



La Direttiva N. 1/2019 e il suo impatto sulla disciplina *antitrust* dell'Unione europea

DI ESTER LATORRE*

Sommario: 1. Introduzione. 2. La Direttiva n. 1/2019 e l'evidenziata necessità di previsioni più efficaci: genesi. 3. Il contenuto della Direttiva n.1/2019. 3.1. L'implementazione dei poteri delle ANC. 3.2. Il potenziamento dell'intero impianto sanzionatorio *antitrust*. 3.3. Il consolidamento dei *leniency programmes*. 3.4. Il miglioramento della cooperazione fra le autorità nazionali garanti della concorrenza. 4. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

Tra le molteplici ed eterogenee politiche dell'Unione europea, assume un ruolo centrale quella della concorrenza, concepita dai “costituenti” con lo scopo di preservare la struttura concorrenziale del mercato comune. È proprio per difendere detto mercato, oggi interno, che il legislatore dell'Unione, superando la c.d. “*cultura della tolleranza*”¹, sviluppata all'interno del territorio “comunitario” nel primo dopoguerra, tale per cui si ammetteva la presenza dei “cartelli” – termine, seppur atecnico, comunemente utilizzato per indicare le intese orizzontali –, e aderendo alla nozione di “*cartel delinquency*”², ha previsto un articolato sistema di prevenzione degli illeciti anticoncorrenziali che, da un lato, salvaguarda le imprese

* Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea e concorrenza presso Università degli Studi di Milano.

¹ Cfr. C. HARDING, *Business Cartels as a Criminal Activity: Reconciling North American and European Models of Regulation*, in Maastricht JECL, 9(4), 2002, p. 406.

² A partire dal secondo dopoguerra, in Europa, si è affermata la figura del così detto “Stato regolatore”, definito anche come “governatore della società”. Esso è stato l'autore di una sequela di interventi volti al perseguimento di un unico obiettivo: l'interesse pubblico. Questa evoluzione è stata decisiva per il diritto della concorrenza: in tale nuovo scenario, infatti, il diritto è stato chiamato a reprimere tutte quelle condotte volte a ribaltare le “regole del gioco” poste dallo Stato. Si è passati dalla totale assenza di un sentimento di condanna morale rispetto alle pratiche restrittive della concorrenza, a una sempre maggior consapevolezza delle gravi conseguenze economiche e sociali da esse derivanti, che ha portato il legislatore europeo a introdurre le prime sanzioni *antitrust*. Si rimanda a tal proposito a: A. CORDA, *Legislazione antitrust e diritto penale: spunti problematici in ambito europeo*, in *Criminalia*, 2009, p. 485 e ss.

dalle minacce dei loro *competitor*, e, dall'altro lato, garantisce ai consumatori finali una maggiore possibilità di scelta di beni e servizi.

A ben vedere, però, tale impianto presenta oggi numerose criticità, che il legislatore UE, con la recente direttiva n. 1/2019, si propone di fronteggiare mosso dall'obiettivo di ridurre al minimo le violazioni, tutt'altro che infrequenti, delle norme *antitrust*, che dubbi hanno sollevato circa l'efficacia del modello di repressione degli illeciti fino ad oggi adoperato dalle autorità garanti nazionali.

Il presente elaborato, quindi, ha come obiettivo quello di analizzare le disposizioni più rilevanti e innovative del nuovo testo di legge europeo che, verosimilmente, quando sarà recepito da tutti gli Stati membri, implementerà l'efficienza del canale di tutela della concorrenza più sviluppato all'interno dell'Unione europea: il *public enforcement*.

2. La Direttiva n. 1/2019 e l'evidenziata necessità di previsioni più efficaci: genesi.

Il 14 gennaio 2019 è stata pubblicata la Direttiva n. 1 del 2019, nota anche come Direttiva ECN + (dal nome della rete europea delle autorità di concorrenza, l'*European Competition Network*)³, emanata l'11 dicembre 2018 da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, che ha aperto la strada a riflessioni e dibattiti circa la tutela del mercato all'interno dell'Unione europea⁴.

L'atto *de quo*, che dovrà essere recepito dagli Stati membri entro il 4 febbraio 2021 e che, come si vedrà, contiene un insieme di standard minimi da rispettare⁵, è nato in un contesto alquanto peculiare, in cui ci si è resi conto di quanto la concorrenza, pur a fronte del trascorso di un lungo lasso di tempo dall'emanazione delle principali fonti legislative a riguardo, non sia ancora tutelata in maniera intensa ed effettiva.

Una simile consapevolezza è maturata in seno alle istituzioni europee grazie, anche, ad una valutazione che la Commissione ha condotto, fra il 2013 e il 2014, sul funzionamento del regolamento n. 1/2003⁶, atto, come noto, emanato per disciplinare al meglio le modalità di

³ Si è scelto lo strumento della direttiva piuttosto che quello del regolamento in quanto, esso, meglio tiene conto delle tradizioni giuridiche e delle specificità istituzionali dei singoli Stati membri. La direttiva in esame, infatti, lascia ai legislatori nazionali la scelta dei mezzi più adeguati per attuare le sue disposizioni, ormai necessarie e non più procrastinabili. Tutte le autorità garanti si sono dimostrate, fin dalla proposta dell'atto *de quo*, favorevoli a una simile innovazione. Solo l'autorità olandese è rimasta neutrale e solo quella inglese si è mostrata contraria a tale intervento.

⁴ Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'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 *GUUE* del 14 gennaio 2019, L 11, p. 3.

⁵ La direttiva, infatti, non contiene una disciplina di dettaglio comune ma, anzi, espone una serie di norme basilari che gli Stati devono obbligatoriamente osservare, rimanendo liberi, però, di apporvi cambiamenti *in melius*: per esempio, essi hanno la possibilità di conferire alle autorità nazionali garanti della concorrenza poteri più ampi o di prevedere sanzioni più elevate di quelle indicate nel testo di legge europeo.

⁶ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in *GUCE* n. L 001 del 04/01/2003, p. 0001 – 0025. Il regolamento *de quo* è stato ideato dal legislatore dell'Unione con lo scopo di disciplinare la corretta applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE. Esso ha previsto forme di cooperazione volte a garantire un'applicazione coerente della normativa *antitrust* nell'Unione. Tra queste vi rientrano gli strumenti forniti alle autorità nazionali e alla Commissione per collaborare tra loro al fine di reprimere gli illeciti anticoncorrenziali e garantire un libero e leale commercio, si pensi alle richieste di pareri in merito all'applicazione delle norme dei Trattati in materia di concorrenza, all'intervento della Commissione nei procedimenti giudiziari nazionali in qualità di *amicus curiae* e, ancora, ai meccanismi di informazione sulle sentenze nazionali. Per completezza, si rimanda a: G. M. BERUTTI,

applicazione delle disposizioni del TFUE⁷ attinenti alle intese e all'abuso di posizione dominante⁸.

Si è avuto così modo di appurare che, dieci anni dopo la sua emanazione, è ancora presente un copioso margine di miglioramento delle capacità delle figure deputate a proteggere la libera concorrenza che, proprio nel 2003, sono state rese protagoniste della scena per sgravare la Commissione da una mole di lavoro fin troppo ampia: le autorità garanti nazionali (nel prosieguo, per comodità, anche "ANC", così come definite dalla direttiva).

Infatti, se da un lato, a livello europeo, il diritto della concorrenza è in una fase di maturità tale da indurre la Commissione ad un utilizzo particolarmente rigoroso dei suoi poteri, capaci per definizione di inibire le imprese e di ristabilire l'ordine giuridico, dall'altro lato, all'interno dei singoli Paesi, un simile risultato non è ancora stato raggiunto e sovente avviene che i comportamenti scorretti non vengano né esaminati né contestati⁹.

