

# L'European Competition Network tra rafforzamento della collaborazione e vecchi vincoli: l'attuazione in Italia della direttiva ECN+

di Patrizia De Pasquale\*

**Abstract: The European Competition Network between enhanced cooperation and old constraints: the implementation of the ECN+ directive in Italy** - The article analyses the implementation (in progress) of the ECN+ Directive in the Italian legal system, focusing on the independence and liability mechanisms of the Competition and Market Authority (AGCM). - In particular, the delegation law does not go in the direction of a complete transposition of the directive. Therefore, even when the transposition process is concluded, compliance with competition rules will not be guaranteed. In any case, the higher level of procedural uniformity will allow a better cooperation within the ECN and a concentration on the most dangerous cases and on the most sensitive markets; while the strengthening of the investigative, decision-making and sanctioning powers of the AGCM should have a deterrent effect and ensure a more effective enforcement of antitrust law.

2163

**Keywords:** Competition law; Implementation of the directive ECN+; Authorities independence; Authorities powers; Leniency programmes.

## 1. Premessa.

Come noto, l'adozione e l'entrata in vigore, nel lontano 1° maggio 2004, del regolamento 1/2003<sup>1</sup> ha completato il processo di decentramento dell'applicazione delle regole di concorrenza dell'Unione europea ed ha introdotto lo strumento attraverso il quale tale processo ha trovato concreta attuazione, ovvero *l'European Competition Network* (d'ora in avanti ECN)<sup>2</sup>.

---

\* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea – Università *LUM Giuseppe Degennaro* di Bari-Casamassima.

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Per un lavoro monografico recente e di ampio respiro, v. A. M. Romito, *Ruolo e funzioni dell'European Competition Network: dal regolamento (CE) n. 1/2003 alla direttiva ECN*, Bari, 2020. Inoltre, nella letteratura italiana, A. Clarizia, *Autorità indipendenti e ordinamento comunitario. Il sistema antitrust dopo il regolamento 1/2003*, in *giustamm.it*, 9, 2006; M. D'Alberti, *La "rete" europea delle autorità di concorrenza*, 2003, in *learlab.it*; B. Marchetti, *Le garanzie procedurali e processuali delle imprese nella rete europea della*

La cooperazione così instaurata rappresenta una sede privilegiata per il confronto e la soluzione di problemi relativi alla violazione della disciplina *antitrust*. Anche perché, nel corso degli anni, nell'Unione europea, si è affermato un modello di concorrenza ben definito che comprende una normativa dettagliata e completa (convergenza sostanziale) ed una rete di autorità preposte alla sua applicazione, che si è data regole operative comuni a tutti gli Stati membri (convergenza procedurale). Sono stati così istituiti meccanismi di cooperazione tra le autorità e tra queste e la Commissione europea, nonché procedimenti di controllo (verticali ed orizzontali) delle decisioni a cui tali organi pervengono, esercitati sia dall'istituzione dell'Unione sia dalle autorità nazionali<sup>3</sup>. Nella sostanza, il *network* si basa su forme di stretta interdipendenza che contribuiscono alla stabilità di obiettivi comuni condivisi<sup>4</sup>.

Di fatto, però, uno schema tendente all'omogeneizzazione, ancorché riproposto con raffinati adattamenti, non è stato realizzato. Infatti, il coordinamento tra le autorità nazionali competenti (d'ora in avanti ANC) ha risentito dell'attuazione differenziata del reg. 1/2003 all'interno degli Stati membri e delle conseguenti disparità nella posizione istituzionale e nel livello di autonomia delle autorità, nonché nelle procedure attuate. Tali discrasie hanno influito negativamente sul libero gioco della concorrenza nel

---

concorrenza, in *Riv. regolaz. mercati*, 1, 2014. Nella letteratura straniera, F. Cengiz, *Multi-level governance in competition policy: the European competition network*, in *European Law Review*, 35(5), 2010, 660 ss.; D. M. B. Gérard, *Public enforcement: the ECN, network antitrust enforcement in the European Union*, in I. Lianos, D. Geradin (eds.), *Handbook of European competition law: enforcement and procedure*, Cheltenham, 2013, 181 ss.; D. J. Gerber, *The evolution of a European competition law network*, in C.-D. Ehlermann, I. Atanasiu, *European Competition Law Annual 2002. Constructing the EU Network of Competition Authorities*, Oxford, 2005, 43 ss.; R. M. Greaves, *The impact of Regulation 1/2003 within the European Union: is cooperation within the ECN enough? Is procedural harmonisation needed?*, in *Competition law and economics*, 2007, 31 ss.; M. Mataija, *The European competition network and the shaping of EU competition policy*, in *Croatian yearbook of European law & policy*, 6, 2010, 75 ss.; A. Mundt, *Ten years of ECN: cooperation at its best*, in D. Arts, W. Devroe, R. Foqué, K. Marchand, I. Verougstraete (eds.), *Mundi et Europae civis: liber amicorum Jacques Steenbergen*. Bruxelles, 2014, 503 ss.; A. Mundt, *The ECN's way ahead: making decentralised antitrust enforcement waterproof*, in *Journal of European competition law & practice*, 5(8), 2014, 519 ss.; E. Paulis, *Eighteen months of cooperation within the ECN: achievements and challenges illustrated by the work in the leniency field*, in *Competition law and economics*, 2007, 61 ss.; B. J. Rodger, *The ECN and coordination of public enforcement of EU law: can lessons be learned from international private law jurisdiction rules and vice versa?*, in J. Basedow, S. Francq, L. Idot (eds.), *International antitrust litigation. Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, 2012, 345 ss.; R. J. H. M. Smits, *The European competition network: selected aspects*, in *Legal issues of economic integration*, 32(2), 2005, 175 ss.

