



La causa *Ships Waste Oil Collector*: un nuovo caso di diritto della concorrenza alla Corte europea dei diritti dell'uomo

RICCARDO MAZZOCCHI*

Sommario: 1. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto della concorrenza – 2. L'art. 8 CEDU dal caso *Sociétés Colas* a *Ships Waste Oil Collector* – 3. Le *dissenting opinions* nelle sentenze *Ships Waste Oil Collector* e il rinvio alla Grande Camera – 4. Verso nuovi limiti per l'utilizzo delle intercettazioni ai fini delle indagini antitrust? Alcune considerazioni alla luce della giurisprudenza europea e nazionale

«[...] qui la giustizia è amministrata in modo che si è condannati non solo innocenti, ma anche ignari»

F. Kafka, *Il processo*

1. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto della concorrenza

Il 6 marzo 2024 si è svolta innanzi alla *Grande Chambre* della Corte europea dei diritti dell'uomo a Strasburgo l'udienza nella causa *Ships Waste Oil Collector B.V. e altri c. Paesi Bassi*¹. Come si avrà modo di specificare nel prosieguo del presente contributo, il caso verte sulla legittimità della trasmissione di dati e informazioni ottenuti mediante intercettazioni

* Avvocato, Bruxelles

¹ Ricorsi nn. 2799/16, 2800/16, 3124/16 e 3205/16. Per maggiori dettagli, si veda *infra*.

telefoniche, effettuate nel corso di indagini penali, all’Autorità olandese della concorrenza (l’attuale *Autoriteit Consument en Markt*²), la quale ha successivamente utilizzato tali dati in procedimenti amministrativi volti all’accertamento di un illecito concorrenziale.

I casi di diritto della concorrenza innanzi alla Corte di Strasburgo (o Corte EDU) sono abbastanza rari, ma non è escluso che un’impresa, esauriti i rimedi di diritto interno, possa rivolgersi alla Corte invocando una violazione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (detta anche CEDU)³: la Convenzione trova infatti applicazione anche nelle fattispecie proprie del diritto della concorrenza.

Una simile affermazione di principio potrebbe sorprendere: considerando che il diritto della concorrenza ha come primi destinatari le imprese⁴, ci si potrebbe domandare come queste ultime possano godere di diritti che la Convenzione qualifica espressamente come propri «dell’uomo».

Ebbene, diversamente da altri strumenti di diritto internazionale⁵, la Convenzione non limita il suo ambito di applicazione ai diritti delle sole persone fisiche⁶. Secondo l’art. 1 CEDU, infatti, «[t]he High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention», guardando dunque a tutti i soggetti («everyone») degli ordinamenti nazionali in cui la CEDU risulta applicabile⁷.

A riprova di ciò, occorre rilevare che vi sono norme specifiche della Convenzione e dei suoi Protocolli che si riferiscono anche a soggetti diversi dalle persone fisiche.

² All’epoca dei fatti, l’ente competente era la *Nederlandse Mededingingsautoriteit*, o NMA.

³ La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali è stata firmata a Roma il 4 novembre 1950 ed è entrata in vigore il 3 settembre 1953. Ogni individuo che ritenga gli sia stato negato uno dei diritti tutelati in base alla Convenzione ha accesso diretto alla Corte europea dei diritti dell’uomo, istituita dalla stessa Convenzione. L’autorizzazione alla ratifica e l’ordine di esecuzione in Italia sono stati dati con legge n. 848 del 4 agosto 1955 (Gazzetta Ufficiale n. 221 del 24 settembre 1955). Sulla Corte EDU, si veda B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell’uomo*, Milano, 2012.

⁴ L’art. 101, par. 1, TFUE vieta infatti «gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate», mentre l’art. 102 TFUE vieta «lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo». Occorre però rammentare che il concetto di impresa nel diritto della concorrenza risulta essere alquanto ampio, ricomprendendo qualsiasi soggetto che eserciti un’attività economica consistente nell’offerta di beni o servizi su un determinato mercato, incluse anche le persone fisiche (si richiama, a titolo meramente esemplificativo, la nota giurisprudenza *Wouters* della Corte di Giustizia che qualifica gli avvocati come imprese ai sensi del diritto europeo della concorrenza; cfr. Corte giust., 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *Wouters e a.*, ECLI:EU:C:2002:98).

⁵ Si pensi, in particolare, al Patto internazionale sui diritti civili e politici (ICCPR), il cui art. 2(1) specifica che ciascuno Stato contraente «si impegna a rispettare ed a garantire a tutti gli individui che si trovino sul suo territorio e siano sottoposti alla sua giurisdizione i diritti riconosciuti nel presente Patto, senza distinzione alcuna, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l’opinione politica o qualsiasi altra opinione, l’origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione»; o all’*American Convention on Human Rights* (ACHR), ai fini della quale, conformemente all’art.1(2), «*person*’ means every human being».

⁶ Sul punto, L. DOPPLINGER, *Legal Persons as Bearers of Rights Under the ECHR in University of Vienna Law Review*, Vol. 5 No 1 (2021), pp. 1-46.

⁷ La versione in italiano della CEDU risulta meno esplicita: «Le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione».

L'art. 10, par. 1, per esempio, chiarisce che il diritto alla libertà d'espressione non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive; l'art. 1 del Protocollo n. 1 alla CEDU sul diritto di proprietà stabilisce che «[o]gni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni»; o, ancora, l'art. 34 della Convenzione, sui ricorsi individuali di privati e organizzazioni non governative.