Stando alle risultanze della ricerca promossa dalla "Guardiana dei Trattati", quanto appena descritto avviene per tre ordini di ragioni¹⁰. In primo luogo, perché le ANC non dispongono di risorse adeguate e non sono sufficientemente indipendenti.

La nuova cooperazione attiva tra istituzioni comunitarie, antitrust nazionali e giudici nel Regolamento comunitario n. 1 del 2003, in Il corriere giuridico, 2004, n. 1, p. 115 – 122; M. SCUFFI, I riflessi ordinamentali ed organizzativi del Regolamento comunitario n. 1/2003 sulla concorrenza, in Il corriere giuridico, 2004, p. 123 – 134; A. CLARIZIA, Autorità indipendenti e ordinamento comunitario: il sistema antitrust dopo il Regolamento 1/2003, 2007, p. 109 – 142.

⁷ Le disposizioni del Trattato rilevanti a riguardo sono l'art. 101 e 102. In sintesi, l'art. 101 TFUE si occupa delle intese, che possono essere veri e propri accordi fra imprese o semplici pratiche concordate, e le definisce vietate poiché incompatibili con il mercato interno. L'art. 102 TFUE, invece, disciplina la posizione dominante, ritenendola non illecita di per sé, ma solo quando consente ad un'impresa, che ne abusa, di trarre profitto riducendo il livello concorrenziale e bloccando, *de facto*, lo sviluppo del mercato.

⁸ Nonostante non sia ricompresa all'interno del regolamento 1/2003, pare opportuno per lo meno accennare, senza pretesa di esaustività, all'esistenza di un'ulteriore macro categoria di condotte anticoncorrenziali che, al fianco delle intese e degli abusi di posizione dominante, si ravvisa con frequenza all'interno degli Stati membri: le operazioni di concentrazione. Le concentrazioni sono definite dalla dottrina come «*iniziative che comportano la scomparsa dal mercato di una o più imprese, che cessano di essere autonomi centri decisionali e vengono sottoposte ad un controllo gerarchico unitario*» (cfr. F. DENOZZA, *Antitrust: leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna, 1988, p. 71 e ss.). Esse sono disciplinate da un apposito regolamento, il n. 139 del 2004, che non le definisce aprioristicamente vietate e, anzi, indica determinate soglie di fatturato al di sopra delle quali sorge l'onere, per le imprese interessate all'operazione, di darne atto alla Commissione (o alle autorità nazionali, in base all'ampiezza del comportamento) che avrà il compito di decidere, a seguito di una valutazione del suo impatto sul commercio, se autorizzarla o meno.

⁹ Invero, è stato rilevato che, fra il 2004 e il 2015, vi sono state autorità nazionali che hanno applicato il diritto *antitrust* europeo in più di 100 decisioni: si pensi a quelle di Francia, Italia e Germania. Al contempo, invece, altre Autorità garanti, come quelle della Repubblica Ceca, della Finlandia, della Polonia o della Bulgaria, lo hanno fatto in meno di 15 decisioni. Seppur questa disparità potrebbe essere dettata da molteplici fattori, quali l'apertura agli scambi commerciali o le dimensioni dei singoli Stati, essa è pur sempre rilevante considerando il fatto che sono proprio quelle ANC che hanno applicato il diritto europeo in modo saltuario che hanno manifestato i maggiori problemi in termini di assetti, risorse, indipendenza e poteri. Cfr. 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*, Bruxelles, 2017, SWD(2017) 114 final.

¹⁰ Il documento che sintetizza le ricerche compiute dalla Commissione è il seguente: 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*, COM (2014) 453. Per completezza, si segnalano anche i relativi documenti di lavoro dei servizi della Commissione: *Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003*, SWD (2014) 230; *Enhancing competition enforcement by the Member States' competition*

Ad onor del vero, occorre specificare tale rilievo e, innanzitutto, asserire che esso si riferisce non solo, come si potrebbe pensare, alle autorità dei Paesi di recente adesione all'Unione che, naturalmente, risultano essere meno attrezzate in punto di tutela della concorrenza e del suo *enforcement*, ma anche – o bisognerebbe dire, soprattutto – a quelle degli Stati membri maggiori, le cui normative nazionali spesso sono risultate lacunose e i cui legislatori non hanno ritenuto necessari interventi correttivi: si pensi alla Germania e alle carenze lamentate dal Bundeskartellamt (autorità tedesca deputata alla salvaguardia della concorrenza)¹¹.

Inoltre, bisogna escludere dal suo perimetro l'Autorità garante della concorrenza e del mercato italiana. L'AGCM, di fatti, fin dal momento della sua istituzione, risalente all'inizio degli anni Novanta per merito della legge n. 287/1990¹², è stata dotata di ampie capacità, seppur perfezionabili. Essa, in quanto autorità amministrativa indipendente¹³, gode di autonomia assoluta rispetto alle influenze politiche e ha altresì penetranti poteri, di indagine¹⁴ e sanzionatori¹⁵. Nonostante il numero dei suoi componenti sia stato ridotto a tre rispetto agli

authorities: institutional and procedural issues, SWD (2014) 231. Il tutto è rinvenibile al seguente link: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/regulations.html>.

¹¹ L'autorità tedesca, fino alla nona novella del GWB (acronimo di "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen", legge federale contro le restrizioni della concorrenza) risalente al giugno 2017, aveva poteri ispettivi limitatissimi. Essa non aveva la possibilità di imporre alle imprese di fornire dati o documenti nel corso delle indagini qualora il loro contenuto avesse potuto condurre all'applicazione di una sanzione nei loro confronti. Si pensi che, addirittura, in alcuni casi, il Bundeskartellamt ha rinunciato a perseguire talune imprese, dedicando le sue risorse scarse a fattispecie più complesse. Si rimanda a tal proposito a: BUNDESKARTELLAMT, *Empowering the national competition authorities to be more effective enforcers*, 2017, p. 15; 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*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2017, p. 1015 e ss.

¹² Legge 10 ottobre 1990, n. 287, recante "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato", in *GU* serie generale n. 240 del 13 ottobre 1990.

¹³ Per autorità amministrative indipendenti si intendono, nell'ordinamento italiano, quei soggetti o enti pubblici, istituiti con legge, che esercitano in prevalenza funzioni amministrative in ambiti considerati sensibili o ad alto contenuto tecnico (concorrenza, privacy, comunicazioni, ecc.), tali da esigere una posizione di autonomia e di indipendenza nei confronti del Governo. Tutto ciò al fine di garantire una maggiore imparzialità, si parla in dottrina di "neutralità", rispetto agli interessi coinvolti. Sul tema delle autorità amministrative indipendenti si vedano, *ex multis*: A. LA SPINA, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2008; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridicoistituzionale*, Torino, 2004. Con specifico riferimento all'AGCM si vedano, invece, AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Antitrust a portata di mano: cos'è e come funziona l'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Roma, 2004; M. DE BENEDETTO, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato: organizzazione, poteri, funzioni*, Bologna, 2000.

¹⁴ Si pensi, a proposito dei poteri d'indagine, all'art. 14 della l. 287/1990, attinente alla fase istruttoria del procedimento *antitrust*, in cui è stata prevista la possibilità per l'AGCM di richiedere agli enti informazioni di qualsivoglia genere e l'esibizione di documenti, se non anche di disporre ispezioni nei locali commerciali avvalendosi degli organi dello Stato e richiedere perizie e analisi economiche o statistiche. In tal modo, l'Autorità è stata dotata della piena facoltà di classificare, in via del tutto discrezionale, un'infrazione come "grave" o "non grave", decretando in questo modo anche l'importo dell'ammenda.

