richieste di informazioni da parte di altre autorità nazionali su un ampio numero di questioni, sia di carattere nazionale che trasversale.

Con riguardo al contesto francese, dall'analisi delle ultime relazioni annuali³⁵³ risulta che, nel 2017, l'Autorità francese ha assistito due volte l'autorità greca, quella lussemburghese e quella tedesca, ex articolo 22 del Regolamento (CE) n. 1/2003. L'autorità francese ha invece inviato tre richieste formali di assistenza all'autorità tedesca, italiana e olandese.

Si è registrato, inoltre, un livello particolarmente elevato di scambio formale di informazioni. Oltre a numerosi scambi informali con le autorità nazionali e con la Commissione europea, l'autorità francese ha rivolto all'autorità tedesca, inglese, spagnola, italiana e olandese richieste di informazioni ai sensi dell'articolo 12 nell'ambito delle discussioni sulla potenziale riassegnazione dei casi. Ne ha ricevuti tre dall'autorità tedesca, greca e lussemburghese.

Il 2016 l'autorità francese è stata invitata ad assistere le autorità slovene e rumene competenti in materia di concorrenza in tre occasioni. Per contro, non ha presentato alcuna richiesta di attuazione dell'articolo 22 del Regolamento n. 1/2003 alle altre autorità.

Con riguardo allo scambio di informazioni, ex articolo 12 del Regolamento (CE) n. 1/2003, oltre a numerosi scambi informali con le autorità nazionali e con la Commissione, l'autorità francese ha presentato due richieste di informazioni, alla Commissione europea e all'autorità olandese, nel contesto delle discussioni sulla potenziale riassegnazione dei casi. Inoltre, ha ricevuto quattro richieste di informazioni da parte delle autorità austriaca, slovena e rumena.

³⁵² Disponibili sul sito dell'AGCM, www.agcm.it.

³⁵³ Disponibili sul sito dell'*Autorité de la concurrence*, www.autoritedelaconurrence.fr.

Lo scambio di informazioni tra autorità e la possibilità di effettuare ispezioni *cross-border* rappresentano degli strumenti indispensabile in un contesto sempre più globalizzato, dove le condotte hanno una valenza internazionale e le società hanno sedi in più Stati membri.

4.2. L'esecuzione transfrontaliera delle decisioni

Il Regolamento (CE) n. 1/2003 non prevede alcun meccanismo di cooperazione tra le autorità nazionali di concorrenza relativo alla notifica degli atti amministrativi da esse adottati nel contesto di procedimenti volti all'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE. Ciò mina l'applicazione efficace delle regole *antitrust* e comporta ritardi e incertezze giuridiche in ordine alla legalità della notifica. Sul punto è intervenuta la Direttiva (UE) 2019/1³⁵⁴, la quale, all'articolo 26, dispone che Gli Stati membri devono provvedere affinché, su istanza dell'autorità richiedente, l'autorità adita dia esecuzione alle decisioni che impongono ammende per infrazione delle disposizioni dell'articolo 101 o 102 TFUE.

Questa disposizione si applica soltanto nella misura in cui, dopo aver compiuto ragionevoli sforzi nel proprio territorio, l'autorità richiedente accerti che l'impresa o l'associazione di imprese nei cui confronti l'ammenda è esecutiva non dispone di beni sufficienti nello Stato membro dell'autorità richiedente per consentire il recupero di detta ammenda.

Qualora l'impresa o l'associazione di imprese nei cui confronti l'ammenda è esecutiva non è stabilita nello Stato membro dell'autorità richiedente, gli Stati membri dispongono che, su istanza dell'autorità richiedente, l'autorità adita possa dare esecuzione alle decisioni che impongono ammende o penalità di mora adottate a norma degli articoli 13 e 16 dall'autorità richiedente.

L'autorità richiedente può domandare l'esecuzione soltanto di una decisione definitiva e le questioni relative ai termini di prescrizione per l'esecuzione di ammende e penalità di mora sono disciplinate dal diritto nazionale dello Stato membro dell'autorità richiedente.

È rilevante porre in luce che la nuova disciplina della Direttiva rappresenta un passo molto importante per il sistema, in quanto prima non vi era alcuna disposizione in materia. Il Regolamento (UE) n. 1215/2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, non si applica con riguardo alle decisioni delle autorità nazionali garanti della concorrenza. All'articolo 1 dello stesso è infatti sancito che « *esso non si estende, in particolare, alla materia fiscale, doganale e amministrativa né alla responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (acta iure imperii)*»

³⁵⁴ Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, 11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno.

Anche in caso di decisione del giudice in sede di ricorso avverso il provvedimento dell'autorità nazionale garante della concorrenza rientra nella materia amministrativa. Infatti, l'applicazione pubblicistica delle regole della concorrenza ha il fine di tutelare il bene pubblicistico della concorrenzialità del mercato (interesse pubblico).

Lo stesso considerando 35 del Regolamento (CE) n. 1/2003 sancisce che *“Al fine di realizzare la piena applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, gli Stati membri dovrebbero designare delle autorità appositamente preposte all'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato quali autorità pubbliche competenti. Essi dovrebbero poter designare autorità sia amministrative che giudiziarie con il compito di espletare le varie funzioni conferite alle autorità garanti della concorrenza nel presente regolamento. Il presente regolamento riconosce le ampie differenze che esistono nei sistemi pubblici degli Stati membri preposti all'applicazione della legge”*.

5. La cooperazione al banco di prova: il caso *Booking*

Il caso *Booking* rappresenta un esempio emblematico di cooperazione tra diverse autorità, costituendo il primo vero banco di prova del funzionamento degli strumenti di cooperazione sopra esaminati.

Nel procedimento in esame sono state chiamate a collaborare tre differenti autorità nazionali garanti della concorrenza *« secondo modalità che non hanno precedenti nell'ambito delle rispettive investigazioni »*³⁵⁵.

Nel 2010, diverse autorità nazionali hanno aperto delle investigazioni al fine di verificare le possibili limitazioni della concorrenza connesse all'utilizzo, da parte delle principali piattaforme di prenotazione di strutture alberghiere online (c.d. OTA), di clausole, nei rapporti contrattuali con i propri hotel *partner*, di parità tariffaria e di altre condizioni (c.d. MFN). Queste ultime vincolano le strutture alberghiere a non offrire i propri servizi a prezzi e condizioni migliori tramite qualsiasi altro canale di prenotazione. Sulla base del modello di *business* utilizzato, gli hotel pagano il servizio reso dalle piattaforme solo in caso di avvenuta prenotazione da parte del consumatore, attraverso la corresponsione di una commissione sul prezzo di vendita della stanza. Al contrario, i consumatori utilizzano gratuitamente i servizi.

³⁵⁵ AGCM, Comunicato stampa, prenotazioni on line impegni di booking chiusa l'istruttoria in Italia, Francia e Svezia.

In sede di avvio delle istruttorie, le autorità avevano rilevato come la presenza di clausole di MFN fosse suscettibile di limitare significativamente la concorrenza, con un impatto sui prezzi dei servizi alberghieri, in danno, in ultima analisi, dei consumatori finali.

L'istruttoria è stata condotta in parallelo dalle autorità italiana, francese e svedese, sotto la direzione della Commissione europea. In particolare, le autorità nazionali garanti della concorrenza hanno deciso di svolgere congiuntamente l'audizione di *Booking*, che si è tenuta a Bruxelles in presenza di rappresentanti di tutte le autorità interessate e, in qualità di uditori, di funzionari della Direzione Generale per la Concorrenza della Commissione Europea e di altre autorità nazionali garanti della concorrenza.

Il disallineamento tra le norme procedurali applicabili nei diversi Stati membri ha condotto alla necessità di apportare adattamenti e innovazioni, per consentire l'allineamento anche cronologico delle pronunce delle autorità coinvolte. La conduzione del procedimento di valutazione degli impegni ha comportato un intenso e fruttuoso raccordo tra le autorità nazionali di concorrenza interessate, che ha consentito di individuare le misure più idonee a contrastare le preoccupazioni concorrenziali oggetto dell'accertamento.

L'istruttoria è giunta al medesimo esito per tutte le autorità: l'accettazione di impegni simultanei e coordinati dalle tre Autorità.

La società ha presentato impegni consistenti in una riduzione significativa dell'ambito di applicazione delle clausole di MFN, le quali si applicheranno esclusivamente ai prezzi e alle altre condizioni pubblicamente offerte dagli hotel attraverso i propri canali di vendita diretta online, lasciando piena libertà agli hotel nella determinazione delle condizioni di offerta praticate sulle altre piattaforme.

Un approccio differente e autonomo è stato invece adottato dall'autorità tedesca, la quale ha scelto di non aderire alla soluzione congiunta degli impegni. In particolare, l'Autorità ha vietato a *Booking* (*Booking.com Deutschland GmbH*, Berlino, e *Booking.com B.V.*, Amsterdam) di continuare ad applicare le clausole MFN e ha ordinato al portale di prenotazione alberghiera di cancellare dette clausole dai suoi contratti e dalle condizioni generali, per quanto riguarda gli hotel in Germania.

Tale decisione, peraltro, è in linea con la pratica decisionale dell'autorità tedesca. Infatti, in una vicenda simile al procedimento in esame, che riguardava l'uso di clausole di parità tariffaria nei contratti conclusi con strutture ricettive da parte di un operatore di piattaforma per prenotazioni alberghiere online *Hotel Reservation Service*, l'autorità tedesca aveva rifiutato gli impegni proposti dall'operatore, ritenendoli non idonei. In particolare, aveva qualificato dette clausole come restrizioni verticali c.d. *hardcore* e, pertanto, ha ritenuto che non potessero beneficiare dell'esenzione ai sensi

del Regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del TFUE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate³⁵⁶.

Nel caso *Booking*, in linea con il precedente di cui sopra, l'autorità tedesca ha rigettato gli impegni proposti, discostandosi dall'approccio tenuto tra le autorità nazionali di Italia, Francia e Svezia³⁵⁷.

È rilevante osservare che *Booking* ha presentato ricorso contro la decisione dell'autorità garante della concorrenza tedesca e, il 4 giugno 2019, l'Alta Corte Regionale di *Düsseldorf* ha annullato la decisione, concedendo l'inclusione nei contratti delle clausole di parità "parziali", ossia l'applicazione delle MFN ai prezzi e alle altre condizioni pubblicamente offerte dagli hotel attraverso i propri canali di vendita diretta *online*, lasciando piena libertà agli hotel nella determinazione delle condizioni di offerta praticate sulle altre piattaforme, allineandosi all'approccio assunto dalle altre autorità nazionali

La circostanza che le soluzioni di un procedimento istruito da diverse autorità nazionali possano variare da uno Stato membro all'altro, rappresenta senza dubbio un punto di debolezza del sistema. L'esistenza di meccanismi di cooperazione non obbligatori apre la strada, come dimostra il caso *Booking* (decisione tedesca), al rischio di soluzioni divergenti, compromettendo la certezza del diritto e la coerenza del sistema.

Si deve rilevare infatti che il sistema si basa su una cooperazione "volontaria" tra autorità, affidando quindi alla "buona volontà" la coerenza del sistema.

Come in precedenza esaminato, nell'ipotesi di apertura di procedimenti paralleli, « *le autorità che trattano il caso in parallelo devono coordinare per quanto possibile le loro attività. A tal fine, esse possono trovare utile designare una di loro come autorità capofila e delegare ad essa compiti quali, ad esempio, il coordinamento delle misure d'indagine, mentre ciascuna autorità resta responsabile della conduzione dei propri procedimenti* »³⁵⁸.

L'unico meccanismo utilizzabile per risolvere il conflitto è quello contenuto all'articolo 11, paragrafo 6 del Regolamento (CE) n. 1/2003, che rende competente la Commissione ad iniziare un procedimento, privando le autorità nazionali della propria competenza. Tuttavia, come ricordato, non sussiste alcun obbligo in capo alla Commissione, in quanto non è tenuta ad avviare un procedimento e indagare su ogni presunta infrazione di cui sia venuta a conoscenza, potendo legittimamente fissare

³⁵⁶ Regolamento (UE) N. 330/2010 della Commissione del 20 aprile 2010 relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate.

³⁵⁷ The Bundeskartellamt, *Narrow "best price" clauses of Booking also anticompetitive*, disponibile sul sito dell'autorità garante della concorrenza tedesca; *Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU Competition Authorities in 2016*, disponibile sul sito della Commissione europea; N. Latronico, *Il caso Booking: prove generali di cooperazione tra le autorità nazionali di concorrenza*, sulla rivista online Eurojus.it.

³⁵⁸ Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, (2004/C 101/03), 27 aprile 2004, p. 14.

priorità differenti nell'esame delle denunce che le pervengono, in particolare quando vi sia o meno un interesse dell'Unione³⁵⁹.

Le successive, eventuali fasi di controllo giudiziale sulle decisioni adottate dalle autorità nazionali garanti della concorrenza incrementano ancora di più il rischio di incertezza e di giungere a posizioni contrastanti.

Infine, come verrà meglio analizzato in seguito, la decisione definitiva che constata una violazione del diritto della concorrenza, adottata da un'autorità nazionale garante della concorrenza, ha un valore di accertamento definitivo ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai giudici nazionali.

Sezione II

L'armonizzazione delle regole procedurali e dei sistemi sanzionatori

La *déconcentration* dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, nonostante abbia reso più efficiente il sistema, ha condotto ad una minore uniformità nelle decisioni, derivante dai diversi assetti e poteri di cui le autorità nazionali sono dotate. Infatti, nonostante queste ultime applichino le stesse regole sostanziali, ossia gli articoli 101 e 102 TFUE, il loro assetto procedurale si differenzia da Stato a Stato, essendo regolato dal diritto nazionale.

Nonostante le attività multilaterali nell'ambito della Rete abbiano rappresentato uno stimolo per promuovere una maggiore convergenza delle regole procedurali nazionali, portando ad un processo di armonizzazione "spontanea", attualmente sussistono ancora molte differenze. Tale situazione di asimmetria è stata evidenziata dalla Commissione nella propria Comunicazione "*Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives*"³⁶⁰.

Le lacune e le limitazioni degli strumenti di cui dispongono le autorità nazionali minano il sistema, che è concepito come un insieme coeso basato sulla stretta cooperazione. Il sistema non può funzionare correttamente se non si raggiunge una certa convergenza. Per tale ragione è stata adottata la Direttiva (UE) 2019/1/UE, che conferisce alle autorità nazionali garanti della concorrenza poteri di applicazione più efficace³⁶¹.

³⁵⁹ Tribunale, 18 settembre 1992, *Automec Srl c. Commissione delle Comunità europee*, T-24/90, pp. 83-85, ECLI:EU:T:1992:97.

³⁶⁰ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives*, Bruxelles COM(2014) 453, 11 luglio 2014.

³⁶¹ Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, 11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno.

La Direttiva mira a ridurre le differenze non più tollerabili e a raggiungere un *level playing field* nelle modalità di applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, incidendo sull'autonomia degli Stati membri. In particolare, la Direttiva interviene in tema di poteri di indagine (§ 1), calcolo delle sanzioni (§ 2) e programmi di trattamento favorevole (§ 3).

Nonostante la Direttiva operi un'armonizzazione "minima", in forza del principio di leale cooperazione, anche laddove non è intervenuta l'opera di armonizzazione, gli Stati membri sono tenuti a dare alle disposizioni del diritto dell'Unione l'effetto più completo possibile, consentendo loro di sfruttare a pieno le potenzialità delle stesse nei sistemi giuridici nazionali.

Pertanto, alla luce delle numerose lacune e debolezze del sistema, come più volte ha messo in evidenza la stessa Commissione, gli Stati dovrebbero essere incentivati ad effettuare un'armonizzazione spontanea delle proprie procedure.

1. I poteri di indagine delle autorità nazionali garanti della concorrenza

Le procedure per l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE da parte delle autorità nazionali sono rette dal diritto nazionale, fatti salvi i principi generali del diritto dell'Unione europea, quali i principi di efficacia e di equivalenza (§ 1.1.).

Le procedure investigative italiana e francese, nonostante siano già pressoché in linea con la nuova disciplina dettata dalla Direttiva, mostrano forti divergenze. In tal senso, i poteri investigativi dell'Autorità francese risultano più estesi e invasivi rispetto a quelli dell'Autorità italiana (§ 1.2.).

1.1. L'armonizzazione delle regole procedurali

Le procedure per l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE da parte delle autorità nazionali garanti della concorrenza sono rette dal diritto nazionale. Come visto, nonostante il lavoro multilaterale nell'ambito della Rete abbia portato ad una convergenza spontanea delle regole, attualmente sussistono ancora notevoli differenze.

In particolare, mentre molte autorità nazionali garanti della concorrenza dispongono degli stessi strumenti di cui dispone la Commissione, alcune di esse non hanno ancora dei poteri fondamentali, come quello di ispezionare i locali non commerciali.

Vi sono, inoltre, rilevanti differenze con riguardo alla portata dei poteri investigativi: alcune autorità nazionali garanti della concorrenza hanno il potere di ispezionare, ma non possono sigillare i locali o raccogliere efficacemente prove digitali.

Le differenti norme procedurali comportano costi legali e incertezza per le imprese che operano a livello transfrontaliero³⁶².

Per far fronte a tale problematica è stata elaborata la Direttiva (UE) 2019/1, che mira ad attribuire alle autorità nazionali un nucleo minimo di poteri di indagine.

In primo luogo, all'articolo 6, la Direttiva dispone che gli Stati membri debbano provvedere affinché le autorità nazionali garanti della concorrenza possano svolgere tutti gli accertamenti ispettivi a sorpresa necessari presso le imprese e le associazioni di imprese, ai fini dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE.

La Direttiva, poi, elenca una serie minima di poteri che devono essere attribuiti alle autorità: *i*) il potere di accedere a tutti i locali, terreni e mezzi di trasporto delle imprese e associazioni di imprese; *ii*) il potere di controllare i libri e qualsiasi altro documento connesso all'azienda, su qualsiasi forma di supporto, e avere il diritto di accedere a tutte le informazioni accessibili all'entità oggetto dell'accertamento ispettivo; *iii*) il potere di fare o acquisire, sotto qualsiasi forma, copie o estratti dei suddetti libri o documenti e, qualora lo ritengano opportuno, continuare dette ricerche di informazioni e la selezione di copie o estratti nei locali delle autorità nazionali garanti della concorrenza o in altri locali designati; *iv*) il potere di apporre sigilli a tutti i locali, libri e documenti aziendali per la durata dell'accertamento ispettivo e nella misura necessaria al suo espletamento; *v*) il potere di chiedere a qualsiasi rappresentante o membro del personale dell'impresa o dell'associazione di imprese spiegazioni su fatti o documenti relativi all'oggetto e allo scopo dell'accertamento ispettivo e verbalizzarne le risposte.

Inoltre, nell'ipotesi in cui un'impresa o un'associazione di imprese si opponga ad un accertamento ispettivo, le autorità nazionali garanti della concorrenza devono poter ottenere l'assistenza necessaria per l'esecuzione dell'accertamento ispettivo dalla polizia o da un'autorità equivalente.

La Direttiva attribuisce alle autorità anche il potere di effettuare accertamenti in altri locali. In particolare, nel caso in cui sussistano motivi ragionevoli di sospettare che dei documenti rilevanti siano conservati in altri locali, compresa l'abitazione di dirigenti, amministratori e altri membri del personale delle imprese, le autorità devono poter effettuare accertamenti a sorpresa in tali luoghi, a condizione che sia stata concessa l'autorizzazione preventiva dell'autorità giudiziaria nazionale.

³⁶² ECN (2012b) Working Group Cooperation Issues and Due Process, Investigative Powers Report; ECN Working Group Cooperation issues and Due Process Investigative Powers Report, 31 October 2012, disponibile al seguente indirizzo: http://ec.europa.eu/competition/ecn/investigative_powers_report_en.pdf; The ECN Recommendation on Investigative Powers, Enforcement Measures and Sanctions in the context of Inspections and Requests for Information (available at http://ec.europa.eu/competition/ecn/recommendation_powers_to_investigate_enforcement_measures_sanctions_09122013_en.pdf) recommends that all authorities have effective powers to inspect non-business premises.

Con riguardo alla richiesta di informazioni, la Direttiva attribuisce alle autorità nazionali garanti della concorrenza il potere di richiedere alle imprese e a qualsiasi persona fisica e giuridica tutte le informazioni necessarie entro un termine ragionevole e determinato.

Infine, con l'obiettivo di prevenire possibili condotte ostruzionistiche, la Direttiva prevede che le autorità nazionali possano infliggere penalità di mora, in proporzione al fatturato totale giornaliero medio a livello mondiale realizzato da tali imprese o associazioni di imprese durante l'esercizio precedente per ogni giorno e calcolato a decorrere dalla data fissata in detta decisione, al fine di costringere tali imprese o associazioni di imprese: *i*) a fornire informazioni complete ed esatte in risposta a una richiesta dell'autorità garante della concorrenza; *ii*) a presentarsi all'audizione; *iii*) a sottoporsi agli accertamenti ispettivi; *iv*) ad ottemperare alle decisioni di accertamento di un'infrazione (pronunciando una diffida e imponendo rimedi strutturali o comportamentali), di adozione di misure cautelari o che rendano obbligatori impegni proposti dalle parti.

1.2. Un'analisi comparata tra il modello italiano e il modello francese

A. Italia

Nell'ordinamento italiano, il procedimento in materia *antitrust* è disciplinato dagli articoli 12-15 della legge 287/1990, le cui norme di attuazione sono contenute del D.P.R. n. 217/1998³⁶³ ("Regolamento recante norme in materia di procedure istruttorie"). Inoltre, l'articolo 31 della legge n. 287/1990 contiene un rinvio esplicito alla legge n. 689/1981, più precisamente alle sezioni I e II, dedicate alla disciplina sostanziale e procedimentale delle sanzioni amministrative. Con il tempo, la giurisprudenza ha ridotto la portata di tale rinvio, facendo leva sulla clausola di compatibilità contenuta nello stesso ("in quanto applicabili"), considerata la diversa natura dei procedimenti³⁶⁴.

I poteri di indagine attribuiti all'Autorità italiana dalla legge 287/1990 e dal Regolamento recante norme in materia di procedure istruttorie riprendono in buona parte i poteri conferiti alla Commissione dal Regolamento n. 1/2003³⁶⁵. Tale corrispondenza ha spinto l'autorità italiana a fare spesso riferimento alla prassi applicativa della Commissione e ai testi di *soft law* elaborati dalla stessa.

³⁶³ Decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217, Regolamento recante norme in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (GU Serie Generale n.158 del 09-07-1998).

³⁶⁴ Nella giurisprudenza sono state considerate applicabili le seguenti disposizioni della legge n. 689/1981 (a titolo esemplificativo): l'articolo 3 concernente il presupposto soggettivo per l'irrogazione della sanzione (Consiglio di Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, *Axa Assicurazioni*); l'articolo 8 sul concorso formale e il cumulo giuridico e l'articolo 8-bis sulla recidiva e reiterazione (Consiglio di Stato, sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271, *Telecom Italia*).

³⁶⁵ P. Fattori, M. Todino, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna 2010, p. 384.

Anche la giurisprudenza italiana ha più volte utilizzato i principi generali di diritto dell'Unione come canone interpretativo della legge 287/1990, riprendendo la giurisprudenza della Corte di giustizia per risolvere problematiche di carattere procedurale non regolate direttamente dal diritto interno³⁶⁶.

Parte della dottrina ha affermato che il diritto dell'Unione in tal modo diviene « *un parametro generale di legittimità sia per la sostanza, sia per la procedura del diritto antitrust nazionale* »³⁶⁷. Il Consiglio di Stato ha poi riconosciuto che « *secondo un principio ermeneutico generale, una disposizione deve essere interpretata, nei limiti del possibile, in modo da non rimettere in discussione la sua validità ed il principio deve ritenersi applicabile al diritto antitrust interno in forza della norma di cui all'art. 1 comma 4 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 per cui "l'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza"; norma che è statuita per il diritto antitrust sostanziale ma che deve ritenersi espressiva di un principio generale di conformazione del diritto antitrust al diritto comunitario, ricavabile anche dal recente regolamento n. 1 del 2003)* ».

Come per la disciplina sostanziale, anche quella relativa al procedimento è molto sommaria, limitandosi a descrivere in maniera sintetica le principali fasi dello stesso.

Nella fase preistruttoria l'Autorità apre un fascicolo su segnalazione o d'ufficio e valuta, al di fuori del contraddittorio con le parti e senza esercitare poteri istruttori, se aprire un'istruttoria formale.

In particolare, ai sensi dell'articolo 12 della legge 287/1990, l'Autorità valuta gli elementi in suo possesso e quelli portati a sua conoscenza, da pubbliche amministrazioni o da chiunque vi abbia interesse, può aprire un'istruttoria per verificare l'esistenza di un'infrazione. L'Autorità può, inoltre, procedere, d'ufficio o su richiesta del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato o del Ministro delle partecipazioni statali, ad indagini conoscitive di natura generale nei settori economici nei quali l'evoluzione degli scambi, il comportamento dei prezzi, o altre circostanze facciano presumere che la concorrenza sia impedita, ristretta o falsata.

Nella fase preistruttoria, l'Autorità in genere non dispone di un quadro di informazioni complete e, quindi, dovrà svolgere opportuni approfondimenti sulle informazioni trasmesse. A tal fine l'Autorità potrà richiedere ulteriori informazioni a clienti, concorrenti o altri soggetti informati. Tuttavia, questa potrà affidarsi alla mera collaborazione volontaria dei destinatari delle richieste, in quanto non

³⁶⁶ Consiglio di Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, *Axa Assicurazioni*. In tale sentenza il giudice amministrativo rinvia alla sentenza della Corte di giustizia, 17 ottobre 1989, *Dow Benelux c. Commissione delle Comunità europee*, C-85/87, ECLI:EU:C:1989:379, in materia di acquisizione di documenti dai quali emerge una violazione ulteriore alle regole di concorrenza rispetto a quella oggetto del procedimento. Per approfondimenti U. Van Bael, J. F. Bellis, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 1146; C. B. Calini, *Procedure antitrust in Italia*, Giuffrè, 2018, pp. 20 ss.

³⁶⁷ A. Catricalà, A. Lalli, *L'Antitrust in Italia, il nuovo ordinamento*, Giuffrè, Milano 2010, p. 94.

dispone di alcun potere istruttorio e non può applicare sanzioni nell'ipotesi di mancato invio delle informazioni richieste.

La legge non fissa un termine per concludere la fase preistruttoria: detto termine dovrà essere calibrato in base alle esigenze del caso concreto. Il giudice ha escluso la possibilità per il segnalante di poter censurare l'eccessiva durata della fase preistruttoria. In particolare, il Consiglio di Stato ha affermato che « *In disparte la mancata previsione, nel corpo dell'art. 14, L. 287/1990, di alcun termine di inizio del procedimento e premessa la non operatività nel caso di specie dell'art. 14, L. 689/1981 (...). Non può il Collegio non prendere atto del fatto che (...) l'Autorità ha senz'altro dovuto disporre di un ragionevolmente consistente lasso temporale nel valutare che vi fossero i presupposti per dare o meno avvio all'istruttoria, attesa la delicatezza e consistenza dell'attività amministrativa da espletare.*

Tanto è sufficiente a disattendere le censure di violazione dei principi di buon andamento, buona fede, correttezza e proporzionalità, oltre che di quelli comunitari, desunte dall'assunto ritardo con cui l'Autorità ha avviato, in data 30 novembre 2005, l'istruttoria.

A ciò si aggiunga la difficoltà di cogliere la reale incidenza del denunciato ritardo sulla valutazione relativa alla legittimità o meno del provvedimento contestato in primo grado.

Detto altrimenti, e fermo quanto osservato in merito alla non irragionevolezza della tempistica osservata dall'Autorità nel caso di specie, non pare al Collegio che il denunciato ritardo possa sortire un effetto di illegittimità attizia, potendo al più essere assunto a fondamento di differenti pretese di tipo rimediabile »³⁶⁸.

L'Autorità italiana, a differenza della Commissione, non dispone di discrezionalità circa l'apertura dell'istruttoria o l'archiviazione del caso. In capo all'Autorità italiana, infatti, vi è uno specifico dovere di valutare i fatti portati alla sua attenzione e di archiviare la segnalazione solo in assenza dei presupposti di legge e con idonea motivazione³⁶⁹.

La Direttiva (UE) 2019/1 avrà una forte incidenza su tale punto, in quanto impone agli Stati membri di attribuire alle autorità nazionali il potere di definire le proprie priorità per lo svolgimento dei compiti e di poter respingere le denunce che non considerano delle priorità investigative³⁷⁰.

La fase dell'istruttoria si apre con l'adozione della delibera di avvio del procedimento adottata dall'Autorità, la quale si caratterizza per il compimento degli atti investigativi necessari ad accertare l'infrazione, nel contraddittorio con le parti e i terzi che intervengono.

³⁶⁸ Consiglio di Stato, sez. VI, 2 marzo 2009, n. 1190, *Sacic Legno e altri*, par. 3.1.

³⁶⁹ Consiglio di Stato, sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3751, *Codacons*

³⁷⁰ Articolo 4, paragrafo 5.

In particolare, ai sensi dell'articolo 6 del Regolamento recante norme in materia di procedure istruttorie, il Collegio, nei casi di presunta infrazione, valutate le proposte degli uffici, delibera sull'avvio dell'istruttoria.

Il provvedimento di avvio dell'istruttoria deve indicare gli elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni, il termine di conclusione del procedimento, il responsabile del procedimento, l'ufficio dove si può prendere visione degli atti del procedimento, nonché il termine entro il quale le imprese e gli enti interessati possono esercitare il diritto di essere sentiti di cui all'articolo 14, comma 1, della legge 287/1990. È pertanto fondamentale che il provvedimento individui la condotta oggetto dell'accertamento, in quanto la definizione del *thema decidendum* è funzionale al rispetto dei diritti di difesa e del contraddittorio. Laddove nel corso del provvedimento emergano « *ulteriori fatti ipotizzati come autonomi illeciti* », dovrà essere adottato un provvedimento *ad hoc* per ampliare l'oggetto del procedimento³⁷¹. La definizione puntuale del *thema decidendum* è fondamentale per evitare delle ispezioni a carattere esplorativo c.d. *fishing expedition*³⁷².

Il provvedimento di avvio dell'istruttoria è notificato alle imprese e agli enti interessati, nonché ai soggetti che hanno presentato denunce o istanze utili all'avvio dell'istruttoria. La notifica ha l'effetto di interrompere il termine di prescrizione quinquennale e attribuisce all'Autorità i poteri istruttori funzionali all'accertamento della presunta infrazione.

Tale fase ha una natura inquisitoria, in quanto mira a raccogliere gli elementi necessari per verificare la fondatezza dell'infrazione prospettata nel provvedimento. A tal fine all'Autorità sono attribuiti ampi poteri investigativi. In particolare, essa può: *a)* richiedere di fornire informazioni e di esibire documenti utili ai fini dell'istruttoria alle imprese, enti o persone che ne siano in possesso; *b)* disporre ispezioni al fine di controllare i documenti aziendali e di prenderne copia, anche avvalendosi della collaborazione di altri organi dello Stato; *c)* disporre perizie e analisi economiche e statistiche, nonché consultare esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria.

a. Le richieste di informazioni

Ai sensi dell'articolo 14, comma 2, della Legge 287/1990, l'Autorità può in ogni momento dell'istruttoria richiedere alle imprese, enti o persone che ne siano in possesso, di fornire informazioni e di esibire documenti utili ai fini dell'istruttoria.

³⁷¹ Consiglio di Stato, sez. VI, 2 ottobre 2007, n. 5085, ANIA.

³⁷² Tar Lazio, sez. I, 24 dicembre 2011, n. 10180, *Saint Gobain*. Il principio di immutabilità dei fatti contestati si applica solo con riguardo alle condotte oggetto dell'indagine e non anche alla definizione del mercato e dell'arco temporale.

Le richieste di informazioni sono generalmente formulate per iscritto, ma possono anche avvenire oralmente nel corso delle ispezioni e delle audizioni.

Le richieste di informazioni e di esibizione di documenti formulate per iscritto devono sinteticamente indicare: *i*) i fatti e le circostanze in ordine ai quali si chiedono chiarimenti; *ii*) lo scopo; *iii*) il termine entro il quale dovrà pervenire la risposta o essere esibito il documento, il quale deve essere congruo; *iv*) le modalità attraverso le quali dovranno essere fornite le informazioni e la persona o le persone cui potranno essere esibiti i documenti o comunicate le informazioni richieste; *v*) le sanzioni applicabili in caso di rifiuto, omissione o ritardo, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni od esibire i documenti richiesti, nonché quelle previste nel caso siano fornite informazioni o esibiti documenti non veritieri³⁷³.

Detti elementi minimi sono finalizzati a rendere il destinatario della richiesta informato del contesto fattuale, in mancanza dei quali potrebbe essere invalidata la richiesta di informazioni, rendendo inutilizzabili le informazioni trasmesse³⁷⁴.

I funzionari hanno anche il potere di richiedere informazioni e spiegazioni orali: l'articolo 9 del Regolamento dispone che in tal caso il funzionario deve fornire all'interessato le stesse indicazioni che vengono elencate in una richiesta di informazioni scritta.

Le informazioni richieste devono sempre essere connesse agli accertamenti in corso³⁷⁵, ossia deve sussistere un nesso tra le informazioni richieste e l'oggetto dell'istruttoria, in termini di utilità delle prime ai fini investigativi.

Con riguardo ai limiti del potere di richiedere informazioni, in primo luogo, le imprese hanno il privilegio contro l'autoincriminazione, ossia esse possono sottrarsi dall'obbligo di fornire risposte attraverso le quali confesserebbero l'esistenza di un'infrazione, salvo che si tratti di domande puramente fattuali, ossia su fatti ad esse noti e da cui eventualmente potrebbe derivare l'accertamento della loro responsabilità. Il privilegio contro l'autoincriminazione può esclusivamente essere invocato dinanzi a domande che implicino la valutazione giuridica della propria condotta³⁷⁶.

Nonostante nell'ordinamento italiano non sussista alcuna disposizione specifica sul privilegio contro l'autoincriminazione, nel procedimento RC Auto³⁷⁷, il Consiglio di Stato ha fatto riferimento alla

³⁷³ Decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217 - Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, art. 9.

³⁷⁴ Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 562, *Universal Music Italia*, p. 12. L'irregolarità, come la mancata indicazione dello scopo, è idonea ad invalidare la richiesta ma non è causa di invalidità del provvedimento finale.

³⁷⁵ M. Antonioli, *Riflessioni in tema di procedimento anti-trust*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, (1/2000), p. 61.

³⁷⁶ Tribunale, 20 settembre 2001, *Mannesmannrohren c. Commissione delle Comunità europee*, T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61.

³⁷⁷ Consiglio di Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, *Axa Assicurazioni*, p. 3.5. In epoca successiva, TAR Lazio Roma Sez. I, 02 dicembre 2009, n. 12319. In tal pronuncia il TAR ha confutato le argomentazioni delle parti circa le presunte scorrettezze che avrebbero connotato l'acquisizione di documenti dai quali emergevano profili di responsabilità nei confronti di soggetti diversi da quelli

giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare ha statuito che « *al riguardo, la giurisprudenza comunitaria ha chiarito che l'unico limite che la Commissione incontra nell'esercizio dei propri poteri istruttori è costituito dal divieto di imporre ad un'impresa l'obbligo di fornire risposte attraverso le quali questa sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza della trasgressione, che deve invece essere provata dalla Commissione. Di conseguenza, nell'ambito di una richiesta di informazioni, la Commissione può obbligare un'impresa a fornirle tutte le informazioni necessarie per quanto attiene ai fatti di cui quest'ultima sia a conoscenza ed a comunicarle, se del caso, i relativi documenti di cui sia in possesso, anche se possono servire ad accertare che l'impresa stessa o un'altra impresa hanno tenuto un comportamento anticoncorrenziale. La Corte di Giustizia conclude affermando che, con riferimento ad infrazioni di natura economica, segnatamente in materia di concorrenza, non si possa riconoscere ad un'impresa il diritto di non testimoniare contro se stessa, né sulla base di un principio comune agli ordinamenti giuridici degli Stati membri né in forza del richiamo ai diritti garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dal patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, negando quindi il principio invocato con il descritto motivo di ricorso (Corte Giust. CE, 18-10-89, C 374-87, Orkem)».*

Pertanto, in assenza di disposizioni specifiche, si deve fare riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia e al manuale di procedura della Commissione³⁷⁸.

Un ulteriore limite ai poteri istruttori dell'Autorità sono i c.d. *legal professional privilege*, ossia le comunicazioni tra avvocato e cliente. Ai sensi dell'articolo 3 del D.lgs n. 3 del 2017, che ha attuato la Direttiva sul risarcimento del danno *antitrust*³⁷⁹, « *resta ferma la riservatezza delle comunicazioni tra avvocati incaricati di assistere la parte e il cliente stesso* ».

Il Consiglio di Stato ha avuto modo di precisare che, secondo la giurisprudenza comunitaria e nazionale, la tutela del *legal professional privilege* può essere invocata con riferimento alla corrispondenza tra avvocato esterno all'impresa e impresa cliente, mentre deve essere negata in caso di corrispondenza interna all'impresa³⁸⁰.

inizialmente oggetto di indagine. Il Collegio, richiamando la giurisprudenza nazionale e comunitaria in materia, ha ricordato che l'unico limite nell'esercizio dei poteri istruttori dell'Autorità è costituito dal divieto di imporre ad un'impresa l'obbligo di fornire risposte attraverso le quali questa sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza della trasgressione. Per un'analisi sulla compatibilità dei criteri definiti dalla giurisprudenza *Orkem* con la Cedu, C. Kerse, N. Khan, *EC Antitrust Procedure*, ed. V, Londra, 2012, p. 123 ss; A. Andreangeli, *Eu Competition Enforcement and Human Rights*, Edward Elgar Publishing Ltd, 2008.

³⁷⁸ C. B. Calini, *Procedure antitrust in Italia*, Giuffrè, 2018, p. 95.

³⁷⁹ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

³⁸⁰ Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 giugno 2010, n. 4016, *SEA -Tariffe Aeroportuali*.

Inoltre, il TAR, in una sentenza successiva, ha specificato che « *l'invocato legal privilege copre gli atti interni nella misura in cui gli stessi riproducano il testo o il contenuto di comunicazioni con avvocati indipendenti* »³⁸¹.

L'approccio italiano è in linea con la giurisprudenza europea, la quale funge da parametro di riferimento. In particolare, la Corte di giustizia ha chiarito che il *legal privilege* si applica solo nella misura in cui l'avvocato sia indipendente, ossia non sia vincolato all'impresa da un rapporto di lavoro dipendente. I legali interni vengono, dunque, esclusi dalla sfera di tutela³⁸². Nella sentenza *Akzo*, la Corte di giustizia ha confermato tale posizione affermando che « *quanto agli aspetti essenziali delle due categorie di avvocati, vale a dire il loro rispettivo status professionale, dai punti 45-49 della presente sentenza emerge che un avvocato in posizione di lavoratore subordinato, 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 suoi clienti, un avvocato che lavora in uno studio legale esterno* ».

(...) *Da tali considerazioni consegue che l'avvocato interno si trova in una situazione sostanzialmente diversa da quella di un avvocato esterno e che pertanto le loro situazioni non sono analoghe* »³⁸³.

Tale approccio mira a precludere all'impresa di utilizzare l'ufficio legale interno come luogo per conservare la documentazione sensibile, sottraendola alle indagini.

È rilevante porre in luce che in molti Stati membri, quale il Belgio, il Regno Unito, l'Irlanda e l'Olanda, il privilegio legale viene o meno riconosciuto anche con riferimento alle comunicazioni con i legali interni, a seconda che le ispezioni siano poste in essere dalla Commissione o dall'autorità nazionale garante della concorrenza. Inoltre, vi è il rischio che documenti raccolti da un'autorità della concorrenza vengano utilizzati da altre autorità che non avrebbero potuto acquisirli in base alla disciplina nazionale, in virtù dello scambio di informazioni che avviene all'interno della Rete.

L'articolo 14 della legge 287/1990 sancisce che il rifiuto o l'omissione nel fornire le informazioni richieste, ovvero nell'ipotesi in cui forniscano delle informazioni od esibiscono documenti non veritieri, comporta l'applicazione di una sanzione pecuniaria. Tali sanzioni vanno da 25.822,84 euro nel caso di rifiuto o omissione e a 51.645,69 euro nel caso di informazioni false.

Data la sua cifra irrisoria, tale sanzione non ha un effetto deterrente. In tal senso, con la trasposizione della Direttiva il sistema italiano dovrà apportare delle modifiche sostanziali, in quanto all'articolo

³⁸¹ Tar Lazio, Sez. I, 3 settembre 2012, n. 7467, *Pfizer*, p. 6.

³⁸² Corte di giustizia, 18 maggio 1982, *AM & S c. Commissione delle Comunità europee*, C-115/79, pp. 21-27, ECLI:EU:C:1980:124.

³⁸³ Corte di giustizia, 14 settembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals c. Commissione europea*, C-550/07, pp. 56-58, ECLI:EU:C:2010:512.

12 della stessa è disposto che gli Stati devono introdurre « *ammende efficaci, proporzionate e dissuasive* », stabilite in proporzione al loro fatturato totale a livello mondiale, nel caso in cui le imprese forniscano delle informazioni incomplete o inesatte.

b. Le ispezioni

Ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/1990, l'Autorità ha il potere di disporre ispezioni al fine di controllare i documenti aziendali e di prenderne copia, anche avvalendosi della collaborazione di altri organi di Stato (Guardia di Finanza).

Le ispezioni consistono in accertamenti attraverso i quali l'Autorità procede all'acquisizione degli elementi probatori necessari per accertare l'infrazione prospettata nel provvedimento di avvio del procedimento.

Di solito l'ispezione è svolta "a sorpresa" c.d. *dawn raids*, ossia senza che l'impresa ne venga preventivamente messa al corrente. Dette ispezioni nella maggior parte dei casi partono da un'autodenuncia, c.d. *leniency application*, o da una segnalazione da parte di un concorrente o di un cliente.

Il giudice amministrativo ha riconosciuto la legittimità delle ispezioni a sorpresa, in quanto se venisse meno l'attività ispettiva verrebbe « *depauperata sensibilmente nella sua efficacia* »³⁸⁴.

Le ispezioni sono disciplinate dal Regolamento in materia di procedure istruttorie³⁸⁵. Ai sensi dell'articolo 10, comma 1 del Regolamento è stabilito che le ispezioni possono essere eseguite presso chiunque sia ritenuto in possesso di documenti aziendali utili ai fini dell'istruttoria. Nell'ipotesi delle amministrazioni pubbliche deve, invece, richiedersi previamente l'esibizione degli atti. Tale eccezione non si applica quando le pubbliche amministrazioni sono parti del procedimento, ossia qualora operino al di fuori della funzione pubblicistica³⁸⁶.

Le ispezioni possono essere svolte sia presso l'impresa destinataria dell'atto, sia presso tutte le imprese direttamente e indirettamente controllate da queste, senza che debbano essere menzionate nell'atto.

Possono essere oggetto di ispezione le sedi (legale, amministrativa, commerciale), ma non i « *luoghi di residenza, o domicilio estranei all'attività aziendale oggetto dell'indagine* »³⁸⁷. Solo nel caso in

³⁸⁴ Tar Lazio, Sez. I, 26 gennaio 2012, n. 865, *Rete Ferroviaria Italiana*.

³⁸⁵ Decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217 - Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

³⁸⁶ Provvedimento del 26 novembre 1998, n. 6601, caso I220, *Rete Ferroviaria Italiana*

³⁸⁷ Articolo 10, comma 5, Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

cui l'ispezione sia condotta dalla Commissione e vi sia un mandato emanato dal giudice è possibile svolgere ispezioni presso luoghi di residenza o domicilio estranei all'attività aziendale oggetto dell'indagine.

In tal senso, in sede di trasposizione della Direttiva (UE) 2019/1, tale potere dovrà essere esteso altresì all'autorità nazionale.

Con riguardo agli specifici poteri di cui dispongono i funzionari, essi possono accedere a tutti i locali, terreni e mezzi di trasporto del soggetto nei cui confronti si svolge l'ispezione, con esclusione appunto dei luoghi di residenza o domicilio estranei all'attività aziendale oggetto dell'indagine. L'impresa deve assicurare pieno accesso a tutti i locali prescelti, lasciando ai funzionari la valutazione circa la loro rilevanza ai fini istruttori.

Gli accertamenti ispettivi generalmente sono svolti nell'arco di una giornata. Tuttavia, se necessario, è possibile che durino più di un giorno; in tal caso, la documentazione raccolta viene riposta in un armadio o in una stanza a cui vengono apposti sigilli da parte della Guardia di Finanza.

In sede di trasposizione della Direttiva, l'Autorità dovrà essere dotata del potere di apporre i sigilli a tutti i locali, libri e documenti, senza l'assistenza della Guardia di Finanza, potere già riconosciuto alla Commissione.

In secondo luogo, i funzionari hanno il potere di controllare i documenti e prenderne copia. Per documento si intende ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni e informali, formati e utilizzati ai fini dell'attività dell'impresa, indipendentemente dal livello di responsabilità e rappresentatività dell'autore del documento, nonché ogni documento prodotto o contenuto su supporto informatico³⁸⁸. All'inizio delle ispezioni, i funzionari chiedono di consegnare i documenti relativi all'oggetto dell'ispezione e, in caso di rifiuto, non possono ricercare la prova in via autonoma.

Al fine di tutelare i diritti di difesa delle imprese interessate, le informazioni acquisite non possono essere utilizzate per finalità differenti rispetto a quelle indicate nel provvedimento di avvio del procedimento. In tal senso, i diritti delle imprese sarebbero gravemente compromessi nell'ipotesi in cui l'autorità potesse basarsi su prove che, conseguite durante un accertamento, siano estranee all'oggetto e allo scopo dello stesso³⁸⁹.

Tuttavia, l'Autorità può avviare un nuovo procedimento d'indagine per accertare l'esattezza o per completare le informazioni di cui essa è venuta incidentalmente a conoscenza durante un accertamento, qualora dette informazioni provino l'esistenza di comportamenti in contrasto con le

³⁸⁸ Art. 10, comma 4.

³⁸⁹ Corte di giustizia, 17 ottobre 1989, *Dow Benelux c. Commissione delle Comunità europee*, C-85/87, p. 18, ECLI:EU:C:1989:379.

norme in materia di concorrenza. Una soluzione contraria limiterebbe in modo ingiustificato il campo di manovra dell'Autorità, compromettendo il suo compito di vigilare sul rispetto delle norme in materia di concorrenza³⁹⁰.

Ciò è avvenuto ad esempio nel caso del Mercato del calcestruzzo Veneto, procedimento che ha avuto origine dalla documentazione acquisita nell'ambito delle ispezioni svolte nel procedimento del Mercato del calcestruzzo Friuli-Venezia Giulia³⁹¹. La documentazione acquisita nel primo procedimento ha permesso all'Autorità di venire a conoscenza di ulteriori intese tra imprese operanti nel medesimo settore economico, ma in un mercato geografico diverso. Come emerge dal provvedimento di chiusura dell'istruttoria « *Il procedimento è stato avviato sulla base delle evidenze acquisite presso la sede della società Intermodale S.r.l. nel corso dell'ispezione del 30 gennaio 2014 nel contesto del diverso procedimento I772, relativo a due intese nel settore del calcestruzzo nel territorio del Friuli Venezia Giulia. La documentazione disponibile, infatti, ha consentito di acquisire informazioni in ordine a due ulteriori intese fra diverse imprese nel territorio della regione Veneto. Le informazioni acquisite in tal senso sono state peraltro circostanziate dalla stessa Intermodale con le dichiarazioni rilasciate dalla medesima società in audizione il 15 aprile 2014 nell'ambito del procedimento I7722 e il 4 giugno 2015 nell'ambito del presente procedimento* »³⁹².

Un ulteriore limite che incontrano i funzionari nell'acquisizione dei documenti, sono c.d. *legal privilege* e i documenti contenenti dati sensibili³⁹³.

La documentazione viene acquisita in copia cartacea o su supporto elettronico e nel verbale saranno elencati separatamente i singoli documenti oggetto di acquisizione. È possibile, altresì, procedere all'acquisizione massiva di documentazione, in particolare quando sulla base delle ricerche informatiche svolte in azienda la documentazione risulta di difficile analisi in tempi brevi. In tal caso i funzionari procederanno a copiare integralmente la documentazione estratta.

La Direttiva attribuisce espressamente alle autorità il potere di fare o acquisire, sotto qualsiasi forma, copie o estratti dei suddetti libri o documenti e, qualora lo ritengano opportuno, continuare dette ricerche di informazioni e la selezione di copie o estratti nei locali delle autorità nazionali garanti

³⁹⁰ Consiglio di Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, *Axa Assicurazioni*. Detta sentenza fa riferimento alla sentenza della Corte di giustizia, 17 ottobre 1989, *Dow Benelux c. Commissione delle Comunità europee*, C-85/87, ECLI:EU:C:1989:379.

³⁹¹ Provvedimento del 25 marzo 2015, n. 25232, Mercato del calcestruzzo Friuli-Venezia Giulia, caso I772.

³⁹² Provvedimento del 22 dicembre 2015, provvedimento n. 25801, Mercato del calcestruzzo in Veneto, caso I780.

³⁹³ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE, art. 9.

della concorrenza o in altri locali designati. Tale disposizione estenderà l'utilizzo dello strumento dell'acquisizione massiva da parte dell'Autorità, di cui oggi se ne avvale molto poco³⁹⁴.

Il rifiuto dell'impresa di sottoporsi agli accertamenti ispettivi viene sanzionato con sanzioni pecuniarie fino ad un massimo di 51.645,69 euro. Inoltre, dette sanzioni sono applicate all'esito di un distinto procedimento, con ad oggetto l'accertamento della condotta contestata, portando ad un aggravio della procedura nel suo complesso.

Come precedentemente posto in luce con riguardo alla sanzione in caso di rifiuto a trasmettere informazioni, il sistema sanzionatorio non appare sufficientemente deterrente e con la trasposizione della Direttiva dovranno essere apportate le dovute modifiche. In tal senso, l'articolo 16 della Direttiva dispone che, nel caso in cui le imprese si rifiutino di sottoporsi agli accertamenti ispettivi, gli Stati devono provvedere affinché le autorità nazionali garanti della concorrenza possano irrogare alle imprese e alle associazioni di imprese delle penalità di mora efficaci, proporzionate e dissuasive. Tali penalità di mora sono stabilite in proporzione al rispettivo fatturato totale giornaliero medio a livello mondiale realizzato da tali imprese o associazioni di imprese durante l'esercizio precedente per ogni giorno.

c. Perizie, analisi statistiche ed economiche, e consultazioni di esperti

L'articolo 14 della legge n. 287/1990 dispone che l'Autorità possa disporre perizie e analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria. Detti strumenti di indagine apportano un contenuto valutativo esterno e tecnico alle cognizioni direttamente acquisite dagli ufficiali istruttori. Il ricorso a detti strumenti tuttavia non è molto utilizzato nella prassi italiana.