In conclusione, e come evidenziato dalla dottrina, «*an entity must be a victim (or at least credibly claim to be one) in order to lodge an individual application*»⁸. In ogni caso, non tutti i diritti umani sono idonei ad essere invocati da una persona giuridica, in quanto solo alcuni di essi sono suscettibili di essere concretamente esercitati⁹. Tra i diritti invocabili, si pensi, in particolare: al diritto di proprietà, al diritto a un giusto processo, al diritto alla libertà di espressione, al diritto al rispetto della propria corrispondenza e della propria dimora.

Il primo caso, negli anni '70, di un'impresa che ha proposto con successo ricorso dinanzi alla Corte EDU è stato *Sunday Times c. Regno Unito*¹⁰, in cui i giudici di Strasburgo hanno riscontrato una violazione del diritto di tale società alla libertà di espressione di cui all'art. 10 della Convenzione.

Da allora, molte imprese hanno fatto ricorso innanzi alla Corte EDU per far valere violazioni dei diritti di cui alla Convenzione¹¹ e, nel 1992, è arrivata la prima pronuncia in materia di diritto della concorrenza¹².

Negli anni, la Corte EDU ha avuto modo di soffermarsi spesso sull'irrinunciabilità ad un controllo di piena giurisdizione sui procedimenti antitrust¹³.

Le norme sulla concorrenza dell'Unione sono disposizioni direttamente applicabili che lasciano pochi spazi alla discrezionalità nella loro interpretazione ed applicazione e, in un contesto in cui il diritto della concorrenza viene applicato nella sua interezza non solo dalla Commissione, ma anche dalle autorità e dai giudici nazionali, «[I]a Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto da tempo che l'attuazione del diritto amministrativo, compresa l'irrogazione di ammende, non è incompatibile con l'art. 6, n. 1, della CEDU. Tuttavia, sebbene per soddisfare le esigenze poste da detta disposizione non occorra che tale attuazione sia pienamente "giurisdizionalizzata", devono esistere garanzie procedurali sufficientemente forti ed un

⁸ L. DOPPLINGER, cit.

⁹ Come si sottolinea quasi ironicamente in L. DOPPLINGER, cit., una persona giuridica difficilmente potrebbe invocare il divieto di tortura o il diritto al matrimonio (ma su quest'ultimo si potrebbero fare ulteriori approfondimenti: una concentrazione tra imprese può essere definita come un matrimonio, e il divieto di una concentrazione potrebbe dunque violare un diritto fondamentale?).

¹⁰ Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, 6538/74.

¹¹ Sul punto, si veda P.J. OLIVER, *What Fundamental Rights, if any, should Companies Enjoy? A Comparative Perspective in Rethinking Capitalism. Revue européenne du droit* Iss. 4 (2022).

¹² Corte EDU, 27 febbraio 1992, *Société Stenuit c. Francia*, 11598/85. Il caso riguardava una società sanzionata dal Ministro dell'Economia e delle Finanze francese (all'epoca competente in materia) per un totale di 50.000 franchi per aver stipulato accordi di ripartizione dei mercati con altri concorrenti. Per un excursus sulla giurisprudenza più rilevante, si veda E.O. WENNERSTRÖM, *Judicial Review and Competition Cases in the European Court of Human Rights Case Law* in D.H. GINSBURG, T. EICKE KC (eds), *Judicial Review of Competition Cases*, Concurrence (2023), pp. 69-87.

¹³ Di cui si è già discusso in questa rivista. Si veda, ad esempio, R. MAZZOCCHI, *E lo Stato di diritto incontrò la concorrenza: riflessioni sulla sentenza Sped-Pro* in *Eurojus* n. 3/2022, pp. 15-28.

controllo giurisdizionale effettivo con piena competenza a sindacare le decisioni amministrative»¹⁴.

In tale quadro, quindi, la coerenza del sistema di *enforcement* del diritto della concorrenza con l'art. 6 CEDU sul diritto ad un equo processo si basa sul presupposto dell'esistenza di un adeguato sindacato giurisdizionale *ex post* esteso al merito sulla componente sanzionatoria del provvedimento amministrativo antitrust (c.d. *full jurisdiction*)¹⁵.

Le garanzie di ordine generale del procedimento penale elaborate dalla giurisprudenza di Strasburgo devono permeare anche i procedimenti innanzi alle autorità amministrative indipendenti¹⁶. La garanzia di una giurisdizione piena deriva dalla natura quasi-penale dei procedimenti in materia di concorrenza: le sanzioni antitrust sono da equiparare a «*pene in senso sostanziale*», e vanno assoggettate così alle garanzie che la CEDU offre all'imputato di un procedimento penale. Secondo la Corte EDU, benché le violazioni in materia concorrenziale costituiscano formalmente degli illeciti amministrativi, la loro qualificazione in senso penale è riconducibile alla natura pubblicistica degli interessi tutelati e alle finalità repressiva e preventiva della sanzione comminata, nonché alla sua severità¹⁷.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di concorrenza non si è limitata al solo art. 6 CEDU.

La Corte EDU, per esempio, ha avuto occasione di pronunciarsi su casi concernenti misure nazionali ritenute lesive di un diritto sostanziale di cui alla Convenzione e adottate in risposta a pratiche ritenute restrittive della concorrenza.

Si pensi, in particolare, alla sentenza *Markt Intern Verlag GmbH e Klaus Beermann c. Germania*¹⁸. Il caso riguardava una casa editrice attiva nella pubblicazione di bollettini sugli andamenti del mercato, la cui attività era stata limitata dai tribunali tedeschi. Nella specie, era stata vietata la pubblicazione di un bollettino riguardante alcune pratiche commerciali di una determinata società, ritenendo che una simile condotta interferisse ingiustificatamente con la concorrenza. I giudici nazionali avevano ritenuto che la libertà di espressione non prevalesse sulla promozione degli interessi economici nel contesto della libera concorrenza e, chiamata a pronunciarsi su una possibile violazione dell'art. 10 CEDU, la Corte EDU ha evidenziato che:

¹⁴ Conclusioni AG Eleanor Sharpston, 10 febbraio 2011, causa C-272/09 P, *KME Germany e a. / Commissione*, ECLI:EU:C:2011:63, punti 46-52.

