



PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI  
DIPARTIMENTO POLITICHE EUROPEE  
*Servizio Informative parlamentari e Corte di Giustizia UE*

Presidenza del Consiglio dei Ministri

DPE 0004916 P-4.22.1  
del 03/05/2017



16623975

Camera dei Deputati  
Ufficio Rapporti con l'Unione Europea

Senato della Repubblica  
Ufficio dei rapporti con le istituzioni  
dell'Unione Europea

e p.c.

Ministero dello Sviluppo Economico  
Nucleo di valutazione degli atti UE

Ministero degli Affari Esteri e della  
cooperazione internazionale  
Nucleo di valutazione degli atti UE

**OGGETTO:** *Trasmissione, ai sensi dell'art. 6, comma 4, della legge 24 dicembre 2012 n. 234, della relazione concernente la Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e assicura il corretto funzionamento del mercato interno - COM(2017) 142.*

Si trasmette, ai sensi dell'art. 6, comma 4, della legge 24 dicembre 2012 n. 234, la relazione elaborata dal Ministero dello Sviluppo Economico, con allegate le osservazioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in merito al progetto di atto legislativo dell'Unione Europea di cui all'oggetto.

p.   
Il Coordinatore del Servizio  
dott. Gaetano De Salvo



*Ministero dello Sviluppo Economico*

UFFICIO LEGISLATIVO

ALLA PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI

DIPARTIMENTO PER LE POLITICHE EUROPEE

Servizio informative parlamentari e Corte di Giustizia UE

SEDE

OGGETTO: COM (2017) 142 – Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e assicura il corretto funzionamento del mercato interno: invio relazione

Con riferimento alla nota di codesto Dipartimento prot. 3929 del 4/4/2017, si trasmette la relazione richiesta, relativa alla proposta di direttiva in oggetto, per il successivo inoltro al Parlamento.

Si precisa, al riguardo, che alla relazione, predisposta dalla competente Direzione Generale per il mercato, la concorrenza, il consumatore, la vigilanza e la normativa tecnica, sono accluse le osservazioni fatte pervenire dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

IL CAPO UFFICIO LEGISLATIVO  
(Stefano Varone)



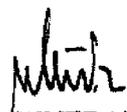
**Ministero dello Sviluppo Economico**  
DIREZIONE GENERALE PER IL MERCATO, LA CONCORRENZA, IL  
CONSUMATORE, LA VIGILANZA E LA NORMATIVA TECNICA  
Divisione IV Promozione della concorrenza e semplificazioni per le imprese

ALL'UFFICIO LEGISLATIVO

SEDE

**OGGETTO: Proposta di Direttiva COM(2017) 142 - Richiesta di Relazione ai sensi l.  
234/2012. Rafforzamento poteri autorità antitrust.**

Con riferimento alla richiesta di cui alla mail del 5 aprile 2017 di codesto Ufficio Legislativo, si invia, per il seguito di competenza, l'acclusa Relazione, unitamente alle osservazioni scritte fatte pervenire dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

  
IL DIRETTORE GENERALE  
(avv. Mario Fiorentino)

All. n. 2

FS/Dir UE poteri antitrust-Rel  


**Ministero dello Sviluppo Economico**  
Uffici diretta collaborazione del Ministro  
Struttura: UDCM\_UFF\_LEGISLATIVO  
REGISTRO UFFICIALE  
Prot. n. 0010254 - 27/04/2017 - INGRESSO  
titolario: 17.03.01.



## Ministero dello Sviluppo Economico

DIREZIONE GENERALE PER IL MERCATO, LA CONCORRENZA, IL CONSUMATORE, LA VIGILANZA E LA NORMATIVA TECNICA  
Divisione IV Promozione della concorrenza e semplificazioni per le imprese

### **Relazione** **ai sensi dell'art. 6, comma 4, della legge 24 dicembre 2012, n. 234**

#### **Oggetto dell'atto:**

Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e assicura il corretto funzionamento del mercato interno

- **Codice della proposta:** COM(2017) 142 final del 22/03/2017
- **Codice interistituzionale:** 2017/0063(COD)
- **Amministrazione con competenza prevalente:** Ministero dello Sviluppo economico

\*\*\*

#### **Premessa: finalità e contesto**

##### **Contesto**

Il regolamento (CE) n. 1/2003 (cd. modernizzazione dell'applicazione delle regole antitrust UE), nel disciplinare l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 101 e 102 del TFUE, ha istituito un sistema di applicazione decentrata delle norme di concorrenza, in virtù del quale le autorità nazionali garanti della concorrenza degli Stati membri dell'UE (ANC) condividono con la Commissione il potere di applicare le norme dell'UE in materia di concorrenza. L'articolo 3 di tale Regolamento, in particolare, stabilisce un obbligo per le ANC o giurisdizioni nazionali di applicare, in parallelo con la legislazione nazionale, le regole di concorrenza dell'Unione europea agli accordi, decisioni o pratiche suscettibili di incidere sul commercio tra Stati membri. A tal fine, è stata istituita, nel 2004, la Rete europea della concorrenza (European Competition Network, "ECN"), nel cui ambito la Commissione e le ANC applicano le norme di concorrenza dell'UE in stretta collaborazione, attraverso meccanismi di consultazione e cooperazione volti a favorire una loro efficace e coerente applicazione. Il decentramento operato con il regolamento (CE) n. 1/2003 ha determinato un significativo potenziamento dell'enforcement delle norme antitrust dell'Unione rispetto alle potenzialità necessariamente più limitate disponibili alla Commissione, testimoniato dal fatto che dal 2004 risultano adottate oltre 1000 decisioni di applicazione, di cui l'85% ad opera delle ANC.

<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.

### *Finalità generali*

Malgrado il successo riscosso, il nuovo sistema di condivisione dell'enforcement non ha ancora conseguito appieno gli obiettivi perseguiti, di favorire una efficace applicazione delle norme dell'UE in materia di concorrenza.

Già con la Comunicazione del 9 luglio 2014, su risultati e prospettive dell'enforcement antitrust dopo 10 anni di applicazione del Regolamento n. 1 del 2003, la Commissione ha pubblicato un'analisi delle lacune evidenziate dal sistema, rilevando l'esigenza di un rafforzamento della posizione delle ANC, sotto il profilo istituzionale e della dotazione dei poteri di intervento e sanzionatori.

La Commissione ha poi approfondito la problematica, indicando in particolare una consultazione pubblica, dal 4 novembre 2015 al 12 febbraio 2016 ed organizzando due riunioni per un confronto con gli Stati membri.

Le valutazioni conclusive che la Commissione ha evidenziato, a supporto della presente proposta legislativa, possono sintetizzarsi come segue (si fa riferimento alla relativa relazione di accompagnamento della Commissione).

- **Indipendenza e risorse.** Non tutte le ANC dispongono di garanzie sufficienti quanto ad autonomia operativa, che le pongano al riparo da interferenze esterne (istruzioni od altro). Sotto altro aspetto, l'azione di alcune autorità è condizionata dalla carenza di risorse umane e finanziarie, che può incidere sulla efficacia dell'enforcement. Per esempio, alcune ANC non sono in grado di effettuare accertamenti contemporanei presso tutti i membri di un presunto cartello, il che significa che essi dispongono di tempo prezioso per distruggere elementi di prova e per non essere scoperti.
- **Poteri di indagine.** Numerose ANC non dispongono di tutti gli strumenti necessari per individuare e combattere efficacemente le violazioni del diritto della concorrenza. Ad alcune di esse mancano poteri di indagine fondamentali che permettano loro di raccogliere elementi di prova contenuti su telefoni cellulari, computer portatili, tablet e così via, il che costituisce un grave limite nell'era digitale. In aggiunta, i loro poteri di indagine sono spesso privi di efficacia perché non sono previste sanzioni efficaci in caso di inadempienza da parte delle imprese.
- **Sanzioni efficaci.** Non tutte le ANC possono comminare ammende efficaci ai sensi della normativa nazionale, con cui sanzionare le violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione. Ad esempio, in alcuni Stati membri le imprese possono ristrutturarsi per eludere il pagamento di ammende. In altri, le sanzioni per violazione degli articoli 101 e 102 del TFUE sono esigue o inesistenti. Infine, l'importo delle ammende imposte varia notevolmente, comportando una sperequazione tra Stati membri, non giustificata da circostanze oggettive.
- **Divergenze nei programmi di trattamento favorevole.** I programmi di trattamento favorevole costituiscono uno strumento fondamentale per individuare i cartelli segreti. Le imprese che avrebbero l'intenzione di presentare domanda di trattamento favorevole hanno bisogno di un grado sufficiente di certezza del diritto per essere incoraggiate a cooperare con le autorità. Ciò vale in particolare quando le imprese chiedono il trattamento favorevole in Stati membri diversi, perché il cartello interessa una serie di giurisdizioni. Tuttavia, le divergenze nei programmi di trattamento favorevole in Europa scoraggiano le imprese dal rivelare la propria partecipazione a pratiche anticoncorrenziali e dal fornire le prove al riguardo.
- **Ostacoli alla cooperazione.** Le lacune e le limitazioni degli strumenti e delle garanzie di cui dispongono le ANC compromettono anche il sistema di competenze parallele previsto per l'applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE, che si basa sulla stretta collaborazione nell'ambito dell'ECN. Tale sistema dipende dalla capacità delle autorità di fare affidamento le une sulle altre per attuare misure di indagine per conto delle altre. Non può tuttavia funzionare correttamente se alcune ANC non dispongono ancora di adeguati strumenti di indagine. Anche altre lacune nella

capacità delle ANC di fornire assistenza reciproca pregiudicano il sistema europeo di applicazione delle norme di concorrenza, che è stato concepito come un insieme coerente. Ad esempio, le ANC amministrative non possono chiedere l'esecuzione transfrontaliera delle loro decisioni in materia di ammende se l'autore dell'infrazione non è giuridicamente presente nel loro territorio.

#### *Elementi qualificanti ed innovativi*

Coerentemente con la valutazione svolta sulle carenze del sistema di applicazione condivisa del diritto antitrust dell'Unione europea, la proposta prevede specifiche misure volte a potenziare efficacia e coerenza dell'enforcement da parte delle NCA.

Si prevedono disposizioni volte a rafforzare la posizione istituzionale delle ANC, sotto i profili dell'indipendenza e della disponibilità delle risorse necessarie ai fini di un adempimento efficace ed integrale dei compiti connessi all'applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE.

In particolare, sotto il primo punto (articolo 4), gli Stati membri devono predisporre garanzie affinché il personale ed i membri dell'organo decisionale delle ANC: siano messi al riparo da influenze esterne o istruzioni di qualsiasi natura; si astengano da qualsiasi azione incompatibile con lo svolgimento dei loro compiti e l'esercizio dei loro poteri; possano essere sollevati dall'incarico solamente per motivi da fissarsi preventivamente nel diritto nazionale, individuabili nella circostanza di non soddisfare più le condizioni richieste per lo svolgimento dei loro compiti. Infine, si introduce il diritto delle ANC di fissare un ordine di priorità dei procedimenti relativi all'applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE, con la conseguente possibilità di respingere le denunce non ritenute prioritarie. Come si ricava dal Considerando n. 15 della proposta, è fatto salvo il diritto di un governo di uno Stato membro di indirizzare alle autorità nazionali antitrust orientamenti di politica generale o sulle priorità che non riguardino procedimenti specifici di applicazione.

All'articolo 5, si dispone che gli Stati membri assicurino alle ANC risorse necessarie in termini di personale, competenze, mezzi finanziari e attrezzature tecniche, tali da garantire che possano svolgere efficacemente i loro compiti quando applicano gli articoli 101 e 102 del TFUE.

E' previsto il conferimento alle ANC di una dotazione minima di poteri investigativi e decisionali comuni, tali da consentire loro una efficace applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE (Capo IV). Si tratta, in buona sostanza, dell'estensione alle autorità nazionali che non ne siano state dotate dal legislatore nazionale, dei principali poteri investigativi e decisionali già a disposizione della Commissione europea ai sensi del Regolamento CE n. 1/2003.