B. Francia

Nell'ordinamento francese, il procedimento in materia *antitrust* è disciplinato dal *Code de commerce*. Diversamente da quanto avviene nel sistema italiano, l'Autorità della concorrenza francese può porre in essere due tipi di ispezione: i) la c.d. "*enquête lourde*" le cui condizioni di attuazione sono definite all'articolo L. 450-4 *du Code de commerce*; ii) la c.d. "*l'enquête simple*" disciplinata all'articolo L. 450-3 *du Code de commerce*.

³⁹⁴ C. B. Calini, *Procedure antitrust in Italia*, Giuffrè, 2018, p. 129.

Gli investigatori hanno due tipi di poteri, a seconda del tipo di ispezione. In particolare, hanno dei poteri “semplici” che consentono l’accesso ai locali dell’impresa, il diritto di ottenere la divulgazione di documenti, il diritto di fare copie di tali documenti e il diritto di ottenere qualsiasi informazione o documento necessario, sia in sede di convocazione, sia in loco.

In secondo luogo, hanno dei poteri di “perquisizione”, ossia possono sigillare e perquisire locali, nonché possono sequestrare documenti e supporti informatici (PC), nell’ambito definito dall’ordinanza di autorizzazione emessa dal giudice.

i) L’ *enquête lourde*

L’ *enquête lourde* è una forma di ispezione ibrida, la cui disciplina si rifà in parte al diritto amministrativo, in parte alla procedura penale e in parte alla procedura civile.

Si tratta di un regime con peculiarità che non esistono nella procedura europea o nei regimi investigativi di altre autorità della concorrenza nazionali, come il potere di imporre l’uso della forza pubblica e l’esecuzione sotto pena di sanzioni penali.

Ai sensi dell’articolo L. 450-1 *du Code de commerce*, le autorità competenti a porre in essere le investigazioni sono gli agenti dei servizi investigativi dell’autorità garante della concorrenza autorizzati dal “*rapporteur général*” e i funzionari autorizzati dal Ministero dell’economia.

Inoltre, l’articolo L. 450-1 *du Code de commerce* stabilisce che nel caso in cui siano svolte indagini in nome o per conto di un’autorità garante della concorrenza di un altro Stato membro, a norma dell’articolo 22, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003, il relatore generale dell’autorità garante della concorrenza può autorizzare i funzionari dell’autorità garante della concorrenza dell’altro Stato membro ad assistere nelle loro indagini i funzionari di cui al comma precedente. In tal senso, le modalità di tale assistenza sono determinate con decreto del Consiglio di Stato.

L’*enquête lourde*, ai sensi dell’articolo L. 450-4 *du Code de commerce*, può avere luogo solo sulla base di una richiesta formale da parte della Commissione europea, del ministro dell’Economia o del “*rapporteur général*” dell’autorità garante della concorrenza.

La richiesta formale indica i motivi per i quali l’indagine sembra giustificata, definendo la portata dell’indagine e le pratiche sospette in termini molto ampi, lasciando alle autorità preposte all’investigazione un notevole margine di manovra per delimitare con maggiore precisione la portata dei loro atti investigativi in funzione dei progressi compiuti. La richiesta può inoltre lasciare agli

agenti che la presentano, nonché al giudice che autorizza le visite e i sequestri su questa base, il compito di specificare l'identità delle società interessate o i contratti specifici in questione³⁹⁵.

Sulla base della richiesta di indagine, l'autorità che richiede l'ordine di visita e il sequestro deve preparare la richiesta che viene presentata al giudice della libertà e della detenzione dell'Alta Corte nella cui giurisdizione si trovano i luoghi da visitare. L'ordinanza del giudice che autorizza le visite e i sequestri deve indicare gli elementi che ne dimostrino la regolarità, in quanto le produzioni successive non possono essere prese in considerazione³⁹⁶. Si tratta, quindi, di un atto motivato, generalmente di circa quindici pagine, che analizza nel dettaglio le presunzioni a disposizione degli investigatori nel momento in cui iniziano le loro indagini.

Il giudice non può autorizzare visite e sequestri per uno scopo indeterminato o generale. L'accuratezza dell'oggetto dell'indagine è fondamentale, poiché gli investigatori possono ottenere solo i documenti relativi agli atti esclusi dall'ordine di autorizzazione.

L'oggetto dell'indagine è definito in relazione alle presunzioni che il giudice ricava dagli elementi forniti dall'autorità.

Nell'ambito delle ispezioni, l'ordine deve anche identificare con precisione i luoghi coperti dall'ordine. Poiché l'articolo L. 450-4 *du Code de commerce* si riferisce al diritto di accesso a "qualsiasi luogo", il giudice può designare qualsiasi tipo di luogo, comprese le abitazioni private.

Tuttavia, affinché gli agenti possano visitare questi luoghi, è opportuno che l'ordine li menzioni espressamente e con sufficiente precisione. In tal senso, deve contenere i nomi e gli indirizzi di tutte le imprese presso le quali le ispezioni sono autorizzate. Un semplice riferimento ai locali delle imprese interessate che possono essere scoperti durante la visita o ai locali residenziali delle persone giuridicamente o di fatto responsabili delle imprese interessate risulta insufficiente e può portare all'annullamento dell'ordinanza³⁹⁷.

Oltre ai locali dell'azienda, non è raro che vengano ispezionate anche una o più residenze private dei membri dell'azienda. La visita del domicilio è possibile anche se non è di proprietà della persona fisica interessata. L'autorizzazione delle ispezioni si estendono anche ai veicoli che si trovano sul luogo, senza che sia necessario per l'ordine di menzionarlo espressamente³⁹⁸.

³⁹⁵ Cour de Cassation, Chambre criminelle, 21 novembre 2001, pouvoirs n. 99-30.131 e.a.

³⁹⁶ Cour de Cassation, civile, Chambre commerciale, 10 mars 1992, pourvoi n°90-12.558 « *L'ordonnance autorisant une visite et une saisie en vertu de cet article doit faire preuve par elle-même de sa régularité, et que les productions ultérieures ne peuvent être prises en considération pour l'établir* ».

³⁹⁷ Cour de Cassation, civile, Chambre commerciale, 21 mars 1989, pourvoi n° 88-10.162.

³⁹⁸ Cour de Cassation, civile, Chambre commerciale, 21 janvier 1997, pourvoi n°94-18.855.

I locali non menzionati nell'ordinanza non possono essere oggetto dell'ispezione, salvo che il giudice non integri l'ordinanza nel corso delle ispezioni.

Quando i luoghi da visitare si trovano in più giurisdizioni nazionali, la richiesta viene presentata ad uno dei giudici territorialmente competenti, che autorizza tutte le visite e i sequestri, inviando una rogatoria per i locali situati al di fuori della sua giurisdizione ai giudici locali competenti. I giudici che agiscono per rogatoria emettono poi un'ordinanza complementare per dare esecuzione all'ordine principale nell'ambito della loro giurisdizione e consentire loro di controllare tali operazioni.

L'ispezione viene effettuata sotto la supervisione del giudice che l'ha autorizzata, il quale viene informato sullo stato di avanzamento dell'ispezione dagli agenti di polizia giudiziaria presenti sul posto.

L'arrivo degli investigatori è gestito in pratica in modo piuttosto diverso a seconda delle circostanze dell'indagine e della configurazione dei locali della società o del numero delle parti coinvolte. L'*enquête lourde* viene sempre effettuata senza preavviso, in modo da evitare il rischio che le parti possano scomparire. Le ispezioni francesi si svolgono in linea di principio in un solo giorno.

L'ordinanza è notificata oralmente sul posto al momento della visita all'occupante dei locali o al suo rappresentante. L'ordinanza deve includere una dichiarazione relativa al diritto dell'occupante dei locali o del suo rappresentante di rivolgersi ad un avvocato di sua scelta. L'esercizio di questo diritto, tuttavia, non comporta la sospensione della visita e delle operazioni di sequestro. In assenza dell'occupante dei locali, l'ordine sarà notificato al termine delle operazioni a mezzo lettera raccomandata.

Dall'effettiva notifica dell'ordine, l'impresa viene debitamente informata delle operazioni in corso e delle loro implicazioni: da quel momento in avanti l'impresa deve cooperare con l'Autorità, non frapponendo ostacoli alle investigazioni. In caso di opposizione alle indagini si può incorrere in una sanzione penale³⁹⁹. L'opposizione all'esercizio delle funzioni investigative si verifica quando una persona rifiuta di sottomettersi ad una legittima richiesta degli inquirenti o compie manovre dilatorie volte a frustrare la visita, come ad esempio il rifiuto di comunicare dei documenti o la distruzione di documenti. Con riguardo alle persone fisiche, la pena può andare sino a due anni di reclusione e/o ad una multa fino a 300.000 euro. Con riguardo alle persone giuridiche, l'articolo 121-2 du *Code pénal* consente inoltre di perseguire la persona giuridica che ha beneficiato del reato commesso dai suoi rappresentanti. La sanzione comminata è maggiorata fino al quintuplo della multa comminata alla persona fisica, pertanto può arrivare sino a 1,5 milioni di euro.

³⁹⁹ Article 433-5 et article 434-22 du Code pénal.

Inoltre, ai sensi dell'articolo L. 464-2 *du Code de commerce*, l'autorità può infliggere una sanzione nel limite dell'1% delle cifre d'affari mondiali delle imprese che ostacolano le indagini.

Gli investigatori possono controllare tutti i tipi di documenti professionali, tra cui, a titolo esemplificativo: la corrispondenza interna ed esterna, i documenti relativi alle vendite e alla produzione, documenti che non sono dell'impresa ma che sono in suo possesso.

Gli investigatori possono controllare pressoché qualsiasi documento emesso o ricevuto nell'ambito dell'attività della società. Secondo l'orientamento giurisprudenziale, inoltre, gli investigatori possono sequestrare qualsiasi documento "utile" relativo all'oggetto dell'indagine. Tale "utilità" è interpretata estensivamente dagli investigatori, in quanto in caso di sequestro di un documento che va oltre il quadro dell'autorizzazione, basta offrirne la restituzione per porre fine a qualsiasi possibile controversia⁴⁰⁰.

Di frequente accade che un documento controllato riveli un'infrazione più ampia di quella contestata nell'ordinanza. Se si tratta di dimostrazioni aggiuntive della stessa infrazione e l'elenco delle dimostrazioni contenute nell'ordinanza non è esaustivo, il sequestro dei documenti rientra nell'ambito dell'autorizzazione. È da rilevare che oggi le autorizzazioni giudiziarie sono formulate nel modo più ampio possibile, in modo da poter comprendere il maggior numero di documenti utili per provare l'infrazione⁴⁰¹.

Se il documento riguarda sia l'oggetto dell'indagine che un altro reato, gli inquirenti possono legittimamente sequestrarlo, ma non dovrebbero poter avviare una seconda procedura su questa base. La questione tuttavia è di sapere se tali documenti possano essere utilizzati a titolo di presunzione della infrazione e se giustifichino l'apertura di una nuova procedura. In tal senso, nel rilasciare l'autorizzazione, il giudice deve verificare se vi siano sufficienti motivi di violazione sulla base di altri documenti, diversi da quelli acquisiti nella prima procedura. È abbastanza probabile che, dopo aver letto i documenti in questione, gli investigatori apriranno una nuova indagine e raccoglieranno ulteriori documenti che consentiranno loro di giustificare un'ispezione "*lourde*".

In tal senso gli investigatori francesi possono cercare in scrivanie e mobili, aprire cassette e possono cercare in ogni dispositivo informatico e consultare i documenti all'interno, con il limite degli effetti strettamente personali⁴⁰².

⁴⁰⁰ Cour de Cassation, civile, Chambre commerciale, 12 novembre 1996, pourvoi n° 94-13.943.

⁴⁰¹ N. Jalabert-Doury, *Les inspections de concurrence des autorités françaises*, Mayer Brown, Concurrences, 2019, pp. 99 ss; A. Condomin, *Le nouveau droit français de la concurrence*, Jurismanager, coll. Manuel pratique, 2.

⁴⁰² Tuttavia, tale limite non è assoluto in quanto gli investigatori hanno il diritto di cercare anche nei raccoglitori personali che possono contenere documenti o informazioni professionali.

Con riguardo ad altri limiti all'acquisizione dei documenti, l'articolo 96 del *code de procédure pénale* prescrive all'ufficiale di polizia giudiziaria di adottare in anticipo tutte le misure appropriate per garantire il rispetto del segreto professionale e dei diritti della difesa.

Nel sistema francese, la corrispondenza tra avvocato e cliente è coperta dal c.d. "*secret professionnel*". In particolare, la *loi* del 31 dicembre 1971⁴⁰³ sancisce che le consulenze indirizzate da un avvocato al suo cliente o a lui destinate, la corrispondenza scambiata tra il cliente e il suo avvocato, tra l'avvocato e i suoi colleghi, gli appunti di colloquio e, più in generale, tutti i documenti del fascicolo sono coperti dal segreto professionale⁴⁰⁴. La Corte di Cassazione ha più volte rimarcato che il potere di sequestro dei documenti e dei supporti informatici conferito agli agenti dell'autorità garante della concorrenza è limitato dal principio della libera difesa, che impone il rispetto della riservatezza della corrispondenza scambiata tra un avvocato e il suo cliente e relativa all'esercizio dei diritti della difesa⁴⁰⁵.

I funzionari di cui all'articolo L. 450-1 *du Code de commerce* possono, nel corso della visita, tenere audizioni al fine di raccogliere informazioni o spiegazioni pertinenti alle esigenze dell'indagine.

La giurisprudenza ha dedotto che possono certamente porre domande per ottenere "informazioni fattuali" e dichiarazioni spontanee, ma non possono effettuare interrogatori che potrebbero minare il principio di non auto-incriminazione⁴⁰⁶.

Le audizioni sul merito dell'indagine non devono assumere la forma di domande/risposte mirate su presunti atti fraudolenti: gli agenti possono prendere dichiarazioni spontanee e le dichiarazioni sono considerate tali solo se il verbale non riporta le domande poste o altre indicazioni che le dichiarazioni

⁴⁰³ Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, Article 66-5, Modifié par LOI n°2011-331 du 28 mars 2011 - art. 4.

⁴⁰⁴ La traduzione è mia. L'articolo è reperibile su www.legifrance.gouv.fr: « *En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention " officielle ", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel* ».

⁴⁰⁵ Cour de Cassation, Chambre criminelle, 24 avril 2013, Medtronic e.a., pourvois n° 12-80.331 e.a.; Cour de Cassation, Chambre criminelle, 24 avril 2013, Saint Gobain e.a., pourvois n° 12-80.335 e.a. La traduzione è mia « *que le pouvoir reconnu aux agents de l'Autorité de la concurrence par l'article L. 450-4 du code de commerce, de saisir des documents et supports informatiques, trouve sa limite dans le principe de la libre défense qui commande de respecter la confidentialité des correspondances échangées entre un avocat et son client et liées à l'exercice des droits de la défense* ». Per approfondimenti vedi A. Ronzano, *Confidentialité des correspondances échangées entre un avocat et son client : La Chambre criminelle de la Cour de cassation ouvre une première brèche dans la pratique contestable de la saisie globale des messageries électroniques en affirmant que le pouvoir de saisir les messageries informatiques reconnu aux enquêteurs trouve sa limite dans le principe de la libre défense qui commande de respecter la confidentialité des correspondances échangées entre un avocat et son client et liées à l'exercice des droits de la défense et en censurant le rejet opposé par le premier président de la Cour d'appel aux demandes d'annulation de saisies de pièces relevant de la protection du secret professionnel entre un avocat et son client, dont la violation ne saurait être rachetée par une simple restitution des documents saisis*(Medtronic/Saint Gobain), 24 avril 2013, Revue Concurrences N° 3-2013, Art. N° 53553, www.concurrences.com.

⁴⁰⁶ Cour de Cassation, civile, Chambre commerciale, 21 janvier 1997, pourvoi n° 94-18.855.

non erano spontanee. La difficoltà sta nel fatto che gli inquirenti non hanno l'obbligo di fare una dichiarazione nel verbale delle domande poste. In pratica, non è raro che l'audizione assuma la forma di un vero e proprio interrogatorio, ma che l'impresa non sia in grado di mostrarlo in seguito a causa della mancanza di verbali precisi⁴⁰⁷.

ii) *L' enquête simple*

L' *enquête simple* è disciplinata all'articolo L. 450-3 *du Code de commerce* ed è generalmente utilizzata per le infrazioni meno gravi e si svolge senza autorizzazione preventiva del giudice. Detto tipo di investigazione ha lo stesso effetto imperativo e le stesse sanzioni di quella "*lourde*", con la differenza che gli agenti non possono scavalcare un eventuale rifiuto dell'impresa, ma devono fare affidamento sulla cooperazione volontaria della stessa, senza poter effettuare essi stessi le indagini o effettuare sequestri. Solo i documenti per i quali l'impresa ha l'obbligo legale di conservazione (ad esempio la contabilità e le fatture) possono far incorrere la stessa in responsabilità penale in caso di mancata presentazione.

Gli agenti possono effettuare le ispezioni in qualsiasi luogo utilizzato per scopi professionali o in cui viene fornito un servizio, nella fascia oraria 8.00-20.00 h. Inoltre, possono entrare negli stessi locali anche al di fuori di detti orari quando sono aperti al pubblico o quando al loro interno sono in corso attività di produzione, fabbricazione, trasformazione, confezionamento, trasporto o commercializzazione.

Se invece i locali sono utilizzati anche a fini residenziali, i controlli possono essere effettuati solo tra le 8.00 e le 20.00 h e nel caso di opposizione dell'occupante, è necessaria l'autorizzazione preventiva del giudice.

Gli investigatori devono informare l'impresa circa l'oggetto dell'ispezione. Sul punto, la giurisprudenza ammette che l'oggetto dell'ispezione possa essere definito come relativo al rispetto delle regole di concorrenza in un determinato settore di attività⁴⁰⁸. Non è quindi necessario che gli investigatori indichino con precisione se sospettano un cartello, un abuso di posizione dominante o una pratica restrittiva⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ Cour de Cassation, civile, Chambre commerciale, 21 janvier 1997, pourvoi n°94-18.855; N. Jalabert-Doury, *Les inspections de concurrence des autorités françaises*, Mayer Brown, Concurrences, 2019, pp. 128 ss.

⁴⁰⁸ Cons. conc., décision n° 01-D-43 du 2 juillet 2002.

⁴⁰⁹ N. Jalabert-Doury, *Les inspections de concurrence des autorités françaises*, Mayer Brown, Concurrences, 2019, pp. 173; J. Azéma, *Le droit français de la concurrence*, Presses universitaires de France, coll. Thémis Droit, 2° éd., 1989; J. F. Bellis, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, coll. Competition law, 2015; D. Brault, *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2004.

Durante le ispezioni gli agenti possono richiedere la comunicazione e fare copie, con qualsiasi mezzo e su qualsiasi supporto, di libri, fatture e altri documenti professionali di qualsiasi tipo. Essi possono, altresì, esigere che siano messi a loro disposizione i mezzi necessari per effettuare le loro verifiche. Gli investigatori hanno il diritto di accesso, ma non hanno il diritto di ricerca. In tal senso, è loro responsabilità formulare richieste specifiche e non generali, riferite a documenti di cui sono a conoscenza e che sono in grado di identificare.

Per il controllo delle operazioni informatiche, hanno accesso ai *software* e ai dati memorizzati. Essi possono richiedere la trascrizione di tali documenti mediante ogni opportuna elaborazione di documenti direttamente utilizzabili a fini di controllo. Con riguardo alla natura dei documenti che possono essere oggetto di ispezione, si rimanda a quanto detto in precedenza per le investigazioni “*lourde*”.

C. Considerazioni finali di diritto comparato

Da quanto illustrato, si evince come vi siano dei punti di divergenza tra le procedure investigative nel sistema italiano e in quello francese. In tal senso, emerge come i poteri investigativi dell’Autorità francese siano più estesi e invasivi rispetto a quelli dell’Autorità italiana.

In primo luogo, nell’ambito delle ispezioni, i funzionari dell’Autorità francese possono accedere a “qualsiasi luogo” menzionato nell’ordine di esecuzione, comprese le abitazioni private e i veicoli privati⁴¹⁰. Al contrario, in Italia, possono essere oggetto di ispezione le sedi (legale, amministrativa, commerciale), ma non i « *luoghi di residenza, o domicilio estranei all’attività aziendale oggetto dell’indagine* ». Solo nel caso in cui l’ispezione sia condotta dalla Commissione e vi sia un mandato emanato dal giudice è possibile svolgere ispezioni presso luoghi di residenza o domicilio estranei all’attività aziendale oggetto dell’indagine. In tal senso, come visto, in sede di trasposizione della Direttiva (UE) 2019/1, tale potere dovrà essere esteso altresì all’autorità nazionale italiana.

Un secondo punto di differenza riguarda il potere di ricercare la prova: i funzionari dell’Autorità italiana non dispongono del potere di ricercare autonomamente la prova. Al contrario, i funzionari dell’Autorità francese possono ispezionare autonomamente i documenti e le altre fonti di prova, aprendo scrivanie, mobili, cassetti e armadietti.

Un terzo punto sul quale si riscontra una notevole differenza tra i due sistemi è il sistema sanzionatorio in caso di condotte ostruzionistiche: in Francia, coloro che pongono in essere delle condotte che

⁴¹⁰ Articolo L. 450-4 *du Code de commerce*.

ostacolano le indagini possono incorrere sia in una responsabilità penale, sia in una responsabilità amministrativa. Più precisamente, per le persone fisiche, la pena può andare sino a due anni di reclusione e/o ad una multa fino a 300.000 euro. Per le persone giuridiche, la sanzione comminata è maggiorata fino al quintuplo della multa comminata alla persona fisica, pertanto può arrivare sino a 1,5 milioni di euro⁴¹¹.

Inoltre, ai sensi dell'articolo L. 464-2 *du Code de commerce*, l'autorità può infliggere una sanzione nel limite dell'1% delle cifre d'affari mondiali delle imprese che ostacolano le indagini.

Nel sistema italiano, invece, il rifiuto dell'impresa di sottoporsi agli accertamenti ispettivi viene sanzionato con sanzioni fino ad un massimo di 51.645,69 euro. In caso di rifiuto o in caso di omissione nel fornire le informazioni richieste, ovvero nell'ipotesi in cui siano fornite informazioni non veritiere, le sanzioni vanno da 25.822,84 euro, nel caso di rifiuto o omissione, e a 51.645,69 euro nel caso di informazioni false.

Se il sistema francese appare già in linea con la nuova disciplina introdotta dalla Direttiva europea in punto di sanzioni, al contrario il sistema italiano dovrà apportare delle modifiche sostanziali, in quanto la stessa impone l'introduzione di « *ammende efficaci, proporzionate e dissuasive* », stabilite in proporzione al loro fatturato totale a livello mondiale, nel caso in cui le imprese forniscano delle informazioni incomplete o inesatte.

Infine, si riscontra una differenza nella protezione dei c.d. *legal privilege*, ossia delle corrispondenze tra avvocato e impresa. L'ordinamento italiano non riconosce la tutela della corrispondenza tra l'impresa e i propri legali interni. Al contrario la protezione nel sistema francese sembra più estesa, comprendendo anche tali corrispondenze⁴¹².

2. Il calcolo delle ammende

Le sanzioni pecuniarie inflitte alle imprese che violano gli articoli 101 e 102 TFUE (c.d. ammende) dovrebbero punire efficacemente gli autori dell'infrazione, dissuadendo i potenziali trasgressori.

Il diritto dell'Unione non disciplina la metodologia di calcolo delle ammende, spettando agli Stati membri garantire che vengano irrogate sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive.

⁴¹¹ Articolo 121-2 *du Code pénal*.

⁴¹² Cour d'Appel de Paris, 28 juin 2017, RG No 15/21316; Cour d'Appel de Paris, 8 novembre 2017, Whirlpool, RG No 14/13384; Cour d'Appel de Paris, 6 janvier 2016, Electrolux France, RG No. 13/23293.

La Commissione ha definito i propri orientamenti generali per la quantificazione delle ammende attraverso un testo di *soft law*⁴¹³, dotando il sistema di maggior trasparenza. Sebbene tali orientamenti vincolino solo la Commissione, molte autorità nazionali garanti della concorrenza hanno elaborato i propri orientamenti per il calcolo delle ammende in linea con quelli della Commissione, operando una convergenza spontanea.

Nonostante questa parziale convergenza, l'effetto dissuasivo delle ammende varia notevolmente da uno Stato membro all'altro: in taluni Stati membri si prevede un massimo in termini di percentuale del fatturato dell'impresa, mentre in altri è prevista una soglia massima fissa⁴¹⁴. Variano anche la nozione di impresa e la dimensione geografica del fatturato⁴¹⁵ prese in considerazione ai fini del calcolo delle ammende⁴¹⁶. Inoltre, in alcuni Stati membri è prevista una mera sanzione amministrativa o civile, in altri anche penale.

Si riporta una tabella nella quale sono comparati i sistemi nazionali⁴¹⁷:

| Stato membro | Natura della sanzione | Calcolo dell'ammenda |
|---------------------|------------------------------|-----------------------------|
| Austria | Amministrativa | Fino al 10% del fatturato |
| Belgio | Amministrativa | Fino al 10% del fatturato |

⁴¹³ Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2, del regolamento n. 17 e dell'articolo 65, paragrafo 5, del Trattato CECA» (GU 1998, C 9) sostituita dagli Orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, (2006/C 210/02), 1° settembre 2006.

⁴¹⁴ Ad esempio in Estonia. Maggiori dettagli sul sistema estone sono disponibili al seguente indirizzo: <https://globalcompetitionreview.com/insight/the-european-antitrust-review-2016/1066802/estonia-competition-authority>.

⁴¹⁵ In alcuni ordinamenti, la soglia massima si riferisce al fatturato consolidato del gruppo, in altri ordinamenti, invece, si guarda unicamente al fatturato della sola società che commesso l'infrazione. Un'altra problematica è legata alla successione di imprese, ossia alla possibilità di domandare il pagamento ad un'impresa incorporata all'impresa incorporante o risultante dalla fusione. Per approfondimenti si veda F. Ghezzi, B. Marchetti, *La proposta di direttiva in materia di Rete europea della Concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc. 5, 1 ottobre 2017, p. 1015.

⁴¹⁶ In taluni Stati membri si fa riferimento al fatturato mondiale dell'entità coinvolta nella violazione; in altri, come il Belgio, al solo fatturato nazionale.

⁴¹⁷ Sono stati utilizzati i dati provenienti da uno studio effettuato dal Parlamento europeo, dal quale emergono le differenze tra i sistemi, *Directorate General for internal policies, An Academic View on the Role and Powers of National Competition Authorities Background to the ECN plus project*, aprile 2016, IP/A/ECON/2016-06. Lo studio risale al 2016, è disponibile solo la versione in inglese, consultabile al seguente indirizzo [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578971/IPOL_STU\(2016\)578971_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578971/IPOL_STU(2016)578971_EN.pdf).

| | | |
|-----------------|-------------------------|--|
| Bulgaria | Amministrativa / penale | dai 2.500 ai 153.000 euro + sanzioni individuali |
| Croazia | Amministrativa | Fino al 10% del fatturato |
| Cipro | Amministrativa | Fino al 10% del fatturato |
| Repubblica Ceca | Amministrativa | Fino al 10% del fatturato |
| Danimarca | Amministrativa / penale | Discrezionalità del giudice |
| Estonia | Amministrativa / penale | Discrezionalità del giudice |
| Finlandia | Amministrativa | Fino al 10% del fatturato |
| Francia | Amministrativa / penale | Fino al 10% del fatturato + sanzioni individuali |
| Germania | Amministrativa | Fino al 10% del fatturato |
| Grecia | Amministrativa / penale | Fino al 10% del fatturato + sanzioni individuali |
| Ungheria | Amministrativa | Fino al 10% del fatturato |
| Irlanda | Civile/ penale | Fino al 10% del fatturato o 4 milioni di euro |
| Italia | Amministrativa | Fino al 10% del fatturato |
| Lettonia | Amministrativa | Fino al 10% del fatturato |
| Lituania | Amministrativa | Fino al 10% del fatturato |
| Lussemburgo | Amministrativa | Fino al 10% del fatturato |
| Paesi Bassi | Amministrativa | Fino al 10% del fatturato |

| | | |
|-------------|-------------------------|---|
| Malta | Amministrativa / penale | Fino al 10% del fatturato + sanzioni individuali |
| Polonia | Amministrativa / penale | Fino al 10% del fatturato + sanzioni individuali |
| Portogallo | Amministrativa | Fino al 10% del fatturato |
| Romania | Amministrativa | Fino al 10% del fatturato |
| Slovacchia | Amministrativa | Fino al 10% del fatturato |
| Slovenia | Amministrativa / penale | Fino al 10% del fatturato + sanzioni individuali |
| Spagna | Amministrativa | Fino al 10% del fatturato |
| Svezia | Civile | Fino al 10% del fatturato soggetto alla discrezionalità del giudice |
| Regno Unito | Amministrativa | Fino al 10% del fatturato + sanzioni individuali |

Alla luce di tali differenze, si reso necessario un intervento a livello di Unione per armonizzare le discipline nazionali (§ 2.1.).

Dall'analisi comparata del sistema italiano e di quello francese emerge come i rispettivi sistemi sanzionatori differiscano sotto alcuni aspetti: dalla modalità di calcolo, al tipo di responsabilità in cui possono incorrere le imprese (§ 2.2.).

2.1. L'armonizzazione delle regole per la quantificazione delle ammende

La necessità di raggiungere un certo grado di armonizzazione delle regole nazionali ha condotto all'elaborazione della Direttiva (UE) 2019/1. In particolare, l'articolo 13 della Direttiva dispone che gli Stati membri debbano provvedere affinché le autorità nazionali possano procedere all'irrogazione, o possano chiedere l'irrogazione, in un procedimento giudiziario non penale, di ammende efficaci,

proporzionate e dissuasive alle imprese o associazioni di imprese qualora, dolosamente o per colpa, commettano un'infrazione delle disposizioni dell'articolo 101 o 102 TFUE.

Al considerando 42 della Direttiva è specificato che i concetti di dolo e colpa dovrebbero essere interpretati in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE e non in linea con i concetti di dolo e colpa nei procedimenti nazionali penali. Ciò, tuttavia, lascia impregiudicate le legislazioni nazionali che si basano sul criterio di responsabilità oggettiva, a condizione che ciò sia compatibile con la giurisprudenza della Corte di giustizia.

La Direttiva precisa che le legislazioni nazionali sono libere di prevedere l'imposizione di sanzioni penali, a condizione che ciò non incida sull'applicazione efficace e uniforme degli articoli 101 e 102 TFUE.

Inoltre, con riguardo alla nozione di impresa, in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia, deve essere fatto riferimento ad un'unità economica, anche qualora sia costituita da più persone fisiche o giuridiche. Di conseguenza, le autorità nazionali dovrebbero poter applicare la nozione di impresa per stabilire la responsabilità di una società controllante e irrogarle un'ammenda per sanzionare il comportamento di una delle sue controllate, qualora la società controllante e la sua controllata rappresentino una sola unità economica.

Al fine di evitare il rischio che le imprese si sottraggano all'imposizione delle sanzioni, operando cambiamenti di natura giuridica o organizzativa, le autorità nazionali devono poter individuare i successori giuridici o economici dell'impresa responsabile e irrogare loro le ammende⁴¹⁸.

Con riguardo al calcolo delle ammende, la Direttiva impone di tenere in considerazione sia la gravità che la durata dell'infrazione. In tal senso, la gravità dovrebbe essere valutata caso per caso per ciascun tipo di infrazione, tenendo in considerazione tutte le circostanze rilevanti, quali: *i*) la natura dell'infrazione; *ii*) la quota di mercato aggregata di tutte le imprese interessate; *iii*) l'estensione geografica dell'infrazione; *iv*) se sia stata data attuazione o meno alle pratiche illecite; *v*) il valore delle vendite di beni e servizi dell'impresa a cui l'infrazione si riferisce direttamente o indirettamente; *vi*) la dimensione e il potere di mercato dell'impresa interessata.

Inoltre, l'esistenza di infrazioni reiterate da parte dello stesso soggetto è indice della sua propensione a commettere tali infrazioni e quindi la sanzione dovrebbe essere incrementata per conseguire un reale effetto dissuasivo⁴¹⁹.

Per quanto riguarda, invece, l'irrogazione di ammende ad associazioni di imprese insolubili, gli Stati membri devono assicurare che le associazioni richiedano ai propri membri contributi a concorrenza

⁴¹⁸ Considerando 46.

⁴¹⁹ Considerando 47e Articolo 14.

dell'importo dell'ammenda. Inoltre, se necessario per garantire il pagamento integrale dell'ammenda, le autorità nazionali dovrebbero avere il diritto di richiedere il pagamento dell'importo dell'ammenda ancora dovuto da qualsiasi impresa i cui rappresentanti erano membri degli organi decisionali dell'associazione. Le autorità nazionali dovrebbero avere anche il diritto di esigere il pagamento dell'importo ancora dovuto da qualsiasi membro dell'associazione che operava sul mercato nel quale si è verificata l'infrazione, salvo che questi dimostrino che non hanno commesso l'infrazione o non ne erano a conoscenza, o che si sono attivamente dissociati da essa prima dell'inizio dell'indagine. La Direttiva impone che l'importo massimo dell'ammenda che può essere irrogata per ciascuna infrazione deve essere fissato a un livello non inferiore al 10 % del fatturato totale a livello mondiale dell'impresa interessata. Gli Stati restano liberi di fissare un importo più elevato (maggiore dissuasività). Inoltre, qualora l'infrazione sia commessa da un'associazione di imprese e riguardi le attività dei suoi membri, l'importo massimo dell'ammenda non deve essere inferiore al 10 % della somma dei fatturati totali a livello mondiale di ciascun membro operante sul mercato interessato dall'infrazione commessa dall'associazione.

2.2. Un'analisi comparata tra il modello italiano e il modello francese

A. Italia

Nel 2014, l'Italia, dopo circa venticinque anni dall'entrata in vigore della Legge 10 ottobre 1990, n. 287 (norme per la tutela della concorrenza e del mercato), si è dotata di Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni⁴²⁰.

Sino al 2014, non sussisteva alcuna formale limitazione alla discrezionalità dell'autorità garante nella scelta dei fattori da considerare al fine di determinare l'ammontare della sanzione. L'art. 15, comma 1 della l. 287/1990⁴²¹, infatti, prevede unicamente che la sanzione non superi il « *dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida* ». Inoltre, ai sensi dell'art. 31, l. 287/1990, l'Autorità garante deve ulteriormente osservare, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della l. 689/1981. In particolare, l'articolo 1, legge 689/1981 prevede che nella determinazione dell'importo della sanzione debba essere tenuto conto « *[de]lla gravità della violazione, all'opera*

⁴²⁰ Agcm, Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, provvedimento 22 ottobre 2014, n. 25152, in Boll. n. 42, 2014; C. E. Cazzato, *Le linee guida sulla quantificazione delle sanzioni antitrust*, Giappichelli, 2018; C. B. Calini, *Procedure antitrust in Italia*, Giuffrè, 2018.

⁴²¹ Legge del 24 novembre 1981, n. 689.

svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche ».

Prima dell'adozione di dette Linee guida, l'autorità faceva tradizionalmente riferimento agli Orientamenti sul calcolo delle ammende predisposti dalla Commissione nel 1998 e poi modificati nel 2006⁴²².

La metodologia di applicazione e calcolo delle sanzioni si è, pertanto, sviluppata in stretta aderenza con il diritto dell'Unione e la legittimità di tale prassi è stata più volte ritenuta legittima dal giudice amministrativo⁴²³.

Tale ancoraggio al diritto dell'Unione trova la sua ragion d'essere nell'articolo 1, comma 4, della Legge n. 287, ove è imposta una coerenza interpretativa e applicativa delle norme della concorrenza con la disciplina dell'Unione europea « *l'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza* ».

Lo scopo prefissato dalle Linee Guida è quello di illustrare i principi che l'Autorità deve seguire per la quantificazione delle sanzioni, ciò al fine di assicurare la trasparenza e la prevedibilità del proprio processo decisionale. Tale metodologia di calcolo, tuttavia, fornisce solo delle indicazioni di "carattere generale", non potendo essere intesa come base di un metodo di calcolo automatico e aritmetico⁴²⁴. In capo all'Autorità permane un ampio margine di discrezionalità per ciò che concerne la concreta quantificazione della sanzione, potendo operare aggiustamenti dell'importo base e potendo derogare ai criteri previsti dalle Linee guida, previa idonea motivazione circa le specifiche circostanze del caso.

A.1. La quantificazione delle ammende

Il procedimento di calcolo della sanzione si articola in due diverse fasi: in primo luogo deve essere individuato l'importo di base e, successivamente, detto importo deve essere adeguato, mediante

⁴²² Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2, del regolamento n. 17 e dell'articolo 65, paragrafo 5, del Trattato CECA» (GU 1998, C 9) sostituita dagli Orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, (2006/C 210/02), 1° settembre 2006.

⁴²³ Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 424; Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 marzo 2009, n. 1190; TAR Lazio, Sez. I, 29 dicembre 2007, n. 14157; r. C. Lo Surdo, La diffida e le sanzioni inflitte dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (articolo 15, 1° e 2° co., L. 10.10.1990, n. 287), in Codice commentato della Concorrenza e del Mercato, a cura di A. Catricalà e S. Troiano, Torino, 2010, pp. 1286 e ss.

⁴²⁴ AGCM, Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, provvedimento 22 ottobre 2014, n. 25152, in Boll. n. 42, 2014, p. 6.

aumenti o riduzioni in funzione di eventuali circostanze attenuanti o aggravanti, o tramite l'applicazione di incrementi supplementari per assicurare l'effetto deterrente della sanzione.

a. Il calcolo dell'importo base

L'importo di base della sanzione viene calcolato a partire dal valore delle vendite dei beni o dei servizi oggetto, direttamente o indirettamente, dell'infrazione, nell'ultimo anno intero di partecipazione all'infrazione⁴²⁵. In tal senso, la giurisprudenza ha chiarito che deve essere preso in considerazione esclusivamente il fatturato realizzato dall'impresa nel mercato rilevante, come definito nel provvedimento di chiusura del procedimento, comprendente anche il fatturato derivante dai rapporti commerciali con corrispondenti esteri. Il valore deve riferirsi alle vendite realizzate nell'area geografica interessata dall'infrazione, risultando indifferente la nazionalità dei clienti con cui tale fatturato è stato realizzato. È così sufficiente l'imputazione delle vendite ai servizi e all'area geografica, come individuati attraverso la nozione di mercato rilevante, cui l'infrazione si riferisce⁴²⁶. Nell'ipotesi in cui il dato relativo al fatturato, riferito all'ultimo anno intero di partecipazione all'infrazione non sia disponibile⁴²⁷, oppure non sia considerato sufficientemente rappresentativo, l'autorità prenderà in considerazione qualsiasi altra informazione che essa ritenga pertinente o appropriata, quale ad esempio: la media del valore delle vendite nell'intero periodo di durata dell'infrazione, oppure un altro anno di tale periodo di riferimento o una percentuale del fatturato totale realizzato in Italia⁴²⁸.

⁴²⁵ Il valore delle vendite deve essere determinato al netto dell'IVA e delle altre imposte direttamente legate alle vendite.

⁴²⁶ Consiglio di Stato, sez. VI, 4 settembre 2014, *Albini § Pitigliani*, n. 4506. Par. 26; TAR Lazio, 29 marzo 2012, *ITK Zardini*, n. 3042, pp.17-18, « *Sostiene parte ricorrente che dal fatturato sulla cui base determinare l'importo base della sanzione dovrebbe computarsi quello derivante da rapporti commerciali con corrispondenti esteri. La censura non merita condivisione per avere l'Autorità correttamente riferito il valore delle vendite dei servizi cui l'infrazione si riferisce al fatturato relativo ai servizi che ricadono nel perimetro di estensione del mercato rilevante, il quale si riferisce alle spedizioni internazionali di merci su strada da e per l'Italia, per le quali gli spedizionieri, come correttamente rilevato dall'Autorità, svolgono la propria attività solo nel territorio nazionale di propria appartenenza, o al più fino al centro di smistamento estero del proprio corrispondente, mentre il resto del servizio viene svolto dal corrispondente estero dello spedizioniere italiano, il quale ultimo emette fattura, per questa parte del servizio, allo spedizioniere che ha avuto l'incarico. Il fatturato dovuto ai corrispondenti esteri rientra, quindi, nel valore delle vendite riferite ai beni relativi all'infrazione, ripercuotendosi le condizioni di concorrenza instauratesi fra gli spedizionieri nazionali anche sui prezzi praticati ai clienti finali dagli spedizionieri esteri nei rispettivi Paesi. Sotto altro profilo, va rilevato che il valore delle vendite deve riferirsi ai beni cui l'infrazione si riferisce, realizzate nell'area geografica interessata dall'infrazione, indifferente essendo la nazionalità dei clienti con cui tale fatturato è stato realizzato, essendo sufficiente l'imputazione dello stesso ai servizi ed all'area geografica, come individuati attraverso la nozione di mercato rilevante, cui l'infrazione si riferisce* ».

⁴²⁷ Ad esempio, laddove il bilancio non sia stato ancora approvato e i dati forniti non siano attendibili.

⁴²⁸ Nel procedimento I790 - Vendita Diritti Televisivi Serie A 2015-2018, Provvedimento n. 25966, l'AGCM, al fine del calcolo dell'importo base della sanzione, ha preso in considerazione l'anno 2015 in quanto ritenuto più rappresentativo dei vantaggi attesi rispetto al 2014, anno in cui era stata posta in essere la condotta. In particolare « *nel caso di specie, rispetto all'individuazione dell'anno di riferimento per il calcolo della base della sanzione, si ritiene che le sanzioni debbano essere calcolate rispetto ai vantaggi conseguiti nel 2015 dai soggetti partecipanti all'intesa relative alla vendita dei diritti audiovisivi del campionato di calcio della Serie A. L'anno*

Nei casi di associazioni di imprese, per “*valore delle vendite*” dei beni o servizi oggetto dell’infrazione deve intendersi il valore complessivo dei contributi associativi versati dai membri dell’associazione.

Il fatturato di riferimento è quello riferibile all’entità giuridica destinataria del provvedimento, ivi incluse le vendite infragruppo (vendite interne). In tal senso, si è pronunciato il Tar Lazio, il quale, nel confermare la legittimità dell’inclusione del fatturato infragruppo, ha ribadito il principio secondo cui « *la corrispondenza tra il valore dei servizi cui l’infrazione si riferisce ed il fatturato da prendere in considerazione ai fini della determinazione dell’importo base della sanzione, rinvia necessariamente alla delimitazione dell’infrazione come discendente dalla definizione del mercato rilevante di riferimento. Ne discende che il valore delle vendite da prendere in considerazione è quello riferito alle vendite dei servizi riferiti al mercato rilevante, quale nozione che identifica l’infrazione sotto il profilo merceologico e della sua estensione geografica, delimitando il contesto economico in cui operano le imprese coinvolte nella violazione* »⁴²⁹.

Una volta individuato il valore delle vendite, l’importo base dell’ammenda è calcolato prendendo in considerazione una percentuale delle vendite, determinata in funzione del grado di gravità della violazione e non superiore al 30%. Nel valutare la gravità, in primo luogo, rileva la natura dell’infrazione: le intese orizzontali segrete di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazione della produzione costituiscono le più gravi restrizioni della concorrenza. Al riguardo, l’eventuale segretezza della pratica illecita ha una diretta relazione con la probabilità di scoperta della stessa e, pertanto, con la sanzione attesa. Le Linee guida dispongono che per questo tipo di infrazioni, la percentuale del valore delle vendite considerata deve essere di regola non inferiore al 15%.

Altri criteri per valutare la gravità della condotta, ai fini della scelta della percentuale da applicare al valore delle vendite, sono: *i*) le condizioni di concorrenza nel mercato interessato (quali, ad esempio, il livello di concentrazione, l’esistenza di barriere all’entrata); *ii*) la natura dei prodotti o servizi, con particolare riferimento al pregiudizio all’innovazione; *iii*) l’attuazione o meno della pratica illecita; *iv*) la rilevanza dell’effettivo impatto economico o degli effetti pregiudizievoli sul mercato e/o sui consumatori, qualora l’autorità disponga di elementi che consentano una stima attendibile degli stessi.

2015 è preso in considerazione poiché è il primo anno in cui si manifestano gli effetti economici commessi ai diritti oggetto dell’intesa. Infatti, benché la commercializzazione dei diritti calcistici per le stagioni 2015/18 sia avvenuta nel 2014 la competizione oggetto dell’assegnazione non ha avuto inizio prima del 2015 ».

⁴²⁹ Tar Lazio, 29 marzo 2012, n. 3029; Tar Lazio, 15 dicembre 2017, n. 12420.

L'importo ottenuto applicando una determinata percentuale al valore delle vendite deve poi essere moltiplicato per il numero di anni di partecipazione all'infrazione⁴³⁰.

L'autorità, inoltre, può applicare alle infrazioni più gravi un importo supplementare compreso tra il 15% e il 25% del valore delle vendite dei beni o servizi oggetto dell'infrazione, indipendentemente dalla durata e dell'infrazione (c.d. *entry fee* o tassa di ingresso). La *ratio* di tale importo supplementare è quello di garantire l'effetto dissuasivo generale, scoraggiando le imprese dal porre in essere le violazioni più gravi. L'applicazione della tassa di ingresso deve essere adeguatamente motivata, come ricordato dal giudice amministrativo nella recente sentenza *Nuova Amit*⁴³¹, in cui ha sancito che : « *va invece accolta la doglianza con la quale la ricorrente ha censurato l'applicazione dell'aggravante dell'entry fee, quantificata nella misura del 15%. Il provvedimento, sul punto, è affetto da una palese carenza motivazionale in ordine alla ricorrenza dei presupposti per l'applicazione, solo tautologicamente richiamati. Né i detti requisiti risultano in concreto sussistenti, atteso che non emerge, dalla lettura complessiva dei fatti, la necessità di un effetto deterrente ulteriore rispetto a quello connesso alla sanzione base, in considerazione del fatto che lo scostamento tra i prezzi offerti dalle parti e quelli medi di mercato è sostanzialmente contenuto* ».

b. L'adeguamento dell'importo

Una volta individuata la misura dell'importo base, questo potrà essere modificato per tener conto delle specifiche circostanze che aggravano o attenuano la responsabilità dell'autore della violazione. Si tratta di condizioni di carattere soggettivo, riferibili alla singola impresa, come sancito dalle stesse Linee guida che fanno riferimento all'articolo 11 della legge n. 689/1981.

Le Linee guida indicano un elenco non esaustivo di circostanze aggravanti e attenuanti che l'autorità può tenere in considerazione ai fini del computo della sanzione.

In presenza di più circostanze concorrenti, l'autorità procederà ad una loro valutazione e quantificazione complessiva. Di regola, l'incidenza di ciascuna delle circostanze considerate dall'autorità non può essere superiore o inferiore al 15% dell'importo di base, fino ad una percentuale complessiva pari a, più o meno, il 50% dell'importo di base, salvo nel caso di recidiva e di c.d. *amnesty plus*. In caso di recidiva, le Linee guida dispongono che l'importo base possa essere aumentato sino al 100%. Invece, nel caso di *amnesty plus*, ossia nel caso in cui nel corso dell'istruttoria l'impresa fornisca informazioni e documentazione ritenute decisive per l'accertamento

⁴³⁰ Per le frazioni di anno, la durata è calcolata in funzione dei mesi e dei giorni effettivi di partecipazione all'infrazione.

⁴³¹ Tar Lazio, sez. I, 5 dicembre 2017, n. 11986, Nuova Amit.

di una infrazione diversa da quella oggetto dell'accertamento, la sanzione può essere ulteriormente ridotta fino al 50% dell'importo di base.

Le circostanze aggravanti elencate nelle Linee guida sono: *i)* aver svolto un ruolo decisivo nella promozione, organizzazione o monitoraggio di una infrazione plurisoggettiva, indotto o costretto, anche con misure di ritorsione, altre imprese a parteciparvi e/o a proseguire nella stessa (c.d. capofila); *ii)* non aver cooperato, ostacolando o comunque ritardando l'attività istruttoria dell'autorità; *iii)* aver precedentemente commesso una o più infrazioni simili o della stessa tipologia, in relazione all'oggetto o agli effetti, accertata/e dall'autorità o dalla Commissione Europea, nei cinque anni precedenti l'inizio dell'infrazione oggetto di istruttoria (c.d. recidiva). È rilevante porre in luce che, a differenza degli Orientamenti della Commissione in materia di calcolo delle ammende, le Linee guida non riconoscono il valore di precedente alle decisioni di altre autorità nazionali di concorrenza e fissano una barriera temporale di cinque anni.

Le circostanze attenuanti sono:

i) aver adottato iniziative adeguate per mitigare gli effetti della violazione, in particolare ripristinando le condizioni di concorrenza precedenti all'infrazione e/o prevedendo e attuando, spontaneamente o nel contesto di una transazione consensuale conclusa precedentemente alla decisione di accertamento dell'infrazione, misure risarcitorie in favore dei soggetti danneggiati dall'illecito. La mera interruzione del comportamento illecito successivamente all'avvio dell'istruttoria non costituisce una circostanza attenuante. Il Consiglio di Stato ha precisato che l'avvenuta prestazione di impegni rigettati dall'autorità non sono rilevanti per l'applicazione di tale circostanza attenuante. In particolare, non rileva come attenuante l'offerta di impegni « *rigettata dall'Autorità, in quanto non ritenuta idonea a rimuovere (gli) effetti anticoncorrenziali* », né « *la spontanea cessazione della condotta anticoncorrenziale prima dell'apertura del procedimento di indagine, trattandosi di circostanza che è stata adeguatamente valutata per ciò che attiene la complessiva durata della condotta* »⁴³²;

ii) aver collaborato efficacemente con l'autorità nel corso del procedimento istruttorio al di là di quanto richiesto dagli obblighi di legge. Le Linee guida chiariscono che per le fattispecie che ricadono nell'ambito di applicazione del programma di trattamento favorevole, la cooperazione delle imprese sarà valutata esclusivamente secondo le disposizioni del programma di trattamento favorevole e non come circostanza attenuante;

iii) aver dimostrato di aver svolto un ruolo marginale nella partecipazione dell'infrazione, provando altresì di non aver di fatto concretamente attuato la pratica illecita. Ai fini dell'applicazione di detta

⁴³² Consiglio di Stato, sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3026.

circostanza è necessario dimostrare cumulativamente di avere avuto un ruolo circoscritto nell'ambito dell'infrazione e di non aver dato attuazione alle pratiche illecite;

iv) l'esistenza di misure normative e/o di provvedimenti dell'autorità pubblica che favoriscano, facilitino o autorizzino l'infrazione;

v) l'adozione e il rispetto di uno specifico programma di *compliance*, adeguato e in linea con le *best practice* europee e nazionali. In tal senso deve essere dimostrato l'effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma (attraverso, ad esempio, un pieno coinvolgimento del *management*, l'identificazione del personale responsabile del programma, l'identificazione e valutazione dei rischi sulla base del settore di attività e del contesto operativo, l'organizzazione di attività di *training* adeguate alle dimensioni economiche dell'impresa, la previsione di incentivi per il rispetto del programma nonché di disincentivi per il mancato rispetto dello stesso, l'implementazione di sistemi di monitoraggio e *auditing*);

vi) nel caso di *amnesty plus*, ossia qualora nel corso dell'istruttoria l'impresa fornisca informazioni che, anche attraverso un'ispezione mirata, siano ritenute decisive per l'accertamento di una infrazione diversa da quella oggetto dell'accertamento e ricadente nell'ambito di applicazione del programma di clemenza, laddove l'impresa benefici dell'immunità condizionata dalle sanzioni per tale infrazione ai sensi del programma di clemenza. La previsione di tale istituto è una novità rispetto agli Orientamenti della Commissione e rappresenta un incentivo per le imprese a ricorrere ai programmi di trattamento favorevole.