¹⁵ Si pensi, a proposito dei poteri sanzionatori, che la disciplina italiana contenuta nella legge n. 287/1990 è stata modificata nel 2001 proprio per adeguare il profilo sanzionatorio interno a quello europeo. L'atto legislativo con cui è stata posta in essere detta modifica è la legge n. 47/2001, recante "Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati". L'unica differenza che oggi permane, a riguardo, fra il *modus operandi* italiano e quello europeo è la seguente: l'AGCM ha, da sempre, esercitato i propri poteri sanzionatori nei confronti della sola impresa responsabile del comportamento scorretto, anche nel caso in cui essa facesse parte di un gruppo societario; al contrario, la Commissione, al momento dell'imposizione dell'ammenda in casi simili, fa abitualmente riferimento alla c.d. "singola unità economica", ossia all'intero gruppo. Detta discrepanza è tutt'altro che irrilevante: parametrare una sanzione ad un singolo ente piuttosto che ad un intero gruppo ha ripercussioni notevoli a livello di importo sanzionatorio, in quanto il fatturato di una *holding*, in base al quale si calcola l'ammenda, è tendenzialmente molto più ampio di quello di una singola controllata. Si rimanda, a tal

originari cinque, non si è compromessa la sua efficienza nel fronteggiare gli illeciti compiuti dalle società stabilite nel territorio italiano¹⁶.

Ciò rilevato, il secondo motivo che, per merito delle verifiche della Commissione, è stato individuato alla base delle violazioni *antitrust*, consta nella mancanza di strumenti sanzionatori efficaci nelle mani delle autorità¹⁷.

Questo particolare aspetto, a parere di chi scrive, merita primaria attenzione. Come noto, a livello europeo e interno, le sanzioni attribuibili alle imprese che violano la normativa *antitrust* sono di carattere amministrativo pecuniario e, a prescindere dalla condotta tenuta, non possono mai eccedere il dieci per cento del loro fatturato globale.

Ad occhi attenti, simili penalità mal rispondono all'odierna esigenza di deterrenza, e questo per due ordini di ragioni che saranno appresso esaminate.

In primis, esse sono irrisorie per la maggior parte delle *big companies* che, avendo un fatturato abnorme, non sono economicamente turbate pur a fronte del loro pagamento.

In secondo luogo, gli enti possono facilmente traslare il costo delle ammende sulle spalle dei consumatori semplicemente aumentando il prezzo dei beni o servizi che offrono, rimanendo, ancora una volta, immuni da qualsivoglia aggravio patrimoniale.

D'altronde, la filosofia del diritto insegna quanto ogni infrazione commessa dimostri l'insufficienza della pena prevista per prevenirlo: questo è ciò che, attualmente, si verifica all'interno del diritto della concorrenza, dove la carenza delle sanzioni ideate per prevenire gli illeciti fanno sì che essi vengano frequentemente posti in essere¹⁸.

Infine, l'ultimo elemento che è stato indicato come concorrente ad incrementare la disarmonia del mercato unico concerne il dissimile utilizzo dei programmi di clemenza da parte delle autorità¹⁹, nell'ambito dei quali i funzionari statali e le società "pentite" collaborano per porre fine a taluni atteggiamenti, sussumibili nello schema dei c.d. "cartelli"²⁰.

A titolo di completezza, i *leniency programmes* sono una misura assai favorevole per le imprese che decidono di usufruirne e comportano la non imposizione *in toto* o la riduzione delle sanzioni nei confronti di coloro che, pur avendo preso parte ad una intesa orizzontale

proposito, a: F. GHEZZI, *L'efficacia dei poteri di enforcement delle autorità antitrust nazionali nella proposta di Direttiva europea e le possibili conseguenze sul sistema sanzionatorio italiano*, in *Rivista delle società*, 2017, p. 819 e ss.

¹⁶ È stato il decreto legge del 6 dicembre 2011, n. 201, poi convertito con talune modificazioni dalla legge del 22 dicembre 2011, n. 214, che ha ridotto il numero dei componenti dell'AGCM a tre. Le ragioni che hanno indotto il legislatore a compiere tale mossa sono state prettamente di carattere economico. All'oggi, comunque, i membri dell'Autorità italiana sono Roberto Rustichelli (dal 6 maggio 2019, che riveste il ruolo di presidente) Gabriella Muscolo (dal 16 maggio 2014) e Michele Ainis (dall' 8 marzo 2016).

¹⁷ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Dieci anni di applicazione delle norme antitrust*, cit., punti 35, 36, 37, 38.

¹⁸ Per ulteriori approfondimenti si rimanda a: L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, Bari, 2011, p. 325 e ss.

¹⁹ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Dieci anni di applicazione delle norme antitrust*, cit., punti 39,40 e 46.

²⁰ Il termine "cartello", come accennato all'interno del paragrafo 1, è un termine tecnico utilizzato per indicare le intese orizzontali. Dette intese, fra tutte, sono quelle più pericolose poiché intervengono fra soggetti appartenenti alla medesima categoria – tendenzialmente tra produttori – e sono in tal modo idonee a compartimentare il mercato a svantaggio degli altri *competitor* e, soprattutto, dei consumatori, che così si interfacciano a beni e servizi offerti a condizioni economiche peggiori.

segreta²¹, decidano spontaneamente di fornire alle autorità informazioni decisive per l'accertamento dell'infrazione ovvero per il rafforzamento dell'impianto probatorio di cui esse già dispongono.

Il *discrimen* fra la totale non applicazione della sanzione e una sua applicazione parziale sta nel "tempismo": l'impresa che, fra le partecipanti, si mobilita per prima gode della piena assoluzione, le altre di un'ammenda ridotta in misura via via minore in base al criterio cronologico di autodenuncia.

A tal proposito si è evidenziata l'incertezza insita in siffatti programmi, derivante dalle divergenze applicative riscontrate nell'esperienza delle ANC.

Detta insicurezza mina il pieno successo dei *leniency*, che ci sarebbe solamente nel caso in cui vi fosse la massima certezza del diritto per le imprese aderenti. Ciò sta a dire che queste ultime dovrebbero avere la ragionevole sicurezza di ottenere l'immunità o la riduzione delle sanzioni senza, al contempo, avere il timore che la loro collaborazione le conduca all'avvio di altri procedimenti civili, penali o amministrativi. Ancora, una simile certezza dovrebbe sussistere anche a livello orizzontale, ossia nel caso in cui gli enti, dopo aver partecipato a "cartelli" aventi un impatto sul territorio di più Stati membri, debbano presentare domande di trattamento favorevole a più autorità garanti²².

Tutto quanto ciò premesso, la direttiva è parsa fin da subito un'ottima soluzione per tutelare il lungo periodo²³ e, prima di essere approvata in prima lettura dal legislatore dell'Unione, è stata vagliata anche dalla Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori (anche nota come "IMCO")²⁴ e dal Comitato economico e sociale europeo (anche noto come "CESE")²⁵ che hanno formulato due pareri a riguardo²⁶.

²¹ Pratiche del genere sono anche definite *hardcore cartels* e sono accordi sulla divisione del mercato e sulla restrizione quantitativa. Essi sono volti ad ostacolare, in maniera diretta, la concorrenza su un determinato mercato. Si rimanda a tal proposito a: C. BEATON-WELLS, C. TRAN, *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion*, Oxford, 2015; OECD, *Fighting Hard-core Cartels Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*, Parigi, 2002.

²² Cfr. F. GHEZZI, *L'efficacia dei poteri di enforcement delle autorità antitrust nazionali nella proposta di Direttiva europea e le possibili conseguenze sul sistema sanzionatorio italiano*, in *Rivista delle società*, 2017, spec. p. 807.