<sup>3</sup> V. I. Breit, *Developments in and around the European Competition Network and cooperation in competition enforcement in the EU: an update*, in *Concurrences*, 3 2012, 78 ss.

<sup>4</sup> Su questo punto, v. G. Monti, *Independence, interdependence, and legitimacy: the EU Commission, national competition authorities, and the European competition network*, in *Independence and legitimacy in the institutional system of the European Union*, Collected courses of the Academy of European Law, 23(2), 2016, 180 ss.

mercato interno, alterando la parità di condizioni per le imprese e non assicurando una protezione uniforme degli interessi dei consumatori, come messo in evidenza anche dalla giurisprudenza che, in più occasioni, ha segnalato i problemi legati all'applicazione degli art. 101 e 102 TFUE in ambito nazionale<sup>5</sup>.

Così, al fine di assicurare la corretta applicazione della normativa *antitrust*, l'Unione ha emanato la c.d. direttiva ECN+<sup>6</sup> che si propone di conferire alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficaci, assicurandone l'indipendenza, le risorse e i poteri di esecuzione e sanzione necessari per affrontare efficacemente gli accordi e le pratiche che limitano la concorrenza<sup>7</sup>. Essa detta *standard* minimi da rispettare, lasciando liberi gli Stati di migliorarli, ad es. attribuendo alle autorità poteri più ampi o prevedendo sanzioni più elevate<sup>8</sup>.

Questo articolo analizza l'attuazione (*in progress*) della direttiva nell'ordinamento italiano, soffermandosi in particolare sull'indipendenza e sui meccanismi di responsabilità. Attraverso tale valutazione si intende

---

<sup>5</sup> *Ex plurimis*, Corte giust. 18 giugno 2013, C-681/11, *Schenker*, punto 46. V altresì le conclusioni dell'avv. gen. Kokott, del 19 febbraio 2009, C-8/08, *T-Mobile Netherlands*.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> Senza pretese di esaustività, v. G. Carovano, *The ECN Grand Chamber: updating the ECN to face the challenges of the online world*, in *European competition and regulatory law review*, 2(3), 2018, 166 ss.; E. Claudel, *La loi Pacte: les fadettes seules rescapées, la transposition de la directive ECN+ retardée*, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 3, 2019, 2019, 617 ss.; 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.*, 5, 2017, 1015 ss.; E. Latorre, *La Direttiva N. 1/2019 e il suo impatto sulla disciplina antitrust dell'Unione europea*, in *rivista.eurojus.it*, 3, 2019, 239 ss.; C. Massa, *Sincere cooperation and antitrust enforcement: insights from the Damage and ECN+ Directives*, in *European competition journal*, 16(1), 2020, 126 ss.; G. Rizzo, M. Serafimova, *A new milestone in the enforcement of EU competition law through the Directive (EU) 2019/1 (the ECN+ Directive)*, in *evropeiskipravenpregled.eu*, 23, 2019, 45 ss.; F. Rizzuto, *The ECN plus Directive: empowering national competition authorities to be more effective enforcers of EU competition law*, in *European competition and regulatory law review*, 3(2), 2019, 80 ss. (dello stesso, v. anche *The ECN plus Directive: the harmonisation of national procedural rules governing the parallel enforcement of EU competition law in the internal market*, in *European competition law review*, 40(12), 2019, 574 ss.; A. Sinclair, *Proposal for a Directive to empower national competition authorities to be more effective enforcers (ECN+)*, in *Journal of European competition law & practice*, 8(10), 2017, 625 ss.; S. Thomas, M. Dueñas, *The draft provisions on antitrust fines in the Commission's ECN+ proposal*, in *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 16(1), 2018, 1 ss.; C. Volpin, *Leniency programmes: multi-jurisdictional applications and the ECN+ proposal*, in *Competition law insight*, 16(11), 2017, 5 ss.; W. P. J. Wils, *The European Commission's "ECN+": proposal for a directive to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers*, in *Concurrences*, 4, 2017, 60 ss.