Oltre alle circostanze attenuanti e aggravanti, le Linee guida prevedono altri adeguamenti dell'importo base a garanzia della deterrenza "soggettiva" e della proporzionalità.

In particolare, l'autorità può incrementare la sanzione fino al 50% qualora l'impresa responsabile dell'infrazione abbia realizzato nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida un fatturato totale a livello mondiale particolarmente elevato rispetto al valore delle vendite dei beni o servizi oggetto dell'infrazione oppure appartenga a un gruppo di significative dimensioni economiche.

Inoltre, l'autorità può incrementare la sanzione in considerazione dell'importo degli utili illeciti realizzati dall'impresa responsabile dell'infrazione, qualora disponga di elementi che consentano una stima attendibile degli stessi.

La possibilità di incrementare la sanzione si ricollega alla necessità di garantire l'effetto dissuasivo della sanzione per le imprese che hanno un fatturato elevato (deterrenza soggettiva).

Quando l'importo finale della sanzione supera il massimo edittale di cui all'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 (ossia il 10% del fatturato totale realizzato dall'impresa, a livello mondiale, nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notifica della decisione), esso è ridotto nella misura

eccedente tale limite. La base di calcolo del massimo edittale è rappresentata dal fatturato totale realizzato a livello mondiale nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida da parte di ciascuna impresa partecipante all'infrazione.

La sanzione così determinata può essere oggetto di un'ulteriore riduzione (a valle dell'applicazione del massimo edittale), nel caso di ammissione al programma di trattamento favorevole.

Inoltre, l'Autorità considera le condizioni economiche dell'impresa responsabile dell'infrazione, in base a quanto previsto dall'articolo 11 della legge n. 689/81. Al riguardo, su istanza di parte avanzata l'autorità può ridurre la sanzione per tener conto dell'effettiva limitata capacità contributiva della stessa. L'applicazione di tale riduzione è subordinata a due condizioni cumulative: in primo luogo l'impresa deve presentare un'apposita istanza entro il termine di chiusura della fase di acquisizione degli elementi probatori. In secondo luogo, l'impresa deve presentare evidenze complete, attendibili e oggettive dalle quali risulti che l'impostazione di una sanzione, determinata secondo le Linee Guida, pregiudicherebbe in modo irreparabile la redditività economica dell'impresa.

Infine, le Linee guida prevedono la possibilità per l'autorità di quantificare la sanzione, allontanandosi dai criteri delineati nelle Linee guida, alla luce delle circostanze del caso concreto. Il paragrafo 33 consente all'autorità di applicare sanzioni di importo simbolico, qualora ciò si giustifichi dalla presenza di circostanze eccezionali, che dovranno essere indicate nel testo della decisione.

A.2. L'impatto della Direttiva (UE) 2019/1

La trasposizione della Direttiva (UE) 2019/1 porterà a delle modifiche sostanziali nell'ordinamento italiano. Un primo cambiamento che dovrà essere apportato concerne la copertura di natura sussidiaria/solidale a carico delle imprese interessate in caso di un'infrazione posta in essere da un'associazione di imprese. In particolare, come precedentemente posto in luce, la Direttiva prevede che qualora i contributi non siano stati versati integralmente all'associazione di imprese, entro il termine fissato, le autorità non possono esigere il pagamento dell'ammenda direttamente da qualsivoglia impresa i cui rappresentanti erano membri degli organi decisionali dell'associazione. Inoltre, se necessario per garantire il pagamento integrale dell'ammenda, dopo aver richiesto il pagamento a dette imprese, le autorità nazionali garanti della concorrenza possono anche esigere il pagamento dell'importo dell'ammenda ancora dovuto da qualsivoglia membro dell'associazione che operava sul mercato nel quale si è verificata l'infrazione.

Al riguardo, attualmente, l'ordinamento italiano non contempla tale responsabilità sussidiaria/solidale, pertanto, sarà necessario un intervento legislativo di adeguamento.

Un secondo punto sul quale sarà necessario intervenire concerne l'importo massimo delle ammende. In particolare, attualmente, il tetto massimo della sanzione irrogabile è il 10% del fatturato totale

realizzato a livello mondiale dall'impresa. A seguito del recepimento della Direttiva, il 10% del fatturato rappresenterà l'importo minimo della sanzione applicabile dall'Autorità.

La Direttiva, inoltre, in caso di ammende alle associazioni di imprese, ancora il calcolo del massimo edittale al fatturato delle imprese associate. Attualmente l'importo massimo delle ammende previsto in ambito nazionale è di gran lunga inferiore a quello contemplato dalla Direttiva, poiché calcolato sulla base delle quote associative versate⁴³³.

B. Francia

Ai sensi dell'articolo L. 464-2 del *Code du Commerce*, l'autorità garante della concorrenza francese « *peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a acceptés* »⁴³⁴.

Il Codice non disciplina in modo dettagliato il metodo di determinazione della sanzione, ma si limita a precisare che le sanzioni pecuniarie devono essere proporzionate alla gravità dei fatti contestati, all'entità del danno causato, alla situazione dell'impresa o del gruppo cui appartiene la società e all'eventuale recidiva.

L'autorità può decidere di ridurre l'importo della sanzione pecuniaria inflitta nell'ipotesi in cui, nel corso di un procedimento, l'impresa abbia indennizzato le vittime della condotta, ai sensi dell'articolo 2044 del codice civile (transazione)⁴³⁵.

Il Codice, inoltre, fissa un importo massimo: se l'autore della violazione non è un'impresa, l'importo massimo della sanzione è di 3 milioni di euro. Nell'ipotesi in cui l'autore sia un'impresa, l'importo

⁴³³ Camera dei deputati, 5 giugno 2017, Atto numero: COM (2017) 142, 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, disponibile al seguente indirizzo <http://documenti.camera.it/leg17/dossier/Pdf/ES087.pdf>.

⁴³⁴ La traduzione è mia « *può infliggere una sanzione pecuniaria applicabile sia immediatamente, sia in caso di mancato rispetto delle ingiunzioni o degli impegni che ha accettato* ».

⁴³⁵ Article L 464-2, troisième alinéa du I : « *L'Autorité de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Elle peut aussi accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1 à L. 420-2-2 et L. 420-5 ou contraires aux mesures prises en application de l'article L. 410-3.*

Elle peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a acceptés.

Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. L'Autorité de la concurrence peut décider de réduire le montant de la sanction pécuniaire infligée à une entreprise ou à un organisme lorsque cette entreprise ou cet organisme a, en cours de procédure devant l'Autorité, versé à la victime de la ou des pratiques anticoncurrentielles sanctionnées une indemnité due en exécution d'une transaction au sens de l'article 2044 du code civil ».

massimo della sanzione è il 10% dell'importo massimo del fatturato mondiale realizzato in uno degli esercizi chiusi precedentemente a quello in cui sono state attuate le pratiche⁴³⁶.

Nel 2011, l'autorità francese ha adottato le linee direttive concernenti la quantificazione delle sanzioni pecuniarie, sotto la veste di una comunicazione⁴³⁷.

L'intera Comunicazione si basa sul principio di effettività degli articoli 101 e 102 TFUE, sancendo che la stessa potrà essere completata o modificata, alla luce degli sviluppi e delle pratiche decisionali dell'autorità e della giurisprudenza, non solo nazionale, ma altresì dell'Unione : « *il pourra être complété ou modifié ultérieurement, au vu des développements de la pratique décisionnelle de l'Autorité et de la jurisprudence de la Cour de cassation et de la cour d'appel de Paris, mais aussi de celle du Conseil constitutionnel, du Conseil d'Etat, de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'Homme* »⁴³⁸.

Una simile statuizione può essere vista come una clausola di flessibilità e di apertura del sistema stesso, alla luce dei principi generali dell'Unione, che devono sempre ispirare l'autonomia procedurale nazionale.

La finalità della Comunicazione è quella di aumentare la trasparenza del sistema, rendendo note in anticipo le modalità pratiche di quantificazione delle sanzioni pecuniarie. Inoltre, facilita la verifica della loro determinazione da parte delle giurisdizioni di controllo.

La stessa Comunicazione precisa, tuttavia, che non è possibile prevedere in anticipo l'ammontare esatto delle sanzioni, in quanto l'autorità deve valutare tutte le circostanze del caso concreto.

B.1. La quantificazione delle ammende

Anche il procedimento di calcolo delle sanzioni nel sistema francese si articola in diverse fasi: in una prima fase, l'autorità definisce un importo base dell'ammenda. In una seconda fase, tale importo

⁴³⁶ Article L 464-2, quatrième alinéa du I : « *Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre* ».

⁴³⁷ Autorité de la Concurrence, *Communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires*, 16 maggio 2011, disponibile al seguente indirizzo http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/communiqué_sanctions_concurrence_16mai2011_fr.pdf; C. Prieto, *Détermination des sanctions pécuniaires : Tenants et aboutissants de la méthode retenue par l'Autorité de la concurrence*, settembre 2011, *Revue Concurrences* N° 3-2011, Art. N° 37127, pp. 54-69

⁴³⁸ *Communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires*, p. 8. La traduzione è mia « *può essere completata o modificata in una data successiva, alla luce dell'evoluzione della prassi decisionale dell'Autorità e della giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte d'appello di Parigi, ma anche del Consiglio costituzionale, del Consiglio di Stato, della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo* ».

viene aumentato o diminuito in funzione del comportamento individuale e della situazione particolare di ogni impresa che ha commesso l'infrazione.

a. Il calcolo dell'importo base

Al fine di calcolare l'importo base della sanzione, l'autorità prende in considerazione il valore delle vendite effettuate dall'impresa interessata in relazione all'infrazione o alle infrazioni in questione.

L'autorità tiene conto di tutte le categorie di prodotti o servizi, in relazione all'infrazione o alle infrazioni, venduti dall'impresa durante l'ultimo esercizio contabile completo in cui ha partecipato all'infrazione⁴³⁹. Si tiene conto solo del fatturato realizzato in Francia, tuttavia se questa cifra non è resa disponibile dall'impresa, l'autorità può utilizzare il fatturato totale.

Nell'ipotesi in cui l'infrazione sia realizzata da un gruppo di imprese, si tiene in considerazione il fatturato realizzato dall'insieme delle imprese in questione.

Una volta ottenuto tale importo, l'autorità calcola l'importo base delle ammende prendendo in considerazione una percentuale tra lo 0% e il 30%⁴⁴⁰ dello stesso, in funzione della gravità dei fatti e dell'entità del danno causato all'economia.

Nel valutare la gravità dei fatti, l'autorità tiene conto della natura dell'infrazione⁴⁴¹, delle attività e dei mercati interessati (attività di servizio pubblico, mercato pubblico, settore recentemente aperto alla concorrenza). Inoltre, viene tenuta in considerazione la natura delle persone potenzialmente interessate (piccole e medie imprese, consumatori vulnerabili) e le caratteristiche oggettive dell'infrazione.

Il danno all'economia è qualificato quale criterio giuridico per la determinazione della percentuale dell'importo base da prendere in considerazione. Si tratta di una peculiarità del sistema francese, in quanto né il Regolamento (CE) n. 1/2003, né gli altri ordinamenti nazionali contemplano tale criterio. La Comunicazione chiarisce che il danno all'economia non corrisponde al danno che è stato causato alle vittime della condotta e non si limita ai guadagni illeciti che il suo autore o gli autori si aspettavano di trarne. Il danno in esame, infatti, comprende tutti gli aspetti della perturbazione che l'infrazione causa al funzionamento concorrenziale delle attività, dei settori o dei mercati

⁴³⁹ Sul punto, è rilevante osservare che nella consultazione pubblica lanciata nel gennaio 2011 sul *projet de communiqué* si era aperta una discussione sull'espressione il valore di tutte le vendite « *en relation tant directe qu'indirecte avec l'infraction ou avec les infractions* ». Il rapporto indiretto sembrava essere una fonte di incertezza e persino di arbitrarietà. Il testo finale della Comunicazione così menziona ora solo le vendite direttamente collegate all'infrazione.

⁴⁴⁰ Tale percentuale è compresa tra il 15 % e il 30 % nel caso di accordi orizzontali tra concorrenti in materia di fissazione dei prezzi, di ripartizione del mercato o dei clienti o di limitazione della produzione.

⁴⁴¹ In tal senso, un accordo tra concorrenti è più grave rispetto ad una pratica concordata. Inoltre, l'accordo a sua volta può avere un diverso grado di gravità a seconda che si tratti, ad esempio, di un cartello sui prezzi o di un semplice scambio di informazioni.

direttamente o indirettamente interessati, nonché all'economia in generale. Inoltre, comprende non solo la perdita di benessere che l'infrazione può generare a scapito dei consumatori intermedi o finali, ma anche, in particolare, il suo impatto negativo in altri settori economici, ad esempio nel campo dell'innovazione.

Detto danno non può essere presunto, ma deve essere dimostrato dall'autorità. Quest'ultima ne valuta obiettivamente l'importanza, alla luce di tutti gli elementi pertinenti del caso in questione, senza tuttavia doverla quantificare come se si trattasse di un pregiudizio individuale. Per apprezzare l'importanza del danno causato all'economia, l'autorità tiene in considerazione l'ampiezza dell'infrazione, le caratteristiche economiche dell'attività e del mercato in causa (*es.* barriere all'entrata, elasticità della domanda), le conseguenze strutturali (creazione di barriere all'ingresso, preclusione, effetti disciplinari o di scoraggiamento nei confronti dei concorrenti, deterioramento della qualità o dell'innovazione, ostacoli al progresso tecnico, impatto sulla competitività del settore in questione o di altri settori).

La durata dell'infrazione non è un criterio autonomo, ma un fattore rilevante per valutare la gravità dei fatti. La percentuale adottata dall'autorità si applica, per il primo anno completo di partecipazione di ciascuna impresa all'infrazione, al valore delle vendite effettuate durante l'esercizio contabile di riferimento e, per ciascuno degli anni successivi, alla metà di tale valore⁴⁴².

b. L'adeguamento dell'Importo

Una volta individuata la misura dell'importo base, questo deve essere adeguato in virtù del principio di individualizzazione⁴⁴³, il quale è espressamente menzionato all'articolo L. 464-2 *du Code de commerce*. Detto principio, è applicato in combinazione con i principi di proporzionalità e di deterrenza.

La Comunicazione articola il rispetto di questo requisito in tre fasi distinte. La prima è legato al comportamento dell'impresa in questione (circostanze aggravanti e attenuanti), la seconda è legato alla sua situazione oggettiva e, infine, la terza quello della recidiva.

In primo luogo, l'autorità adeguerà l'importo per tener conto delle specifiche circostanze che aggravano o attenuano la responsabilità dell'autore della violazione.

⁴⁴² Nonostante la durata sia un elemento essenziale nell'analisi economica per ragionare in termini di dissuasione, l'Autorità francese non considera il criterio della durata come priorità, adottando un approccio differente rispetto a quello della Commissione e dell'autorità italiana. F. Jenny, E. Combe, J. M. Connor, P. Buccirossi, G. Spagnolo, *Cartels: Economic efficiency of sanctions*, December 2006, *Concurrences Review* N° 4-2006, Art. N° 12613, pp. 10-30.

⁴⁴³ Conseil constitutionnel, décision n°2010-6/7 QPC, 11 juin 2010.

Le circostanze attenuanti in considerazione delle quali l'autorità può ridurre l'importo di base della sanzione pecuniaria sono: *i)* aver adottato un comportamento concorrenziale, in particolare attraverso un atteggiamento c.d. *franc-tireur* (o *maverick*) nei confronti degli altri partecipanti all'infrazione; *ii)* aver dimostrato di essere stati costretti a partecipare all'infrazione; *iii)* aver dimostrato che l'infrazione è stata autorizzata o incoraggiata dalle autorità pubbliche.

Le circostanze aggravanti per le quali l'autorità può aumentare l'importo di base della sanzione pecuniaria sono: *i)* aver svolto un ruolo guida o di incitamento, o un ruolo particolare nella progettazione o nell'attuazione della violazione; *ii)* aver adottato misure per costringere altri a partecipare alla violazione o aver adottato misure di ritorsione; *iii)* aver una particolare capacità di influenza o autorità morale (esempio essere investito di una missione di servizio pubblico).

Inoltre, ai sensi dell'articolo L. 464-2 *du Code de commerce*, nel caso in cui l'impresa non contesti le obiezioni notificate, il relatore generale dell'autorità può proporre una transazione che fissi l'importo massimo e minimo della sanzione e che tenga conto degli impegni assunti dall'impresa per modificare in futuro il suo comportamento. Tali impegni possono includere l'istituzione o il miglioramento di un *compliance program*.

L'autorità può adeguare l'importo base, alla luce di altri fattori oggettivi specifici della situazione dell'impresa interessata.

In primo luogo, essa può adattarla verso il basso per tener conto del fatto che: *i)* l'impresa interessata svolge la maggior parte della sua attività nel settore o mercato in relazione all'infrazione ("impresa monoprodotto"); *ii)* l'impresa o l'organismo interessato si trova ad affrontare particolari difficoltà finanziarie che incidono sulla sua capacità contributiva;

L'autorità può anche adattarla verso l'alto per tener conto del fatto che: *i)* l'impresa interessata ha dimensioni globali, potere economico o risorse significative, in particolare rispetto agli altri trasgressori; *ii)* il gruppo al quale appartiene l'impresa interessata ha una dimensione, un potere economico o importanti risorse globali. Tale elemento viene tenuto in considerazione in special modo qualora l'infrazione sia imputabile anche alla società che la controlla.

In terzo luogo, l'autorità adeguerà l'importo tenendo in considerazione la recidiva. La legge prevede che detta circostanza debba essere presa in considerazione in modo indipendente, al fine di permettere all'autorità di rispondere, in termini di repressione e di deterrenza, alla propensione dell'impresa a violare le regole di concorrenza. Nel valutare la recidiva, l'autorità tiene conto di quattro elementi cumulativi: *i)* la precedente infrazione al diritto della concorrenza deve essere stata accertata prima della fine della nuova pratica; *ii)* la nuova pratica deve essere identica o simile, per oggetto o effetto, a quella che ha dato luogo alla precedente constatazione; *iii)* la decisione deve essere divenuta definitiva entro la data in cui l'autorità decide in merito alla nuova pratica; *iv)* si tiene conto del tempo

trascorso tra la precedente constatazione dell'infrazione e l'inizio della nuova pratica. In tal senso, non rilevano le infrazioni commesse più di quindici anni addietro.

In caso di recidiva, l'importo della sanzione pecuniaria può essere aumentato dal 15 % al 50 %, in funzione in particolare del tempo che intercorre tra l'inizio della nuova pratica e la precedente constatazione dell'infrazione e della natura delle varie infrazioni in questione.

Una volta adeguato l'importo, l'autorità verifica che esso non superi il massimo legale. Ai sensi dell'articolo L. 464-2 *du code de commerce*, quando l'autore del reato è una società, l'importo massimo della sanzione pecuniaria è pari al 10% del più elevato fatturato mondiale, al netto delle imposte, realizzato nel corso di uno degli esercizi chiusi dall'esercizio precedente a quello in cui sono state poste in essere le pratiche. Se l'autore non è un'impresa (ma un'associazione di imprese), l'importo massimo della sanzione pecuniaria è di 3 milioni di euro.

Se l'autorità agisce secondo la procedura semplificata di cui all'articolo L. 463-3 *du code de commerce*, l'importo massimo è di 750.000 euro.

In ultimo, se necessario, l'autorità riduce l'importo della sanzione finanziaria per tener conto della partecipazione dell'impresa al programma di trattamento favorevole, di cui si parlerà in prosieguo. L'autorità può, altresì, tenere in considerazione le eventuali difficoltà contributive incontrate dalle singole imprese. In tal senso, qualora un'impresa intenda rivendicare l'esistenza di difficoltà e di vincoli finanziari che incidono sulla sua capacità di pagare, deve presentare una richiesta scritta all'autorità.

In Francia, inoltre, ai sensi dell'articolo L 420-6 *du Code de commerce* è prevista una sanzione penale in caso di violazione delle norme sulla concorrenza. L'articolo in esame dispone che « *Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75000 euros le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre de pratiques visées aux articles* »⁴⁴⁴.

B.2. L'impatto della Direttiva (UE) 2019/1

L'ordinamento francese è già sostanzialmente in linea con la nuova disciplina dettata dalla Direttiva (UE) 2019/1, dovendo solo essere apportati alcuni cambiamenti.

⁴⁴⁴ La traduzione è la mia. « *Ogni persona fisica che fraudolentemente partecipa personalmente e in modo determinante alla progettazione, all'organizzazione o all'attuazione delle pratiche di cui agli articoli è punito con quattro anni di reclusione e con una multa di 75.000 euro* ».

Una prima modifica che dovrà essere apportato nell'ordinamento francese concerne il massimo legale delle ammende per le associazioni di imprese. In particolare, l'importo dell'ammenda a cui è esposta attualmente un'associazione di imprese non può superare i 3 milioni di euro.

Con la Direttiva, detto importo è innalzato, in quanto il massimale dell'ammenda è stato portato al 10% della somma dei fatturati totali a livello mondiale di ciascun membro operante sul mercato interessato dall'infrazione commessa dall'associazione⁴⁴⁵.

Altre modifiche che dovranno essere apportate, come analizzato in precedenza per l'ordinamento italiano, riguardano la responsabilità in solido delle imprese dell'associazione e il potere dell'Autorità di infliggere sanzioni in caso di mancata collaborazione dell'impresa (penalità in mora).

C. Considerazioni finali di diritto comparato

Da quanto illustrato, emerge come la metodologia di calcolo delle ammende nel sistema francese e in quello italiano diverga sotto alcuni aspetti.

In primo luogo, con riferimento al calcolo dell'importo base, nell'ipotesi in cui il dato relativo al fatturato non sia disponibile, oppure non sia considerato sufficientemente rappresentativo, l'autorità italiana potrà prendere in considerazione qualsiasi altra informazione disponibile, tuttavia rimanendo limitata al fatturato realizzato in Italia. L'autorità francese, invece, in tale ipotesi, può utilizzare il fatturato totale realizzato anche al di fuori della Francia.

Inoltre, se in Italia l'importo ottenuto applicando una determinata percentuale al valore delle vendite deve poi essere moltiplicato per il numero di anni di partecipazione all'infrazione, in Francia la durata dell'infrazione non è un criterio autonomo, ma un fattore rilevante per valutare la gravità dei fatti.

In secondo luogo, con riferimento all'adeguamento dell'importo, in Italia, di regola, l'incidenza di ciascuna delle circostanze considerate dall'Autorità deve essere pari al 15% dell'importo di base, fino ad una percentuale complessiva pari a, più o meno, il 50% dell'importo di base, salvo nel caso di recidiva e di c.d. *amnesty plus*. In caso di recidiva l'importo base può essere aumentato sino al 100%. In Francia, al contrario, i testi normativi non specificano l'incidenza di ciascuna circostanza, salvo per la recidiva, la quale può portare ad un aumento fino al 50%.

Con riguardo all'importo massimo, in Italia, l'importo finale della sanzione non può superare il 10% del fatturato totale realizzato dall'impresa, a livello mondiale, nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notifica della decisione.

⁴⁴⁵ Per maggiori approfondimenti: http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id_rub=696&id_article=3426&lang=fr.

In Francia, invece, vi è una differenza: se l'autore della violazione non è un'impresa (es. un'associazione di imprese) l'importo massimo della sanzione è di 3 milioni di euro. Nell'ipotesi in cui l'autore sia un'impresa, l'importo massimo della sanzione è il 10% dell'importo massimo del fatturato mondiale realizzato in uno degli esercizi chiusi precedentemente a quello in cui sono state attuate le pratiche.

Inoltre, in Francia l'impresa può incorrere anche in una sanzione penale. Come visto, ai sensi dell'articolo L 420-6 *du Code de commerce* dispone che « *Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75000 euros le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre de pratiques visées aux articles* ».

3. I programmi di trattamento favorevole

I programmi di trattamento favorevole (c.d. *leniency programmes*) sono degli strumenti fondamentali per facilitare l'emersione e l'accertamento dei cartelli segreti (c.d. *hardcore cartels*)⁴⁴⁶, ossia le intese più dannose, consistenti principalmente nella fissazione di prezzi, nella limitazione della produzione e vendita di beni e servizi e nella ripartizione dei mercati o dei clienti. I cartelli, infatti, sono segreti e, generalmente, rimangono tali per molto tempo. È stata così adottata una politica premiale nei confronti dei c.d. pentiti, che forniscono un aiuto all'autorità.

La richiesta di trattamento favorevole può essere presentata alla Commissione e alle autorità nazionali della concorrenza, a seconda di chi sarà responsabile dell'indagine.

La Commissione ha adottato il suo primo programma di trattamento favorevole nel 1996⁴⁴⁷, a cui ha fatto seguito un secondo programma nel 2002⁴⁴⁸, a sua volta sostituito nel 2006 dall'attuale programma di trattamento favorevole⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ F. Ghezzi, *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust: l'utilizzo dei leniency programs nella lotta contro cartelli e intese hard core*, in *Conc. Mer.*, 2002, pp. 229 ss.

⁴⁴⁷ Comunicazione della Commissione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi d'intesa tra imprese, (96/C-207/04) G.U.C.E. C-207 del 18 luglio 1996.

⁴⁴⁸ Comunicazione della Commissione sulla non imposizione delle ammende o sulla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese (2002/C-45/03), 19 febbraio 2002.

⁴⁴⁹ Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese (2006/C 298/11) - C-298 dell'8 dicembre 2006.

È stato poi elaborato nel 2006⁴⁵⁰, in seno alla Rete, un *format* di programma di trattamento favorevole⁴⁵¹ (c.d. Programma modello), ossia una base di *soft harmonisation* delle diverse soluzioni elaborate a livello nazionale⁴⁵², che si inserisce in un contesto di progressiva armonizzazione “spontanea” dei programmi nazionali.

Il Programma modello è stato approvato all’unanimità dai responsabili delle autorità garanti della concorrenza all’interno della Rete. Inoltre, nonostante il documento non sia giuridicamente vincolante, i membri della Rete si sono impegnati a compiere ogni sforzo, nei limiti delle loro competenze, per adeguare i loro rispettivi programmi al programma modello di clemenza elaborato in seno alla Rete.

Al punto 3 del Programma è infatti sancito che « *The ECN members commit to using their best efforts, within the limits of their competence, to align their respective programmes with the ECN Model Programme. The ECN Model Programme does not prevent a CA from adopting a more favourable approach towards applicants within its programme* »⁴⁵³.

È rilevante osservare che il Programma modello ha avuto un impatto significativo: nel 2002, solo quattro Stati membri disponevano di programmi di trattamento favorevole, mentre alla data di approvazione del Programma modello erano 19 i programmi nazionali⁴⁵⁴.

L’esperienza, senza dubbio, dimostra che i programmi di trattamento favorevole rappresentano un importante strumento a disposizione delle autorità, in quanto contribuiscono in modo significativo alla lotta contro i cartelli. Ad esempio, dal 1990 al 2010, l’autorità spagnola per la concorrenza ha scoperto e inflitto ammende per un totale di soli 10 cartelli. L’introduzione di un sistema di trattamento favorevole ha cambiato drasticamente la situazione, infatti, tra il 2010 e il 2015 sono stati scoperti circa 57 cartelli a cui sono state inflitte ammende per un totale complessivo di 1.200 milioni di euro⁴⁵⁵.

⁴⁵⁰ Revisionato poi nel 2012.

⁴⁵¹ ECN Model Leniency Programme, disponibile al seguente indirizzo http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf.

⁴⁵² V. D’Antonio, Le politiche di clemenza in diritto antitrust, principi, modelli e tecniche di comparazione, Comparazione e Diritto Civile, Giappichelli, 2012.

⁴⁵³ La traduzione è la mia. « *I membri dell’ECN si impegnano a fare del loro meglio, nei limiti delle loro competenze, per allineare i rispettivi programmi con il programma modello dell’ECN. Il programma modello dell’ECN non impedisce alle Autorità della concorrenza di adottare un approccio più favorevole nei confronti dei richiedenti nell’ambito del suo programma* ».

⁴⁵⁴ *ECN Model Leniency Programme: Report on the Assessment of the State of Convergence*, disponibile al seguente indirizzo http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_programme.pdf.

⁴⁵⁵ *Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market*, Brussels, 22.3.2017 SWD(2017) 114 final; https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/download/cnmc_competition.pdf.

In assenza di un regime di trattamento favorevole pienamente armonizzato a livello di Unione, una domanda presentata ad una data autorità non viene considerata presentata anche ad altre autorità. Cosicché, il richiedente avrà interesse a presentare una domanda a tutte le autorità garanti della concorrenza competenti ad applicare gli articoli 101 e 102 TFUE nel territorio interessato dall'infrazione, ossia che possano essere considerate nella posizione idonea per intervenire.

Come è emerso dai risultati della consultazione pubblica avviata nel novembre 2015 dalla Commissione⁴⁵⁶, le divergenze nell'attuazione delle domande di trattamento favorevole, per la metà degli intervistati, rappresentano un problema in termini di applicazione effettiva e coerente delle norme dell'Unione, di certezza del diritto per le imprese.

In particolare, le imprese incontrano ostacoli significativi in ragione del fatto che i vari programmi di trattamento favorevole impongono obblighi che, oltre ad essere vincolanti, sono talvolta contraddittori tra loro. Ad esempio, alcune autorità impongono che il richiedente ponga fine alla sua partecipazione al cartello prima di presentare la domanda, mentre altre autorità consentono all'impresa di continuare le sue attività anticoncorrenziali fino a nuovo avviso da parte dell'autorità per avere il tempo di preparare e condurre le indagini. Inoltre, anche i contorni della nozione di cartello, e quindi la possibilità o meno di ottenere la clemenza, variano talvolta da una giurisdizione all'altra: alcuni programmi di clemenza coprono anche gli accordi verticali, altri solo quelli orizzontali.

Le autorità garanti della concorrenza dovrebbero evitare il più possibile tali situazioni, comunicando tra di loro e concordando una strategia comune ogniqualvolta possibile, adottando un approccio comune anche sulla protezione delle informazioni contenute nel fascicolo sul trattamento favorevole⁴⁵⁷.

Ciò è stato confermato dalla Commissaria per la concorrenza Vestager nel novembre 2015: « *But if every ECN member has its own leniency programme, how can a company be sure it is the first to approach every single relevant authority? We have a system to deal with that, based on short applications that should protect an applicant's place in line. But some competition authorities don't recognise those applications, or they treat them in different ways. So it isn't always clear who is first in the queue* »⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ http://ec.europa.eu/competition/consultations/2015_effective_enforcers/. Per un'analisi delle divergenze tra i programmi di clemenza dei diversi Stati membri *Directorate General for internal policies, An Academic View on the Role and Powers of National Competition Authorities Background to the ECN plus project*, aprile 2016, IP/A/ECON/2016-06.

⁴⁵⁷ OCDE, *Annule et remplace le même document du 29 mai 2018, Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi Défis et coordination des programmes de clémence*, DAF/COMP/WP3(2018)1, disponibile al seguente indirizzo [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2018\)1/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2018)1/fr/pdf).

⁴⁵⁸ La traduzione è la mia « *Ma se ogni membro della rete dispone di un proprio programma di clemenza, come può un'impresa essere sicura di essere la prima a rivolgersi ad ogni singola autorità competente? Sussiste un sistema per affrontare questo problema, basato*

Come visto, non esiste un sistema unificato e centralizzato di clemenza (c.d. *one stop shop*), ma vi sono una pluralità di programmi di clemenza tra loro autonomi, ispirati ad un unico Programma modello, ossia quello elaborato in seno alla Rete.

Al fine di attenuare le implicazioni negative di un simile sistema e non disincentivare le imprese, sono stati creati dei meccanismi di coordinamento tra i diversi programmi (§ 3.1.). Inoltre, è di fondamentale importanza comprendere quale sia il rapporto tra i diversi programmi (§ 3.2.).

La compresenza di diverse autorità competenti ad applicare in parallelo il diritto della concorrenza dell'Unione comporta la necessaria interdipendenza tra i vari programmi di trattamento favorevole, per tale motivo è stato necessario intervenire per operare un'armonizzazione più incisiva dei diversi programmi nazionali (§ 3.3.).

Dall'analisi comparata dei programmi di trattamento favorevole italiano e francese emerge come questi divergano sia su alcuni aspetti sostanziali, sia per quanto riguarda il loro utilizzo nella pratica (§ 3.4.).

3.1. I meccanismi di coordinamento tra i diversi programmi

L'esistenza di una pluralità di programmi di clemenza e il carattere transnazionale delle condotte hanno reso necessario introdurre dei meccanismi di coordinamento.

È, così, possibile presentare delle domande in forma semplificata (§ 3.1.1.) e sono previste delle speciali tutele per le informazioni trasmesse nell'ambito di un programma di trattamento favorevole (§ 3.1.2.).

3.1.1. Le domande semplificate

Per quanto concerne i cartelli multinazionali, può essere nell'interesse delle imprese coinvolte presentare la domanda sia presso la Commissione, sia presso una o più autorità nazionali.

In particolare, nei casi in cui la Commissione si trova “in una posizione particolarmente favorevole” per trattare il caso, il richiedente che ha presentato, o è in procinto di presentare, una domanda di trattamento favorevole alla Commissione, può presentare altresì una domanda semplificata alle autorità nazionali che potrebbero essere “*well placed*” per trattare il caso.

su domande semplificate che dovrebbero proteggere la posizione del richiedente. Ma alcune autorità garanti della concorrenza non riconoscono tali domande o le trattano in modo diverso. Pertanto, non è sempre chiaro chi sia al primo posto nella lista ». Disponibile nella versione inglese al seguente indirizzo: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/perspectives-europe_en.

Così, il Programma modello prevede la possibilità di presentare una domanda sotto forma di c.d. *marker* e una domanda o più domande in forma semplificata. La prima è presentata alla Commissione, mentre le seconde ad uno o più autorità nazionali⁴⁵⁹.

Dette domande permettono alle imprese di prenotare la “clemenza” e poter perfezionare la domanda successivamente. Il richiedente protegge in tal modo il proprio posto nella lista di attesa, per il tempo necessario a raccogliere gli elementi di prova finalizzati al raggiungimento della soglia probatoria minima per ottenere l’immunità.

Detta domande devono presentare un contenuto minimo, che comprende: *i*) la condotta che ha portato l’impresa a voler aderire al programma di clemenza; *ii*) le parti del presunto cartello; *iii*) il prodotto o i prodotti interessati; *iv*) il territorio interessato; *v*) la durata del presunto cartello; *vi*) la natura del presunto comportamento del cartello; *vii*) le informazioni su eventuali richieste di trattamento favorevole passate o possibili in futuro per qualsiasi tipo di trattamento favorevole; *viii*) la presenza di altre autorità competenti in materia di concorrenza al di fuori dell’Unione europea in relazione alla presunto cartello⁴⁶⁰.

3.1.2. Lo scambio di informazioni

La Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell’ambito della Rete⁴⁶¹ prevede degli strumenti di coordinamento tra i diversi programmi di trattamento favorevole presenti negli Stati membri, a tutela delle imprese che collaborano.

In particolare, un’autorità nazionale, qualora stia trattando un caso avviato a seguito di una richiesta di trattamento favorevole, deve informarne la Commissione e può rendere l’informazione disponibile anche ad altri membri della Rete, conformemente all’articolo 11, paragrafo 3 del Regolamento (CE) n. 1/2003. In tali casi, tuttavia, le informazioni trasmesse in seno alla Rete non potranno essere utilizzate dalle altre autorità per avviare un’indagine per loro conto, salvo che l’avviino sulla base di informazioni ricevute da altre fonti.

⁴⁵⁹ Osservazioni presentate, ai sensi dell’art. 23, secondo comma dello Statuto della Corte di Giustizia, dalla Commissione europea, nella causa Corte di giustizia, 20 gennaio 2016, *DHL Express (Italy) e DHL Global Forwarding (Italy) c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-428/14, ECLI:EU:C:2016:27, disponibile al seguente indirizzo http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/submissions/c2014_428_obs_it.pdf.

⁴⁶⁰ Programma Modello di Clemenza, come modificato nel 2012, pp. 36 e ss.

⁴⁶¹ Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell’ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (2004/C 101/03), 27 aprile 2004, pp. 39-42.

Inoltre, le informazioni fornite volontariamente dal soggetto che ha richiesto di beneficiare del trattamento favorevole possono essere trasmesse ad un altro membro della rete solo con il suo consenso. Il consenso non è richiesto:

i) qualora anche l'autorità ricevente abbia ricevuto domanda di trattamento favorevole in merito alla medesima infrazione da parte del medesimo richiedente, a condizione che al momento in cui le informazioni vengono trasmesse il richiedente non abbia la possibilità di ritirare le informazioni fornite alla predetta autorità ricevente;

ii) qualora l'autorità di concorrenza ricevente « *si sia impegnata per iscritto dichiarando che né le informazioni ad essa trasmesse né qualsiasi altra informazione di cui essa possa entrare in possesso dopo la data e l'ora di trasmissione indicata dall'autorità trasmittente, verranno utilizzate da essa o da qualunque altra autorità a cui le informazioni saranno trasmesse per imporre sanzioni* » a carico dell'impresa richiedente la clemenza, ovvero « *di ogni altra persona fisica o giuridica coperta dal trattamento favorevole offerto dall'autorità trasmittente, in base alle proprie disposizioni in materia, a seguito della domanda presentata dal soggetto richiedente valendosi delle disposizioni sul trattamento favorevole dell'autorità* », e anche dei dipendenti o degli ex dipendenti dei predetti soggetti⁴⁶².

3.2. Il rapporto tra i diversi programmi di trattamento favorevole: il caso DHL

La Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sul rapporto tra i diversi programmi di trattamento favorevole.

Il 5 giugno 2007, la *DHL* ha presentato alla Commissione una domanda d'immunità dalle ammende riguardante diverse violazioni del diritto della concorrenza nel settore dei servizi di trasporto internazionale di merci. La Commissione ha concesso alla *DHL* l'immunità condizionale per l'intero settore delle spedizioni internazionali di merci. Inoltre, la *DHL* ha informato la Commissione di alcuni elementi concernenti le condotte poste in essere in Italia nel settore delle spedizioni internazionali di merci su strada.

La Commissione ha deciso di limitare la propria indagine alla parte dell'intesa relativa ai servizi di trasporto aereo internazionale, lasciando alle autorità nazionali la possibilità di perseguire le violazioni attinenti ai servizi di trasporto marittimo e stradale. Parallelamente, la *DHL* ha presentato all'autorità italiana una domanda semplificata, ai sensi del programma di trattamento favorevole nazionale, con la quale ha fornito informazioni riguardo ad alcune condotte illecite nel mercato delle

⁴⁶² Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (2004/C 101/03), 27 aprile 2004, p. 41.

spedizioni e dei trasporti internazionali di merci. Secondo l'autorità italiana, tale dichiarazione concerneva solamente il settore dei trasporti marittimi e aerei internazionali di merci, ad esclusione dei trasporti su strada. Così, la *DHL* ha presentato all'autorità italiana un'ulteriore domanda d'immunità semplificata, ad integrazione della prima, al fine di estenderla espressamente al settore delle spedizioni internazionali di merci su strada.

L'autorità italiana, nella propria decisione, tuttavia, non ha riconosciuto l'immunità totale alla società *DHL*, concedendola invece alla società *Schenker*, che a suo parere aveva richiesto per prima l'immunità dalle ammende in Italia per le spedizioni di merci su strada. La *DHL* ha così impugnato la decisione dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ("TAR Lazio"), per ottenere il parziale annullamento della decisione. Il Tribunale ha respinto il ricorso della *DHL*, basandosi su un principio di autonomia e indipendenza dei diversi programmi di clemenza e delle relative domande.

La *DHL* ha così impugnato la sentenza dinanzi al Consiglio di Stato. Quest'ultimo ha deciso di sospendere il procedimento per sottoporre alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali sull'applicazione in combinato disposto degli artt. 101 TFUE, 4, n. 3, TUE, e 11 del Regolamento (CE) n. 1/2003.

Con la prima questione il giudice del rinvio ha chiesto se l'articolo 101 TFUE e il Regolamento (CE) n. 1/2003 debbano essere interpretati nel senso che gli strumenti adottati nell'ambito della Rete sono vincolanti nei confronti delle autorità nazionali garanti della concorrenza.

In risposta a tale questione, la Corte ha ricordato che, secondo giurisprudenza consolidata⁴⁶³, né la Comunicazione sulla cooperazione⁴⁶⁴, né la Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese⁴⁶⁵ sono vincolanti nei confronti degli Stati membri. In particolare, la Corte ricorda che in mancanza di un sistema centralizzato di ricezione e di valutazione delle domande di trattamento favorevole, il trattamento delle domande inviate ad un'autorità nazionale è determinata da quest'ultima, in applicazione del diritto nazionale. Inoltre, la Corte ha rilevato che nonostante le autorità nazionali si siano formalmente impegnate a rispettare i principi enunciati nella Comunicazione sulla cooperazione, ciò non è in grado di modificare il valore giuridico, sotto il profilo del diritto dell'Unione, di tale Comunicazione, né del Programma modello elaborato in seno alla Rete.

⁴⁶³ Corte di giustizia, 14 giugno 2011, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, C- 360/09.

⁴⁶⁴ Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (2004/C 101/03), 27 aprile 2004.

⁴⁶⁵ Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, 2006/C 298/11.

Con la seconda questione, il giudice del rinvio ha chiesto se tra la domanda d'immunità che un'impresa ha presentato o si appresta a presentare alla Commissione e la domanda semplificata presentata a un'autorità nazionale per lo stesso cartello esista una connessione giuridica che obbliga tale autorità a valutare la domanda semplificata alla luce della prima domanda, nel caso in cui la domanda semplificata rispecchi fedelmente il contenuto della domanda d'immunità presentata alla Commissione.

Sul punto la Corte ha statuito che le autorità nazionali sono libere di adottare programmi di trattamento favorevole autonomi rispetto agli altri programmi nazionali o dell'Unione.

L'autonomia di tali domande è il diretto risultato dell'inesistenza, a livello dell'Unione, di un sistema unico di autodenuncia delle imprese che partecipano alle intese in violazione dell'articolo 101 TFUE. La Corte ha evidenziato, inoltre, che riconoscere l'esistenza di una connessione giuridica tra la domanda d'immunità presentata alla Commissione e la domanda semplificata presentata alle autorità nazionali rimetterebbe in discussione l'autonomia delle diverse domande e, di conseguenza, la ratio del sistema stesso delle domande semplificate.

Infatti, tale sistema si basa sul principio secondo cui non esiste, a livello dell'Unione, una domanda di clemenza unica o una domanda "principale" presentata parallelamente a domande "accessorie", bensì domande d'immunità presentate alla Commissione e domande semplificate presentate alle autorità nazionali, la cui valutazione spetta esclusivamente alle autorità che le ricevono.

Per concludere sulla questione, la Corte ha sancito che nessuna disposizione del diritto dell'Unione in materia di intese impone alle autorità nazionali di interpretare una domanda semplificata alla luce di una domanda d'immunità presentata alla Commissione, indipendentemente dalla questione se tale domanda semplificata rispecchi fedelmente o meno il contenuto della domanda presentata alla Commissione.

Infine, con la terza domanda pregiudiziale, il giudice del rinvio ha chiesto se l'articolo 101 TFUE e il Regolamento (CE) n. 1/2003 debbano essere interpretati nel senso che, qualora una prima impresa abbia presentato una domanda d'immunità alla Commissione, solo tale impresa può presentare una domanda semplificata d'immunità ad un'autorità nazionale, oppure se sono legittimate anche altre imprese che avevano presentato alla Commissione una domanda di riduzione di ammenda.

In risposta a tale questione, la Corte ha sancito che il diritto dell'Unione non osta ad un regime nazionale di accettare la domanda semplificata d'immunità da parte di un'impresa, qualora quest'ultima abbia presentato parallelamente alla Commissione non una domanda d'immunità totale, bensì una mera domanda di riduzione. Di conseguenza, il diritto nazionale può prevedere che un'impresa, che non sia la prima a depositare una domanda d'immunità presso la Commissione, e che quindi possa unicamente beneficiare dinanzi a quest'ultima di una riduzione di ammende, possa

presentare una domanda semplificata di immunità (totale) alle autorità nazionali. Tale conclusione discende dall'assenza di carattere vincolante degli strumenti adottati nell'ambito della Rete.

La pronuncia in esame evidenzia le gravi conseguenze che possono scaturire dalle incoerenze tra la domanda di immunità presentata alla Commissione e le domande parallele presentate alle autorità nazionali nell'ambito della Rete⁴⁶⁶ e le problematiche legate dall'assenza un sistema unificato e centralizzato di clemenza (c.d. *one stop shop*).

3.3. La convergenza dei programmi di trattamento favorevole

Le marcate differenze tra i programmi di trattamento favorevole generano incertezza giuridica e disincentivano le imprese al loro utilizzo. Per tale motivo è stato deciso di intervenire a livello di Unione, con la Direttiva (UE) 2019/1, che riprende quasi integralmente la disciplina elaborata in seno alla Rete.

In primo luogo, è necessario porre l'accento sulla tecnica normativa utilizzata nella Direttiva per disciplinare i programmi di trattamento favorevole: se in tema di risorse, indipendenza e poteri, la Direttiva si è limitata a disciplinare i requisiti minimi, in relazione ai programmi di clemenza, invece, sono state stabilite regole dettagliate.

La disciplina per i programmi di trattamento favorevole è collocata al capo VI, intitolato « *Programmi di Trattamento Favorevole per i Cartelli Segreti* ».

a. Il campo di applicazione

Innanzitutto, la Direttiva obbliga gli Stati membri a provvedere affinché le autorità nazionali dispongano di programmi di trattamento favorevole che consentano di concedere l'immunità o la riduzione delle ammende alle imprese qualora queste si autodenuncino.

La Direttiva, tuttavia, non preclude agli Stati di disporre di programmi di trattamento favorevole anche con riferimento ad altre infrazioni diverse dai cartelli, o che concedano l'immunità o la riduzione dalle ammende anche alle persone fisiche.

⁴⁶⁶ Corte di giustizia, 20 gennaio 2016, *DHL Express (Italy) e DHL Global Forwarding (Italy) c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-428/14, ECLI:EU:C:2016:27.

b. Le condizioni per beneficiare dell'immunità

La Direttiva descrive in modo dettagliato i requisiti positivi e negativi che devono essere soddisfatti affinché il richiedente possa ottenere l'immunità dalle ammende.

Il primo requisito è che il richiedente rilevi la sua partecipazione ad un cartello segreto (autodenuncia).

In secondo luogo, devono essere rispettate le condizioni dettate all'articolo 19 della Direttiva. In particolare, il richiedente deve aver posto fine alla sua partecipazione al cartello al più tardi immediatamente dopo aver presentato la domanda legata ad un programma di trattamento favorevole, salvo qualora la sua successiva partecipazione sia necessaria al fine di facilitare e preservare le indagini. Inoltre, deve cooperare in modo genuino e in modo continuativo con l'autorità nazionale dal momento in cui presenta la domanda sino alla chiusura del procedimento istruttorio nei confronti di tutte le parti oggetto dell'indagine.

La Direttiva descrive in modo minuzioso in cosa consiste tale cooperazione, ossia *i)* fornire prontamente tutte le pertinenti informazioni ed elementi probatori riguardanti il cartello segreto di cui il richiedente venga in possesso o a cui possa accedere; *ii)* restare a disposizione dell'autorità nazionale per rispondere a qualsiasi richiesta che possa contribuire a circostanziare i fatti; *iii)* mettere a disposizione per audizioni i direttori, gli amministratori e gli altri membri del personale e compiere ragionevoli sforzi per fare altrettanto con gli ex direttori, amministratori e altri membri del personale; *iv)* non distruggere, falsificare o celare informazioni o elementi probatori pertinenti; *v)* non rivelare di aver presentato la domanda di trattamento favorevole, né render nota nessuna parte del suo contenuto prima che nel procedimento istruttorio l'autorità nazionale abbia inviato una comunicazione degli addebiti, a meno che non sia stato convenuto altrimenti.

Nel caso di mancata cooperazione, il richiedente perde la chance di poter beneficiare del trattamento favorevole.

In terzo luogo, il richiedente deve fornire per primo gli elementi probatori che, nel momento della domanda, consentano all'autorità nazionale di effettuare un accertamento ispettivo mirato riguardo al cartello segreto, a condizione che questa non sia ancora in possesso di elementi probatori sufficienti per decidere di effettuare tale accertamento ispettivo. In alternativa, deve fornire elementi probatori sufficienti al fine di constatare un'infrazione che ricada nell'ambito del programma di trattamento favorevole, purché l'autorità non sia ancora in possesso di elementi probatori sufficienti per constatare tale infrazione e che a nessuna impresa sia stata accordata l'immunità dalle ammende in relazione allo stesso cartello.

Infine, deve essere rispettato un requisito negativo: l'impresa non deve aver esercitato coercizione su altre imprese affinché aderissero al cartello segreto o continuassero a parteciparvi. In tal caso essa potrà al massimo beneficiare della riduzione dell'ammenda.

c. Le condizioni per la riduzione delle ammende

La Direttiva dispone che, nell'ipotesi in cui l'autorità nazionale respinga la domanda di immunità, il richiedente interessato possa chiedere che tale autorità esamini la sua domanda come una domanda di riduzione delle ammende.

Anche in tema di riduzione delle ammende, la Direttiva detta i requisiti affinché il richiedente possa beneficiare di tale riduzione. I requisiti sono pressoché identici a quelli previsti per beneficiare dell'immunità, l'unica differenza riguarda le informazioni fornite dal richiedente.