²³ È bene segnalare, infatti, che il legislatore europeo si era già adoperato per adottare soluzioni volte a ristabilire la leale concorrenza all'interno del territorio dell'Unione, ma esse sono risultate idonee a tutelare solo il breve periodo. Ci si riferisce, in particolar modo, al *private enforcement*, il canale di tutela privatistico del diritto della concorrenza, basato sull'iniziativa dei privati che, si pensava, adendo il giudice civile nazionale per ottenere il risarcimento del danno *antitrust*, sarebbero potuti fungere da deterrente per la commissione di illeciti. Tuttavia, l'incidenza di tali azioni non è stata così rilevante come ci si aspettava, tanto più se si considera che le disposizioni della normativa di riferimento, ossia la direttiva n. 104 del 2014, non le incentivano affatto: si pensi al fatto che al suo interno non sono state inserite disposizioni sulle *class actions*. Tutto quanto appena esposto fa riflettere, a maggior ragione se si compara lo scenario europeo a quello statunitense, Paese dove, al contrario, il canale di tutela privatistico è addirittura più sviluppato di quello pubblicistico ed è più che funzionale ad inibire le imprese dal commettere illegalità. Si vedano, a tal proposito, *ex multis*, S. BASTIANON, *La tutela privata antitrust: Italia, Unione Europea e Nord America*, Milano, 2012, p. 15 e ss.; M. CARPAGNANO, *Vent'anni di applicazione giudiziale delle regole di concorrenza in Italia: 1999-2010*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, p. 284 e ss.

²⁴ La Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori rientra nelle più varie commissioni del Parlamento europeo, formate da gruppi di eurodeputati. Esse possono essere permanenti o temporanee. Le prime hanno, fra le altre cose, un ruolo fondamentale nella procedura legislativa ordinaria. Le seconde, invece, possono essere speciali o di inchiesta.

²⁵ Il Comitato economico e sociale europeo è un organo consultivo dell'Unione che ricomprende i rappresentanti delle organizzazioni dei lavoratori, dei datori di lavoro e di altri gruppi d'interesse. Esso formula pareri su

Entrambi i citati atti hanno avuto un contenuto positivo in quanto, sia il CESE, sia l'IMCO, hanno considerato apprezzabili gli sforzi della direttiva, tesi ad affrontare la sfida dell'implementazione e uniformazione del panorama concorrenziale.

In maniera del tutto peculiare, all'interno del parere del Comitato economico e sociale è stata inserita una sezione dedicata ai diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento *antitrust*. Si è detto, a riguardo, che il rispetto dei diritti di difesa delle imprese, tra cui figurano il diritto di libertà di impresa e il diritto ad una buona amministrazione e ad un ricorso effettivo, è imprescindibile, quindi, la direttiva, per quanto necessaria, non può in alcun modo comprometterlo²⁷.

Lo scopo di una simile precisazione è, sicuramente, quello di orientare nella corretta direzione l'ampliamento dei poteri delle ANC al fine di garantire, pur a fronte di un loro consolidamento, un tetto minimo di garanzie ai soggetti coinvolti nei procedimenti, conformemente ai principi generali del diritto²⁸.

3. Il contenuto della Direttiva n. 1/2019.

La Direttiva ECN + si compone di settantasette *considerando* e trentasette articoli e ha come base giuridica gli artt. 103 e 114 del TFUE, essendo l'armonizzazione delle regole uno dei suoi obiettivi²⁹.

Lo scopo cardine del testo, il cui contenuto sarà a breve vagliato, è infatti quello di evitare che i singoli interventi *antitrust* nazionali vadano a creare situazioni differenziate in casi affini, in particolar modo per quanto attiene all'*iter* procedimentale seguito dalle autorità, creando una disparità di trattamento che, *de facto*, non è impedita dal regolamento n. 1 del 2003.

Invero, detto regolamento non è stato applicato in maniera omogenea in tutti gli Stati membri che, mediante le loro normative interne, hanno dotato le ANC di poteri talvolta troppo limitati. Per questa ragione, esse, non sono sempre state capaci di intervenire per sanzionare gli illeciti e sovente si è assistito, a fronte del medesimo comportamento, alla

questioni riguardanti l'UE per la Commissione europea, il Consiglio e il Parlamento, fungendo così da ponte tra le istituzioni decisionali e i cittadini.

²⁶ Nel particolare, i "pareri" ai quali ci si riferisce sono: Parere della commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori destinato alla commissione per i problemi economici e monetari sulla 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, COM (2017) 0142, C8, 0119/2017, 2017/0063 (COD); Parere del Comitato economico e sociale europeo sulla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che conferisce alle autorità nazionali garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e assicura il corretto funzionamento del mercato interno, COM (2017) 142 final, 2017/0063 (COD), in *GUUE* C 345 del 13 ottobre 2017, p. 70 – 75.

²⁷ I citati diritti sono contenuti all'interno della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, precisamente agli artt. 16, 17, 41 e 47.

²⁸ Per completezza, si segnala che, ai sensi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (si pensi alla celebre sentenza Menarini: sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 27 settembre 2011, ricorso n. 43509/2008, *A. Menarini Diagnostic S.r.l. c. Italia*), le sanzioni *antitrust* hanno una natura sostanzialmente penale, quindi, come corollario, i procedimenti dinanzi alle autorità ed, eventualmente, ai giudici nazionali per l'impugnazione dei provvedimenti delle garanti, sono passivi dell'art. 6 della Convenzione EDU, che assicura alle parti il diritto ad un equo processo.

²⁹ La scelta di porre questi due articoli del Trattato come base giuridica della direttiva in oggetto è tutt'altro che casuale. L'art. 103 TFUE, infatti, è a sua volta la base giuridica degli artt. 101 e 102 TFUE. L'art. 114 TFUE invece attiene al ravvicinamento delle legislazioni nazionali.

condanna di certe imprese in alcuni stati e alla assoluzione di loro *competitor* in altri, senza che tale differenza fosse giustificata da circostanze oggettive³⁰.

3.1. L'implementazione dei poteri delle ANC.

In prima battuta, il testo della direttiva fa trasparire la volontà del legislatore UE di riconoscere, una volta per tutte, in capo alle autorità nazionali degli Stati membri tre qualità: indipendenza, autonomia e potere.

“Indipendenza” è il titolo del quarto articolo della direttiva e sta a indicare la totale emancipazione delle ANC rispetto al Governo e a qualsivoglia influenza politica che potrebbe condizionare le decisioni in base alle personalità coinvolte.

È per questo motivo che il suo quarto comma prevede che i membri degli organi decisionali delle autorità debbano essere *«selezionati, assunti e nominati in base a procedure chiare e trasparenti, stabilite in anticipo dal diritto nazionale»* (art. 4, par. 4, direttiva 1/2019) e non debbano accettare *«istruzioni dal governo o altre entità pubbliche o private nell'esercizio dei loro poteri»* (art. 4, par. 2, lett. b, direttiva 1/2019).

Non solo. Con il termine indipendenza si intende, anche, indipendenza da qualsiasi altro soggetto o istanza nell'assumere le decisioni che attengono a restrizioni della concorrenza³¹ e indipendenza nel definire le priorità per lo svolgimento dei procedimenti istruttori, respingendo le denunce formali poco rilevanti o manifestamente infondate.

Considerata l'ampiezza e la portata di questo requisito, stupisce il fatto che il legislatore lo abbia disciplinato soltanto all'interno di questa direttiva mentre il regolamento n. 1/2003 nulla disponeva a riguardo³².

Con la parola “autonomia”, invece, ci si riferisce in modo particolare alle risorse finanziarie, umane, infrastrutturali, tecniche e tecnologiche, necessarie al personale per svolgere al meglio i propri compiti.