¹⁵ P. ZIOTTI; I. PEREGO, *Il procedimento antitrust* in A. CATRICALÀ; C.E. CAZZATO; F. FIMMANÒ, *Diritto antitrust*, Milano, 2021, pp. 605 e ss. Si vedano altresì G. GRECO, *L'illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili* in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 3-4/2021; C. FELIZIANI, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo* in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 3/2019; F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri* in *Diritto Amministrativo*, fasc. 1/2018.

¹⁶ Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e a. c. Italia* (18640/10; 18647/10; 18663/10; 18668/10 e 18698/10). Sul punto, si veda S.M. CARBONE, *Mercato, sanzioni e processo dopo la sentenza CEDU del 4 marzo 2014* in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc. 4/2015.

¹⁷ Corte EDU, 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics srl c. Italia* (43509/08). Per un commento, si veda F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust* in *Diritto Processuale Amministrativo*, n. 2/2015.

¹⁸ Corte EDU, 20 novembre 1989, *Markt Intern Verlag GmbH e Klaus Beermann c. Germania* (10572/83).

«[i]n a market economy an undertaking which seeks to set up a business inevitably exposes itself to close scrutiny of its practices by its competitors. Its commercial strategy and the manner in which it honours its commitments may give rise to criticism on the part of consumers and the specialised press. [...] However, even the publication of items which are true and describe real events may under certain circumstances be prohibited: the obligation to respect the privacy of others or the duty to respect the confidentiality of certain commercial information are examples»¹⁹. Partendo da tali assunti, i giudici di Strasburgo hanno concluso di non poter sostituire la propria valutazione a quella dei tribunali nazionali, i quali avevano ragionevolmente ritenuto necessarie le restrizioni alla libertà di cui all'art. 10 della Convenzione.

Particolarmente rilevante anche il caso *Centro Europa*²⁰, concernente la violazione del diritto alla libertà di espressione, nonché degli artt. 6 e 14 della Convenzione e dell'art. 1 del Protocollo n. 1 alla medesima, a causa dalla mancata assegnazione alla ricorrente delle radiofrequenze necessarie per la diffusione di trasmissioni televisive. Nella sua pronuncia, la Corte ha espressamente riconosciuto che il quadro legislativo italiano, così come applicato, ha fatto sì che la ricorrente non fosse in grado di entrare nel mercato della radiodiffusione televisiva per più di dieci anni pur avendo ottenuto una concessione a seguito di una gara e che una simile prassi «*did not satisfy the foreseeability requirement under the Convention and deprived the company of the measure of protection against arbitrariness required by the rule of law in a democratic society. This shortcoming resulted, among other things, in reduced competition*»²¹.

2. L'art. 8 CEDU dal caso *Sociétés Colas a Ships Waste Oil Collector*

Tra le norme della CEDU assume particolare rilevanza per le imprese l'art. 8, rubricato «*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*», il quale sancisce che «[o]gni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza» (par. 1).

Non si tratta però di un diritto assoluto, in quanto, a determinate condizioni, sono possibili ingerenze da parte delle autorità pubbliche: tale ingerenza deve essere prevista dalla legge e costituire «*una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui*» (art. 8, par. 2, CEDU).

Tale diritto è enunciato anche all'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²² e, conformemente all'art. 52, par. 3 della medesima, il significato e la portata dei diritti ivi enucleati sono identici a quelli della corrispondente norma della CEDU; pertanto, le

¹⁹ *Ibidem*, par. 35.

²⁰ Corte EDU, 7 giugno 2012, *Centro Europa 7 Srl e Di Stefano c. Italia* (38433/09).

²¹ *Ibidem*, par. 156.

²² Per tener conto dell'evoluzione tecnica, il termine «comunicazioni» è stato sostituito a «corrispondenza».

limitazioni che vi possono legittimamente essere apportate sono pertanto quelle autorizzate ai sensi del suddetto art. 8, par. 2, CEDU²³.

Diverse cause di diritto della concorrenza decise a Strasburgo vertevano su una potenziale violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Nella causa *Sociétés Colas Est e altri c. Francia*²⁴, la Corte EDU si è pronunciata per la prima volta sull'estensione dell'art. 8 CEDU anche alle sedi, agli uffici e ai locali delle imprese. I ricorrenti erano società di costruzione indagate dall'autorità francese della concorrenza²⁵, la quale, nell'ambito di un'ispezione, aveva sequestrato migliaia di documenti. Sanzionate dall'autorità ed esauriti i rimedi interni, le società avevano presentato un ricorso a Strasburgo, sostenendo che le perquisizioni e i sequestri, condotti senza supervisione o restrizione, costituivano una violazione dell'art. 8 della Convenzione.

In tale caso, la Corte ha rilevato anzitutto che «*the operations in issue, on account of the manner in which they were carried out, constituted intrusions into the applicant companies' "homes"*»²⁶ e che, sebbene volte a reprimere condotte in violazione del diritto della concorrenza, «*the relevant legislation and practice should nevertheless have afforded adequate and effective safeguards against abuse*»²⁷. Salvaguardie non presenti tuttavia nel caso di specie, in quanto le autorità competenti avevano «*exclusive competence to determine the expediency, number, length and scale of inspections. Moreover, the inspections in issue took place without any prior warrant being issued by a judge and without a senior police officer being present [...]. That being so, [...] the impugned operations in the competition field cannot be regarded as strictly proportionate to the legitimate aims pursued*»²⁸.