In particolare, per beneficiare della riduzione delle ammende, il richiedente deve fornire elementi probatori del cartello che costituiscano un valore aggiunto significativo al fine di provare l'infrazione, rispetto agli elementi probatori già in possesso dell'autorità al momento della presentazione della domanda.

Inoltre, la Direttiva impone che se il richiedente fornisce elementi probatori inconfutabili, che l'autorità utilizza per provare ulteriori circostanze che determinano l'aumento delle ammende, l'autorità non deve tenere conto di tali ulteriori circostanze al momento di determinare l'ammenda da irrogare al suddetto richiedente che ha fornito tali elementi probatori⁴⁶⁷.

d. La domanda di marker e la domanda semplificata

La Direttiva detta, altresì, delle regole specifiche in tema di domande sotto forma di c.d. *marker* (o numero d'ordine) e di domande in forma semplificata. In particolare, all'articolo 21 della Direttiva, è imposto agli Stati membri l'obbligo di prevedere la possibilità per le imprese di presentare una richiesta di *marker*, ricevendo così un posto nell'elenco relativo al trattamento favorevole per un tempo determinato. Se la richiesta viene accolta e la domanda viene perfezionata entro il termine stabilito dall'autorità, l'istanza di accesso al programma si considera pervenuta in forma completa alla data di accoglimento della richiesta. Rimane nella discrezionalità delle autorità nazionali decidere se accogliere o meno dette domande.

⁴⁶⁷ Art. 18.

I requisiti minimi che il richiedente deve presentare sono pressoché identici a quelli previsti nel Programma modello elaborato in seno alla Rete, ossia: *i)* la denominazione e l'indirizzo del richiedente; *ii)* gli elementi alla base delle preoccupazioni che hanno portato alla richiesta; *iii)* i nomi di tutte le altre imprese che partecipano o hanno partecipato al presunto cartello segreto; *iv)* i prodotti e i territori interessati; *v)* la durata e la natura della condotta del presunto cartello segreto; *vi)* le informazioni su precedenti domande di trattamento favorevole presentate alle altre autorità garanti della concorrenza o alle autorità garanti della concorrenza di Stati terzi in relazione al presunto cartello segreto.

Anche la disciplina dettata in tema di domande semplificate è in linea con la disciplina del Programma modello elaborato in seno alla Rete.

In particolare, all'articolo 22, la Direttiva obbliga gli Stati a provvedere affinché le autorità nazionali accettino le domande presentate in forma semplificata dai richiedenti che hanno presentato alla Commissione una domanda sotto forma di *marker* o una domanda completa, in relazione al medesimo cartello, a condizione che tali domande riguardino più di tre Stati membri come territori interessati.

In tale ipotesi, qualora la Commissione riceva una domanda completa e le autorità nazionali ricevano domande semplificate, in relazione allo stesso presunto cartello, il principale interlocutore del richiedente è la Commissione, sino a quando quest'ultima non deciderà se perseguire, integralmente o parzialmente, il caso.

L'autorità nazionale può esigere che il richiedente presenti la domanda completa, prima che la Commissione abbia informato le autorità nazionali che non intende perseguire il caso, solo in circostanze eccezionali, ossia qualora ciò si riveli strettamente necessario per la definizione o l'allocazione del caso.

Resta nella competenza delle autorità nazionali il potere di specificare un termine ragionevole per la presentazione, da parte del richiedente, della domanda completa nonché delle informazioni e degli elementi probatori corrispondenti. La domanda completa deve essere considerata come presentata all'ora della domanda semplificata, a condizione che la domanda semplificata riguardi lo stesso o gli stessi prodotti e il territorio o i territori interessati e abbia la stessa durata del presunto cartello segreto di cui alla domanda di trattamento favorevole presentata alla Commissione, eventualmente aggiornata⁴⁶⁸.

⁴⁶⁸ Art. 22.

e. L'interazione tra le domande di immunità dalle ammende e le sanzioni imposte alle persone fisiche

La Direttiva prevede che gli Stati membri debbano provvedere affinché i direttori, gli amministratori e gli altri membri del personale delle imprese che presentano richiesta di immunità dalle ammende siano protetti da sanzioni imposte nell'ambito di procedimenti amministrativi e giudiziari non penali, in relazione alla loro partecipazione al cartello segreto cui si riferisce la domanda d'immunità dalle ammende.

Le condizioni per beneficiare di detta immunità sono: *i)* la domanda di immunità dalle ammende dell'impresa soddisfi i requisiti necessari sopra elencati; *ii)* le imprese collaborino attivamente a tale riguardo con l'autorità che persegue il caso; *iii)* la domanda di immunità dalle ammende dell'impresa sia stata presentata in un momento anteriore a quello in cui gli attuali ed ex direttori, gli amministratori e gli altri membri del personale in questione sono stati informati dalle autorità competenti dello Stato membro in merito al procedimento che determina l'imposizione delle sanzioni di cui al presente paragrafo.

Inoltre, la Direttiva prevede che essi debbano essere protetti anche da sanzioni imposte nell'ambito di procedimenti penali, in relazione alla loro partecipazione al cartello segreto cui si riferisce la domanda di immunità dalle ammende, per la violazione di norme nazionali che perseguono principalmente gli stessi obiettivi dell'articolo 101 TFUE.

Per far sì che la protezione di detti soggetti sia efficace in caso di coinvolgimento di più giurisdizioni, gli Stati membri dispongono che qualora l'autorità competente ad imporre le sanzioni o esercitare l'azione penale si trovi in una giurisdizione diversa da quella dell'autorità garante della concorrenza che persegue il caso, i contatti tra dette autorità devono avvenire per il mezzo dell'autorità della concorrenza dello Stato membro appartenente alla giurisdizione dell'autorità competente a imporre le sanzioni o esercitare l'azione penale, la quale funge da interlocutore.

3.4. Un'analisi comparata tra il modello italiano e il modello francese

A. Italia

L'Italia ha introdotto per la prima volta il programma di trattamento favorevole nel 2007, a seguito dell'adozione, da parte dell'autorità garante della concorrenza italiana, della delibera attuativa del nuovo articolo 15, comma 2 *bis*, legge n. 287 /1990⁴⁶⁹.

Invero, già nel 1997, l'Autorità aveva fatto applicazione del programma di trattamento favorevole, rendendo immune da sanzione un'impresa in quanto aveva reso delle dichiarazioni confessorie che avevano permesso di avviare un procedimento istruttorio che portò all'accertamento di un cartello segreto nel settore degli esplosivi⁴⁷⁰.

A seguito della suddetta modifica legislativa, la possibilità di premiare la collaborazione qualificata delle imprese ha ricevuto un riconoscimento formale nell'ordinamento italiano. Nel febbraio 2007, l'autorità ha disciplinato nel dettaglio l'ambito di applicazione e i requisiti per accedere al trattamento favorevole, tramite l'adozione della Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni⁴⁷¹. La Comunicazione in esame è stata modificata nel 2013, al fine di adeguare la disciplina italiana al Programma modello elaborato in seno alla Rete.

a. Il campo di applicazione

La Comunicazione delinea il campo di applicazione del programma di trattamento favorevole:

« 1. La presente comunicazione si applica alle intese orizzontali segrete, anche nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica, con particolare riguardo a quelle consistenti nella fissazione dei prezzi d'acquisto o di vendita, nella limitazione della produzione o delle vendite e nella ripartizione dei mercati.

1-bis. La segretezza non implica che tutti gli aspetti della condotta delle imprese siano segreti, mentre non sono noti al pubblico o a clienti e/o fornitori, in particolare, gli elementi che rendono più difficile da rilevare la piena portata della condotta e il fatto che essa costituisce un cartello.

⁴⁶⁹ Delibera sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 Provvedimento n. 1647.

⁴⁷⁰ Provvedimento n. 5161, del 26 giugno 1997, I239, Esplosivi da mina.

⁴⁷¹ Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, Pubblicato in Bollettino dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato n. 6 del 15 febbraio 2007.

1-ter. Sebbene altri tipi di restrizioni, quali accordi verticali e restrizioni orizzontali diverse dai cartelli, siano normalmente meno difficili da individuare e/o indagare e, pertanto, non giustifichino una loro inclusione nell'ambito di un programma di trattamento favorevole, non può escludersi che la presente comunicazione si applichi a cartelli che presentano alcuni elementi verticali ».

Dal tenore letterale, il programma italiano si applica in via di principio ai soli cartelli orizzontali segreti. Tuttavia, si sensi del comma 1-ter, in certe ipotesi, il programma può trovare applicazione anche in caso di cartelli che presentano alcuni elementi verticali, come ad esempio nel caso di cartello retto da un accordo verticale o attuato mediante accordi verticali.

b. Le condizioni per beneficiare dell'immunità

Con riguardo alle condizioni per accedere al programma, il richiedente può beneficiare dell'immunità dall'ammenda se per primo fornisce spontaneamente all'autorità informazioni o prove documentali in ordine all'esistenza di un'intesa segreta, qualora sussistano cumulativamente le seguenti condizioni: *i)* a giudizio dell'autorità, in relazione alla natura e alla qualità degli elementi comunicati dal richiedente, tali informazioni o evidenze siano decisive per l'accertamento dell'infrazione, eventualmente attraverso un'ispezione mirata; *ii)* l'autorità non disponga già di informazioni o evidenze sufficienti a provare l'esistenza dell'infrazione; *iii)* l'impresa deve porre fine alla propria partecipazione all'intesa immediatamente dopo aver presentato la domanda di trattamento favorevole, salvo che l'autorità consenta all'impresa di non sospendere taluni comportamenti, qualora ciò sia ritenuto necessario per salvaguardare il buon esito degli accertamenti. Inoltre, l'impresa deve cooperare attivamente per l'intera durata del procedimento istruttorio.

Il programma di trattamento favorevole italiano non prevede la differenza tra richieste di tipo 1A e di tipo 1B (a seconda che l'autorità disponga già informazioni sul presunto cartello), come invece previsto nel Programma modello.

In sede di trasposizione della Direttiva dovranno essere apportate alcune modifiche.

In primo luogo, il programma italiano permette alle imprese che abbiano adottato misure volte a costringere altre imprese a partecipare al cartello (c.d. *coercer*) di ottenere l'immunità. Come analizzato in precedenza, invece, la Direttiva esclude la possibilità per dette imprese di beneficiare dell'immunità, potendo esse solo richiedere la riduzione dell'ammenda. Al riguardo, l'autorità ha espresso il proprio disaccordo su tale disposizione, considerando che la norma appare piuttosto

ambigua, in relazione alla natura delle condotte che priverebbero l'impresa della possibilità di beneficiare dell'immunità⁴⁷².

Un secondo aspetto concerne l'ambito oggettivo di applicazione. Al riguardo, l'autorità ha rilevato che il sistema introdotto dalla Direttiva, basato sulla differenziazione delle soglie probatorie rilevanti per accedere all'immunità, si discosti dal sistema previsto dall'autorità italiana, che collega l'immunità ad un'unica soglia probatoria, garantendo alla prima impresa che decida di cooperare il beneficio dall'ammenda, indipendentemente dalla fase procedimentale. Tuttavia, l'autorità italiana ritiene che l'introduzione di una doppia soglia per la concessione del beneficio dell'immunità non ponga problemi interpretativi e applicativi insormontabili⁴⁷³. Infatti, si tratta di una distinzione formale, in quanto le imprese devono prestare una collaborazione qualificata, altrimenti le autorità non avrebbero alcun interesse a concedere il trattamento favorevole⁴⁷⁴.

c. Le condizioni per la riduzione delle ammende

Per ciò che concerne la riduzione delle ammende, le imprese che forniscono all'autorità materiale probatorio in relazione ad un cartello segreto di cui fanno parte possono beneficiare di una riduzione, in misura di regola non superiore al 50% delle sanzioni applicabili (anche se non è escluso che possa essere superiore), a valle dunque dell'applicazione del 10% di cui all'articolo 15 della legge n. 287/1990. Il programma italiano fornisce un'unica soglia (del 50%), non operando alcuna distinzione in merito all'ordine di ricezione di più istanze. Pertanto, una domanda pervenuta successivamente potrebbe essere preferita dal punto di vista del valore aggiunto apportato alle indagini, beneficiando di una maggiore riduzione rispetto ad una domanda pervenuta anteriormente.

Al fine di beneficiare di tale riduzione, le evidenze probatorie fornite devono essere tali da rafforzare in modo significativo l'impianto probatorio, contribuendo in misura apprezzabile alla capacità dell'autorità di fornire la prova dell'infrazione.

⁴⁷² L'Autorità garante della concorrenza italiana si era espressa sulla proposta di Direttiva, che divergeva parzialmente rispetto alla versione approvata. Le critiche riportate concernono i punti che sono rimasti invariati. Per un'analisi più approfondita, Camera dei deputati, 5 giugno 2017, Atto numero: COM (2017) 142, 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, disponibile al seguente indirizzo <http://documenti.camera.it/leg17/dossier/Pdf/ES087.pdf>.

⁴⁷³ *Idem*.

⁴⁷⁴ Relazione annuale dell'AGCM sull'attività svolta nel 2013, programmi di clemenza, disponibile ai seguente indirizzo: https://www.agcm.it/dotcmsDOC/relazioni-annuali/relazioneannuale2012/Cap2_4_2013.pdf.

Inoltre, al fine di determinare la misura adeguata della riduzione della sanzione, l'autorità prende in considerazione la tempestività della collaborazione prestata dall'impresa e la valenza probatoria del materiale prodotto.

La Comunicazione prevede che qualora tale materiale probatorio consenta all'autorità di stabilire fatti nuovi e aggiuntivi che abbiano una rilevanza diretta ai fini del computo della sanzione, anche come circostanze aggravanti, tali fatti non saranno addebitati ai fini della determinazione della sanzione da applicarsi all'impresa che ha fornito questo materiale.

Nel caso in cui l'autorità constati l'insussistenza dei requisiti per concedere l'immunità, l'impresa può richiedere che l'autorità consideri la propria domanda ai fini di una riduzione della sanzione, oppure può ritirare gli elementi di prova trasmessi ai fini della presentazione della propria domanda.

d. La domanda di marker e la domanda semplificata

Il programma italiano permette alle imprese di presentare una domanda di *marker*. Detto sistema è discrezionale, ossia resta in capo all'autorità la decisione se accettare o meno la domanda di *marker* (come nella maggior parte dei programmi di trattamento favorevole nazionali)⁴⁷⁵. Come visto in precedenza, il sistema *del marker* consente all'impresa di presentare una domanda incompleta e poterla perfezionare in un momento successivo, mantenendo la posizione nella lista d'ordine.

La Comunicazione prevede anche che l'impresa possa presentare all'autorità una domanda di trattamento favorevole in forma semplificata, qualora essa abbia inviato o stia inviando domanda di trattamento favorevole in via principale alla Commissione. Tale facoltà è concessa in quelle ipotesi in cui, sebbene la Commissione appaia collocata nella posizione più idonea per la trattazione del caso, l'impresa ritenga che anche l'autorità italiana sia nella posizione idonea per intervenire.

La Comunicazione elenca le informazioni minime che la domanda in forma semplificata deve contenere: *i)* la ragione sociale e l'indirizzo dell'impresa richiedente; *ii)* la ragione sociale e l'indirizzo delle altre imprese partecipanti all'intesa; *iii)* una descrizione dell'intesa in questione, che includa: *a)* la specificazione della natura dell'intesa; *b)* l'indicazione dei beni e servizi oggetto dell'intesa, l'ambito geografico e la sua durata; *c)* indicazione degli Stati membri dove gli elementi di prova dell'infrazione possono essere presumibilmente rinvenuti; *d)* informazioni relative ad altre domande di trattamento favorevole che l'impresa abbia già rivolto o intenda rivolgere ad altre autorità di concorrenza in relazione alla medesima infrazione.

⁴⁷⁵ *ECN Model Leniency Programme: Report on the Assessment of the State of Convergence*, p. 52, disponibile al seguente indirizzo: http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_programme.pdf

In sede di trasposizione della Direttiva sarà necessario apportare alcune modifiche alla disciplina vigente, nonostante l'autorità italiana abbia espresso le proprie perplessità⁴⁷⁶, in quanto la Direttiva priva le autorità nazionali del potere di richiedere informazioni supplementari prima che la Commissione decida di non intervenire, salvo circostanze eccezionali, ossia qualora ciò si riveli strettamente necessario per la definizione o l'allocazione del caso.

Così, la presentazione di una domanda completa alla Commissione priva le autorità nazionali della competenza a conoscere della fattispecie, richiedendo all'impresa interessata informazioni ulteriori o l'integrazione della domanda (salvo in merito agli elementi minimi che devono contenere le domande semplificate), sino a quando la Commissione le informi che non intende intervenire sul caso.

In particolare l'autorità garante ritiene che una simile disciplina sia in conflitto con l'articolo 11 del Regolamento (CE) n. 1/2003, in forza del quale solo « *l'avvio di un procedimento da parte della Commissione per l'adozione di una decisione priva le ANC della competenza ad applicare gli articoli 101 e 102 del TFUE* » e non, invece, la semplice presentazione della richiesta di accesso al programma di trattamento favorevole. In proposito, secondo l'autorità italiana, la volontà della Commissione di ritagliarsi una competenza esclusiva sulle fattispecie che ricadono nell'ambito del proprio programma di trattamento favorevole non sembra compatibile con il principio di leale collaborazione che regge i rapporti tra Commissione e le autorità nazionali. Ad avviso dell'autorità italiana, inoltre, dette disposizioni determinano un vulnus evidente del principio di reciproca autonomia dei programmi di clemenza. Infatti, se l'autorità nazionale non ha il potere di richiedere il completamento della domanda fin quando la Commissione non rinunci alla trattazione del caso, il programma nazionale risulta di fatto subordinato a quello della Commissione⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ Relazione annuale dell'AGCM sull'attività svolta nel 2017, disponibile al seguente indirizzo: https://www.agcm.it/dotcmsDOC/relazioni-annuali/relazioneannuale2017/cap2_2018.pdf; Consultazione pubblica *Empowering the national competition authorities to be more effective enforcers*, disponibile al seguente indirizzo: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2015_effective_enforcers/index_en.html.

⁴⁷⁷ L'Autorità garante della concorrenza italiana si era espressa sulla proposta di Direttiva, che divergeva parzialmente rispetto alla versione approvata. Le critiche riportate concernono i punti che sono rimasti invariati. Per un'analisi più approfondita, Camera dei deputati, 5 giugno 2017, Atto numero: COM (2017) 142, 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, disponibile al seguente indirizzo <http://documenti.camera.it/leg17/dossier/Pdf/ES087.pdf>.

e. *L'interazione tra le domande di immunità dalle ammende e le sanzioni penali imposte alle persone fisiche*

Il diritto italiano della concorrenza non prevede sanzioni penali. L'unico caso in cui una violazione della concorrenza può chiaramente comportare una responsabilità penale è l'ipotesi di collusione nell'ambito delle gare pubbliche⁴⁷⁸.

Alcune violazioni delle regole di concorrenza possono comportare la responsabilità penale quando riguardano comportamenti speculativi volti a limitare la produzione o ad aumentare i prezzi delle materie prime, dei prodotti alimentari o dei prodotti di prima necessità⁴⁷⁹.

In questi casi non è prevista alcuna immunità dalle sanzioni penali. Tuttavia, l'autorità italiana garante, nella sua proposta di legge sulla concorrenza del 2013 al Parlamento, ha suggerito di introdurre un meccanismo di immunità e riduzione delle sanzioni penali per i soggetti che collaborano nel contesto del programma di trattamento favorevole e alle cui imprese viene infine concessa l'immunità totale o una riduzione delle ammende. Tuttavia, per il momento, non ci sono sviluppi al riguardo.

In sede di trasposizione della Direttiva, dovrà essere garantito che i direttori, amministratori e altri membri del personale dei richiedenti l'immunità siano protetti da sanzioni imposte nell'ambito di procedimenti penali, in relazione alla loro partecipazione al cartello segreto cui si riferisce la domanda di immunità.

B. Francia

Il sistema francese si è dotato di un programma di clemenza tramite la *loi n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques* del 15 maggio 2001⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ Artt. 353, 353 bis e 354 c.p.

⁴⁷⁹ Art. 501 bis c.p.

⁴⁸⁰ Loi n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001. L'article L. 464-2 du code de commerce, che fissa i principi sancisce che : « Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d'autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont l'Autorité ou l'administration ne disposaient pas antérieurement. A la suite de la démarche de l'entreprise ou de l'organisme, l'Autorité de la concurrence, à la demande du rapporteur général ou du ministre chargé de l'économie, adopte à cette fin un avis de clémence, qui précise les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération envisagée, après que le commissaire du Gouvernement et l'entreprise ou l'organisme concerné ont présenté leurs observations ; cet avis est transmis à l'entreprise ou à l'organisme et au ministre, et n'est pas publié. Lors de la décision prise en application du I du présent article, l'Autorité peut, si les conditions précisées dans l'avis de clémence ont été respectées, accorder une exonération de sanctions pécuniaires proportionnée à la contribution apportée à l'établissement de l'infraction ».

Il programma di clemenza francese trae, così, origine dalla legge, a differenza dei programmi di clemenza applicabili in molti altri Stati membri che sono contemplati in comunicazioni adottate dalle autorità garanti della concorrenza.

Il programma è stato poi meglio chiarito dal *Conseil de la concurrence* in un *communiqué de procédure* nel 2006⁴⁸¹.

Per conformarsi al Programma modello elaborato in seno alla Rete, il *Conseil de la concurrence*, il 17 aprile 2007, ha adottato la versione riveduta del *communiqué de procédure*. Successivamente, nel 2009, l'autorité de la concurrence, istituita dalla *loi 2008-776* del 4 agosto 2008 de *modernisation de l'économie*, ha adottato un nuovo *communiqué de procédure*.

Il programma ha subito successive modifiche, tenendo anche in considerazione i risultati dello studio relativo al programma di clemenza francese del 15 aprile 2014⁴⁸² promosso dall'autorità francese. Oggi il programma di trattamento favorevole francese è disciplinato dal *Communiqué de procédure* del 3 aprile 2015⁴⁸³.

a. Il campo di applicazione

Con riguardo al campo di applicazione del programma di trattamento favorevole, l'autorità garante della concorrenza francese può concedere un'esenzione totale o parziale dalle ammende inflitte ad un'impresa che partecipa ad un cartello se tale impresa contribuisce a stabilirne l'esistenza.

L'articolo R. 464-5 del code de commerce, che completa detta disposizione sancisce che : « *L'entreprise ou l'organisme qui effectue la démarche mentionnée au IV de l'article L. 464-2 s'adresse soit au directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, soit au rapporteur général de l'Autorité de la concurrence. La démarche est effectuée par courrier adressé en recommandé avec demande d'avis de réception ou oralement. Dans ce dernier cas, le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence constate par écrit la date de la démarche. La déclaration du représentant de l'entreprise ou de l'organisme est recueillie dans les délais les plus brefs par procès-verbal de déclaration par un enquêteur de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou un rapporteur de l'Autorité de la concurrence. Le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et le rapporteur général s'informent réciproquement de toute démarche faite auprès d'eux en application du premier alinéa du présent article ainsi que de l'existence d'une éventuelle enquête ou instruction se rapportant aux pratiques en cause et déjà en cours avant cette démarche. Un rapporteur de l'Autorité de la concurrence élabore des propositions d'exonération de sanctions et précise les conditions auxquelles l'Autorité de la concurrence pourrait soumettre Communiqué de procédure du 3 avril 2015 relatif au programme de clémence français 2 cette exonération dans son avis de clémence. Son rapport est adressé, au moins trois semaines avant la séance, à l'entreprise ou organisme concerné et au commissaire du Gouvernement. Lorsque le bénéfice des dispositions du IV de l'article L. 464-2 a été demandé, le rapport d'enquête ou la notification de griefs et le rapport du rapporteur peuvent comporter une appréciation sur le respect par l'entreprise ou l'organisme bénéficiaire de l'avis de clémence des conditions prévues par celui-ci.*

⁴⁸¹ Communiqué de procédure du 11 avril 2006 : le programme de clémence français.

⁴⁸² Etude relative au programme de clémence français, 15 avril 2014, disponible al seguente indirizzo http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/etude_clemence_avril2014.pdf.

⁴⁸³ Communiqué de procédure du 3 avril 2015 relatif au programme de clémence français.

Gli accordi in questione sono, in linea di principio, cartelli tra imprese che consistono nella fissazione di prezzi, quote di produzione o di vendita e di ripartizione del mercato, anche in caso di gare d'appalto, o qualsiasi altro analogo comportamento anticoncorrenziale tra concorrenti, e in particolare pratiche concordate attraverso la creazione di un'agenzia comune c.d. *Hub and spoke practices* (ad esempio, un'associazione di categoria) o attraverso terzi (come un'organizzazione di ricerche di mercato o i fornitori o dettaglianti delle imprese)⁴⁸⁴.

L'ambito di applicazione del trattamento favorevole francese è, pertanto, più ampio di quello italiano, applicandosi, altresì, alle pratiche concordate.

b. Le condizioni per beneficiare dell'immunità

La disciplina francese prevede due diverse ipotesi (richiesta 1A e richiesta 1B), a seconda che l'autorità disponga già di informazioni della presunta intesa.

In particolare, l'autorità concede l'immunità dalle sanzioni pecuniarie a qualsiasi impresa che fornisca per prima informazioni e prove sull'esistenza dell'intesa, se sono soddisfatte cumulativamente le seguenti condizioni (richiesta tipo 1A): *i*) l'autorità non disponeva in precedenza di informazioni e prove sufficienti per effettuare o far effettuare di propria iniziativa indagini mirate ai sensi dell'articolo L. 450-4 *du code de commerce*; *ii*) secondo l'autorità, le informazioni e le prove fornite da tale impresa a sostegno della sua domanda di trattamento favorevole le consentono di procedere⁴⁸⁵.

Nell'ipotesi in cui l'autorità disponga già di informazioni relative all'intesa, il richiedente potrà beneficiare dell'immunità totale dall'ammenda esclusivamente se sono soddisfatti cumulativamente le seguenti condizioni (richiesta 1B): *i*) la società è la prima a fornire prove che, secondo l'autorità, sono sufficienti a consentirle di accertare l'esistenza dell'intesa; *ii*) al momento della richiesta, l'autorità non disponeva di elementi di prova sufficienti a dimostrare e accertare l'esistenza dell'intesa; *iii*) nessuna impresa ha ottenuto un parere condizionale su un'esenzione totale di tipo 1A per la medesima intesa.

⁴⁸⁴ Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, (2011/C 11/01), 14 gennaio 2011, para. 55.

⁴⁸⁵ Con riguardo alla seconda condizione, la *Communiqué* gli elementi minimi che l'impresa deve almeno fornire. In particolare: *i*) il nome e l'indirizzo del soggetto giuridico che chiede l'esenzione totale; *ii*) i nomi e gli indirizzi degli altri partecipanti al presunto cartello; *iii*) una descrizione dettagliata del presunto cartello, che deve specificare in particolare la natura e l'uso dei prodotti in questione, i territori in cui le pratiche in questione possono avere un effetto, la natura di tali pratiche e una stima della loro durata di attuazione; *iii*) le informazioni su qualsiasi richiesta di trattamento favorevole relativa che ha presentato o intende presentare ad altre autorità garanti della concorrenza, nonché i documenti o altri elementi di prova in suo possesso o di cui potrebbe disporre al momento della domanda, che possono, ad esempio, consistere in informazioni che identifichino i luoghi, le date e le finalità dei contatti o delle riunioni tra i partecipanti all'intesa.

Inoltre, in entrambe le ipotesi, oltre alle condizioni di ammissibilità di cui sopra, si applicano le seguenti condizioni cumulative (le quali devono essere soddisfatte anche nell'ipotesi di richiesta di riduzione dell'ammenda): *i)* l'impresa deve, in linea di principio, porre fine alla sua partecipazione all'intesa senza indugio, al più tardi a partire dalla richiesta presentata all'autorità. Tuttavia, al fine di mantenere la riservatezza del processo e preservare l'efficacia degli atti d'indagine, l'autorità può decidere di rinviare tale data; *ii)* l'impresa deve fornire all'autorità una cooperazione reale, completa, permanente e tempestiva non appena presentata la sua domanda e per tutta la durata del procedimento d'indagine; *iii)* l'impresa non deve aver distrutto o falsificato le prove dell'intesa, né aver divulgato la sua intenzione a presentare richiesta per accedere al programma di trattamento favorevole (salvo ad altre autorità garanti della concorrenza).

Infine, non potrà essere concessa l'immunità nei confronti di un'impresa che ha adottato misure per costringere un'altra impresa a partecipare all'infrazione.

c. Le condizioni per la riduzione delle ammende

Nel caso in cui il richiedente non possa beneficiare dell'immunità, potrà richiedere la riduzione delle ammende. A tal fine, il richiedente deve fornire elementi in grado di apportare un valore aggiunto significativo rispetto agli elementi di prova già a disposizione dell'autorità.

Nel determinare il livello di riduzione, l'autorità terrà conto del momento in cui è stata presentata la richiesta e dal valore aggiunto apportato dagli elementi di prova forniti da tale impresa.

Tale riduzione delle ammende non può, in linea di principio, superare il 50 % dell'importo della sanzione che sarebbe stata inflitta. Inoltre, al fine di garantire una maggiore certezza del diritto per i richiedenti il trattamento favorevole, sono indicate le forcelle per la riduzione delle ammende in base alla graduatoria delle domande. In particolare: *i)* per la prima azienda che fornisce un valore aggiunto significativo è prevista una riduzione tra il 25 e il 50%; *ii)* per la seconda impresa è prevista una riduzione tra il 15% e il 40%; *iii)* per le altre imprese che forniscono un valore aggiunto significativo è prevista una riduzione massima del 25%.

Nell'ipotesi in cui l'impresa richiedente sia la prima a fornire prove incontestabili che consentano all'autorità di accertare ulteriori fatti direttamente rilevanti ai fini della determinazione dell'importo delle sanzioni finanziarie imposte ai partecipanti all'intesa, l'autorità non terrà conto di tali fatti nel fissare l'importo dell'ammenda inflitta all'impresa che li ha forniti.

d. La domanda di marker e la domanda semplificata

Anche il programma di trattamento favorevole francese prevede la possibilità di presentare una domanda sotto forma di *marker* e di avere un termine entro il quale la domanda dovrà essere perfezionata. Nel sistema di *marker* francese l'accoglimento delle domande non è sottoposto alla discrezionalità dell'autorità.

È possibile, inoltre, presentare delle domande in forma semplificata, alle condizioni previste dal Programma modello elaborato in seno alla Rete, ossia: *i)* la Commissione si trova nella posizione ideale per esaminare un caso; *ii)* l'impresa ha presentato o sta per presentare una richiesta di immunità o di riduzione delle ammende alla Commissione per la stessa intesa; *iii)* l'impresa deve fornire il proprio nome e indirizzo, l'identità degli altri partecipanti all'intesa e, in forma sintetica, informazioni che identificano il prodotto o i prodotti in questione, il territorio o i territori interessati, la natura e la durata del presunto cartello, gli Stati membri in cui è probabile che le prove siano trovate e le informazioni su qualsiasi richiesta di trattamento favorevole relativa a tale cartello che è stata o sarà presentata a altre autorità garanti della concorrenza⁴⁸⁶.

In tema di domande semplificate, dovranno essere apportate delle modifiche, in quanto i poteri dell'autorità dovranno essere ridotti.

e. L'interazione tra le domande di immunità dalle ammende e le sanzioni penali imposte alle persone fisiche

Chiunque partecipi in modo fraudolento e decisivo alla progettazione, organizzazione o attuazione di pratiche anticoncorrenziali è punito con una pena detentiva di quattro anni e una multa di 75.000 euro (articolo *L. 462-6 du code de commerce*). Poiché l'autorità francese della concorrenza non può imporre sanzioni penali, essa potrà decidere di deferire il caso al pubblico ministero. Nella comunicazione del 2015, è affermato che il trattamento favorevole è una delle ragioni legittime per non rinviare il caso al pubblico ministero (paragrafo 53)⁴⁸⁷. In ogni caso, l'articolo L.420-6 è applicato molto raramente, tranne nei casi di pratiche di manipolazione delle gare pubbliche.

⁴⁸⁶ Per un'analisi più approfondita dei diversi programmi di trattamento favorevole, *ECN Model Leniency Programme: Report on the Assessment of the State of Convergence*, disponibile al seguente indirizzo: http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_programme.pdf

⁴⁸⁷ Paragrafo 53 « *En application du deuxième alinéa de l'article L. 462-6 du code de commerce, l'Autorité peut, lorsque les faits lui paraissent de nature à justifier l'application de l'article L. 420-6 du même code, adresser le dossier au procureur de la République. L'article L. 420-6 ne s'applique que si trois conditions cumulatives sont réunies : la personne physique doit avoir pris frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception et l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées notamment à l'article L. 420-1. L'Autorité considère que la clémence est au nombre des motifs légitimes qui justifient la non transmission au parquet d'un*

In sede di trasposizione della Direttiva, dovrà essere garantito che i direttori, amministratori e gli altri membri del personale dei richiedenti l'immunità siano protetti da sanzioni imposte nell'ambito di procedimenti penali, in relazione alla loro partecipazione al cartello segreto cui si riferisce la domanda di immunità.

C. Considerazioni finali di diritto comparato

Da quanto illustrato, si evince come i programmi di trattamento favorevole italiano e francese divergano sotto alcuni aspetti.

Una prima differenza concerne il campo di applicazione dello stesso programma: il programma italiano si applica in via di principio ai soli cartelli orizzontali segreti. Tuttavia, in certe ipotesi, il programma può trovare applicazione anche in caso di cartelli che presentano alcuni elementi verticali, come ad esempio nel caso di cartello retto da un accordo verticale o attuato mediante accordi verticali. Nel sistema francese, invece, l'ambito di applicazione del trattamento favorevole è più ampio, applicandosi, altresì, alle pratiche concordate.

Un secondo aspetto sul quale sussistono delle differenze riguarda la possibilità per il *coercer* di ottenere l'immunità. Il programma italiano consente alle imprese che abbiano adottato misure volte a costringere altre imprese a partecipare al cartello di ottenere l'immunità. Al contrario, in Francia, l'immunità non può essere concessa al *coercer*.

Un terzo aspetto di divergenza riguarda la richiesta di immunità dalle ammende: la disciplina francese, in linea con quella elaborata in seno alla Rete, prevede due diverse ipotesi (richiesta 1A e richiesta 1B), a seconda che l'autorità disponga già di informazioni della presunta intesa. Il programma di trattamento favorevole italiano invece non prevede la differenza tra richieste di tipo 1A e di tipo 1B.

Un quarto elemento di differenza concerne la riduzione delle ammende: il programma italiano fornisce un'unica soglia (del 50%), non operando alcuna distinzione in merito all'ordine di ricezione di più istanze. Pertanto, una domanda pervenuta successivamente potrebbe essere preferita dal punto di vista del valore aggiunto apportato alle indagini, beneficiando di una maggiore riduzione rispetto ad una domanda pervenuta anteriormente. Il programma francese, invece, prevede delle forcelle per la riduzione delle ammende in base alla graduatoria delle domande. In particolare: *i*) per la prima azienda che fornisce un valore aggiunto significativo è prevista una riduzione tra il 25 e il 50%; *ii*)

dossier dans lequel les personnes physiques, appartenant à l'entreprise qui a bénéficié d'une exonération de sanctions pécuniaires, seraient susceptibles de faire aussi l'objet de telles poursuites ».

per la seconda impresa è prevista una riduzione tra il 15% e il 40%; *iii*) per le altre imprese che forniscono un valore aggiunto significativo è prevista una riduzione massima del 25%.

Due ulteriori aspetti sui quali sussistono delle differenze sono il sistema di *marker* e la responsabilità penale. Con riguardo al primo aspetto, il sistema di *marker* francese è più vantaggioso rispetto a quello italiano, in quanto l'accoglimento di dette domande non è sottoposto alla discrezionalità dell'autorità. Con riguardo alla responsabilità penale, in Francia, chiunque partecipi in modo fraudolento e decisivo alla progettazione, organizzazione o attuazione di pratiche anticoncorrenziali è punito con una pena detentiva di quattro anni e una multa di 75.000 euro (articolo *L. 462-6 du code de commerce*). Il diritto italiano della concorrenza non prevede invece delle sanzioni penali. L'unico caso in cui una violazione della concorrenza può chiaramente comportare una responsabilità penale è quello di collusione nell'ambito delle gare pubbliche.

Infine, è rilevante porre in luce una differenza quantitativa nell'utilizzo del programma di trattamento favorevole: in Italia, ad oggi, l'autorità ha avviato e concluso solo sette istruttorie in presenza di domande di trattamento favorevole⁴⁸⁸. In Francia, invece, sono state presentate circa cinquanta domande di trattamento favorevole e più del 75% di esse ha ricevuto un parere favorevole⁴⁸⁹.

⁴⁸⁸ I dati sono disponibili sul sito ufficiale dell'Autorità della concorrenza italiana, nella sezione dedicata alle relazioni annuali: <https://www.agcm.it/pubblicazioni/relazioni-annuali?limit=0>. Provvedimento del 17 maggio 2007, n. 16835, caso I649, *Produttori di pannelli truciolari in legno*; Provvedimento del 24 marzo 2010, n. 20931, caso I700, *Prezzo del GPL per riscaldamento Regione Sardegna*; Provvedimento del 15 dicembre 2010, n. 21924, caso I701, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*; Provvedimento del 15 giugno 2011, n. 22521, caso I722, *Logistica internazionale*; Provvedimento del 22 febbraio 2012, n. 23338, caso I733, *Servizio di agenzia marittima*; Provvedimento del 25 marzo 2015, n. 25401, caso I772, *Mercato del calcestruzzo Friuli Venezia Giulia*; Provvedimento del 26 ottobre 2016, n. 26229, caso I789, *Agenzia di modelle*. Parte della dottrina sostiene che tale scarso utilizzo sia dovuto in parte all'eccessiva discrezionalità dell'Autorità nel determinare la misura dello sconto. Sul punto V. Melo, *l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e i programmi di clemenza*, in R. Bedogni, C. Barucci (a cura), *20 anni di antitrust*, Torino, 2010, p. 434.

⁴⁸⁹ I dati sono disponibili sul sito ufficiale dell'Autorité de la concurrence: http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id_rub=372&id_article=1371#1.

TERZA PARTE

IL COORDINAMENTO TRA L'APPLICAZIONE PUBBLICISTICA E L'APPLICAZIONE PRIVATISTICA DEGLI ARTICOLI 101 E 102 TFUE

I giudici nazionali svolgono all'interno del sistema un ruolo essenziale, in quanto è loro compito « secondo il principio di collaborazione enunciato dall'art. 5 del Trattato [oggi articolo 4 TUE], garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi effetto diretto »⁴⁹⁰.

L'Unione europea rappresenta un ordinamento giuridico unico nel suo genere, in cui è attribuito un ruolo essenziale ai singoli individui. Invero, l'Unione europea oltre ad imporre degli obblighi direttamente in capo ai singoli, attribuisce loro dei diritti soggettivi che le giurisdizioni nazionali hanno il dovere di salvaguardare. Il diritto della concorrenza non fa eccezione a tale principio, in quanto gli articoli 101 e 102 TFUE impongono in capo alle imprese il dovere di non porre in essere delle condotte anticoncorrenziali e, al tempo stesso, attribuiscono in capo ai danneggiati dalle suddette condotte, il diritto di richiedere il risarcimento del danno.

Pertanto, gli individui non sono solo tenuti al rispetto delle regole *antitrust* dell'Unione europea, ma possono anche avvalersene dinanzi alle giurisdizioni nazionali per la protezione delle proprie posizioni giuridiche soggettive.

L'affermazione di tale principio ha inaugurato una nuova era del diritto della concorrenza, in cui i soggetti privati sono invitati ad assumere un ruolo attivo nell'applicazione delle regole della concorrenza. Accanto all'applicazione pubblicistica delle regole della concorrenza si è così progressivamente affiancata anche la loro applicazione privatistica.

L'obiettivo primario del *private enforcement* è rintracciabile nella piena compensazione delle vittime, ossia nel reintegrarle nella situazione in cui si sarebbero trovate in assenza della condotta anticoncorrenziale. Al di là di questo obiettivo preminente, il *private enforcement* ha anche un effetto deterrente, in quanto dissuade le imprese dal porre in essere delle condotte anticoncorrenziali, costituendo una minaccia finanziaria supplementare a quella amministrativa.

L'azione privatistica partecipa allo sviluppo del diritto della concorrenza, coinvolgendo direttamente i cittadini e le imprese nell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE. Pertanto, il *private enforcement* oltre a proteggere gli operatori del mercato, protegge anche la concorrenzialità del mercato e, in generale, contribuisce alla realizzazione degli obiettivi prefissati dai Trattati, quale il rafforzamento della competitività dell'Unione europea a beneficio dei cittadini e delle imprese.

⁴⁹⁰ Corte di giustizia, 24 ottobre 1996, *Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a. c. Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, C-72/95, ECLI:EU:C:1996:404.

Il contesto europeo è stato, da sempre, caratterizzato dalla costante preminenza del *public enforcement* rispetto al *private enforcement*. Invero, nello stesso Trattato sono contemplate solo le sanzioni amministrative e la nullità automatica delle condotte anticoncorrenziali, senza essere fatta menzione, invece, della responsabilità civilistica. Quest'ultima, come visto in precedenza, ha avuto un'origine e uno sviluppo giurisprudenziale, fino a sfociare nella Direttiva (UE) n. 104/2014.

Il “*popolo dell'antitrust*” europeo, così definito da Giuseppe Tesauro, ha atteso a lungo l'adozione di detta Direttiva, in quanto rappresenta il primo passo per un reale sviluppo del *private enforcement*.

Il nuovo sistema, basato sulla complementarietà tra il *public* e il *private enforcement*, abbisogna di efficaci meccanismi di cooperazione tra autorità amministrative e organi giurisdizionali, in modo da assicurare una loro coordinazione ottimale.

Lo stesso Considerando 6 della Direttiva afferma che: « *per garantire un'efficace applicazione a livello privatistico [...] e un'efficace applicazione a livello pubblicistico da parte delle autorità garanti della concorrenza, i due canali devono interagire in modo da assicurare la massima efficacia delle regole di concorrenza* », e il sistema è stato definito nella relazione di accompagnamento come a « *due pilastri* » (**Capitolo I**).

Si riscontrano tuttavia diverse problematiche nell'interazione tra l'applicazione pubblicistica e quella privatistica.

In particolare, nella disciplina dell'accesso alla prova è stata operata una gerarchizzazione tra *public* e *private*, sostituendo il bilanciamento di interessi effettuato caso per caso, prospettato dalla giurisprudenza, ad una decisione a priori dell'interesse prevalente.

Un ulteriore punto cruciale nel coordinamento tra *public* e *private enforcement* è rappresentato dalle modalità di valutazione da parte del giudice civile delle decisioni amministrative relative alla medesima condotta anticoncorrenziale: la maggiore o minore vincolatività dell'accertamento, compiuto dalle autorità nazionali garanti della concorrenza o dalla Commissione, si riflette sull'ulteriore accertamento che dovrà compiere il giudice in sede civile (**Capitolo II**).

CAPITOLO I

GLI STRUMENTI DI COOPERAZIONE

I meccanismi di cooperazione predisposti nel sistema di applicazione delle regole della concorrenza costituiscono un'applicazione pratica del più generale principio di leale cooperazione di cui all'articolo 4 TUE. Tale dovere di cooperazione è reciproco: la Commissione e le autorità nazionali garanti della concorrenza (**Sezione I**) devono assistere i giudici nazionali nell'applicazione degli

articoli 101 e 102 TFUE e, al medesimo modo, questi ultimi hanno un equivalente dovere di assistenza (**Sezione II**).

Sezione I

L'assistenza prestata dalla Commissione e dalle autorità nazionali garanti della concorrenza ai giudici nazionali

L'assistenza prestata dalla Commissione e dalle autorità nazionali garanti della concorrenza alle giurisdizioni nazionali ha come obiettivo centrale quello di garantire un'applicazione coerente e uniforme delle regole di concorrenza.

A tale fine, il Regolamento (CE) n. 1/2003 (§ 1) e la Direttiva 2014/104/UE (§ 2) hanno predisposto alcuni meccanismi volti ad implementare la cooperazione tra le autorità e le giurisdizioni nazionali, pur nel rispetto del fondamentale principio della divisione dei poteri, per cui i giudici non possono essere influenzati, dovendo mantenere l'imparzialità, la terzietà e l'indipendenza.

1. I meccanismi di cooperazione introdotti dal Regolamento (CE) n. 1/2003

Il Regolamento (CE) n. 1/2003 (articolo 15) e la Comunicazione della Commissione sulla cooperazione con i giudici⁴⁹¹ delineano gli strumenti di cooperazione in coerenza con l'indipendenza delle giurisdizioni nazionali. Essendo disciplinati da un Regolamento, detti meccanismi non possono essere limitati da disposizioni nazionali contrastanti. Tuttavia, si deve fare riferimento alle norme procedurali nazionali per quanto non disposto dal Regolamento e dalla Comunicazione.

La Commissione, nell'adempimento del dovere impostole dall'articolo 4 TUE di assistere le giurisdizioni nazionali, è tenuta a mantenersi neutrale e obiettiva. L'assistenza fornita dalla Commissione si iscrive nel suo dovere di tutela dell'interesse pubblico e, quindi, non è indirizzata a servire l'interesse delle parti della causa pendente dinanzi al giudice nazionale.

La Commissione non deve sentire alcuna delle parti in merito all'assistenza data alla giurisdizione nazionale. Qualora sia stata consultata da qualsiasi delle parti della causa pendente dinanzi alla giurisdizione nazionale in merito a questioni sollevate dinanzi a questa, la Commissione ne deve informare il giudice nazionale, a prescindere dal fatto che i contatti con le parti abbiano avuto luogo prima o dopo la richiesta di assistenza della giurisdizione nazionale.

⁴⁹¹ Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE, (2004/C 101/04), 9 aprile 2006.

I meccanismi di cooperazione sono: la trasmissione di informazioni (§ 1.1.), la richiesta di pareri (§ 1.2.) e la presentazione di osservazioni (§ 1.2.).

1.1. Trasmissione di informazioni

L'articolo 15, paragrafo 1, del Regolamento (CE) n. 1/2003 dispone che, nell'ambito dei procedimenti per l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, una giurisdizione nazionale può chiedere alla Commissione di trasmetterle documenti in suo possesso o di comunicarle informazioni di natura procedurale per poter accertare se un determinato caso è all'esame della Commissione, se ha avviato un procedimento e quando sarà presumibilmente presa una decisione. Tali informazioni sono fondamentali per consentire al giudice nazionale di valutare la necessità di rinviare la decisione o di adottare misure provvisorie⁴⁹².

La Comunicazione relativa alla cooperazione tra la Commissione e i giudici nazionali non fornisce alcuna indicazione in merito alla forma che dovrebbe assumere una richiesta di informazioni, ma si limita ad affermare che qualsiasi richiesta di assistenza può essere inviata per iscritto o per via elettronica all'indirizzo indicato nella stessa.

La Commissione si impegna a fornire alla giurisdizione nazionale le informazioni richieste entro un mese dalla data di ricevimento della richiesta. Tuttavia, nel caso in cui chieda alla giurisdizione nazionale ulteriori chiarimenti, o nel caso in cui consulti i soggetti direttamente interessati dalla trasmissione delle informazioni, il termine decorre dal momento in cui riceve le informazioni richieste.

Le informazioni devono riguardare delle informazioni già in possesso della Commissione e in nessun caso la risposta della Commissione può riguardare il merito della causa pendente.

La disponibilità o meno delle informazioni fornite dalla Commissione dipenderà dal contenuto del documento in questione⁴⁹³.

Nel trasmettere le informazioni alle giurisdizioni nazionali la Commissione deve garantire alle persone fisiche e giuridiche la tutela offerta dall'articolo 339 TFUE, che impone il divieto ai membri, funzionari e altri agenti della Commissione di divulgare informazioni protette dal segreto d'ufficio.

Come precedentemente posto in luce, le informazioni protette dal segreto d'ufficio possono essere sia le informazioni riservate, sia i segreti commerciali. Conseguentemente, nell'offrire la propria

⁴⁹² Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE, (2004/C 101/04), pp. 21 ss; Corte di giustizia, 28 febbraio 1991, *Stergios Delimitis c. Henninger Bräu AG.*, C-234/89, p. 53, ECLI:EU:C:1991:91.

⁴⁹³ Luis Ortiz Blanco, *Ec Competition Procedure*, Second Edition, Oxford, pp. 89 ss.

collaborazione ai giudici nazionali, la Commissione non può in nessun caso attenuare le garanzie conferite ai singoli dalle disposizioni dell'Unione relative al segreto d'ufficio, dovendo essa adottare tutte le precauzioni necessarie. Siffatte precauzioni possono consistere, in particolare, nel segnalare al giudice i documenti contenenti informazioni riservate o segreti commerciali. Spetta tuttavia ai giudici nazionali tutelare la natura riservata di tali informazioni.

In ogni caso, in capo alla Commissione non sussiste il divieto assoluto di trasmettere informazioni che siano protette dal segreto d'ufficio: il dovere di leale collaborazione impone alla Commissione di comunicare alle giurisdizioni nazionali le informazioni da queste richieste, anche se si tratta di informazioni protette dal segreto d'ufficio. In particolare, la Commissione viene meno al proprio obbligo solo qualora consenta la trasmissione di tali documenti senza adottare le precauzioni necessarie⁴⁹⁴. Alla luce di ciò, prima di trasmettere informazioni protette dal segreto d'ufficio ad una giurisdizione nazionale, la Commissione ricorderà che questa è tenuta a tutelare i diritti conferiti dall'articolo 339 TFUE alle persone fisiche e giuridiche e le chiederà se sia in grado e se voglia impegnarsi a garantire la tutela di dette informazioni⁴⁹⁵.

Nella sola ipotesi in cui la giurisdizione nazionale si impegni a non divulgarle, la Commissione trasmetterà le informazioni richieste, specificando quali parti sono protette dal segreto d'ufficio e quali non lo sono e possono perciò essere divulgate⁴⁹⁶.

Al riguardo è interessante analizzare la causa *Alstom*, nella quale il Tribunale dell'Unione si è pronunciata sulla legalità di una decisione della Commissione a favore della comunicazione di taluni documenti contenenti informazioni riservate ad un giudice nazionale, dinanzi al quale era stata intentata un'azione di risarcimento dei danni. Con riguardo al contesto fattuale del caso, la Commissione aveva adottato una decisione sanzionando la società *Areva* e le compagnie *Grid* per la loro partecipazione ad un'intesa sul mercato delle apparecchiature di comando con isolamento in gas⁴⁹⁷. Successivamente, la *National Grid Electricity Transmission plc* ("NGET") aveva avviato

⁴⁹⁴ Tribunale, 18 settembre 1996, *Postbank NV c. Commissione delle Comunità europee*, T-353/94, pp. 90 ss, ECLI:EU:T:1996:119

⁴⁹⁵ Corte di giustizia, 6 dicembre 1990, *Zwartveld e altri*, C-2/88, ECLI:EU:C:1990:440; Tribunale, 18 settembre 1996, *Postbank NV c. Commissione delle Comunità europee*, T-353/94, ECLI:EU:T:1996:119.