<sup>8</sup> Il quinto considerando della direttiva espressamente sancisce che «La legislazione nazionale impedisce a molte ANC di disporre delle garanzie di indipendenza, delle risorse e dei poteri di indagine e sanzionatori che risultano necessari per applicare efficacemente le norme dell'Unione in materia di concorrenza».

dimostrare che anche quando l'*iter* di recepimento sarà concluso probabilmente non sarà garantito un (sicuro) rispetto delle regole sulla concorrenza.

## 2. Il requisito dell'indipendenza

La direttiva ECN + doveva essere recepita entro il 4 febbraio 2021<sup>9</sup>. In Italia, la legge di delegazione europea 2019-2020, all'articolo 6 fissa i principi e i criteri per la sua attuazione, demandando al governo il compito di modificare ed integrare la legge 10 ottobre 1990, n. 287 per assicurare il coordinamento ordinamentale (A.C. 2757).

I cambiamenti che sono richiesti lasciano invariati taluni profili dell'attuale disciplina che pure avrebbero richiesto maggiore attenzione e un più puntuale recepimento.

In particolare, restano immutate le regole sull'indipendenza, dal momento che la legge di delegazione nulla prevede al riguardo, quantunque l'art. 4, par. 4 della direttiva detti criteri specifici per la nomina dei membri degli organi decisionali, che devono essere «selezionati, assunti e nominati in base a procedure chiare e trasparenti, stabilite in anticipo dal diritto nazionale» e non devono accettare «istruzioni dal governo o altre entità pubbliche o private nell'esercizio dei loro poteri»<sup>10</sup>. Concetto rafforzato dal considerando n. 14, ove si legge che la normativa nazionale deve contenere «una disposizione per garantire che, quando applicano gli articoli 101 e 102 del TFUE, le ANC siano protette da qualsiasi intervento o pressione politica esterni».

Non vi è dubbio, invero, che tutte le ANC, sul modello della Commissione europea, dovrebbero caratterizzarsi per l'indipendenza, per essere organismi tecnici e per la terzietà<sup>11</sup>. Tant'è che la codificazione di tali requisiti, a livello dell'Unione, ha l'obiettivo di rimediare alla fragilità delle tutele approntate da norme nazionali, facilmente derogabili, e fornire alla Commissione europea una base giuridica utile per intervenire nei confronti dei governi che cercano di orientare il processo decisionale delle ANC.

Nondimeno, va osservato che la stessa direttiva non riesce a superare una grave criticità, in quanto configura l'incompatibilità con riguardo esclusivo alla condotta *post* incarico, ma non anche a quella relativa al periodo antecedente al conferimento dello stesso.

---

<sup>9</sup> Ad oggi, soltanto otto Stati membri hanno adottato la normativa di attuazione: Bulgaria, Danimarca, Germania, Francia, Lituania, Ungheria, Paesi Bassi, Romania, Spagna.

<sup>10</sup> Art. 4, par. 2, lett. b.

<sup>11</sup> Ad esempio, la formula, che esprime il punto di massima indipendenza almeno sul piano definitorio, compare nella legge istitutiva dell'AGCM, ove è precisato che essa «opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione» (art. 10, par. 2, l. 287/90). Nondimeno, su tale requisito incidono (negativamente) sia il sistema di nomina dei membri sia il meccanismo di finanziamento che, invece, dovrebbero garantire loro indipendenza non meramente formale.

In tale scia si colloca già l'art. 10, commi 2 e 3 della l. 287/1990, che affida ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica la nomina dei membri dell'AGCM e chiarisce che «Il presidente è scelto tra persone di notoria indipendenza che abbiano ricoperto incarichi istituzionali di grande responsabilità e rilievo. I quattro membri sono scelti tra persone di notoria indipendenza da individuarsi tra magistrati del Consiglio di Stato, della Corte dei conti o della Corte di Cassazione, professori universitari ordinari di materie economiche o giuridiche, e personalità provenienti da settori economici dotate di alta e riconosciuta professionalità. [...] Essi non possono esercitare, a pena di decadenza, alcuna attività professionale o di consulenza, né possono essere amministratori o dipendenti di enti pubblici o privati, né ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura. I dipendenti statali sono collocati fuori ruolo per l'intera durata del mandato».

