



Il sistema sanzionatorio degli illeciti *antitrust*: prospettive di armonizzazione europea per le misure nei confronti degli individui?

DI MATTEO ARANCI*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Le criticità dell’attuale sistema sanzionatorio e il *deficit* di effettività. – 3. Le basi giuridiche per l’intervento armonizzatore a livello europeo. – 4. Sanzioni amministrative o penali per gli illeciti antitrust? – 5. Conclusioni.

1. Introduzione.

L’attuale sistema di *enforcement* dei divieti dettati dagli artt. 101 e 102 TFUE si fonda, nell’ordinamento giuridico dell’Unione europea, su due pilastri essenziali, uno di stampo pubblicistico – imperniato su sanzioni pecuniarie per le imprese, irrogate dalla Commissione o a livello nazionale¹ – e uno di carattere privatistico, avente nelle azioni civili per il risarcimento dei danni il proprio asse portante, indicato come *private antitrust enforcement*². I due strumenti si propongono il comune scopo di assicurare piena attuazione alle menzionate disposizioni dei trattati³: tanto gli interventi delle autorità sul piano amministrativo-sanzionatorio quanto le

* Magistrato ordinario in tirocinio (D.M. 2 marzo 2021) presso il Tribunale di Milano; dottorando di ricerca in diritto dell’Unione europea, Università degli Studi di Milano (XXXIII ciclo).

¹ Sul versante sanzionatorio, il regolamento (CE) n. 1/2003 (in *GUCE*, 4 gennaio 2003, L 1, p. 1) ha conservato la stessa impostazione del precedente regolamento n. 17/62 (in *GUCE*, 21 febbraio 1962, p. 204). Gli artt. 23 e 24 regolamento (CE) n. 1/2003 abilitano la Commissione a irrogare alle sole imprese (e alle associazioni create dalle stesse) ammende di carattere pecuniario, la cui soglia massima è identificata in percentuale rispetto al fatturato totale realizzato durante l’esercizio precedente e il cui carattere non penale è affermato *per tabulas*. Quando, invece, l’applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE dovesse spettare alle autorità garanti nazionali, queste ultime – in forza dell’art. 5, par. 1, regolamento (CE) n. 1/2003 – provvedono a «comminare ammende, penalità di mora o qualunque altra sanzione prevista dal diritto nazionale».

² Sui rapporti tra *public* e *private enforcement*, v. *ex multis* W.P.J. WILS, *Private Enforcement of EU Antitrust Law and its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future*, in *World Competition*, 2017, p. 1.

³ V. in proposito le interessanti considerazioni di F.G. WILMAN, *The End of the Absence? The Growing Body of EU Legislation on Private Enforcement and the Main Remedies it Provides for*, in *CMLR*, 2016, p. 887 s., spec. p.

domande giudiziali spiegate dai privati si propongono infatti l'obiettivo di garantire piena effettività ai divieti anticoncorrenziali⁴.

Gli atti di diritto derivato che sono stati adottati, in passato come in tempi recenti⁵, si concentrano soltanto sulle forme di responsabilità delle persone giuridiche quali (unici) autori degli illeciti anticoncorrenziali. Al contrario, è sempre rimasto in disparte – nella produzione normativa delle istituzioni – il profilo legato alla possibilità di attribuire rilevanza alle condotte degli individui che abbiano dato corso, o preso parte, alle materiali violazioni degli artt. 101 e 102 TFUE⁶. L'esperienza europea, rispetto al fenomeno dei cartelli e degli abusi di posizione dominante, ha assunto così una posizione fortemente ambivalente, in quanto alle sanzioni che si impongono alle imprese non si accompagnano misure individuali, la cui esistenza, natura e afflittività è semmai determinata dai legislatori nazionali: circostanza che ha indotto parte della dottrina a definire come «cultura della tolleranza»⁷ l'approccio manifestato dalle Comunità prima e dall'Unione poi. L'assenza di un intervento armonizzatore sotto il profilo in esame si è tradotta nel riconoscimento, agli ordinamenti nazionali, di una piena e incondizionata libertà quanto (i) alla scelta della predisposizione (o meno) di un regime sanzionatorio a carico degli autori degli illeciti anticoncorrenziali e (ii) alla determinazione della natura e della tipologia delle misure. A questo proposito, risulta agevole tracciare una *summa divisio* tra due modelli. Da un lato, si possono collocare i Paesi – tra i quali l'Italia – che non prevedono alcun tipo di responsabilità individuale per gli individui e considerano le misure pecuniarie dirette alle sole imprese il modello preferibile per la repressione di condotte anticoncorrenziali⁸; dall'altro vi sono Stati che, adottando un paradigma analogo a quello statunitense⁹, hanno previsto una legislazione tesa a punire anche le persone fisiche autrici dei principali illeciti *antitrust*. Tra questi ultimi, alcuni ordinamenti – un esempio è quello portoghese – prevedono formule sanzionatorie di taglio amministrativo nei confronti degli individui; altri Paesi europei hanno invece introdotto fattispecie penali per contrastare fenomeni come i cartelli e gli abusi di posizione dominante sui mercati¹⁰.

888, ove l'Autore evidenzia che il *private enforcement* costituisce uno strumento essenziale per assicurare, insieme all'intervento pubblicistico, l'uniforme e piena applicazione del diritto dell'Unione europea.

⁴ Basti in proposito richiamare la nota sentenza *Courage* dalla Corte di giustizia (20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd*, ECLI:EU:C:2001:465), in cui il giudice lussemburghese ha evidenziato la centralità dei divieti *antitrust* e la conseguente necessità di assicurarvi piena effettività anche attraverso le azioni dei singoli.

⁵ In proposito, v. la direttiva 2014/104/UE, in *GUUE*, 5 dicembre 2014, L 349, p. 1, relativa all'adozione di regole comuni in tema di *private antitrust enforcement* e la direttiva (UE) 2019/1, in *GUUE*, 14 gennaio 2019, L 11, p. 3 (c.d. direttiva ECN+), volta a conferire alle autorità nazionali poteri più efficaci.

⁶ Il considerando n. 8, regolamento (CE) n. 1/2003 esplicita del resto che lo strumento normativo *de quo* lascia impregiudicata la possibilità che le leggi nazionali vietino o sanzionino un illecito in modo più severo, anche attraverso sanzioni penali a persone fisiche: a queste ultime, non si applica la disciplina "comunitaria".

⁷ A. CORDA, *Legislazione antitrust e diritto penale: spunti problematici in ambito europeo*, in *Criminalia*, 2009, p. 485 s., spec. p. 490, il quale riprende la locuzione da C. HARDING, *Business Cartels as a Criminal Activity: Reconciling North American and European Models of Regulation*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 2002, p. 406 s.

⁸ A. CORDA, *Legislazione antitrust e diritto penale*, cit., p. 500.

⁹ Negli USA, a livello legislativo, l'emanazione dello *Sherman Antitrust Act* – prima legislazione che reprime penalmente gli illeciti anticoncorrenziali – risale al 1890: già tale atto prevedeva severe sanzioni penali – inasprite nel corso dei decenni – per chi prenda parte ad accordi collusivi o realizzi pratiche di monopolizzazione. Per una ricognizione, v. J.M. CONNOR, A.A. FOER, S. UDWIN, *Criminalizing Cartels: An American Perspective*, in *NJECL*, 2010, p. 199 s.

¹⁰ Per una ricognizione complessiva, v. A. STEPHAN, *Four Key Challenges to the Successful Criminalization of Cartel Laws*, in *Jour. Ant. Enf.*, 2014, p. 333 s., spec. p. 334.

L'evidenziata eterogeneità tra le scelte dei Paesi europei quanto agli apparati sanzionatori predisposti per assicurare il concreto *enforcement* dei divieti imposti dai trattati ha indotto da tempo una profonda riflessione, nella dottrina nazionale¹¹ e, forse più marcatamente, in quella straniera¹², il cui principale interrogativo concerne la possibilità e l'opportunità di un intervento europeo che armonizzi l'impiego, da parte degli ordinamenti nazionali, di un regime di responsabilità individuale per reprimere gli illeciti *antitrust*, se del caso anche di carattere penale. Del resto, una così marcata disarmonia – per cui un soggetto può essere sanzionato penalmente in Francia, ma non se abbia commesso lo stesso fatto a pochi chilometri di distanza, ad esempio in Italia – potrebbe produrre conseguenze di grande impatto all'interno dell'unico contesto territoriale europeo e induce a riflettere sull'opportunità di creare un *level playing field*, in modo tale che tutte le imprese agiscano in un contesto omogeneo anche per quanto riguarda la normazione della responsabilità individuale.

2. Le criticità dell'attuale sistema sanzionatorio e il deficit di effettività.

Il primo interrogativo cui occorre porre mente riguarda l'opportunità di ricorrere ad un apparato sanzionatorio che colpisca le figure individuali responsabili della costituzione di cartelli o dell'instaurazione di regimi di abuso di posizione dominante: se è vero che sono ormai numerosi gli ordinamenti che hanno percorso questa via, non mancano modelli – in primo luogo quello italiano – che sembrano invece ignorarne l'urgenza. Invero, la capacità di un apparato sanzionatorio (limitato alle imprese) di assicurare ai divieti imposti dai trattati un adeguato

¹¹ Tra i principali contributi sul punto, v. A. CORDA, *Legislazione antitrust*, cit.; G.M. FLICK, *A proposito della tutela della concorrenza: economia e diritto penale o economia di diritto penale?*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI, *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010; G.M. FLICK, *Dall'andante con moto all'adagio ma non troppo e viceversa. Variazioni sul tema del diritto penale dell'economia*, in Banca, Borsa, Titoli di credito, 2011, p. 424 s.; V. MILITELLO, *La tutela della concorrenza e del mercato nella l. 10.10.1990 n. 297*, in Riv. Trim. Dir. Pen. Ec., 1991, p. 641 s.; A.F. TRIPODI, *Possibilità di un intervento penale nella disciplina antitrust*, in Giur. Comm., 2006, p. 521 s..