Per quanto riguarda gli aspetti innovativi per l'ordinamento italiano, meritano particolare menzione le disposizioni che conferiscono alle ANC il potere di:

- controllare libri e qualsiasi altro documento connesso all'azienda, su qualsiasi forma di supporto (con particolare riferimento, ai fini di un adeguamento alle nuove tecnologie digitali, a computer portatili, telefoni cellulari e altri dispositivi mobili), compreso il diritto di accedere a informazioni accessibili all'entità oggetto dell'accertamento (articolo 6.1(b)); nonché,
- quella di farne o acquisire sotto qualsiasi forma copie o estratti, o, per evitare un inopportuno prolungamento dell'accertamento, qualora ritenuto necessario, la possibilità di continuare a effettuare ricerche di tali copie o estratti nei propri locali (ovvero, dell'autorità antitrust precedente) o in altri locali a tal fine designati (articolo 6.1(c));
- effettuare accertamenti presso il domicilio dei dirigenti o di persone che lavorano per l'impresa interessata (articolo 7) Tale potere, già a disposizione della Commissione dal 2004, ma raramente utilizzato, è sottoposto a una serie di limitazioni: 1) l'utilizzo, riservato solo alle infrazioni gravi; 2) la sussistenza di un ragionevole sospetto che documenti di

carattere commerciale che possono essere rilevanti per provare tale grave violazione siano conservati presso domicilia privati, anche in considerazione dell'uso sempre più diffuso delle modalità di lavoro flessibili; 3) un'apposita autorizzazione preliminare da parte dell'autorità giudiziaria;

- richiedere informazioni a soggetti diversi dalle imprese oggetto del procedimento, che siano in grado di fornire elementi di interesse per l'indagine (riferimento, a titolo indicativo, a fonti quali i concorrenti, i clienti e i consumatori sul mercato) (articolo 8);
- imporre eventuali rimedi comportamentali o strutturali (esempio: cessione di ramo d'azienda) ove necessari e proporzionati per far cessare effettivamente un'infrazione (articolo 9)

Sono previste inoltre disposizioni importanti in merito:

- alla responsabilità per le ammende inflitte ad un'associazione di imprese che sia insolubile, nell'ambito di un procedimento avviato nei confronti di questa, quando la violazione riguardi l'attività dei loro membri. A tal riguardo, in primo luogo si individua come parametro per il calcolo dell'importo dell'ammenda, il fatturato delle imprese associate. Ciò, in considerazione del fatto che le associazioni in quanto tali, non dispongono di un fatturato in senso tecnico, se non gli esigui fondi costituiti dalle quote associative. Si stabiliscono poi, nel caso di insolubilità dell'associazione, forme di responsabilità sussidiaria e solidale a carico delle imprese a vario titolo interessate (articolo 13.2);
- ai programmi di trattamento favorevole con cui determinate imprese partecipanti ad un cartello segreto possono ottenere l'immunità dalle ammende o una loro riduzione, in cambio della propria collaborazione qualificata ad un'indagine svolta da un'autorità antitrust. La proposta prevede, per favorire una maggiore diffusione dell'istituto nel mercato unico, una marcata convergenza della disciplina tra gli Stati membri (si fa rinvio, sul punto, alla parte che segue);
- alla interazione tra i programmi di trattamento favorevole e le sanzioni applicabili alle persone fisiche (articolo 22). Con l'obiettivo di rimuovere il disincentivo all'autodenuncia da parte delle imprese, connesso alla esposizione a sanzioni personali dei dipendenti od amministratori responsabili dell'illecito anticoncorrenziale, la disposizione prevede la possibile esenzione da sanzioni dei medesimi.

## A. Rispetto dei principi dell'ordinamento europeo

### 1. Rispetto del principio di attribuzione, con particolare riguardo alla competenza della base giuridica

La proposta appare conforme ai principi di attribuzione di competenza, di sussidiarietà e di proporzionalità di cui all'articolo 5 del Trattato sull'Unione Europea (TUE).

Ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, l'Unione ha competenza esclusiva in materia di definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno.

L'articolo 4 paragrafo 2, lettera a), dello stesso Trattato attribuisce all'UE una competenza concorrente con quella degli Stati membri nel settore del mercato interno.

La base giuridica è correttamente individuata sia nell'articolo 103 che nell'articolo 114 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), poiché persegue due scopi indissolubilmente legati :

- 1) attuare i principi di cui agli articoli 101 e 102 del TFUE, conferendo alle autorità nazionali della concorrenza i poteri necessari per un'applicazione più efficace;
- 2) garantire che la concorrenza nel mercato interno non sia falsata e che i consumatori e le imprese non siano penalizzati dalle legislazioni e dalle misure nazionali che non consentono un'efficace applicazione delle norme da parte delle ANC;
- 3) assicurare condizioni di parità e di certezza del diritto nel mercato interno, favorendo l'introduzione di strumenti e garanzie identici per il diritto nazionale della concorrenza quando è applicato in parallelo agli articoli 101 e 102 del TFUE;
- 4) introdurre norme efficaci in materia di assistenza reciproca al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato interno e del sistema di stretta cooperazione nell'ambito della rete europea di concorrenza (in seguito: ECN).

## 2. Rispetto al principio di sussidiarietà

La proposta rispetta il principio di sussidiarietà in quanto l'azione dell'Unione Europea risulta necessaria per sfruttare pienamente le potenzialità del sistema di applicazione decentrata degli articoli 101 e 102 TFUE.

Occorre considerare che le ANC applicano norme a dimensione transfrontaliera, come già esplicitato al precedente punto relativo al contesto generale. Sotto vari aspetti, pertanto, sussiste un rapporto di interdipendenza tra gli Stati membri, che comporta l'esigenza di una omogeneità della partecipazione di ciascun membro della Rete. L'inefficacia dell'azione svolta o da svolgersi da parte di una ANC che non goda in misura adeguata di risorse, strumenti di indagine o decisori o requisiti di indipendenza, può pertanto rivelarsi controproducente, tra l'altro, rispetto ad una efficace cooperazione, così come per l'attrattività dei programmi di clemenza o in rapporto agli effetti transfrontalieri di un cartello.

Emerge pertanto l'esigenza di un intervento legislativo a livello UE, in grado di assicurare la necessaria convergenza dei sistemi nazionali, ovviando agli ostacoli finora evidenziati dalle legislazioni degli Stati membri.

## 3. Rispetto al principio di proporzionalità

Il Regolamento CE n.1/2013, nell'introdurre il decentramento dell'applicazione della normativa UE di concorrenza, aveva lasciato alla discrezionalità degli ordinamenti nazionali la disciplina degli aspetti di natura procedurale e sanzionatoria.

Tuttavia, come si è anticipato, l'esperienza di oltre tredici anni di applicazione, ha evidenziato la necessità di un ulteriore passo da compiersi sul percorso del decentramento, in direzione di una più omogenea e coerente applicazione delle norme europee da parte delle ANC. A tale riguardo, si può rilevare che la proposta mira a conferire un minimum di poteri comuni alle autorità nazionali, pur lasciando nel contempo la facoltà per gli Stati membri di perseguire standard più elevati ed adattare le loro norme alle specificità nazionali, fatta salva la loro efficacia.

L'unica eccezione al riguardo, concerne le condizioni per la concessione del trattamento favorevole per l'autodenuncia di cartelli segreti, dove ad avviso della Commissione, l'esigenza di certezza giuridica per le imprese interessate a richiederlo, impone la fissazione di una disciplina più dettagliata ed uniforme, in grado di garantire un effettivo valore aggiunto nell'applicazione delle norme di concorrenza. A tale riguardo, tuttavia, si ritiene che le soluzioni proposte, che in sostanza si risolvono in una chiara limitazione dell'autonomia delle ANC a favore della

Commissione, giustifichino l'esigenza di una riflessione e di un confronto in sede di Consiglio sotto il profilo della stretta necessarietà delle stesse misure e della eventuale possibilità di perseguire analoghi risultati attraverso soluzioni meno penalizzanti per gli Stati membri. Si fa rinvio, per maggiori dettagli, alla sezione successiva relativa alle criticità della proposta.

Nel complesso, comunque, al netto delle perplessità evidenziate sulle disposizioni in materia di trattamento favorevole, si può ritenere che l'approccio adottato nella proposta sia inteso a massimizzare l'aumento di efficacia delle ANC con interferenze generalmente limitate nelle specificità nazionali. Possono rilevarsi margini di autonomia per gli Stati membri, tanto in virtù del principio di armonizzazione minima che, con le limitazioni sopra evidenziate, ha ispirato la proposta quanto in ragione dello strumento legislativo individuato, la direttiva, che per sua natura lascia spazio all'iniziativa normativa dello Stato membro in merito alla forma e ai mezzi individuati per il perseguimento del risultato, unico elemento giuridicamente vincolante.

D'altra parte, occorre considerare che rientra nei doveri degli Stati membri garantire la piena effettività del diritto dell'Unione, anche in conformità alla giurisprudenza della Corte di giustizia che ha affermato che le norme procedurali nazionali dettagliate previste per il funzionamento delle ANC non devono pregiudicare la finalità del regolamento (CE) n. 1/2003, che è quella di garantire l'efficace applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE da parte delle autorità di cui trattasi<sup>2</sup>.

## B. Valutazione complessiva del progetto e delle sue prospettive negoziali

### 1. Valutazione del progetto e urgenza

- La valutazione delle finalità generali del progetto è complessivamente positiva in quanto si prevede un rafforzamento generale del sistema di applicazione condivisa del diritto antitrust UE, reso necessario dalle oggettive disfunzioni e lacune emerse dopo oltre tredici anni di esperienza applicativa ed evidenziate dalla specifica indagine pluriennale svolta dalla Commissione, come complessivamente confermate dagli esiti delle consultazioni effettuate con gli Stati membri e con le parti interessate in generale.
- Non si ravvisano motivi di urgenza rispetto ai tempi richiesti dalla procedura legislativa, anche in considerazione del fatto che è previsto sostanzialmente il potenziamento - di cui, beninteso, si condivide la necessità - di un sistema di enforcement che, comunque, di fatto è già operativo da lungo tempo. L'iter di approvazione è quello della procedura ordinaria, che prevede una codecisione del Parlamento europeo e del Consiglio.

### 2. Conformità del progetto all'interesse nazionale

Le disposizioni contenute nel progetto possono ritenersi complessivamente conformi all'interesse nazionale. Infatti, premesso che l'ordinamento italiano è già in gran parte allineato rispetto alle disposizioni contemplate dalla proposta, le misure di specifico interesse ivi previste comportano sostanzialmente un opportuno completamento ed aggiornamento dei poteri di indagine e decisorii, che potranno, in primo luogo, consentire un rafforzamento dell'azione svolta dall'autorità antitrust italiana a beneficio, in ultima analisi, dei consumatori e delle imprese

<sup>2</sup> Causa C-439/08, *Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, ijsbereiders en Chocoladebewerders (VEBIC) v ZVW*, EU:C:2010:739, punti 56 e 57.

virtuose.

Occorre poi considerare che per le ANC che non godono di analoghe garanzie di indipendenza e/o possibilità operative di livello equiparabile a quello dell' autorità italiana, un adeguamento legislativo appare quanto mai opportuno per garantire loro, nell'interesse generale, una maggiore efficacia e coerenza dell'enforcement, nonché una più adeguata capacità di cooperazione nell'ambito della rete ECN. Il conseguimento di tali obiettivi, può comportare un beneficio specifico anche per l'Italia, che potrà fare così affidamento su una più diffusa capacità di collaborazione transfrontaliera per i propri procedimenti, ad esempio per richiedere assistenza ad altra ANC per la notifica di una decisione o l'applicazione di ammende ad imprese che, nel territorio nazionale, non siano stabilite o non vi dispongano di beni sufficienti per l'esecuzione.

Infine, analoghi vantaggi derivanti da una maggiore armonizzazione del mercato interno potranno essere assicurati ad imprese e consumatori italiani, che potranno fruire di una accresciuta omogeneità ed efficacia operativa e di maggiore parità di condizioni. In particolare, le imprese potranno confidare su un più agevole e sicuro accesso ai mercati degli altri Stati membri, mentre i consumatori potranno avvalersi di una più efficace tutela per le proprie transazioni transfrontaliere, incluse quelle effettuate online.

