

Antitrust e *ne bis in idem*: la Corte di Giustizia rimanda la soluzione del problema

di Francesco Gallarati

Title: Antitrust and *ne bis in idem*: the Court of Justice postpones the solution of the problem

Keywords: competition; administrative sanctions; same offence

1. – Nella sentenza in commento, la Corte di Giustizia è stata chiamata nuovamente a pronunciarsi sui presupposti per l'applicazione del principio del *ne bis in idem* in materia di concorrenza.

In particolare, il quesito sollevato dalla Corte suprema polacca riguardava la possibilità di infliggere due diverse sanzioni ad un'impresa per la medesima condotta anticoncorrenziale, sulla base di un'applicazione simultanea delle regole di concorrenza nazionali e dell'Unione europea.

Nella fattispecie, la questione si era posta in quanto l'UOKiK – l'autorità garante della concorrenza della Polonia – aveva ritenuto che l'impresa Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. (d'ora in avanti "PZU Życie") avesse abusato della sua posizione dominante sul mercato delle assicurazioni-vita di gruppo per lavoratori in Polonia e, di conseguenza, avesse violato la legge polacca sulla concorrenza. Inoltre, poiché la pratica anticoncorrenziale aveva l'effetto di ostacolare l'offerta di prodotti assicurativi da parte di operatori stranieri sul mercato polacco e, quindi, di pregiudicare il commercio tra gli Stati membri, secondo l'autorità nazionale essa aveva violato, oltre al diritto nazionale, anche l'articolo 102 TFUE. In considerazione di ciò, l'autorità nazionale per la concorrenza, in applicazione dell'art. 3 del Regolamento (CE) n. 1/2003, aveva sanzionato l'impresa sia per violazione della legge nazionale antitrust, sia per violazione del diritto Ue.

Nelle proprie questioni pregiudiziali, il giudice del rinvio aveva quindi richiesto alla Corte di Giustizia di accertare la corretta interpretazione del principio del *ne bis in idem*, sancito all'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In particolare, la Corte suprema polacca si domandava se tale principio dovesse essere interpretato nel senso che esso osta a che un'autorità nazionale per la concorrenza infligga ad un'impresa, nell'ambito di una stessa decisione, due sanzioni in relazione al medesimo fatto: un'ammenda per violazione del diritto nazionale della concorrenza e un'ammenda per violazione dell'articolo 102 TFUE.

2. – Occorre osservare fin da subito che la Corte di Giustizia, nella propria sentenza, non ha risolto la questione giuridica sottesa al rinvio pregiudiziale. Essa ha infatti rilevato che nella fattispecie era assente uno dei presupposti essenziali per l'applicazione del principio del *ne bis in idem*, ovvero l'esistenza di più procedure sanzionatorie (*bis*). Nel caso

sottoposto al suo esame, in effetti, le due ammende erano state inflitte nell'ambito di un unico procedimento, per cui si poneva semmai un problema di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità della condotta.

In questo modo, la Corte ha evitato di pronunciarsi sulla questione, che pure era stata sollevata sia dal giudice del rinvio sia dall'Avvocato generale, relativa alla possibilità di sanzionare la medesima condotta per violazione del diritto nazionale e del diritto europeo antitrust (*idem*).

3. – Per inquadrare correttamente la questione nell'ambito del diritto dell'Unione europea occorre premettere che il principio del *ne bis in idem* è sancito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il quale, rispecchiando quanto già previsto dall'art. 4, n. 1, del Protocollo n. 7 della CEDU, stabilisce che «nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge».

Va detto che già prima dell'entrata in vigore della Carta, il *ne bis in idem* era stato riconosciuto dalla Corte di Giustizia come principio fondamentale del diritto europeo [la prima applicazione di tale principio risale alla Sentenza del 15 marzo 196, Gutmann c. Commissione, C-18/65 e 35/65].

Inoltre, in base ad un orientamento consolidato della giurisprudenza europea, tale principio è ritenuto applicabile alle sanzioni irrogate in materia di diritto della concorrenza in considerazione del carattere sostanzialmente penale delle medesime [sull'applicabilità del *ne bis in idem* alle sanzioni inflitte in materia di concorrenza, cfr. P. Manzini, Ammende antitrust e diritti fondamentali, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2-2015, 308].

In particolare, nella sentenza *Limburgse* la Corte di Giustizia ha affermato che il principio del *ne bis in idem* vieta, in materia di concorrenza, che un'impresa venga condannata o perseguita un'altra volta per un comportamento anticoncorrenziale per il quale sia stata sanzionata o dichiarata non responsabile in forza di una precedente decisione non impugnabile [sentenza del 15 ottobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a./Commissione*, C-238/99, punto 59].

Ne consegue che, nel diritto della concorrenza, l'applicazione del principio del *ne bis in idem* è sottoposta a due presupposti: l'esistenza di un secondo procedimento (*bis*) che abbia ad oggetto la medesima infrazione antitrust (*idem*).