L'autorizzazione non risulta in ogni caso sufficiente: occorre, infatti, che eventuali ingerenze nei diritti di cui all'art. 8 CEDU siano proporzionate e che un giudice possa pronunciarsi in merito. Nel caso *Vinci Construction*²⁹, la Corte ha esaminato il sequestro di numerosi documenti elettronici, tra cui l'intero contenuto della posta elettronica professionale di alcuni impiegati delle società oggetto di ispezione nell'ambito di un'indagine antitrust, concludendo che il giudice incaricato di riesaminare se i documenti identificati dalle società ricorrenti non fossero rilevanti ai fini dell'indagine, o coperti dal segreto professionale, aveva vagliato soltanto la regolarità formale della procedura, senza esaminare, come invece avrebbe dovuto, le circostanze fattuali del sequestro e il rispetto del principio di proporzionalità.

Fatta questa breve introduzione, veniamo ora ai ricorsi attualmente pendenti innanzi alla *Grande Chambre* della Corte EDU.

²³ Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (GU C 303 del 14.12.2007, pp. 17–35).

²⁴ Corte EDU, 16 aprile 2002, *Sociétés Colas Est e altri c. Francia* (37971/97).

²⁵ All'epoca dei fatti, la *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes* (DGCCRF).

²⁶ Sentenza *Sociétés Colas*, cit., par. 46.

²⁷ *Ibidem*, par. 48.

²⁸ *Ibidem*, par. 49.

²⁹ Corte EDU, 2 aprile 2015, *Vinci Construction e GTM Génie Civil et Services c. Francia* (63629/10 e 60576/10).

Le pronunce da cui è originato il *referral* alla *Grande Chambre* sono tre: *Ships Waste Oil Collector B.V. c. Paesi Bassi*³⁰, *Janssen de Jong Groep B.V. e a. c. Paesi Bassi*³¹ e *Burando Holding B.V. e Port Invest B.V. c. Paesi Bassi*³² (tutte emesse dalla terza camera della Corte di Strasburgo il 16 marzo 2023).

La *Ships Waste Oil Collector B.V.* è una società di diritto olandese attiva nella raccolta di rifiuti liquidi dalle navi nella regione portuale di Rotterdam, così come *Burando Holding B.V.* e *Port Invest B.V.* Nel 2006, il servizio investigativo del Ministero dell'edilizia e dell'ambiente olandese (un organismo inquirente speciale che opera sotto l'autorità del pubblico ministero) ha avviato un'indagine su un altro operatore economico sospettato di alcuni reati ambientali. Nell'ambito di tale indagine penale, previa autorizzazione del giudice competente, sono state intercettate le conversazioni telefoniche di alcuni dipendenti della società oggetto di indagine, tra le quali ve ne erano alcune con i dipendenti delle imprese ricorrenti. Alcune di queste conversazioni sono state considerate come di potenziale interesse per l'Autorità della concorrenza in quanto contenenti indicazioni di *price-fixing*. La trasmissione di tali informazioni all'Autorità è stata debitamente autorizzata dal pubblico ministero.

Similmente, nel 2007, le società edili del gruppo *Janssen de Jong Groep B.V.* sono state sospettate di corruzione nell'ambito di alcune gare di appalto e, nel quadro della relativa indagine penale, alcuni dipendenti di tali società sono stati sottoposti ad intercettazioni telefoniche (previa debita autorizzazione del giudice competente). Anche in tale caso, la trasmissione di talune conversazioni afferenti potenziali illeciti concorrenziali all'Autorità competente *ratione materiae* è avvenuta su autorizzazione del pubblico ministero.

Tanto premesso, e senza dilungarsi sui contenziosi innanzi ai giudici dei Paesi Bassi, le citate sentenze del 16 marzo 2023 hanno stabilito che non sussisteva alcuna violazione della Convenzione, e in particolare dell'art. 8.

In estrema sintesi, benché fosse ravvisabile un'ingerenza nel godimento dei diritti di cui all'art. 8 CEDU, tale ingerenza risultava in ogni caso giustificata per una serie di ragioni.

In primo luogo, la potenziale trasmissione delle conversazioni intercettate non poteva sottostare ad un requisito di prevedibilità delle società ricorrenti, in quanto un avviso alle medesime avrebbe potuto compromettere le indagini. Pertanto, la Corte ha ammesso che, nelle circostanze del caso di specie, la trasmissione dei dati e delle informazioni raccolte dovesse avvenire all'insaputa delle imprese ricorrenti³³.

In secondo luogo, la possibilità per l'Autorità olandese di ricevere tali dati risultava dalla conferente normativa (il c.d. WJSG). La Corte ha infatti considerato l'invio alla NMA, da parte degli uffici del pubblico ministero, di informazioni di carattere penale come «*sufficiently*

³⁰ Corte EDU, 16 maggio 2023, *Ships Waste Oil Collector B.V. c. Paesi Bassi* (2799/16).

³¹ Corte EDU, 16 maggio 2023, *Janssen de Jong Groep B.V. e a. c. Paesi Bassi* (2800/16).

³² Corte EDU, 16 maggio 2023, *Burando Holding B.V. e Port Invest B.V. c. Paesi Bassi* (3124/16 e 3205/16).

³³ Rispettivamente, parr. 50 (*Ships Waste Oil*), 53 (*Janssen*) e 55 (*Burando*).

foreseeable». Sebbene l’Autorità non fosse infatti esplicitamente menzionata, un generico riferimento alle autorità «*charged with enforcement of legislation*» era presente nel WJSG³⁴.