Le uniche disposizioni relative all'incompatibilità continuano, dunque, a riguardare la condotta durante e dopo il loro incarico, ma non il periodo precedente (evitando il rischio di nomina di alti dirigenti di società operanti nel mercato controllato). Peraltro, avverso tali nomine non è possibile configurare un sindacato del giudice amministrativo, in quanto si ritiene che i relativi atti siano assimilabili, in via analogica, alla categoria degli atti politici *ex art. 31 regio decreto, del 26 giugno 1924, n. 1054*, ovvero siano configurabili come atti interni delle Camere con conseguente pronuncia di inammissibilità per difetto di giurisdizione. Di talché, i requisiti richiesti dalla legge circa la notoria indipendenza e la legittimazione tecnica dei soggetti nominati risentono e continueranno a risentire della mancanza di un'effettiva giustiziabilità dei parametri di idoneità al ruolo<sup>12</sup>.

Sarebbe stato, invece, opportuno che la direttiva richiedesse l'introduzione di meccanismi idonei a fissare criteri di incompatibilità anche *ex ante*, di modo che l'effettiva rispondenza ai requisiti di imparzialità e di competenza dei membri sia già assicurata all'atto della nomina; questo potrebbe, ad esempio essere realizzato attraverso un Comitato di esperti simile a quello costituito ai sensi dell'art. 255 TFUE per i componenti della Corte di giustizia; oppure, come avviene negli Stati Uniti, che i designati fossero sottoposti ad uno scrutinio ad opera di un organo *ad hoc*, al fine di verificare la sussistenza di quei requisiti.

L'enfasi correttamente posta dalla direttiva ECN+ sul fondamentale requisito dell'indipendenza conduce, tuttavia, ad una riflessione di sistema; se il primo requisito dell'indipendenza è la totale assenza di sottoposizione al potere *lato sensu* politico, non ci si può allora esimere dall'osservare una certa discrasia – rispetto a tale principio – nel potere di avocazione spettante alla Commissione europea.

---

<sup>12</sup> Sia consentito rinviare a P. De Pasquale, *Diritto dell'Unione europea e procedimenti davanti alle autorità indipendenti: i principi*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1/2013, p. 73 ss.

Il tema, peraltro, è stato notoriamente già esaminato sotto diverso profilo dalla Corte di giustizia nel caso *Syfait*<sup>13</sup>, che ha già avuto occasione di precisare che «ogni volta che la Commissione priverà della sua competenza un'autorità nazionale garante della concorrenza [...] il procedimento avviato dinanzi a quest'ultima autorità non si risolverà in una pronuncia di carattere giurisdizionale». In altri termini, proprio l'assenza di indipendenza assoluta delle autorità nazionali di concorrenza, in ragione del potere di avocazione spettante alla Commissione, ha rappresentato uno degli elementi che hanno sin qui indotto i giudici di Lussemburgo a riconoscere alle autorità nazionali un potere giurisdizionale pieno – inteso nella nozione UE – facoltizzante il rinvio.

Considerato che la *ratio* storica di tale potere di avocazione risiede nell'esigenza di uniformità applicativa e considerato anche l'attuale livello di armonizzazione dell'*enforcement* antitrust a livello decentrato, c'è da chiedersi se anche il diritto dell'Unione – *de iure condendo* – non debba e possa contribuire a tale piena autonomia.

Strettamente collegata al tema dell'indipendenza è quello delle risorse sia in termini di funzionamento — e dunque di perseguimento degli obiettivi primari (nazionali e europei) loro affidati — sia di indipendenza, ma anche di trasparenza, correttezza, terzietà ed imparzialità del loro operato. Pur tuttavia, anche questo aspetto è largamente disatteso dalla direttiva, giacché si limita a richiedere agli Stati membri di assicurare alle ANC sufficiente personale qualificato e sufficienti risorse finanziarie, tecniche e tecnologiche per l'efficace svolgimento dei loro compiti e l'esercizio dei loro poteri.

Si tratta all'evidenza di una norma generica e di per sé non idonea a garantire efficacemente l'indipendenza delle ANC. Difatti, l'assenza di parametri quantitativi definiti *ex ante* implica che la Commissione è tenuta di volta in volta a valutare se le risorse umane e finanziarie allocate dal governo sono adeguate e, in caso contrario, a promuovere una procedura di infrazione dagli esiti incerti e tardivi.

Neppure va sottovalutato che l'assenza di una disposizione che attribuisca alle ANC il potere di decidere autonomamente sull'allocazione delle risorse e sull'inquadramento del personale conferisce loro un margine di autonomia eccessivamente limitato.

Paradossalmente, poi, l'art. 6 della legge di delegazione stabilisce che l'ACGM deve sì dotarsi di personale e risorse adeguate allo svolgimento dei maggiori compiti previsti, ma facendo affidamento soltanto ed esclusivamente sulle proprie disponibilità finanziarie, giacché non è possibile gravare lo Stato o l'Autorità stessa di nuovi o maggiori oneri finanziari. E questo è un altro aspetto destinato chiaramente a minare l'effettiva

---

<sup>13</sup> Corte giust. 31 maggio 2005, C-53/03, punto 34 e seguenti. Per un commento, v. S. Bastianon, *Il caso "Syfait" e il problema delle importazioni parallele nel settore farmaceutico*, in *Foro it.*, Anno CXXX, n. 9, pt. 4, 2005, col. 441-444.

indipendenza delle *authorities*, sebbene, in questo caso, non rispetto al potere politico, ma rispetto allo stesso mercato vigilato.