¹² *Ex multis*, v. S.B. FARMER, *Real Crime: Criminal Competition Law*, in Eur. Comp. J., 2013, p. 599 s.; J. HAKOPIAN, *Criminalisation of EU Competition Law Enforcement – A Possibility after Lisbon?*, in Comp. Law Rev., 2010, p. 158 s.; P. HANH ROSOCHOWICZ, *The Appropriateness of Criminal Sanctions in the Enforcement of Competition Law*, in Eur. Comp. Law Rev., 2004, p. 752 s.; C. HARDING, *Hard Core Cartel Conduct as a Crime: The Justification for Criminalisation in the European Context*, in NJECL, 2012, p. 139 s.; ID., *The Relationship between EU Criminal Law and Competition Law*, in V. MITSILEGAS, M. BERGSTRÖM, T. KONSTADINIDES, *Research Handbook on EU Criminal Law*, Cheltenham, 2016, p. 249 s.; C. FIJNAUT, H.J. ALBRECHT, A. KLIP (eds.), *Crime, Criminal Law and Criminal Justice in Europe: a Collection in Honour of Cyrille Fijnaut*, Leida, 2013; G. MONCUIT, *Legitimacy Test for Criminal Sanction: Antitrust Law Perspective*, in Global Comp. Lit. Rev., 2018, p. 152; J. ÖBERG, *Union Regulatory Criminal Law Competence*, cit.; P. O'LOUGHLIN, *Public-Private Antitrust Enforcement Conflicts: Assessing Criminalization as a Solution*, in Col. J. Eur. Law, 2017, p. 683 s.; G. SPAGNOLO, *Criminalisation of Cartels and Their Internal Organisation*, in K. CSERES, M.P. SCHINKEL, F. VOGELAAR (eds.), *Criminalization of Competition Law Enforcement. Economic and Legal Implications for the EU Member States*, Cheltenham, 2006, p. 111 s.; C.D. WELLER, *Criminal Antitrust: Five New Defenses*, in The Antitrust Bulletin, 2016, p. 599 s.; P. WHELAN, *Contemplating the Future: Personal Criminal Sanctions for Infringements of EC Competition Law*, in King's Law Journal, 2008, p. 364 s.; ID., *The Criminalization of European Cartel Enforcement*, Oxford, 2014; ID., *Antitrust Criminalization as a Legitimate Deterrent*, in T. TÓTH, *The Cambridge Handbook of Competition Law Sanctions*, Cambridge University Press, forthcoming (il manoscritto è consultabile al link https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3760522); W.J.P. WILS, *Is Criminalisation of EU Competition Law the Answer?*, in K. CSERES, M.P. SCHINKEL, F. VOGELAAR (eds.), *Criminalization of Competition Law Enforcement.*, cit., p. 95 s.; M. ZULEEG, *Criminal Sanctions To Be Imposed on Individuals as Enforcement Instruments in European Competition Law*, in C.D. EHLERMANN, I. ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, 2003, p. 453 s..

enforcement è stata oggetto di profondi e significativi dubbi, palesati tanto dalle istituzioni europee, quanto dalla dottrina e, in generale, sono emerse non poche ragioni per le quali il sistema attuale difetta di una reale capacità deterrente. Già la necessità di adottare la direttiva ECN+ del 2019 sembra palesare l'urgenza di dotare il *public antitrust enforcement* di maggiore efficacia. Se il sistema elaborato nel 2003 fosse stato *ex se* capace di garantire, attraverso le misure già previste, un reale effetto deterrente e un idoneo risultato repressivo, la Commissione non avrebbe avvertito il bisogno di esigere dagli Stati membri il rafforzamento – *inter alia* – dei poteri sanzionatori di cui le autorità competenti sono dotate¹³. Sempre dall'istituzione guardiana dei trattati, attraverso una dichiarazione, risalente al 2009, della Commissaria Kroes, era stata manifestata l'intenzione di combattere in modo radicale le pratiche anticoncorrenziali attraverso iniziative volte ad incrementare l'effettività e la deterrenza delle misure in tutti i Paesi membri¹⁴. Quanto alle altre istituzioni, si può ricordare che il Parlamento europeo, in una risoluzione di inizio 2011 sulla politica di concorrenza¹⁵, ha osservato che ricorrere soltanto ad ammende, benché di importo rilevante¹⁶, ma rivolte alle (sole) imprese, come unico strumento di *antitrust enforcement* potrebbe essere insufficiente ed esplicitamente ha invocato «lo sviluppo di un'ampia gamma di strumenti più sofisticati, che affrontino questioni quali la responsabilità individuale»¹⁷. Anche la Corte di giustizia ha richiamato l'attenzione sulla necessità che le sanzioni adottate nei confronti dei soggetti responsabili di violazioni degli artt. 101 e 102 TFUE siano efficaci, poiché diversamente sarebbe minata alla radice l'applicazione uniforme del diritto della concorrenza dell'Unione europea¹⁸. Inoltre, una significativa tensione verso la ricerca di (maggiore) effettività si può rinvenire anche negli sforzi del giudice lussemburghese di ammettere l'applicazione extraterritoriale della disciplina della concorrenza dettata a livello europeo per fattispecie anticompetitive realizzate in luoghi estranei all'Unione stessa¹⁹. A livello internazionale, un modello di *enforcement* della legislazione *antitrust* fondato su sanzioni individuali – preferibilmente di taglio penale – è stato invocato, infine, dall'OCSE: tale organizzazione ha evidenziato, a più riprese²⁰, la necessità di impiegare tali misure come le uniche in grado di assicurare un effetto deterrente a fronte degli illeciti anticoncorrenziali.

Al monito delle istituzioni per l'adozione di strumenti capaci di maggiore effettività, si affiancano poi significative perplessità della dottrina, la quale ha – a più riprese e con diversi accenti – avanzato seri dubbi sulla capacità di un sistema imperniato su sanzioni non individuali

¹³ Esigenze segnalate dalla comunicazione della Commissione COM(2017) 142 def., cit.

¹⁴ Discorso della Commissaria europea alla concorrenza, Speech/09/454, 8 ottobre 2009.

¹⁵ Risoluzione del Parlamento europeo, 20 gennaio 2011, sulla relazione sulla politica di concorrenza 2009, doc. 2010/2137(INI).

¹⁶ Secondo le statistiche diffuse (<https://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>), nel solo quinquennio tra il 2016 e il 2020 (aggiornamento al 29 settembre 2020) sono state irrogate sanzioni per 8.236.896.000 euro da parte della Commissione. La più significativa ammenda è stata irrogata nel caso dei costruttori di autocarri: v. il comunicato stampa della Commissione, 19 luglio 2016, dal titolo *Antitrust: La Commissione commina ammende pari a € 2,93 miliardi a costruttori di autocarri per aver partecipato a un accordo di cartello*.

¹⁷ Risoluzione del Parlamento europeo, cit., pt. 60

¹⁸ Corte giust., 11 giugno 2009, causa C-429/07, *Inspecteur van de Belastingdienst*, ECLI:EU:C:2009:359, pt. 37.

¹⁹ Sul punto, v. P. DE PASQUALE, *L'applicazione extraterritoriale delle regole antitrust*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Napoli, 2013, p. 144 s..

²⁰ OCSE, *Hard Core Cartels – Recent progress and challenges ahead*, 2003, spec. p. 29; OCSE, *Hard core cartels: third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation*, 2005, spec. p. 27; OCSE, *Cartels: Sanctions Against Individuals*, 2009, spec. p. 9.

di assicurare una protezione davvero efficace ai mercati²¹. Sotto questo profilo, è stata peraltro rilevata una significativa discrasia tra le scelte operate in questo settore e le strategie di contrasto adottate in tema di *market abuse*: pur a fronte di una certa omogeneità di beni giuridici da proteggere e di evidenti analogie quanto alla capacità di questi illeciti di produrre distorsioni sui mercati, le politiche della Commissione appaiono significativamente diverse e, di conseguenza, «this [...] shows that there is, apparently, little consistency in the general enforcement strategy at the EU level»²². Se l'obiettivo della legislazione in tema di abusi di mercato è assicurare protezione a un valore divenuto centrale nel contesto contemporaneo – ovvero la fiducia, da parte di risparmiatori e investitori, nel mercato e negli operatori che vi svolgono la propria attività²³ – è evidente che la prevenzione e il contrasto delle condotte anticompetitive dovrebbero potersi realizzare attraverso strumenti (quantomeno) analoghi, essendo comune il fine di assicurare un mercato ispirato alle dinamiche della libera concorrenza. L'incongruenza sarebbe ancor esasperata dal fatto che i divieti in materia non costituiscono previsioni indirizzate ai soli Stati membri, ma destinate a imporsi anche nei confronti dei privati: come bene la sentenza *Courage* aveva evidenziato gli artt. 101 e 102 TFUE sono fonte tanto di diritti, quanto di obblighi per le persone fisiche e giuridiche operanti nel territorio europeo. Perciò, se il trattato impedisce a tutti (ovviamente anche agli individui) di realizzare cartelli o abusi, è palese che lasciare questi divieti sforniti di un adeguato presidio rischia di rendere le stesse previsioni del tutto ineffettive, se non pleonastiche. Del resto, una violazione degli artt. 101 e 102 TFUE presuppone condotte individuali, le quali resterebbero – paradossalmente – impunte, mentre sanzionate sarebbero solo le imprese²⁴. Si tratta peraltro di soggetti che spesso, dalla realizzazione di intese o di abusi di posizione, ritraggono vantaggi personali, tanto a livello professionale, quanto su base pecuniaria²⁵. Il rischio che queste condotte non siano colpite – o, peggio, siano addirittura foriere di un'utilità per l'autore materiale – tende a sottrarre al sistema di contrasto degli illeciti qualsivoglia capacità di prevenzione, sia generale, sia speciale²⁶. Inoltre, le ammende e le penalità imposte alle imprese non solo possono risultare modeste quanto all'entità, ma potrebbero poi essere “riversate” sul consumatore, attraverso un incremento del prezzo dei beni o dei servizi: di conseguenza, l'ente sanzionato non risentirebbe, in chiave retributiva, di alcuna reale sanzione e, in ottica preventiva, la misura risulterebbe vana²⁷.

A ciò si lega l'ulteriore considerazione relativa al *quantum* delle sanzioni. Le ammende irrogate alle sole imprese si attestano, in virtù delle soglie fissate dalla disciplina sovranazionale, su livelli che paiono ben distanti da quanto sarebbe necessario per assicurare un'adeguata soglia

²¹ J. ÖBERG, *Union Regulatory Criminal Law Competence*, cit., p. 309 ss.; A. STEPHAN, *Four Key Challenges*, cit., p. 336 ss.; P. WHELAN, *Contemplating the Future*, cit., p. 364.

²² M. FAURE, C. LEGER, *The Directive on Criminal Sanctions for Market Abuse: A Move Towards Harmonizing Inside Trading Criminal Law at the EU Level?*, in *Brooklyn J. of Corporate, Financial & Commercial Law*, 2015, p. 387 s., spec. p. 422.

²³ A. ALESSANDRI, *Gli abusi di mercato*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Reati in materia economica – Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2012, p. 65 s., spec. p. 67.

²⁴ P. WHELAN, *Contemplating the Future*, cit., p. 365.

²⁵ J. ÖBERG, *Union Regulatory Criminal Law Competence*, cit., p. 309-310.

²⁶ J.M. CONNOR, A.A. FOER, S. UDWIN, *Criminalizing Cartels: An American Perspective*, cit., p. 212; J. ÖBERG, *Union Regulatory Criminal Law Competence*, cit., p. 303.