Il legislatore ha scelto di implementare dette risorse considerando il fatto che, la loro carenza, può essere fatale nei procedimenti contro le imprese e può minare la serietà delle

³⁰ Alcune elaborazioni hanno condotto ad affermare che, per la medesima infrazione, di uguale durata e gravità, posta in essere da imprese con il medesimo fatturato a livello mondiale e nazionale, la sanzione applicabile può variare del 2500%. Cfr. F. GHEZZI, *L'efficacia dei poteri di enforcement delle autorità antitrust nazionali nella proposta di Direttiva europea e le possibili conseguenze sul sistema sanzionatorio italiano*, in *Rivista delle società*, 2017, spec. p. 808; N. DUNNE, *Converging in Competition Fining Practices in the EU*, in *53 Common Market Law Review*, 2016, p. 457 e ss.; D. GERADIN, *The EU Competition Law Fining System: A Reassessment*, TILEC Discussion Paper No. 2011/52, 2011, p. 35.

³¹ Cfr. F. GHEZZI, *L'efficacia dei poteri di enforcement delle autorità antitrust nazionali nella proposta di Direttiva europea e le possibili conseguenze sul sistema sanzionatorio italiano*, in *Rivista delle società*, 2017, spec. p. 805.

³² Una simile mancanza non è certamente passata inosservata negli ultimi anni. Si è avuto modo di rilevare, infatti, che l'approccio del regolamento n. 1/2003 a riguardo era completamente diverso – o meglio, lacunoso – rispetto a quello seguito in altri “campi regolati”, ove le normative comunitarie hanno sempre richiesto alle autorità nazionali preposte alla loro regolazione caratteristiche robuste in termini di indipendenza e risorse. Si rimanda, a tal proposito, a: A. ITALIANER, *Completing Convergence*, in *Riv. it Antit.*, 2015; AMERICAN CHAMBER OF COMMERCE TO EUROPEAN UNION, *Empowering the national competition authorities to be more effective enforcers*, 2016; ASSONIME, *European Commission consultation “Empowering the National Competition Authorities to be more effective enforcers”. Some comments*, 2016; BUNDESKARTELLAMT, *Empowering the national competition authorities to be more effective enforcers*, 2017.

autorità nonché la loro capacità di contribuire attivamente nell'ambito dell'*European Competition Network*.

Infine, per quanto riguarda i “poteri” di cui le garanti devono essere dotate, essi sono di due tipi: di indagine e sanzionatori³³.

Considerata la loro importanza, è stato loro dedicato un intero capo della direttiva – il capo IV –, composto da sette basilari articoli tesi a dotare le autorità delle stesse capacità che la Commissione ha ormai acquisito da tempo, facendo così in modo che esse non siano più soltanto un suo braccio, ma sue pari³⁴.

Per quanto riguarda i poteri di indagine, è stata prevista, da un lato, l'opportunità per i funzionari 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*» (art. 6, par. 1, lett. b), direttiva 1/2019), dall'altro, la possibilità di effettuare verifiche anche al di fuori dei locali dell'impresa, compreso il domicilio di amministratori, direttori e altri membri del personale delle imprese³⁵.

D'altro canto, per quanto riguarda i poteri sanzionatori, merita un accenno l'art. 10 della direttiva, a mente del quale, al fine di ottenere la cessazione dell'infrazione contestata, le autorità, oltre alle note sanzioni pecuniarie, possono altresì «*imporre l'adozione di qualsiasi rimedio comportamentale o strutturale proporzionato all'infrazione commessa e necessario a far cessare effettivamente l'infrazione stessa*» (art. 10, par. 1, direttiva 1/2019)³⁶.

I summenzionati rimedi³⁷, che sono connessi ma pur sempre assestanti rispetto alle sanzioni, in realtà non sono affatto di nuova invenzione: di essi si poteva già leggere

³³ I benefici della direttiva in esame, fermo restando il recepimento della stessa da parte dei legislatori nazionali, dipenderanno soprattutto da come le autorità applicheranno effettivamente i loro nuovi poteri. Vi sono, infatti, evidenze di come in alcuni Stati membri, come per esempio la Spagna, l'introduzione di più efficaci strumenti e poteri di *enforcement* abbia condotto ad un incremento tanto nel numero di istruttorie concluse, tanto nella percentuale di sanzioni comminate. Si rimanda, a tal proposito a: M. BOTTA, *The draft Directive on the Power of National Competition Authorities: the Glass Half Empty and Half Full*, in 38 *E.C.L. Rev.*, 2017, p. 470 e ss; 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*, Bruxelles, 2017, SWD(2017) 114 final.

³⁴ C. S. RUSU, *Case Comment: Workload Division after the Si.mobil and easyJet Rulings of the General Court*, in *The Competition Law Review*, 2015, p. 170 e ss.

³⁵ Tuttavia, è bene specificare che simili accertamenti sono sottoposti ad una triplice condizione: la presenza di ragionevoli motivi di sospettare che libri o documenti siano conservati in questi locali, la presenza di elementi di prova relativi a violazioni gravi, l'autorizzazione del giudice competente dello Stato membro. Inoltre, proprio al fine di bilanciare gli interessi delle imprese, il *considerando* n. 35, parlando proprio del potere ispettivo delle ANC, afferma che esso debba essere esercitato nel rispetto del principio di proporzionalità: ciò sta a dire che all'impresa non possono essere imposti oneri sproporzionati rispetto all'obiettivo (investigativo) da raggiungere.

³⁶ L'esplicita previsione del potere di imporre misure “rimediali” rappresenta un passaggio importante al fine di intervenire con maggior decisione nella punizione delle condotte illecite, a fortiori se si considera che tali rimedi non erano in alcun modo contemplati nelle normative nazionali, neppure da quella italiana. A tal proposito, si segnala che l'AGCM, in passato, aveva più volte sperimentato la possibilità di arricchire le proprie diffide con un contenuto “prescrittivo” attraverso l'imposizione di misure del genere (si vedano, *ex multis*, AGCM, 14 giugno 2006, provv. n. 15604, *Rifornimenti aeroportuali*; AGCM, 26 aprile 2006, provv. n. 15392, *Gas tecnici*; AGCM, 6 giugno 2012, provv. n. 23639, *Coop. Estense*), ma la giurisprudenza amministrativa, pur non escludendo la titolarità del potere di imporre rimedi simili, aveva ritenuto illegittime le misure in concreto imposte (si vedano, *ex multis*, Consiglio di Stato, 8 febbraio 2008, sent. nn. 421 e 423, *Rifornimenti aeroportuali*; TAR Lazio, 15 gennaio 2007, sent. n. 204 e Consiglio di Stato, 7 marzo 2008, sent. n. 1006, *Gas tecnici*).

³⁷ Per completezza, si segnala che i rimedi strutturali possono consistere nell'allocatione dei diritti di proprietà o nella dismissione totale o parziale di un'attività in essere. Al contrario, i rimedi comportamentali generalmente

all'interno dell'art. 7 del regolamento n. 1/2003. Tuttavia, il nuovo articolo della direttiva, nonostante richiami il suo predecessore, è stato elaborato con una specificazione tutt'altro che irrilevante. Se, infatti, all'interno del regolamento era stato previsto che le garanti potessero imporre rimedi strutturali soltanto qualora non esistessero rimedi comportamentali parimenti efficaci ovvero quando questi ultimi risultassero più onerosi, grazie alla direttiva l'ordine di priorità dei due tipi di interventi rimediali è scomparso. In tal modo, è stato conferito alle ANC un più ampio margine di discrezionalità: esse, così, sono libere di imporre agli enti il comportamento correttivo che ritengono più opportuno per scongiurare il rischio di recidive, in particolare nei casi di abuso di posizione dominante.