Se è vero come è vero che il grado di indipendenza non dipende solo dall'entità delle risorse disponibili, ma anche – se non soprattutto – dall'origine delle risorse finanziarie, il tema dell'autofinanziamento pone significative questioni di indipendenza delle autorità di concorrenza rispetto ai settori vigilati e, soprattutto, dai grandi “contribuenti”. Certo che il tema della “cattura” del vigilante si può porre in termini maggiori rispetto ad autorità indipendenti con competenze settoriali, essendo in questi casi il novero dei “contribuenti” più ridotto e quindi maggiore il rischio di legame finanziario; nondimeno, il tema non sembra essere del tutto peregrino nemmeno rispetto ad autorità a competenza trasversale, come quelle nazionali di concorrenza.

### 3. Il rafforzamento dei poteri delle ANC

L'art. 6 della legge di delegazione stabilisce poi, in linea con Capi IV, V e VI della direttiva, che debbano essere rafforzati i poteri di indagine e quelli sanzionatori dell'AGCM in relazione alle fattispecie di esclusivo rilievo nazionale.

Quantunque un potenziamento di tali poteri fosse necessario per una corretta applicazione della disciplina *antitrust*, il rafforzamento appare più apparente che reale, almeno con riguardo ai poteri di indagine, da esercitare a sorpresa e anche su supporto informatico.

Infatti, gli accertamenti e le ispezioni presso i locali dell'impresa o in altri locali sono limitati ai casi di grave violazioni della disciplina della concorrenza e subordinati sia alla sussistenza di specifici indizi (ad esempio, rivelazioni di un richiedente dei benefici del trattamento favorevole) circa la conservazione di elementi probatori in posti diversi da quelli commerciali sia alla preventiva autorizzazione giudiziaria qualora si tratti di ispezioni domiciliari.

Inoltre, i rimedi comportamentali e strutturali, stabiliti dall'art.10 della direttiva, sono generalmente utilizzati come *extrema ratio* nelle ipotesi in cui è stata verificata l'insussistenza di rimedi alternativi efficaci a far cessare l'infrazione.

In ogni caso, sarà necessario ampliare la portata dell'art. 14 della l. 287/1990, relativo all'*Istruttoria*, sotto tre distinti profili: estendere espressamente i poteri di accertamento ai supporti informatici, prevedere poteri ispettivi in locali diversi da quelli dell'impresa e strumenti coercitivi a garanzia dell'esecuzione di tali obblighi.

Tali modifiche contribuiranno al completamento ed al consolidamento degli strumenti investigativi e repressivi, accrescendo l'efficacia dell'attività di *enforcement* e agevolando l'acquisizione degli elementi di prova dell'illecito per una migliore definizione del procedimento amministrativo. Ma soprattutto faciliteranno una convergenza tra i poteri istruttori minimi,

funzionale ad assicurare l'efficace cooperazione investigativa nell'ambito della Rete europea della concorrenza<sup>14</sup>.

L'incidenza che l'estensione dei poteri istruttori è destinata ad avere sui diritti di libertà personale, di domicilio e di corrispondenza, renderà necessario implementare il rispetto delle garanzie di cui all'art. 3 della direttiva, di cui, però, nessun riferimento è contenuto nella legge di delegazione.

L'AGCM potrà comunque esercitare i poteri ispettivi, di cui all'art. 7 della direttiva, soltanto previa autorizzazione giudiziaria, mentre gli altri poteri resteranno esenti da tale riserva. Cosicché, l'interessato dovrà continuare a contestarli dinanzi alla giurisdizione amministrativa, tenuto conto delle regole processuali nazionali in materia di interesse a ricorrere.

La disciplina attuale neppure contempla i rimedi richiesti dall'art 9 della direttiva che, dopo avere stabilito che le ANC possano obbligare mediante decisione le imprese e le associazioni di imprese interessate a porre fine all'infrazione constatata, aggiunge: «a tal fine possono imporre l'adozione di tutti i rimedi comportamentali o strutturali proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione stessa», ristabilendo condizioni di concorrenza sul mercato.

Tali rimedi entreranno così a pieno titolo a far parte del bagaglio dell'AGCM che ha già riconosciuto la loro efficacia per assicurare una risoluzione rapida ai problemi concorrenziali ed evitare il rischio di recidive. Difatti, l'AGCM, in taluni provvedimenti ha accompagnato la diffida di contenuto prescrittivo all'imposizione di misure comportamentali e strutturali<sup>15</sup>. La giurisprudenza, però, ha talvolta ritenuto illegittime le misure imposte, in quanto lesive del principio di proporzionalità, senza escludere il potere di imporle<sup>16</sup>; tal'altra ha manifestato qualche apertura<sup>17</sup>.