#### **II. Prospettive nazionali ed economiche, nonché, necessità ed opportunità**

##### *Tempistica di adozione prevista*

Dalle informazioni a disposizione, è prevista una prima riunione del Gruppo Competitività presso il Consiglio UE il 12 maggio prossimo, prevedibilmente di presentazione e di raccolta delle prime osservazioni di carattere generale sullo schema di Direttiva, in cui la presidenza di turno maltese avrà modo di ragguagliare le delegazioni sul calendario di lavoro. Considerato che il programma del semestre di presidenza maltese prevede la convocazione del Consiglio Competitività (parte Industria) già per il 29 maggio pv, si tenderebbe ad escludere che una riunione di carattere decisorio del Consiglio possa aver luogo prima del successivo semestre a presidenza estone, dalla quale dipenderà sostanzialmente, per la parte di competenza, la definizione del ruolino di marcia dei lavori in sede di Consiglio.

Non è da escludere, comunque, la possibilità di inserimento del dossier nell'agenda del Consiglio Competitività del 29 maggio, sotto presidenza maltese, a fini di presentazione del progetto e di raccolta delle prime reazioni di carattere generale degli Stati membri.

A rendere difficile, in questa fase preliminare, una previsione sulla tempistica di adozione, concorrono inoltre, ovviamente, tre ulteriori fattori, quali: 1) le incognite sulle reazioni delle delegazioni sullo schema di Direttiva, che in alcuni punti in particolare è suscettibile di impattare sulle sensibilità nazionali; 2) i tempi occorrenti per l'esame del testo da parte del Parlamento europeo, nella sua qualità di codecisore; 3) l'andamento del successivo negoziato con il Consiglio per l'approvazione di un testo condiviso.

##### *Eventuali pareri già espressi dalla delegazione italiana in occasione di presentazioni o incontri.*

- Il Governo italiano, per il tramite del Ministero dello Sviluppo economico, ha già formulato una valutazione complessivamente positiva sugli obiettivi generali di potenziamento delle autorità antitrust nazionali perseguiti dalla Commissione, sia partecipando ad una riunione di consultazione degli Stati membri indetta dalla DG Concorrenza sia fornendo riscontro al questionario diffuso dalla stessa Commissione nel contesto della consultazione pubblica svoltasi dal 4 novembre 2015 al 12 febbraio 2016.

- Per parte sua, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che ha analogamente seguito e partecipato attivamente alla fase preparatoria della proposta, esprime sulla stessa una posizione di pieno favore, ad eccezione delle misure previste in materia di trattamento favorevole e con qualche valutazione critica sulle prospettive di successo delle disposizioni volte a garantire indipendenza e risorse adeguate alle autorità di concorrenza (relazione AGCM allegata).

#### *Valutazioni ed elementi di criticità*

Il completamento dei poteri a disposizione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato viene visto positivamente sia da questo Ministero che dalla stessa autorità antitrust italiana, per i motivi già esplicitati nella parte che precede. Occorre peraltro considerare che trattasi non di misure di nuova concezione, bensì di strumenti di indagine e decisori previsti dal Regolamento CE 1/2003 a favore della Commissione e che, in base allo stesso, potevano, a discrezione degli Stati membri, essere conferiti alle autorità di concorrenza nazionali. In ambito italiano, il legislatore ha proceduto nel 2006<sup>3</sup>, novellando il testo della legge istitutiva n. 287 del 1990<sup>4</sup>, ad una integrazione della dotazione di poteri già attribuiti all'AGCM. Si fa riferimento, nello specifico, a: le misure cautelari (articolo 13 bis, l. 287/90); l'accettazione di impegni proposti dalle imprese (articolo 14-ter, l. 287/90); i programmi di clemenza (altrimenti detti: di trattamento favorevole; articolo 15, comma 2-bis, l. 287/90).

Premesso tutto ciò, si segnalano di seguito i punti della proposta, di principale impatto per l'ordinamento nazionale, ivi incluse le eventuali criticità, facendosi rinvio per maggiori approfondimenti e dettagli di natura tecnica, alla acclusa relazione fornita da AGCM.

- **Indipendenza e risorse (artt. 4 e 5).** Le disposizioni partono dalla constatazione che in numerosi casi le legislazioni nazionali non garantiscano sufficientemente l'indipendenza delle autorità nazionali antitrust. Peraltro, è emerso il verificarsi di episodi di rimozione dei vertici delle autorità di concorrenza in alcuni Stati membri. Le misure proposte rappresentano il tentativo di risoluzione di tali problematiche; tuttavia esse, pur risultando condivisibili sotto il profilo degli obiettivi, suscitano, a causa della loro genericità, qualche perplessità quanto alle prospettive di efficacia, come anche sostenuto dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nell'ambito della propria relazione, cui si fa rinvio per i dettagli.
- **Il profilo di particolare criticità riguarda l'obbligo (art. 5.1) degli Stati membri di garantire alle ANC le "risorse umane, finanziarie e tecniche necessarie per l'efficace svolgimento dei loro compiti ed esercizio dei loro poteri",** che costituiscono, a ben vedere, l'elemento chiave a presidio dell'autonomia decisionale delle autorità. La relatività del parametro adottato, che fa perno sul concetto di necessità delle risorse, giustifica ad avviso di questo dicastero, l'esigenza di un confronto in sede di discussione volto alla ricerca di un

<sup>3</sup> Decreto-legge 223/2006 convertito, con modifiche, dalla Legge 4 agosto 2006, n. 248 recante "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale".

<sup>4</sup> Legge 10 ottobre 1990, n. 287 - Norme per la tutela della concorrenza e del mercato.

possibile puntellamento del testo, pur nei limiti consentiti dal rispetto delle sensibilità nazionali, di cui verosimilmente la Commissione avrà tenuto conto.

- Potere di effettuare accertamenti in altri locali (art. 7). Si tratta di una misura destinata per i motivi di seguito indicati ad un uso molto limitato, di cui la stessa Commissione si è avvalsa sporadicamente. Essa è innanzitutto subordinata alla sussistenza di specifici indizi (es. le specifiche rivelazioni di un richiedente dei benefici del trattamento favorevole) della conservazione di elementi probatori in locali diversi da quelli nei quali si svolge l'attività di impresa, incluse dunque le abitazioni dei dirigenti o di altri membri del personale delle imprese interessate. Soprattutto, è prevista, come di norma, la preventiva autorizzazione giudiziaria, volta (argomentando per analogia con quanto disposto dall' articolo 21.3, Reg. CE n.1/2003) a verificare la non arbitrarietà o non proporzionalità della misura in relazione al caso specifico. La proposta non fa uno specifico riferimento al contenuto del sindacato giurisdizionale, forse deliberatamente per evitare di limitarne la portata, facendo rinvio alla giurisprudenza, di cui presumibilmente si è preferito evitare di pregiudicare l'evoluzione, contrariamente a quanto fatto con il regolamento CE 1/2003. Soprattutto, l'uso dello strumento viene riservato, dalla disposizione in esame, non a tutte le possibili fattispecie, ma esclusivamente per comprovare una grave violazione dell'articolo 101 o dell'articolo 102 del TFUE. La misura risulta ampiamente diffusa presso la quasi totalità degli ordinamenti degli Stati membri, ad eccezione di tre di essi, tra cui l'Italia.

Argomento di possibile dibattito in sede di gruppo del Consiglio si prevede possa riguardare l'eventualità di una codificazione dell' attuale giurisprudenza relativa alla portata del sindacato giurisdizionale.

- Rimedi comportamentali o strutturali (art. 9). Anche questo strumento costituisce un possibile completamento dello strumentario di poteri oggi a disposizione dell'AGCM, la quale, in materia di intese restrittive e di abusi di posizione dominante dispone solo della facoltà di chiudere un procedimento senza accertare l'infrazione a seguito della ammissione di impegni proposti dalle imprese come soluzione ai profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria (articolo 14-ter, l. 287/90). Viceversa, diversi sono contesto e presupposti dei rimedi comportamentali o strutturali, cui si riferisce l'articolo 9 della proposta, che vengono direttamente imposti dall'autorità procedente, nel contesto di una decisione che accerta un'infrazione a conclusione di un procedimento che prosegue integralmente l' iter ordinario (senza quindi alcuna archiviazione in fase preliminare che ometta di sancire la commissione di un'infrazione da parte dell'impresa). Per quanto riguarda in particolare i rimedi strutturali, si tratta comunque di una misura estrema, specie in materia di intese ed abusi e più comune in sede di controllo preventivo delle concentrazioni, dove la nuova entità non è ancora costituita prima della concessione dell'autorizzazione da parte dell'ANC. Non a caso, il loro uso è generalmente subordinato alla verifica della insussistenza di rimedi alternativi, di natura comportamentale, altrettanto efficaci per far cessare effettivamente l'infrazione stessa.
- Trattamento favorevole (artt. da 16 a 21.) La proposta è volta ad assicurare una completa convergenza dei programmi di competenza delle autorità nazionali, ritenuta dalla Commissione come indispensabile strumento di certezza giuridica per le imprese, suscettibile di incentivarne l'interesse alla autodenuncia. La questione suscita forti perplessità per l'indebita compressione dell'autonomia degli Stati membri, nonché per le possibili ripercussioni sotto i profili di flessibilità dell'istituto e di adattabilità alle specificità nazionali. Si fa rinvio, per i dettagli, all'articolata esposizione formulata in materia dall'AGCM.

- Interazione tra i programmi di trattamento favorevole e le sanzioni inflitte alle persone fisiche (art. 22). Con l'obiettivo di rimuovere il disincentivo all'autodenuncia da parte delle imprese, connesso alla esposizione a sanzioni personali dei dipendenti od amministratori responsabili dell'illecito anticoncorrenziale, la disposizione prevede la possibile esenzione da sanzioni dei medesimi (limitatamente alle richieste di *immunità*).

Per il sistema sanzionatorio italiano, che in materia di concorrenza prevede esclusivamente sanzioni amministrative a carico delle imprese, si evidenzia la rilevanza del tema con riferimento agli illeciti da *bid rigging* (alterazione anticoncorrenziale di procedure di gara), tenuto conto delle conseguenze penali previste per il delitto di turbativa d'asta (art. 353 Codice Penale).

In merito alla questione, che involge evidentemente aspetti di politica giudiziaria, si ravvisa la necessità di un preventivo coinvolgimento e confronto con il Ministero della Giustizia, per l'assunzione di una posizione condivisa da assumere in sede di negoziato.

In questa fase preliminare, per quanto di competenza, si fa presente unicamente che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato valuta con favore la misura, in quanto ritenuta suscettibile di sbloccare il constatato disinteresse delle imprese a cooperare con l'Autorità nella scoperta e nella repressione di un illecito (*bid rigging*) relativamente frequente, oltre che grave, nella prassi applicativa. Una misura in tal senso, era peraltro già stata caldeggiata da AGCM con la segnalazione del 2 ottobre 2012 "Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2013", inviata al Parlamento e al Governo.

### C. Valutazione d'impatto

#### A. Impatto finanziario

- Sulla base delle valutazioni operate dalla Commissione nella relazione di accompagnamento, la proposta non comporta oneri supplementari sul bilancio dell'Unione.

I costi connessi al mantenimento e allo sviluppo del sistema di informazione centrale (European Competition Network System) per la cooperazione e lo scambio di informazioni tra gli Stati membri in ambiente sicuro, sono individuati indicativamente in un importo di 1 milione di euro l'anno. Tali oneri sono prevalentemente finanziati dal programma ISA2 fino a tutto il 2020, nell'ambito dell'attuale quadro finanziario pluriennale (QFP), in base alla disponibilità delle risorse e ai criteri di ammissibilità e di definizione delle priorità del programma.

Le altre spese amministrative sostenute in relazione al funzionamento dell'ECN, ad esempio l'organizzazione di riunioni, l'elaborazione e la fornitura di programmi di formazione, la formulazione di orientamenti e principi comuni sono stimate in 500 000 euro all'anno.