Pertanto, la Corte EDU ha ritenuto che la legge applicabile avesse fornito alle società ricorrenti un’indicazione adeguata circa le circostanze e le condizioni alle quali la procura potesse trasmettere le informazioni intercettate. Inoltre, i contatti tra gli inquirenti e i funzionari dell’Autorità della concorrenza erano sufficientemente prevedibili. Infatti, da un lato, nell’ambito del quadro giuridico nazionale, le autorità pubbliche competenti, avrebbero dovuto coordinarsi al fine di identificare i dati e le informazioni rilevanti ai fini della tutela dell’interesse generale; dall’altro, non vi era motivo per ritenere che qualcuno al di fuori dei soggetti inquirenti fosse responsabile della selezione dei dati a cui la NMA ha successivamente potuto accedere o avesse avuto accesso a più informazioni di quelle necessarie per raggiungere lo scopo autorizzato³⁵.

In conclusione, «*[g]iven the nature and extent of the interference in the present case, in combination with the safeguards that were in place under the domestic legal framework, including the precautions taken when communicating the data obtained through interception of communications to another public authority, the Court is satisfied that the system was adequately capable of avoiding abuse of power and finds that Article 8 did not require ex ante authorisation by a court in the context at issue*»³⁶. E, con riguardo alla valutazione della proporzionalità dell’ingerenza nel diritto alla vita privata, «*the Court notes that the domestic courts carefully examined the facts, assessed the lawfulness of the transmission under the WSJG and conducted an adequate balancing exercise under Article 8 of the Convention between the interests of the applicant company and the authorities’ interests to protect the economic well-being of the country*»³⁷.

Per tali ragioni, la terza camera della Corte di Strasburgo ha originariamente escluso una violazione dell’art. 8 CEDU³⁸.

3. Le *dissenting opinions* nelle sentenze *Ships Waste Oil Collector* e il rinvio alla Grande Camera

Lungi dal potersi definire una questione chiusa, le citate pronunce sono state oggetto di richiesta di rinvio innanzi alla *Grande Chambre* della Corte EDU.

Come stabilito dall’art. 43 della Convenzione, entro un termine di tre mesi a decorrere dalla data della sentenza, ogni parte può, «*in situazioni eccezionali*» (par. 1), chiedere che il caso sia rinviato dinnanzi alla Grande Camera. Tale richiesta viene esaminata da un collegio di cinque giudici, che accoglie la domanda «*quando la questione oggetto del ricorso solleva gravi*

³⁴ Parr. 54 (*Ships Waste Oil*), 57 (*Janssen*) e 59 (*Burando*).

³⁵ Parr. 57 (*Ships Waste Oil*), 60 (*Janssen*) e 63 (*Burando*).

³⁶ Parr. 67 (*Ships Waste Oil*), 70 (*Janssen*) e 73 (*Burando*).

³⁷ Parr. 68 (*Ships Waste Oil*), 71 (*Janssen*) e 74 (*Burando*).

³⁸ Nonché dell’art. 13, concernente il diritto ad un ricorso effettivo.

problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale» (par. 2).

Il *referral* è stato concesso il 25 settembre 2023.

Le sentenze in esame, dunque, sollevano questioni di particolare importanza quanto all'applicazione o interpretazione della CEDU, come del resto già riscontrato da alcuni membri del collegio giudicante.

Le citate pronunce, infatti, sono state accompagnate dalle *dissenting opinions* di tre giudici³⁹, le quali sono state certamente alla base della richiesta di rinvio delle società ricorrenti e del successivo procedimento innanzi alla *Grande Chambre*.

Dalle *dissenting opinions* in parola emerge anzitutto che, sebbene le autorizzazioni fossero state preventivamente autorizzate, ciò non può considerarsi né sufficiente né pertinente. Infatti: «*The original judicial authorisation was granted for the purposes of an unrelated criminal investigation on the basis of reasonable suspicion of a certain criminal activity [...]; the authorising judge could not have been aware that “by-catch” from that surveillance would subsequently reveal indications of a different kind of violation of the law (namely, anti-competitive behaviour). As such, the original authorisation cannot be considered to have justified further use and transfer of any by-catch data for possible administrative investigations that might come in many different forms and levels of gravity. [...] Secondly, it is also relevant that the secondary investigation was not of a criminal nature or such that would have been capable of justifying secret surveillance measures on its own*»⁴⁰.

Basandosi sulla giurisprudenza della Corte EDU⁴¹, è stato inoltre argomentato che, nel caso di trasferimento di dati tra due diverse autorità nazionali, occorrono specifiche garanzie e, segnatamente: (i) che le circostanze in cui tale trasferimento possa aver luogo siano precisate chiaramente dal diritto interno; e (ii) che anche il trasferimento sia soggetto a un controllo indipendente⁴².

Da notare che, basandosi sul principio di *data minimisation* di cui alla giurisprudenza della Corte di giustizia⁴³, i tre giudici considerano che la giurisprudenza della Corte EDU debba svilupparsi «*beyond the mere legality requirement*». In particolare, il diritto nazionale dovrebbe fissare un livello minimo di gravità con riguardo alle fattispecie che possano giustificare l'ulteriore trasferimento di dati ed informazioni raccolti nel corso di indagini penali, soprattutto ove dette fattispecie (di natura non penale) non rientrino tra le ipotesi nelle quali si possa fare normalmente ricorso alle intercettazioni. Un simile approccio è necessario per evitare l'elusione delle rigide garanzie in materia di mezzi di ricerca della prova e prevenire c.d. *fishing expeditions* da parte delle forze dell'ordine e autorità pubbliche in generale⁴⁴. Pertanto, occorre

³⁹ E, segnatamente, i giudici Yonko Grozev, Darian Pavli e Ioannis Ktistakis.

⁴⁰ *Dissenting opinions*, par. 5.

⁴¹ Corte EDU, 25 maggio 2021, *Big Brother Watch e a. c. Regno Unito* (58170/13, 62322/14 and 24960/15).

⁴² *Dissenting opinions*, par. 7.