#### 4. Segue: i poteri sanzionatori

Nella legge di delegazione è pure stabilito che siano apportate alla disciplina del 1990 le modifiche necessarie a consentire all'AGCM di irrogare sanzioni e penalità di mora efficaci, proporzionate e deterrenti alle imprese che non

---

<sup>14</sup> V. già E. Dekeyser, E. De Smijter, *The exchange of evidence within the ECN and how it contributes to the European co-operation and co-ordination in cartel cases*, in *Legal issues of economic integration*, 32(2), 2005, 161 ss.

<sup>15</sup> V. ad esempio AGCM, 14 giugno 2006, prov. n. 15604, *Rifornimenti aeroportuali*; 26 aprile 2006, n. 15392, *Gas tecnici*; nonché 6 giugno 2012, n. 23639, *Coop. Estense*.

<sup>16</sup> Cons. St. 8 febbraio 2008, sentt. nn. 421 e 423, *Rifornimenti aeroportuali*; TAR Lazio 15 gennaio 2007, sent. n. 204 e Cons. St. 7 marzo 2008, n. 1006, *Gas tecnici*.

<sup>17</sup> Cons. St., 8 aprile 2014, n. 1673, *Coop Estense*; TAR Lazio, 26 giugno 2008, n. 6213, *Calcestruzzo cellulare autoclavato*; TAR Lazio, 20 febbraio 2008, n. 1542, *Mercato dello zolfo grezzo*.

ottemperino alle sue decisioni o non si conformino all'esercizio dei suoi poteri istruttori<sup>18</sup>.

Al riguardo, vanno sottolineate due criticità: l'una relativa alla nozione di impresa, l'altra alla soglia legale per il calcolo della sanzione.

Invero, l'AGCM conduce le sue valutazioni con riferimento alle condotte dell'impresa intesa come soggetto imprenditoriale e, nel calcolare la sanzione, riferisce le situazioni soggettive che possono dare luogo ad aggravanti (recidiva o dimensioni significative dell'attività), soltanto a tale soggetto, sul quale grava altresì la responsabilità del pagamento della sanzione finale. Inoltre, l'AGCM riferisce la soglia legale massima, pari al 10% del fatturato, al giro di affari di tale impresa.

A livello europeo, invece, l'impresa è considerata come "singola unità economica". E, come noto, il comportamento della società controllata è imputato alla controllante, qualora la prima, alla luce di vincoli economici, organizzativi e giuridici, non determini autonomamente la sua condotta sul mercato, ma si attenga alle linee direttrici che le vengono impartite. In tale prospettiva, la Commissione può infliggere ammende alla società controllante, senza dover dimostrare il suo coinvolgimento nell'infrazione, l'eventuale istigazione, né la conoscenza o l'acquiescenza nei confronti della condotta della controllata<sup>19</sup>. È altresì noto che l'infrazione della controllata viene imputata anche alla capogruppo, solidamente responsabile per il pagamento dell'ammenda con la controllata.

Quanto alla soglia legale massima del 10%, essa è rapportata al giro d'affari complessivo dell'unità economica (al fatturato consolidato e più elevato del gruppo) e non a quello della società che ha materialmente posto in essere la violazione. Allo stesso modo, le aggravanti previste ai fini del calcolo della sanzione (recidiva e incremento della sanzione a scopo dissuasivo) sono parametrizzate sulla singola unità economica.

Tali nozioni sono espressamente codificate dalla direttiva che, all'art. 2, sancisce che è impresa, ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE, qualsiasi entità che esercita attività economica, a prescindere dal suo *status* giuridico e dalle sue modalità di funzionamento; e all'art. 13, par. 5 richiede agli Stati membri di applicare tale nozione ai fini dell'irrogazione delle ammende alle società controllanti e ai successori legali ed economici delle imprese.

Non meno rilevante l'impatto del recepimento della direttiva sul calcolo delle ammende che, in caso di infrazione, potrebbero essere imputate alle associazioni di imprese. Attualmente, l'AGCM calcola, per convenzione, l'importo massimo legale (ovvero il 10% del fatturato) sulla base delle quote associative versate, fermo restando la regola della responsabilità solidale

---

<sup>18</sup> Sul punto, 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*, 5-6, 2017, 965 ss.