Quanto al personale, la proposta legislativa, a giudizio della Commissione, non incide sul bilancio e non richiede ulteriori risorse umane.

- Per quanto concerne l'impatto economico-finanziario sul bilancio nazionale, si reputa, in questa fase, che esso dovrebbe eventualmente coinvolgere la sola autorità garante di concorrenza, i cui oneri di funzionamento sono comunque coperti, come è noto, dalle contribuzioni a carico delle imprese di cui all'articolo 7-ter della legge 287/90. Pertanto, può ritenersi che dalla proposta non deriverebbero oneri supplementari per il bilancio dello Stato.

Peraltro, dalle informazioni ufficiose acquisite e fatta salve le valutazioni di competenza dell'AGCM - che non si è espressa sul tema nell'ambito della propria relazione - non si prevedono oneri aggiuntivi di carattere finanziario od amministrativo né la necessità di ulteriori risorse umane anche tenuto conto dell'impatto relativamente contenuto della proposta, sul carico di lavoro dell'autorità italiana.

- *effetti in termini di semplificazione/armonizzazione/innovazione*

L'obiettivo perseguito di un ravvicinamento della posizione delle ANC comporterà l'esigenza di un adeguamento della pertinente legislazione nazionale, per quanto in misura sicuramente più contenuta rispetto ad altri Stati membri che, alla luce dell'indagine svolta dalla Commissione, necessitano di un più massiccio intervento di allineamento agli standard individuati dallo schema di Direttiva, ai fini di una più efficace ed omogenea azione della Rete ECN.

- *adeguamenti resi necessari dalla proposta*

I principali interventi di adeguamento della legislazione italiana possono, allo stato presente, così individuarsi:

- **Indipendenza.** Le dettagliate disposizioni previste in materia potrebbero comportare la necessità di un' integrazione del quadro di riferimento definito dagli articoli 10 ed 11 della legge 287/90, che pure assicura un elevato grado di garanzie di indipendenza per l'istituzione nel suo insieme. Il riferimento è in particolare alle disposizioni in tema di:
  - prevenzione di situazioni di conflitto di interesse (art.4.2(c) unitamente al Considerando n. 15), con particolare riguardo agli obblighi di astensione, del personale o dei membri dell'organo decisionale, da attività professionali incompatibili, anche per un ragionevole periodo di tempo successivo al contratto o mandato;
  - rimozione ingiustificata dei membri dell'organo decisionale, che prevedono, fra l'altro, la preventiva fissazione nel diritto nazionale di legittimi motivi di rimozione;
  - facoltà di fissazione delle priorità di azione da parte delle ANC e dunque di archiviare senz'altro le segnalazioni pervenute, la cui trattazione non sia considerata prioritaria (art.4.2(e)), in rapporto all'obbligo di conclusione del procedimento con provvedimento espresso, di cui alla articolo 2, comma uno, della legge n. 241/1990 e ss. mm. e ii., sul procedimento amministrativo.
- **Poteri di intervento.** Una modifica/integrazione della legge 287/90 è da mettersi in preventivo, con particolare riferimento alle disposizioni in materia di: accertamenti presso le imprese o in altri locali, rimedi comportamentali o strutturali.
- **Ammende alle associazioni di imprese.** Un intervento sulla legge 287/90 sarà necessario, oltre che opportuno sotto il profilo della deterrenza, alla luce delle misure previste:
  - per il calcolo del massimo edittale, qui ancorato al fatturato delle imprese associate attive sul mercato interessato (in luogo del valore, di gran lunga inferiore, delle quote associative versate, di cui al parametro individuato in ambito nazionale);
  - per la responsabilità patrimoniale in caso di insolubilità dell'associazione stessa, che prevede una copertura di natura sussidiaria/solidale a carico delle imprese interessate, non contemplata dal diritto interno.
- **Trattamento favorevole.** Le disposizioni di cui agli articoli da 16 a 21 del progetto, per quanto di significativo impatto sul sistema vigente in Italia, non dovrebbero comportare alcun intervento sul piano legislativo, tenuto conto della flessibile formulazione di cui all'articolo 15, comma 2-bis, l. 287/90, che fa rinvio, per la disciplina di dettaglio, ad un provvedimento generale da adottarsi dall'AGCM in conformità all'ordinamento comunitario.
- **Viceversa, l'articolo 22 della proposta, in tema di interazione tra i programmi di**

trattamento favorevole e le sanzioni inflitte alle persone fisiche, comporterebbe, evidentemente, un intervento sul codice penale, con specifico riferimento alla fattispecie di turbativa d'asta (art. 353 Codice Penale), rilevante per il sistema interno in relazione agli illeciti da *bid rigging* (alterazione anticoncorrenziale di procedure di gara).

### 3. Effetti sulla competenza regionale e delle autonomie locali

La proposta non incide sulle competenze regionali e delle autonomie locali, in considerazione della competenza statale esclusiva in materia di tutela della concorrenza, sancita dall'articolo 117, comma due, lett. e) della Costituzione. Pertanto, la relazione non dovrà essere inviata alle Regioni, per il tramite delle loro Conferenze (art. 24, comma 2 della legge n. 234/2012).

### 4. Effetti sulla organizzazione della pubblica amministrazione

- *costi di adeguamento*

Per quanto premesso al punto C.1 di cui sopra, cui si fa rinvio, si reputa che eventuali esigenze di adeguamento riguardino esclusivamente l'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

- *effetti in termini di semplificazione burocratica/normativa*

Date le finalità della proposta, che mira essenzialmente ad un potenziamento della posizione istituzionale e dei poteri di intervento delle ANC, non si rilevano significativi effetti di semplificazione burocratica o normativa.

Un'eccezione in tal senso, può essere individuata con riferimento all'articolo 4(2)(e), che introduce la facoltà delle autorità nazionali di concorrenza, di individuare le proprie priorità di intervento nell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE e dunque di archiviare senz'altro le segnalazioni pervenute, la cui trattazione non sia considerata prioritaria. La misura è infatti orientata, in linea con la filosofia ispiratrice della modernizzazione avviata dal Regolamento CE n. 1/2003, a favorire una focalizzazione dell'enforcement sui casi più gravi di restrizione della concorrenza (cartelli; abusi di posizione dominante), grazie anche al risparmio di risorse altrimenti destinate alla trattazione di questioni di importanza minore.

### 5. Effetti sulle attività dei cittadini e delle imprese

- Come osservato al paragrafo B.2, il rafforzamento della posizione delle ANC che non godono attualmente di un livello di garanzie di indipendenza operativa né di uno strumentario di poteri di intervento paragonabili a quelli riconosciuti dal legislatore italiano all'autorità nazionale di concorrenza, appare potenzialmente foriero di benefici sia per le imprese che per i consumatori italiani, che potranno verosimilmente avvalersi di un più incisivo enforcement sui mercati geografici interessati.

- *Costi: economico-finanziari, altri oneri*

Non si ravvisa l'eventualità di costi economico-finanziari o di oneri di altro genere a carico di imprese o cittadini.

#### Altro

- La relazione tiene conto delle osservazioni svolte dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato con l'acclusa relazione scritta.

- Si precisa che la proposta nella sua versione originale è suscettibile di essere modificata nel corso del negoziato in sede di gruppo Competitività del Consiglio e del confronto con il Parlamento europeo e che la posizione della delegazione italiana potrà evolvere, in base anche alle consultazioni con le amministrazioni e le parti interessate.
- Si allega la relazione sulla proposta, elaborata dall' Autorità garante della concorrenza e del mercato.



# Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

## Proposta di Direttiva UE sui poteri di *enforcement* delle autorità nazionali concorrenza

### Osservazioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Il 22 marzo 2017 la Commissione Europea ha adottato una proposta di Direttiva, volta a consolidare il ruolo delle autorità nazionali di concorrenza nell'applicazione degli articoli 101 e 102 del Trattato FUE<sup>1</sup>.

Questa iniziativa legislativa costituisce l'esito di un articolato processo di consultazione, avviato dall'esecutivo comunitario con la pubblicazione del rapporto "Ten years of antitrust enforcement under Regulation 1/2003: achievements and future perspectives", risalente ormai al 9 luglio 2014, con il quale si individuavano possibili direttrici di intervento in vista di una eventuale revisione del vigente assetto normativo.

Le autorità nazionali di concorrenza hanno fornito un contributo decisivo per la predisposizione del testo, in una prima fase attraverso la ricerca e la elaborazione di informazioni estremamente dettagliate sull'attività da esse svolta in applicazione delle regole antitrust del Trattato fin dall'entrata in vigore del Regolamento CE 1/2003; in seguito, esprimendo una propria valutazione sulle opzioni regolamentari contemplate dalla Commissione, sulla scorta di un questionario da quest'ultima redatto nei primi mesi del 2016; infine, attraverso il confronto nell'ambito del gruppo "Co-operation Issues and Due Process", costituito in seno alla rete europea della concorrenza, i cui lavori risultano ampiamente trasfusi nella sezione della proposta relativa all'assistenza reciproca.

Con questo contributo, l'Autorità intende formulare alcune valutazioni delle quali auspica possa tenersi conto in vista della formazione della posizione delle autorità italiane sul testo in questione.

Ad avviso dell'Autorità, nelle sue linee generali la proposta della Commissione merita di essere considerata con favore sotto molteplici aspetti. L'Autorità ha già ripetutamente espresso il proprio convinto sostegno per una evoluzione dell'impianto regolamentare che puntelli e garantisca l'indipendenza delle autorità nazionali di concorrenza e ne armonizzi i poteri di intervento, integrando il processo di spontanea convergenza realizzatosi nel contesto dell'ECN e favorendo per questa via l'applicazione uniforme delle regole di concorrenza sull'intero territorio dell'Unione.

---

<sup>1</sup> Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli stati membri poteri di applicazione più efficace e assicura il corretto funzionamento del mercato interno – COM (2017) 142 final.

Infatti, il contributo delle autorità nazionali di concorrenza nella scoperta e nella repressione delle condotte suscettibili di alterare le dinamiche concorrenziali e pregiudicare il commercio intra-comunitario risulta ormai fondamentale: secondo i dati della Commissione, dall'entrata in vigore del Regolamento 1/2003 – che segna la piena devoluzione nell'applicazione delle regole di concorrenza del Trattato – circa l'85% degli accertamenti istruttori intesi a verificare una violazione degli articoli 101 e 102 TFUE sono stati avviati e condotti dalle autorità nazionali di concorrenza.

Per contro, le disposizioni volte ad armonizzare i programmi di clemenza nazionali appaiono problematiche. In particolare, il proposto regime delle domande di clemenza in forma semplificata, la cui valutazione viene nei fatti accentrata in capo alla Commissione, altera l'attuale riparto flessibile di competenze nell'ambito della rete europea della concorrenza e finisce per privare di ogni autonomia i programmi nazionali, in contrasto con la più recente giurisprudenza delle corti comunitarie.

Per questa ragione, l'Autorità ritiene indispensabile una riformulazione del titolo che disciplina i programmi di clemenza – nei termini che di seguito verranno più compiutamente enunciati – perché possa accordarsi un sostegno alla proposta della Commissione.

Nei paragrafi che seguono, si procederà quindi ad una analisi puntuale delle disposizioni qualificanti della proposta della Commissione, ripercorrendone per quanto possibile la struttura.

#### *a) Indipendenza e risorse*

La proposta di Direttiva muove dalla constatazione che in numerosi casi la legislazione dei Paesi membri presidi in misura insufficiente l'indipendenza delle autorità nazionali di concorrenza e che questa lacuna sia suscettibile di pregiudicare l'efficacia e l'uniformità dell'applicazione delle regole antitrust del Trattato sull'intero territorio europeo<sup>2</sup>.

Pertanto, la Commissione ritiene opportuno stabilire normativamente che il personale e gli organi decisionali delle autorità nazionali di concorrenza debbano esercitare le proprie funzioni al riparo da qualsivoglia influenza politica o comunque esterna, né possano ricevere istruzioni dal Governo o da qualunque soggetto pubblico o privato.