Ebbene, l'elencate tre caratteristiche sono state ritenute indispensabili per far sì che le autorità possano assicurare un'applicazione efficace degli artt. 101 e 102 TFUE, in modo tale che «*la concorrenza nel mercato interno non sia falsata e che i consumatori e le imprese non siano svantaggiati dalle leggi e dalle misure nazionali che impediscano alle autorità nazionali garanti della concorrenza di applicare le norme con efficacia*» (art. 1, par. 1, direttiva 1/2019).

3.2. Il potenziamento dell'intero impianto sanzionatorio *antitrust*.

Dopo aver prestato una lauta attenzione alle ANC, la direttiva n. 1/2019, adeguandosi alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ha stabilito che l'efficacia delle sanzioni inflitte dalle autorità nazionali e dalla Commissione è condizione per l'applicazione uniforme del diritto della concorrenza nel territorio europeo, ha previsto anche disposizioni attinenti al sistema sanzionatorio *antitrust*³⁸.

In particolare, l'art. 13 della direttiva enuncia con chiarezza i caratteri che le sanzioni devono avere: efficacia, proporzionalità e dissuasività.

Detti connotati non sono sempre stati rinvenuti nelle sanzioni che le autorità hanno inflitto, motivo per il quale ci si è resi conto di quanto, al pari di un'implementazione dei poteri delle ANC, sia necessario anche un rafforzamento degli strumenti di repressione a loro disposizione³⁹.

Tramite il menzionato articolo, però, il legislatore non ha certamente aperto la strada all'introduzione di sanzioni differenti rispetto a quelle di matrice amministrativa – quali, ad esempio, sanzioni di natura penale – all'interno del diritto *antitrust* europeo.

constano nel porre limiti a diritti di proprietà tramite impegni delle imprese a non abusare di *asset* disponibili e, altresì, nel rinunciare, in tutto o in parte, a contratti di esclusiva a lungo termine relativi al controllo di attività essenziali.

³⁸ Cfr. sentenza *Inspecteur van de Belastingdienst/X BV*, C-429/07, EU:C:2009:359, punti 36 – 39.

³⁹ Questa è parsa una operazione necessaria tanto più se si considera la finalità delle sanzioni: evitare, ove possibile, la reiterazione delle violazioni a vantaggio del mercato unico europeo. Si rimanda, in proposito, a: Sentenza della Corte di Giustizia del 15 luglio 1970, causa 41/69, *ACF Chemiefarma c. Commissione*, ECLI:EU:C:1970:71, punto 173, secondo cui le sanzioni per i comportamenti anticoncorrenziali «*hanno lo scopo di reprimere comportamenti illeciti, come pure di prevenire il loro ripetersi*»; Sentenza della Corte di Giustizia del 7 giugno 2007, causa C-76/06 P, *Britannia Alloys & Chemicals c. Commissione*, ECLI:EU:C:2007:326, punto 22.

Tuttavia, pur considerata la delicatezza del tema, si ritiene utile accennare, a titolo di mero spunto di riflessione, alle esperienze di certi Stati membri e degli Stati Uniti d’America⁴⁰ che rilevano sotto il “profilo penalistico” del diritto della concorrenza.

Siffatto profilo, come noto, è oggi pressoché inesistente stante la previsione di sole sanzioni amministrative pecuniarie nella maggior parte dell’Unione. Infatti, come si evince dalla relazione allegata alla proposta della direttiva in esame, sono solo cinque i Paesi europei in cui le ammende sono irrogate all’interno di procedimenti penali: Regno Unito, Irlanda, Francia, Estonia e Grecia⁴¹.

Nel territorio francese, per esempio, nonostante con il passare degli anni si sia attuata una vasta depenalizzazione del diritto della concorrenza, si è mantenuta una quota di tutela penale, destinata a svolgere una funzione di repressione e dissuasione dei – si potrebbero definire così – “reati anticoncorrenziali”. Per inciso, la pena più alta che la normativa francese prevede è la reclusione fino a quattro anni per colui che «*svolge fraudolentemente un ruolo personale e decisivo nella concezione e attuazione di pratiche vietate*»⁴².

In Inghilterra, invece, l’*Enterprise Act* ricomprende all’interno della sua *Section 188* il concetto di “*cartel offence*” e prevede la punibilità degli ideatori degli *horizontal agreements* con la reclusione di massimo cinque anni alla quale può essere anche aggiunta un’ammenda⁴³.

D’altro canto, oltre oceano, lo *Sherman Antitrust Act*⁴⁴, che è il principale testo legislativo di riferimento in materia, ricomprende al suo interno, come sanzioni, non solo il pagamento di un’ingente somma di denaro, ma anche la detenzione.

Ciò nonostante, fino ad oggi non è stata mai presentata alcuna proposta volta a proiettare la normativa *antitrust* europea, nella sua dimensione patologica, in una dimensione penale.

Ci si potrebbe domandare, *de iure condito*, se questo sia o meno un grave errore considerato, per un verso, il critico scenario in cui versa la struttura concorrenziale del mercato e, per l’altro, la giurisprudenza della corte EDU, che ha inquadrato le sanzioni

⁴⁰ Gli Stati Uniti d’America sono il Paese natio del diritto antitrust. Si pensi che il termine ormai oggi ampiamente diffuso e utilizzato “*antitrust*” è stato coniato proprio negli Stati Uniti. Il “*trust*” è una delle tante tecniche mediante la quale poteva realizzarsi l’accentramento del controllo, e, indi, la sostanziale concentrazione di potere nelle mani di un privato. Esso è un istituto tipico del *common law*, collegato anche al civilistico contratto fiduciario e si sostanzia nella seguente operazione: il fiduciante (arcaicamente definito “*cestui que trust*”) affida un bene al fiduciario (*trustee*) che lo amministra a favore di un determinato beneficiario (*beneficiary*). In tal modo il fiduciario acquista la proprietà legale del bene (*legal estate*) e al beneficiario, al contempo, spetta la proprietà sostanziale del medesimo (*equitable estate*). Questo istituto, come suggerisce il nome che ha preso la disciplina, fu il bersaglio principale dello *Sherman Act*, primo atto legislativo in assoluto riguardante la materia che in questa sede rileva, sebbene la sua applicazione riguardò, col passare del tempo, una vasta gamma di fenomeni anticoncorrenziali. Per ulteriori delucidazioni in merito si rimanda a: G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust: il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Bologna, 1991, p. 34 ss.

⁴¹ Per completezza, si segnala che gli altri Stati membri ove la collusione tra imprese concorrenti può assumere rilevanza penale sono Cipro, Danimarca, Malta, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia e Slovenia. Tra i Paesi non europei, invece, è possibile menzionare l’Australia, il Sud Africa e la Russia.

⁴² Si esprime in tal modo l’art. L. 420-6 del *Code de commerce* francese.

⁴³ *Enterprise Act* 2002, c. 40, ss. 209 (1), 279.

⁴⁴ *The Sherman Antitrust Act, An act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies*, 26 Stat. 209, 15 U.S.C, 1890. A titolo di completezza, si segnala la seguente opera appartenente alla letteratura statunitense riguardante il percorso che ha condotto all’emanazione dello *Sherman Act*: J. SHEPARD WILEY JR, *Economic Crime: antitrust offenses*, in *Enycl. Crime & Justice*, Vol. 2, New York, 2002, p. 590 ss.

antitrust come aventi una natura sostanzialmente penale pur essendo formalmente di matrice amministrativa⁴⁵.

La risposta a questo interrogativo necessiterebbe un maggiore approfondimento, che in questa sede non potrà essere espletato in quanto esula dal contenuto della direttiva, ma che, si segnala, costituisce argomento alquanto dibattuto in dottrina stante la presenza, da un lato, di fautori di una simile operazione in vista degli effetti deterrenti che potrebbe avere e, dall'altro, di giuristi che ritengono non sovrapponibili il diritto penale e il diritto della concorrenza⁴⁶.