²⁷ T. CALVANI, K. CARL, *The Competition Act 2002, Ten Years Later: Lessons from the Irish Experience of Prosecuting Cartels as Criminal Offences*, in *Jour. Ant. Enf.*, 2013, p. 308 s., spec. la nota n. 51.

di effettività e, quindi, un minimo effetto deterrente²⁸. Si è rilevato che in media le ammende imposte dalla Commissione europea sono soltanto apparentemente severe, poiché, se confrontate con il fatturato annuo dei soggetti interessati, si apprende che in media l'importo si attesta a circa il 2-3% del volume d'affari dell'esercizio pregresso²⁹. Somme che, secondo alcune rilevazioni³⁰, non sono idonee a raggiungere i vantaggi economici che le imprese possono aver ritratto dal proprio illecito: è anzi agevole ritenere che le ammende siano inferiori ai profitti ricavati³¹ e, per quest'ordine di ragioni, si potrebbe considerare che esse neppure siano configurabili come sanzioni *in substantia* penali secondo i criteri *Engel*³². Tanto che, in questa prospettiva, il pagamento della somma imposto dalle autorità *antitrust* – sia essa la Commissione o quella nazionale – costituisce una sorta di *licence fee*, considerata alla stregua di un passaggio necessario per accedere a guadagni e vantaggi ben più redditizi³³. Se, al contrario, le ammende venissero elevate fino alle soglie indicate dalla dottrina come (presumibilmente) capaci di un effetto dissuasivo³⁴, sorgerebbe il rischio di cagionare il dissesto delle imprese assoggettate al pagamento delle misure pecuniarie, con ulteriori e indesiderabili riverberi, quali la perdita di investimenti, l'insolvenza rispetto ai creditori, il licenziamento dei dipendenti³⁵. Ciò evidenzia che un sistema fondato sulle (sole) sanzioni pecuniarie a carico delle imprese tende a rivelarsi intrinsecamente inefficace: se queste continuassero ad attestarsi sugli importi indicati, non sarebbero capaci di alcuna deterrenza, né di sterilizzare (quantomeno) l'indebito profitto conseguito.

Adottare strategie sanzionatorie individuali – pur continuando anche a imporre ammende come quelle attuali verso le imprese – significherebbe, in modo pressoché certo, assicurare un grado di *enforcement* ben maggiore alle politiche europee *antitrust*: com'è stato autorevolmente sottolineato, «[b]oth individual and corporate criminal punishment, including, where appropriate, custodial sentences, should exist to secure optimal cartel deterrence, and consequently maximum social welfare»³⁶. La prospettazione di pene individuali, anche limitative della libertà personale, costituirebbe – a differenza di un'ammenda – una misura capace di estrema deterrenza, in quanto le conseguenze non potrebbero che essere sofferte, in

²⁸ G. DI FEDERICO, *Cartel Criminalization and International Cooperation: the EU/US Agreements on Extradition and Mutual Legal Assistance under Review*, in C. FLAESCH-MOUGIN, L.S. ROSSI (sous la direction de), *La dimension extérieure de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union Européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruxelles, 2013, p. 603 s., spec. p. 613.

²⁹ A. STEPHAN, *Four Key Challenges*, cit., p. 335. Come evidenzia G. DI FEDERICO, *Cartel Criminalization and International Cooperation*, cit., p. 613, la crisi economica degli anni successivi al 2008 ha generato ulteriori difficoltà per le imprese sottoposte a procedimento dinanzi alla Commissione o già sanzionate e, di conseguenza, si è verificata una riduzione delle ammende, che, prima della crisi stessa, erano sovente conteggiate in termini prossimi alla soglia massima del 10%.

³⁰ E. COMBE, C. MONNIER, *Fines against Hard Core Cartels in Europe: The Myth of Over-Enforcement*, in *Antitrust Bulletin*, 2011, p. 235 s..

³¹ *Ivi*, p. 267.

³² Come sostenuto, invece, sia dalla Corte di Strasburgo (Corte Edu, 27 settembre 2011, ric. 43509/08, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, in *echr.coe.int*, pt. 38), sia da parte della dottrina: v. F. CINTIOLI, *Giusto processo, Cedu e sanzioni antitrust*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, p. 507 s.; M. FURSE, *The Criminal Law of Competition in the UK and in the US*, Cheltenham, 2012, p. 220 s.

³³ P. WHELAN, *Contemplating the Future*, cit., p. 365.

³⁴ Secondo W.J.P. WILS, *Is Criminalisation of EU*, cit., p. 117, le sanzioni dovrebbero poter arrivare anche al 150% del fatturato annuo dell'impresa sanzionata per essere dotate di efficacia e deterrenza.

³⁵ J. ÖBERG, *Union Regulatory Criminal Law Competence*, cit., p. 309; P. WHELAN, *Contemplating the Future*, cit., p. 366.

³⁶ *Ibidem*.

prima persona, dai responsabili, senza che costoro possano essere rimborsati dalle imprese o riversare su altri soggetti i costi della sanzione³⁷.

Un altro elemento d'interesse si rinviene nella correlazione tra l'adozione di sanzioni individuali e l'adesione ai programmi di clemenza, strumenti cruciali nel sistema europeo di *enforcement* delle norme anticoncorrenziali³⁸. Questi meccanismi, in quanto premiali, dipendono dal grado di efficacia deterrente del sistema e, soprattutto, dall'effettività e tempestività delle sanzioni: il rischio di un *deficit* sotto questi profili potrebbe rendere del tutto inappetibile, per i potenziali interessati, rivolgersi a questo tipo di strumenti³⁹. Come l'esperienza americana suggerisce⁴⁰, la prospettiva di una responsabilità dei singoli – ai quali pure si indirizza un sistema premiale in caso di collaborazione con gli organi inquirenti – potrebbe incentivare la cooperazione di questi ultimi con le autorità competenti e, così, il maggior successo dei *leniency programmes* quale mezzo per assicurare l'emersione, e dunque il contrasto, degli illeciti distorsivi della concorrenza⁴¹. Addirittura, è stato evidenziato che l'impatto della predisposizione di un regime di sanzioni penali sui programmi di clemenza sarebbe a tal punto favorevole da costituire una «instrumental justification for the very existence of criminal cartel sanctions»⁴². Ovviamente, ciò comporterebbe un coordinamento dei due diversi corpi normativi – quello relativo ai singoli e quello inerente alle imprese – e l'introduzione di specifiche cause di esclusione della responsabilità personale in caso di collaborazione.

Ancora, l'irrogazione di sanzioni individuali assicurerebbe adeguata valorizzazione e protezione di un bene giuridico socialmente rilevante⁴³: emergerebbe con chiarezza l'ordinamento non tollera (e quindi punisce) illeciti di questa tipologia per le gravi conseguenze che ne derivano per gli interessi dei consumatori e delle altre imprese. Ciò condurrebbe a far comprendere la centralità delle dinamiche concorrenziali quale elemento essenziale per tutelare, in ultima istanza, il benessere dei consumatori⁴⁴. In questo senso, non sorprende che le violazioni dei divieti *antitrust* siano state paragonate a fattispecie – punite come delitti pressoché dovunque – quali furti o truffe: se chi vende un bene esige, in modo illegale, di

³⁷ W.J.P. WILS, *Is Criminalisation of EU*, cit., p. 112.

³⁸ A. STEPHAN, *Four Key Challenges*, cit., p. 344. Più in generale, sugli strumenti di *leniency*, la letteratura è assai ampia. Per tutti, v. P. CASSINIS, *I programmi di leniency e il rilievo per l'antitrust private enforcement*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, cit., p. 397; W. FRENZ, *Handbook of EU Competition Law*, Berlino-Heidelberg, 2016, p. 854 s.

³⁹ P. CASSINIS, *I programmi di leniency*, cit., p. 397.

⁴⁰ J.M. CONNOR, A.A. FOER, S. UDWIN, *Criminalizing Cartels: An American Perspective*, cit., p. 214.

⁴¹ P. WHELAN, *Antitrust Criminalization as a Legitimate Deterrent*, cit., p. 17, ove l'Autore osserva che in assenza di una responsabilità individuale, i materiali autori dei cartelli non avrebbero particolare interesse a rivolgersi alle autorità, in ragione del fatto che non vi sarebbe nessuna specifica motivazione o finalità personale. Scenario che cambierebbe radicalmente se costoro fossero personalmente puniti e, conseguentemente, esonerati dalla sanzione se collaboranti. Simili considerazioni sono condivise da C. HARDING, *Hard Core Cartel Conduct as a Crime*, cit., p. 151; G. SPAGNOLO, *Criminalisation of Cartels*, cit., p. 135.

⁴² P. LEWISCH, *Enforcement of Antitrust Law: The Way from Criminal Individual Punishment to Semi-Penal Sanctions in Austria*, in K. CSERES, M.P. SCHINKEL, F. VOGELAAR (eds.), *Criminalization of Competition Law Enforcement*, cit., p. 302 s.

⁴³ G.M. FLICK, *A proposito della tutela della concorrenza*, cit., p. 191, ove si legge che «non sembrerebbero esservi dubbi sul fatto che la concorrenza rappresenti un bene socialmente rilevante, suscettibile di assurgere ad autonomo oggetto di tutela penale. Si tratta, tra l'altro, di bene la cui rilevanza costituzionale appare, allo stato, indiscutibile».

⁴⁴ A. FRIGNANI, *Diritto della concorrenza. L'insufficienza dei modelli sanzionatori classici e obiettivi dei nuovi modelli: public and private enforcement*, in *Dir. com. int.*, 2008, p. 111 s., spec. p. 121.

pretendere un corrispettivo più alto dal consumatore, gli arreca un ovvio (e ingiusto) depauperamento, con proprio indebito profitto⁴⁵. Oltre al danno ai consumatori, vanno anche considerate conseguenze gravemente nocive quali quelle patite dagli altri *competitors*, la perdita di efficienza dei mercati, il trasferimento della ricchezza agli autori dei cartelli⁴⁶.

Inoltre, un'opera di armonizzazione a livello sovranazionale potrebbe essere utile per scongiurare le sperequazioni tra gli ordinamenti e le distorsioni che ne potrebbero derivare quanto al funzionamento del mercato comune. In questo senso, è essenziale evitare quei fenomeni di *forum shopping*⁴⁷ per cui un soggetto decide di commettere un determinato illecito in uno specifico Stato membro in virtù del minor rigore sanzionatorio cui quei comportamenti vanno, nel diverso Paese, soggetti. Al tempo stesso, l'adozione di un regime sanzionatorio omogeneo eviterebbe di esporre i cittadini a forme di incertezza quanto all'esercizio e alla tutela delle proprie libertà, poiché il trattamento dei singoli può (ad oggi) variare in modo radicale per il sol fatto di trovarsi sul territorio dell'uno o dell'altro Stato⁴⁸. Inoltre, potrebbero sorgere significative difficoltà sul piano della collaborazione tra le autorità giudiziarie, qualora sia necessario ricorrere a procedure di consegna di soggetti che, imputati o condannati in uno Stato, si siano poi trasferiti in un altro. Di fatto, non essendo diffusa la criminalizzazione degli illeciti *antitrust*, lo stesso funzionamento del mandato d'arresto europeo potrebbe essere intralciato dall'assenza del requisito della doppia incriminazione (art. 2, par. 4, decisione-quadro 2002/584/GAI) e pari sorte potrebbe spettare alle richieste di estradizione formulate da Paesi extraeuropei. In questo senso, merita interesse una recente pronuncia della Corte d'appello di Palermo⁴⁹, con cui il giudice siciliano ha acconsentito alla consegna di una cittadina olandese, *top manager* di una compagnia aerea statunitense, sottoposta a procedimento penale in Georgia per la violazione dello *Sherman Act*, in particolare per la partecipazione ad un cartello ordito nel settore del *jet fuel*. La Corte d'Appello di Palermo, chiamata a pronunciarsi sulla possibilità di estradare l'interessata – attinta da un provvedimento restrittivo mentre soggiornava in vacanza sull'isola –, ha dovuto valutare la compatibilità della richiesta delle autorità americane con il principio della doppia incriminazione: rilevato che non esiste, in Italia, alcuna fattispecie

⁴⁵ J.M. CONNOR, A.A. FOER, S. UDWIN, *Criminalizing Cartels: An American Perspective*, cit., p. 210-211; P. WHELAN, *Contemplating the Future*, cit., p. 365. A questo proposito, si può ricordare una celebre affermazione del Procuratore generale degli USA Klein, risalente al 1999, ad avviso del quale «[c]artel behavior (price-fixing, market allocation, and bidrigging) is bad for consumers, bad for business, and bad for efficient markets generally. And let me be very clear: these cartels are the equivalent of theft by well-dressed thieves, and they deserve unequivocal public condemnation» (J.I. KLEIN, Attorney General, US Department of Justice, 14 ottobre 1999, Fordham Corporate Law Institute Annual Conference, riportata da C. HARDING, J. EDWARDS, *Cartel Criminality: The Mythology and Pathology of Business Collusion*, Londra, 2015, p. 90 s.).