Inoltre, alla luce delle note vicende che negli ultimi anni hanno condotto in alcuni Paesi membri alla rimozione dei vertici delle autorità di concorrenza, la proposta di Direttiva dispone altresì che alla revoca del mandato possa procedersi solo qualora non risultino più rispettate le condizioni legislativamente previste *ex ante* per lo svolgimento delle funzioni, ovvero qualora siano accertate a carico dei membri degli organi decisionali delle autorità gravi violazioni del diritto nazionale.

---

<sup>2</sup> Cfr. considerando (5) e (14) della proposta.

Infine, la Commissione ravvisa un potenziale pregiudizio per l'indipendenza delle autorità nazionali di concorrenza, qualora il personale o i membri del collegio si trovino in una situazione di conflitto di interessi. Per questa ragione, il testo prospetta un regime di incompatibilità, corredato di alcuni obblighi di trasparenza: segnatamente, ai dipendenti e ai vertici dell'Autorità è fatto divieto di svolgere alcuna occupazione o assumere alcun incarico che possa comprometterne l'autonomia decisionale, tanto nella costanza del rapporto di lavoro o del mandato, quanto per un ragionevole periodo successivo. Inoltre, tali soggetti dovrebbero dichiarare tutte le proprie co-interessenze in imprese vigilate che possano innescare un conflitto di interessi e segnalare le ipotesi in cui siano chiamati ad assumere decisioni su questioni in ordine alle quali la propria situazione personale o patrimoniale possa pregiudicare l'imparzialità<sup>3</sup>.

In linea generale, l'Autorità concorda con le proposte della Commissione, volte ad assicurare alle autorità nazionali di concorrenza le medesime garanzie che il diritto comunitario già accorda ai regolatori settoriali. La codificazione del principio di indipendenza a livello unionale, infatti, consente di rimediare all'intrinseca fragilità delle tutele approntate da norme nazionali di rango primario - agevolmente derogabili - e fornirà alla Commissione una base giuridica adeguata per intervenire in futuro nei confronti dei Governi che cerchino di orientare il processo decisionale delle autorità di concorrenza, fornendo istruzioni ai vertici o minacciandone la destituzione.

Allo stesso tempo, tuttavia, l'Autorità deve rilevare che l'impianto normativo prefigurato dalla Commissione le consentirà di reagire con efficacia solo nelle ipotesi in cui l'indipendenza delle autorità nazionali di concorrenza sia conculcata nei modi più flagranti.

Ad avviso dell'Autorità, infatti, il più importante presidio dell'autonomia decisionale delle autorità consiste nella effettiva disponibilità di risorse umane, strumentali e finanziarie, adeguate allo svolgimento dei compiti istituzionali ad esse attribuiti. Sotto tale aspetto, l'articolo 5(1) della proposta, che si appaga di enunciare il generico principio per cui è fatto obbligo agli Stati membri di assicurare che le autorità di concorrenza dispongano delle risorse umane, finanziarie e tecniche necessarie per l'esercizio dei propri poteri, risulta di per sé insufficiente a garantire efficacemente l'indipendenza delle autorità di concorrenza, impedendo che i Governi impieghino le leve di bilancio per disciplinare le condotte e le scelte delle autorità.

Infatti, in assenza di qualsiasi parametro quantitativo definito *ex ante*, incomberà alla Commissione dimostrare di volta in volta che le risorse umane e finanziarie allocate dal Governo all'autorità nazionale di concorrenza siano inadeguate allo svolgimento dei compiti istituzionali a quest'ultima affidati, promuovendo eventualmente una procedura contenziosa di infrazione dagli esiti quanto meno incerti e quasi certamente tardivi.

---

<sup>3</sup> Cfr. considerando (15).

Peraltro, in assenza di una garanzia di rango comunitario sulla forma di finanziamento dell'autorità nazionale di concorrenza, sulla possibilità per le autorità di decidere autonomamente l'allocazione delle somme disponibili alle varie voci di bilancio e sull'inquadramento del proprio personale, anche le autorità di concorrenza che allo stato non dipendano da uno stanziamento annuale di bilancio godranno in realtà di un margine di autonomia effimero, che i Governi potranno in futuro legittimamente comprimere in misura significativa.

L'Autorità è ben consapevole delle complicazioni metodologiche e delle strettoie politiche che ostacolavano l'adozione da parte della Commissione di un approccio più ambizioso. D'altro canto, la resa della proposta di Direttiva a fronte di questo *impasse* rappresenta certamente una occasione mancata: ad avviso dell'Autorità, il testo normativo dovrebbe almeno prevedere che la Commissione elabori, sulla base di una adeguata analisi comparativa, un documento che illustri le implicazioni concrete dei vari meccanismi di finanziamento delle autorità nazionali di concorrenza. Tale documento – pur non vincolante – potrebbe tuttavia essere di ausilio ai legislatori nazionali nella definizione delle scelte politiche che ad essi competono, individuando le migliori pratiche a livello comunitario e internazionale.

#### *b) I poteri istruttori e decisorii*

Il completamento ed il consolidamento dello strumentario investigativo e repressivo di cui dispongono le autorità nazionali di concorrenza, realizzato dagli articoli 6-11 della proposta di Direttiva, appare apprezzabile sotto un duplice profilo: per un verso, esso accresce l'efficacia dell'attività di *enforcement*, agevolando l'acquisizione degli elementi di prova dell'illecito concorrenziale e favorendo la definizione del procedimento amministrativo; per altro verso, un certo grado di convergenza tra i poteri istruttori minimi risulta funzionale ad assicurare l'efficace cooperazione investigativa nell'ambito della rete europea della concorrenza.

La proposta formulata dalla Commissione prefigura una considerevole espansione dei poteri delle autorità nazionali di concorrenza, modellati sui poteri istruttori di cui si avvale la stessa Commissione, che risulta del tutto in linea con gli auspici già formulati dall'Autorità nel corso del processo di consultazione pubblica.

Per quanto riguarda il diritto italiano, le principali novità riguarderanno le verifiche ispettive ed i poteri decisorii. In particolare, l'articolo 6(1)(b) e (c) codifica la prassi applicativa che consente ai funzionari dell'Autorità incaricati dell'accertamento di acquisire ogni elemento informativo che sia "accessibile" per l'impresa soggetta all'ispezione (inclusi dunque i documenti e le informazioni ospitati su server esterni all'impresa) e – ove necessario – di proseguire l'ispezione presso i locali dell'Autorità stessa. Inoltre, quando l'Autorità sia chiamata a svolgere un accertamento ispettivo per conto di altra autorità di concorrenza della rete ai sensi dell'articolo 22 del Regolamento 1/2003, l'articolo 23 della proposta

dispone ora esplicitamente che i funzionari incaricati potranno essere accompagnati e attivamente assistiti dai colleghi designati dall'autorità richiedente, abilitati all'esercizio dei poteri ispettivi.

L'articolo 7 della proposta prevede invece il potere di svolgere ispezioni a sorpresa in locali diversi da quelli nei quali si svolge l'attività di impresa, incluse dunque le abitazioni dei dirigenti delle imprese interessate. Tale potere potrà essere esercitato solo dopo aver ottenuto una preventiva autorizzazione giudiziale. Si segnala, inoltre, che - a differenza di quanto previsto per le ispezioni dei locali commerciali - il novero dei poteri ispettivi minimi che devono essere attribuiti alle autorità di concorrenza nell'ipotesi di ispezioni di locali "privati" risulta più circoscritto, in quanto non include né il potere di apporre sigilli, né quello di richiedere spiegazioni ai soggetti interessati e di verbalizzarne le risposte<sup>4</sup>.

Inoltre, l'articolo 9 dispone che alle autorità nazionali di concorrenza sia conferito il potere di imporre rimedi strutturali o comportamentali con la decisione che accerta l'infrazione, quando ciò sia necessario per assicurare l'effettiva cessazione della violazione, sulla falsariga di quanto previsto dall'articolo 7 del Regolamento 1/2003.

Non va infine sottaciuta la facoltà delle autorità nazionali di concorrenza, disciplinata dall'articolo 4(2)(e) nel contesto relativo alla indipendenza e alle risorse, di individuare le proprie priorità di intervento nella applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE e dunque di archiviare senz'altro le segnalazioni pervenute, la cui trattazione non sia considerata prioritaria.

Come si è detto, l'Autorità condivide e sostiene convintamente tutte le proposte avanzate dalla Commissione in tema di poteri investigativi e decisorie delle autorità nazionali di concorrenza.

### *c) Le sanzioni*

La capacità delle autorità nazionali di concorrenza di imporre sanzioni pecuniarie proporzionate e dotate di una adeguata efficacia deterrente rappresenta una condizione essenziale per assicurare la repressione delle condotte illecite e scoraggiarne la reiterazione. Pertanto, l'autonomia procedimentale dei legislatori nazionali nella formulazione delle disposizioni sanzionatorie applicabili agli illeciti antitrust incontra un limite nella necessità di assicurare la piena ed uniforme applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE sul territorio dell'Unione. Inoltre, una marcata divergenza degli esiti sanzionatori degli accertamenti condotti dalle autorità nazionali in relazione ad una medesima infrazione mancherebbe in dubbio la stessa legittimità del sistema di *enforcement* decentrato delle regole di concorrenza euro-unitarie, realizzato dal Regolamento 1/2003.

---

<sup>4</sup> Cfr. articolo 7(3). Si ricorda che, allo stato, l'Italia è tra le pochissime giurisdizioni (con Bulgaria e Danimarca) in cui tale potere non è attribuito all'autorità nazionale di concorrenza.

La proposta di Direttiva in esame detta dunque un regime parzialmente armonizzato con riferimento al computo delle sanzioni associate tanto alle violazioni di natura procedurale, quanto alle norme sostanziali di concorrenza.

L'iniziativa della Commissione merita certamente apprezzamento e risolve in modo soddisfacente le numerose questioni poste dall'Autorità in sede di consultazione pubblica.

Dal punto di vista dell'impatto sul diritto nazionale, la disposizione di maggior rilievo nel testo in esame riguarda certamente il trattamento sanzionatorio delle associazioni di imprese che violino la normativa a tutela della concorrenza.

Come è noto, l'articolo 23, comma 2, del Regolamento 1/2003 prevede che in queste ipotesi il massimo edittale debba essere calcolato in relazione al fatturato totale di ciascuna delle imprese associate attive sul mercato interessato dall'infrazione commessa dall'associazione<sup>5</sup>. Nel diritto italiano, per contro, il parametro di riferimento è stato costantemente individuato nel valore (di gran lunga inferiore) delle quote associative versate. La Commissione ritiene, fondatamente, che tale limitazione possa pregiudicare la capacità dell'autorità di concorrenza di irrogare sanzioni sufficientemente deterrenti per reprimere gli illeciti concorrenziali posti in essere dalle associazioni di imprese.

In conformità al disposto dell'articolo 23, comma 4, del Regolamento 1/2003, la proposta della Commissione implica altresì che qualora l'associazione non sia solvibile, essa sia tenuta a richiedere ai propri membri dei contributi a concorrenza dell'importo dell'ammenda. Se tali contributi non sono versati all'associazione entro un termine stabilito dall'autorità procedente, quest'ultima può esigere il pagamento dell'ammenda direttamente da ciascuna delle imprese i cui rappresentanti siano membri degli organi decisionali interessati dell'associazione o – in subordine – da ciascuna delle imprese associate che operi sul mercato interessato dall'infrazione.

In passato, la stessa Autorità si è espressa in senso analogo, auspicando una riforma legislativa che rafforzasse i propri poteri sanzionatori nei confronti delle associazioni di imprese. L'Autorità ritiene dunque di confermare il sostegno già a suo tempo manifestato per l'intervento armonizzante prospettato dalla Commissione.