⁴³ Corte giust., 2 marzo 2023, causa C-268/21, *Norra Stockholm Bygg AB*, ECLI:EU:C:2023:145

⁴⁴ *Dissenting opinions*, par. 8.

trasferire unicamente le informazioni e i dati strettamente necessari per consentire l'ulteriore (e secondario) scopo investigativo⁴⁵.

Dal diritto dell'Unione, le *dissenting opinions* ricavano altresì interessanti considerazioni in tema di proporzionalità e utilizzo delle informazioni intercettate.

Innanzitutto, la proporzionalità della trasmissione dovrebbe essere oggetto di un attento esame, tenuto conto della eventuale natura personale o sensibilità dei dati in questione⁴⁶.

Inoltre, nel solco del principio secondo cui i dati devono essere raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime e trattati in modo non incompatibile con tali finalità⁴⁷, dovrebbero essere previste specifiche garanzie anche prima del trasferimento dei dati ottenuti ad un'altra autorità pubblica, specie se tale trasferimento viene effettuato per uno scopo diverso da quello legittimo che ha giustificato l'intercettazione nel corso del procedimento penale e se le fattispecie e i soggetti indagati nei due diversi procedimenti non sono collegati o strettamente correlati⁴⁸. In tal senso, secondo le *dissenting opinions*, si muove anche la giurisprudenza della Corte di giustizia⁴⁹, la quale ha avuto modo di concludere che l'applicazione di una norma nazionale secondo la quale informazioni provenienti da un'indagine penale e relative a un fatto che presenta caratteristiche di reato di natura corruttiva possono essere declassificate, d'accordo con il pubblico ministero, e utilizzate nell'ambito di un'indagine su illeciti disciplinari o condotte illecite, risulta incompatibile con la direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche⁵⁰.

Pertanto, secondo i tre giudici della terza camera, nel caso di specie, sarebbe stato preferibile che le istruzioni della procura avessero fornito indicazioni più dettagliate e specifiche riguardo al livello di gravità delle infrazioni di natura non penale in grado di consentire la trasmissione

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*. Quanto, poi, alla proporzionalità sull'utilizzo in se di intercettazioni telefoniche nelle istruttorie antitrust, si è arrivati a concludere che: «*To begin with, the absence of a written agreement to commit illegal acts would seem to us to be the norm rather than an exception providing justification for special measures. Secondly, the fact that the Competition Authority has no legal powers to request secret surveillance measures suggests that it is normally considered to be capable of fulfilling its competition law enforcement functions without resorting to surveillance – and that exceptional circumstances would be needed to justify such use. Finally, unlike the alleged instances [...] that gave rise to the original surveillance authorisation, price-fixing practices tend to have above-the-surface aspects that can serve as a starting-point for administrative investigations*» (par. 19).

⁴⁷ La *dissenting opinion* richiama, in tal senso, l'art. 4 della Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio (GU L 119 del 4.5.2016, pagg. 89–131).

⁴⁸ *Dissenting opinions*, par. 9.

⁴⁹ La *dissenting opinion* cita espressamente le Conclusioni dell'AG Manuel Campos Sánchez-Bordona, 30 marzo 2023, causa C-162/22, *Lietuvos Respublikos generalinė prokuratūra*, ECLI:EU:C:2023:266.

⁵⁰ Secondo la Corte, infatti, l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, letto alla luce degli artt. 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta di Nizza, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che dati personali relativi a comunicazioni elettroniche che sono stati conservati, in applicazione di una misura legislativa adottata ai sensi di tale disposizione, dai fornitori di servizi di comunicazione elettronica e che sono stati successivamente messi a disposizione, in applicazione della medesima misura, delle autorità competenti a fini di lotta alla criminalità grave possano essere utilizzati nell'ambito di indagini per condotte illecite di natura corruttiva. Si veda Corte giust., 7 settembre 2023, causa C-162/22, *Lietuvos Respublikos generalinė prokuratūra*, ECLI:EU:C:2023:631.

delle intercettazioni⁵¹ e che la stessa procura avesse fornito almeno «*a properly reasoned decision*» quanto alle ingerenze al diritto di cui all'art. 8 CEDU⁵². Carezza motivazionale che non consente, tra l'altro, un adeguato controllo giudiziale *ex post*: «*the absence of any reasoned decision by the prosecutor in the present case means that neither the national authorities, nor this Court are in a position to carry out a reliable and intelligent assessment as to the quality of the balancing exercise carried out by the public prosecutor*»⁵³.

4. Verso nuovi limiti per l'utilizzo delle intercettazioni ai fini delle indagini antitrust? Alcune considerazioni alla luce della giurisprudenza europea e nazionale

Nelle more del procedimento innanzi alla Corte di Strasburgo, e anche alla luce delle considerazioni dianzi enucleate, occorre dunque chiedersi se l'uso di intercettazioni telefoniche nell'ambito di un procedimento amministrativo per illeciti concorrenziali possa subire dei correttivi.

A livello europeo, le principali indicazioni sull'utilizzo di intercettazioni in un procedimento antitrust vengono dalla giurisprudenza *Goldfish*⁵⁴.

Tale caso verteva sull'uso, da parte della Commissione, come prova di una violazione dell'articolo 101 TFUE, di registrazioni audio effettuate in modo illegale da un terzo. Si noti che, a livello procedurale, tra i poteri di indagine della Commissione europea non rientra l'uso di intercettazioni telefoniche⁵⁵. La Commissione può, a livello generale, richiedere informazioni, raccogliere dichiarazioni e (con il supporto di agenti autorizzati dello Stato membro) procedere a tutti gli accertamenti necessari presso le imprese e associazioni di imprese⁵⁶.