⁴⁶ C. HARDING, *Hard Core Cartel Conduct as a Crime*, cit., p. 148.

⁴⁷ C. AMALFITANO, *La competenza penale dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in L. CAMALDO, *L'istituzione del Procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 3 s., spec. p. 14.

⁴⁸ G. DI FEDERICO, *Cartel Criminalization and International Cooperation*, cit., p. 624 s. Come evidenzia l'Autore, esemplare è il problema dell'extradizione verso Stati terzi, sovente gli USA: tali richieste potrebbero essere accolte se indirizzate a Paesi dove esistono norme incriminatrici, respinte in caso contrario. Sulle richieste di estradizione avanzate dagli USA in vicende di particolare notorietà v. M.L. KROTOSKI, *Extradition in International Antitrust Enforcement Cases*, in *Antitrust Source*, aprile 2015.

⁴⁹ Corte App. Palermo, Sez. II pen., 17 ottobre 2019, pubblicata da *Il Sole 24 Ore* e consultabile al seguente *link* (https://i2.res.24o.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/QUOTIDIANO_DIRITTO/Online/_Oggetti_Correlati/Documenti/2020/02/10/Corte_appello_Palermopdf.pdf?uuid=2bac487a-4831-11ea-bf7c-be3b23c26872)

che possa sovrapporsi a quelle delineate dalla legislazione statunitense⁵⁰, il collegio giudicante ha ritenuto in ogni caso sussumibili le condotte ascritte all'estradinga entro le maglie dell'art. 416 c.p., evidenziando come il sodalizio criminoso costituito anche da costei fosse finalizzato a compiere reati-fine assimilabili alla truffa o all'aggiotaggio. La consegna dell'interessata è stata poi seguita dalla sua condanna a quattordici anni di reclusione e ad un'ammenda pari a ventimila dollari da parte del Tribunale distrettuale della Georgia⁵¹.

Perciò, atteso che è condiviso che il sistema europeo di *enforcement* tende a peccare per difetto sotto il profilo della propria effettività e che l'introduzione di un regime di sanzioni individuali potrebbe assurgere a strumento assolutamente idoneo a colmare questa lacuna per le ragioni evidenziate, l'ulteriore interrogativo concerne – a questo punto – l'eventuale disponibilità di basi giuridiche che consentano un intervento di armonizzazione e, a ciò strettamente legato, deve indagarsi il profilo riguardante la tipologia e la natura delle sanzioni.

3. Le basi giuridiche per l'intervento armonizzatore a livello europeo.

Il primo aspetto che si deve considerare è legato all'individuazione della base giuridica per un intervento, da parte del legislatore europeo, *in subiecta materia*, per comprendere quali siano i "margini" entro cui le istituzioni potrebbero agire.

In tema di concorrenza, si profila innanzi tutto l'art. 103 TFUE, il quale rappresenta il fondamento per l'intervento europeo ai fini dell'applicazione dei precedenti artt. 101-102 TFUE e consente al Consiglio l'adozione di regolamenti e direttive su proposta della Commissione e previa la mera consultazione del Parlamento europeo. In particolare, le disposizioni adottate sulla base dell'art. 103 TFUE possono concernere, secondo l'elencazione di cui al par. 2, l'osservanza dei divieti di cui alle norme precedenti, nonché l'applicazione di ammende e penalità di mora (lett. a). Sulla base di questa disposizione – che ricalca il previgente art. 83 TCE – è stato dapprima adottato il regolamento (CE) n. 1/2003, quindi sono state varate anche le più recenti direttive del 2014 e del 2019: entrambe, peraltro, fondate congiuntamente anche sull'art. 114 TFUE. Tuttavia, la base giuridica in esame appare strutturalmente inadatta a consentire un intervento del legislatore europeo che contenga obblighi di incriminazione o, più in generale, disposizioni di armonizzazione quanto alle sanzioni verso gli individui⁵². Ciò risulta tanto dal tenore letterale, in virtù della indiscutibile limitazione alle ammende e alle penalità di mora (tradizionalmente intese come destinate alle imprese)⁵³, quanto dalla procedura legislativa prevista, strutturalmente incompatibile con il principio di legalità, il quale impone il coinvolgimento del Parlamento in caso di formulazione di precetti penali o sanzioni amministrative per gli individui⁵⁴.

⁵⁰ *Ivi*, p. 9.

⁵¹ Come si apprende dal comunicato stampa del Department of Justice del 23 gennaio 2020, consultabile al link seguente: <https://www.justice.gov/opa/pr/extradited-former-air-cargo-executive-pleads-guilty-participating-worldwide-price-fixing>.

⁵² *Contra*, in dottrina, H. SATZGER, il quale evidenzia che la locuzione "in particolare" introdurrebbe soltanto delle esemplificazioni degli interventi consentiti, non essendovi al contrario alcun limite all'impiego dell'art. 103 TFUE come fondamento di una direttiva contenente sanzioni, persino di carattere penale (H. SATZGER, *International and European Criminal Law*, Londra, 2012, p. 54).

⁵³ J. HAKOPIAN, *Criminalisation of EU Competition Law*, cit., p. 158-159; P. WHELAN, *Contemplating the Future*, cit., p. 373.

⁵⁴ J. ÖBERG., *Union Regulatory Criminal Law Competence*, cit., p. 315.

L'art. 114 TFUE, già impiegato quale fondamento delle recenti direttive in materia *antitrust*, costituisce una previsione potenzialmente interessante qualora l'intervento dell'Unione europea si dovesse arrestare ad un'iniziativa di armonizzazione che non abbia risvolti penalistici, ma si limitasse a individuare i comportamenti meritevoli di sanzione (efficace, dissuasiva e proporzionata). Il tenore letterale dell'art. 114 TFUE evidenzia il carattere sussidiario di questa disposizione e, di conseguenza, la rende invocabile soltanto per i casi in cui i trattati non prevedano altre – e più specifiche – basi sulle quali operare il ravvicinamento delle disposizioni nazionali. Com'è stato indicato nella motivazione posta in esordio delle due direttive più recenti⁵⁵, l'art. 103 TFUE non consentirebbe di intervenire efficacemente per superare le differenze tra i regimi disciplinari applicabili negli Stati membri e le cui eterogeneità sono foriere di distorsioni quanto al corretto funzionamento del mercato interno. A questo fine, invece, l'art. 114 TFUE – proprio nella sua veste sussidiaria – offre la base per un intervento armonizzatore degli assetti sanzionatori amministrativi, come è attestato da alcuni atti di recente adozione. Un primo esempio dell'impiego in quest'ottica dell'art. 114 TFUE si rinviene nel settore del contrasto al riciclaggio di denaro: le ultime direttive adottate in materia, infatti, hanno continuato a vincolare il legislatore all'impiego di un composito sistema sanzionatorio, al cui interno gli strumenti amministrativi (specie in chiave preventiva) occupano un ruolo primario⁵⁶. Nella c.d. quarta direttiva (la 2015/849/UE, specie artt. 58 ss.) è previsto infatti un ampio ventaglio di ipotesi in cui il legislatore deve prevedere l'applicazione, se non di misure penali, quanto meno di sanzioni amministrative⁵⁷. Parimenti, anche nell'ambito degli abusi di mercato non mancano obblighi, in capo agli Stati membri, di ricorrere a sanzioni amministrative, imposti in virtù dell'art. 114 TFUE⁵⁸: nel sistema istituito dai cd. MAR⁵⁹ e MAD⁶⁰ del 2014, il primo dei due atti (il regolamento, quello dei due varato sulla base della disposizione in esame) enuncia una serie di condotte che, pur essendo ritenute illecite, non devono ritenersi così gravi da meritare una risposta penale, riservata alle sole fattispecie enunciate dalla direttiva, quest'ultima adottata, infatti, sulla base dell'art. 83, par. 2, TFUE.

Qualora, invece, l'intervento di ravvicinamento volesse pretendere dagli Stati membri il ricorso alla penalizzazione, la disposizione rilevante nei trattati non potrebbe che essere l'art. 83 TFUE, in cui, all'esito delle modifiche istituzionali apportate nel 2009, sono confluite le competenze in materia penale dell'Unione europea⁶¹. L'attuale testo dell'art. 83 TFUE

⁵⁵ Rispettivamente, considerando. n. 8, direttiva 2014/104/UE e n. 9 direttiva ECN+.

⁵⁶ Si tratta della quarta e quinta direttiva antiriciclaggio, rispettivamente la direttiva 2015/849/UE, in *GUUE*, 5 giugno 2015, L 141, p. 73 e la successiva 2018/843/UE, in *GUUE*, 19 giugno 2018, L 156, p. 43. Per una ricognizione della disciplina europea in tema di riciclaggio, nonché per comprendere le ragioni dell'adozione, sin da tempi risalenti, di misure in materia, v. M. BERGSTRÖM, *Money Laundering*, in V. MITSILEGAS, M. BERGSTRÖM, T. KONSTADINIDES, *Research Handbook*, cit., p. 335 s..

⁵⁷ E. HERLIN-KARNELL, *Is Administrative Law still Relevant? How the Battle of Sanctions Has Shaped EU Criminal Law*, in V. MITSILEGAS, M. BERGSTRÖM, T. KONSTADINIDES, *Research Handbook*, cit., p. 233 s., spec. p. 241.

⁵⁸ *Ivi*, p. 242-243.

⁵⁹ Regolamento (UE) n. 596/2014, in *GUUE*, 12 giugno 2014, L 173, p. 1.

⁶⁰ Direttiva 2014/57/UE, in *GUUE*, 12 giugno 2014, L 173, p. 179.