⁴⁹⁶ Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE, (2004/C 101/04), pp. 21-25.

⁴⁹⁷ Decisione della Commissione, 24 gennaio 2007, COMP/F/38.899 – *GAS INSULATED SWITCHGEAR*, disponibile al seguente indirizzo: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38899/38899_1030_10.pdf; B. Lasserre, L. Vogel, A. Italianer, M. Jaeger, *Échange d'informations confidentielles dans le cadre de l'application privée du droit de la concurrence (10 ans d'application du règlement 1/2003 et de la loi luxembourgeoise relative à la concurrence, Luxembourg-Kirchberg, 6 juin 2014)*, décembre 2014, *Revue Concurrences* N° 4-2014, Art. N° 69496, pp. 54-74.

un'azione per risarcimento danni nei confronti delle società sanzionate, dinanzi la *High Court* britannica.

Nell'ambito di tale procedimento la *NGET* aveva chiesto che fossero comunicate le risposte delle imprese coinvolte nel procedimento dinanzi alla Commissione. La *High Court*, dopo avere adottato un'ordinanza volta a creare una "cerchia di riservatezza" per tutelare le informazioni riservate contenute nei documenti messi a disposizione delle parti del procedimento dinanzi ad essa, aveva chiesto alla Commissione di trasmetterle dette risposte, in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 1, del Regolamento (CE) n. 1/2003. La Commissione aveva comunicato alla *High Court* la propria intenzione di accogliere la sua richiesta e aveva quindi comunicato a tali imprese la propria decisione di accogliere la richiesta della *High Court* ("decisione impugnata") e i documenti che intendeva inviare, sempreché le stesse non contestassero detta decisione dinanzi al Tribunale e al giudice del procedimento sommario. Il 10 aprile 2012, la richiedente e le compagnie *Grid* proposero un ricorso di annullamento contro la decisione impugnata e presentarono una domanda di provvedimenti provvisori diretta alla sospensione di detta decisione, ai sensi degli articoli 278 TFUE e 279 TFUE. Dopo aver ricevuto la domanda di provvedimenti provvisori, la Commissione prese atto dell'addebito della richiedente e delle compagnie *Grid* secondo cui, malgrado l'esclusione degli elementi forniti nel contesto della comunicazione relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese dall'ambito della richiesta della *High Court*, la versione delle risposte che essa intendeva trasmettere a quest'ultima conteneva anche siffatti elementi. La Commissione informò le suddette imprese che aveva deciso di modificare tali versioni espungendo gli elementi in questione. La richiedente sosteneva, in particolare, che la decisione impugnata fosse in violazione dell'articolo 339 TFUE, della Comunicazione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali e, infine, dell'articolo 4, paragrafo 3, TUE. In linea con l'approccio esposto nella Comunicazione sulla cooperazione, la Commissione sosteneva di aver rispettato l'obbligo di adozione di tutte le precauzioni necessarie, in quanto aveva fatto in modo che la giurisdizione nazionale offrisse delle garanzie concrete per quanto riguarda la sua capacità e volontà di tutelare la riservatezza di tali informazioni e, nello trasmettere le informazioni, aveva indicato al giudice nazionale quali informazioni erano state qualificate come riservate dall'impresa coinvolta.

Il Tribunale dell'Unione, in sede cautelare, riconobbe che, anche qualora le precauzioni adottate dalla Commissione dovessero ritenersi adeguate, in taluni casi, potrebbe accadere che la tutela dei terzi non possa essere pienamente garantita. In tali ipotesi eccezionali, la Commissione ha la facoltà di negare la trasmissione di documenti.

Alla luce di tali considerazioni, ha accolto la domanda di provvedimenti provvisori intesa a vietare alla Commissione di trasmettere le informazioni controverse come previsto nella decisione impugnata.

Vi sono poi ulteriori eccezioni alla trasmissione di informazioni da parte della Commissione alle giurisdizioni nazionali. In particolare, la Commissione può rifiutare di trasmettere le informazioni alle giurisdizioni nazionali per salvaguardare gli interessi dell'Unione europea o per evitare che, pregiudicando l'assolvimento dei compiti ad essa affidati, ne siano compromessi il funzionamento e l'indipendenza. La trasmissione di informazioni ai giudici nazionali non deve compromettere l'efficacia dell'applicazione delle norme in materia di concorrenza da parte della Commissione e, nello specifico, non deve interferire con le indagini in corso, né con il funzionamento dei programmi di trattamento favorevole e delle procedure di transazione.

A tal fine, la Commissione non trasmetterà in alcun momento alle giurisdizioni nazionali, ai fini del loro uso in azioni per il risarcimento del danno, le dichiarazioni ufficiali d'impresa legate ad un programma di trattamento favorevole e le proposte di transazione. Inoltre, per quanto riguarda le informazioni preparate da persone fisiche o giuridiche specificamente ai fini del procedimento della Commissione e le informazioni che la Commissione ha redatto e trasmesso alle parti nel corso del suo procedimento, non saranno trasmesse prima della chiusura del procedimento nei confronti di tutte le parti oggetto dell'inchiesta.

1.2. La richiesta di pareri

Ai sensi dell'articolo 15 del Regolamento (CE) n. 1/2003, le giurisdizioni nazionali possono chiedere alla Commissione il parere su delle questioni economiche, di fatto e di diritto.

Per assicurare una cooperazione efficiente con le giurisdizioni nazionali, la Commissione si adopererà a comunicare al giudice nazionale il parere richiesto entro quattro mesi dalla data di ricevimento della richiesta⁴⁹⁸. Qualora la Commissione debba chiedere alla giurisdizione nazionale informazioni complementari per essere in grado di formulare il suo parere, il termine inizierà a decorrere dal momento del ricevimento delle informazioni complementari.

Nell'esprimere il suo parere la Commissione si limiterà a fornire alla giurisdizione nazionale gli elementi di fatto o i chiarimenti economici o giuridici richiesti, senza entrare nel merito della controversia sottoposta alla giurisdizione nazionale.

⁴⁹⁸ Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE, (2004/C 101/04), p. 28.

Inoltre, diversamente dall'interpretazione formale del diritto dell'Unione da parte della Corte di giustizia, il parere della Commissione non vincola giuridicamente i giudici nazionali. È importante ricordare che la possibilità di richiedere pareri non pregiudica la facoltà o l'obbligo per le giurisdizioni nazionali di chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale, conformemente all'articolo 267 TFUE.

A causa della scarsa descrizione delle modalità di funzionamento dell'istituto, sorgono una serie di questioni relative alla sua portata, in particolare con riguardo alla linea di demarcazione tra la trasmissione di informazioni e la formulazione di un parere. Tale differenza era in qualche modo più chiara nella Comunicazione sulla cooperazione del 1993⁴⁹⁹. Infatti, pur facendo riferimento in generale alle informazioni che le giurisdizioni nazionali potevano richiedere alla Commissione, la Comunicazione del 1993 specificava ulteriormente la portata della richiesta delle giurisdizioni nazionali, indicando che i giudici nazionali potevano, entro i limiti del diritto procedurale nazionale, rivolgersi alla Commissione per chiederle: « *in primo luogo informazioni di carattere procedurale, (...) per sapere se una determinata pratica è pendente dinanzi alla Commissione, se è oggetto di una notifica, se la Commissione ha ufficialmente avviato il procedimento e se si è già pronunciata con decisione ufficiale ovvero tramite lettera amministrativa dei suoi uffici. Se necessario i giudici nazionali potranno anche chiedere alla Commissione un parere sui tempi probabili di concessione o di diniego dell'esenzione individuale per gli accordi o le pratiche notificati, al fine di determinare le condizioni di un'eventuale decisione di sospensione del giudizio o la necessità di adottare provvedimenti provvisori* ».

In secondo luogo « *i giudici nazionali potranno consultare la Commissione su questioni giuridiche. (...) Per quanto concerne gli articoli 85 e 86, tali difficoltà potranno riguardare in particolare le condizioni d'applicazione di detti articoli relative al pregiudizio del commercio tra Stati membri e alla sensibilità della restrizione della concorrenza derivante dalle pratiche enumerate in tali disposizioni* ».

Infine « *i giudici nazionali possono (...) informarsi presso la Commissione per quanto riguarda dati di fatto, quali statistiche, studi di mercato e analisi economiche* ».

Cosicché, alla luce della Comunicazione del 1993, erano identificabili tre categorie di richieste: la richiesta di informazioni *stricto sensu*, ossia quelle concernenti informazioni di natura procedurale; la richiesta di pareri riguardanti questioni di diritto e infine la richiesta di documenti specifici.

⁴⁹⁹ Comunicazione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato CEE, (93/C 39/05), pp. 37 ss.

In base alla Comunicazione vigente, la richiesta di informazioni alla Commissione può riguardare sia i documenti in suo possesso, sia le informazioni di natura procedurale. Mentre la richiesta di pareri può riguardare sia questioni di diritto, sia questioni procedurali.

L'articolo 15 del Regolamento, quando si riferisce alle richieste di informazioni, sancisce espressamente che tali richieste devono essere in relazione solo ad informazioni "in possesso" della Commissione, requisito non richiesto invece in tema di pareri. Pertanto, dal tenore letterale della disposizione sembrerebbe che nel contesto delle opinioni la Commissione possa tenere in considerazione anche dati aggiuntivi ottenuti *ex novo*.

Dal 2004 al 2017 sono stati richiesti 36 pareri alla Commissione, provenienti da undici diversi Stati membri.

Dal punto di vista del contenuto delle richieste di pareri, è interessante notare che le questioni sollevate riguardano in particolare: la compatibilità con il diritto della concorrenza degli accordi di acquisto esclusivo⁵⁰⁰, la definizione del mercato rilevante⁵⁰¹, la definizione di impresa⁵⁰², la legalità degli accordi di scambio di informazioni tra concorrenti⁵⁰³, la legalità del rifiuto di fornitura da parte di un'impresa in posizione dominante⁵⁰⁴, i limiti alla divulgazione della versione riservata della decisione della Commissione e dei documenti creati nel corso delle indagini⁵⁰⁵.

Diversamente da quanto disciplinato per la presentazione di osservazioni in qualità di *amicus curiae*, per la richiesta di pareri l'articolo 15 menziona esclusivamente la Commissione e non anche le autorità nazionali garanti della concorrenza. Tuttavia, bisogna osservare che il quarto paragrafo

⁵⁰⁰ Parere della Commissione, 18 maggio 2004, reso in risposta alla domanda della Corte spagnola nella causa *Estaciones 2000 c. Repsol*; parere della Commissione, 29 Settembre 2004, reso in risposta alla domanda della Corte spagnola nella causa *Spanish Fuel Stations*; parere della Commissione, 2 febbraio 2005, reso in risposta alla domanda della Corte belga nella causa *Laurent Emond c. Brasserie Haacht*; parere della Commissione, 7 luglio 2005, reso in risposta alla domanda della Corte spagnola, nella causa *Spanish fuel stations*; parere della Commissione, 10 marzo 2009, reso in risposta alla domanda della Corte belga nella causa *Brouwerij Haacht*; parere della Commissione, 8 settembre 2009, reso in risposta alla domanda della Corte spagnola nella causa *Canales I Fils SL c. Petrocat*.

⁵⁰¹ Parere della Commissione, 2 febbraio 2005, reso in risposta alla domanda della Corte belga nella causa *Wallonie Expo SA c. FEBIAC asbl*; parere della Corte, 16 febbraio 2007, reso in risposta alla domanda della Corte svedese nella causa *Danska Staten genom Bornholms Trafiken c. Ystad Hamn Logistik Aktiebolag*; parere della Commissione, 11 maggio 2007, reso in risposta alla domanda della Corte spagnola nella causa *Comillas 2 & Estacion de Servicio Sardinero c. Galp Energia España*; parere della Commissione, 29 novembre 2017, reso in risposta alla domanda della Corte belga nella causa *Selective distribution of shoes* (ancora pendente).

⁵⁰² Parere della Commissione, 22 maggio 2007, reso in risposta alla domanda della Corte svedese nella causa *Övertorneå kommun and Haparanda kommun c. Ekfors*;

⁵⁰³ Parere della Commissione, 20 luglio 2009, reso in risposta alla domanda della Corte della Lituania nella causa *UAB Schneidersöhne Baltija c. UAB Libra Vitalis*; Parere della Commissione, 18 novembre 2015, reso in risposta alla domanda della Corte Ungherese nella causa *Novartis*.

⁵⁰⁴ Parere della Commissione del 7 agosto 2012, reso in risposta alla domanda della Corte belga nella causa *Kapitol S.A. v Magyar Telekom*.

⁵⁰⁵ Parere della Commissione, 5 maggio 2014, reso in risposta della domanda della Corte inglese nella causa *Wm Morrison Supermarkets plc and Others c. MasterCard Incorporated and Others*; Parere della Commissione, 22 dicembre 2014, reso in risposta della domanda della Corte inglese nella causa *Secretary of State and others c. Servier*.

dell'articolo 15 del Regolamento precisa che « *il presente articolo lascia impregiudicati i più ampi poteri di presentare osservazioni dinanzi alle giurisdizioni che siano conferiti alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri in forza della legislazione dei rispettivi Stati membri* ».

1.3. La presentazione di osservazioni (“amicus curiae”)

Ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 1/2003, la Commissione e le autorità nazionali garanti della concorrenza, di propria iniziativa, possono presentare osservazioni (c.d. “amicus curiae”) alle giurisdizioni nazionali, qualora lo richieda l'applicazione coerente degli articoli 101 e 102 TFUE. Inoltre, ai sensi dello stesso articolo, anche le autorità nazionali garanti della concorrenza devono avere la possibilità di presentare osservazioni alle giurisdizioni nazionali dello Stato membro cui appartengono.

Il coinvolgimento delle giurisdizioni nazionali in questo tipo di intervento varia a seconda della forma con cui la Commissione presenta le proprie osservazioni⁵⁰⁶. Qualora le osservazioni siano presentate in forma scritta, la Commissione può agire d'ufficio nella misura in cui ciò sia giustificato dalla preoccupazione di un'applicazione coerente degli articoli 101 e 102 TFUE. La presentazione di osservazioni orali invece deve essere preventivamente autorizzata dal giudice nazionale.

Nella presentazione delle proprie osservazioni, la Commissione non interferisce nella risoluzione del caso. In effetti, nella Comunicazione sulla cooperazione, la Commissione afferma che i suoi pareri si limitano ad analisi economiche e giuridiche dei fatti della causa dinanzi alla giurisdizione nazionale e ricorda regolarmente nelle sue osservazioni che si astiene dal concludere a sostegno di una o dell'altra parte. Inoltre, come per i pareri, le giurisdizioni nazionali non sono vincolate dall'opinione espressa dalla Commissione.

Al fine di facilitare la Commissione nella presentazione di osservazioni utili, le giurisdizioni nazionali possono essere invitate a trasmettere copia di qualsiasi documento necessario per la valutazione del caso. Detti documenti saranno utilizzati dalla Commissione esclusivamente per la preparazione delle sue osservazioni.

Il Regolamento non disciplina la procedura per la presentazione delle osservazioni e, pertanto, essa è regolata dalle norme e dalle prassi degli Stati membri in materia. In tal senso, le procedure nazionali devono essere compatibili con i principi generali del diritto dell'Unione, e in particolare con i diritti fondamentali delle parti in causa. Inoltre, non deve rendere la presentazione di osservazioni

⁵⁰⁶ Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE, (2004/C 101/04).

eccessivamente difficile o praticamente impossibile (principio di efficacia) e non deve rendere la presentazione di osservazioni da parte della Commissione più difficile che la presentazione di osservazioni in procedimenti giudiziari nei quali si applicano norme di diritto nazionale equivalenti (principio di equivalenza)⁵⁰⁷.

Nella pratica la Commissione ha sottoposto diciotto volte le proprie osservazioni, ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 3, del Regolamento (CE) n. 1/2003.

La Commissione è intervenuta per la prima volta in qualità di *amicus curiae* nel 2006, presentando delle osservazioni alla Corte d'appello di Parigi nell'ambito di una causa concernente l'interpretazione del regolamento n. 1400/2002 relativo agli accordi verticali nel settore automobilistico. Più specificamente, la causa riguardava le differenze tra sistemi di distribuzione selettiva qualitativa e quantitativa e le condizioni per la loro esenzione dall'applicazione dell'articolo 101 TFUE⁵⁰⁸.

La Commissione poi ha atteso tre anni per avvalersi nuovamente dell'istituto. Nel 2009 ha presentato alla Corte d'appello di Parigi delle osservazioni nell'ambito di una causa relativa ad un divieto generale di vendita *online* imposto dal fornitore a tutti i distributori appartenenti alla sua rete di distribuzione selettiva. La Commissione in tale circostanza ha suggerito al giudice nazionale di sottoporre la questione alla Corte di giustizia qualora nutrisse (ulteriori) dubbi di interpretazione⁵⁰⁹.

Nello stesso anno ha presentato le proprie osservazioni alla Corte d'appello di Amsterdam⁵¹⁰ in un caso concernente la deducibilità delle ammende della Commissione dalle imposte. In tal senso, la Commissione ha ritenuto che sarebbe contrario al diritto dell'Unione se le ammende da essa inflitte fossero (in tutto o in parte) deducibili dalle imposte dovute dall'impresa cui sono inflitte le ammende. Ciò è dovuto ad una violazione del principio di leale cooperazione sancito dall'ex articolo 10 del trattato CE (ora articolo 4, paragrafo 3, TUE), in quanto la deducibilità fiscale delle ammende pregiudicherebbe il carattere punitivo e dissuasivo delle ammende e costituirebbe un vantaggio importante per l'impresa coinvolta in una violazione molto grave del diritto comunitario.

È rilevante notare che il caso di specie non riguardava direttamente l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE. Pertanto, i giudici nazionali investiti di una controversia che riguarda solo

⁵⁰⁷ P. Monjal, *Concurrence, La Commission en tant qu'“amicus curiae”*: remarques à l'occasion de l'actualisation linguistique de la Communication relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE, (2004/C 101/104 - JOCE C du 27 avril 2004, pp. 54-64; JOUE C 127 du 9 avril 2016, pp. 13-21.

⁵⁰⁸ Osservazioni della Commissione, 2 novembre 2006, presentate nell'ambito della causa *Garage Grémeau*.

⁵⁰⁹ Osservazioni della Commissione, 11 giugno 2009, presentate nell'ambito della causa *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*.

⁵¹⁰ Osservazioni della Commissione, 24 settembre 2009, presentate nel caso *X B.V.*

indirettamente l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, possono essere interpellati dalla Commissione se essa intende intervenire ai sensi dell'articolo 15.

Tra il 2010 e il 2012 la Commissione è intervenuta ben nove volte⁵¹¹, tra cui nell'ambito di una causa relativa all'applicazione del concetto di continuità economica e all'efficacia delle ammende⁵¹², in una causa relativa all'interpretazione della nozione di "incidenza sensibile sul commercio tra Stati membri"⁵¹³, in una causa relativa alla possibile divulgazione nell'ambito dell'ambito delle azioni di risarcimento del danno⁵¹⁴ e in una causa di applicazione parallela delle norme dell'Unione e nazionali in materia di concorrenza⁵¹⁵.

Dal 2013 ad oggi c'è stato poi uno scarso intervento da parte della Commissione, la quale è intervenuta solo sei volte (circa una volta all'anno). Le questioni più recenti sulle quali la Commissione si è pronunciata concernono dei casi di *private enforcement*. In particolare, nel 2018 la Commissione ha presentato osservazioni in qualità di *amicus curiae* alla Corte d'appello del Regno Unito nell'ambito di tre richieste di risarcimento danni. I casi riguardano l'analisi della legalità delle commissioni interbancarie multilaterali ai sensi dell'articolo 101 del TFUE e comprendono questioni relative al mercato rilevante ai fini della constatazione di una restrizione della concorrenza, la necessità oggettiva delle commissioni interbancarie multilaterali, la determinazione del relativo controfattuale e il calcolo di un livello di commissione interbancaria multilaterale esentabile⁵¹⁶.

Nel 2017 La Commissione ha presentato osservazioni in qualità di *amicus curiae* all'Alta Corte di giustizia del Regno Unito in merito alla divulgazione di documenti, alcuni dei quali provenivano dal fascicolo della Commissione in un caso di cartello che, alla data di adozione della relativa decisione, non è stato chiuso nei confronti di tutte le parti oggetto di indagine. Il contesto della divulgazione era peculiare, in quanto i documenti sono stati rivendicati in procedimenti giudiziari che non concernevano l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE.

⁵¹¹ Le osservazioni sono disponibili al seguente indirizzo: http://ec.europa.eu/competition/court/antitrust_amicus_curiae.html.

⁵¹² Osservazioni della Commissione, 25 giugno 2010, presentate nell'ambito della causa *Železničná spoločnosť Cargo Slovakia, a.s.*

⁵¹³ Osservazioni della Commissione, 13 ottobre 2011, presentate nell'ambito della causa *Orange Caraïbe*.

⁵¹⁴ Osservazioni della Commissione, 3 novembre 2011, presentate nell'ambito della causa *National Grid*.

⁵¹⁵ Osservazioni della Commissione, 24 gennaio 2012, presentate nell'ambito della causa *E.-P. v. Slovak NCA*.

⁵¹⁶ Osservazioni della Commissione, 21 febbraio 2018, presentate nell'ambito della causa *Visa and MasterCard MIFs (several cases under appeal)*.

2. Gli strumenti introdotti dalla Direttiva 2014/104/UE: la cooperazione rafforzata

La Direttiva 2014/104/UE, prendendo atto delle difficoltà di coordinamento tra l'applicazione pubblicistica e l'applicazione privatistica degli articoli 101 e 102 TFUE, ha introdotto due importanti strumenti di assistenza. In particolare, i giudici possono chiedere alle autorità nazionali garanti della concorrenza delle osservazioni sulla divulgazione delle prove incluse nel loro fascicolo (§ 2.1.) e possono chiedere assistenza nella quantificazione del danno (§ 2.3.).

2.1. Le osservazioni sulla divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità della concorrenza

La disciplina dell'esibizione e dell'utilizzo delle prove in possesso della Commissione e delle autorità nazionali garanti della concorrenza rappresenta un nodo cruciale del coordinamento tra *public* e *private enforcement*. Come verrà analizzato in prosieguo, la Direttiva 2014/104/UE ha introdotto una disciplina *ad hoc* in tema di divulgazione delle prove, con l'obiettivo di assicurare il coordinamento ottimale tra il *public* e il *private enforcement* e garantire una maggior certezza.

La Direttiva dispone che, qualora i giudici nazionali intendano ordinare la divulgazione delle prove da parte della Commissione, si debbano applicare il principio di leale cooperazione fra l'Unione e gli Stati membri di cui all'articolo 4, paragrafo 3, TUE, e l'articolo 15, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1/2003 sulle richieste di informazioni⁵¹⁷.

Con riferimento invece alla richiesta di informazioni incluse nel fascicolo di un'autorità nazionale garante della concorrenza, il Regolamento (CE) n. 1/2003, come precedentemente posto in luce, prevede la possibilità per le autorità garanti della concorrenza di presentare osservazioni scritte alle giurisdizioni nazionali in merito a questioni relative all'applicazione dell'articolo 101 o 102 TFUE.

La Direttiva, partendo da tale disposizione, attribuisce esplicitamente la facoltà alle autorità garanti della concorrenza nazionali di presentare, agendo d'ufficio, le proprie osservazioni ad un giudice nazionale ai fini della valutazione della proporzionalità della divulgazione delle prove incluse nel proprio fascicolo, alla luce dell'impatto che una tale divulgazione produrrebbe sull'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza. Gli Stati membri sono così stati chiamati ad istituire un sistema in base al quale l'autorità garante della concorrenza deve essere informata delle richieste di divulgazione delle informazioni qualora la persona che richiede la divulgazione o la persona alla quale è richiesta la divulgazione sia coinvolta nell'indagine di tale

⁵¹⁷ Direttiva n. 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014, considerando 15.

autorità relativa alla presunta violazione, fatte salve le norme nazionali sulle procedure senza contraddittorio⁵¹⁸.

In tal senso, all'articolo 6 della Direttiva, concernente la divulgazione delle prove, è disposto che « *nella misura in cui un'autorità garante della concorrenza intenda fornire il proprio parere sulla proporzionalità delle richieste di divulgazione, essa, agendo d'ufficio, può presentare osservazioni al giudice nazionale cui è richiesto un ordine di divulgazione* ».

2.2. L'assistenza nella quantificazione del danno

In mancanza di norme dell'Unione sulla quantificazione del danno causato dalla violazione degli articoli 101 e 102 TFUE, spetta agli ordinamenti giuridici nazionali stabilire le proprie norme sulla quantificazione del danno e ai giudici nazionali fissare le condizioni che l'attore deve soddisfare per dimostrare l'ammontare del danno subito e quali metodi possano essere usati per quantificare tale importo, nel rispetto del principio di equivalenza ed efficacia.

La quantificazione del danno in capo al danneggiato è l'ultima fase di un iter logico più lungo. Nelle cause *follow-on*, l'iter ha inizio dinanzi all'autorità nazionale garante della concorrenza o alla Commissione, le quali nella propria valutazione accertano: *i*) il mercato rilevante; *ii*) l'assoggettabilità del soggetto agente alle regole della concorrenza; *iii*) se la condotta posta in essere dal soggetto agente sia tra quelle vietate dagli articoli 101 o 102 TFUE, o dalle norme nazionali di concorrenza. In tale valutazione bisogna differenziare il caso in cui la condotta abbia un "oggetto" oppure un "effetto" anticoncorrenziale. Nel primo caso, l'autorità non deve indagare sugli effetti concreti che tale condotta ha creato sul mercato, ma vi sarà una loro presunzione. In tal senso, nei procedimenti di accertamento delle pratiche di sfruttamento⁵¹⁹, frequentemente, l'autorità non si sofferma sul loro effetto distorsivo, avendo queste nella maggior parte dei casi un oggetto anticoncorrenziale.

Come sancito all'articolo 101 TFUE, sono vietati gli accordi e le pratiche concordate che abbiano "per oggetto o per effetto" una distorsione o una restrizione del livello di concorrenza presente nel mercato. La Corte di Giustizia⁵²⁰ ha affermato espressamente il carattere alternativo e non cumulativo della suddetta condizione. Pertanto, l'autorità dovrà prendere in considerazione, in primo luogo,

⁵¹⁸ Direttiva n. 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014, considerando 30.

⁵¹⁹ Per una semplificazione espositiva verranno considerate le intese, ex articolo 101 TFUE. Tuttavia, l'analisi è riferibile anche agli abusi di sfruttamento, ex art 102 TFUE.

⁵²⁰ Corte giustizia, 30 giugno 1966, *Société Technique Minière (L.T.M.) c. Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, Causa 56-65, ECLI:EU:C:1966:38.

l'oggetto dell'accordo e, nell'ipotesi in cui da detto esame non emerga un grado sufficiente di dannosità per la concorrenza, dovrà valutarne gli effetti.

Sulla stessa linea, la Corte⁵²¹ ha confermato che « è superfluo prendere in considerazione gli effetti concreti di un accordo ove risulti che esso ha per oggetto di restringere, impedire o falsare il gioco della concorrenza ».

Si evince, dunque, che soltanto quando la prova dell'oggetto restrittivo non possa essere fornita, è necessario esaminare se l'accordo abbia l'effetto di restringere o falsare la concorrenza.

Inoltre, la struttura logica dell'articolo 101 TFUE, porta le Autorità della concorrenza « a percorrere la via meno onerosa di dimostrare l'esistenza di pratiche concordate (...) aventi oggetto (e non effetto) anticoncorrenziale », ciò in ragione di considerazioni di allocazione delle risorse e di efficienza dell'azione⁵²². Pertanto, l'accertamento dell'oggetto anticoncorrenziale non comporta necessariamente l'effetto dannoso sul mercato e la causazione di danni privati.

Se la Commissione e le autorità nazionali garanti della concorrenza possono emanare un provvedimento sanzionatorio solo sulla base dell'esistenza di un oggetto distorsivo, per il risarcimento del danno privatistico, invece, è necessario accertare se la pratica abbia concretamente causato un danno in capo al presunto danneggiato.

La quantificazione di detto danno deve avvenire in sede civilistica. Nel caso *Roche*⁵²³ nonostante il provvedimento dell'autorità nazionale della concorrenza contenesse elementi potenzialmente rilevanti per la quantificazione del danno in sede civile (consistenti nella quantificazione parziale degli *extra* costi causati della condotta illecita), la stessa autorità ha affermato che: « va precisato che non è compito di questa autorità quantificare gli effetti e i correlati danni derivanti da una intesa anticoncorrenziale, potendo ciò avvenire in eventuali giudizi civili; di conseguenza, le richiamate stime sono state utilizzate al solo fine di dimostrare che l'intesa ha prodotto dei rilevanti effetti, senza dover giungere ad una esatta quantificazione, la cui entità esula, quindi, dall'oggetto del presente procedimento »⁵²⁴.

La Direttiva, in tema di cooperazione tra autorità nazionali della concorrenza e i giudici, introduce la

⁵²¹ Corte giustizia, 13 luglio 1966, *Établissements Consten S.à.R.L. e Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commissione della C.E.E.*, cause riunite 56 e 58-64, p. 7, ECLI:EU:C:1966:41.

⁵²² L. Prosperetti, E. Pani, I. Tomasi, *Il danno antitrust, una prospettiva economica*, Il Mulino, Milano, 2009, p. 48.

⁵²³ Provvedimento del 27 febbraio 2014, n. 24823, caso I760, *F. Hoffmann-La Roche Ltd, Genentech Inc., Novartis AG, Soc. Novartis Farma, Soc. Roche*.

⁵²⁴ P. 220. Nonostante tale analisi non fosse necessaria, ciò in ragione del fatto che secondo quanto stabilito da giurisprudenza costante "affinché un'intesa avente un oggetto anticoncorrenziale sia giudicata illecita non è necessario che produca anche l'effetto concreto di impedire, restringere o falsare la concorrenza", risultando "pacificamente sanzionabile anche una intesa priva di effetti". L'Autorità si sarebbe, quindi, potuta fermare ad accertare il chiaro oggetto anticoncorrenziale dell'intesa accertata; p. 227. Nel caso di specie l'Autorità, nonostante avesse constatato che la condotta aveva un oggetto anticoncorrenziale, ha voluto indagare anche sugli effetti concreti arrecati dalla condotta sul mercato.

possibilità per un'autorità della concorrenza, su richiesta di un giudice nazionale, di prestare assistenza con riguardo alla determinazione quantitativa del danno, qualora l'autorità consideri appropriata la propria assistenza. La disposizione pone due requisiti ben precisi: la richiesta del giudice e la valutazione di appropriatezza da parte dell'autorità.

L'elemento di criticità di tale disposizione risiede nel rischio di pregiudicare l'indipendenza e la terzietà del giudice, maggiormente sentito nei casi di *follow-on*, dove l'autorità della concorrenza ha già avuto modo di esprimersi e di formare il proprio convincimento. Inoltre, vi sono casi in cui non appare opportuno che l'autorità si esprima, come nel caso in cui l'accertamento della condotta anticoncorrenziale dinanzi all'autorità della concorrenza sia ancora nella fase iniziale dell'istruttoria, oppure qualora il procedimento amministrativo si sia concluso con impegni, o infine, nel caso in cui l'autorità abbia constatato la non sussistenza di una violazione e, quindi, abbia assolto l'impresa in questione⁵²⁵.

Un suo utilizzo nei casi *stand-alone*, invece, comporterebbe altre problematiche, come investire le autorità di casi su cui non si è ancora pronunciata, attribuendole un lavoro aggiunto in un contesto di risorse scarse⁵²⁶. Questa cooperazione rafforzata potrebbe essere utilizzata efficacemente nel fornire spiegazioni del contenuto dei diversi documenti contenuti nel fascicolo istruttorio dell'autorità, trasmessi nell'ambito del giudizio civile, i quali sono oggettivamente difficili da valutare. L'entità del risarcimento deve sempre essere determinata ad opera del giudice civile, in ragione del danno cagionato alle posizioni specifiche delle parti in causa, anche nel caso in cui l'autorità della concorrenza nella propria decisione abbia circostanziato e precisato gli effetti dell'infrazione, arrivando ad una loro stima quantitativa.

Sezione II

L'assistenza prestata dalle giurisdizioni nazionali

Il dovere di leale collaborazione esplica la propria efficacia anche nei confronti delle giurisdizioni nazionali che sono tenute ad assistere la Commissione (§ 1) e le autorità nazionali garanti della concorrenza (§ 2) in vista dell'applicazione efficace degli articoli 101 e 102 TFUE.

⁵²⁵ A. Pezzoli, intervento in occasione della conferenza "25 anni di antitrust in Italia: una rivoluzione incompiuta", organizzato dall'Università degli Studi di Milano, 21 aprile 2016.

⁵²⁶ R. Chieppa, *Rapporto tra public e private enforcement alla luce della Direttiva, intervento in occasione della sessione dell'AGCM "accesso alla prova e al fascicolo delle ANC*, maggio 2015, disponibile al seguente indirizzo: http://www.agcm.it/component/joomdoc/eventi/convegni/Chieppa_accesso_alla_prova_e_al_fascicolo_delle_ANC.pdf/download.html.

1. L'assistenza prestata dalle giurisdizioni nazionali alla Commissione

Il dovere di leale collaborazione esplica la propria efficacia anche nei confronti delle giurisdizioni nazionali che sono tenute ad assistere le Istituzioni in vista del conseguimento degli obiettivi del Trattato.

Nell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, il Regolamento (CE) n. 1/2003 prevede che questa assistenza possa esplicarsi in tre modi: la trasmissione delle sentenze che applicano gli articoli 101 o 102 TFUE; la trasmissione dei documenti necessari per la valutazione di un caso in cui la Commissione intenda presentare osservazioni; l'intervento delle giurisdizioni nazionali nel quadro di ispezioni compiute dalla Commissione.

Ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 2 del Regolamento, gli Stati membri trasmettono alla Commissione senza indugio copia delle sentenze scritte delle giurisdizioni nazionali nelle quali trovano applicazione l'articolo 101 o 102 TFUE. Tale trasmissione consente alla Commissione di essere tempestivamente informata in merito ai casi sui quali sarebbe opportuno che essa presentasse delle osservazioni.

Come precedentemente posto in luce, nell'ipotesi in cui la Commissione intenda presentare le proprie osservazioni, le giurisdizioni nazionali possono essere invitate a trasmettere copia di qualsiasi documento necessario per la valutazione del caso. Detti documenti saranno utilizzati dalla Commissione esclusivamente per la preparazione delle sue osservazioni.

Con riguardo invece all'eventuale intervento delle giurisdizioni nazionali nel quadro di ispezioni compiute dalla Commissione, il ruolo delle giurisdizioni nazionali varia a seconda del fatto che le ispezioni siano compiute nei locali dell'impresa o in altri locali.

Per ciò che concerne le ispezioni compiute nei locali delle imprese, la legislazione nazionale può richiedere l'autorizzazione del giudice nazionale affinché la forza pubblica possa intervenire per aiutare la Commissione a sormontare l'eventuale opposizione dell'impresa interessata.

Per le ispezioni in locali diversi da quelli delle imprese, il Regolamento prescrive che la decisione della Commissione che ordina tali ispezioni non può essere eseguita senza l'autorizzazione preliminare dell'autorità giudiziaria nazionale.

Ai fini della concessione dell'autorizzazione, il giudice nazionale deve controllare l'autenticità della decisione della Commissione e verificare che le misure previste non siano né arbitrarie né sproporzionate rispetto all'oggetto degli accertamenti.

Nella causa *Roquette Frères*⁵²⁷, la Corte di giustizia si è pronunciata sulla portata del sindacato che può spettare ad un giudice nazionale, competente in forza del diritto interno ad autorizzare ispezioni nei locali di imprese sospettate di violare le norme *antitrust*, qualora detto giudice sia investito di una richiesta d'assistenza formulata dalla Commissione.

In ordine al sindacato volto ad accertare l'assenza di arbitrarietà di un provvedimento coercitivo inteso a permettere l'esecuzione di un accertamento disposto dalla Commissione, il giudice nazionale competente deve accertare la sussistenza di indizi sufficientemente seri da legittimare il sospetto di un'infrazione alle norme sulla concorrenza da parte dell'impresa interessata.

La Corte di giustizia evidenzia le similitudini di tale controllo con quello svolto dai giudici dell'Unione, finalizzato ad accertare che la decisione non abbia carattere arbitrario, ossia che non sia stata adottata in assenza di una qualsiasi circostanza di fatto che possa giustificare l'accertamento. Nonostante vi sia una certa affinità tra la natura del sindacato esercitato dai giudici dell'Unione e dai giudici nazionali, vi è una diversità dell'oggetto su cui essi vertono. I provvedimenti coercitivi che rientrano nella competenza dei giudici nazionali implicano il potere di forzare l'accesso a locali o a mobili o di costringere il personale dell'impresa a consentire tale accesso, nonché quello di procedere a perquisizioni senza l'autorizzazione dei responsabili dell'impresa. Il ricorso a tali provvedimenti coercitivi richiede che il giudice nazionale competente possa accertare autonomamente l'assenza di arbitrarietà degli stessi. In tal senso, la Commissione è tenuta a fornire a quest'ultimo spiegazioni che facciano emergere in maniera circostanziata che la Commissione dispone di elementi e di indizi seri circa la possibile violazione delle norme *antitrust*.

Allo stesso modo, il giudice nazionale non può esigere che gli siano trasmessi gli elementi e gli indizi contenuti nel fascicolo della Commissione e sui quali quest'ultima fonda i propri sospetti, in quanto altrimenti verrebbe compromessa l'efficacia dell'azione della Commissione.

In proposito, la capacità della Commissione di garantire l'anonimato alle sue fonti informative è cruciale nella prospettiva preventiva e repressiva. Cosicché, se la Commissione fosse tenuta a trasmettere elementi e indizi sostanziali tali da rivelare l'identità delle sue fonti, potrebbero aumentare il pericolo per gli informatori di veder divulgata a terzi la loro identità, in particolare a causa di esigenze procedurali proprie del diritto di uno Stato membro.

Nell'ipotesi in cui la Commissione non indichi la natura degli indizi su cui fonda i propri sospetti, come ad esempio una denuncia, una testimonianza o documenti scambiati tra i partecipanti all'intesa sospettata, la sola assenza di una simile indicazione non è sufficiente a far dubitare il giudice nazionale dell'esistenza di indizi sufficienti, qualora l'esposizione circostanziata delle informazioni

⁵²⁷ Corte di giustizia, 22 ottobre 2002, *Roquette Frères SA*, C-94/00, pp. 54 ss., ECLI:EU:C:2002:603.

detenute dalla Commissione sia idonea a consolidare il convincimento del giudice nazionale che la Commissione disponga effettivamente di tali indizi.

Per quanto concerne invece il sindacato volto ad accertare la proporzionalità dei provvedimenti coercitivi rispetto all'oggetto dell'accertamento disposto dalla Commissione, la Corte ha evidenziato che tale sindacato implica, in primo luogo, la necessità di dimostrare che tali provvedimenti siano appropriati. In tal senso, detti provvedimenti possono essere richiesti a titolo preventivo esclusivamente qualora sussistano ragioni di temere un'opposizione all'accertamento, nonché tentativi di occultamento e di sottrazione di prove. Ne consegue che spetta alla Commissione fornire al giudice nazionale competente spiegazioni che gli permettano di accertare che il rilevamento delle infrazioni sarebbe destinato all'insuccesso, ovvero sarebbe ostacolato in maniera rilevante, nell'ipotesi in cui alla Commissione fosse impetito di disporre in via preventiva dell'assistenza richiesta.

In secondo luogo, il sindacato sulla proporzionalità dei provvedimenti coercitivi implica la necessità di dimostrare che simili provvedimenti non generano inconvenienti eccessivi e intollerabili rispetto agli scopi perseguiti da tale accertamento. Nel valutare la proporzionalità del provvedimento coercitivo stesso, secondo la Corte la scelta da compiersi da parte della Commissione fra l'accertamento mediante semplice mandato e quello ordinato mediante decisione non dipende da circostanze quali la particolare gravità della situazione, l'urgenza estrema o la necessità di una discrezionalità assoluta, ma, al contrario, dalla necessità di un'istruzione adeguata, tenuto conto delle particolarità della fattispecie. La Corte ha perciò concluso che, qualora una decisione di accertamento abbia come finalità unicamente quella di consentire alla Commissione di ottenere gli elementi necessari per valutare l'eventuale sussistenza di una violazione degli articoli 101 e 102 TFUE, tale decisione non lede il principio di proporzionalità.

In tal senso, è compito della Commissione valutare se un'informazione sia necessaria per poter scoprire un'infrazione alle norme sulla concorrenza, anche qualora essa disponga già di indizi, o addirittura di elementi di prova circa l'esistenza di un'infrazione.

Il giudice nazionale competente deve poter rifiutare i provvedimenti coercitivi richiesti qualora il danno alla concorrenza sospettato sia troppo irrilevante, il grado di coinvolgimento dell'impresa sia troppo debole, ovvero qualora gli elementi ricercati siano di rilevanza eccessivamente marginale e secondaria per legittimare l'intrusione nella sfera d'attività privata di una persona giuridica, che implica una perquisizione con ricorso alla forza pubblica.

Affinché il giudice nazionale competente possa essere in grado di esercitare il sindacato di proporzionalità cui è tenuto, la Commissione deve informare tale giudice delle caratteristiche essenziali dell'infrazione sospettata, indicando il mercato che si presume interessato e la natura delle

restrizioni alla concorrenza sospettate, nonché il presunto grado d'implicazione dell'impresa considerata.

La Corte poi ricorda che non è invece indispensabile che le informazioni comunicate delimitino con precisione il mercato rilevante e la durata, forniscano un'esatta qualificazione giuridica delle asserite infrazioni, nonché indichino precisamente i poteri conferiti agli inquirenti. Inoltre, non può pretendersi dalla Commissione che si limiti a chiedere la produzione di documenti o di fascicoli che essa sia già a priori in grado di identificare con precisione, in quanto ciò condurrebbe a privare d'utilità il suo diritto d'accesso a tali documenti o fascicoli. Il diritto d'accesso infatti implica la facoltà di ricercare elementi di informazione diversi ancora ignoti o non completamente identificati. Qualora il giudice nazionale ritenga che le informazioni comunicate dalla Commissione non soddisfino detti requisiti, non può limitarsi a respingere la domanda, ma deve collaborare con la Commissione al fine di superare le difficoltà. È così compito del giudice nazionale competente informare la Commissione, nel più breve tempo possibile, delle difficoltà incontrate, sollecitando eventualmente le informazioni complementari che gli permetteranno di esercitare il sindacato cui è tenuto.

La Commissione deve fornire, nel più breve tempo possibile, le eventuali informazioni complementari richieste dal giudice nazionale competente. È solo a seguito dell'ottenimento di tali eventuali chiarimenti, ovvero in assenza di risposte utili della Commissione alla sua richiesta, che il giudice nazionale competente è legittimato a rifiutare la concessione dell'assistenza richiesta.

2. L'assistenza prestata dalle giurisdizioni nazionali alle autorità nazionali garanti della concorrenza

Con riguardo all'assistenza fornita alle autorità nazionali garanti della concorrenza, il Regolamento (CE) n. 1/2003 è silente sul punto.

La cooperazione tra giudici nazionali e le autorità nazionali garanti della concorrenza è retto dalle norme nazionali, sempre nel rispetto del principio di leale cooperazione, sancito all'articolo 4 TUE. I giudici nazionali, infatti, devono favorire il perseguimento degli obiettivi fissati dal Trattato, fornendo la propria assistenza alle autorità nazionali garanti della concorrenza nell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE.

Come analizzato in precedenza in tema di poteri ispettivi attribuiti alle autorità garanti della concorrenza francese e italiana, il giudice ha un ruolo centrale nelle ispezioni. In particolare, in Francia, in caso di *enquête lourde*, il giudice deve autorizzare le visite e i sequestri e controlla il corretto espletamento delle indagini. In Italia, in caso di ispezioni in luoghi di residenza o domicilio

estranei all'attività aziendale oggetto dell'indagine, il giudice deve adottare una decisione di autorizzazione preventiva.

CAPITOLO II

LE PROBLEMATICHE DELL'INTERAZIONE

Una delle problematiche centrali è rappresentata dalla ricerca di un punto di equilibrio tra l'applicazione a livello pubblicistico e quella a livello privatistico degli articoli 101 e 102 TFUE. Questi due diversi "canali" di applicazione delle regole *antitrust*, nonostante perseguano finalità compatibili e complementari, hanno la tendenza a scontrarsi.

Tale difficoltà di coordinazione emerge, in particolar modo, in tema di accesso alla prova, ove vi è il forte rischio di creare tensioni tra le due forme di applicazione, le quali presentano aspetti di incompatibilità difficilmente superabili⁵²⁸ (**Sezione I**).

Un altro punto cruciale nel coordinamento è rappresentato dalle modalità di valutazione da parte del giudice civile delle decisioni amministrative relative alle medesime condotte anticoncorrenziali. Infatti, gli accertamenti di stampo pubblicistico, frequentemente, precedono quelli di stampo privatistico, in quanto l'assenza di una precedente decisione dell'autorità nazionale garante della concorrenza o della Commissione, che abbia accertato l'esistenza dell'infrazione, rende particolarmente gravoso l'onere probatorio per l'attore in una causa di risarcimento del danno *antitrust*.

Alla luce di ciò, la maggiore o minore vincolatività dell'accertamento fattuale, compiuto da un'autorità nazionale garante della concorrenza o dalla Commissione, si riflette sull'ulteriore accertamento che dovrà compiere il giudice in sede civile⁵²⁹ (**Sezione II**).

Sezione I

L'accesso alla prova

L'esperienza ha dimostrato che uno dei principali ostacoli per un effettivo *private enforcement* è costituito dalla forte complessità fattuale che caratterizza le azioni di risarcimento e dalla difficoltà ad accedere alle prove.

⁵²⁸ P. Ianuccelli, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'Unione europea e la Direttiva 2014/104*, Giuffrè, Milano, 2015.

⁵²⁹ A. Trotta, *Il rapporto tra il giudizio civile e gli atti dell'Agcm e della Commissione*, a cura di L. Pace, *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2013, pp. 361 ss.

Gli elementi di prova necessari per provare la fondatezza della propria richiesta risarcitoria sono spesso detenuti esclusivamente dalla controparte o da terzi e non sono sufficientemente noti o accessibili all'attore (c.d. asimmetria informativa).

Per tale ragione la disciplina dell'accesso alla prova assume un ruolo centrale in materia di azioni di risarcimento del danno *antitrust* ed è proprio su tale tema che si sono riscontrate le più forti difficoltà di coordinazione tra *public* e *private enforcement*.

I danneggiati, infatti, sono interessati ad accedere al fascicolo dell'autorità nazionale della concorrenza o della Commissione, in quanto le decisioni di queste, nella versione pubblica, spesso, non forniscono elementi sufficienti per provare il danno nel procedimento civilistico. Di conseguenza, risulta indispensabile, per poter soddisfare l'onere probatorio, accedere alle ulteriori informazioni che le autorità nazionali garanti della concorrenza o la Commissione hanno raccolto esercitando i propri poteri investigativi, o nell'ambito dei programmi di clemenza.

Questi ultimi, come visto, sono dei sistemi premiali, consistenti nell'immunità o nella diminuzione della sanzione in favore delle imprese che collaborano nella scoperta di pratiche anticoncorrenziali, in particolar modo per far emergere cartelli e intese segrete ("*hardcore cartels*")⁵³⁰.

I programmi di clemenza sono uno strumento efficace per destabilizzare i cartelli, laddove l'elemento di destabilizzazione è dato « *dal gettare semi di sfiducia tra i partecipanti* », inducendoli a sospettare il tradimento dell'altro e, dunque, a tradire prima che altri lo faccia⁵³¹.

In tal senso, la Commissione ha affermato che « *per la loro stessa natura, i cartelli segreti sono spesso difficili da scoprire o da investigare senza la cooperazione delle imprese o delle persone che vi partecipano* »⁵³².

È così nell'interesse dell'Unione ricompensare le imprese che collaborano, nonostante esse siano implicate nella condotta anticoncorrenziale, giacché « *il vantaggio che i consumatori e i cittadini traggono dalla certezza che le intese segrete siano scoperte e sanzionate è primario rispetto all'interesse ad infliggere sanzioni pecuniarie* »⁵³³.

I programmi di clemenza e le azioni privatistiche di risarcimento del danno sono spesso nominati insieme e definiti come parte del sistema di *enforcement* del diritto *antitrust*, in ragione del fatto che

⁵³⁰ F. Ghezzi, *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust: l'utilizzo dei leniency programs nella lotta contro cartelli e intese hard core*, in *Conc. Mer.*, 2002, pp. 229 ss.

⁵³¹ M. Clarich, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, www.giustiziaamministrativa.it che fa a sua volta riferimento all'analisi strategica condotta da C. Leslie, *Trust, Distrust and Antitrust*, 82 *Texas LR*, 2004, 516. Si veda anche: M. Meli, *I programmi di clemenza (leniency) e l'azione privata*, a cura di M. Maugeri, A. Zoppini, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Il Mulino, Bologna, 2011.

⁵³² Comunicazione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, (2006/C 298/11), 8 dicembre 2006, p. 3.

⁵³³ *Idem*.

entrambi gli strumenti dissuadono le imprese dalla conclusione di pratiche anticoncorrenziali (c.d. effetto deterrente). Il loro impegno comune, tuttavia, può portare a dei risvolti controproducenti.

Alla luce di ciò, è necessario valutare l'incidenza delle domande di risarcimento del danno sul funzionamento dei programmi di clemenza, per salvaguardare l'efficacia di questi ultimi⁵³⁴.

L'impresa che si autodenuncia, al fine di beneficiare del programma di clemenza, non è esclusa dalla responsabilità civile nei confronti delle vittime che hanno subito un danno. Prima di autodenunciarsi, quindi, l'impresa dovrà compiere una valutazione dei costi che dovrà sopportare nel caso vengano esperite delle azioni di risarcimento nei suoi confronti.

Se da una parte l'impresa è motivata a tradire il cartello in quanto beneficerà dell'immunità o della riduzione della sanzione, dall'altra parte, è disincentivata a collaborare in ragione della consapevolezza che dovrà incorrere in costi per risarcire i danni procurati alle vittime⁵³⁵.

Le informazioni fornite dall'impresa che collabora possono rendere più facile la prova del comportamento anticoncorrenziale in un giudizio civile, poiché l'impresa, per poter accedere al programma di trattamento favorevole, ha l'onere di fornire all'autorità una dichiarazione ufficiale, consistente in una propria autoincriminazione e tutte le informazioni connesse⁵³⁶.