Tanto precisato, nella citata pronuncia, il Tribunale aveva considerato che le citate registrazioni, anche se effettuate da un privato che ha partecipato a talune conversazioni, se ottenute lecitamente dalla Commissione nel corso di un'ispezione negli uffici di una delle imprese coinvolte in un'intesa, costituivano elementi di prova ammissibili.

Infatti, secondo i giudici di palazzo Kirchberg, elementi di prova possono essere utilizzati anche se ottenuti in violazione del diritto al rispetto della vita privata della persona di cui agli artt. 8

⁵¹ *Dissenting opinions*, par. 13.

⁵² *Ibidem*, par. 14.

⁵³ *Ibidem*, par. 17.

⁵⁴ Trib., 8 settembre 2016, causa T-54/14, *Goldfish BV e a. / Commissione europea*, ECLI:EU:T:2016:455

⁵⁵ Si vedano gli artt. 17 e ss. del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del trattato (GUUE L 1, 4.1.2003, p. 1-25)

⁵⁶ *Ex art.* 20 del citato regolamento, gli agenti e le altre persone che li accompagnano autorizzati dalla Commissione a procedere agli accertamenti dispongono dei seguenti poteri:

- a) accedere a tutti i locali, terreni e mezzi di trasporto di imprese e associazioni di imprese;
- b) controllare i libri e qualsiasi altro documento connesso all'azienda, su qualsiasi forma di supporto;
- c) fare o ottenere sotto qualsiasi forma copie o estratti dei suddetti libri o documenti;
- d) apporre sigilli a tutti i locali e libri o documenti aziendali per la durata degli accertamenti e nella misura necessaria al loro espletamento;
- e) chiedere a qualsiasi rappresentante o membro del personale dell'impresa o dell'associazione di imprese spiegazioni su fatti o documenti relativi all'oggetto e allo scopo degli accertamenti e verbalizzarne le risposte.

CEDU e 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea «qualora, da un lato, la parte ricorrente in questione non sia stata privata né di un processo equo né dei propri diritti della difesa e, dall'altro, tale elemento non abbia costituito l'unico mezzo di prova utilizzato per motivare la condanna»⁵⁷.

Fatta dunque salva la necessità di un corredo probatorio sufficientemente ampio, occorre domandarsi se, in circostanze come quelle di cui al caso *Ships Waste Oil Collector*, le società interessate abbiano avuto accesso ad un processo effettivo e ad una tutela giurisdizionale piena (necessaria, come anticipato, nel caso di fattispecie di natura quasi-penale).

Considerazioni simili si ritrovano nella giurisprudenza nazionale sull'utilizzo di stralci (c.d. brogliacci) di intercettazioni telefoniche⁵⁸.

In primo luogo, anche se né la legge generale sul procedimento amministrativo, né la specifica disciplina antitrust, contemplano preclusioni in ordine all'utilizzo ai fini istruttori di prove raccolte in un processo penale, si richiede che: (i) le prove siano state acquisite in conformità con le regole di rito; (ii) sia salvaguardato il diritto di difesa; e (iii) il materiale probatorio formatosi *aliunde* sia stato oggetto di autonoma attività valutativa⁵⁹.

In secondo luogo, la giurisprudenza riconosce che l'utilizzo in altri procedimenti di intercettazioni *ex art. 270, comma 1, c.p.p.*⁶⁰ riguarda specificamente il processo penale e, dunque, «una ipotetica, piena utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni nell'ambito di procedimenti penali diversi da quello per cui le stesse intercettazioni erano state validamente autorizzate contrasterebbe con le garanzie poste dall'art. 15 Cost., a tutela della libertà e segretezza delle comunicazioni»⁶¹. In ogni caso, la prova della conversazione telefonica e del suo contenuto può desumersi dalla lettura dei brogliacci di cui all'art. 268, comma 2, c.p.p.⁶².

In sostanza, se:

- (i) la trasmissione della documentazione è stata specificatamente autorizzata dalla competente Procura della Repubblica;
- (ii) le imprese coinvolte hanno avuto ampio accesso e possibilità di controprova in merito a tutti gli elementi probatori sulla cui base sono stati mossi gli addebiti; e

⁵⁷ Sent. *Goldfish*, cit., par. 62.

⁵⁸ Si vedano, *ex multis*, Consiglio di Stato, 9 maggio 2022 nn. 3570 e 3572.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Secondo tale norma, i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino rilevanti e indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza.

⁶¹ Si vedano le citate sentenze del Consiglio di Stato, nonché Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 23 dicembre 2009 n. 27292; 12 febbraio 2013, n. 3271.

⁶² Le comunicazioni intercettate sono registrate e delle operazioni è redatto verbale. Nel verbale è trascritto, anche sommariamente, soltanto il contenuto delle comunicazioni intercettate rilevante ai fini delle indagini, anche a favore della persona sottoposta ad indagine. Il contenuto non rilevante ai fini delle indagini non è trascritto neppure sommariamente e nessuna menzione ne viene riportata nei verbali e nelle annotazioni della polizia giudiziaria.

(iii) analogamente a quanto enunciato nella sentenza *Goldfish*, le valutazioni dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato non si sono limitate alla mera acquisizione della documentazione presente nel fascicolo dell’indagine penale,

allora l’utilizzo di stralci di intercettazione potrà ritenersi ammissibile.

Secondo la giurisprudenza nazionale, inoltre, l’utilizzabilità, al fine dell’accertamento di violazioni del diritto antitrust, delle fonti di prova provenienti dal procedimento penale, non si porrebbe neppure in contrasto con la CEDU.