Ebbene, tornando ora all'esame dei più rilevanti articoli della direttiva 1/2019, è il caso di citare l'art. 15 che, a parere di chi scrive, è il più innovativo dell'intero testo concepito dal legislatore UE.

Infatti, se il limite edittale previsto per condannare le infrazioni è sempre stato quello del dieci per cento del fatturato globale delle società, il suo disposto, al contrario, prevede che l'importo della sanzione attribuibile alle imprese «*non debba essere inferiore al dieci per cento del fatturato totale realizzato [...] a livello mondiale durante l'esercizio precedente la decisione*» (art. 15, par. 1, direttiva 1/2019).

Così facendo, la direttiva ha ribaltato un caposaldo dell'intera disciplina a tutela della concorrenza e, con tutta probabilità, questo impatterà in maniera significativa sulle grandi imprese, che, fino ad oggi, quasi mai si sono preoccupate delle sanzioni *de quo* in quanto minime rispetto ai proventi derivanti dai comportamenti scorretti.

⁴⁵ La corte EDU ha avuto modo di approcciarsi in svariate occasioni le sanzioni *antitrust* e ha ritenuto che, alla luce della consolidata giurisprudenza Engel, esse abbiano una natura sostanzialmente penale. Invero, mediante la nota sentenza Engel (Corte europea diritti dell'uomo, 08 giugno 1976, sentenza n. 22, *Engel c. Paesi Bassi*) sono stati elaborati tre criteri, alternativi e non cumulativi, necessari affinché si possa parlare di "accusa di natura penale" o, meglio, di "imputazione". Essi sono: la qualificazione giuridica data dal diritto interno al comportamento contestato, la natura dell'infrazione o dell'illecito, il grado di severità della sanzione. Grazie ad essi possono essere definite di matrice penalistica anche quelle violazioni non identificate come tali nell'ordinamento di uno Stato membro. Una simile valutazione c'è stata, anche, nella celebre sentenza Menarini (già menzionata nella nota n. 28), in cui la Corte, giudicando le sanzioni a tutela della concorrenza previste dalla legge italiana, ha affermato la sussistenza di, addirittura, tutti e tre i criteri definiti dalla Engel, affermando *in primis* la non importanza della mancata definizione come "reato" dei comportamenti anticoncorrenziali, *in secundis* qualificando l'operato dell'AGCM come incidente sugli interessi generali della collettività abitualmente tutelati dal diritto penale, e infine definendo le sanzioni *antitrust* come punizioni aventi natura repressiva oltre che preventiva, quindi appartenenti all'ambito penalistico del diritto.

⁴⁶ A proposito dei rapporti fra diritto penale e diritto della concorrenza si rimanda a: A. CORDA, *Legislazione antitrust e diritto penale: spunti problematici in ambito europeo*, in *Criminalia*, 2009, p. 486 e ss.; K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL, F. O.W. VOGELAAR, *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham - Northampton, 2006; G.M. FLICK, *A proposito della tutela penale della concorrenza: economia e diritto penale o economia di diritto penale?*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI, *L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, p. 191 e ss.; OCSE, *Hard core cartels*, 2000, in cui i membri dell'OCSE (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico) avevano iniziato a parlare di penalizzazione del diritto *antitrust* in virtù del fatto che taluni paesi membri dell'organizzazione stessa avevano introdotto misure appartenenti alla sfera del diritto penale per punire le condotte anticoncorrenziali; OCSE, *Hard Core Cartels – Recent progress and challenges ahead*, 2003, in cui si è evidenziata l'opportunità di prevedere sanzioni rivolte in maniera strettamente personale agli autori degli illeciti anticoncorrenziali; OCSE, *Hard core cartels: third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation*, 2005, in cui sono state recepite talune importanti dichiarazioni dei membri dell'organizzazione in merito al diritto penale della concorrenza, ad esempio: «*corporate sanctions in the form of fines are almost never sufficiently high to be an optimal deterrent, and that the threat of individual sanctions can be an important complement to corporate, financial sanctions. Individual sanctions can strengthen the incentive of directors and employees to resist corporate pressure to engage in unlawful activity, and thus enhance the level of deterrence*».

Da ultimo, occorre menzionare l'art. 16, che conclude il capo in analisi e attiene alle penalità di mora. Queste ultime non sono altro che delle somme di denaro che gli enti devono corrispondere a fronte di ogni giorno di ritardo nell'adempimento di una determinata prestazione dovuta a seguito di una richiesta o di una decisione dell'autorità⁴⁷.

Il testo dell'articolo fa leva sulla necessità di rendere anche dette penalità maggiormente efficaci, proporzionate e dissuasive, in modo tale che nessuno possa permettersi di non dar seguito alle imposizioni delle ANC, che in tal modo acquisiscono un ulteriore connotato: l'incisività.

3.3. Il consolidamento dei *leniency programmes*.

Sulla scia delle previsioni innovative tratteggiate nelle pagine che precedono, il legislatore UE ha scelto di porre l'accento anche sullo strumento innovativo per eccellenza proprio del diritto *antitrust* europeo: i *leniency programmes*⁴⁸. Essi sono un'importante risorsa per l'Unione in quanto permettono alla Commissione e alle ANC di scoprire e fronteggiare le condotte che più mettono a repentaglio il mercato: le intese orizzontali.

Si è ritenuto opportuno dedicar loro un intero capo della direttiva – il capo VI – poiché, nonostante nel 2012 fosse stato pubblicato l'*ECN Model Leniency Programme*⁴⁹, testo volto a precisare gli aspetti operativi delle misure *de quo*, esso, in quanto atto non vincolante, non è stato in grado di sopperire alle deficienze a riguardo che, si sottolinea, non riguardano tanto l'indisponibilità dello strumento di *per se*, quanto le divergenze nell'utilizzarlo da parte delle autorità.

Ebbene, viste e considerate le innumerevoli intese smascherate, seppur molto tardi, grazie a siffatti programmi⁵⁰, le disposizioni della direttiva hanno come obiettivo quello di dotare le ANC di mezzi idonei per renderli quanto più allettanti possibile agli occhi delle società.

Per di più, in maniera del tutto inaspettata, mediante il testo legislativo in esame, si è scelto di estendere la validità di questi programmi non più solo ai casi di intese orizzontali, ma anche a tutte le altre possibili infrazioni. Un simile ampliamento pare più che legittimo se si considera che lo scopo della procedura non è certamente quello di lasciare i colpevoli

⁴⁷ Le penalità di mora vengono fissate in proporzione al fatturato totale giornaliero medio a livello mondiale realizzato dalle imprese e possono essere comminate nei seguenti casi: la mancata comunicazione delle informazioni complete ed esatte a seguito di una richiesta dell'autorità, il non presenziare ad una audizione, l'evitare di sottoporsi agli accertamenti ispettivi e, infine, il mancato rispetto di una decisione di condanna, degli impegni o delle misure cautelari.

⁴⁸ V. *infra*, p. 5.

⁴⁹ Si rimanda, per una sua consultazione, al link: https://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf.

⁵⁰ Tra i più importanti casi di intese del genere, si pensi al così conosciuto "cartello dei camion", che è durato per 14 anni, dal 1997 al 2011, periodo in cui le maggiori imprese produttrici di autocarri medi e grandi, e cioè Man, Volvo, Renault, Daimler, Daf e Iveco, hanno stretto accordi collusivi riguardo ai prezzi di tali mezzi e al trasferimento sui clienti dei costi. Tale cartello è stato scoperto unicamente grazie ad un'autodenuncia fatta da parte di una delle imprese coinvolte. A risolvere il caso è stata la Commissione, che ha imposto alle società una multa record pari a quasi tre miliardi di euro. Si rimanda a tal proposito a: *Sintesi della decisione della Commissione, del 19 luglio 2016, relativa a un procedimento a norma dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dell'articolo 53 dell'accordo SEE* (Caso AT.39824 - Autocarri), in *GUUE* C 108 del 6 aprile 2017, p. 6 ss.

impuniti, ma piuttosto quello di permettere alle istituzioni di venire a conoscenza degli illeciti per debellarli e risanare il commercio.