La prova rappresenta un elemento importante per intentare un'azione di risarcimento, tuttavia, al contempo, la divulgazione dei documenti rientranti nei fascicoli delle autorità nazionali garanti della concorrenza e della Commissione rischia di compromettere la strategia di indagine⁵³⁷.

L'interesse privatistico dei soggetti danneggiati ad ottenere elementi probatori mediante l'accesso al fascicolo della Commissione (§ 1) e delle autorità garanti della concorrenza nazionali (§ 2) deve essere temperato con l'interesse pubblicistico di non compromettere l'applicazione pubblicistica della normativa della concorrenza.

Le regole circa la divulgazione delle prove e l'accesso ai documenti rappresentano un nodo cruciale nel rapporto tra *public e private enforcement*. È necessario ricercare una coordinazione ottimale tra

⁵³⁴ In questo senso anche le parole del Commissario Europeo N. Kroes: « *gli sforzi per sviluppare il private enforcement non devono perdere di vista il fatto che l'azione privata è complementare a quella pubblica. Le misure per facilitare l'azione privata non devono pregiudicare l'azione pubblica, in particolare l'impiego di un efficiente programma di clemenza* ». In *Reinforcing the fight against cartels and developing private antitrust damage actions: two tools for a more competitive Europe*, disponibile al seguente indirizzo: europa.eu/rapid/pressReleasesAction?speech=07/128.

⁵³⁵ B. Nascimbene, *Interaction between Leniency Programs and Damages Actions in Antitrust Law: Perspectives for Collective Redress*, 2013, 36 *World Competition*, Issue 2, Kluwer Law Online.

⁵³⁶ M. Meli, *I programmi di clemenza (leniency) e l'azione privata*, a cura di M. Maugeri, A. Zoppini, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Il Mulino, Bologna, 2011

⁵³⁷ F. Wilman, *Private enforcement of EU law before national courts*, Edward Elgar, 2015, pp. 464 ss.

queste due diverse forme di tutela, giacché entrambe sono indispensabili per un'applicazione più efficace del diritto della concorrenza⁵³⁸.

Inoltre, è interessante porre l'attenzione su una nuova prassi della Commissione, consistente nella pubblicazione del testo integrale delle decisioni, salvo quanto coperto dal segreto professionale. Il nuovo approccio della Commissione è volto a facilitare i soggetti danneggiati e sembra voler controbilanciare la disciplina restrittiva in tema di accesso alla prova (§ 3).

1. L'accesso al fascicolo della Commissione

Il diritto per tutti i cittadini dell'Unione e per qualsiasi persona (fisica o giuridica), residente o avente la sede sociale in uno Stato membro, di accedere agli atti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione è riconosciuto all'articolo 15, paragrafo 3, TFUE.

In particolare, l'accesso agli atti è disciplinato dal Regolamento (CE) n. 1049/2001⁵³⁹, che ne stabilisce i principi generali e i limiti.

All'articolo 4 del Regolamento sono previste alcune eccezioni assolute e relative a detto diritto. Le prime contemplano la non divulgazione del documento nella misura in cui questa possa pregiudicare la sicurezza pubblica, la difesa, le relazioni internazionali, la politica finanziaria, monetaria ed economica dell'Unione o degli Stati membri e la tutela della vita privata o l'integrità dell'individuo. Le eccezioni relative, invece, concernono la possibilità del rifiuto alla divulgazione, qualora vi possa essere il rischio di arrecare un pregiudizio alla tutela degli interessi commerciali, agli obiettivi delle attività ispettive e alle procedure giurisdizionali.

In aggiunta, la divulgazione di un documento elaborato per uso interno da un'Istituzione, inerente ad una questione non ancora decisa da quest'ultima, deve essere rifiutata nel caso in cui ciò pregiudicherebbe gravemente il processo decisionale della stessa, salvo che vi sia un interesse pubblico prevalente alla sua divulgazione.

In caso di eccezione relativa, secondo una giurisprudenza consolidata⁵⁴⁰, per giustificare il rifiuto di accesso a un documento di cui è stata chiesta la divulgazione, non basta, in linea di principio, che tale documento rientri nelle attività menzionate nell'articolo 4. L'Istituzione interessata deve anche

⁵³⁸ E. Paulis, *Policy issues in the private enforcement of EC competition law*, a cura di J. Basedow, *Private enforcement of EC competition law*, Kluwer Law International, 2007, p. 15.

⁵³⁹ Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione.

⁵⁴⁰ Corte giustizia, 1° luglio 2008, *Svezia e Turco c. Consiglio dell'Unione europea*, C-39/05 P e C-52/05 P, p. 49, ECLI:EU:C:2008:374.

spiegare come l'accesso a tale documento potrebbe arrecare concretamente ed effettivamente pregiudizio all'interesse tutelato da un'eccezione prevista in tale articolo.

Tuttavia, l'Istituzione può basarsi al riguardo su presunzioni di carattere generale che si applicano a determinate categorie di documenti, dato che considerazioni di ordine generale analoghe possono essere applicate a domande di divulgazione riguardanti documenti della stessa natura. Pertanto, nel caso di una domanda concernente un complesso di documenti di una determinata natura, l'Istituzione può fondarsi sulla presunzione generale secondo cui la loro divulgazione arrecherebbe danno alla tutela di uno degli interessi elencati all'articolo 4 del Regolamento n. 1049/2001, il che le consente di trattare una domanda complessiva in maniera corrispondente.

La Corte di giustizia è stata chiamata più volte a pronunciarsi sul tema dell'accesso al fascicolo della Commissione.

In proposito, nella sentenza *EnBW*⁵⁴¹, la Corte ha riconosciuto che, nel caso di una domanda di accesso al complesso dei documenti contenuti nel fascicolo relativo ad un procedimento in materia di diritto della concorrenza, la Commissione abbia il diritto di presumere, senza procedere ad un esame concreto e specifico dei singoli documenti, che la divulgazione degli stessi possa pregiudicare, in linea di principio, le attività ispettive e gli interessi commerciali delle imprese parti del procedimento.

Tale presunzione è giustificata dal fatto che sussistono delle regole specifiche che disciplinano l'accesso ai documenti in materia *antitrust*, dettate dal Regolamento (CE) n. 773/2004 e dal Regolamento (CE) n. 1/2003, che risultano maggiormente restrittive rispetto a quelle dettate dal Regolamento generale n. 1049/2001. In particolare, limitano l'accesso agli atti alle sole "parti interessate" e ai "denuncianti" e prevedono ulteriori limitazioni⁵⁴².

A tale riguardo bisogna sottolineare che i Regolamenti (CE) nn. 1/2003 e 773/2004 perseguono obiettivi diversi da quelli perseguiti dal Regolamento (CE) n. 1049/2001. I primi sono diretti a garantire l'osservanza dei diritti della difesa di cui fruiscono gli interessati, garantendo il rispetto del segreto d'ufficio.

⁵⁴¹ Corte giustizia, 27 febbraio 2014, *Commissione europea c. EnBW Energie Baden Württemberg AG*, C-365/12 P, ECLI:EU:C:2014:112.

⁵⁴² Tribunale, 13 settembre 2013, *Paesi Bassi c. Commissione europea*, T-380/08, ECLI:EU:T:2013:480, è stato precisato che: « i rapporti tra il regolamento n. 1049/2001 ed un'altra normativa, vale a dire il regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 [CE] e 82 [CE] (GU L 1, pag. 1), che disciplina un settore specifico del diritto dell'Unione. Questi due regolamenti perseguono obiettivi distinti. Il primo intende garantire la maggiore trasparenza possibile del processo decisionale delle pubbliche autorità nonché delle informazioni sulle quali le loro decisioni si basano. Intende pertanto facilitare al massimo l'esercizio del diritto di accesso ai documenti delle istituzioni nonché promuovere una prassi amministrativa corretta. Il secondo è volto a garantire il rispetto del segreto d'ufficio dei procedimenti di repressione delle infrazioni al diritto della concorrenza dell'Unione ».

Il Regolamento n. 1049/2001, invece, mira a rendere il più possibile agevole l'esercizio del diritto di accesso ai documenti, nonché a promuovere le corrette prassi amministrative, garantendo la maggior trasparenza possibile del processo decisionale delle pubbliche autorità, nonché delle informazioni sulle quali si basano le loro decisioni.

Pertanto, la Corte di giustizia ha ritenuto che sia necessario presumere che la divulgazione di tali documenti possa pregiudicare gli interessi commerciali delle imprese coinvolte nel procedimento, nonché le attività di indagine. Si tratta di una presunzione relativa, che il richiedente può superare dimostrando la sussistenza di un interesse prevalente alla divulgazione, ovvero un reale interesse qualificato, consistente nella indispensabilità di tali documenti per ottenere il risarcimento del danno. Nelle ipotesi in cui tale necessità sia invocata, spetta alla Commissione compiere un bilanciamento, caso per caso, degli interessi che giustificavano l'accesso e la loro protezione.

La presenza di detta presunzione generale è stata confermata anche dalla giurisprudenza successiva⁵⁴³.

La nuova disciplina dettata dalla Direttiva, nonostante abbia disciplinato esclusivamente l'accesso ai fascicoli delle autorità nazionali, ha reso necessario apportare delle modifiche al Regolamento n. 773/2004 e alle Comunicazioni relative all'accesso al fascicolo istruttorio, al programma di clemenza, alla transazione e, infine, alla Comunicazione relativa alla Cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'Unione.

Il pacchetto di modifiche quindi si compone del Regolamento n. 1348/2015 e delle quattro Comunicazioni⁵⁴⁴.

La nuova disciplina in tema di accesso ai documenti contenuti nel fascicolo della Commissione prevede, all'articolo 16 *bis* del Regolamento n. 1348/2015, che l'accesso alle dichiarazioni ufficiali legate ad un programma di trattamento favorevole possa essere concesso solamente ai fini dell'esercizio di difesa dinanzi alla Commissione e che le informazioni derivanti da tali dichiarazioni possano essere utilizzate solo se ciò sia necessario per l'esercizio dei diritti di difesa in specifici procedimenti⁵⁴⁵ vertenti sulla ripartizione dell'ammenda imposta in solido dalla Commissione,

⁵⁴³ Tribunale, 7 luglio 2015, *Axa Versicherung c. Commissione europea*, T-677/13, p. 39, ECLI:EU:T:2015:473; Tribunale, 28 marzo 2017, *Deutsche Telekom AG c. Commissione europea*, T-210/15, ECLI:EU:T:2017:224.

⁵⁴⁴ Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE C 101 del 27 aprile 2004; Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, C 29, 8 dicembre 2006; 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 (2008/C 167/01); 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 (2005/C 325/07), 22 dicembre 2005.

⁵⁴⁵ Tali procedimenti sono quelli: "a) dinanzi ai giudici dell'Unione europea di ricorso nei confronti delle decisioni della Commissione, o b) dinanzi ai giudici degli Stati membri in casi direttamente collegati a quello in cui è stato accordato l'accesso".

oppure, nei ricorsi avverso un provvedimento sanzionatorio di un'autorità nazionale garante della concorrenza⁵⁴⁶.

Inoltre, la divulgazione delle informazioni preparate nell'ambito di un procedimento della Commissione e quelle trasmesse dalla Commissione alle parti nel corso del suo procedimento è preclusa temporalmente, sino alla conclusione del procedimento dinanzi alla Commissione⁵⁴⁷.

In secondo luogo, la Commissione ha voluto apportare ulteriori modifiche in tema di accesso ai documenti.

Nella Comunicazione sulla cooperazione tra la Commissione e i giudici nazionali⁵⁴⁸, è stata prevista la non trasmissibilità delle dichiarazioni ufficiali legate ad un programma di trattamento favorevole in un procedimento dinanzi alla Commissione, ai fini del loro utilizzo in un procedimento per il risarcimento del danno, in particolare è disposto che « *Vi sono altre eccezioni alla trasmissione di informazioni da parte della Commissione alle giurisdizioni nazionali. In particolare la Commissione può rifiutare di trasmettere informazioni alle giurisdizioni nazionali per preminenti motivi attinenti alla necessità di salvaguardare i suoi interessi o di evitare che siano compromessi il funzionamento e l'indipendenza della Comunità, in particolare pregiudicando l'assolvimento dei compiti affidate. Di conseguenza, la Commissione non trasmetterà alle giurisdizioni nazionali le informazioni presentate volontariamente da un'impresa che abbia richiesto un trattamento favorevole senza il consenso di quest'ultima* »⁵⁴⁹.

Sulla stessa linea, nella Comunicazione sulla clemenza⁵⁵⁰, è stata prevista la medesima intrasmissibilità.

2. L'accesso al fascicolo delle autorità nazionali garanti della concorrenza

In epoca previgente alla Direttiva (UE) n. 2014/104 non sussisteva una disciplina chiara in materia di accesso al fascicolo delle autorità nazionali garanti della concorrenza.

⁵⁴⁶ P. Iannuccelli, *Torniamo al trattato! per il superamento della distinzione tra public e private enforcement del diritto della concorrenza*, in *Conc. Merc.*, 2014, pp. 80-110.

⁵⁴⁷ Regolamento (UE) 2015/1348, Art. 16 bis, 3.

⁵⁴⁸ Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE C 101 del 27 aprile 2004.

⁵⁴⁹ P. 26.

⁵⁵⁰ Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, C 29, 8 dicembre 2006.

La questione si è posta per la prima volta all'attenzione della Corte di giustizia nella causa *Pfleiderer*⁵⁵¹.

In particolare, si trattava di una causa vertente su una domanda di accesso integrale agli atti relativi ad un procedimento in cui le parti avevano fatto ricorso al programma di clemenza.

La *Pfleiderer*, vittima in quanto cliente delle imprese sanzionate, aveva presentato, dinanzi al giudice nazionale, una domanda di accesso al fascicolo dell'autorità nazionale garante della concorrenza, allo scopo di intentare un'azione civile di risarcimento del danno.

Il giudice nazionale, a causa dei forti dubbi riguardanti il coordinamento tra la disciplina dell'accesso al fascicolo dell'autorità nazionale garante della concorrenza e il programma di clemenza, decise di operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

In particolare, veniva chiesto alla Corte se le disposizioni del diritto dell'Unione europea, quali gli articoli 11 e 12 del Regolamento (CE) n. 1/2003 e il combinato disposto degli artt. 10, secondo comma, CE e 3, n. 1, lett. g) CE⁵⁵², dovessero essere interpretate nel senso che ai soggetti danneggiati è fatto divieto di accedere alle domande di trattamento favorevole e alle informazioni e ai documenti spontaneamente trasmessi dai richiedenti all'autorità nazionale garante della concorrenza in applicazione di un programma nazionale di clemenza.

La Corte di giustizia, prima di pronunciandosi sulla questione, ha messo in luce che, né le disposizioni dei Trattati, né il Regolamento (CE) n. 1/2003, prevedono norme riguardanti il diritto d'accesso ai documenti nell'ambito di un procedimento di clemenza.

Dunque, anche se gli orientamenti⁵⁵³ espressi dalla Commissione possono influire sulla prassi delle autorità nazionali garanti della concorrenza, spetta agli Stati membri, in mancanza di una disciplina vincolante del diritto dell'Unione in materia, adottare e applicare le norme nazionali riguardanti il diritto di accesso dei soggetti danneggiati da un'intesa ai documenti relativi a procedimenti di clemenza.

La Corte, sin da subito, ha sottolineato il forte conflitto tra i due distinti interessi: da un lato deve essere garantita l'efficacia dei programmi di clemenza, che potrebbero essere compromessi dalla comunicazione ai danneggiati di siffatti documenti⁵⁵⁴; dall'altro lato, bisogna garantire il diritto al

⁵⁵¹ Corte di giustizia, 14 giugno 2011, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, C- 360/09.

⁵⁵² Oggi articoli 4 TUE; con l'adozione del Trattato di Lisbona è stato rimosso dagli obiettivi dell'Unione il riferimento alla tutela della concorrenza, precedentemente contenuto all'articolo 3 lett. g), Trattato CE.

⁵⁵³ Comunicazioni della Commissione, relative l'una alla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, GU 2004, C 101, p. 43 e Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, GU 2006, C 298, p. 17.

⁵⁵⁴ Tenendo in considerazione, in particolare, che le informazioni spontaneamente fornite da tale soggetto possono costituire oggetto di scambio tra la Commissione e le autorità nazionali garanti della concorrenza, ai sensi degli artt. 11 e 12 del Regolamento n. 1/2003.

risarcimento, quale strumento efficace per rafforzare il carattere operativo delle regole di concorrenza.

Sulla base di tali considerazioni, la Corte di giustizia aveva sancito che, esaminando una domanda di accesso ai documenti relativi ad un programma di clemenza, era necessario effettuare un bilanciamento tra gli interessi contrapposti. Tale bilanciamento doveva essere compiuto dai giudici nazionali, caso per caso, tenendo in considerazione tutti gli elementi rilevanti della fattispecie⁵⁵⁵.

Nel caso in esame, la Corte di giustizia non ha voluto adottare una decisione di principio su quale interesse a priori dovesse prevalere, ma, al contrario, ha preferito rimettere ai giudici nazionali la determinazione delle condizioni d'accesso sulla base del diritto nazionale, procedendo ad un bilanciamento tra i diversi interessi tutelati dal diritto dell'Unione.

Tale opera di ponderazione, tuttavia, in assenza di criteri guida, difettava di linearità e certezza, comportando il rischio di incrementare il *forum shopping*, inducendo i ricorrenti a scegliere la giurisdizione che risultava più permissiva in tema di accesso alla prova⁵⁵⁶.

In seguito, questi principi sono stati ulteriormente sviluppati nella pronuncia *Donau Chemie*⁵⁵⁷, nella quale la Corte di giustizia si è pronunciata sulla compatibilità, con il diritto dell'Unione europea, di una legislazione nazionale che condizionava all'accordo di tutte le parti coinvolte la possibilità per un'autorità nazionale garante della concorrenza di comunicare a terzi i documenti ottenuti nell'ambito di un programma di clemenza nazionale.

La Corte di giustizia aveva rilevato che il diritto nazionale non può essere strutturato in maniera tale da escludere del tutto la possibilità per i giudici nazionali di effettuare un bilanciamento caso per caso. Dunque, in una tale situazione, i giudici nazionali non avevano nessuna possibilità di bilanciare gli interessi tutelati dal diritto dell'Unione e, inoltre, sussisteva il rischio di rigetto sistematico di qualsiasi domanda d'accesso, rendendo eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al risarcimento. L'importanza di tale sentenza risiede nella motivazione adottata dalla Corte, ove è stato sancito che, prima del bilanciamento di interessi, è necessario che il richiedente illustri le ragioni per le quali gli risulta impossibile ottenere l'accesso al documento presso altre fonti. La condizione per l'accesso è stata identificata nell'impossibilità di ottenere lo stesso documento in altro modo.

⁵⁵⁵ Corte di giustizia, 14 giugno 2011, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, C-360/09, pp. 19-33, ECLI:EU:C:2011:389.

⁵⁵⁶ P. Ianucelli, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'Unione europea e la Direttiva 2014/104*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 168. Per un'analisi critica: P. J. Slot, *Does the Pfleiderer judgment make the fight against international cartels more difficult?*, *European Competition Law Review*, 2013.

⁵⁵⁷ Corte di giustizia, 6 giugno 2013, *Bundswettbewerbsbehörde c. Donau Chemie AG and Others*, C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366.

In secondo luogo, la Corte di giustizia ha fatto un salto qualitativo rispetto alla giurisprudenza precedente, nella quale le azioni di risarcimento del danno erano viste esclusivamente in un'ottica strumentale al *public enforcement*.

In tale causa, la Corte ha isolato il *private enforcement* dall'alveo dell'effettività del controllo pubblico, facendo riferimento all'effetto diretto e all'effetto utile dell'articolo 101 TFUE, non per giustificare il controllo pubblico sull'applicazione di detta disposizione, ma per fondare il diritto al risarcimento. Infatti, spetta ai giudici nazionali incaricati di applicare le disposizioni del diritto dell'Unione, nell'ambito delle loro competenze, garantire non soltanto la piena efficacia di tali norme, ma anche tutelare i diritti da esse attribuiti ai singoli.

In tal senso, i giudici nazionali devono essere liberi di valutare il peso degli interessi in causa, senza dover considerare a priori l'interesse pubblicistico superiore rispetto a quello privatistico. La Corte, così, ha sancito un'autonomia e pari rilevanza tra le esigenze pubblicistiche e quelle privatistiche, superando appunto la visione di mera strumentalità del *private enforcement*.

Fino alla Direttiva (UE) 104/2014, la Corte di giustizia si trovava in una situazione delicata, poiché nonostante mancasse un testo normativo in materia di accesso al fascicolo delle autorità nazionali garanti della concorrenza, le sue pronunce non potevano sconfinare nella creazione di diritto, ma dovevano attenersi ad un'attività ermeneutica, ciò al fine di rispettare la ripartizione di competenze tra l'Unione e gli Stati membri⁵⁵⁸.

La nuova disciplina introdotta dalla Direttiva denota degli aspetti di novità rispetto alla giurisprudenza analizzata.

In primo luogo, le norme in materia di diritto d'accesso alla prova devono essere interpretate e applicate sulla base di due principi generali: il primo, è individuabile nel considerando 21 della Direttiva, nel quale è affermato che l'efficacia e la coerenza dell'applicazione delle norme *antitrust* da parte della Commissione e delle autorità nazionali garanti della concorrenza non devono essere indebitamente compromesse dalla disciplina della divulgazione delle prove.

Il secondo principio è identificabile nella centralità del ruolo del giudice nel garantire la tutela del diritto alla prova e nel compiere il bilanciamento dei diversi interessi tutelati dal diritto dell'Unione. In tal senso, è affermato che non è pregiudicato « *il diritto dei giudici di considerare, a norma del diritto dell'Unione o nazionale, l'interesse all'efficace applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza allorquando ordinano la divulgazione di prove di qualsiasi tipo, diverse dalle dichiarazioni rese nell'ambito di un programma di clemenza e dalle proposte di transazione* »⁵⁵⁹.

⁵⁵⁸ P. Ianuccelli, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'Unione europea e la Direttiva 2014/104*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 174.

⁵⁵⁹ Considerando 24.

Le disposizioni che riguardano l'accesso al fascicolo sono gli articoli 5, 6 e 7 della Direttiva.

Ai sensi dell'articolo 5, che regola la divulgazione in generale delle prove, spetta al giudice adito, constatato il *fumus boni iuris* della domanda attorea, ordinare la divulgazione delle prove o di elementi di prova al convenuto o a terzi.

Ai fini dell'ottenimento di un ordine di divulgazione, la domanda attorea deve contenere una giustificazione motivata comprendente fatti e prove ragionevolmente disponibili che siano sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda di risarcimento del danno. Il giudice, inoltre, può ordinare la divulgazione esclusivamente se detti documenti siano realmente utili e senza pregiudicare le informazioni riservate delle imprese coinvolte (principio di proporzionalità).

L'articolo 6 è specificatamente dedicato alla divulgazione delle prove incluse nel fascicolo delle autorità nazionali garanti della concorrenza⁵⁶⁰. Ai fini delle azioni risarcitorie, l'ordine del giudice di divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità nazionali garanti della concorrenza è sottoposto alla regola generale di cui all'articolo 5 della Direttiva, con alcune limitazioni ulteriori.

In primo luogo, il giudice può richiedere all'autorità nazionale della concorrenza la divulgazione delle prove contenute nel suo fascicolo, solo qualora nessuna parte o terzo sia ragionevolmente in grado di fornire tale prova. In secondo luogo, nel valutare la proporzionalità delle domande d'accesso al fascicolo dell'autorità nazionale della concorrenza, i giudici nazionali devono considerare se: *a)* la richiesta sia stata formulata in modo specifico in quanto alla natura, all'oggetto o al contenuto dei documenti; *b)* sussista il nesso di derivazione della domanda risarcitoria per cui viene formulata la richiesta di esibizione della violazione del diritto della concorrenza; *c)* se sia necessario salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza.

La norma prevede tre diverse categorie di documenti, la *black list*, la *grey list* e la *white list*.

La divulgazione dei documenti rientranti nella *black list* non può mai essere concessa. Tali documenti consistono nelle dichiarazioni legate ad un programma di clemenza⁵⁶¹ e nelle proposte di transazione⁵⁶². Il legislatore, prevedendo tale divieto assoluto di divulgazione dei documenti rientranti nella *black list*, si è discostato dall'orientamento giurisprudenziale prevalente, secondo il quale era

⁵⁶⁰ F. Ferraro, *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza, commento al d.lgs n. 3/2017*, a cura di P. Manzini, Giappichelli, 2017.

⁵⁶¹ All'articolo 2 della Direttiva, le dichiarazioni legate ad un programma di clemenza sono definite come “una dichiarazione orale o scritta presentata volontariamente da parte o per conto di un'impresa o di una persona fisica a un'autorità garante della concorrenza, o una registrazione di una tale dichiarazione, che descrive la conoscenza dell'impresa o della persona fisica in merito a un cartello e descrive il ruolo da essa svolto al suo interno, predisposta specificamente per essere presentata all'autorità garante della concorrenza allo scopo di ottenere l'immunità o una riduzione delle ammende ai sensi di un programma di clemenza e che non comprende le informazioni preesistenti”.

⁵⁶² Per approfondimenti vedi M. Kellerbauer, *The recent case law on the disclosure of information regarding EU competition law infringement to private damages claimants*, in *European Competition Law Review*, 2014, 56.

affidato al giudice effettuare, caso per caso, un bilanciamento dei contrapposti interessi. Quest'ultimo, forse, risultava maggiormente in linea con gli obiettivi perseguiti dalla Direttiva⁵⁶³, in ragione del fatto che la nuova disciplina, negando in modo assoluto l'accesso alle dichiarazioni legate ad un programma di clemenza e alle proposte di transazione, ha compiuto una gerarchizzazione tra il *private* e il *public enforcement*, con la prevalenza dell'interesse pubblicistico. Le motivazioni che sorreggono tale scelta possono essere rintracciate nel considerando 26, nel quale è posto in rilievo come i programmi di clemenza siano strumenti importanti per l'applicazione a livello pubblicistico del diritto *antitrust*, in quanto contribuiscono ad individuare efficacemente e sanzionare le violazioni più gravi. Le imprese, infatti, potrebbero essere dissuase dal collaborare con le autorità nazionali garanti della concorrenza se le loro dichiarazioni contenenti prove autoincriminanti venissero divulgate, giacché ciò comporterebbe il rischio di esporle ad una responsabilità civile o penale, a condizioni peggiori di quelle dei coautori della violazione che non collaborano, pertanto è opportuno che tali documenti non vengano divulgati⁵⁶⁴.

I documenti rientranti nella *grey list*⁵⁶⁵ invece possono essere divulgati solo dopo che l'autorità nazionale garante della concorrenza abbia concluso il proprio procedimento d'accertamento: tale momento è identificato nella decisione di chiusura del procedimento, a prescindere dalle eventuali impugnazioni.

Questa tipologia di prove ha ad oggetto: *a*) informazioni elaborate da persone fisiche o giuridiche specificamente ai fini di un procedimento di un'autorità garante della concorrenza; *b*) informazioni che l'autorità garante della concorrenza ha redatto e comunicato alle parti nel corso del suo procedimento; *c*) proposte di transazione che sono state ritirate. Infine, la terza categoria ha ad oggetto le prove la cui esibizione può essere disposta dal giudice anche prima della conclusione del procedimento.

Tutti gli altri documenti rientrano nella *white list* e non incontrano particolari limitazioni alla loro divulgazione.

Con riguardo ai limiti all'uso delle prove acquisite dalle autorità nazionali garanti della concorrenza, l'articolo 7 prevede che quelle rientranti nella *black list* devono sempre essere ritenute inammissibili nelle azioni per il risarcimento del danno; invece, l'inammissibilità di quelle rientranti nella *grey list*

⁵⁶³ C. Fratea, *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, pp. 59 ss.

⁵⁶⁴ Considerando 26.

⁵⁶⁵ I documenti compresi nella *grey list* sono: « *a*) informazioni elaborate da persone fisiche o giuridiche specificamente ai fini di un procedimento di un'autorità garante della concorrenza; *b*) informazioni che l'autorità garante della concorrenza ha redatto e comunicato alle parti nel corso del suo procedimento; *e* *c*) proposte di transazione che sono state ritirate ».

è limitata temporalmente, fino alla chiusura del procedimento dinanzi all' autorità nazionale garante della concorrenza.

Dall'analisi della nuova disciplina si può rilevare che *il public enforcement* ha assunto una posizione di preminenza rispetto al *private enforcement*⁵⁶⁶. Tuttavia, la ricostruzione corretta dovrebbe essere quella di considerare questi due mezzi di tutela come diretti al perseguimento di un medesimo fine, ossia quello di una più efficiente applicazione delle norme *antitrust*. Alla luce di ciò, la ricostruzione ottimale dovrebbe fondarsi sul principio di coordinamento tra i giudici nazionali e le autorità nazionali garanti della concorrenza, in un contesto di complementarità tra *public* e *private enforcement*.

Come visto, il principale limite all'accesso agli elementi di prova è rappresentato dai documenti legati ai programmi di trattamento favorevole. Nonostante questi ultimi siano indispensabili nella lotta contro i cartelli, essi dovrebbero rappresentare l'eccezione e non la regola. Il loro largo utilizzo, infatti, è sintomo di un'incapacità delle autorità di applicare le regole della concorrenza senza la collaborazione delle imprese. Inoltre, la funzione di deterrenza della sanzione viene meno se le imprese possono aspirare all'immunità o alla riduzione della sanzione.

L'adozione di un sistema sanzionatorio deterrente potrebbe rendere maggiormente efficaci i programmi di clemenza, in quanto il dover pagare una sanzione elevata risulterebbe più svantaggioso rispetto ai costi derivanti dalle possibili azioni civili. Pertanto, alla luce di una valutazione costi/benefici, le imprese sarebbero indotte a collaborare per poter sfuggire alla sanzione⁵⁶⁷, nonostante il rischio di incorrere in una responsabilità civilistica per il risarcimento del danno. Cosicché, il principale strumento al servizio del *public enforcement* dovrebbe essere rappresentato dalla dissuasività della sanzione, e non dall'attrattiva dei programmi di clemenza, in quanto la capacità deterrente della sanzione è in grado di far astenere le imprese dal porre in essere delle condotte anticoncorrenziali.

La conservazione di una elevata attrattiva dei programmi di clemenza è importante, tuttavia, anche le azioni di risarcimento sono strumenti efficaci al fine di un'applicazione effettiva ed efficiente delle norme *antitrust*⁵⁶⁸.

⁵⁶⁶ R. Chieppa, *Rapporto tra public e private enforcement alla luce della Direttiva*, in Sessione "Accesso alla prova e al fascicolo delle ANC", maggio 2015, disponibile sul sito dell'AGCM; M. Trimarchi, *La divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza nella direttiva sull'antitrust private enforcement (direttiva 2014/104/UE)*, in AIDA, 2015, 218.

⁵⁶⁷ E. Combe, *A la recherche de la sanction optimale*, *Concurrences*, n. 4-2006, p. 10.

⁵⁶⁸ *Idem*.

3. La pubblicazione delle decisioni e la tutela delle informazioni riservate

Nonostante la nuova disciplina adottata dalla Direttiva e le modifiche apportate al Regolamento n. 1348/2015 facciano prevalere l'interesse pubblicistico rispetto a quello privatistico, la Commissione nella sua prassi recente sembra propensa ad aiutare i soggetti danneggiati da una condotta in violazione degli articoli 101 e 102 TFUE.

In particolare, la Commissione ha reinterpretato l'articolo 30 del Regolamento (CE) n. 1/2003, il quale prevede che la Commissione debba pubblicare le proprie decisioni con un contenuto essenziale, tenendo conto del legittimo interesse delle imprese alla protezione dei propri segreti aziendali.

Tradizionalmente, la Commissione aveva interpretato in senso minimalista tale articolo e, conseguentemente, non era quasi mai pubblicato il testo integrale delle decisioni, ma solo le sue parti essenziali. Tale impostazione non era mai stata contestata dalla Corte di giustizia, la quale aveva sempre lasciato un'ampia discrezionalità in capo alla Commissione⁵⁶⁹.

Recentemente, la Commissione ha cambiato il proprio orientamento, tendendo a pubblicare il testo integrale delle decisioni, salvo quanto coperto dal segreto professionale. Assumendo questa nuova interpretazione dell'articolo 30 del Regolamento (CE) n. 1/2003, la Commissione non solo ha pubblicato decisioni più complete, ma si è spinta fino a ripubblicare alcune precedenti decisioni, rendendole più dettagliate⁵⁷⁰. Così facendo, è stata incrementata la possibilità per i danneggiati di trovarsi già a disposizione di tutte le informazioni necessarie per fondare le proprie azioni, senza la necessità di dover richiedere l'accesso ad ulteriori documenti.

Tale nuovo approccio ha il pregio di favorire il *private enforcement*, tuttavia ha alcuni punti di criticità. In particolare, ci si interroga su quale interpretazione debba essere attribuita ai segreti professionali e in che misura le informazioni contenute nelle dichiarazioni nell'ambito di un programma di clemenza si debbano qualificare come tali.

La giurisprudenza del Tribunale ha individuato alcuni criteri da prendere in considerazione al fine di stabilire se una determinata informazione costituisca un segreto commerciale. Al riguardo, nella causa *Bank Austria*,⁵⁷¹ il Tribunale ha affermato che: « *le informazioni protette dal segreto professionale non possono essere divulgate al pubblico ed esse includono, oltre ai segreti commerciali, le informazioni note solo a un numero ristretto di persone e la cui divulgazione potrebbe arrecare un pregiudizio grave alla persona che le ha fornite ovvero a terzi. Infine, occorre che gli interessi*

⁵⁶⁹ P. Iannuccelli, intervento in occasione del Corso di Diritto dell'Unione Europea progredita, 29 aprile 2016, Università degli Studi di Milano.

⁵⁷⁰ Ordinanza del Vicepresidente della Corte di giustizia, 2 marzo 2016, *Evonik Degussa GmbH c. Commissione europea*, C 162/15 P-R.

⁵⁷¹ Tribunale, 30 maggio 2006, *Bank Austria Creditanstalt c. Commissione*, T-198/03.

passibili di essere lesi dalla divulgazione delle informazioni in questione siano oggettivamente meritevoli di tutela. La valutazione del carattere riservato di un'informazione necessita, quindi, di una ponderazione tra i legittimi interessi che ostano alla sua divulgazione e l'interesse generale secondo cui le attività delle istituzioni dell'Unione devono svolgersi nel massimo rispetto del principio di trasparenza»⁵⁷².

Inoltre, una costante giurisprudenza ritiene che non siano né segrete né riservate le informazioni che sono state tali ma che risalgono a cinque anni addietro e che, pertanto, dovrebbero essere considerate storiche⁵⁷³.

Con riguardo alla possibilità di pubblicazione di informazioni comunicate in forza del programma di trattamento favorevole, la Commissione, nel caso *Evonik Degussa GmbH*⁵⁷⁴, ha ritenuto che la pubblicazione di dette informazioni non infrangerebbe nessun impegno assunto dalla Commissione, in ragione del fatto che, al contrario delle dichiarazioni nel loro testo integrale, esse non sarebbero coperte da una presunzione generale di pericolo per gli interessi commerciali in caso di pubblicazione⁵⁷⁵.

La società *Evonik Degussa AG* ha quindi adito il consigliere-auditore, affinché quest'ultimo escludesse dalla versione pubblica della decisione qualsiasi informazione da essa fornita per accedere al programma di trattamento favorevole. Il consigliere-auditore ha respinto le richieste di trattamento riservato presentate dalla società *Evonik Degussa AG*.

Avverso tale decisione è stato presentato ricorso al Tribunale⁵⁷⁶, in quanto la ricorrente lamentava che fosse stata violata la riservatezza delle informazioni trasmesse spontaneamente alla Commissione nel corso delle indagini, al fine di beneficiare del programma di trattamento favorevole.

Il Tribunale ha preliminarmente ricordato che la giurisprudenza della Corte, secondo la quale l'articolo 4 del Regolamento n. 1049/2001 deve essere interpretato in modo tale che la Commissione possa basarsi su una presunzione di carattere generale al fine di rifiutare l'accesso ai documenti contenuti nel suo fascicolo nell'ambito di un procedimento di applicazione dell'articolo 101 TFUE, non possa essere trasposta nell'ambito della pubblicazione delle decisioni in materia di infrazioni.

L'articolo 4 del Regolamento n. 1049/2001 non può essere interpretato in modo tale da vietare alla Commissione di pubblicare qualsiasi informazione alla quale essa avrebbe diritto di negare l'accesso

⁵⁷² Tribunale, 15 luglio 2015, *Pilkington Group Ltd c. Commissione europea*, T-462/12, p. 45, ECLI:EU:T:2015:508.

⁵⁷³ Ordinanza del Tribunale, 15 novembre 1990, *Rhône Poulenc c. Commissione*, T 1/89, punto 23; Ordinanza del presidente della Quarta Sezione del Tribunale del 22 febbraio 2005, *Hynix Semiconductor c. Consiglio*, T 383/0.

⁵⁷⁴ Decisione C (2012) 3534 final della Commissione, del 24 maggio 2012.

⁵⁷⁵ *Idem*, punto 46.

⁵⁷⁶ Tribunale, 28 gennaio 2015, *Evonik Degussa GmbH c. Commissione europea*, T-341/12, ECLI:EU:T:2015:51.

in forza di quest'ultima disposizione. L'invocazione di una simile presunzione generale, infatti, priverebbe di contenuto l'articolo 30 del Regolamento (CE) n. 1/2003, in quanto la Commissione per poter pubblicare il contenuto essenziale delle proprie decisioni deve obbligatoriamente attingere agli elementi contenuti nel fascicolo di indagine. Cosicché, la divulgazione di informazioni riguardanti un'infrazione al diritto dell'Unione in materia di concorrenza mediante la pubblicazione di una decisione che sanziona detta infrazione, sul fondamento dell'articolo 30 del Regolamento (CE) n. 1/2003, non può essere confusa, in via di principio, con l'accesso da parte di terzi a documenti contenuti nel fascicolo d'indagine della Commissione relativo a siffatta infrazione.

Alla luce di ciò, occorre esaminare se sussistano le tre condizioni cumulative affinché le informazioni ricadano, per la loro natura, nell'ambito del segreto professionale, e beneficino così della protezione contro la loro divulgazione al pubblico. In particolare, devono essere conosciute soltanto da un numero ristretto di persone, la loro divulgazione deve arrecare un danno grave alla persona che le ha fornite o a terzi e, infine, gli interessi che possono essere lesi dalla divulgazione di siffatte informazioni devono essere obiettivamente degni di tutela.

Non ci si può opporre alla pubblicazione adducendo che ciò lederebbe la reputazione che la società gode nei rapporti d'affari, o che tale pubblicazione interferirebbe in modo ingiustificato nei ricorsi civili, pendenti o futuri, in quanto priverebbe i giudici nazionali investiti di tali ricorsi della possibilità di valutare direttamente la necessità di chiedere alla Commissione la comunicazione di informazioni, in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 1, del Regolamento (CE) n. 1/2003.

Orbene, l'interesse di una società che abbia partecipato a un'infrazione all'articolo 101 TFUE a evitare siffatte azioni non costituisce un interesse degno di tutela, tenuto conto, in particolare, del diritto di chiunque di chiedere il risarcimento del danno derivante da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza.

Il Tribunale, pertanto, ha respinto il ricorso diretto a ottenere l'annullamento della decisione della Commissione.

Tale sentenza è stata impugnata dinanzi alla Corte di giustizia⁵⁷⁷. Quest'ultima ha confermato l'impostazione del Tribunale nella parte in cui riconosceva la differenza tra il regime relativo all'accesso dei terzi al fascicolo della Commissione e quello relativo alla pubblicazione delle decisioni in materia di infrazioni. Infatti, la giurisprudenza scaturita dall'interpretazione del Regolamento n. 1049/2001 non può essere trasposta nell'ambito della pubblicazione delle decisioni in materia di infrazioni.

⁵⁷⁷ Corte di giustizia, 14 marzo 2017, *Evonik Degussa GmbH c. Commissione europea*, C-162/15 P, ECLI:EU:C:2017:205.

Con riguardo alla questione se le informazioni debbano beneficiare di un trattamento riservato per il solo fatto di essere state spontaneamente comunicate alla Commissione nell'ambito del programma di trattamento favorevole, la Corte ha dichiarato che la Commissione non ha il diritto di pubblicare "citazioni letterali" estrapolate dalle dichiarazioni effettuate dalla ricorrente al fine di ottenere il trattamento favorevole.

Al riguardo, la Corte sottolinea che la pubblicazione, sotto forma di citazioni letterali, di informazioni tratte dai documenti forniti alla Commissione da un'impresa a sostegno di una dichiarazione effettuata al fine di ottenere il trattamento favorevole, si distingue dalla pubblicazione di citazioni letterali di tale stessa dichiarazione. Mentre la prima deve essere autorizzata nel rispetto della tutela dovuta, in particolare, ai segreti aziendali, al segreto professionale o alle altre informazioni riservate, la seconda non è in nessun caso consentita.

In conclusione, secondo la Corte, la Commissione ha il diritto di pubblicare delle informazioni relative agli elementi costitutivi dell'infrazione in violazione dell'articolo 101 TFUE che le sono state sottoposte nell'ambito del programma di trattamento favorevole e che non beneficiano di una tutela dalla pubblicazione ad altro titolo.

Il nuovo approccio della Commissione è indirizzato a rendere maggiormente agevoli le azioni di risarcimento del danno e sembra voler controbilanciare la disciplina restrittiva in tema di accesso alla prova.

Tale approccio dovrebbe essere accolto positivamente, alla condizione che vengano fissati dei criteri precisi per la qualificazione di un documento come riservato e che i documenti trasmessi nell'ambito di un programma di clemenza vengano selezionati accuratamente, caso per caso, prima della loro pubblicazione.

Sezione II

Gli effetti delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza e della Commissione

La disciplina che regola il rapporto tra il giudizio civile e il provvedimento amministrativo, adottato a seguito dell'accertamento di una condotta anticoncorrenziale, assume un ruolo centrale nel coordinamento tra *public* e *private enforcement*.

Come precedentemente messo in luce, la violazione delle norme *antitrust* può far sorgere in capo all'impresa, che ha posto in essere una condotta anticoncorrenziale, una duplice responsabilità: la responsabilità amministrativa e la responsabilità civile. Il carattere unitario dell'illecito non esclude che la condotta anticoncorrenziale possa avere conseguenze contemporaneamente su entrambi i beni

giuridici tutelati dalle norme *antitrust* (la concorrenzialità del mercato e la tutela della singola posizione giuridica soggettiva).

Le due forme di responsabilità non si sovrappongono completamente, infatti, la responsabilità amministrativa è più ampia rispetto a quella civile, in ragione del fatto che le imprese sono amministrativamente responsabili per il solo fatto di aver violato il diritto *antitrust*, a prescindere dal fatto che sia stato causato concretamente un danno (esempio restrizioni per oggetto). Al contrario, le condotte che fanno sorgere la responsabilità civile sono, in linea di principio, suscettibili di far sorgere anche la responsabilità amministrativa, in quanto uno dei presupposti necessari per richiedere il risarcimento del danno è la presenza di una condotta in violazione delle norme *antitrust*.

Cosicché, le disposizioni di diritto sostanziale *antitrust* agiscono contemporaneamente su due piani paralleli: in primo luogo, esse attribuiscono alle autorità nazionali garanti della concorrenza e alla Commissione il potere di accertare e sanzionare le condotte anticoncorrenziali (c.d. responsabilità amministrativa dell'impresa); in secondo luogo, esse attribuiscono a ciascun soggetto danneggiato il diritto di intentare un'azione per il risarcimento del danno dinanzi al giudice ordinario (c.d. responsabilità civile dell'impresa). I giudici nazionali e le autorità nazionali garanti della concorrenza o la Commissione possono essere chiamati a decidere in merito alla medesima vicenda.

Gli accertamenti di stampo pubblicistico, frequentemente, precedono quelli di stampo privatistico, in quanto l'assenza di una precedente decisione che abbia accertato l'esistenza dell'infrazione, rende particolarmente gravoso l'onere probatorio per l'attore in una causa di risarcimento del danno *antitrust*. Pertanto, la maggior parte delle cause risarcitorie sono cause *follow-on*, ossia introdotte dal danneggiato a seguito di una decisione dell'autorità amministrativa⁵⁷⁸.

Un punto cruciale nel coordinamento tra *public* e *private enforcement* è rappresentato dalle modalità di valutazione da parte del giudice civile delle decisioni amministrative all'esito di un procedimento istruttorio relativo alla medesima condotta anticoncorrenziale: la maggiore o minore vincolatività dell'accertamento fattuale, compiuto dall'autorità nazionale garante della concorrenza o dalla Commissione, si riflette sull'ulteriore accertamento che dovrà compiere il giudice in sede civile.

Innanzitutto, è necessario differenziare a seconda che il procedimento amministrativo si svolga dinanzi alla Commissione o, invece, dinanzi alle autorità nazionali garanti della concorrenza. Infatti, il valore probatorio della decisione nell'ambito di un procedimento civile è disciplinato diversamente, a seconda che sia adottata dalla Commissione (§ 1), oppure da un'autorità nazionale

⁵⁷⁸ A. Trotta, *Il rapporto tra il giudizio civile e gli atti dell'Agcm e della Commissione*, a cura di L. Pace, *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2013, pp. 361 ss.

garante della concorrenza (§ 2)⁵⁷⁹. Inoltre, è necessario valutare quale valore abbiano le decisioni con impegni (§ 3) e le decisioni di *settlement* (§ 4).

1. Il valore delle decisioni adottate dalla Commissione

Il rapporto tra giudizio civile e procedimento della Commissione europea è disciplinato dal Regolamento (CE) n. 1/2003, il quale prevede che: « *Quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 del trattato [oggi 101 e 102 TFUE] che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Esse devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati. A tal fine le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da esse avviati. Tale obbligo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi di cui all'articolo 234 del trattato* »⁵⁸⁰.

Alla luce di tale disposizione è esclusa la possibilità per il giudice nazionale di discostarsi da una decisione adottata o contemplata dalla Commissione, sancendosene così la piena efficacia probatoria. Si possono dunque configurare due diverse situazioni nell'ambito dell'applicazione parallela del diritto dell'Unione da parte dei giudici nazionali e della Commissione.

Nell'ipotesi in cui la Commissione abbia già adottato una decisione, tale decisione sarà vincolante per il giudice nazionale e dovrà prevalere. Ciò anche nell'ipotesi in cui tale decisione sia oggetto di un ricorso dinanzi alle giurisdizioni comunitarie, ai sensi dell'articolo 263 TFUE (azione di annullamento), e l'esito della controversia dinanzi alla giurisdizione nazionale dipenda dalla validità della decisione della Commissione. In tal caso, la giurisdizione nazionale dovrebbe sospendere il procedimento in attesa della sentenza definitiva delle giurisdizioni comunitarie sul ricorso per annullamento, a meno che non ritenga che sia opportuno chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale sulla validità della decisione della Commissione⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ S. Bariatti, L. Perfetti, *Prime osservazioni sulle previsioni del "Libro Bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust" della Commissione e del codice del consumo*, a cura di F. Rossi Dal Pozzo, B. Nascimbene, *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 4-11.

⁵⁸⁰ Regolamento (CE) n. 1/2003, Art. 16.

⁵⁸¹ Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE, ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE, in GUUE C 101, 5 agosto 2015, p. 13: "(...)se una giurisdizione nazionale dubita della legittimità di una decisione della Commissione, non può sottrarsi all'effetto vincolante di tale decisione senza che la Corte di giustizia si pronunci in senso contrario (34). Perciò, se una giurisdizione nazionale ha intenzione di pronunciarsi in modo contrastante con la decisione della Commissione, deve sottoporre alla Corte di giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale (articolo 234 del trattato CE). La Corte si pronuncerà allora sulla conformità della decisione della Commissione con il diritto comunitario (...)".

Una seconda ipotesi è quella in cui sia ancora pendente dinanzi alla Commissione un procedimento vertente sui medesimi fatti sui quali il giudice nazionale è chiamato a pronunciarsi. Anche in tale ipotesi il giudice è vincolato a tale “futura” decisione, potendo sospendere il giudizio sino a quando la Commissione non avrà adottato una decisione⁵⁸².

Tali disposizioni non sono altro che una codificazione dei principi di matrice giurisprudenziale. In particolare, anteriormente al Regolamento (CE) n. 1/2003, non si rinvenivano disposizioni che regolassero espressamente la questione, quindi la Corte aveva elaborato alcuni principi fondamentali che ancora oggi guidano il sistema.

Una sentenza che rappresenta un punto di svolta nell’interpretazione dei rapporti tra la Commissione e i giudici nazionali è la sentenza *Masterfoods*⁵⁸³. La Corte prima di tutto ha sancito che, nonostante la ripartizione di competenze tra la Commissione e i giudici nazionali in merito all’applicazione delle regole comunitarie di concorrenza, la Commissione non può essere vincolata da una decisione emessa da un giudice nazionale in forza degli articoli 101 e 102 TFUE. La Commissione ha, dunque, il diritto di adottare in qualsiasi momento decisioni individuali per l’applicazione di detti articoli, anche qualora una condotta costituisca già l’oggetto di una decisione del giudice nazionale, e la prevista decisione della Commissione sia in contrasto con detta decisione.

In secondo luogo, l’obbligo imposto agli Stati membri dall’articolo 4 del TUE (dovere di leale cooperazione) di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l’adempimento degli obblighi derivanti dal diritto dell’Unione e di astenersi dall’adottare i provvedimenti che possano mettere in pericolo la realizzazione degli scopi del Trattato vale per tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi quelli giurisdizionali. Affinché non venga violato il principio generale della certezza del diritto, i giudici nazionali, quando si pronunciano su una condotta, devono evitare di adottare decisioni incompatibili con una decisione che la Commissione intende adottare. A fortiori, i giudici nazionali, quando si pronunciano su accordi o pratiche che sono già oggetto di decisione da parte della Commissione, non possono adottare decisioni in contrasto con quella della Commissione, anche se quest’ultima è in contrasto con la decisione pronunciata da un giudice nazionale di primo grado.

Quando la soluzione della controversia pendente dinanzi al giudice nazionale dipende dalla validità della decisione della Commissione, il primo dovrebbe sospendere il procedimento, fino alla pronuncia della sentenza definitiva sul ricorso di annullamento sulla decisione della Commissione, a meno che

⁵⁸² E. A. Raffaelli, *L’applicazione concorrente del diritto comunitario di concorrenza per i giudici nazionali e la Commissione europea*, in *Colloquio per una giustizia economica efficiente in Europa: enjeux et perspectives d’une harmonisation*, Bruylant, 2009.