⁶¹ Sulle novità derivanti, in punto di competenze penali dell'Unione europea, dalla stipulazione del trattato di Lisbona la letteratura è assai ampia, data la rilevanza del tema. *Ex multis*, v. C. AMALFITANO, *La competenza penale*, cit., p. 3; K. AMBOS, *European Criminal Law*, Cambridge, 2018, p. 6 s.; G. GRASSO, *La competenza penale dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 683 s.; S. MIETTINEN, *The Evolution of Competence Distribution Between the European Union and the Member*

rappresenta una forma di razionalizzazione e sintesi tanto della competenza penale espressa che già era attribuita all'Unione europea dagli artt. 29 e 31, par. 1, lett. e) del previgente TUE (c.d. competenza di terzo pilastro, odierno art. 83, par. 1, TFUE), quanto della potestà implicita, riconosciuta dalle sentenze della Corte di giustizia del biennio 2005-2007 (c.d. competenza di primo pilastro, attuale art. 83, par. 2, TFUE)⁶².

L'art. 83, par. 1, TFUE delinea un ambito di intervento dell'Unione europea mediante direttive adottate da Parlamento europeo e Consiglio all'esito della procedura legislativa ordinaria, circoscritto alle sole norme minime relative alla definizione di reati e sanzioni, in sfere di criminalità che siano considerate particolarmente gravi e manifestino una natura transnazionale (c.d. competenza autonoma⁶³ o con funzione securitaria⁶⁴). Il successivo art. 83, par. 1, co. 2, TFUE enuncia le specifiche condotte o aree delittuose (definite talvolta *eurocrimes*) per cui l'intervento normativo è possibile: si tratta di una restrizione *ratione materiae* operata direttamente dagli estensori dei trattati, i quali hanno tuttavia previsto che, per la mutevolezza e la variabilità delle attività criminali, il Consiglio possa adottare – all'unanimità e previa approvazione del Parlamento europeo – una decisione con cui tale elencazione possa essere estesa a ulteriori settori (art. 83, par. 1, co. 3, TFUE).

Il secondo paragrafo della disposizione in esame perimetra la c.d. competenza penale accessoria o ancillare⁶⁵ o, ancora, connotata da una logica funzionale⁶⁶. Anche in questo caso, le istituzioni legislative dell'Unione europea possono intervenire mediante direttive che stabiliscano norme minime concernenti la definizione dei reati e delle sanzioni che gli Stati membri dovranno prevedere nei propri ordinamenti. L'esercizio di questa competenza è subordinato alla condizione che una precedente politica dell'Unione europea, già oggetto di armonizzazione, necessiti, in termini di indispensabilità, di un intervento di ravvicinamento delle disposizioni penali nazionali, al fine di garantire un'attuazione efficace degli obiettivi sovranazionali. L'ultima frase dell'art. 83, par. 2, TFUE prevede che la direttiva in materia penale sia adottata mediante la stessa procedura (ordinaria o speciale) che è stata impiegata per varare la disciplina armonizzatrice cui si intende assicurare piena effettività.

States in the Criminal Field, in C. BRIÈRE, A. WEYEMBERGH (eds.), *The Needed Balances in EU Criminal Law: Past, Present and Future*, Oxford, 2018, p. 35 s., spec. p. 57 s.; V. MITSILEGAS, *European Criminal Law and Resistance to Communitarisation after Lisbon*, in *NJECL*, 2010, p. 458 s.; ID., *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford, 2016; S. PEERS, *EU Criminal Law and the Treaty of Lisbon*, in *ELR*, 2008, p. 507 s.

⁶² Si fa riferimento alle note sentenze Corte giust., 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2005:542 e 23 ottobre 2007, causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2007:625.

⁶³ A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2012, p. 43 s., *passim*.

⁶⁴ V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law Competence After Lisbon: From Securitized to Functional Criminalisation*, in D. ACOSTA ARCARAZO, C. MURPHY, *EU Security and Justice Law after Lisbon and Stockholm*, Oxford, 2014, p. 110 s., ove l'Autore evidenzia che «EU competence to criminalise can be justified in a twofold manner: upon the need for the Union to address security threats (securitized criminalisation) and upon the need for the Union to use criminal law in order to ensure the effectiveness of Union law (functional criminalisation)».

⁶⁵ C. AMALFITANO, *La competenza penale dell'Unione europea*, cit., p. 20; P. ASP, *European Criminal Law and National Criminal Law*, in V. MITSILEGAS, M. BERGSTRÖM, T. KONSTADINIDES, *Research Handbook*, cit., p. 315 s., spec. p. 321, ove l'Autore descrive la competenza di cui all'art. 83, par. 2, TFUE come «as an annex or a supplement to the general competences»; A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria*, cit., già dal titolo del lavoro, nonché poi a p. 46.

⁶⁶ V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law Competence After Lisbon*, cit., p. 110.

Per orientamento assolutamente prevalente, l'art. 83 TFUE rappresenta l'unica base giuridica su cui si può fondare un ravvicinamento delle disposizioni penali nazionali⁶⁷, in virtù – in primo luogo – di quanto osservato dal Consiglio, ovvero che «the new legal basis in Article 83(2) TFEU [is] meant to tackle all cases where the EU legislature needs to harmonise the definition of criminal offences and sanctions in order to make other (non-criminal law) EU harmonised measures more effective»⁶⁸. Tale convincimento è stato poi avallato dall'adozione della direttiva (UE) 2017/1371⁶⁹ sulla base proprio dell'art. 83, par. 2, TFUE e non dell'art. 325 TFUE, come *ab origine* proposto dalla Commissione. Da un punto di vista sistematico la sola disposizione invocabile per un intervento che volesse contenere espressi *inputs* di penalizzazione – a maggior ragione in virtù della formulazione letterale assai restrittiva dell'art. 103 TFUE – è quindi l'art. 83 TFUE: resterebbe tuttavia necessario indagare se entro le maglie della competenza autonoma (par. 1) o accessoria (par. 2).

Se si considera l'art. 83, par. 1, TFUE, appare *ictu oculi* evidente che il settore della tutela della concorrenza non è menzionato tra le sfere di criminalità in cui l'adozione di un atto sarebbe *ex se* legittimo. Questa lacuna può essere superata in primo luogo attraverso la decisione (unanime) del Consiglio, ai sensi del già menzionato art. 83, par. 1, co. 3, TFUE⁷⁰, oppure verificando se gli illeciti anticoncorrenziali siano suscettibili di essere ricompresi entro una di quelle nozioni “elastiche” che l'art. 83, par. 1, co. 2, TFUE enuncia⁷¹. Le violazioni dei divieti *antitrust* sembrano infatti riscontrare quel connotato di transnazionalità – requisito richiesto dall'art. 83, par. 1, TFUE – in ragione sia delle implicazioni transfrontaliere che esse generalmente implicano, sia dell'esigenza di provvedere a forme di contrasto comuni su base continentale, a causa dell'unitarietà dei mercati.

Due sono, in particolare, le categorie in cui una violazione degli artt. 101 e 102 TFUE potrebbe inserirsi: la “corruzione” e la “criminalità organizzata”.

Rispetto alla prima, si è osservato in dottrina che la Commissione europea ha riconosciuto al termine “corruzione” un significato assai ampio, tanto da prospettarsi di ricomprendere anche le fattispecie in esame⁷². In una comunicazione risalente al 2003, l'istituzione ha fatto proprio il significato adottato in alcuni atti ONU, in cui per corruzione si intende anche «l'abuso di

⁶⁷ P. ASP, *The Substantive Criminal Law Competence*, cit., p. 163, afferma che l'unica base giuridica per un intervento in materia penale sarebbe l'art. 83 TFUE, salvo che si interpreti l'art. 325 TFUE in termini ampi (l'Autore, però, dissente). Le medesime conclusioni sono espresse da M. HUOMO-KETTUNEN, *EU Criminal Policy at a Crossroads Between Effectiveness and Traditional Restraints for the Use of Criminal Law*, in *NJECL*, 2014, p. 301 s., spec. p. 312; J. ÖBERG, *The Legal Basis for EU Criminal Law Harmonisation: a Question of Federalism*, in *ELR*, 2018, p. 366 s., spec. p. 391.

⁶⁸ Parere del Servizio giuridico del Consiglio n. 15309/12, pt. 12.

⁶⁹ Si tratta della nota direttiva PIF, ovvero la direttiva (UE) 2017/1371 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, in *GUUE*, 28 luglio 2017, L 198, p. 29. Sulla *quaestio* relativa alla base giuridica dell'atto, v. l'accurata ricostruzione di A. VENEGONI, *Il difficile cammino della proposta di direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso la legge penale (cd. direttiva PIF): il problema della base legale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2442 s.

⁷⁰ P. WHELAN, *The Criminalization of European Cartel Enforcement*, cit., p. 149.

⁷¹ Sebbene la lista di eurocrimini intenda essere tassativa, l'elencazione non avrebbe tale carattere nella sostanza in quanto la lista compendia, più che un novero di reati (cioè specifiche fattispecie delittuose), una serie di “settori” di criminalità: basti pensare a nozioni come criminalità informatica o organizzata. Su questo profilo, v. A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria*, cit., p. 45; con specifico riguardo alla possibilità di far rientrare la materia *antitrust* in una delle voci elencate, v. J. HAKOPIAN, *Criminalisation of EU Competition Law*, cit., p. 163; P. O'LOUGHLIN, *Public-Private Antitrust Enforcement Conflicts*, cit., p. 693.

⁷² J. HAKOPIAN, *Criminalisation of EU Competition Law*, cit., p. 163.

potere ai fini di un profitto privato», in modo tale da ricomprendere nel proprio spettro applicativo non soltanto il solo settore pubblico – cui il termine è tradizionalmente abbinato – ma anche quello dell’attività dei privati⁷³. Pochi mesi dopo, è stata adottata la decisione-quadro 2003/568/GAI⁷⁴ relativamente alla lotta alla corruzione nel settore privato: al considerando n. 9, si legge che gli Stati membri intendono riconducibili a quella nozione le condotte che generino distorsioni della concorrenza riguardo all’acquisizione di beni o servizi commerciali, ovvero impediscano un corretto sviluppo economico. Sarebbe quindi possibile prospettare un’estensione della nozione di corruzione tanto ampia da ricomprendervi sia le intese anticoncorrenziali, sia gli abusi di posizione dominante. In entrambi i casi, infatti, si rinvencono condotte (i) volte a far conseguire un profitto a chi le realizza, (ii) produttive di un’alterazione del mercato e (iii) palesemente abusive, in quanto espressione di un esercizio patologico di posizioni giuridiche soggettive pur riconosciute dall’ordinamento. Tuttavia, in termini più recenti, l’art. 4, direttiva (UE) 2017/1371 ha notevolmente ristretto l’estensione della nozione di corruzione, da intendersi come ristretta al *pactum sceleris* tra un soggetto privato e uno che eserciti una pubblica funzione. Questa scelta – sebbene la definizione operi rispetto alla sola direttiva – sembra porre un freno ad aperture eccessive e, quindi, impedire che nella nozione di corruzione possano rientrare anche fattispecie come la violazione dei divieti *antitrust*.