Apprezzabile risulta altresì la proposta di attribuire alle autorità nazionali di concorrenza il potere di applicare penalità di mora (c.d. *astreintes*) alle imprese che si sottraggano all'ottemperanza delle decisioni con cui si sia accertata una infrazione (pronunciando una diffida e imponendo rimedi strutturali o comportamentali), siano state adottate misure cautelari o siano stati resi obbligatori gli impegni proposti dalle parti; o che altrimenti rifiutino di sottoporsi all'accertamento ispettivo o non adempiano in modo corretto, completo e tempestivo ad una richiesta di informazioni.

---

<sup>5</sup> "Qualora l'infrazione di un'associazione sia relativa alle attività dei membri della stessa, l'ammenda non deve superare il 10 % dell'importo del fatturato totale di ciascun membro attivo sul mercato coinvolto dall'infrazione dell'associazione".

Si segnala, da ultimo, che le sanzioni previste per violazioni procedurali, quali l'infrazione dei sigilli apposti nei locali in cui si svolge un accertamento ispettivo, il rifiuto di soggiacere all'ispezione e l'inottemperanza a richieste di informazioni formulate in ispezione o nel corso del procedimento, dovranno – contrariamente a quanto ora avviene nel diritto italiano - essere determinate in proporzione al fatturato globale delle imprese interessate.

Anche sotto tale profilo, l'Autorità condivide la proposta della Commissione, che consentirà per un verso di irrogare sanzioni dotate di una più intensa efficacia deterrente, assicurandone per altro verso la proporzionalità rispetto alla complessiva capacità economica del soggetto inciso. Si rileva, tuttavia, una asimmetria nel trattamento sanzionatorio della inottemperanza, tra le decisioni di accertamento della violazione, da un lato, e le misure interinali e le decisioni con impegni dall'altro. Se per queste ultime, infatti, la proposta della Commissione stabilisce in caso di inottemperanza tanto l'imposizione di sanzioni commisurate al fatturato globale, quanto l'applicazione di penalità di mora, solo le penalità di mora sono invece previste in caso di mancato rispetto della diffida e degli eventuali rimedi strutturali o comportamentali associati all'accertamento dell'infrazione.

Tale discrepanza – che peraltro non impedirebbe al legislatore italiano di mantenere il regime di cui all'articolo 15(2) della legge n. 287/90 – potrebbe essere portata all'attenzione della Commissione nel corso del negoziato.

#### *d) I programmi di clemenza*

Il Capo IV della proposta di Direttiva, che detta norme relative alla armonizzazione dei programmi di clemenza operati dalle autorità nazionali di concorrenza, costituisce il più rilevante elemento di criticità dell'iniziativa legislativa della Commissione.

La Commissione ritiene insoddisfacente il livello di convergenza dei programmi di clemenza nazionali, incoraggiato e stimolato dall'adozione il 29 settembre 2006 del modello di programma della rete europea della concorrenza: le significative differenze che continuerebbero a sussistere a livello nazionale rischiano, ad avviso della Commissione, di creare incertezza giuridica per le imprese, diluendo di conseguenza gli incentivi a richiedere l'accesso al beneficio clemenziale ed indebolendo quindi l'efficacia delle azioni di contrasto ai cartelli segreti da parte delle autorità.

Per questa ragione, la Commissione propone nei fatti una codificazione pressoché integrale del modello di programma ECN, che vincoli i Paesi membri ad applicare regole uniformi.

Nel corso della consultazione pubblica che ha preceduto l'adozione della proposta, l'Autorità aveva concordato con l'opportunità di fornire una base giuridica di diritto comunitario ai programmi di clemenza operati ormai da quasi tutte le autorità nazionali di concorrenza. Allo stesso tempo, tuttavia, aveva messo in guardia contro i rischi di una legislazione puntuale del programma di clemenza

modello, che finirebbe per sacrificare in misura indebita la necessaria flessibilità della politica clemenziale. Infatti, qualora la proposta formulata dalla Commissione fosse approvata, eventuali ulteriori aggiustamenti del programma di clemenza comporterebbero un'onerosa procedura di revisione del testo della Direttiva, risultando in ogni caso intempestivi<sup>6</sup>.

Inoltre, poiché l'esperienza applicativa in materia di programmi di clemenza da parte delle autorità nazionali rimane marcatamente differenziata (alcune autorità non hanno mai trattato una domanda di clemenza, a fronte di altre che ne hanno ricevute oltre cento) è possibile – e anzi ad avviso dell'Autorità in certa misura auspicabile – che le autorità rimangano libere di modulare alcuni aspetti del programma, e segnatamente l'interpretazione delle soglie di accesso al beneficio, in modo da amplificarne l'impatto nella propria giurisdizione.

Per questa ragione, desta in generale perplessità la scelta della Commissione di normare con un elevato grado di dettaglio la materia del trattamento clemenziale, rispetto alla quale le esperienze giuridiche dei Paesi membri fanno registrare livelli di maturità assai diversi.

\*\*\*

Quanto alle singole disposizioni, si segnala innanzitutto l'articolo 16(2)(c), ai sensi del quale l'immunità dalle sanzioni può essere concessa solo all'impresa che per prima fornisce elementi probatori i quali “i) nel momento in cui l'autorità nazionale garante della concorrenza riceve la domanda, consentono a quest'ultima di effettuare un accertamento mirato riguardo al cartello segreto, purché l'autorità nazionale garante della concorrenza non sia ancora in possesso di elementi probatori sufficienti per decidere di effettuare un accertamento riguardo al cartello segreto o non abbia già effettuato tale accertamento; né<sup>7</sup> [sic!] ii) a giudizio dell'autorità nazionale garante della concorrenza, consentono di constatare una violazione del diritto della concorrenza, purché l'autorità nazionale garante della concorrenza non sia ancora in possesso di elementi sufficienti per constatare tale infrazione e che a nessuna impresa sia stata accordata l'immunità dall'ammenda ... in relazione allo stesso cartello”.

La norma, che replica la doppia soglia per il beneficio dell'immunità dalle sanzioni già prevista in termini analoghi dal programma di clemenza comunitario e dal modello di programma ECN, si discosta, nella sua formulazione letterale, dal testo della comunicazione sulla non imposizione o sulla riduzione delle sanzioni, adottata dall'Autorità il 15 febbraio 2007.

In quella sede, l'Autorità aveva ritenuto infatti che un sistema fondato sulla differenziazione delle soglie probatorie rilevanti per accedere all'immunità totale in funzione della fase procedimentale non fosse agevolmente replicabile nel diritto nazionale, scegliendo invece di collegare l'immunità totale ad

<sup>6</sup> Beninteso, la Commissione Europea rimarrebbe invece libera di modificare in ogni momento, con propria delibera, il programma di clemenza comunitario, che ben potrebbe discostarsi dalle norme della Direttiva, applicabili alle sole autorità nazionali.

<sup>7</sup> Si tratta di un evidente refuso per “o” – Cfr. la versione inglese “or”.

un'unica soglia probatoria e di garantire così il beneficio alla prima impresa che soddisfacesse le condizioni previste, *indipendentemente dalla fase procedimentale* in cui essa avesse deciso di cooperare<sup>8</sup>.

D'altro canto, come ribadito più volte anche nell'ambito della rete europea della concorrenza, da questa differente formulazione non discendono conseguenze pratiche di rilievo, né oneri aggiuntivi per le imprese rispetto alla soglia probatoria individuata nel modello di programma ECN, in quanto il contenuto minimo della domanda di accesso al trattamento clemenziale rimane in linea con le previsioni di tale programma.

L'Autorità, pur confermando la preferenza per l'attuale formulazione del programma nazionale alla luce delle considerazioni già svolte in occasione della sua adozione, ritiene ad ogni modo che l'introduzione di una doppia soglia per la concessione del beneficio dell'immunità non ponga problemi interpretativi ed applicativi insormontabili: pertanto, in un'ottica di compromesso, la proposta della Commissione potrebbe essere accolta.

\*\*\*

L'articolo 16(3) della proposta prevede inoltre, discostandosi anche per tale verso dal programma di clemenza nazionale, che non possano accedere al beneficio dell'immunità le imprese che abbiano esercitato coercizione su altre imprese perché queste ultime aderissero al cartello segreto.

Anche il modello di programma ECN esclude dal beneficio della non imposizione delle sanzioni le imprese che abbiano adottato "misure volte a costringere un'altra impresa a partecipare al cartello" (c.d. *coercer*). Queste imprese potranno tuttavia beneficiare della riduzione delle sanzioni, laddove tutte le condizioni rilevanti risultino soddisfatte.

Tale esclusione, che si rinviene con formulazione corrispondente nel programma di clemenza comunitario<sup>9</sup>, intende contemperare la necessità di incentivare le imprese a denunciare l'esistenza dei cartelli segreti con esigenze di giustizia sostanziale, che militano contro la concessione del beneficio dell'immunità totale a soggetti le cui condotte attraggano un giudizio di particolare disvalore morale.

La tensione tra considerazioni di efficienza del programma e valutazioni di ordine assiologico è bene illustrata dall'evoluzione storica dell'ordinamento comunitario, che ha visto progressivamente restringersi l'area di esclusione dal beneficio dell'immunità totale. In particolare, nel programma di clemenza del 1996<sup>10</sup> il beneficio dell'immunità totale dalle sanzioni non era disponibile, oltre che per il

---

<sup>8</sup> Pertanto, il programma di clemenza italiano prevede che il trattamento favorevole sia concesso all'impresa che per prima fornisca informazioni o evidenze documentali in ordine all'esistenza di un cartello segreto qualora a giudizio dell'Autorità, tali informazioni o evidenze siano decisive per l'accertamento dell'infrazione, eventualmente attraverso un'ispezione mirata e l'Autorità non disponga già di informazioni o evidenze sufficienti a provare l'esistenza dell'infrazione.

<sup>9</sup> Cfr. Comunicazione della commissione sulla non imposizione delle ammende o sulla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese (2002/C 45/03), paragrafo 11, lettera c).

<sup>10</sup> Comunicazione della commissione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi d'intesa tra imprese (96/C 207/04), paragrafo B lettera e).

*coercer*, per l'impresa che avesse svolto "un ruolo di iniziazione o determinante nell'attività illecita", dunque per il leader del cartello.

In occasione dell'adozione del programma di clemenza nazionale nel 2007, l'Autorità non aveva condiviso la scelta di escludere il *coercer* dal beneficio dell'immunità totale, in quanto la definizione che si rinviene nel modello di programma ECN risultava piuttosto ambigua in ordine alla natura delle condotte che priverebbero l'impresa della possibilità di accedere al trattamento clemenziale. La rinuncia alla clausola di esclusione appariva dunque più coerente con le finalità del programma, eliminava ogni incertezza giuridica per le imprese che contemplassero di accedervi e consentiva quindi di amplificarne l'efficacia.

L'Autorità non ritiene che vi siano elementi nuovi, tali da indurre un ripensamento della scelta allora compiuta.

\*\*\*

L'articolo 21 della proposta, che disciplina il trattamento delle domande di clemenza in forma semplificata, suscita preoccupazioni ancora maggiori. La possibilità di presentare domande di clemenza in forma semplificata, vale a dire senza produrre contestualmente il corredo probatorio della dichiarazione confessoria, fu prevista dal modello di programma ECN – e successivamente nel programma di clemenza nazionale – per attenuare gli oneri amministrativi gravanti sulle imprese in ragione del sistema di applicazione decentrata delle regole di concorrenza euro-unionali realizzato con il Regolamento 1/2003, basato su un riparto di competenze flessibili tra le autorità di concorrenza.

Allo stato, infatti, una domanda di accesso al beneficio della non imposizione delle sanzioni presentata ad una autorità non spiega effetti rispetto alle altre autorità partecipanti alla rete ECN. Pertanto, il richiedente ha interesse a presentare una domanda di trattamento favorevole a tutte le autorità di concorrenza astrattamente competenti per l'applicazione dell'articolo 101 TFUE nel territorio interessato dall'infrazione, che possano essere considerate nella posizione idonea ad intervenire nella fattispecie in questione.

In assenza di un sistema centralizzato di valutazione delle domande di accesso al trattamento di clemenza (*c.d. one stop shop*), non è possibile esimere in ogni caso le imprese dall'onere di presentare la relativa domanda a tutte le autorità suscettibili di trattare il caso di specie in parallelo.