⁵⁸³ Corte giustizia, 14 dicembre 2000, *Masterfoods Ltd c. HB Ice Cream Ltd*, C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689.

esso non ritenga opportuno promuovere un rinvio pregiudiziale sulla validità della decisione della Commissione⁵⁸⁴.

2. Il valore delle decisioni adottate dalle autorità nazionali garanti della concorrenza

Per quanto riguarda il rapporto tra giudizio civile e procedimenti dinanzi alle autorità nazionali garanti della concorrenza, non esiste una norma analoga a quella prevista per le decisioni della Commissione dal Regolamento (CE) n. 1/2003. Perciò, la valutazione circa il valore probatorio delle decisioni delle autorità nazionali, fino alla Direttiva (UE) 2014/104/UE, era una questione demandata completamente agli Stati Membri⁵⁸⁵.

La forte disomogeneità delle discipline nazionali sul valore probatorio delle decisioni delle autorità nazionali garanti della concorrenza nei giudizi civili, rendeva doveroso un intervento a livello di Unione. Tale necessità è stata esplicitata al considerando 34 della Direttiva, nel quale è affermato che *“Per assicurare l’efficacia e la coerenza dell’applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE da parte della Commissione e delle autorità nazionali garanti della concorrenza occorre un approccio comune a livello dell’Unione per quanto riguarda gli effetti delle decisioni definitive delle autorità nazionali garanti della concorrenza relative e a una violazione sulle successive azioni per il risarcimento del danno”*.

La Direttiva, all’articolo 9, disciplina l’effetto delle decisioni nazionali, differenziando il valore probatorio della decisione adottata dall’autorità dello stesso Stato membro nel quale è proposta la domanda di risarcimento del danno (§ 2.1.), rispetto a quella adottata da un’autorità di un altro Stato membro (§ 2.2.).

2.1. Le decisioni adottate dall’autorità dello stesso Stato membro

La violazione del diritto *antitrust*, constatata dalla decisione definitiva dell’autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso dello stesso Stato membro, deve ritenersi accertata ai fini dell’azione per il risarcimento del danno, così costituendo “automaticamente” la prova di tale violazione dinanzi al giudice civile⁵⁸⁶.

⁵⁸⁴ *Idem*, pp. 47-57.

⁵⁸⁵ P. Cassinis, *Antitrust tra autorità e giudici*, a cura di A. Raffaelli, *Antitrust between EC law and national law*, Beuylant, Giuffrè, 2009.

⁵⁸⁶ F. Rossi Dal Pozzo, *La direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust. Armonizzazione delle regole nazionali in tema di private enforcement o occasione mancata?*, 11 dicembre 2014, articolo in Eurojus.it rivista.

La *ratio* di tale vincolatività è pluridirezionale, ossia è diretta ad evitare la duplicazione dell'accertamento dell'illecito e ad alleggerire l'onere della prova del fatto costitutivo nelle azioni *follow-on*.

Il requisito necessario è che la decisione dell'autorità nazionale garante della concorrenza sia definitiva, ossia devono essere stati esperiti tutti i mezzi d'impugnazione, oppure devono già essere decorsi i termini per l'impugnazione.

La vincolatività riguarda solo l'accertamento della violazione del diritto della concorrenza, eventuali possibili considerazioni circa il nesso di causalità, il trasferimento del sovrapprezzo e la quantificazione del danno non esonerano il giudice dal procedere a valutare tali elementi con il proprio apprezzamento.

Nonostante la vincolatività riguardi solo l'accertamento della violazione delle regole della concorrenza, anche gli altri elementi contenuti nel provvedimento amministrativo sono di particolare importanza, in quanto possono fornire elementi economici rilevanti.

Un apporto importante che l'autorità nazionale garante della concorrenza potrebbe apportare al giudice civile è esplicitare nel provvedimento amministrativo il momento iniziale e finale dell'effetto della condotta anticoncorrenziale e la probabilità dell'avvenuta traslazione del sovrapprezzo sugli acquirenti indiretti. Ciò in ragione del fatto che tali elementi si evincono dall'analisi delle condizioni di mercato e, pertanto, rientrano nell'attività di indagine dell'autorità amministrativa⁵⁸⁷.

La quantificazione del danno privato, invece, deve sempre avvenire in sede civilistica. Nel caso *Hoffmann-La Roche*⁵⁸⁸, nonostante il provvedimento amministrativo contenesse elementi potenzialmente rilevanti per la quantificazione del danno in sede civile (consistenti nella quantificazione parziale degli *extra* costi causati della condotta illecita), l'autorità amministrativa ha affermato che: « *Va precisato che non è compito di questa autorità quantificare gli effetti e i correlati danni derivanti da una intesa anticoncorrenziale, potendo ciò avvenire in eventuali giudizi civili; di conseguenza, le richiamate stime sono state utilizzate al solo fine di dimostrare che l'intesa ha prodotto dei rilevanti effetti, senza dover giungere ad una esatta quantificazione, la cui entità esula, quindi, dall'oggetto del presente procedimento* »⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ L. Prosperetti, intervento in occasione della conferenza "25 anni di antitrust in Italia: una rivoluzione incompiuta", organizzato dall'Università degli Studi di Milano, 21 aprile 2016.

⁵⁸⁸ Provvedimento del 27 febbraio 2014, n. 24823, caso I760, F. *Hoffmann-La Roche Ltd, Genentech Inc., Novartis AG, Soc. Novartis Farma, Soc. Roche*.

⁵⁸⁹ Cit. *Idem*, p. 228. Nonostante tale analisi non fosse necessaria, ciò in ragione del fatto che secondo quanto stabilito da giurisprudenza costante "affinché un'intesa avente un oggetto anticoncorrenziale sia giudicata illecita non è necessario che produca anche l'effetto concreto di impedire, restringere o falsare la concorrenza", risultando "pacificamente sanzionabile anche una intesa priva di effetti". L'Autorità si sarebbe, quindi, potuta fermare ad accertare il chiaro oggetto anticoncorrenziale dell'intesa accertata. Nel caso di specie l'Autorità, nonostante avesse constatato che la condotta aveva un oggetto anticoncorrenziale, ha voluto indagare anche sugli effetti

Emerge sin da subito una chiara differenza rispetto alla disciplina che regola il valore probatorio delle decisioni della Commissione.

In primo luogo, la Direttiva si riferisce solamente al valore probatorio delle decisioni delle autorità nazionali che accertano un'infrazione (accertamenti positivi), invece con riguardo alle decisioni della Commissione è prevista la vincolatività per tutte le decisioni. Tale differenza riflette la differente ratio tra l'articolo 16 del Regolamento (CE) n. 1/2003 e l'articolo 9 della Direttiva. L'articolo 16 del Regolamento è espressione dei principi del primato e di uniforme applicazione delle regole della concorrenza. Diversamente, lo scopo dell'articolo 9 della Direttiva, come specificato nei considerando della Direttiva, è quello di facilitare le azioni di risarcimento del danno e migliorare l'economia procedurale, ossia evitare una duplicazione di accertamenti del medesimo fatto.

In secondo luogo, la Direttiva specifica che l'effetto vincolante della constatazione si deve riferire solo all'accertamento della violazione delle norme della concorrenza, specificazione che non esiste nel Regolamento (CE) n. 1/2003 per gli accertamenti compiuti dalla Commissione, anzi all'articolo 288 TFUE è sancito che « *la decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi. Se designa i destinatari è obbligatoria soltanto nei confronti di questi* ».

In terzo luogo, nel Regolamento (CE) n. 1/2003 è contemplato il dovere di astensione dei giudici nazionali a pronunciarsi in contrasto con una decisione anche solo “contemplata” dalla Commissione, ipotesi che invece non è prevista in relazione ai provvedimenti delle autorità nazionali.

Con riguardo all'impatto di tali disposizioni negli ordinamenti nazionali, è rilevante notare che alcuni Stati membri già prevedevano l'effetto vincolante delle decisioni dell'autorità della concorrenza nazionale, come ad esempio in Germania⁵⁹⁰ e nel Regno Unito⁵⁹¹.

In Italia, la decisione dell'autorità nazionale garante della concorrenza, prima della Direttiva, era considerata prova privilegiata, ossia una categoria di origine giurisprudenziale che non rientrava in nessuna delle due categorie procedurali previste per legge (presunzione relativa e presunzione assoluta)⁵⁹².

Secondo la giurisprudenza italiana si trattava di « *una prova privilegiata, nel senso che al professionista è consentito fornire la prova contraria dei fatti accertati senza che sia possibile nel giudizio civile rimettere in discussione i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della*

concreti arrecati dalla condotta sul mercato.

⁵⁹⁰ Art. 33, para. 4, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB Federal Law Gazette (Bundesgesetzblatt, BGBI*

⁵⁹¹ *Under Section 58A, Competition Act 1998*

⁵⁹² M. Merola, L. Armati, *The binding effect of NCA decisions under the damages directive: rationale and practical implications*, in rivista italiana di antitrust, n. 1(2016), pp 93 ss.

violazione della normativa in tema di concorrenza in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattese in quella sede »⁵⁹³.

Pertanto, tale prova privilegiata era da considerarsi una categoria intermedia rispetto alla presunzione relativa e a quella assoluta. Infatti, la presunzione relativa può essere vinta con prove dello stesso livello e della stessa natura, senza pregiudicare il principio del libero apprezzamento del giudice. Al contrario, la presunzione assoluta non ammette prova contraria.

La scelta di dotare di effetto vincolante le decisioni dell'autorità nazionale della concorrenza ha suscitato non poche critiche⁵⁹⁴, in particolare è stato rilevato come vi sia il rischio di violare un nucleo essenziale di norme nazionali e dell'Unione europea poste a tutela delle libertà e dei diritti fondamentali.

In primo luogo, risulterebbe violato il diritto d'azione, poiché il giudice civile adito per l'azione di risarcimento non può conoscere interamente la causa, in quanto è vincolato alla qualificazione giuridica del comportamento dannoso e alle risultanze del procedimento amministrativo, nel quale vi è un'istruttoria attenuata rispetto a quella nel procedimento civile.

In secondo luogo, si ritiene violato il principio del contraddittorio, in quanto l'attore è vincolato alle risultanze del procedimento amministrativo, nonostante egli, il più delle volte, non ne abbia fatto parte⁵⁹⁵.

Ancora di maggior rilievo risulta la compromissione del diritto fondamentale di agire in giudizio per tutelare un proprio diritto o interesse. Il soggetto danneggiato, infatti, si vedrà vincolato da una decisione che non è stata resa nel suo interesse, alla luce del fatto che gli interessi perseguiti dall'autorità garante della concorrenza e quelli perseguiti dal giudice in sede di risarcimento del danno non sono i medesimi. La prima persegue l'interesse pubblicistico della tutela della concorrenzialità del mercato, invece, il giudice tutela le posizioni soggettive dei singoli danneggiati.

Un ulteriore aspetto di criticità attiene al controllo giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi⁵⁹⁶.

La questione del sindacato sulle valutazioni tecnico discrezionali compiute dalle autorità nazionali,

⁵⁹³ Cass., 20 giugno 2011, n. 13486

⁵⁹⁴ S. Bariatti, L. Perfetti, *Prime osservazioni sulle previsioni del “ Libro Bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust ”* della Commissione e del codice del consumo, a cura di F. Rossi Dal Pozzo, B. Nascimbene, *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 4-11; R. Rordof, *Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Le società* 2014, 7, pp. 784 e ss.

⁵⁹⁵ Nel caso sia stato parte nel procedimento amministrativo, il principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo ha meno garanzie rispetto a quello in un procedimento giudiziario.

⁵⁹⁶ A. Toffoletto, in occasione della conferenza “25 anni di antitrust in Italia: una rivoluzione incompiuta”, organizzato dall'Università degli Studi di Milano, 21 aprile 2016.

come precedentemente posto in luce, è stato affrontato nella sentenza Menarini⁵⁹⁷, in cui la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si è occupata dell'intensità che deve avere il controllo del giudice sui provvedimenti delle autorità nazionali garanti della concorrenza. In tale caso, il sistema italiano è passato positivamente al vaglio della Corte. Tuttavia, dalla sentenza emerge un messaggio importante, ossia che le autorità amministrative non possono invocare l'argomento della propria specializzazione tecnica per limitare il sindacato del giudice sui propri provvedimenti sanzionatori. Infatti, nel bilanciamento tra le esigenze di efficienza dell'azione amministrativa e la garanzia del diritto ad una tutela giurisdizionale piena, deve prevalere quest'ultima.

Nonostante tali critiche, è rilevante porre in luce che l'accertamento delle pratiche anticoncorrenziali è di elevata tecnicità, richiedendo una complessa analisi di mercato e l'ausilio di esperti in materie economiche. Alla luce di ciò, introdurre la vincolatività di tali accertamenti nei giudizi civili alleggerisce l'onere probatorio dell'attore, rendendo più accessibili le azioni di risarcimento del danno nelle azioni *follow-on*⁵⁹⁸.

In tale nuovo contesto, in cui la decisione definitiva delle autorità nazionali garanti della concorrenza ha efficacia vincolante nel giudizio civile, ci si domanda se il diritto di difesa nel procedimento amministrativo debba essere rivisitato e implementato.

2.2. Le decisioni adottate dalle autorità di altri Stati membri

Quando la decisione definitiva è adottata da un'autorità di un altro Stato membro, essa può essere considerata prova *prima facie* della violazione del diritto della concorrenza e, nel caso, è da valutarsi insieme alle altre prove addotte dalle parti.

Pertanto, ai giudici nazionali è data la possibilità (non l'obbligo) di utilizzare la decisione di un'autorità nazionale garante della concorrenza straniera come prova dell'illecito⁵⁹⁹.

La Direttiva non chiarisce cosa si debba intendere per prova *prima facie*, finendo per compromettere, almeno in parte, l'uniforme applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE. Spetta agli Stati membri

⁵⁹⁷ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 27 settembre 2011, *A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia*, ricorso n. 43509/08.

⁵⁹⁸ A. Toffoletto, in occasione della conferenza "25 anni di antitrust in Italia: una rivoluzione incompiuta", organizzato dall'Università degli Studi di Milano, 21 aprile 2016; M. Tavassi: "I giudici non temono tale vincolatività, anzi li facilita nell'accertamento. Inoltre la decisione dell'Autorità amministrativa ha una certa autorevolezza, anche in ragione del fatto che l'ANC dispone di mezzi più efficaci per la constatazione della violazione della norma antitrust", in occasione della conferenza "25 anni di antitrust in Italia: una rivoluzione incompiuta", organizzato dall'Università degli Studi di Milano, 21 aprile 2016.

⁵⁹⁹ G. Muscolo, *Il rapporto tra private e public enforcement nel diritto della concorrenza, aspetti generali ed istituzionali*, intervento in occasione dell'incontro organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, Università degli Studi di Genova e Ordine degli Avvocati di Genova, Progetto JUECON Genova, 20 novembre 2015.

interpretare conformemente al proprio ordinamento interno la nozione di prova *prima facie* e stabilire quale valore attribuire a dette decisioni.

La *ratio* dell'esclusione dell'effetto *cross border* della vincolatività delle decisioni delle autorità nazionali di altri Stati membri si fonda sulla non uniformità delle esperienze nei diversi sistemi⁶⁰⁰, infatti, come visto in precedenza, le regole che disciplinano i procedimenti dinanzi alle autorità nazionali garanti della concorrenza denotano profonde differenze nei diversi Stati.

È rilevante porre in luce che i testi preparatori alla Direttiva erano propensi a riconoscere la vincolatività anche per le decisioni delle autorità della concorrenza di un altro Stato membro.

In particolare, nel Libro Bianco⁶⁰¹ era osservato che « *la Commissione non vede alcuna ragione per cui una decisione definitiva adottata ai sensi dell'articolo 81 o 82 da un'autorità nazionale della rete europea della concorrenza (ECN) e una sentenza definitiva emessa da una corte d'appello, che conferma la decisione dell'autorità nazionale o che constata essa stessa un'infrazione, non debbano essere accettate in ogni Stato membro come prova inconfutabile dell'infrazione in successive cause civili per il risarcimento dei danni antitrust.*

Una norma di tale portata garantirebbe un'applicazione più coerente degli articoli 81 e 82 da parte dei diversi organismi nazionali ed aumenterebbe la certezza del diritto. Accrescerebbe inoltre significativamente l'efficacia e l'efficienza procedurale delle azioni per il risarcimento dei danni causati da violazioni delle norme antitrust: se i convenuti possono mettere in dubbio la violazione degli articoli 81 o 82 stabilita in una decisione di un'autorità nazionale per la concorrenza ed eventualmente confermata da una corte d'appello, i giudici dinanzi ai quali venga intentata un'azione per danni dovranno riesaminare i fatti e gli aspetti giuridici già oggetto di indagine e valutazione da parte di un'autorità pubblica specializzata (e da una corte d'appello). Una tale duplicazione dell'analisi fattuale e giuridica determina considerevoli costi aggiuntivi, nonché una durata ed un'imponderabilità notevoli per l'azione di risarcimento danni intentata dalle vittime.

La Commissione propone pertanto la seguente regola:

i giudici nazionali che devono statuire in merito ad azioni di risarcimento danni relative a violazioni degli articoli 81 o 82 sulle quali un'autorità nazionale di concorrenza appartenente all'ECN abbia già adottato una decisione definitiva constatando una violazione di tali articoli, o in merito alle quali una corte d'appello abbia emesso una sentenza definitiva confermando la decisione dell'autorità nazionale per la concorrenza o constatando essa stessa una violazione, non possono prendere decisioni in contrasto con una decisione o sentenza di questo genere.

⁶⁰⁰ *Idem.*

⁶⁰¹ Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie, del 2 aprile 2008, COM (2008) 165 def.

Quest'obbligo dovrebbe applicarsi lasciando impregiudicato il diritto, ed eventualmente l'obbligo, dei giudici nazionali di richiedere chiarimenti sull'interpretazione degli articoli 81 o 82 ai sensi dell'articolo 234 del Trattato CE.

Tale regola conferisce un effetto vincolante soltanto alle decisioni prese in via definitiva, ossia quando il convenuto ha esaurito tutti i mezzi di ricorso, e riguarda soltanto le stesse pratiche e la stessa o le stesse imprese per le quali l'autorità nazionale per la concorrenza o la corte d'appello hanno constatato un'infrazione ».

Al fine di ottenere il consenso per estendere l'effetto vincolante anche alle decisioni delle autorità della concorrenza di altri Stati membri, la Commissione aveva rilevato che in ogni caso i giudici nazionali avrebbero potuto rifiutare la vincolatività della decisione dell'autorità nazionale garante della concorrenza di un altro Stato, grazie ad un'estensione della deroga di cui all'articolo 34, del Regolamento (CE) n. 44 / 2001⁶⁰². Gli Stati membri avrebbero potuto introdurre « *un'ulteriore salvaguardia per garantire la protezione dei diritti della difesa* », rendendo l'effetto vincolante di una decisione nazionale garante della concorrenza di un altro Stato membro oggetto di una deroga analoga a quella contenuta nel Regolamento (CE) n. 44/2001.

Tuttavia, la scelta del legislatore è stata meno coraggiosa, limitandosi ad optare per un'armonizzazione minima, attribuendo a dette decisione come “minimo” il valore di prova *prima facie*.

3. Il valore delle decisioni con impegni

Una questione dibattuta è quale valore probatorio debbano assumere le decisioni con impegni nei giudizi per il risarcimento del danno, ossia in quei casi in cui il procedimento amministrativo si sia concluso con l'assunzione di impegni da parte dell'impresa⁶⁰³.

⁶⁰² Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Art. 34: « *Le decisioni non sono riconosciute: 1) se il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto; 2) se la domanda giudiziale od un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese eccetto qualora, pur avendone avuto la possibilità, egli non abbia impugnato la decisione; 3) se sono in contrasto con una decisione emessa tra le medesime parti nello Stato membro richiesto; 4) se sono in contrasto con una decisione emessa precedentemente tra le medesime parti in un altro Stato membro o in un paese terzo, in una controversia avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo, allorché tale decisione presenta le condizioni necessarie per essere riconosciuta nello Stato membro richiesto* ».

⁶⁰³ In particolare, è previsto che successivamente all'avvio dell'istruttoria nel procedimento dinanzi all' Autorità amministrative, le imprese possano presentare degli impegni, i quali devono essere suscettibili di attuazione piena e tempestiva, nonché facilmente verificabili e idonei a rimuovere efficacemente i profili anticoncorrenziali individuati nel provvedimento di avvio di istruttoria. Tale istituto ha una funzione deflattiva e di economia, poiché permette di non dover completare l'istruttoria.

La criticità nel possibile riconoscimento di un certo valore probatorio a dette decisione risiederebbe⁶⁰⁴, in primo luogo, nel fatto che l'impresa che ha proposto gli impegni non è stata assoggettata ad un'istruttoria piena, infatti le decisioni con impegni implicano un'attività valutativa che « *solo in parte coincide con quella sottesa all'adozione del provvedimento finale (...). L'esame svolto dall'Autorità in relazione alle proposte di impegni verte su un aspetto — per così dire — “teleologico”, incentrandosi sull'idoneità delle misure proposte a rimuovere i profili anticoncorrenziali oggetto di indagine, mentre, l'esame svolto ai fini delle determinazioni sanzionatorie conclusive verte su un aspetto — per così dire — “finale e sostanziale” (ossia, la sussistenza o meno dell'illecito antitrust in quanto tale)* »⁶⁰⁵.

In secondo luogo, la stessa Commissione europea, nel *Memorandum* sui criteri applicativi dell'istituto degli impegni, ha affermato che « *le decisioni ex art. 9 non si pronunciano in merito all'esistenza di un'infrazione delle regole comunitarie di concorrenza. Pertanto, un cliente o un consumatore che intende promuovere un'azione di private enforcement davanti alle Corti nazionali deve provare l'illegittimità della condotta al fine di ottenere il risarcimento dei danni* ».⁶⁰⁶

Inoltre, ai sensi del considerando 13 del Regolamento (CE) n. 1/2003 « *Le decisioni concernenti gli impegni non pregiudicano la facoltà delle autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni degli Stati membri di procedere a detto accertamento e di prendere una decisione. Le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende comminare un'ammenda* ».

Pur in assenza di un'analogia disposizione a livello nazionale, il limite stabilito a livello comunitario si ritiene vincolante anche nei confronti delle autorità nazionali.

La prassi applicativa mostra, tuttavia, specie a livello nazionale, un utilizzo tutt'altro che marginale dell'istituto in esame.

Ad esempio, in Italia, l'autorità nazionale garante della concorrenza ha concluso numerose istruttorie accettando gli impegni proposti dalle imprese, ove sembrerebbe che il loro utilizzo sia escluso solo nel caso di violazioni c.d. *hard core* e ammessa in tutte le altre fattispecie, anche potenzialmente gravi.

Nonostante la soluzione adottata con riferimento alle decisioni con impegni sia quella di non attribuire ad esse un valore di prova con riguardo all'infrazione, queste potrebbero essere utilizzate, in sede

⁶⁰⁴ R. Tremolad, *Il rapporto tra private e public enforcement del diritto antitrust nella giurisprudenza amministrativa*, Il Foro Amministrativo, Giuffrè, luglio 2015, nota a sentenza: Consiglio di Stato, Sezione VI, 22 Settembre 2014, N. 4773; in *Academia.edu*.

⁶⁰⁵ Consiglio di Stato, sez. IV, 20 luglio 2011, n. 4393.

⁶⁰⁶ MEMO/04/217, del 17 settembre 2004. Testo tradotto da A. Pera in, *Le decisioni con impegni e il rilievo per l'antitrust private enforcement*, a cura di L. Pace, *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2013; *Organisation de Coopération et de Développement Économiques*, DAF/COMP/WD(2016)33, 7 giugno 2016.

civile, almeno come prova indiziaria dell'illiceità della condotta. Ciò alla luce del fatto che il presupposto dell'accettazione degli impegni è la sussistenza di un'effettiva criticità circa la sussistenza di una condotta anticoncorrenziali. In tal senso, l'art. 9 del Regolamento (CE) n. 1/2003 afferma che la Commissione può fare uso dello strumento « *qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione* », conseguentemente, sembra escluso che le autorità possano concludere un procedimento con l'accettazione di impegni qualora non ritenga sussistere una violazione delle norme *antitrust*.

4. Il valore delle decisioni di *settlement*

Le decisioni di *settlement*, o procedura di transazione è un meccanismo alternativo alla procedura ordinaria tramite la quale la Commissione e le imprese si accordano per definire più celermente l'esito dell'istruttoria. Detta procedura è ispirata ad una logica di efficienza procedurale, in quanto la collaborazione delle imprese permette alla Commissione di definire più celermente il procedimento. Essa, sempre più spesso adottata nei procedimenti di fronte alla Commissione, è prevista solo in alcuni Stati membri.

La procedura di transazione dinanzi alla Commissione è stata introdotta nel 2008 ed è disciplinata dall'articolo 10-*bis* del Regolamento (CE) n. 773/2004⁶⁰⁷ e dalla 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 nei casi di cartelli.

Detta procedura consente, nei soli casi di cartello, di accelerare e alleggerire il procedimento davanti alla Commissione, grazie alla disponibilità delle parti a riconoscere la propria partecipazione al cartello medesimo. Tale disponibilità viene premiata con uno sconto del 10% sull'importo dell'ammenda ritenuta applicabile, a cui può cumularsi un ulteriore sconto, ai sensi del *leniency program*.

La procedura di transazione si differenzia rispetto ai programmi di trattamento favorevole in quanto, in tal caso, il procedimento è già stato aperto. In particolare, dopo l'avvio del procedimento ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 6, del Regolamento (CE) n. 1/2003, la Commissione, qualora ritenga che possa esserci spazio per la procedura di transazione, verifica l'interesse delle parti coinvolte nel procedimento ad aderire a tale procedura, mettendole a conoscenza degli elementi essenziali della violazione.

⁶⁰⁷ 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, così come modificato nel 2008.

L'impresa, alla luce del limitato quadro cognitivo offertole, e in base ad una preventiva valutazione dei "costi-benefici", deciderà se aderire alla procedura, riconoscendo una partecipazione nel cartello. In caso di adesione, tuttavia, l'impresa si vedrà comprimere alcuni dei propri diritti di difesa, in cambio di una riduzione della sanzione finale e di benefici sul piano reputazionale.

La semplificazione procedurale che caratterizza la procedura di transazione comporta alcune conseguenze, in particolare: *i)* la cognizione della Commissione circa la condotta illecita si forma anche sulla base di discussioni bilaterali con le imprese⁶⁰⁸; *ii)* la comunicazione degli addebiti inviata dalla Commissione alle parti è semplificata e dovrebbe rispecchiare il contenuto delle proposte di transazione previamente presentate dalle parti⁶⁰⁹; *iii)* la risposta alla comunicazione degli addebiti è anch'essa semplificata, in quanto le parti possono limitarsi a confermare che la stessa rispecchia il contenuto delle loro proposte di transazione⁶¹⁰; *iv)* le parti non possono chiedere l'audizione orale o l'accesso al fascicolo quando le loro proposte di transazione sono state riportate nella comunicazione degli addebiti⁶¹¹; *v)* la decisione è adottata in forma sintetica.

Tali semplificazioni procedurali conducono in parte ad una compressione dei diritti di difesa riconosciuti alle parti nella procedura ordinaria e, sebbene formalmente la decisione della Commissione sia soggetta al controllo del giudice dell'Unione, nella pratica i margini per proporre un'impugnazione sono limitati ai profili di natura procedurale.

Inoltre, l'impresa è disincentivata ad impugnare una decisione di *settlement* (sono state impugnite solo due decisioni⁶¹²), in ragione del fatto che, in caso di esito negativo del giudizio, perderebbe il beneficio della riduzione della sanzione, aggiungendo gli ulteriori costi del giudizio di impugnazione. Con riguardo al valore delle decisioni di *settlement* nel procedimento civile finalizzato ad ottenere il risarcimento del danno, esse sono vincolanti, ai sensi dell'art. 16 Regolamento (CE) n. 1/2003⁶¹³.

Il giudice nazionale, pertanto, qualora applichi gli articoli 101 o 102 TFUE, non può prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione: la decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi.

Tale vincolatività fa sorgere alcune criticità, in quanto la decisione di *settlement*, essendo adottata a seguito di una procedura più celere e semplificata, potrebbe non rappresentare in modo esaustivo i

⁶⁰⁸ Paragrafo 16 della Comunicazione.

⁶⁰⁹ Paragrafo 20 della Comunicazione.

⁶¹⁰ Paragrafo 26 della Comunicazione.

⁶¹¹ Paragrafo 28 della Comunicazione.

⁶¹² Tribunale, 13 dicembre 2016, *Printeos, SA e altri c. Commissione europea*, T-95/15, ECLI:EU:T:2016:722; Tribunale, 2 marzo 2016, *Société générale SA c. Commissione europea*, T-98/14, ECLI:EU:T:2016:131.

⁶¹³ F. Laina, E. Laurinen, *The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges*, Journal of European Competition Law & Practice, 2013.

fatti. In tal senso, potrebbe non essere completa quanto al profilo della responsabilità diretta dell'impresa nella condotta anticoncorrenziale, la quale potrebbe avere scelto di aderire alla procedura per ragioni diverse (riduzione della sanzione finale e benefici sul piano reputazionale). In tale ottica, all'impresa parte di tale procedura dovrebbe essere attribuita la possibilità di richiedere, in un contesto completamente diverso dall'applicazione di questo strumento pubblicistico, ossia nel procedimento civilistico di risarcimento del danno, che il giudice possa verificare il grado di eventuale responsabilità ad essa attribuibile, il suo effettivo coinvolgimento nel cartello, le circostanze prese o non prese in considerazione dalla Commissione. Dovrebbe pertanto essere offerto all'impresa il diritto di presentare nuovi elementi di prova nel procedimento civilistico.

Tale impostazione non si porrebbe in alcun modo in contrasto con il principio del primato dell'Unione europea, in quanto il giudice civile non andrebbe a contestare la legittimità della decisione della Commissione che in forza del principio del primato prevale sulla decisione di un'autorità nazionale o di un organo giurisdizionale, ma si limiterebbe a sopperire alla carenza di cognizione del procedimento amministrativo.

Diversamente, potrebbe configurarsi una lesione dei diritti della difesa delle imprese, come tutelati dalla Carta dei diritti fondamentale (art. 47 e 48, par. 2), ma anche con i principi costituzionali degli Stati membri. Infatti, come precedentemente posto in luce, affinché il giudice del risarcimento sia vincolato da una decisione amministrativa, occorre che essa sia frutto di un procedimento di cognizione piena e che nei suoi confronti l'organo giurisdizionale eventualmente adito svolga un controllo pieno e intrinseco.

Alla decisione di *settlement* della Commissione dovrebbe quindi essere attribuito il valore di prova "valutabile insieme ad altre prove", al pari di quanto dovrebbe avvenire con riguardo alle decisioni delle autorità garanti nazionali di uno Stato membro diverso da quello in cui si è incardinato il giudizio. Inoltre, il numero sempre più crescente di transazioni genera la preoccupazione che la prassi decisionale della Commissione possa diventare di qualità inferiore, a causa di decisioni più brevi e meno ponderate adottate a seguito di questa procedura. Ciò potrebbe progressivamente portare ad un più ampio margine discrezionale concesso alla Commissione per adottare decisioni in materia di infrazioni senza giustificarle adeguatamente (ad esempio, qualificando alcuni tipi di comportamento come anticoncorrenziali per oggetto, anche in casi senza precedenti) e creare incertezza giuridica per le imprese oggetto di indagini, con le ripercussioni anche per ciò che riguarda la loro responsabilità in sede civilistica.

CONCLUSIONI

In forza del principio di leale cooperazione gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi comuni.

In materia di concorrenza, l'obiettivo prefissato dall'Unione è quello di garantire condizioni eque e leali per le imprese (c.d. *level playing field*). Per il proseguimento di tale obiettivo, la Commissione e le autorità nazionali devono applicare in stretta collaborazione gli articoli 101 e 102 TFUE e, a tal fine, sono stati predisposti degli strumenti di cooperazione "*ad hoc*" tra le autorità, codificando e concretizzando il principio generale di leale cooperazione. Tale principio, tuttavia, ha una portata più ampia, costituendo un dovere generalizzato di cooperazione, senza la necessità che vi sia una disposizione *ad hoc* che imponga obblighi specifici.

La riflessione conclusiva della ricerca è quella di comprendere quale sia l'incidenza concreta del principio di leale cooperazione nelle diverse relazioni tra le autorità in materia di concorrenza e in quali ipotesi la violazione di tale principio possa essere invocata per dichiarare illegittimo un atto o una prassi di un'autorità, ovvero quali siano le ripercussioni pratiche di una sua possibile violazione.

Per quanto concerne la questione vertente sul valore della *soft law*, il principio di leale cooperazione può essere utilizzato per attribuire un certo valore obbligatorio, o almeno persuasivo, agli orientamenti della Commissione. Il sistema di applicazione *antitrust* pone la Commissione in una posizione di supremazia funzionale del sistema, alla quale è attribuito il ruolo di guida dello stesso. La Commissione, tramite i testi di *soft law*, definisce gli orientamenti che intende seguire, contribuendo in tal modo ad aumentare la certezza e trasparenza del sistema. Nonostante dallo studio della giurisprudenza emerga come la Corte di giustizia abbia sancito la non vincolatività nei confronti degli Stati membri della Comunicazione relativa alla cooperazione nell'ambito della rete⁶¹⁴ e di quella relativa all'immunità⁶¹⁵, non può essere negato che il discostamento ingiustificato delle autorità nazionali dagli orientamenti della Commissione si ponga in netto contrasto con l'obiettivo di applicazione coerente ed efficace delle norme *antitrust*.

⁶¹⁴ Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (2004/C 101/03).

⁶¹⁵ Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese (2006/C 298/11).

Alla luce di tale riflessione, il ragionamento abbracciato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Grimaldi*⁶¹⁶, ossia che i giudici nazionali debbano prendere in considerazione gli orientamenti della Commissione, dovrebbe essere trasposto anche con riguardo alle autorità nazionali garanti della concorrenza. Se la finalità della *soft law* è quella di migliorare la coerenza del sistema, risulta indispensabile che l'approccio nazionale a detti testi sia il medesimo.

Nell'ipotesi in cui le autorità nazionali si discostino dagli orientamenti della Commissione, non potrebbe essere invocata la violazione del principio di leale cooperazione al fine di invalidare la prassi nazionale, in quanto la Corte di giustizia, come visto, ha espressamente sancito la mancanza di obbligatorietà degli stessi. La Commissione, tuttavia, può utilizzare gli strumenti di cui è dotata per contrastare le prassi nazionali divergenti. Potrebbe, ad esempio, avocare a sé il caso, ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 6 del Regolamento (CE) n. 1/2003, in quanto una delle ipotesi in cui la Commissione può esercitare il potere di avocazione del caso è quando ciò sia necessario per adottare una decisione al fine di sviluppare la politica comunitaria in materia di concorrenza.

Un secondo aspetto che merita riflessione concerne l'invocabilità del principio di leale cooperazione per invalidare il rifiuto di un'autorità nazionale garante della concorrenza a cooperare con un'altra autorità, ossia nell'ipotesi in cui si rifiuti di scambiare informazioni o di effettuare ispezioni *cross-border*. Con riguardo allo scambio di informazioni, il Regolamento (CE) n. 1/2003 non obbliga le autorità nazionali garanti della concorrenza a scambiarsi informazioni, restando una mera "facoltà". Il collegamento tra tale "facoltà" e il dovere di leale cooperazione, di cui all'articolo 4 TUE, non appare del tutto chiaro. Infatti, nell'ambito della cooperazione tra la Commissione e giudici nazionali, l'articolo 4 TUE è stato richiamato dalla Corte di giustizia per imporre in capo alla Commissione l'obbligo di trasmettere le informazioni in suo possesso ai giudici nazionali⁶¹⁷. Si ritiene che l'articolo 12 del Regolamento debba essere interpretato alla luce dell'articolo 4 TUE, ossia la "facoltà" in realtà debba essere intesa come un obbligo di trasmissione di informazioni richieste da un altro membro della Rete ai fini dell'applicazione delle regole di concorrenza dell'Unione. In caso contrario, infatti, si comprometterebbe l'efficace e corretto funzionamento del sistema.

⁶¹⁶ Corte giustizia, 13 dicembre 1989, *Grimaldi c. Fnds des Maladies Professionnelles*, C-322/88, pp. 18-19, ECLI:EU:C:1989:646.

⁶¹⁷ Tribunale, 18 settembre 1996, *Postbank NV c. Commissione delle Comunità europee*, T-353/94, pp. 64 e 65, ECLI:EU:T:1996:119, « Il principio di leale collaborazione, sancito dal citato art. 5, impone alle istituzioni comunitarie, e soprattutto alla Commissione, incaricata di vigilare sull'applicazione delle disposizioni del Trattato, di cooperare attivamente con il giudice nazionale che opera per reprimere infrazioni ad una disciplina comunitaria. Tale concorso, che si articola in forme diverse, può consistere, se del caso, nella comunicazione ai giudici nazionali di documenti acquisiti dalle istituzioni nell'esercizio delle loro funzioni (v. ordinanza della Corte 13 giugno 1990, causa C-2/88 Imm., *Zwartveld e a.*, Racc. pag. I-3365, punti 16-22). Nell'ambito di un procedimento di applicazione della normativa comunitaria sulla concorrenza, tale principio implica segnatamente, come si evince dalla giurisprudenza della Corte, che il giudice nazionale ha il diritto di informarsi presso la Commissione sullo stato del procedimento eventualmente iniziato, nonché quello di ottenere da tale istituzione i dati economici e giuridici che essa è in grado di fornirgli (...) ».

Lo stesso ragionamento deve essere fatto in materia di ispezioni *cross-border*. Difatti, dalla formulazione letterale dell'articolo 22 del Regolamento (CE) n. 1/2003 emerge come nel caso di richiesta di effettuare ispezioni da parte di un'altra autorità, l'autorità l'interpellata abbia la facoltà di rifiutare l'assistenza. In particolare, l'articolo 22, paragrafo 1 dispone che l'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro « può procedere » ad effettuare le ispezioni. Anche tale disposizione deve essere interpretata alla luce del principio di leale cooperazione.

Lo scambio di informazioni tra autorità e le ispezioni *cross-border* rappresentano degli strumenti indispensabili in un contesto sempre più globalizzato, dove le condotte hanno una valenza internazionale e le società hanno sedi in più Stati membri. Il rifiuto a scambiare informazioni o ad effettuare ispezioni per conto di un'altra autorità sicuramente si pone in diretto contrasto con il principio di leale cooperazione. Quest'ultimo potrebbe così essere invocato per invalidare il rifiuto ingiustificato a offrire assistenza.

L'analisi condotta mostra come nel settore *antitrust* vi sia un continuo conflitto tra l'esigenza di garantire l'applicazione efficace delle norme della concorrenza dell'Unione e l'esigenza di avvalersi di strumenti giuridici propri degli ordinamenti nazionali.

Il sistema della rete di cooperazione tra le autorità nazionali di concorrenza, per quanto si presti ad applicazioni certamente positive, presenta numerosi punti di debolezza. La Rete ha mostrato come essa possa agire « come catalizzatore di una genuina convergenza nell'applicazione delle regole sostanziali e procedurali da parte delle autorità nazionali, facilitando l'emersione di approcci condivisi in relazioni a talune restrizioni della concorrenza »⁶¹⁸. Le lacune e le limitazioni degli strumenti di cui dispongono le autorità nazionali minano il sistema di competenze parallele per l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE: il sistema non può funzionare correttamente se non si raggiunge una certa convergenza. Come mostrato dal caso *Booking*, nonostante vi sia stata un'effettiva ed efficace coordinazione tra le autorità, le differenze tra le norme procedurali applicabili nei diversi Stati membri ha condotto alla necessità di apportare adattamenti e innovazioni, per consentire l'allineamento anche cronologico delle pronunce delle autorità coinvolte. Ciò dimostra come la diversità delle regole procedurali sia in grado di incidere direttamente sull'operabilità degli strumenti di cooperazione. Alla luce di ciò, il principio di leale cooperazione potrebbe essere invocato al fine di invalidare delle norme procedurali nazionali eccessivamente onerose o che siano d'ostacolo all'effettiva cooperazione tra le autorità, compromettendo la creazione di un *level playing field*.

⁶¹⁸ Relazione annuale dell'AGCM sull'attività svolta nel 2015, disponibile al seguente indirizzo [https://www.agcm.it/dotcmsDOC/relazioni-annuali/relazioneannuale2015/Relazione annuale 2016.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsDOC/relazioni-annuali/relazioneannuale2015/Relazione%20annuale%202016.pdf).

Il principio di leale cooperazione impone agli Stati membri di dare alle disposizioni del diritto dell'Unione l'effetto più completo possibile, consentendo loro di sfruttare a pieno le potenzialità delle stesse nei sistemi giuridici nazionali. Pertanto, gli Stati dovrebbero essere incentivati ad effettuare un'armonizzazione spontanea delle proprie procedure, anche in assenza di un intervento a livello di Unione europea.

Un ulteriore aspetto oggetto di analisi concerne il ruolo della leale cooperazione come mezzo per contrastare le possibili violazioni al principio del *ne bis in idem* nel diritto della concorrenza. A seguito di un'analisi critica della giurisprudenza, fondata su un confronto tra diverse Corti, è possibile rilevare una certa tensione tra il triplice criterio applicato nell'ambito della legislazione in materia di concorrenza e l'articolo 50 della Carta. Risulta certamente difficile rinvenire le ragioni in base alle quali si dovrebbe continuare ad applicare il triplice criterio nell'ambito della normativa sulla concorrenza. Il rischio che più autorità avviino procedimenti a carico di una stessa impresa per una medesima condotta è infatti implicito in un sistema decentralizzato, come quello istituito dal Regolamento (CE) n. 1/2003, e per tale motivo il ricorso al principio del *ne bis in idem* non dovrebbe essere subordinato a criteri eccessivamente rigorosi.

L'Unione si impegna a tutelare i diritti fondamentali e gli Stati membri non devono compromettere il proseguimento di tale obiettivo. Alla luce dell'orientamento della Corte di giustizia sull'interpretazione del principio del *ne bis in idem* e in assenza di regole vincolanti in materia di allocazione dei casi, il principio di leale cooperazione non potrebbe essere invocato per prevenire l'apertura di procedimenti paralleli nei confronti di un'impresa per una medesima condotta. Ciononostante, incombe sugli Stati membri il dovere di astenersi dal porre in essere qualsiasi misura che possa compromettere la tutela dei diritti fondamentali. Nell'ipotesi in cui diverse autorità nazionali siano interessate da una medesima pratica anticoncorrenziale e non riescano a pervenire ad un accordo su quale tra di loro sia la "*well placed*" per seguire il caso, non sussiste alcuna procedura formale che possa risolvere tale conflitto. Al contrario, in suddetta ipotesi, la Comunicazione stessa sembra enfatizzare la natura non vincolante delle regole di allocazione, sancendo che « *ogni membro della rete continua a poter decidere in piena libertà se effettuare o meno indagini su un caso* »⁶¹⁹. Una simile lettura, tuttavia, non sembra poter essere accolta perché non tiene conto del principio alla base del sistema, ossia il principio di leale cooperazione. Cosicché, la Comunicazione deve essere letta alla luce di tale principio, in quanto fermarsi ad un'interpretazione letterale della statuizione darebbe luogo alla possibilità ingiustificata di aprire procedimenti paralleli, anche qualora non ve ne

⁶¹⁹ Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, (2004/C 101/03), 27 aprile 2004, p. 5.

sia la necessità, con conseguente inutile moltiplicazione del lavoro e rischio di sottoporre l'impresa ad una duplicazione di procedimenti e sanzioni.

In forza del principio di leale cooperazione, le autorità nazionali della concorrenza dovrebbero essere incentivate a prendere contatto con le autorità interessate dalla medesima condotta, per coordinare le proprie procedure.

Dovrebbero così essere sfruttati maggiormente gli strumenti offerti dalla Rete per agire congiuntamente. Non può essere negata la ragionevolezza dell'apertura di un secondo procedimento da parte della Commissione o di un'autorità nazionale garante della concorrenza nel caso in cui il primo procedimento sia stato avviato da un'autorità che abbia considerato esclusivamente gli effetti della violazione sul proprio territorio nazionale o che abbia inflitto un'ammenda di valore modesto. Tuttavia, una simile soluzione è sintomo di inefficienza e comporta uno spreco di costi ed energie. In tal senso, forse, le regole sulla divisione del lavoro tra le autorità, oggi contenute in un testo di *soft law*, dovrebbero essere ripensate. Inoltre, nell'ipotesi di più procedimenti, le autorità dovrebbero essere obbligate a tenere in considerazione le sanzioni erogate dalle altre autorità garanti della concorrenza, in modo da evitare di sottoporre l'impresa a sanzioni eccessivamente onerose e non proporzionate.

Il diritto *antitrust* si regge su sistema complesso in cui ai vari attori istituzionali vengono assegnati dei ruoli precisi. Come il giudice interno può essere definito una propagazione diretta del giudice dell'Unione, analogamente le autorità nazionali garanti della concorrenza lo sono rispetto alla Commissione. Il sistema, basato sulla complementarità tra il *public* e il *private enforcement*, abbisogna di efficaci meccanismi di cooperazione tra autorità amministrative e organi giurisdizionali, in modo da assicurare una loro coordinazione ottimale.

In tale direzione, la Direttiva 2014/104/UE ha elevato le decisioni delle autorità nazionali garanti della concorrenza al rango riconosciuto alle decisioni della Commissione, sulla base di una applicazione estensiva del principio del primato, in quanto le autorità sono da intendersi come delle *longae manus* della Commissione quando applicano gli articoli 101 e 102 TFUE. Il carattere vincolante delle decisioni definitive dell'autorità nazionali nelle cause di risarcimento costituisce un importante tassello nel complesso mosaico che regola la cooperazione tra le diverse autorità nell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE. La Direttiva, tuttavia, nonostante abbia introdotto delle novità assolute e ambiziose, ha differenziato il valore delle decisioni adottate dall'autorità nazionale da quelle adottate dalle autorità di altri Stati membri. Il legislatore europeo ha optato per un'armonizzazione minima con riguardo al valore delle decisioni adottate da altre autorità nazionali garanti della concorrenza, limitandosi a prescrivere che a tali decisioni debba essere dato almeno il

valore di prova *prima facie*, da valutarsi “*se del caso [...] insieme ad altre prove addotte dalle parti*”.

Molti Stati membri hanno deciso di non attribuire valore giuridico vincolante alle decisioni definitive adottate dalle autorità garanti di altri Stati membri, pur essendo loro facoltà farlo. La *ratio* dell'esclusione dell'effetto *cross-border* della vincolatività delle decisioni delle autorità nazionali di altri Stati membri si fonda sulla non uniformità delle esperienze nei diversi sistemi. Tale scelta, tuttavia, comporta una duplicazione dell'analisi fattuale e giuridica determinando considerevoli costi aggiuntivi, nonché una durata e un'imponderabilità notevoli per l'azione di risarcimento danni intentata dalle vittime. Ciò rappresenta senza dubbio un ostacolo all'applicazione efficace degli articoli 101 e 102 TFUE, minando la certezza del diritto. È interessante notare come alcuni Stati membri, mostrando un atteggiamento fortemente integrazionista e basato sulla fiducia reciproca, abbiano esteso il valore vincolante anche alle decisioni adottate dalle altre autorità nazionali. Tale posizione rappresenta quel risultato auspicabile di parificazione del valore delle decisioni delle diverse autorità nazionali garanti della concorrenza nelle cause di risarcimento del danno.

Il sistema presenta senza dubbi molti punti di debolezza, tuttavia, sono stati compiuti numerosi passi in direzione di una effettiva integrazione degli ordinamenti, che passa attraverso la stretta cooperazione tra le autorità e la progressiva armonizzazione delle norme procedurali nazionali.

BIBLIOGRAFIA

I. TRATTATI E MANUALI

A. Adinolfi, L. Daniele, B. Nascimbene, S. Amadeo

- *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2007.
- *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza, Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Giuffrè, Milano, 2006.

A. Adinolfi

- *L'accertamento in via pregiudiziale della validità degli atti comunitari*, Giuffrè, Milano, 1997.

A. Almasan, P. Whelan

- *The Consistent Application of Eu Competition Law*, Springer, Switzerland, 2017.

K. J. Alter

- *Establishing the supremacy of European law: The making of an international rule of law in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

G. Amato

- *Il potere e l'antitrust*, Il Mulino, Bologna, 1998.

A. Andreangeli

- *Eu Competition Enforcement and Human Rights*, Edward Elgar Publishing Ltd, Edinburgh (UK), 2008.

J. Azema

- *Le droit français de la concurrence*, Presses universitaires de France, coll. Thémis Droit, 2^e éd., Paris, 1989.

D. Bailey, L. E. John

- (Bellamy & Child) *European Union Law of Competition*, Oxford, 2013.

A. Barav

- *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, coll. Grands écrits, Bruylant, Bruxelles, 2011.

S. Bastianon

- *Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, Giuffrè, Milano, 2005.

J. F. Bellis,

- *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, coll. Competition law, Paris, 2015.

A. Bernardini

- *Interpretazione conforme fra tecniche ermeneutiche ed effetti normativi*, Jovene Editore, Napoli, 2015.

R. Blasselle,

- *Traité de droit européen de la concurrence*, Publisud, coll. Manuels 2000, Paris, 2008.

D. Brault,

- *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, LGDJ, coll. Droit des affaires, Paris, 2004.

L. Burgogue-Larsen, E. Dubout, A. Maitrot de la Motte, S. Touzé

- *Les interactions normatives. Droit de l'Union Européenne et Droit International*, ed. Pedone, Paris, 2012.

C. B. Calini

- *Procedure antitrust in Italia*, Giuffrè, Milano, 2018.

P. Cassinis

- *Antitrust tra autorità e giudici*, a cura di A. Raffaelli, *Antitrust between EC law and national law*, Beuylant, Giuffrè, Milano, 2009.

A. Catricalà, A. Lalli

- *L'Antitrust in Italia, il nuovo ordinamento*, Giuffrè, Milano, 2010.

A. Catricalà e S. Troiano

- *Codice commentato della Concorrenza e del Mercato*, UTET, Torino, 2010.

E. Cazzato

- *Le linee guida sulla quantificazione delle sanzioni antitrust*, Giappichelli, Torino, 2018.

E. Chiti, C. Franchini

- *L'integrazione amministrativa europea*, Il Mulino, Bologna, 2003.

M.P. Chiti - G. Greco

- *Trattato di diritto amministrativo europeo*, II, Giuffrè, Milano, 2007.

M. Cocconi

- *Il diritto europeo dell'istruzione: oltre l'integrazione dei mercati*, Giuffrè, Milano, 2006.

E. Combe,

- *La politique de la concurrence*, La Découverte, coll. Repères, 2016.

M. Condinanzi, R. Mastroianni

- *Il contenzioso dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2009.