4. – Date queste coordinate, il quesito che è stato portato ripetutamente all'attenzione della Corte di Giustizia riguarda la definizione dei presupposti per configurare l'identità delle infrazioni oggetto di più procedimenti antitrust, ovvero il requisito dell'*idem*.

Nello specifico, la questione che si pone è se il principio del *ne bis in idem* vieti alla Commissione europea e alle autorità nazionali per la concorrenza di sottoporre la medesima condotta anticoncorrenziale a due procedimenti sanzionatori distinti, nel caso in cui tale condotta realizzi una lesione contestuale del diritto nazionale e del diritto europeo della concorrenza.

In altri termini, il problema è se ai fini della valutazione del requisito dell'*idem* si debba fare riferimento all'identità della condotta lesiva (*idem factum*), oppure all'identità dell'infrazione contestata (*idem crimen*).

In una pronuncia risalente sull'argomento, la Corte di Giustizia aveva affermato che il diritto comunitario e il diritto nazionale in materia di intese restrittive della concorrenza considerano le intese sotto aspetti diversi: le prime sotto il profilo degli ostacoli che ne possono conseguire per il commercio fra gli Stati membri, le seconde dal punto di vista degli effetti che le intese producono sul mercato nazionale. Per questi motivi, la Corte aveva concluso che un'intesa può, in linea di massima, costituire oggetto di due procedimenti paralleli, l'uno dinanzi alle autorità comunitarie in applicazione del Trattato, e l'altro dinanzi alle autorità nazionali in applicazione del diritto interno, stante la

diversità dell'interesse giuridico tutelato [sentenza del 13 febbraio 1969, Wilhelm e a., C-14/68, considerato in diritto n. 3].

Prendendo le mosse da quanto affermato nella pronuncia sopra richiamata, nella sentenza Aalborg la Corte ha affermato che l'applicazione del principio del *ne bis in idem* è soggetta ad una triplice condizione: l'identità dei fatti, l'unità del contravventore e l'unità dell'interesse giuridico tutelato. Secondo l'orientamento fatto proprio dalla Corte di Lussemburgo nella sentenza Aalborg, in sostanza, il suddetto principio opera soltanto laddove lo stesso soggetto sia sanzionato più di una volta per il medesimo comportamento illecito, al fine di tutelare lo stesso bene giuridico [sentenza del 7 gennaio 2004, Aalborg Portland e a./Commissione, C-204/00, punto 338].

Più di recente, tali considerazioni sono state richiamate dalla Corte di Giustizia in altre sentenze, nelle quali tuttavia la Corte non si è soffermata sulla correttezza delle condizioni enunciate della sentenza Aalborg, in quanto ha risolto la questione basandosi su considerazioni differenti. In Toshiba, in particolare, la Corte, dopo avere richiamato le tre condizioni esposte nella sentenza sopra citata, si è limitata a rilevare che nella causa sottoposta alla sua attenzione non sussisteva la condizione dell'identità della condotta [sentenza del 14 febbraio 2012, Toshiba Corporation e a., C-17/10, punti 97 e 98]. Essa dunque, analogamente a quanto accaduto nel caso in esame, ha evitato di verificare se il suddetto orientamento fosse ancora corretto o dovesse essere superato, come pure era stato richiesto dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni.

5. – Il punto nodale è dato dal fatto che i criteri elaborati dalla sentenza Aalborg da un lato differiscono da quelli adottati dalla stessa Corte di Giustizia per l'applicazione del principio del *ne bis in idem* in altri settori del diritto, tra cui quello penale. Dall'altro lato, essi non sembrano (più) essere in linea con i criteri adoperati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione all'art. 4, n. 1, del Protocollo n. 7 della CEDU.

Sotto il primo profilo, occorre osservare che, secondo un ormai consolidato orientamento della Corte di Giustizia in materia penale, l'identità del reato deve essere intesa quale *idem fattuale*, ossia come insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro [v. ad es. sentenze del 9 marzo 2006, van Esbroeck, C-436/04, punto 36; del 28 settembre 2006, van Straaten, C-150/05, punto 47]. Di conseguenza, l'identità di un'infrazione penale deve, di norma, essere stabilita sulla base di un duplice criterio: la coincidenza dei fatti contestati e del contravventore. Al contrario, secondo la giurisprudenza europea, nessun rilievo deve essere attribuito in questo settore alla qualificazione giuridica dei fatti e all'interesse giuridico tutelato. Ciò in quanto, secondo la Corte, un criterio fondato su tali elementi sarebbe tale da creare altrettanti ostacoli alla libertà di circolazione nello spazio Schengen quanti sono i sistemi penali esistenti negli Stati contraenti, inficiando il conseguimento delle finalità a cui il principio del *ne bis in idem* è preordinato [così la sentenza Van Esbroeck, cit., punto 35].

Sotto il secondo profilo, nella sentenza Sergey Zolotukhin c. Russia, la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, ha dichiarato che l'art. 4, n. 1, del Protocollo n. 7 della CEDU «must be understood as prohibiting the prosecution or trial of a second “offence” in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the same» [sentenza del 10 febbraio 2009, Sergey Zolotukhin c. Russia, punto 82].