Un altro scenario prospetta invece il ricorso alla locuzione “criminalità organizzata”⁷⁵, sul rilievo – in questo caso limitato ai soli divieti *ex art.* 101 TFUE – che i cartelli presuppongono un’iniziativa plurisoggettiva: si tratta di una prospettiva simile a quella evocata dalla Corte d’appello di Palermo nella già richiamata pronuncia con cui è stata ammessa l’extradizione verso gli USA di una persona coinvolta in un cartello. Tuttavia, a ciò potrebbe ostare la definizione che la decisione-quadro 2008/841/GAI⁷⁶, per cui l’esistenza di un’organizzazione criminale presuppone che i membri si associno per commettere i cd. reati-fine, cioè fatti già previsti dalla legge come delitto: requisito che, in questo caso, risulta assente, poiché molti sono gli ordinamenti che non puniscono gli illeciti *antitrust* su base individuale. Inoltre, in questa categoria sarebbe poco agevole far confluire gli illeciti consistenti in abusi di posizione dominante, sforniti di quella dimensione associativa che, invece, è propria delle intese. Di conseguenza, i margini per un intervento su questa base, pur suggestivamente indagati, paiono piuttosto ristretti e la stessa dottrina concorda che «it must be concluded that Art 83(1) TFEU is not a very convincing legal basis for the criminalisation of EU competition law at this point in time»⁷⁷.

Appare al contrario più agevole prospettare il ricorso all’art. 83, par. 2, TFUE, strumento al quale si riferisce la dottrina assolutamente prevalente come base giuridica per un’eventuale introduzione di obblighi di penalizzazione attraverso una direttiva⁷⁸. Affinché un intervento fondato sull’art. 83, par. 2, TFUE possa realizzarsi, è in primo luogo necessario che vi siano “misure di armonizzazione” già adottate nel contesto di una politica dell’Unione europea e in funzione delle quali gli obblighi di criminalizzazione sarebbero introdotti. Sebbene la

⁷³ Comunicazione della Commissione COM(2003) 317 def., 28 maggio 2003, p. 6.

⁷⁴ In *GUUE*, 22 luglio 2003, L 192, p. 54.

⁷⁵ J. HAKOPIAN, *Criminalisation of EU Competition Law*, cit., p. 164.

⁷⁶ In *GUUE*, 11 novembre 2008, L 300, p. 42.

⁷⁷ J. HAKOPIAN, *Criminalisation of EU Competition Law*, cit., p. 164.

⁷⁸ C. HARDING, *Hard Core Cartel Conduct as a Crime*, cit., *passim*; J. ÖBERG, *Union Regulatory Criminal Law Competence*, cit., *passim*.

disposizione richiamata si riferisca, almeno secondo il tenore letterale, alla sola previa “armonizzazione”, la dottrina pare – in via pressoché univoca⁷⁹ – concordare sul fatto che il requisito in esame indichi una soglia minima, pertanto una direttiva contenente obblighi di criminalizzazione sarebbe *a fortiori* ammissibile ove accedesse a un assetto normativo preesistente fondato (anche) su regolamenti. In questo senso, paiono invero sussistere pochi dubbi sul fatto che la materia della disciplina *antitrust* sia stata oggetto di un (previo) intervento sovranazionale, trattandosi di uno di quei settori in cui, da quasi cinquant’anni, si registrano progressivi interventi delle istituzioni volti a dettare una disciplina omogenea, applicabile in tutti gli Stati membri. Sotto il profilo del ravvicinamento delle disposizioni sanzionatorie e dei poteri delle autorità amministrative deputate a contrastare la realizzazione degli illeciti, la direttiva di inizio 2019 costituisce un tassello ulteriore nell’attuazione delle politiche europee in materia. Proprio quest’ultimo atto consentirebbe di risolvere un problema – di non poco conto – che era stato sollevato da attenta dottrina⁸⁰: l’art. 83, par. 2, TFUE, in chiusura, prevede che le direttive siano adottate secondo la stessa procedura legislativa che è stata impiegata per l’atto cui sono ancillari e, prima che fosse adottata la direttiva (UE) 2019/1 – varata attraverso la procedura legislativa ordinaria, in quanto fondata (anche) sull’art. 114 TFUE e non sul solo art. 103 TFUE – il riferimento al regolamento (CE) n. 1/2003 avrebbe escluso il Parlamento europeo dall’*iter* genetico di un eventuale atto in materia penale. Con la conseguenza, censurata vivacemente, che un atto contenente obblighi di criminalizzazione venisse adottato escludendo l’istituzione rappresentativa dei cittadini⁸¹.

Al fine di ricorrere all’art. 83, par. 2, TFUE occorre poi indagare se le strategie di *enforcement* della politica europea già armonizzata manifestino un *deficit* in punto di efficace attuazione, tale da rendere indispensabile – come la disposizione richiede – l’impiego del diritto penale. Quest’ultima valutazione dev’essere condotta alla luce di un principio fondamentale in materia di politica criminale, ovvero quello di *ultima* (o *extrema*) *ratio*, in forza del quale allo *ius puniendi* – lo strumento massimamente afflittivo per gli individui e più costoso per la società – si deve ricorrere soltanto quando non vi sia alcun altro strumento capace di garantire un adeguato risultato protettivo di un interesse ritenuto meritevole di tutela⁸². In altri termini, si pone la possibilità di valutare se non vi siano altre misure che, da sole o combinate fra loro, siano in grado di rispondere egualmente alle esigenze di deterrenza e repressione, ma senza che si debba ricorrere allo *ius criminale*. Come è stato osservato, «[p]recisely because it is a powerful card, its play should be considered carefully [...] Regulatory rhetoric in particular tends to suggest that possession of the criminalisation card is a winning hand - play that card,

⁷⁹ C. AMALFITANO, *La competenza penale dell’Unione europea*, cit., p. 22; S. MONTALDO, *La competenza dell’Unione europea ad adottare norme di diritto penale ex art. 83, par. 2, TFUE e sue possibili applicazioni*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2013, p. 101 s., spec. p. 108; E. RUBI-CAVAGNA, *Réflexions sur l’harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévues par le traité de Lisbonne*, in *RSC*, 2009, p. 501 s., spec. p. 506; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 1154.

⁸⁰ J. ÖBERG, *Union Regulatory Criminal Law Competence*, cit., p. 315.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² M. HUOMO-KETTUNEN, *EU Criminal Policy*, cit., p. 313; J.W. OUWERKERK, *Criminalisation as a Last Resort: A National Principles Under the Pressure of Europeanisation*, in *NJECL*, 2012, p. 228 s., spec. p. 235; C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell’Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2012, p. 111 s., spec. p. 118.

and there is just desert, there is clear deterrence, there is more effective legal control of cartel activity, and the game is won»⁸³.

Proprio alla luce di questo *caveat* si deve considerare se davvero il ricorso a una direttiva che vincoli all'opzione penale sia l'unico strumento necessario per assicurare migliore (e maggiore) *enforcement* ai divieti *antitrust*, posto che un intervento da parte dell'Unione europea potrebbe ritenersi praticabile sia alla luce dell'art. 114 TFUE, sia in virtù dell'art. 83, par. 2, TFUE.

4. Sanzioni amministrative o penali per gli illeciti antitrust?

Se si dovesse prospettare un intervento europeo volto ad armonizzare il regime sanzionatorio per gli individui, fattori materiali di condotte anticoncorrenziali, le alternative sarebbero – in buona sostanza – due. Ferma, infatti, l'identificazione dei comportamenti meritevoli di essere puniti da parte dell'atto europeo come strumento per creare un *level playing field*, è la natura delle misure a variare: da un lato, si potrebbe prospettare una direttiva che imponga agli Stati membri di adottare sanzioni effettive, dissuasive e proporzionate, senza vincoli di criminalizzazione; dall'altro, in chiave maggiormente rigorosa, si dovrebbe esigere una serie di misure di carattere penale.

Gli argomenti favorevoli alla scelta più severa – ovvero l'impiego dello *ius puniendi* – sono già stati accennati: maggior deterrenza, stigmatizzazione, tutela del mercato come un bene giuridico rilevante, impossibilità di riversare le conseguenze individuali su soggetti terzi, incremento nel ricorso ai programmi di clemenza per il timore delle sanzioni. Non vi sono, tuttavia, evidenze empiriche che suggeriscano, in modo univoco, che la pena assicuri risultati migliori rispetto a misure di carattere amministrativo: del resto, misurare il grado di efficacia di una misura sanzionatoria richiede tempi lunghi e, soprattutto, un'analisi di carattere non soltanto giuridico, ma anche politico e sociologico. Ciò legittima a ritenere – specie in contesti, come quelli attuali, in cui lo *ius puniendi* affronta un'evidente crisi di effettività⁸⁴ – che misure quali ammende individuali, interdizioni o sospensioni dagli uffici direttivi nelle persone giuridiche o confische potrebbero assicurare risultati assolutamente favorevoli, senza ricorso alla penalizzazione⁸⁵. Se da un lato alcuni studi comparatistici tra USA e Unione europea sembrano suggerire che, almeno oltre oceano, le sanzioni penali siano capaci di assicurare maggiore *compliance*⁸⁶ e che una significativa riduzione degli illeciti si verifichi nei periodi

⁸³ C. HARDING, *Hard Core Cartel Conduct as a Crime*, cit., p. 141.

⁸⁴ Per quanto riguarda l'Italia, basti richiamare l'autorevole lavoro di F. MANTOVANI, *La "perenne crisi" e la "perenne vitalità" della pena. E la "crisi di solitudine" del diritto penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, Vol. II*, Milano 2006, p. 1170 s. Analogo problema in Francia, ove è stata adottata di recente una riforma (Loi n° 2019-222 del 23 marzo 2019) di integrale novella di numerosi settori della giustizia, in cui un intero titolo (il quinto) è dedicato a «renforcer l'efficacité et le sens de la peine»; per un commento, v. M. GIACOPELLI, *Renforcer l'efficacité et le sens de la peine*, in *La Semaine Juridique - Edition générale*, 15 aprile 2019.

⁸⁵ J. ÖBERG, *Union Regulatory Criminal Law Competence*, cit., p. 308.

⁸⁶ J.M. CONNOR, A.A. FOER, S. UDWIN, *Criminalizing Cartels: An American Perspective*, cit., p. 215 s. Anche in Irlanda, un primo bilancio sull'applicazione decennale della legge del 2002 che ha introdotto specifiche figure di reato ha dato esiti soddisfacenti: cfr., sul punto, T. CALVANI, K. CARL, *The Competition Act 2002, Ten Years Later*, cit., p. 323, ove si legge che «the Irish legislation provides sufficient sanctions, which if implemented would effectively deter cartel formulation and conduct».

seguenti all'irrogazione di pene severe⁸⁷, risulta altresì che, in alcuni Stati ove già sono previste misure più rigorose, queste non sempre siano capaci di risultati soddisfacenti⁸⁸. Anche in Europa, alcuni Paesi – tra cui Belgio, Olanda e Svezia – in cui era stata ipotizzata l'introduzione di sanzioni penali hanno, sulla base di studi affidati a *panels* di esperti, poi deciso di non proseguire lungo quella strada, in quanto «classical criminal procedures only very rarely resulted in successful prosecution in the competition field or led to significant penalties»⁸⁹. Pertanto, non vi sono univoche attestazioni del fatto che, da sole, le sanzioni penali sono capaci di assicurare un assoluto guadagno in punto di effettività dell'applicazione della legislazione *antitrust*: com'è stato osservato, non vi sono neppure parametri scientifici che permettano una valutazione indiscutibile quanto alla capacità preventiva di un apparato sanzionatorio⁹⁰.