Per semplificare siffatto meccanismo e raggiungere l'anzidetto scopo, il novero legislativo raccomanda alle autorità garanti di istituire un sistema per l'assegnazione di un numero d'ordine alle domande di immunità «*affinché le imprese che intendono chiedere l'immunità dalle ammende possano ricevere inizialmente un posto nell'elenco relativo al trattamento favorevole, qualora lo richiedano, per un periodo determinato caso per caso [...], in modo tale che il richiedente raccolga le informazioni e gli elementi probatori necessari per raggiungere la soglia probatoria pertinente ai fini dell'immunità dalle ammende*» (art. 21, par. 1, dir. 1/2019).

Ancora, esso uniforma le condizioni – tra cui l'aver posto fine alla partecipazione alla condotta segreta, il cooperare in modo genuino con l'autorità e il non rivelare di aver presentato domanda di trattamento favorevole – alle quali un'impresa può beneficiare dell'immunità o della riduzione dell'ammenda, evitando che possa verificarsi il c.d. “*forum shopping*” nella scelta dell'autorità “più clemente” a cui presentare la domanda.

Inoltre, l'art. 31 della direttiva rafforza le garanzie a tutela del *whistle-blower*, le cui dichiarazioni non possono più essere scambiate nell'ambito dell'*European Competition Network*, o fra le autorità alle quali è stata presentata domanda di clemenza, senza il suo esplicito consenso⁵¹.

Infine, è stata modificata la precedente impostazione in tema di richieste di *leniency*, prevedendo la possibilità per le società di presentare una domanda di immunità non solo alle autorità nazionali, ma anche alla “Guardiana dei Trattati”.

Esse, quindi, hanno oggi l'opportunità di rivolgersi in via principale alla Commissione tramite una domanda formale e, in via secondaria, alle garanti statali mediante un fascio di “domande semplificate”. Tutto ciò tende ad assicurar loro una maggiore protezione, che, ci si auspica, possa stimolarle all'auto denuncia.

In simili casi, ogni domanda rimane pur sempre indipendente e, comunque, le ANC conservano la possibilità di richiedere agli enti ulteriori informazioni e forme di cooperazione⁵².

3.4. Il necessario miglioramento della cooperazione fra le autorità nazionali garanti della concorrenza.

Infine, la direttiva in analisi, talmente concentrata sulle ANC, non poteva che soffermarsi anche sui meccanismi di cooperazione fra esse: la c.d. “assistenza reciproca” fra autorità garanti⁵³.

Invero, sono state formulate una serie di indicazioni atte a migliorare il dialogo, certamente fruttifero, fra le autorità che, all'uopo, devono essere pronte a condividere fra loro

⁵¹ L'unica lacuna ravvisabile a riguardo consta nella mancanza di un rimedio per l'eventuale divulgazione delle dichiarazioni del denunciante senza il suo consenso. A rigor di logica e in base a quanto indicato all'interno del *Leniency Model Program* del 2012, la conseguenza, in tali casi, dovrebbe essere la non utilizzabilità delle informazioni.

⁵² Cfr. art. 22, direttiva n. 1/2019.

⁵³ Tale è la rubrica del capo VII della direttiva n. 1/2019.

informazioni, atti procedurali e «*qualsiasi altra documentazione pertinente relativa all'applicazione dell'art. 101 o 102 TFUE*» (art. 25, par. 1, lett. c, direttiva 1/2019) utile alla soluzione di uno specifico caso.

Tra le disposizioni più importanti, è doveroso ricordare l'art. 26, secondo cui i membri delle autorità devono essere preparati a dare attuazione alle decisioni che impongono ammende (o penalità di mora) emesse da garanti straniere qualora «*dopo aver compiuto ragionevoli sforzi, l'autorità straniera accerti che l'impresa o l'associazione di imprese nei cui confronti l'ammenda o la penalità di mora è esecutiva non dispone di beni sufficienti nello Stato membro dell'autorità richiedente per consentirne il recupero*» (art. 26, par. 1, direttiva 1/2019).

Una simile disposizione, tutt'altro che irrilevante, se sarà recepita correttamente, renderà non necessario il lungo – e sicuramente superfluo – procedimento di riconoscimento e di esecuzione dei provvedimenti delle ANC estere, che saranno così dotati di efficacia diretta in tutto il territorio dell'Unione.

Dunque, le novità appena esposte non vanno in alcun modo sottovalutate: la solida e copiosa collaborazione fra le autorità di ogni stato potrebbe essere, a ben vedere, un'ulteriore arma capace di rispondere all'esigenza di deterrenza ultimamente percepita.

Le imprese, infatti, poste dinnanzi all'eventualità che non più solo una, ma tutte le autorità, possano emettere decisioni negative nei loro confronti, sarebbero disincentivate dal porre in essere atteggiamenti anticoncorrenziali e, indi, potrebbero scegliere consapevolmente di rimanere attive sul mercato utilizzando unicamente le loro capacità competitive e mantenendo il *level playing field*.

5. Considerazioni conclusive.

La Direttiva ECN + si inserisce, al momento giusto, in un contesto, paradossalmente, ancora poco normato. Il panorama concorrenziale dell'Unione, come si è avuto modo di rimarcare, merita disposizioni più precise e stringenti al fine di preservare compiutamente il mercato interno.

In fondo, la *ratio* dell'operazione attuata mediante il testo di legge fin ora analizzato, si sostanzia proprio nell'intento di sopprimere qualsiasi condotta atta a ridurre l'incertezza sul comportamento futuro delle imprese concorrenti, perché, come autorevole dottrina ha affermato, è proprio in tale incertezza che risiede l'anima di un mercato anticoncorrenziale⁵⁴.

Per fare questo, occorre dotare le autorità nazionali di poteri maggiori – per lo meno pari a quelli posti nelle mani della Commissione europea – e, soprattutto, uniformi in tutto il territorio dell'Unione.

La tutela che deriverebbe da una simile operazione andrebbe a beneficiare, in prima battuta, le imprese che competono con quelle scorrette e tutti i consumatori. In seconda battuta, l'intero impianto del commercio, che tornerebbe così ad essere caratterizzato da due principi fondanti lo stesso stato di diritto garantito dall'art. 2 del Trattato sull'Unione europea:

⁵⁴ A. BERNARDI, C. GRANDI, *Il diritto della concorrenza nell'esperienza italiana. Profili penali e penal-amministrativi*, in *Ann. Univ. Ferrara - Sc. Giur.*, Vol. XV, 2001, spec. p. 14.

la legalità e la salvaguardia delle libertà fondamentali, tra cui, nell'epoca attuale, è da inserire senza alcun dubbio anche quella di iniziativa economica.

Il legittimo dubbio che all'oggi permane, è solamente quello che induce a chiedersi se i legislatori recepiranno senza esitazioni ed in maniera effettiva le disposizioni della direttiva. Quel che è certo, al contempo, è che essa rappresenta, da un lato, il punto di arrivo del percorso di decentramento dei poteri *antitrust* avviato con il regolamento n. 1/2003, dall'altro, il punto di partenza per giungere ad un concreto rafforzamento dell'impalcatura di *public enforcement* eretta anni orsono per difendere il libero e leale commercio.