Tuttavia, in particolare quando la Commissione si trova nella posizione più idonea ad intervenire, in quanto la fattispecie incide sulla concorrenza in più di tre Stati membri, la presentazione simultanea di una serie di domande di accesso al trattamento favorevole a tutte le autorità interessate appare costituire un onere eccessivo sia per le imprese che per le stesse autorità riceventi. La presentazione di domande di accesso al trattamento favorevole redatte in forma semplificata consente di contemperare l'esigenza di assicurare un impiego efficace delle risorse delle amministrazioni e delle imprese con l'interesse delle

autorità garanti della concorrenza ad essere comunque informate, in modo da poter valutare l'opportunità di un intervento nel caso di specie.

Il presupposto perché l'impresa possa presentare ad una autorità nazionale di concorrenza una domanda di accesso al trattamento favorevole in forma semplificata è dunque che la Commissione sia particolarmente ben situata per la trattazione del caso, in quanto la fattispecie interessa più di tre Paesi membri<sup>11</sup>. La presentazione della domanda in forma semplificata, ad ogni modo, non incide sul principio dell'autonomia di ciascuna domanda di clemenza nell'ambito dell'ordinamento nazionale, da ultimo confermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>12</sup>.

Per contro, l'articolo 21(1) della proposta consente in ogni caso ai richiedenti che abbiano presentato una domanda di clemenza alla Commissione in relazione ad un cartello segreto di presentare domande semplificate alle autorità nazionali di concorrenza che essi ritengano nella posizione idonea per trattare il caso. Ne consegue che le autorità nazionali saranno obbligate ad accettare domande di clemenza prive di supporto probatorio anche quando siano esse – e non la Commissione – meglio posizionate per svolgere l'eventuale accertamento istruttorio. Si vedrà subito quali siano le implicazioni di questa disposizione.

Al momento attuale, il paragrafo 26 del modello di programma ECN consente alle autorità nazionali che abbiano ricevuto una domanda di clemenza in forma semplificata di chiedere ulteriori informazioni all'impresa interessata, che dovrà fornire tali informazioni senza ritardo. Inoltre, qualora l'autorità nazionale si ritenga nella posizione idonea per la trattazione della fattispecie, essa potrà richiedere all'impresa il completamento della domanda, i cui effetti retroagiranno al momento della presentazione della domanda in forma semplificata.

In contrasto con le regole vigenti, l'articolo 21(3) della proposta della Commissione priva le autorità nazionali del potere di richiedere informazioni supplementari all'impresa prima di aver richiesto la presentazione di una domanda completa (c.d. a pieno titolo).

Il paragrafo (6) del medesimo articolo dispone quindi che l'integrazione della domanda (ora rimessa alla valutazione discrezionale dell'autorità procedente) possa avvenire solo quando la Commissione abbia informato le autorità nazionali che essa non intende intervenire, integralmente o parzialmente, sul caso.

Infine, in deroga al fondamentale principio secondo il quale le domande di clemenza si analizzano nell'ordine in cui esse pervengono, l'articolo 21(7) della proposta prevede che la domanda di trattamento semplificata presentata all'autorità nazionale entro cinque giorni dalla presentazione della

<sup>11</sup> Cfr. Modello di programma ECN, paragrafo 24, che rinvia alla Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza 2004/C 101/03 del 27 aprile 2004, paragrafo 14.

<sup>12</sup> Cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza del 20 gennaio 2016, *DHL Express Italy S.r.l. e DHL Global Forwarding Italy S.p.A. v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-428/14, paragrafi 58 ss. – Cfr. anche modello di programma di clemenza ECN, paragrafo 1.

domanda presso la Commissione Europea dovrà essere considerata presentata alla data e all'ora in cui è stata presentata la domanda alla Commissione.

L'effetto combinato del regime giuridico delle domande di clemenza in forma semplificata prefigurato dalla Commissione sottrae nei fatti alle autorità nazionali di concorrenza la gestione delle domande di accesso al trattamento favorevole formulate in relazione a fattispecie che ricadano nell'ambito di applicazione del diritto euro-unitario.

La mera presentazione della domanda di clemenza alla Commissione priva le autorità nazionali della competenza a conoscere della fattispecie, richiedendo all'impresa interessata informazioni ulteriori e/o l'integrazione della domanda. La competenza delle autorità nazionali rivive solo quando la Commissione le informi che non intende intervenire sul caso.

L'Autorità ritiene che queste disposizioni si pongano in conflitto con l'articolo 11, comma 6, del Regolamento CE 1/2003, in forza del quale solo "l'avvio di un procedimento da parte della Commissione per l'adozione di una decisione ... priva le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri della competenza ad applicare gli articoli 101 e 102 del trattato". Il sistema di competenze flessibili e parallele che regola l'attività della rete europea della concorrenza si fonda, infatti, sulla capacità di ognuna delle autorità ECN di procedere all'accertamento di eventuali violazioni delle norme di concorrenza comunitarie, con il solo limite della pendenza di un procedimento avviato dalla Commissione. La proposta della Commissione di ritagliarsi una competenza esclusiva sulle fattispecie che ricadono nell'ambito del (proprio) programma di clemenza non sembra compatibile con il principio di leale collaborazione che deve informare i rapporti tra Commissione e autorità nazionali nell'ambito della rete europea della concorrenza.

Peraltro, la proposta di Direttiva condurrebbe – sul punto in questione – ad esiti inefficienti. La competenza esclusiva, ancorché rinunciabile, della Commissione sussisterebbe infatti non solo in relazione alle fattispecie rispetto alle quali essa sarebbe particolarmente ben situata ai sensi del paragrafo 14 della Comunicazione sulla co-operazione, ma rispetto a tutte le ipotesi in cui l'impresa richiedente ritenga discrezionalmente di presentare la domanda di clemenza alla Commissione ai sensi dell'articolo 21(1) – con l'esito paradossale che le autorità nazionali di concorrenza si troverebbero nell'impossibilità di procedere rispetto a violazioni del diritto antitrust che esse sarebbero nella posizione più idonea per reprimere con efficacia.

Inoltre, l'esperienza applicativa maturata in questi tredici anni di applicazione del Regolamento 1/2003 ha dimostrato che i servizi della Commissione sono di frequente riluttanti a comunicare tempestivamente le proprie decisioni in materia di allocazione dei casi alle autorità nazionali di concorrenza. Della rinuncia alla trattazione di casi di cui la Commissione è investita le autorità nazionali sono informate a volte anni dopo la presentazione della segnalazione, quando non è più possibile procedere agevolmente all'accertamento o sono decorsi i termini di prescrizione per la valida

irrogazione di sanzioni. Sotto questo profilo, un ulteriore accentramento della decisione allocativa in capo alla Commissione – esteso a casi in cui è pacifico che essa non sia particolarmente ben situata per la trattazione della condotta illecita - rischia di pregiudicare l'efficacia delle azioni di contrasto dei cartelli segreti da parte di tutte le autorità nazionali di concorrenza.

Da ultimo, la formulazione attuale del testo della proposta determina un *vulnus* evidente del principio di reciproca autonomia dei programmi di clemenza. Se l'autorità nazionale non ha il potere di richiedere il completamento della domanda – e neppure le precisazioni necessarie a meglio comprenderne la portata – fin quando la Commissione non rinunci alla trattazione del caso, il programma nazionale risulta di per sé subordinato a quello comunitario.

Di particolare gravità risulta, sotto tale profilo, la disposizione che prevede la retro-azione degli effetti della domanda presentata in forma semplificata all'autorità nazionale alla data in cui la domanda in forma completa sia stata presentata alla Commissione, purché lo iato temporale tra i due adempimenti non sia superiore a cinque giorni. E' chiaro, infatti, che tale norma comporta il rischio che il soggetto che per primo presenti una domanda di immunità presso un'autorità nazionale possa risultare pretermesso nell'attribuzione del beneficio rispetto ad altra impresa che faccia pervenire successivamente una domanda di clemenza in forma semplificata già presentata alla Commissione.

L'incertezza giuridica che ne risulta elimina qualsiasi incentivo a presentare domande di clemenza alle autorità nazionali, in relazione a fattispecie che ricadano nell'ambito di applicazione dell'articolo 101 TFUE, anche quando tali autorità sarebbero ben situate per la trattazione del caso, esacerbando i problemi di raccordo con i servizi della Commissione cui si è già fatto cenno.

L'Autorità ritiene che l'assetto normativo prefigurato dalla Commissione conduca a conseguenze non accettabili per le autorità nazionali di concorrenza, il cui rilievo è tale da condizionare la valutazione complessiva sulla proposta in esame. Pertanto, si suggerisce di insistere per un radicale ripensamento di questa sezione della proposta, che la renda più rispettosa dell'autonomia reciproca dei programmi di clemenza e del principio di leale collaborazione tra Commissione e autorità nazionali.

\*\*\*

Per contro, l'Autorità condivide la scelta della Commissione di creare un raccordo necessario tra il beneficio clemenziale riconosciuto all'impresa e le sanzioni astrattamente irrogabili ai dipendenti e agli amministratori che siano materialmente responsabili della condotta illecita. Già in passato, infatti, l'Autorità ha rilevato che l'applicabilità delle sanzioni penali per la turbata libertà degli incanti (art. 353 Codice Penale) sia idonea a disincentivare le imprese dal cooperare con l'Autorità nella scoperta e nella repressione dei fenomeni di *bid rigging*<sup>13</sup>: non a caso, nessuna delle domande di clemenza ricevute

<sup>13</sup> Si veda sul punto, la segnalazione del 2 ottobre 2012 "Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2013", inviata al Parlamento e al Governo.

dall'Autorità a partire dal 2007 riguarda l'alterazione anticoncorrenziale di procedure di gara, che pure risulta – nella prassi applicativa – un illecito relativamente frequente.

L'articolo 22 della proposta, in linea con gli auspici dell'Autorità, impone agli Stati membri che i dipendenti e gli amministratori delle società che accedono al beneficio dell'immunità siano tenuti indenni dalle conseguenze sanzionatorie dell'illecito, sul piano amministrativo e penale, purché la richiesta di immunità preceda l'avvio del procedimento penale e i soggetti interessati cooperino attivamente con le autorità nazionali di concorrenza.

#### *e) Assistenza reciproca*

Il Capo VII della proposta di Direttiva prevede meccanismi di assistenza reciproca tra le autorità nazionali di concorrenza per la notifica e l'esecuzione transfrontaliera delle decisioni assunte in applicazione degli articoli 101 e 102 del Trattato.

A livello comunitario, non vi è uno strumento normativo generale che regoli la notifica di atti amministrativi nei Paesi membri<sup>14</sup>. Per quanto riguarda in particolare la disciplina antitrust, il Regolamento CE 1/2003 non prevede alcun meccanismo di cooperazione tra le autorità nazionali di concorrenza relativo alla notifica degli atti amministrativi da esse adottati nel contesto di procedimenti volti all'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE.

Infatti, l'articolo 22 del Regolamento limita la capacità delle autorità nazionali di concorrenza di prestarsi reciprocamente assistenza alle ipotesi in cui una amministrazione adita formuli richieste di informazioni o svolga accertamenti ispettivi sul territorio del proprio Stato membro, per conto dell'autorità richiedente.

Pertanto, qualora il procedimento incardinato presso una autorità di concorrenza riguardi una impresa stabilita in un diverso Stato membro, occorre individuare gli strumenti procedurali che consentano di instaurare validamente il contraddittorio con il soggetto sottoposto all'esercizio del potere pubblico.

Sotto tale profilo, il quadro che emerge a livello europeo risulta estremamente frammentato. Il principale strumento pattizio impiegato per la notifica all'estero degli atti amministrativi adottati nel contesto dei procedimenti antitrust è la Convenzione di Strasburgo del 24 novembre 1977 sulla notifica all'estero dei documenti in materia amministrativa, ratificata in Italia con legge n. 149 del 21 marzo 1983. Tuttavia, allo stato, alla Convenzione di Strasburgo risultano avere aderito (oltre all'Italia) soltanto Austria, Belgio, Estonia, Francia, Germania, Lussemburgo e Spagna.