A. Condomines

- *Le nouveau droit français de la concurrence*, Jurismanager, coll. Manuel pratique, 2009.

P. Craig

- *EU Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

C. Damro, T. R. Guay

- *European Competition Policy and Globalization*, Palgrave Macmillan, London, 2016.

V. D'Antonio

- *Le politiche di clemenza in diritto antitrust, principi, modelli e tecniche di comparazione, Comparazione e Diritto Civile*, Giappichelli, Torino, 2012.

A. Decocq, G. Decocq

- *Droit de la concurrence : droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, coll. Manuels, 8^e éd., 2016.

L. Defalque, J. de Cockborne, C.F. Durand, H. Prah, G. Vandersanden

- *Commentaire Megret: le droit de la CEE*, Ed. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1992.

M. Depincé, D. Mainguy,

- *Droit de la concurrence*, LexisNexis, coll. Manuels, 2015.

F. Fabbrini

- *Fundamental rights in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

P. Fattori, M. Todino

- *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna 2010.

J. Faull & A. Nikpay

- *The EU law of Competition*, Oxford, 2014.

C. Fratea

- *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015.

M. A. Frison-Roche, M. St. Payet

- *Droit de la concurrence*, Dalloz, coll. Précis, Droit privé, 2018.

D.U. Galetta

- *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata, Giappichelli, Torino, 2009.

D. Gerber

- *Law and Competition in Twentieth Century*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

V. Giacobbo Peyronnel, C. Verdure

- *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne*, Bruylant, Brussels, 2017.

A Guedj, M. Picard

- *Pratique du droit de la concurrence national et communautaire*, Litec, coll. affaires, finances, 2006.

P. Iannuccelli

- *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza nell'Unione Europea e la Direttiva 2014/104*, Giuffrè, Milano, 2015.

G. Isaac, M. Blanquet

- *Droit communautaire général*, Armand Colin, Paris, 2001.

N. Jalabert-Doury

- *Les inspections de concurrence des autorités françaises*, Mayer Brown, Concurrences, 2019.

H. Kanninen, N. Korjus, A. Rosas

- *EU Competition Law in Context*, Hart Publishing, Oxford, 2009.

C. Kerse, N. Khan

- *EC Antitrust Procedure*, ed. V, Sweet & Maxwell, London, 2012.

M. Klamert

- *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford Studies in European Law, Oxford, 2014.

A. P. Komninos

- *Ec private antitrust enforcement*, Hart publishing, Oxford, 2008.

M. Le Barbier Le Bris

- *Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les Etats membres de l'Union européenne, des Etats pas comme les autres*, In *Le droit de l'Union européenne en principes - Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Apogée, Rennes, 2006.

M. Libertini

- *Diritto della Concorrenza dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014.

- M. Mauraie-Vignal,
- *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, coll. Sirey Université, Paris, 2017.
- S. Mangiameli
- *L'Ordinamento Europeo, I principi dell'Unione*, Giuffrè, Milano, 2006.
- P. Manzini
- *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza, commento al d.lgs n. 3/2017*, Giappichelli, Torino, 2017.
- M. Maugeri, A. Zoppini
- *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Il Mulino, Bologna, 2011.
- V. Melo
- *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato e i programmi di clemenza*, in R. Bedogni, C. Barucci (a cura), *20 anni di antitrust*, Giappichelli, Torino, 2010.
- M. Merola, D. Waelbroeck
- *Towards an optimal enforcement of competition rules in Europe*, Bruylant, Brussels, 2009.
- T. M. J. Möllers A. Heinemann
- *The Enforcement of Competition Law in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- A. Mozzati
- *La conformità europea dei procedimenti e degli atti amministrativi interni*, Giappichelli, Torino, 2012.
- C. Nagy
- *The procedural aspects of the application of competition law*, Europa Law Publishing, 2016.
- E. O' Neill, E. Sanders
- *Uk Competition Procedure, The Modernised Regime*, Oxford, 2007.
- M. Orlandi
- *L'evoluzione del primato del diritto dell'Unione europea*, Utet, Torino, 2012.
- L. Ortiz Blanco
- *Ec Competition Procedure*, Oxford, 2013.
- L. F. Pace
- *I fondamenti del diritto antitrust europeo. Norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla Costituzione europea*, Giuffrè, Milano, 2005.

- *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2013.

E. Paulis

- *Policy issues in the private enforcement of EC competition law*, a cura di J. Basedow, *Private enforcement of EC competition law*, Kluwer Law International, 2007.

P. Perlingieri

- *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, Napoli 2004.

P. Pescatore

- *Le droit de l'intégration*, Ed. Sijthoff, Leiden, 1992.

C. Prieto, D. Bosco

- *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, Bruxelles, 2013.

L. Prosperetti, E. Pani, I. Tomasi

- *Il danno antitrust, una prospettiva economica*, Il Mulino, Milano, 2009.

E. A. Raffaelli

- *Antitrust between EC law and national law*, Giuffrè, Milano, 2009.

F. Rossi Dal Pozzo, B. Nascimbene

- *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2009.

R. A. Tizzano

- *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014.

R. A. Tizzano

- *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2014.

I. Van Bael, J. F. Bellis

- *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2009.

G. Vesperini

- *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 2011.

R. Whish, D. Bailey

- *Competition law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

WPJ. Wils

- *Principles of European Antitrust Enforcement*, Hart Publishing, Oxford, 2005.

II. ARTICOLI

M. Accetto e S. Zleptnig

- *The principle of effectiveness: rethinking its role in community law*, European Public Law, 2005.

E. D'Alessandro

- *L'autonomia processuale degli Stati Membri e l'effettività della tutela giurisdizionale. In particolare: l'incidenza delle pronunce interpretative della Corte di Giustizia Interedil e Gothaer sul diritto processuale nazionale*, intervento in occasione del corso organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, *I giudici nazionali quali giudici naturali del diritto dell'Unione europea: il ruolo del giudice nazionale nell'attuazione del diritto UE secondo la giurisprudenza nazionale ed eurounitaria*, Corte di Cassazione, 7-9 marzo 2018

A. Andreangeli

- *The consequences of Brexit for competition litigation: An end to a "success story"?*, European Competition Law Review, 2017, 38(5).

M. Antonioli

- *Riflessioni in tema di procedimento antitrust*, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario (1/2000).

A. Arnull

- *The legal Status of Recommendations*, European Law Review, 1990.

A. Benacchio, M. Carpagnano

- *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali. Private enforcement of competition law*, atti del III Convegno di studio presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, 15-16 aprile 2011, Padova.

M. Blanquet

- *La coopération entre les Etats Membres et les Institutions Communautaires*, in *l'Union Européenne carrefour de cooperations*, Librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J.), 2002.

G.M. Borchardt, K.C. Wellens

- *Soft Law in the European Community*, The Modern Law Review, 14, 1989.

S. Brammer,

- *Concurrent Jurisdiction under Regulation 1/2003 and the Issue of Case Allocation*, Common Market Law Review, 2005.

G. Bruzzone, M. Boccaccio

- *Il rapporto tra la tutela della concorrenza e tutela dei consumatori nel contesto europeo*, Relazione al Convegno Agcm – Luiss - Università degli Studi ‘Roma Tre’ su “*Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela*”, Note e studi Assonime n. 1/2010.

G. Bruzzone

- *Le restrizioni per oggetto nella giurisprudenza della Corte di giustizia: alla ricerca di un approccio sistematico*, V Convegno Antitrust di Trento, 17 aprile 2015.

L. Burgorgue-Larsen, E. Dubout, A. Maitrot de la Motte, S. Touzé

- *Les interactions normatives. Droit de l’Union Européenne et Droit International*, ed. Pedone, 2012, Parigi.

I. Cameron, F. Horn

- *Reservations to the European Convention on Human Rights: The Belilos Case*, German Yearbook of International Law, 33, 1990.

F. A. Cancilla

- *L’esecuzione « collaborativa » del diritto comunitario: il problema della giurisdizione e dei poteri di cognizione del giudice*, Foro amministrativo Tar, fasc.11, 2004.

S. Cassese

- *I lineamenti essenziali del diritto amministrativo comunitario*, Rivista di Diritto Pubblico Comunitario, 1991
- *L’esecuzione del diritto comunitario*, Rivista di Diritto Pubblico Comunitario, 1991.
- *Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1991.
- *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, Rivista di Diritto Pubblico Comunitario, fasc.5, 2004.

R. Chieppa

- *Rapporto tra public e private enforcement alla luce della Direttiva, intervento in occasione della sessione dell’AGCM “accesso alla prova e al fascicolo delle ANC*, disponibile sul sito dell’AGCM, maggio 2015.

M. Clarich

- *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, www.giustiziaamministrativa.it, 2008.

Competition Law Forum, *Modernisation Expert Group, Cooperation within the European Competition Network*, 15 European Business Law Review, 263, 2004.

H. Cosma, R. Whish

- *Soft Law in the Field of EU Competition Policy*, European Business Law Review, 2003, Issue 1.

F. D'Angelo

- *Relazioni Organizzative, Coamministrazione, Principio di Cooperazione*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico comunitario, fasc.5, ottobre 2017.

K. Dekeyser, M. Jaspers

- *A new Era of ECN Cooperation - Achievements and Challenges with Special Focus on work in the Leniency Field*, World Competition, 2007.

G. Di Federico

- *Eu Competition Law and the principle of Ne Bis in Idem*, in European Public Law, 2011, 241.

D. P. Domenicucci

- *Il meccanismo del rinvio pregiudiziale: istruzioni per l'uso*, in rivista Contratto e impresa/ Europa, CEDAM, 2014.

B. Dubey

- *Administration indirecte et fédéralisme d'exécution en Europe*, Cahiers de droit européen, 2003.

E. Ehlermann

- *The modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution*, Common Market Law Review, n. 37, 2000.

D. Ferrier, Plat

- *Plate-forme tierce : la Cour de cassation juge, quelques semaines après les conclusions de l'avocat général Wahl en réponse à une question préjudicielle posée par le tribunal régional supérieur de francfort, que l'interdiction faite à un distributeur agréé de revendre en ligne via une plate-forme tierce ne constitue pas en elle-même une restriction caractérisée (Caudalie c/ Enova Santé)*, Concurrences, n. 4, 2017.

D.U. Galetta

- *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea*, Report annuale Italia, Ius Publicum Network Review, 2011.

F. Gelmini

- *Brexit: The Future of Private Antitrust Enforcement in the UK*, European Futures, Edinburgh Europa Institute, 2017.

- D. J. Gerber
- *Modernising European Competition Law: A Developmental Perspective*, E.C.L.R, 122, 2001.
- J. Gerber, P. Cassinis
- *The modernisation of European Community Competition Law: Achieving Consistency in Enforcement*, in *European Competition Law Review*, V. 27, January 2006.
- D. J. Gerber
- *The Evolution of a European Competition Law Network*, *European Competition Law Annual*, 2005.
- Z. R. Georgieva
- *Soft law in EU Competition Law and its Judicial Reception in Member States: A Theoretical Perspective*, in *German Law Journal*, 16(2), May 2015.
 - *Competition soft law in French and German courts: A challenge for online sales bans only?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017.
- F. Ghezzi
- *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust: l'utilizzo dei leniency programs nella lotta contro cartelli e intese hard core*, in *Concorrenza e Mercato*, 2002.
- F. Ghezzi, B. Marchetti
- *La proposta di direttiva in materia di Rete europea della Concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie*, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.5, ottobre 2017.
- A. Hakon Cosma, R. Whish
- *Soft Law in the Field of EU Competition Policy*, *European Business Law Review*, Issue 1, 2003.
- H. C. H. Hofmann and A. Türk
- *The Development of Integrated Administration in the EU and its Consequences*, *European Law Journal*, Vol. 13, No. 2, March 2007.
- P. Iannuccelli
- *Torniamo al trattato! per il superamento della distinzione tra public e private enforcement del diritto della concorrenza*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014.
- E. Iacobucci, R. A. Winter
- *European law on Selective distribution and Internet Sales: ^[1]_{SEP} an Economic Perspective*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 81, 2014.

L. Idot

- *À propos de l'internationalisation du droit, Réflexions sur la soft law en droit de la concurrence*, in *Concurrences*, n. 2, 2007.

F. Jenny

- *La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe: État des lieux et changements à venir*, *Concurrences*, N° 3-2014 Colloque, 2014.

F. Jenny, E. Combe, J. M. Connor, P. Buccirosi, G. Spagnolo

- *Cartels: Economic efficiency of sanctions*, *Concurrences Review*, N° 4-2006, Art. N° 12613, 2006.

M. Kellerbauer

- *The recent case law on the disclosure of information regarding EU competition law infringement to private damages claimants*, in *European Competition Law Review*, 2014.

J. Klabbers

- *The Redundancy of Soft Law*, *Nordic Journal of International Law*, 1996.

N. Kroes

- *Consumers at the heart of EU competition policy*, Beuc, Strasbourg, Avril 2008.

A. Lacresse,

- *Réseau européen de concurrence : La Cour de Justice ne renonce pas au critère de l'unité de l'intérêt juridique protégé pour l'application du principe ne bis in idem en matière de concurrence (Toshiba Corporation)*, *Revue Concurrences*, N° 2-2012, Art. N° 45858, 2012.

F. Laina, E. Laurinen

- *The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013.

A. Lang

- *La tecnica dell'interpretazione conforme*, intervento in occasione del corso organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, *I giudici nazionali quali giudici naturali del diritto dell'Unione europea: il ruolo del giudice nazionale nell'attuazione del diritto UE secondo la giurisprudenza nazionale ed eurounitaria*, Corte di Cassazione, 7-9 marzo 2018.

B. Lasserre, L. Vogel, A. Italianer, M. Jaeger

- *Échange d'informations confidentielles dans le cadre de l'application privée du droit de la concurrence (10 ans d'application du règlement 1/2003 et de la loi luxembourgeoise relative à la concurrence, Luxembourg-Kirchberg, 6 juin 2014)*, *Revue Concurrences*, N° 4-2014, Art. N° 69496, 2014.

N. Latronico

- *Il caso Booking: prove generali di cooperazione tra le autorità nazionali di concorrenza*, rivista online Eurojus.it, 2015.

C. Lemaire

- *Sanctions : La cour d'appel de Paris se prononce pour la première fois sur le communiqué sanctions de l'Autorité et valide son application à des faits et à une procédure de non-contestation des griefs antérieurs à son entrée en vigueur (Nestlé Purina Petcar France)*, 10 octobre 2013, Revue Concurrences N° 1-2014, Art. N° 63784, 2014.

C. Lemaire, A. Lacresse, J. Bousin,

- *Politique de concurrence : Le Parlement européen et le Conseil adoptent la directive ECN+ et renforcent la convergence institutionnelle et procédurale au sein du réseau européen de concurrence (Directive 2019/1)*, Revue Concurrences, N° 2-2019, Art. N° 90462.

K. Lenaerts

- *Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community*, 28 Common Market Law Review, 1991.

K. Lenaerts

- *Regulating the Regulatory Process: "Delegation of Powers" in The European Community*, In European Law Review, 1993.

C. Leslie

- *Trust, Distrust and Antitrust*, 82 Texas LR, n. 516, 2004.

B. Leucht, K. Seidel

- *Du Traité de Paris au règlement 17/1962: Ruptures et continuités dans la politique européenne de concurrence, (1950-1962)*, Histoire, économie & société, n. 1, 2008.

F. Louis, G. Accardo

- *Ne Bis In Idem, Part Bis*, World Competition, n. 34, 2011.

X. Magnon

- *La loyauté dans le droit institutionnel de l'Union européenne*, Revue des affaires européennes, n. 2, 2011.

M. Malaurie-Vignal

- *Le bien-être du consommateur, une rencontre possible entre juriste et économiste ?*, Le concurrentialiste – Chroniques de droit économique, 31 mai 2013.

M. Merola, L. Armati

- *The binding effect of NCA decisions under the damages directive: rationale and practical implications*, in rivista italiana di antitrust, n.1, 2016.

J. Mertens De Wilmars

- *L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers*, in Cahiers de droit européen, 1981.

G. Muscolo

- *Il rapporto tra private e public enforcement nel diritto della concorrenza, aspetti generali ed istituzionali*, intervento in occasione dell'incontro organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, Università degli Studi di Genova e Ordine degli Avvocati di Genova, Progetto JUECON Genova, 20 novembre 2015.

B. Nascimbene

- *Interaction between Leniency Programs and Damages Actions in Antitrust Law: Perspectives for Collective Redress*, 2013, 36 World Competition, Issue 2, Kluwer Law Online
- *Autorità amministrative indipendenti e sanzioni "penali". Un'occasione di confronto fra CEDU e diritto UE*, disponibile sulla rivista online Eurojus, 2016.

R. Nazzini

- *Fundamental rights beyond legal positivism: rethinking the ne bis in idem principle in EU competition law*, Journal of Antitrust Enforcement, Ottobre 2014, Volume 2.

E. Neframi

- *Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne*, 2012, Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne, Dalloz, 2012.
- *Principe de coopération loyale et principe d'attribution dans le cadre de la mise en oeuvre du droit de l'Union*, «Cahiers de droit européen», 2016.

C. Nizzo

- *L'articolo 5 del Trattato CE e la clausola generale di buona fede nell'integrazione europea*, in Il Diritto dell'Unione europea, 3/1997.

P. Oliver

- *Companies and their fundamental rights: a comparative perspective*, International and Comparative Law Quarterly, July 2015.

C. Prieto

- *Détermination des sanctions pécuniaires : Tenants et aboutissants de la méthode retenue par l'Autorité de la concurrence*, Revue Concurrences N° 3-2011, Art. N° 37127, 2011.

A. Raffaelli

- *L'application concurrente du droit communautaire de la concurrence par les juges nationaux et la Commission européenne*, in Colloque pour une justice économique efficiente en Europe enjeux et perspectives d'une harmonisation, Actes du colloque CREDA – UAE, Bruylant, 2009.

A. Riley

- *EC antitrust modernisation: the Commission does very nicely- than you! Part one*, in European Competition Law Review, 2003.

D. Rittleng

- *De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union*, in *Revue trimestrielle droit européen*, 2009.

J. Rodger

- *Implementation of the Antitrust Damages Directive in the UK: limited reform of the limitation rules?*, in European Competition Law Review, n. 38(5), 2017.

R. Rordof

- *Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno antitrust*, Le società, 2014.

B. Rossi

- Osservazioni a Cass. Pen., Sez. Sez. III, data udienza Ud. 1° marzo 2017, n. 35156, Cassazione Penale, fasc. 12, 2017.

F. Rossi Dal Pozzo

- *La direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust. Armonizzazione delle regole nazionali in tema di private enforcement o occasione mancata?*, Eurojus.it rivista online, 11 dicembre 2014.

A. Ronzano

- *Confidentialité des correspondances échangées entre un avocat et son client : La Chambre criminelle de la Cour de cassation ouvre une première brèche dans la pratique contestable de la saisie globale des messageries électroniques en affirmant que le pouvoir de saisir les messageries informatiques reconnu aux enquêteurs trouve sa limite dans le principe de la libre défense qui commande de respecter la confidentialité des correspondances échangées entre un avocat et son client et liées à l'exercice des droits de la défense et en censurant le rejet opposé par le premier président de la Cour d'appel aux demandes d'annulation de saisies de pièces relevant de la protection du secret professionnel entre un avocat et son client, dont la violation ne saurait être rachetée par une simple restitution des documents saisis(Medtronic/Saint Gobain)*, *Revue Concurrences* N° 3-2013, Art. N° 53553, 2013.

E. Schmidt Assmann

- *Le modèle de l'« administration composée » et le rôle du droit administratif européen*, *Revue française du droit administratif*, n. 2, 2006.

R. Schütze

- *From Rome to Lisbon: “executive federalism” in the (new) European Union*, Common Market Law Review, 2010.

L. Senden

- *Soft Law in European Community Law, Modern Studies in European Law*, in Hart Publishing, 2004.

M. Siragusa

- *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute*, International Antitrust Law and Policy, Juris, 2014.

M. Siragusa

- *I rapporti tra i soggetti del sistema della concorrenza: riparto di competenze e circolazione di informazioni*, relazione presentata al Convegno Le nuove regole della Concorrenza, Roma, ABI, 2003.

P. J. Slot

- *Does the Pfleiderer judgment make the fight against international cartels more difficult?*, European Competition Law Review, 2013.

R. Smits

- *European Competition Network: Selected aspects, Legal Issues of Economic Integration* (32)2, Kluwer Law International, 2005.

F. Snyder

- *Soft law and Institutional Practice in the European Community*, in ST. Martin, *The Construction of Europe: Essay in honour of Emilie Noel*, Kluwer Academic Publishers, 1994.

O. Stefan

- *Hybridity before the Court: a Hard Look at Soft Law in the Eu Competition and State Aid Case Law*, European Law Review, Vol. 37, 2012.

J. Temple Lang

- *The Development by the Court of Justice of the Duties of Cooperation of National Authorities and Community Institution under Article 10 EC*, Fordham Int'l L.J. 1483, 2008.

J. Temple Lang

- *The duties of cooperation of national authorities and Courts under article 10 E.C.: two more reflections*, European Law Review, n. 26, 2001.

G. Tesouro

- *Modernisation and Decentralisation of EC Competition Law*, in Modernisation and Decentralisation of EC Competition Law, Kluwer Law International, 2000.

R. A. Tizzano

- *Il ruolo dei consumatori nel diritto antitrust alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, Rivista italiana di Antitrust, n.1 (2015).

L. Torchia

- *Diritto amministrativo nazionale e diritto comunitario: sviluppi recenti del processo di ibridazione*, Rivista di Diritto Pubblico Comunitario, n. 5, 1997.

R. Tremolad

- *Il rapporto tra private e public enforcement del diritto antitrust nella giurisprudenza amministrativa*, Il Foro Amministrativo, Giuffrè, luglio 2015, nota a sentenza: Consiglio di Stato, Sezione VI, Academia.edu, N. 4773, 22 settembre 2014.

M. Trimarchi

- *La divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza nella direttiva sull'antitrust private enforcement (direttiva 2014/104/UE)*, AIDA, 2015.

J. A. E. Vervaele

- *Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the Eu*, Utrecht L. Rev. 211, 2013.

J. S. Venit

- *Brave new world the modernisation and decentralization of enforcement under articles 81 and 82 of the EC Treaty*, Common Market Law Review, 2003.

B. Vleeshouwers, T. Verstraeten

- *The postman always rings twice... on the application of the ne bis in idem principle in competition law*, European Competition Law Review, 2017.

L. Vogel

- *Du droit commercial au droit économique*, L.G.D.J, Collection Traités, 20e edition, 2016.

S. Vollering

- *When a hardcore restriction is not an object restriction*, European Competition Law Review, 2018.

W. Voermans

- *Human Rights Protection in the European Legal Order: The Interaction Between the European and the National Courts*, P. Popelier, C. Van de Heyning and P. Van Nuffel (eds) (Cambridge: Intersentia, 2011).

F. Wilman

- *Private Enforcement of EU Law Before National Courts, the EU Legislative Framework*, Edward Elgar Publishing Limited, 2015.

E. Zollet, S. Bastid

- *La bonne foi en droit international public*, *Revue générale de droit international public*, 28, 1977.

III. GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

CORTE DI GIUSTIZIA

Corte di giustizia, 5 febbraio 1963, *Van Gend & Loos*, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1.

Corte di giustizia, 15 luglio 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

Corte di giustizia, 5 maggio 1966, *Gutmann c. Commissione CEEA*, cause riunite 18/65 e 35/65, ECLI:EU:C:1967:6.

Corte giustizia, 30 giugno 1966, *Société Technique Minière (L.T.M.) c. Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, C-56/65, ECLI:EU:C:1966:38.

Corte giustizia, 13 luglio 1966, *Établissements Consten S.à.R.L. e Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commissione della C.E.E*, cause riunite 56 e 58-64, ECLI:EU:C:1966:41.

Corte di giustizia, 13 febbraio 1969, *Walt Wilhelm e altri c. Bundeskartellamt*, C-14/68, ECLI:EU:C:1969:4.

Corte di giustizia, 10 dicembre 1969, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*, cause riunite 6 e 11/69, ECLI:EU:C:1969:68.

Corte di giustizia, 8 giugno 1971, *Deutsche Grammophon c. Metro SB*, C-78/70, ECLI:EU:C:1971:59.

Corte di giustizia, 13 luglio 1972, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, C-48-71, ECLI:EU:C:1972:65.

Corte giustizia, 21 febbraio 1973, *Europemballage e Continental Can c. Commissione*, C-6/72, ECLI:EU:C:1973:22.

Corte giustizia, 30 gennaio 1974, *Belgische Radio en Televisie e société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs c. SV SABAM e NV Fonior*, C-127/73, ECLI:EU:C:1974:25.

Corte di giustizia, 16 dicembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG e Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188.

Corte di giustizia, 9 marzo 1978, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. SpA Simmenthal*, C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49.

Corte giustizia, 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche c. Commissione delle Comunità europee*, C-85/76, ECLI:EU:C:1979:36.

Corte di giustizia, 5 aprile 1979, *Ratti*, C-148/78, ECLI:EU:C:1979:110.

Corte di giustizia, 18 maggio 1982, *AM & S c. Commissione delle Comunità europee*, C-115/79, ECLI:EU:C:1980:124.

Corte di giustizia, 10 febbraio 1983, *Lussemburgo c. Parlamento europeo*, C-230/81, ECLI:EU:C:1983:32.

Corte di giustizia, 18 aprile 1984, *Sabine von Colson e Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153.

Corte di giustizia, 7 novembre 1985, *Stanley George Adams c. Commissione delle Comunità europee*, C-145/83, ECLI:EU:C:1985:448.

Corte di giustizia, 23 aprile 1986, *les Verts c. Parlamento europeo*, C-294/83, ECLI:EU:C:1986:166.

Corte di giustizia, 4 febbraio 1988, *Murphy e a.*, C-157/86, ECLI:EU:C:1988:62.

Corte di giustizia, 27 settembre 1988, *Grecia c. Consiglio delle Comunità europee*, C-204/86, ECLI:EU:C:1988:450.

Corte di giustizia, 21 settembre 1989, *Hoechst AG c. Commissione delle Comunità europee*, C-46/87, ECLI:EU:C:1989:337.

Corte di giustizia, 17 ottobre 1989, *Dow Benelux c. Commissione delle Comunità europee*, C-85/87, ECLI:EU:C:1989:379.

Corte giustizia, 13 dicembre 1989, *Grimaldi c. Fnds des Maladies Professionnelles*, C-322/88, ECLI:EU:C:1989:646.

Corte di giustizia, 6 dicembre 1990, *Zwartveld e altri*, C-2/88, ECLI:EU:C:1990:440.

Corte di giustizia, 28 febbraio 1991, *Stergios Delimitis c. Henninger Bräu*, C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91.

Corte di giustizia, 11 giugno 1991, *Nikolaos Athanasopoulos*, C-251/89, ECLI:EU:C:1991:242.

Corte di giustizia, 18 giugno 1991, *Elliniki Radiophonia Tileorassi Anonimi Etairia*, C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254.

Corte di giustizia, 16 luglio 1992, *Dirección General de Defensa de la Competencia c. Asociación Española de Banca Privada (AEB) e altri*, C-67/91, ECLI:EU:C:1992:330.

Corte di Giustizia, 30 marzo 1995, *Parlamento c. Consiglio dell'Unione europea*, C-65/93, ECLI:EU:C:1995:91.

Corte di giustizia, 14 dicembre 1995, *Jeroen van Schijndel e Johannes Nicolaas Cornelis van Veen c. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, cause riunite C-430/93 e C-431/93, ECLI:EU:C:1995:441.

Corte giustizia, 24 ottobre 1996, *Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a. c. Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, C-72/95, ECLI:EU:C:1996:404.

Corte giustizia, 18 marzo 1997, *Guérin automobiles c. Commissione delle Comunità europee*, C-282/95 P, ECLI:EU:C:1997:159.

Corte di giustizia, 1 giugno 1999, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269.

Corte di giustizia, 11 gennaio 2000, *Kreil*, C-285/98, ECLI:EU:C:2000:2.

Corte giustizia, 14 dicembre 2000, *Masterfoods Ltd c. HB Ice Cream Ltd*, C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689.

Corte giustizia, 20 settembre 2001, *Courage c. Crehan*, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465.

Corte giustizia, 7 marzo 2002, *Italia c. Commissione delle Comunità europee*, C-310/99, ECLI:EU:C:2002:143.

Corte di giustizia, 15 ottobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, ECLI:EU:C:2002:582.

Corte di giustizia, 22 ottobre 2002, *Roquette Frères SA*, C-94/00, ECLI:EU:C:2002:603.

Corte di giustizia, 7 gennaio 2004, *Aalborg Portland A/S e altri c. Commissione delle Comunità europee*, 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, ECLI:EU:C:2004:6.

Corte di giustizia, 28 giugno 2005, *Dansk Rørindustri and Others c. Commissione delle Comunità europee*, C-189/02 P, ECLI:EU:C:2005:408.

Corte di giustizia, 22 novembre 2005, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709.

Corte di giustizia, 9 marzo 2006, *Leopold Henri Van Esbroeck*, C-436/04, ECLI:EU:C:2006:165.

Corte giustizia, 18 maggio 2006, *Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients c. Commissione delle Comunità europee*, C-397/03 P, ECLI:EU:C:2006:328.

Corte di giustizia, 29 giugno 2006, *Showa Denko c. Commissione delle Comunità europee*, C-289/04 P, ECLI:EU:C:2006:431.

Corte di giustizia, 4 luglio 2006, *Adeneler e a.*, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443.

Corte giustizia, 13 luglio 2006, *Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni Spa*, C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461.

Corte di giustizia, 21 settembre 2006, *JCB Service c. Commissione delle Comunità europee*, C-167/04 P, ECLI:EU:C:2006:594.

Corte di giustizia, 28 settembre 2006, *Jean Leon Van Straaten c. Staat der Nederlanden, Repubblica italiana*, C-150/05, ECLI:EU:C:2006:614.

Corte di giustizia, 28 settembre 2006, *Gasparini e altri*, C-467/04, ECLI:EU:C:2006:610.

Corte di giustizia, 11 gennaio 2007, *ITC*, C-208/05, ECLI:EU:C:2007:16.

Corte di giustizia, 7 giugno 2007, *J. van der Weerd e altri*, cause riunite C-222/05 a C-225/05, ECLI:EU:C:2007:318.

Corte di giustizia, 18 luglio 2007, *Norma Kraaijenbrink*, C-367/05, ECLI:EU:C:2007:444.

Corte di giustizia, 18 dicembre 2007, *Frigerio Luigi & C. Snc c. Comune di Triuggio*, C-357/06, ECLI:EU:C:2007:818.

Corte di giustizia, 15 aprile 2008, *Impact c. Minister for Agriculture and Food e altri*, C-268/06, ECLI:EU:C:2008:223.

Corte giustizia, 1° luglio 2008, *Svezia e Turco c. Consiglio dell'Unione europea*, C-39/05 P e C-52/05 P, ECLI:EU:C:2008:374.

Corte di giustizia, 3 settembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461.

Corte di giustizia, 6 ottobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez Nogueira*, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615.

Corte giustizia, 2 aprile 2009, *France Télécom Sa c. Commissione delle Comunità europee*, C-202/07, ECLI:EU:C:2009:214.

Corte giustizia, 1 luglio 2010, *Polska Telefonia Cyfrowa sp. z o.o. c. Prezes Urzędu Komunikacji Elektroniczne*, C-99/09, ECLI:EU:C:2010:395.

Corte di giustizia, 14 settembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals c. Commissione europea*, C-550/07, ECLI:EU:C:2010:512.

Corte di giustizia, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke GbR c. Land Hessen*, C-92/09, ECLI:EU:C:2010:662.

Corte di giustizia, 7 dicembre 2010, *Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewaterkers (VEBIC) VZW*, C-439/08, ECLI:EU:C:2010:739.

Corte di giustizia, 22 dicembre 2010, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH c. Germany*, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811.

Corte giustizia, 17 febbraio 2011, *TeliaSonera Sverig*, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83.

Corte di giustizia, 3 maggio 2011, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów c. Tele2 Polska sp. z o.o. (divenuta Netia SA)*, C-375/09, ECLI:EU:C:2011:270.

Corte giustizia, 12 maggio 2011, *Polska Telefonia Cyfrowa sp. z o.o. c. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej*, C-410/09, ECLI:EU:C:2011:294.

Corte giustizia, 14 giugno 2011, *Pfleiderer c. Bundeskartellamt*, C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389.

Corte di giustizia, 15 settembre 2011, *Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique c. Accor SA.*, C-310/09, ECLI:EU:C:2011:581.

Corte di giustizia, 13 ottobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c. Président de l'Autorité de la concurrence e Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649.

Corte di giustizia, 20 ottobre 2011, *Interedil, s.r.l.*, C-396/09, ECLI:EU:C:2011:671.

Corte di giustizia, 14 febbraio 2012, *Toshiba Corporation e altri c. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*, C-17/10, ECLI:EU:C:2012:72.

Corte di giustizia, 15 novembre 2012, *Gothaer Allgemeine Versicherung A G c. Samskip GmbH*, C-456/11, ECLI:EU:C:2012:719.

Corte giustizia, 13 dicembre 2012, *Expedia Inc. c. Autorité de la concurrence e altri*, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795.

Corte di giustizia, 6 giugno 2013, *Bundswettbewerbsbehörde c. Donau Chemie AG and Others*, C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366.

Corte di giustizia, 15 gennaio 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2.

Corte giustizia, 27 febbraio 2014, *Commissione europea c. EnBW Energie Baden Württemberg AG*, C-365/12 P, ECLI:EU:C:2014:112.

Corte di giustizia, 20 gennaio 2016, *DHL Express (Italy) e DHL Global Forwarding (Italy) c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-428/14, ECLI:EU:C:2016:27.

Corte di giustizia, 13 luglio 2016, *Joachim Pöpperl c. Land Nordrhein-Westfalen*, C-187/15, ECLI:EU:C:2016:550.

Corte di giustizia, 14 marzo 2017, *Evonik Degussa GmbH c. Commissione europea*, C-162/15 P, ECLI:EU:C:2017:205.

Corte di giustizia, 6 dicembre 2017, *Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente GmbH*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941.

Corte di giustizia, 20 dicembre 2017, *Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation c. Bezirkshauptmannschaft Gmünd*, C-664/15, ECLI:EU:C:2017:987.

Corte di giustizia, 20 marzo 2018, *Enzo Di Puma c. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) e altri*, cause riunite C-596/16 e C-597/16, ECLI:EU:C:2018:192.

Corte di giustizia, 3 aprile 2019, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. w Warszawie c. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, C-617/17, ECLI:EU:C:2019:283.

TRIBUNALE

Tribunale, 18 settembre 1992, *Automec Srl c. Commissione delle Comunità europee*, T-24/90, ECLI:EU:T:1992:97.

Tribunale, 18 settembre 1996, *Postbank NV c. Commissione delle Comunità europee*, T-353/94, ECLI:EU:T:1996:119.

Tribunale, 5 luglio 2001, *Roberts c. Commissione delle Comunità europee*, T-25/99, ECLI:EU:T:2001:177.

Tribunale, 20 settembre 2001, *Mannesmannrohren c. Commissione delle Comunità europee*, T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61.

Tribunale, 9 luglio 2003, *Daesang e Sewon Europe c. Commissione delle Comunità europee*, T-230/00, ECLI:EU:T:2003:196.

Tribunale, 15 marzo 2006, *BASF AG c. Commissione delle Comunità europee*, T-15/02, ECLI:EU:T:2006:74.

Tribunale, 7 giugno 2006, *Österreichische Postsparkasse e Bank für Arbeit und Wirtschaft c. Commissione delle Comunità europee*, cause riunite T-213/01 e T-214/01, ECLI:EU:T:2006:151

Tribunale, 30 aprile 2009, *Itochu Corp c. Commissione delle Comunità europee*, T-12/03, ECLI:EU:T:2009:130.

Tribunale, 13 settembre 2013, *Paesi Bassi c. Commissione europea*, T-380/08, ECLI:EU:T:2013:480.

Tribunale, 28 gennaio 2015, *Evonik Degussa GmbH c. Commissione europea*, T-341/12, ECLI:EU:T:2015:51.

Tribunale, 7 luglio 2015, *Axa Versicherung c. Commissione europea*, T-677/13, ECLI:EU:T:2015:473.

Tribunale, 15 luglio 2015, *Pilkington Group Ltd c. Commissione europea*, T-462/12, ECLI:EU:T:2015:508.

Tribunale, 13 dicembre 2016, *Printeos, SA e altri c. Commissione europea*, T-95/15, ECLI:EU:T:2016:722.

Tribunale, 2 marzo 2016, *Société générale SA c. Commissione europea*, T-98/14, ECLI:EU:T:2016:131.

Tribunale, 28 marzo 2017, *Deutsche Telekom AG c. Commissione europea*, T-210/15, ECLI:EU:T:2017:224.

IV. CONCLUSIONI DEGLI AVVOCATI GENERALI

Conclusioni dell'Avvocato Generale Alain Dutheillet De Lamothe, Corte di giustizia, 6 maggio 1971, *Cadillon c. Firma Hoss*, C-1/71, ECLI:EU:C:1971:45

Conclusioni dell'Avvocato Generale K. Roemer, Corte di giustizia, 15 dicembre 1971, *International Fruit Company NV ed altri c. Produktschap voor groenten en fruit*, cause riunite C-51 e C-54/71, ECLI:EU:C:1971:119.

Conclusioni dell'Avvocato Generale, Corte di giustizia, 30 gennaio 1985, *Commissione c. Francia*, C-290/83, ECLI:EU:C:1984:379.

Conclusioni dell'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, Corte di giustizia, 11 febbraio 2003, *Berlandesgericht Köln - Germania e Rechtbank van eerste aanleg te Veurne – Belgio*, C-187/01, ECLI:EU:C:2003:87.

Conclusioni dell'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, Corte di giustizia, 7 gennaio 2004, *Italcementi SpA c. Commissione*, C-213/00 P, pp. 92-94, ECLI:EU:C:2003:84.

Conclusioni dell'Avvocato Generale L. A. Geelhoed, Corte di giustizia, 29 giugno 2006, *Commissione c. SGL Carbon AG*, C-301/04 P, p. 63, ECLI:EU:C:2006:53.

Conclusioni dell'Avvocato Generale, Juliane Kokott, Corte di giustizia, 14 febbraio 2012, *Toshiba Corporation e altri*, C-17/10, pp. 111 ss., ECLI:EU:C:2011:552.

Conclusioni dell'Avvocato Generale P. Cruz Villalón, Corte di Giustizia, 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, ECLI:EU:C:2012:340.

Conclusioni dell'Avvocato Generale Nils Wahl, Corte di giustizia, 3 aprile 2019, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. w Warszawie c. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, C-617/17, ECLI:EU:C:2018:976.

V. GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo., 8 giugno 1976, *Engel e a. c. Paesi Bassi* (Grande Camera), ricorsi n. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, ricorso n. 8544/79.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 23 ottobre 1995, *Gradinger c. Austria*, ricorso n. 15963/90.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 30 luglio 1998, *Oliveira c. Switzerland*, ricc. n. 84/1997/868/1080.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo., 29 maggio 2001, *Franz Fischer c. Austria*, ricorso n. 37950/97.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 21 maggio 2003, *Janosevic c. Sveden*, ricorso n. 43509/08.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 23 novembre 2005, *Jussila c. Finlandia*, ricorso N. n. 73053/01.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo., 10 febbraio 2009, *Zolotukhin v. Russia*, ricorso n. 14939/03.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 27 settembre 2011, *A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia*, ricorso n. 43509/08.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 4 marzo 2014, *Grande Stevens ed altri c. Italia*, ricorso n. 18640/2010.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 16 giugno 2016, *Tarasov c. Ukraine*, ricorso n. 44396/05.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo., 4 ottobre 2016, *Rivard c. Switzerland*, ricorso n. 21563/12

VI. GIURISPRUDENZA FRANCESE

Cour d'Appel de Paris, 31 gennaio 2013, RG No. 2008/23812.

Cour d'Appel de Paris, 28 mars 2013, RG No. 2011/18245.

Cour d'Appel de Paris, 13 marzo 2014, RG No. 2013/00714.

Cour d'Appel de Paris, 31 décembre 2014, RG No. 2014060579.

Cour d'Appel de Paris, 28 juin 2017, RG No. 15/21316.

Cour d'Appel de Paris, 8 novembre 2017, Whirlpool, RG No. 14/13384.

Cour d'Appel de Paris, 6 janvier 2016, Electrolux France, RG No. 13/23293.

Cour de Cassation, civile, Chambre commerciale, 21 mars 1989, pourvoi n° 88-10.162.

Cour de Cassation, civile, Chambre commerciale, 10 mars 1992, pourvoi n°90-12.55.

Cour de Cassation, civile, Chambre commerciale, 12 novembre 1996, pourvoi n° 94-13.943.

Cour de Cassation, civile, Chambre commerciale, 21 janvier 1997, pourvoi n°94-18.855.
Cour de Cassation, Chambre criminelle, 21 novembre 2001, pouvoirs n. 99-30.131 e.a.
Cour de Cassation, Chambre criminelle, 24 avril 2013, pourvois n° 12-80.331 e.a.
Cour de Cassation, Chambre criminelle, 24 avril 2013, pourvois n° 12-80.335 e.a.
Conseil constitutionnel, décision n°2010-6/7 QPC, 11 juin 2010.

VII. GIURISPRUDENZA ITALIANA

Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 562.
Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.
Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271.
Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 marzo 2006, n. 1397.
Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 giugno 2006, n. 4017.
Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 ottobre 2007, n. 5085.
Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 dicembre 2007, n. 6469.
Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 gennaio 2008, n. 102.
Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 424.
Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 marzo 2009, n. 1190.
Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 giugno 2010, n. 4016.
Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3013.
Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3751.
Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 luglio 2011, n. 4393.
Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3026.
TAR Lazio, Sez. I, 29 dicembre 2007, n. 14157.
TAR Lazio, Sez. I, 02 dicembre 2009, n. 12319.
TAR Lazio, Sez. I, 24 dicembre 2011, n. 10180.
TAR Lazio, Sez. I, 26 gennaio 2012, n. 865.

TAR Lazio, Sez. I, 11 aprile 2012, nn. 3274-3280.

TAR Lazio, Sez. I, 3 settembre 2012, n.7467.

TAR Lazio, Sez. I, 29 marzo 2012, n. 3029.

TAR Lazio, Sez. I, 5 dicembre 2017, n. 11986.

TAR Lazio, Sez. I, 15 dicembre 2017, n. 12420.

Corte costituzionale, 27 dicembre 1973, n. 183, *Frontini*.

Corte costituzionale 8 giugno 1984, n. 170, *Granital*.

VIII. LEGISLAZIONE EUROPEA

Regolamento (CEE) n. 17/1962 del Consiglio del 21 febbraio 1962 concernente l'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato.

Regolamento (CE) n. 2790/1999 della Commissione del 22 dicembre 1999, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate.

Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

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.

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.

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.

Regolamento (UE) N. 330/2010 della Commissione del 20 aprile 2010 relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate.

Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE.

Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio del 11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno.

Comunicazione della Commissione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi d'intesa tra imprese, (96/C-207/04), 18 luglio 1996.

Comunicazione della Commissione concernente la cooperazione tra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri per l'esame dei casi disciplinati dagli articoli 85 e 86 del trattato CE, (97/C 313/03), 15 ottobre 1997.

Comunicazione Commissione, Linee direttrici sulle restrizioni verticali, (2000/C 291/01), 13 ottobre 2000.

Comunicazione della Commissione sulla non imposizione delle ammende o sulla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese (2002/C-45/03), 19 febbraio 2002.

Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (2004/C 101/03), 27 aprile 2004.

Comunicazione della Commissione sull'orientamento informale per questioni nuove relative agli articoli 81 e 82 del Trattato CE, sollevate da casi individuali (lettere di orientamento), (2004/C 101/06), 27 aprile 2004.

Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 del trattato CE, (2004/C 101/05), 27 aprile 2004.

Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE, (2004/C 101/04), 27 aprile 2004.

Comunicazione Commissione, Linee direttrici la nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, (2004/C 101/07), 27 aprile 2004.

Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, (2004/C 101/08), 27 aprile 2004.

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, (2005/C 325/07), 22 dicembre 2005.

Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese (2006/C 298/11), 8 dicembre 2006.

Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato (2004/C 101/04), 9 aprile 2006.

Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2, del regolamento n. 17 e dell'articolo 65, paragrafo 5, del Trattato CECA» (GU 1998, C 9) sostituita dagli Orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, (2006/C 210/02), 1° settembre 2006.

Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese (2006/C 298/11), 8 dicembre 2006.

Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale (2011/C 11/01), 14 gennaio 2011.

Comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, (2013/C 167/07), 13 giugno 2013.

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Dieci anni di applicazione delle norme antitrust ai sensi del regolamento (CE) n. 1/2003: risultati e prospettive future, Bruxelles, /* COM/2014/0453 final */, 11 luglio 2014.

Comunicazione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (comunicazione «de minimis»), 2014/C 291/01, 30 agosto 2014.

Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di trasferimento di tecnologia (2014/C 89/03), 28 marzo 2014.

IX. OSSERVAZIONI E PARERI COMMISSIONE

Parere della Commissione, 18 maggio 2004, reso in risposta alla domanda della Corte spagnola nella causa *Estaciones 2000 c. Repsol*.

Parere della Commissione, 29 Settembre 2004, reso in risposta alla domanda della Corte spagnola nella causa *Spanish Fuel Stations*.

Parere della Commissione, 2 febbraio 2005, reso in risposta alla domanda della Corte belga nella causa *Laurent Emond c. Brasserie Haacht*.

Parere della Commissione, 7 luglio 2005, reso in risposta alla domanda della Corte spagnola, nella causa *Spanish fuel stations*.

Parere della Commissione, 10 marzo 2009, reso in risposta alla domanda della Corte belga nella causa *Brouwerij Haacht*.

Parere della Commissione, 8 settembre 2009, reso in risposta alla domanda della Corte spagnola nella causa *Canales I Fils SL c. Petrocat*.

Parere della Commissione, 2 febbraio 2005, reso in risposta alla domanda della Corte belga nella causa *Wallonie Expo SA c. FEBIAC asbl*.

Parere della Corte, 16 febbraio 2007, reso in risposta alla domanda della Corte svedese nella causa *Danska Staten genom Bornholms Trafiken c. Ystad Hamn Logistik Aktiebolag*.

Parere della Commissione, 11 maggio 2007, reso in risposta alla domanda della Corte spagnola nella causa *Comillas 2 & Estacion de Servicio Sardinero c. Galp Energia España*.

Parere della Commissione, 29 novembre 2017, reso in risposta alla domanda della Corte belga nella causa *Selective distribution of shoes* (ancora pendente).

Parere della Commissione, 22 maggio 2007, reso in risposta alla domanda della Corte svedese nella causa *Övertorneå kommun and Haparanda kommun c. Ekfors*.

Parere della Commissione, 20 luglio 2009, reso in risposta alla domanda della Corte della Lituania nella causa *UAB Schneidersöhne Baltija c. UAB Libra Vitalis*.

Parere della Commissione, 18 novembre 2015, reso in risposta alla domanda della Corte Ungherese nella causa *Novartis*.

Parere della Commissione del 7 agosto 2012, reso in risposta alla domanda della Corte belga nella causa *Kapitol S.A. v Magyar Telekom*.

Parere della Commissione, 5 maggio 2014, reso in risposta della domanda della Corte inglese nella causa *Wm Morrison Supermarkets plc and Others c. MasterCard Incorporated and Others*.

Parere della Commissione, 22 dicembre 2014, reso in risposta della domanda della Corte inglese nella causa *Secretary of State and others c. Servier*.

Osservazioni della Commissione, 2 novembre 2006, presentate nell'ambito della causa *Garage Grémeau*.

Osservazioni della Commissione, 11 giugno 2009, presentate nell'ambito della causa *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*.

Osservazioni della Commissione, 24 settembre 2009, presentate nel caso *X B.V.*

Osservazioni della Commissione, 25 giugno 2010, presentate nell'ambito della causa *Železničná spoločnosť Cargo Slovakia, a.s.*

Osservazioni della Commissione, 13 ottobre 2011, presentate nell'ambito della causa *Orange Caraïbe*.

Osservazioni della Commissione, 3 novembre 2011, presentate nell'ambito della causa *National Grid*.

Osservazioni della Commissione, 24 gennaio 2012, presentate nell'ambito della causa *E.-P. v. Slovak NCA*.

Osservazioni della Commissione, 21 febbraio 2018, presentate nell'ambito della causa *Visa and MasterCard MIFs*.

X. RAPPORTI E DISCORSI

XXXIle rapport de la Commission sur la politique de concurrence 2002.

M. Monti, *A reformed competition policy: achievements and challenges for the future*, Centre for European Reform, Bruxelles, 28 ottobre 2004.

M. Monti, *Competition for Consumers' benefit*, Amsterdam, 22 ottobre 2004.

ECN (2012b) Working Group Cooperation Issues and Due Process, Investigative Powers Report; ECN Working Group Cooperation issues and Due Process Investigative Powers Report, 31 October 2012.

Bundeskartellamt *Working Group on Competition Law, 'Background Paper: Vertical Restraints in the Internet Economy*, 18 October 2013.

M. Vestager, *Keynote Speech, in Cuncurrences' New Frontiers of Antitrust*, Paris, 15 June 2015.

Directorate General for internal policies, *An Academic View on the Role and Powers of National Competition Authorities Background to the ECN plus project*, aprile 2016, IP/A/ECON/2016-06.

Commission Staff Working Document, 10 mai 2017, *Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final report on the E-commerce Sector Inquiry* { COM(2017) 229 final }.

Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement Européen, *Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique* {SWD(2017) 154 final}.

Annual Report on Competition Policy Developments in Austria, 27-28 novembre 2018, Organisation for Economic Co-operation and Development, DAF/COMP/AR(2018)32.

N. Kroes, *Reinforcing the fight against cartels and developing private antitrust damage actions: two tools for a more competitive Europe*, [europa.eu/rapid/pressReleasesAction speech 07/128](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2018)1/fr/pdf).

Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market, Brussels, 22 mars 2017 SWD(2017) 114 final.

OCDE, *Annule et remplace le même document du 29 mai 2018, Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi Défis et coordination des programmes de clémence*, DAF/COMP/WP3(2018)1, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2018\)1/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2018)1/fr/pdf).

Camera dei deputati, 5 giugno 2017, Atto numero: COM (2017) 142, 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, <http://documenti.camera.it/leg17/dossier/Pdf/ES087.pdf>.

Observations présentées par la Commission européenne conformément à l'article 23, deuxième alinéa, du statut de la Cour de justice dans l'affaire C-428/14, http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/submissions/c2014_428_obs_it.pdf.

ECN Model Leniency Programme: Report on the Assessment of the State of Convergence, http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_programme.pdf.

Consultation publique *Empowering the national competition authorities to be more effective enforcers*: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2015_effective_enforcers/index_en.html.