<sup>19</sup> Corte giust. 16 giugno 2016, C-155/14 P, *Evonik Degussa GmbH, AlzChem AG c. Commissione*, 5 marzo 2015, C-92/13 P e C.123/13 P, *Commissione c. Versalis*, punto 40; 29 settembre 2011, C-521/09 P, *Elf Aquitaine*, punto 56.

delle imprese aderenti al cartello; mentre la direttiva ancora tale importo al fatturato delle imprese associate<sup>20</sup>. Così, quando *l'iter* di attuazione sarà completato, il 10% del fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'impresa o dall'associazione di imprese costituirà l'importo minimo della sanzione massima applicabile. Taluni correttivi a questo meccanismo sono previsti dal considerando n. 48 della direttiva, secondo il quale, nell'ipotesi di un'ammenda irrogata non soltanto all'associazione ma anche ai suoi membri, il fatturato di questi ultimi *non dovrebbe essere preso in considerazione nel calcolo*; e nel caso in cui venga attivata la responsabilità solidale degli associati, *dovrebbe essere tenuto conto della dimensione relativa delle imprese appartenenti all'associazione e, in particolare, della situazione delle piccole e medie imprese*.

Va ancora osservato che la responsabilità patrimoniale in caso di insolubilità dell'associazione, che prevede una copertura di natura sussidiaria/solidale a carico delle imprese interessate, non è contemplata dal diritto interno e di conseguenza necessita di un intervento legislativo di adeguamento<sup>21</sup>.

L'apparato sanzionatorio vigente dovrà poi essere ampliato per ricomprendere nuove fattispecie contemplate dall'articolo 13 della direttiva; così come in caso in cui siano infranti i sigilli apposti dai funzionari o dalle persone che li accompagnano in sede ispettiva o qualora le imprese indagate si oppongano ad un accertamento ispettivo.

In ottemperanza all'art. 16 della direttiva, l'AGCM avrà poi il potere di infliggere, mediante decisione, penalità di mora commisurate al fatturato giornaliero delle imprese interessate, al fine di costringerle a sottoporsi alle ispezioni o a fornire informazioni complete ed esatte.

## 5. I leniency programmes

L'art. 6 della legge di delegazione nulla dice sui programmi di trattamento favorevoli per i cartelli segreti, di cui al Capo VI della direttiva, dal momento che spetta all'AGCM, ai sensi dell'art. 15, co. 2 *bis*, adottare un provvedimento generale per definire i casi in cui le imprese possano beneficiare di un programma di clemenza<sup>22</sup>.

In particolare, la direttiva definisce un modello uniforme, ricalcando quello già adottato nell'ambito del ECN, per rendere maggiormente

---

<sup>20</sup> Ai sensi dell'art. 15 della direttiva, non deve essere inferiore al 10% del fatturato totale realizzato dall'impresa o dall'associazione di imprese a livello mondiale durante l'esercizio precedente la decisione di violazione delle regole sulla concorrenza.

<sup>21</sup> Art. 14 della direttiva.

<sup>22</sup> Sul tema, v. K. Dekeyser, M. Jaspers, *A new era of ECN cooperation: achievements and challenges with special focus on work in the leniency field*, in *World competition*, 30(1) 2007, 3 ss.; K. Dekeyser, F. Polverino, *The ECN and the model leniency programme*, in I. Lianos, I. Kokkoris (eds.), *The reform of EC competition law*, Alphen aan den Rijn, 2010, 505 ss.

appetibili i programmi di clemenza, estesi con l'occasione a tutte le infrazioni (quindi, non più limitati alle sole intese orizzontali).

Ma lo strumento normativo scelto per procedere a tale “codificazione” risulta eccessivamente rigido rispetto alle procedure complesse che essi richiedono e che devono tenere conto di un insieme di fattori, suscettibili di essere frequentemente aggiornati o modificati. Proprio per tale motivo i *leniency programmes* sono stati finora contenuti in strumenti di *soft law*<sup>23</sup>. Il cambio di rotta, operato attraverso l'adozione di un atto vincolante che, peraltro, richiede il recepimento a livello nazionale, ha sollevato talune perplessità, già in fase di approvazione, sia da parte del governo sia dell'AGCM<sup>24</sup>, che hanno ritenuto troppo stretti i confini entro i quali la loro autonomia è stata costretta, impedendo loro di adattare i programmi alle specificità dei mercati e di sperimentare nuove soluzioni.

La disciplina in vigore, contenuta nell'art. 15, co. 2 *bis*, della l. 287/1990, è comunque sostanzialmente conforme al modello sviluppato all'interno dell'ECN. Qualche aggiustamento è comunque richiesto; tra questi, si segnala che la direttiva differenzia le soglie probatorie rilevanti per accedere all'immunità, mentre l'attuale sistema prevede un'unica soglia probatoria, garantendo il beneficio alla prima impresa che decida di cooperare, indipendentemente dalla fase procedimentale. Non meno significativo è che, ai sensi dell'art. 22 della direttiva, l'AGCM sarà tenuta a accettare le domande di clemenza semplificate, prive cioè di supporto probatorio anche quando sia essa - e non la Commissione - nella posizione migliore per svolgere l'eventuale accertamento istruttorio. Pure, l'AGCM potrà esigere che il richiedente l'immunità presenti la domanda completa prima che la Commissione l'abbia informata «che non intende perseguire, integralmente o parzialmente, il caso»<sup>25</sup>. Anche se questa previsione è destinata a creare un *vulnus* nel principio di reciproca autonomia dei programmi di clemenza, non va dimenticato che l'eccessiva flessibilità dell'istituto ha determinato molteplici divergenze applicative, limitandone il suo successo.