---

<sup>14</sup> Il Regolamento CE 1393/2007 del 13 novembre 2007, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale, esclude esplicitamente la materia amministrativa dal suo ambito di applicazione.

La notifica degli atti amministrativi all'estero attraverso il servizio postale può avvenire, al di fuori delle ipotesi contemplate dalle convenzioni internazionali, solo qualora essa sia consentita dall'ordinamento dello Stato di destinazione: in caso contrario, essa integra una violazione della sovranità dello Stato estero e si pone in contrasto con il diritto internazionale pubblico.

Secondo le indicazioni fornite dal Ministero degli Affari Esteri, la notifica di atti amministrativi da parte di uffici dell'amministrazione pubblica italiana può avvenire a mezzo della posta raccomandata - per quanto riguarda gli Stati membri dell'Unione Europea - in Finlandia, Irlanda, Lettonia, Paesi Bassi, Portogallo, Regno Unito, Slovacchia, Svezia e Ungheria.

Per tutti gli altri Paesi, sembra invece necessario esperire le procedure di notifica per via consolare - di applicazione tendenzialmente generale - di cui all'articolo 30 del D.P.R. del 5 gennaio 1967 n. 200 (la c.d. "legge consolare"). Ai sensi della disposizione citata, *"l'autorità consolare provvede, direttamente o tramite le autorità locali, in conformità alle convenzioni internazionali ed alle leggi dello Stato di residenza, alla notificazione degli atti ad essa rimessi a norma delle vigenti disposizioni"*.

Questo meccanismo farraginoso e lento ostacola l'applicazione efficace del diritto antitrust, determina ritardi nell'accertamento e suscita rilevanti incertezze giuridiche in ordine alla legalità della notifica. Pertanto, l'articolo 24 della proposta di Direttiva prevede che, su richiesta di una autorità nazionale di concorrenza, l'autorità adita notifichi all'impresa destinataria stabilita sul proprio territorio le decisioni relative all'applicazione delle norme di concorrenza del Trattato, gli addebiti riguardanti una presunta violazione di tali disposizioni, nonché la documentazione relativa all'esecuzione delle decisioni che impongono ammende e/o penalità di mora.

La norma recepisce integralmente le indicazioni formulate dall'Autorità nel corso del processo di consultazione pubblica.

\*\*\*

Anche le disposizioni in tema di assistenza reciproca nell'esecuzione delle decisioni sanzionatorie antitrust riflettono gli esiti di un approfondimento, coordinato tra l'altro proprio dall'Autorità italiana, nell'ambito del gruppo di lavoro "Co-operation Issues and Due Process" della rete europea della concorrenza.

Il vigente quadro regolamentare rende estremamente difficoltoso il recupero delle ammende irrogate dalle autorità nazionali di concorrenza ad imprese stabilite in altri Paesi membri. In particolare, in assenza di norme comunitarie ad hoc e di strumenti convenzionali bilaterali o multilaterali che garantiscano l'esecuzione diretta delle decisioni sanzionatorie in altri Paesi membri, numerose autorità nazionali di concorrenza si trovano di fatto nella impossibilità di dare concreta attuazione ai propri provvedimenti, quando l'impresa che ne sia destinataria non disponga di *assets* sul territorio nazionale dell'autorità procedente. Quest'esito indesiderabile rischia di compromettere il fondamentale obiettivo di deterrenza del comportamento anticoncorrenziale perseguito attraverso l'imposizione della sanzione

pecuniaria e può determinare una ingiustificata disparità di trattamento tra gli operatori economici in funzione del rispettivo Paese di stabilimento all'interno dell'Unione.

L'Autorità considera quindi con particolare favore l'iniziativa della Commissione, intesa ad assicurare che le autorità nazionali si prestino assistenza nell'esecuzione delle decisioni sanzionatorie, qualora l'impresa che ne è destinataria non sia giuridicamente presente nello Stato membro dell'autorità che ha adottato la decisione, né disponga in questo Paese di beni aggredibili, suscettibili di garantire la soddisfazione del credito sanzionatorio. In conformità alle conclusioni raggiunte dal gruppo di lavoro che si è occupato della questione, la proposta di Direttiva prevede che l'autorità adita dia esecuzione su richiesta, nelle forme e secondo le norme applicabili nel proprio Paese, all'esecuzione delle decisioni sanzionatorie antitrust assunte dall'autorità richiedente.

#### *e) Altre disposizioni*

L'articolo 29 della proposta prospetta una estensione del regime di maggior tutela che la Direttiva 2014/104/UE sulle azioni risarcitorie antitrust garantisce a talune categorie di documenti contenuti nel fascicolo istruttorio dell'autorità procedente.

Come è noto, la Direttiva in parola stabilisce che il giudice nazionale adito per il risarcimento del danno derivante da un illecito antitrust non possa in alcun caso ordinare l'ostensione delle dichiarazioni confessorie rese ai fini dell'accesso al beneficio clemenziale o nel contesto di una decisione transattiva. Inoltre, la Direttiva limita l'accesso ai documenti che siano stati predisposti da una autorità nazionale di concorrenza nel contesto di una procedura istruttoria ancora pendente.

La proposta in commento pone precisi vincoli di scopo per le informazioni acquisite attraverso l'accesso al fascicolo di un'autorità nazionale di concorrenza, in relazione a scenari che non ricadono nell'ambito di applicazione della Direttiva 2014/104/UE, quali: altre controversie in sede civile che non abbiano finalità risarcitoria, procedimenti di natura fiscale o regolatoria e procedimenti penali.

In particolare, si prevede che le informazioni relative all'adesione ad un programma di trattamento favorevole, desunte dall'accesso al fascicolo, possano essere utilizzate esclusivamente per l'esercizio del diritto di difesa in procedimenti relativi al sindacato giurisdizionale sulla decisione che accerta una violazione del diritto antitrust, o alla ripartizione tra i partecipanti ad un cartello dell'ammenda loro imposta in solido.

Inoltre, la proposta esclude che possano essere utilizzate di fronte alle giurisdizioni nazionali – prima che l'autorità nazionale di concorrenza abbia chiuso il relativo procedimento nei confronti di tutte le parti interessate – i documenti che l'autorità di concorrenza abbia redatto e comunicato alle parti nel corso dell'istruttoria e le informazioni che le parti abbiano preparato specificamente ai fini del procedimento in questione.

Da ultimo, la Commissione propone una codificazione del paragrafo 42 della Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, relativo alle garanzie applicabili allo scambio di dichiarazioni rese nell'ambito di programmi di clemenza tra le autorità partecipanti alla rete europea della concorrenza.

L'Autorità ritiene di condividere la proposta della Commissione, che armonizzerebbe il trattamento di documenti particolarmente sensibili e faciliterebbe la circolazione di informazioni ed elementi di prova in ambito ECN.

\*\*\*

Infine, la Commissione propone che i termini di prescrizione per l'imposizione di sanzioni pecuniarie da parte delle autorità nazionali di concorrenza rimangano sospesi per l'intera durata del procedimento relativo alla medesima condotta, pendente dinanzi alle autorità di altri Stati membri o alla Commissione. Ai sensi dell'articolo 27(1) della proposta di Direttiva, la sospensione della prescrizione decorre dalla notifica della prima misura formale di indagine nei confronti dell'impresa interessata.

Ad avviso dell'Autorità, non è agevole comprendere a quale problema pratico intenda rimediare la disposizione in parola, che d'altronde non è mai stata oggetto di consultazione. Il considerando (43) della proposta si limita, infatti, ad enunciare ellitticamente che "in un sistema di competenze parallele, è opportuno sospendere i termini nazionali di prescrizione per la durata del procedimento dinanzi alle autorità nazionali di concorrenza di un altro Stato membro o alla Commissione".

A tale riguardo, pare doversi senz'altro escludere che la ipotizzata sospensione della prescrizione sia funzionale ad assicurare la capacità dello Stato membro adito di dare esecuzione coattiva alla decisione sanzionatoria assunta da altra autorità della rete europea della concorrenza, in quanto l'articolo 25(4) prevede che in tali ipotesi le questioni relative ai termini di prescrizione siano disciplinate dalle norme applicabili nell'ordinamento giuridico dell'autorità richiedente.

Piuttosto, il testo della relazione di accompagnamento alla proposta suggerisce che la Commissione voglia garantire alle autorità nazionali di concorrenza di poter avviare procedimenti istruttori in relazione alle medesime condotte già oggetto di un accertamento da parte di altra autorità della rete ECN, senza esserne impedita dal decorso della prescrizione.

L'Autorità non ha contezza di alcun caso in cui l'esercizio di competenze di *enforcement* parallele in ambito ECN sia stato ostacolato dalle norme nazionali in tema di prescrizione: sul punto, potrebbe dunque essere opportuno chiedere lumi ai servizi della Commissione nel corso del negoziato.

Tuttavia, occorre sin d'ora osservare che l'esigenza di assicurare l'applicazione piena delle regole di concorrenza in un contesto in cui più autorità amministrative siano astrattamente competenti a conoscere della fattispecie non può comportare una compressione eccessiva del principio di certezza

giuridica sorteso all'istituto della prescrizione, che discenderebbe da una dilatazione indefinita dei relativi termini.

In prima battuta, l'Autorità ritiene infatti ragionevole che l'impresa - pur responsabile di una violazione del diritto antitrust - non rimanga esposta per un periodo indeterminato all'esercizio del potere pubblico repressivo per il sol fatto che alcune delle numerose autorità competenti, già a conoscenza dell'esistenza dell'illecito, ritengano di attivarsi solo in esito all'istruttoria condotta dalle altre.

E' ben vero che al problema potrebbe forse avviarsi attraverso l'introduzione di termini assoluti di prescrizione (oggi non previsti dalla legge n. 689/81), certamente consentita dalla proposta di Direttiva in commento: tuttavia, la percorribilità della introduzione di termini prescrizionali ad hoc per la materia delle sanzioni amministrative irrogate per le infrazioni antitrust andrebbe vagliata con particolare cura.

### *Conclusioni*

Ad avviso dell'Autorità, la proposta della Commissione persegue obiettivi nel complesso condivisibili. Il consolidamento dei poteri istruttori e decisorii di cui sono dotate le autorità nazionali di concorrenza e il rafforzamento degli strumenti di assistenza reciproca nell'ambito della rete europea della concorrenza appaiono certamente suscettibili di contribuire alla più efficace applicazione delle regole euro-unitarie di concorrenza nell'intero territorio dell'Unione.

L'iniziativa della Commissione intesa a garantire l'indipendenza delle autorità da possibili condizionamenti nell'esercizio della loro missione istituzionale - pur apprezzabile - appare nondimeno formulata in termini così generici da consentire una agevole elusione da parte dei Governi nazionali, che intendano disciplinare l'attività delle autorità attraverso vincoli di bilancio. Sotto questo profilo, la Commissione dovrebbe essere stimolata ad un ulteriore approfondimento delle implicazioni pratiche dei modelli di finanziamento esistenti, sulla scorta del quale individuare, sia pure in documenti non vincolanti, le migliori pratiche a livello comunitario.

Per contro, l'Autorità non condivide la sezione della proposta che codifica il modello di programma di clemenza ECN, creando in tal modo indebite rigidità nell'applicazione dello strumento premiale e pregiudicandone l'adattabilità alle diversificate realtà giuridiche dei Paesi membri.

La scelta di subordinare i programmi di clemenza nazionali a quello comunitario, consentendo in ogni caso la presentazione a livello nazionale di una domanda in forma semplificata anche quando la Commissione non sia particolarmente ben situata per la trattazione del caso e collegando a tale presentazione la sospensione della competenza delle autorità nazionali fino alla decisione allocativa della Commissione, altera il sistema di competenze parallele e flessibili in ambito ECN, viola il consolidato principio dell'autonomia reciproca dei programmi di clemenza e mina gli incentivi a richiedere il beneficio alle autorità nazionali.

L'Autorità auspica che delle valutazioni che precedono possa tenersi conto nella formazione della posizione italiana, che verrà rappresentata nel corso del negoziato in Consiglio.