Vi sono, poi, altri due ordini di considerazioni che militano in senso almeno potenzialmente contrario alla indispensabilità delle sanzioni penali (e, così, al ricorso all'art. 83, par. 2, TFUE in chiave europea): quello legato ai costi della criminalizzazione e, poi, quello connesso al principio di *extrema ratio*. La prima questione è assolutamente nota ed è correlata agli oneri connessi al procedimento (e alla sanzione) penale: specie per contrastare i delitti dei colletti bianchi, non sempre la via della pena è il mezzo più efficace. Lo *ius criminale* può infatti trovare in altri strumenti di prevenzione e repressione concorrenti altrettanto – se non più – capaci di assicurare un efficiente contrasto di comportamenti gravidi di disvalore. Irrogare una sanzione penale implica investire molto tempo, necessario agli accertamenti (tanto nella fase procedimentale quanto in quella dibattimentale e delle impugnazioni⁹¹), e fronteggiare gli ingenti costi ad essi collegati (in termini di risorse umane ed economiche). Invece, mezzi come le sanzioni amministrative o i rimedi civilistici – che possono essere adottati dal giudice in presenza di una sentenza di condanna al risarcimento del danno cagionato, come i cd. *punitive damages* di fonte angloamericana o le sanzioni civili – sono impiegati più rapidamente, con costi minori (a maggior ragione se già vi sono procedimenti avviati, a iniziativa pubblica o privata) e con più elevata garanzia di esecuzione rispetto a quanto accade, sovente, per le sanzioni penali.

Com'è stato lucidamente osservato, specie in tema di criminalità economica, appare spesso «[i]nutile, anzi dannoso, introdurre norme penali là dove norme meno impegnative sarebbero verosimilmente sufficienti o assicurerebbero i medesimi risultati. Illusorio, oltre tutto, ritenere che norme penali possano da sole rimediare all'assenza di essenziali controlli preventivi che altri rami dell'ordinamento potrebbero dominare più agevolmente e con minor dispendio,

⁸⁷ J.M. CONNOR, *Cartels and Antitrust Portrayed: Private International Cartels from 1990 to 2008*, Working Paper 9-06, settembre 2009, p. 105: si tratta di una rielaborazione di dati raccolti tra 1990 e 2008, accessibili *online* alla pagina web <https://ssrn.com/abstract=1467310>.

⁸⁸ A. STEPHAN, *An Empirical Evaluation*, cit., p. 632, ove l'Autore riporta i risultati di uno studio condotto in Australia, da cui è emerso che la capacità deterrente delle sanzioni detentive era stata eccessivamente sovrastimata.

⁸⁹ Commission Staff Working Document SWD 2014/231 def., 9 luglio 2014, p. 27.

⁹⁰ C. HARDING, *Hard Core Cartel Conduct as a Crime*, cit., p. 143.

⁹¹ Non è casuale che negli USA – ove operano rigorose sanzioni penali – l'ampia maggioranza dei procedimenti siano definiti tramite il *plea bargaining*: riconoscendo la propria colpevolezza, l'imputato consegue una riduzione della pena irrogabile per il delitto commesso. Si tratta di uno strumento deflattivo estremamente diffuso negli Stati Uniti: nel 2018, per i reati di competenza federale, si stima che il 90% dei procedimenti sia stato definito in questo modo (J. GRAMLICH, *Only 2% of Federal Criminal Defendants Go to Trial, and Most Who Do Are Found Guilty*, in *Pew Research Center*, 11 giugno 2019, dati forniti dall'Administrative Office of the U.S. Courts). Questo è, all'evidenza, un dato da tenere in considerazione nell'esame delle differenze strutturali tra il modello statunitense e quello europeo, come suggerisce anche P. WHELAN, *Antitrust Criminalization*, cit., p. 15-16.

di risorse economiche e di sofferenze umane»⁹². In effetti, l'intervento delle autorità amministrative si connota per maggiore snellezza e rapidità: pur assicurando congrue garanzie e diritti agli interessati – anche alla luce dei richiami della Corte di giustizia⁹³ –, i provvedimenti delle *authorities* vengono adottati in tempi più celeri, con standard probatori meno rigorosi e, soprattutto, attraverso meccanismi meno costosi. In questo caso, essendo già le autorità dotate di poteri di indagine e sanzione nei confronti delle imprese, queste potrebbero trovarsi nella condizione ideale per adottare misure individuali tramite provvedimenti che poi sarebbero soggetti a *judicial review* dinanzi all'autorità giudiziaria. Inoltre, l'introduzione di ulteriori fattispecie delittuose richiederebbe sforzi formativo-organizzativi delle autorità inquirenti – anche quanto al loro coordinamento con quelle *antitrust* – e prospetterebbe il rischio, in caso di scarsa disponibilità di risorse umane o di loro formazione, di una modesta efficacia dell'esercizio dell'azione penale⁹⁴. Altrettanto, ove le legislazioni penali dovessero lasciare al giudice la possibilità di irrogare diverse tipologie di pena (come accade, ad esempio, in Irlanda), risulta evidente la tendenza ad applicare in larga prevalenza quelle di carattere non custodiale⁹⁵: perciò, è logico sottolineare che, agli stessi risultati – *id est*, infliggere ammende – o interdizioni – è possibile giungere attraverso sanzioni amministrative, meno onerose per l'ordinamento.

La seconda considerazione è correlata al ben noto principio di *extrema ratio*, radicato nell'esperienza europea e fondamentale in ogni scelta di politica criminale. Benché sia evidente l'esigenza di tutelare in modo effettivo la concorrenza – bene giuridico di interesse diffuso e preminente⁹⁶ –, la criminalizzazione *tout court* degli illeciti *antitrust* potrebbe rivelarsi un'opzione non coerente con il canone in esame. In primo luogo, perché a livello europeo non è stato in alcun modo armonizzato l'apparato sanzionatorio nei confronti degli individui: di conseguenza, una (prima) direttiva in materia potrebbe limitarsi a richiamare gli Stati membri all'adozione di misure efficaci, dissuasive e proporzionate verso gli autori delle violazioni anticoncorrenziali. Soltanto poi potrebbe essere vagliata la necessità di intervenire attraverso le sanzioni penali. Un sentiero che, di fatto, sarebbe esattamente quello percorso in tema di abusi di mercato⁹⁷, per cui alle prime direttive⁹⁸ contenenti obblighi *lato sensu* sanzionatori è seguito il complessivo intervento del legislatore europeo del 2014, articolato – come già accennato – in due atti, il MAR e la MAD, ed efficacemente descritto come «un reticolo di misure punitive penali e amministrative»⁹⁹. Queste considerazioni rendono *a fortiori* condivisibile la proposta, formulata da autorevole dottrina¹⁰⁰, per cui sarebbe preferibile dapprincipio l'adozione di una direttiva – *ex art. 114 TFUE* – che armonizzi i sistemi nazionali di responsabilità individuale e le conseguenti sanzioni (quantomeno amministrative), per poi ricorrere, in un secondo

⁹² M. ROMANO, *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, p. 33 s., spec. p. 36.

⁹³ V., da ultimo, Corte giust., 2 febbraio 2021, causa C-481/19, *Consob*, ECLI:EU:C:2021:84, pt. 42 s.

⁹⁴ A. STEPHAN, *Four Key Challenges*, cit., p. 349. L'Autore riporta, in particolare, il “fallimento”, in Gran Bretagna, del procedimento penale avviato, tra il 2008 e il 2010, nei confronti dei manager di alcune compagnie aeree per un'intesa anticoncorrenziale avente a oggetto l'applicazione di sovrapprezzi legati al costo dei carburanti.

⁹⁵ T. CALVANI, K. CARL, *The Competition Act 2002, Ten Years Later*, cit., p. 309.

⁹⁶ Basti richiamare quanto già osservato da FLICK G.M., *A proposito della tutela della concorrenza*, cit.

⁹⁷ J. ÖBERG, *Union Regulatory Criminal Law Competence*, cit., p. 313.

⁹⁸ Direttiva 89/592/CEE, in *GUCE*, 18 novembre 1989, L 334, p. 30 e, poi, direttiva 2003/6/CE, in *GUUE*, 12 aprile 2003, L 96, p. 16.

⁹⁹ E. BASILE, *Verso la riforma della disciplina italiana del market abuse: la legge-delega per il recepimento della direttiva 57/2014/UE*, in *Leg. Pen.*, 10 dicembre 2015, p. 8.

¹⁰⁰ S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2006, p. 766.

momento e soltanto ove risulti necessario, previa adeguata indagine dei risultati conseguiti, allo *ius puniendi*. Si tratterebbe di una suggestione che terrebbe in debita considerazione il principio di *extrema ratio*, poiché l'adozione del secondo atto presupporrebbe la verifica della scarsa capacità del primo di raggiungere le finalità prospettate. In una logica di un'armonizzazione progressiva e coerente con i principi di politica sanzionatoria, può perciò apparire prudente un primo, ipotetico intervento che non contenga espressi obblighi di incriminazione. Spetterebbe in ogni caso alla direttiva configurare le fattispecie colpite, in ossequio a quei canoni – legalità¹⁰¹, colpevolezza¹⁰², proporzionalità¹⁰³ – che la tradizionale giurisprudenza della Corte di giustizia ha sempre riconosciuto come contrassegni propri di qualsiasi apparato sanzionatorio, a prescindere dall'eventuale attribuzione di un carattere formalmente o sostanzialmente penale alle misure previste¹⁰⁴.

Quanto alla definizione degli illeciti individuali, un valido modello di riferimento può essere rappresentato dalla codificazione francese. L'art. L420-6 Code de Commerce punisce la condotta di chiunque assuma un ruolo personale e determinante nella strutturazione, organizzazione o realizzazione di una delle pratiche vietate dai precedenti artt. L420-1 e 420-2, i quali contengono rispettivamente la definizione di intese e abusi di posizione dominante. Di conseguenza, soltanto comportamenti individuali idonei, da un punto di vista eziologico, a fornire un contributo rilevante alla formazione di un'intesa o alla realizzazione di un abuso possono essere sanzionati. Inoltre, la legislazione francese prevede, in punto di colpevolezza, la verifica di un intento fraudolento (*frauduleusement*) che riveli non solo la coscienza e volontà di violare i divieti posti dai trattati (e ribaditi dalla legge), ma che manifesti la marcata intenzione di perseguire un fine egoistico e ingiusto: una sorta – in termini strettamente penali – di dolo specifico¹⁰⁵, che non altera la struttura della fattispecie, pur sempre plasmata sul paradigma del pericolo e non del danno. Questi, dunque, potrebbero essere gli elementi costitutivi delle fattispecie meritevoli di sanzione individuale: sul piano materiale, oltre all'indefettibile presupposto consistente nella verifica della sussistenza di un'intesa o di un abuso capaci di incidere sul mercato – che già potrebbe ovviamente trarsi dall'attività d'indagine dell'autorità *antitrust* –, occorrerebbe la verifica del contributo personale in almeno una delle fasi di ideazione, organizzazione e concretizzazione della pratica vietata. Sotto il profilo della colpevolezza, dovrebbe essere punito il comportamento che disveli in concreto la

¹⁰¹ Corte giust., 25 settembre 1984, causa 117/83, *Könecke*, ECLI:EU:C:1984:288, pt. 11. Lo stesso principio è stato più volte ribadito, in termini sostanzialmente analoghi, in sentenze successive, *ex multis*, v. Corte giust., 11 luglio 2002, causa C-210/00, *Käserei Champignon Hofmeister*, ECLI:EU:C:2002:440, pt. 52. In tema, v. M. POELEMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, 2004, p. 547

¹⁰² Corte giust., 8 febbraio 1983, cause riunite da 100/80 a 103/80, *SA Musique Diffusion français*, ECLI:EU:C:1983:158, pt. 15; per un approfondimento, v. R. SICURELLA, *Nulla poena sine culpa: un véritable principe commun européen?*, in *Rev. Sc. Cr.*, 2002, p. 15 s.