Considerato infatti che la stessa Convenzione ammette ingerenze al diritto di cui all’art. 8 se stabilite dalla legge per il perseguimento di scopi legittimi e siano necessari in una società democratica per raggiungerli, è stato infatti sottolineato che «*le intercettazioni: sono previste dalla legge (segnatamente: dal Libro III, Titolo III, Capo III, del codice di procedura penale); vengono disposte da un’ autorità giudiziaria indipendente; sono previste garanzie processuali adeguate e sufficienti contro gli abusi; costituiscono uno dei principali mezzi di indagine per la repressione degli illeciti anticoncorrenziali*»⁶³. In definitiva, secondo il supremo giudice amministrativo, se nel corso del procedimento amministrativo e del processo, le imprese hanno avuto modo di difendersi ampiamente su ogni punto di fatto e di diritto e gli elementi dei fascicoli penali, ed in particolare i contenuti delle intercettazioni, sono stati attentamente vivisezionati nel pieno rispetto del contraddittorio, non può ravvisarsi una violazione del diritto convenzionale.

Ora, è indubbio che la citata giurisprudenza, dovrà essere riconsiderata a seguito della nuova lettura che, si presume, sarà offerta dalla *Grande Chambre* quanto al corretto utilizzo delle intercettazioni di comunicazioni nelle indagini antitrust. Un cambio di passo che, probabilmente, partirà dalle criticità già sollevate nelle *dissenting opinions* in termini di proporzionalità e adeguati controlli *ex ante* ed *ex post*.

Contrariamente a quanto statuito dalla giurisprudenza del Tribunale dell’Unione, non sarà più sufficiente basarsi unicamente sul rispetto (comunque imprescindibile) del diritto fondamentale ad un equo processo, ma si dovranno considerare altri fattori quali, con tutta probabilità, la proporzionalità dell’ingerenza nella vita privata e la legalità dell’intercettazione. Fattori ad oggi non considerati dalla giurisprudenza dell’Unione.

Un *revirement* non sarebbe certo una sorpresa: la Corte di giustizia ha operato già in passato un effettivo recepimento dei contenuti della giurisprudenza della Corte EDU, che le ha consentito di introdurre significativi elementi di novità nell’esegesi del diritto dell’Unione europea. Si pensi, ad esempio, alla sentenza *D.B. c. Consob*⁶⁴, in cui la Corte di giustizia ha diffusamente richiamato la giurisprudenza di Strasburgo sul diritto al silenzio, superando la propria

⁶³ Si vedano le sentenze del Consiglio di Stato, 9 maggio 2022, cit.

⁶⁴ Corte giust., 2 febbraio 2021, causa C-481/19, *D.B. c. Consob*, ECLI:EU:C:2021:84. In tale sentenza, la Corte ha riconosciuto il diritto a rimanere in silenzio in capo a colui che, nell’ambito di un’indagine amministrativa volta ad accertare eventuali abusi di mercato, si rifiuta di fornire risposte da cui possa emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative punitive, oppure la sua responsabilità penale.

precedente e più restrittiva giurisprudenza in materia di *right to be silent*, formatasi in relazione agli illeciti anticoncorrenziali delle imprese⁶⁵.

Quanto alla prassi nazionale sull'uso dei brogliacci, considerato che la Corte EDU pare muoversi verso la necessità di indicazioni più dettagliate riguardo alle fattispecie in grado di consentire la trasmissione delle intercettazioni, occorre poi interrogarsi su possibili (e ulteriori) oneri motivazionali in capo alla Procura della Repubblica in sede di trasmissione, nonché dell'adeguatezza di brogliacci concernenti *by-catch data* anche in procedimenti per i quali l'intercettazione non sarebbe di norma autorizzata (come nelle indagini antitrust).

Una valutazione più approfondita potrà essere svolta solo successivamente all'imminente pronuncia della Corte di Strasburgo; pronuncia che, ad ogni modo, non potrà non essere considerata in futuro dal giudice nazionale, atteso che quest'ultimo deve interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione convenzionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme⁶⁶. E, si badi, l'interpretazione conforme non avrà impatti di poco momento nell'ordinamento nazionale. Come efficacemente riassunto dalla dottrina «*l'interpretazione conforme alla Convenzione EDU appare essere: generale (riguardando tutto il diritto della CEDU e tutto il diritto nazionale); estesa (coinvolgendo tutti, indistintamente, gli organi giurisdizionali nazionali); obbligatoria (non contemplandosi la facoltà del giudice nazionale di sottrarvisi); vincolata (stabilendosi, da parte del conformante, il quomodo della sua attuazione); soggetta a successiva verifica ed eventualmente sanzionata (nella sua omissione o erroneità); prevalente (rispetto ad ogni altra ermeneutica alternativa); mai recessiva (se non rispetto alla sua stessa eventuale illegittimità costituzionale); potenzialmente invalidante (rispetto alla norma nazionale insuscettibile di veicolarla)*»⁶⁷.

In ogni caso, lungi dall'essere una questione che non solleva dubbi di compatibilità con la CEDU (come acriticamente statuito dalla giurisprudenza), è del tutto evidente come il caso *Ships Waste Oil Collector* abbia rivelato molteplici problemi applicativi ed interpretativi della Convenzione sull'uso di informazioni intercettate nei procedimenti antitrust, anche alla luce della più recente normativa e giurisprudenza dell'Unione in materia di dati sensibili e comunicazioni elettroniche.

⁶⁵ Sul punto, si veda L. TOMASI, *La Corte di giustizia e la Corte EDU in Il diritto europeo e il giudice nazionale* (Vol. I), Milano, 2023, pp. 285 e ss.

⁶⁶ Si vedano, *ex multis*, Corte cost., sent. nn. 348 e 349 del 2007.

⁶⁷ P. GAETA, *Obblighi e possibilità per il giudice nazionale: l'interpretazione conforme alla CEDU in Il diritto europeo e il giudice nazionale* (Vol. II.I), cit., pp. 167 e ss.