Infine, potrebbe avere un effetto dirompente nel nostro sistema la previsione contenuta nel par. 2, dell'art. 23, secondo cui «gli attuali ed ex direttori, amministratori e altri membri del personale dei richiedenti l'immunità dalle ammende alle autorità garanti della concorrenza siano protetti da sanzioni imposte nell'ambito di procedimenti penali, in relazione

---

<sup>23</sup> La Commissione ha emanato una comunicazione (Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, in *GUUE* C298, 2006, p. 11 ss.); negli Stati Uniti, dove la *leniency* nei confronti di imprese e dipendenti è considerata una *policy* ed è stata annunciata con semplici lettere pubblicate nel sito internet dell'Antitrust Division ([justice.gov](http://justice.gov)).

<sup>24</sup> V. il *dossier* sulla legge di delegazione europea 2019 (marzo 2020), A.S. n. 1721, a cura del Servizio Studi del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati (disponibile al sito [senato.it](http://senato.it)).

<sup>25</sup> Art. 22, par. 5.

alla loro partecipazione al cartello segreto cui si riferisce la domanda di immunità dalle ammende». Infatti, l'ANC ha frequentemente denunciato accordi collusivi nelle gare di appalto e la stessa AGCM si è concentrata, negli ultimi anni, su queste fattispecie, aprendo numerose istruttorie e comminando sanzioni particolarmente elevate, senza che fosse registrata alcuna richiesta di trattamento favorevole. A spiegare la singolare assenza di richieste di clemenza concorrono senz'altro le disposizioni penali che regolano i delitti dei privati contro la pubblica amministrazione e, in particolare, l'art. 353 c.p., che, come risaputo, stabilisce la reclusione da sei mesi a cinque anni per *chiunque*, anche con "collusioni", turbi le gare nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni. Di talché, il corretto recepimento della direttiva e, dunque, la conseguente modifica del codice penale, con specifico riferimento agli illeciti da *bid rigging* (alterazione anticoncorrenziale di procedure di gara), potrebbe superare l'*impasse* determinato dal fatto che la richiesta di clemenza si ritorcerebbe contro coloro che hanno partecipato alla pratica collusiva.

## 6. Conclusioni

Dalle brevi osservazioni che precedono, appare evidente che la legge di delegazione non vada nella direzione di un recepimento completo della direttiva. E, quantunque sia necessario aspettare che l'*iter* sia terminato per un giudizio definitivo, alcune discrasie rispetto all'atto dell'Unione già possono essere evidenziate così come taluni aspetti che, nell'ottica dell'omogeneità del sistema di *enforcement*, rappresentano un importante passo in avanti.

Partendo proprio da questi ultimi, va notato che, in generale, il maggior livello di uniformità procedurale consentirà una migliore collaborazione in seno all'ECN ed una concentrazione sulle fattispecie più pericolose e sui mercati più sensibili; mentre il rafforzamento dei poteri di indagine, di decisione e sanzionatori dell'AGCM dovrebbe avere un effetto deterrente e garantire una più efficace applicazione del diritto *antitrust*.

Nondimeno, va ribadito che la mancata previsione di una modifica delle regole sulla nomina dei membri pesa negativamente su tale rafforzamento. La disciplina attuale difatti rappresenta un'ombra minacciosa, giacché consente (almeno potenzialmente) possibili pressioni da parte dei soggetti vigilati.

Neppure, convince del tutto l'accentramento nelle mani della Commissione della presentazione e della prima gestione delle domande di clemenza, soprattutto perché la limitazione della capacità di intervento dell'AGCM non è accompagnata da un potenziamento dei sistemi di coordinamento e di riassegnazione dei casi nella Rete.

Infine, poiché la direttiva non ha fornito una definizione "armonizzata" alla nozione di "pregiudizio al commercio tra Stati", alla quale è legata l'applicazione della normativa nazionale o di quella dell'Unione, resta il

rischio che una diversa interpretazione possa realizzare un doppio binario. L'uno relativo alle fattispecie di rilevanza per l'intero mercato unico con la previsione di sanzioni (anche) elevate, l'altro concernenti quelle di sola rilevanza "domestica" con sanzioni molto meno gravose.

Patrizia De Pasquale  
Università LUM Giuseppe Degennaro  
Bari-Casamassima  
[depasquale@lum.it](mailto:depasquale@lum.it)