In tale sentenza dunque la Corte di Strasburgo – mettendo fine alle oscillazioni registrate sul punto nella giurisprudenza precedente – ha posto l'accento sulla coincidenza delle circostanze di fatto, indipendentemente dal fatto che dalla medesima condotta potessero derivare una o più infrazioni.

6. – Sulla scorta di queste considerazioni, gli Avvocati generali presso la Corte di Giustizia hanno criticato a più riprese l'approccio adottato dalla Corte di Lussemburgo in relazione al diritto della concorrenza [cfr. sul punto A. Rosanò, E. Salmini Sturli, L'ultima legal

suasion dell'AG Wahl in tema di *ne bis in idem* applicato alla concorrenza e un'occasione mancata per la Corte di Giustizia, in *Il diritto dell'Unione europea*, giugno 2019].

In particolare, nelle conclusioni rassegnate nel caso *Toshiba*, l'Avvocato generale Kokott ha osservato che le condizioni applicate dalla Corte di Giustizia nel settore della concorrenza non erano conformi a quelle stabilite dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Sergey Zolotukhin c. Russia*. Il che, a suo avviso, si poneva in frizione con il canone dell'omogeneità, secondo cui, laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata degli stessi devono essere uguali a quelli conferiti dalla Convenzione.

Inoltre, egli ha messo in evidenza come la variabilità dell'interpretazione del *ne bis in idem* a seconda del settore giuridico considerato nuocesse all'unità dell'ordinamento giuridico dell'Unione. A suo avviso, infatti, l'importanza di tale principio, fornito del rango di diritto fondamentale, comporta che il suo contenuto non possa essere sostanzialmente diverso a seconda del settore giuridico interessato [punto 117].

Queste affermazioni sono state riprese anche dall'Avvocato generale Wahl nelle conclusioni rassegnate nel caso in esame. Egli infatti – aderendo alle conclusioni dell'Avvocato Kokott – ha sostenuto che il principio del *ne bis in idem* dovrebbe essere interpretato in maniera uniforme in tutti i settori del diritto dell'Unione, tenendo debito conto dei canoni della giurisprudenza della Corte EDU [punto 46].

7. – Se il richiamo all'uniformità d'interpretazione dei criteri applicativi del *ne bis in idem* è senz'altro condivisibile – e molto probabilmente porterà la Corte di Giustizia ad effettuare un *règlement* alla prima occasione utile – non è detto tuttavia che ciò si traduca in una dichiarazione di illegittimità del doppio binario sanzionatorio da parte di Commissione e autorità garanti della concorrenza degli Stati membri.

Occorre infatti considerare che, secondo un recente orientamento della Corte di Giustizia, la ripetizione di più procedimenti in relazione al medesimo comportamento illecito non è necessariamente incompatibile con il diritto Ue. Infatti una siffatta limitazione del principio del *ne bis in idem* può essere giustificata, qualora sia necessaria e risponda effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta medesima [sentenze del 20 marzo 2018, C-524/15, *Menci*, C-537/16, *Garlsson Real Estate* e C-596/16, *Di Puma*].

In particolare, nella sentenza *Menci*, la Corte di Giustizia ha affermato che un cumulo di procedimenti e di sanzioni di natura penale può essere giustificato allorché detti procedimenti e dette sanzioni riguardano scopi complementari vertenti, eventualmente, su aspetti differenti della medesima condotta di reato interessata [sentenza *Menci*, cit., punto 44]. Inoltre, per essere compatibile con il diritto Ue, il cumulo di procedimenti e di sanzioni previsto da una normativa nazionale deve essere proporzionato, ovvero non deve superare i limiti di quanto idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi.

8. – Alla luce di quanto appena esposto, emerge come sia assolutamente necessario un chiarimento da parte della Corte di Giustizia in questa materia, come peraltro richiesto a più riprese dagli stessi Avvocati generali. Sulla base degli orientamenti sopra richiamati, si ritiene probabile che la Corte – quando sarà chiamata a pronunciarsi sul punto – provvederà ad uniformare i criteri interpretativi del *ne bis in idem* in materia di concorrenza a quelli adoperati negli altri settori del diritto, individuando come punti cardine l'identità del fatto e del contravventore, a prescindere dall'identità dell'interesse giuridico tutelato. Tuttavia, in base all'orientamento *Menci*, la Corte non potrà limitarsi ad accertare la presenza di tali requisiti per escludere la doppia punibilità, ma dovrà altresì verificare se tale cumulo sia giustificato dal perseguimento di uno scopo legittimo e se non vada al di là di quanto necessario per il raggiungimento di tale scopo. In presenza di tali

presupposti, quindi, la Corte potrà ammettere la possibilità di punire la medesima condotta in due procedimenti paralleli per violazione del diritto della concorrenza nazionale ed europeo.