¹⁰³ Corte giust., 21 gennaio 1992, causa C-319/90, *Pressler Weingut*, ECLI:EU:C:1992:28, pt. 11; secondo M. POELEMANS, *La sanction*, cit., p. 565, si tratta di un principio che costituisce una «*condition indispensable dans le système répressif de l'Union*»

¹⁰⁴ V. le considerazioni di M. HENNAU-HUBLET, *Les sanctions en droit communautaire: réflexions d'un pénaliste*, in F. TULKENS F., H. BOSLY (sous la direction de), *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, 1996, p. 488 s.

¹⁰⁵ A. CORDA, *Legislazione antitrust e diritto penale*, cit., p. 513-514 e *ivi* ulteriore dottrina, specie di lingua francese. Al contrario, il legislatore britannico ha rimosso, a partire dal 2014, il requisito della *dishonesty*, introdotto soltanto pochi anni prima (nel 2002): la dimostrazione di questo elemento costitutivo comportava un complesso onere probatorio a carico dell'accusa, anche in virtù dell'assenza di una definizione normativa adeguata di tale requisito, che la legislazione anticompetitiva aveva asetticamente mutuato dalle norme in tema di reati contro il patrimonio.

volontà di produrre una distorsione del mercato, prescindendo dal fatto che tale obiettivo possa essersi – o meno – tradotto in un evento lesivo dell'interesse protetto. Al contrario, condotte che non fossero animate da un simile intento sarebbero estranee alla punizione, poiché non espressive della volontà dell'agente di minare il libero gioco della concorrenza.

Quanto alle sanzioni, la direttiva potrebbe – come già detto – limitarsi a richiedere agli ordinamenti di predisporre misure dissuasive, effettive e proporzionate, eventualmente indicando la possibilità di accompagnare all'ammenda ulteriori strumenti, quali l'interdizione da ruoli manageriali o apicali in imprese o enti, nonché la confisca di eventuali vantaggi economici conseguiti a titolo personale¹⁰⁶. Parimenti, la direttiva avrebbe la possibilità di imporre misure apposite – ovviamente proporzionate al minor disvalore del fatto – per tutti quei comportamenti che producono intralcio o ostacolo all'attività delle *authorities*, le cui indagini sono, in modo non infrequente, rese difficoltose dall'intento delle imprese di non far emergere il proprio coinvolgimento negli illeciti¹⁰⁷.

Sarebbe poi necessario, come già accennato, disporre una disciplina *ad hoc* per garantire il coordinamento tra i *leniency programmes* operanti per le imprese e gli strumenti capaci di garantire l'impunità o l'attenuazione della responsabilità alle persone (fisiche e giuridiche) coinvolte¹⁰⁸. Si potrebbe preospettare, a tutela dei singoli che rivelino all'autorità amministrativa il proprio coinvolgimento in simili illeciti, una causa di esenzione da responsabilità volta a valorizzare la sopravvenuta resipiscenza, eventualmente subordinata a ulteriori requisiti, quali, a mero titolo di esempio, la tempestività della delazione o la condivisione di informazioni utili alla prosecuzione o estensione delle indagini rispetto ad altri soggetti¹⁰⁹.

Resterebbe poi la necessità di coordinare il regime sanzionatorio individuale con le modalità di funzionamento dell'attuale sistema, che si declina secondo un modello a rete, sul duplice piano nazionale ed europeo. L'irrogazione delle misure di carattere personale potrebbe essere affidata interamente alle autorità nazionali, anche qualora sia stata la Commissione ad occuparsi del procedimento nei confronti delle imprese: ciò sarebbe possibile in forza del principio di leale cooperazione, in virtù del quale gli Stati membri sono chiamati ad assicurare la piena, concreta realizzazione delle politiche sovranazionali. Meno agevole parrebbe la possibilità di una diretta imposizione a livello europeo, in quanto si richiederebbe in primo luogo l'adozione di un regolamento che detti un apparato normativo apposito e, poi, potrebbe

¹⁰⁶ Si tratta di una strategia già adottata: v., ad es., nel regolamento (UE) n. 995/2010, in *GUUE*, 12 novembre 2010, L 295, p. 23, in tema di commercializzazione di prodotti in legno e derivati, l'art. 19, par. 2. Tale norma, dopo aver sancito che le sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive, esplicita che queste comprendono ammende commisurate al danno cagionato, nonché forme di sequestro e confisca e, infine, la sospensione o revoca delle autorizzazioni allo svolgimento dell'attività commerciale.

¹⁰⁷ Ne è un esempio l'art. 30, regolamento (UE) n. 596/2014, il quale impone forme sanzionatorie anche per forme di omessa collaborazione o intralcio rispetto all'attività dell'autorità amministrativa.

¹⁰⁸ Interessanti considerazioni sul punto sono svolte da A. STEPHAN, *Four Key Challenges*, cit., p. 344-348. In proposito, l'art. 23, direttiva ECN+ già prevede una forma di «interazione tra le domande d'immunità dalle ammende e le sanzioni imposte alle persone fisiche»: alle condizioni ivi stabilite, gli individui potenzialmente interessati devono essere protetti da qualsiasi misura, penale o meno, nei loro confronti altrimenti adottabile.

¹⁰⁹ Non è infrequente che, per favorire l'emersione di illeciti plurisoggettivi – i cui autori hanno il comune interesse all'occultamento della condotta –, il legislatore preveda l'esenzione da responsabilità per chi ne riveli l'esistenza all'autorità giudiziaria: basti ricordare la recente introduzione dell'art. 323-ter c.p. da parte del legislatore italiano. Questa disposizione esclude, a certe condizioni, la punibilità di chi abbia denunciato l'esistenza di fenomeni corruttivi all'autorità giudiziaria.

suscitare riserve da parte degli Stati membri, tradizionalmente restii ad accettare che le istituzioni possano disporre di poteri sanzionatori diretti verso gli individui, specie quando si tratti di misure afflittive, potenzialmente suscettibili di rientrare nel perimetro della *matière pénale*¹¹⁰.

5. Conclusioni.

L'assenza di specifici vincoli – sia nei trattati, sia negli atti di diritto derivato – in punto di responsabilità individuale delle persone fisiche per la violazione dei divieti imposti dagli artt. 101 e 102 TFUE ha favorito la formazione di un panorama assai eterogeneo di regimi normativi quanto alla possibilità di sanzionare (anche) le persone fisiche che abbiano personalmente consentito la *mise en œuvre* delle pratiche vietate. Come l'intero corso dell'integrazione europea insegna, paradigmi tanto dissonanti finiscono per incidere in modo negativo sui mercati, in quanto stimolano fenomeni distorsivi nell'esercizio delle libertà fondamentali, in particolare quella di stabilimento. Questa lacuna, accompagnata alla scarsa capacità di un sistema fondato sulle sole ammende alle imprese di assicurare pieno *enforcement* ai divieti dettati dagli artt. 101 e 102 TFUE, legittima a considerare l'opportunità di un'armonizzazione, a livello sovranazionale, dei regimi di responsabilità individuale. Appare illogico, se non aporetico, immaginare che quei divieti possano produrre conseguenze per le imprese, mentre gli individui – attraverso le cui azioni queste ultime operano – rimangano del tutto impuniti, a maggior ragione qualora costoro ritraggano vantaggi personali non indifferenti dalle pratiche anticompetitive. Come si è osservato, l'attuale contenuto dei trattati offre almeno due basi giuridiche perché l'intervento di ravvicinamento possa concretizzarsi: si tratta degli artt. 83 e 114 TFUE. Al primo si dovrebbe ricorrere se si volessero imporre agli Stati membri obblighi di criminalizzazione, mentre il secondo sarebbe sufficiente per una direttiva che imponga ai legislatori di adottare sanzioni efficaci, dissuasive e proporzionate, senza esigere il ricorso allo *ius puniendi*. Alla luce di alcune considerazioni essenziali – specie quelle fondate sul principio di *extrema ratio* – l'intervento penale appare, almeno in un primo momento, eccessivo; più prudente, invece, sembra la seconda strada, ovvero quella di incanalare le scelte nazionali verso l'introduzione di un regime di responsabilità individuale, ma senza vincolare all'uso della sanzione penale. Soltanto in un secondo momento, alla luce delle opzioni percorse dai legislatori e delle conseguenze pratiche che ne sono derivate, sarebbe possibile ricorrere, in modo più consapevole e coerente con i principi fondamentali della politica criminale, allo *ius puniendi*.

Invero, allo stato attuale non sembra rinvenirsi alcun intento, da parte delle istituzioni, di provvedere all'armonizzazione del regime di responsabilità individuale¹¹¹. Le considerazioni svolte, invece, suggeriscono che l'Unione europea adotti un atto normativo che imponga a tutti i propri Stati membri di sanzionare i singoli autori delle violazioni dei divieti imposti dagli artt. 101 e 102 TFUE: non appare (più) tollerabile che soggetti capaci di provocare profonde ripercussioni nei confronti di altre imprese e della platea dei consumatori siano impuniti, a

¹¹⁰ V., *ex multis*, J. BIANCARELLI, *Does the Community Legal Order Have the Power to Institute Sanctions?*, in M. DELMAS-MARTY, M. SUMMERS (ed.), *What Kind of Criminal Policy for Europe?*, L'Aia, 1996, p. 249 s., spec. p. 251; S. MONTALDO, *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione europea*, Napoli, 2015, p. 26.

¹¹¹ P. WHELAN, *The Criminalization of European Cartel Enforcement*, cit., p. 149.

fronte di legislazioni tradizionali che continuano a irrogare pene – talvolta anche molto severe – per reati che colpiscono il patrimonio dei singoli, i cui risvolti sociali, seppur non certo trascurabili, sono senz'altro inferiori ai gravi e distorsivi effetti che derivano da condotte quali la costituzione di un cartello o l'esercizio abusivo di una posizione dominante sui mercati.