



## **Best Practice della Commissione Europea in materia di procedimenti per violazioni degli artt. 101 e 102 del Trattato**

### **Osservazioni di Confindustria**

#### **1. Valutazioni generali**

La Commissione europea ha redatto e sottoposto a pubblica consultazione tre documenti in cui illustra quali sono e come si articolano i procedimenti per violazione delle norme *antitrust* comunitarie.

Si tratta di *Best Practice* in materia di:

- infrazioni *ex artt.* 101 e 102 del *Treaty on the Functioning of the European Union* (TFEU), che corrispondono agli artt. 81 e 82 del TCE;
- ruolo dell'*Hearing Officer* nei procedimenti antitrust;
- valutazione delle prove di tipo economico.

L'obiettivo della Commissione è di fornire agli *stakeholder* una guida utile per la comprensione del funzionamento delle procedure, del ruolo dell'*Hearing Officer* e degli orientamenti seguiti in materia di prove di tipo economico.

Le *Best Practice* sui procedimenti inerenti le violazioni di cui agli artt. 101 e 102 del TFEU si articolano in 6 sezioni:

- 1) procedura e adempimenti nella fase delle indagini svolte dalla Commissione;
- 2) fasi principali ed esercizio del diritto di difesa nei procedimenti che sfociano in una sentenza di condanna;
- 3) procedura seguita nelle ipotesi in cui le imprese coinvolte presentino impegni;
- 4) procedimenti che terminano con una sentenza di rigetto della domanda;
- 5) limiti all'utilizzo delle informazioni;
- 6) procedura per l'adozione, la notifica e la pubblicazione della decisione.

Le *Best Practice* relative agli *Hearing Officer* descrivono competenze e funzioni da questi rivestite nei principali procedimenti antitrust.

Il terzo documento riguarda, invece, la valutazione economica delle prove e la richiesta di dati rivolta dalla Commissione alle imprese oggetto di indagine. A quest'ultimo

riguardo, vengono esplicitati i criteri e le raccomandazioni cui attenersi per un corretto adempimento.

Confindustria valuta con favore l'iniziativa della Commissione, che è diretta a garantire la correttezza procedurale, una maggiore chiarezza e trasparenza in relazione alle varie fasi delle procedure e una più efficace tutela della posizione delle parti.

In merito a tale processo, si ritiene, tuttavia, opportuno formulare alcune osservazioni di carattere generale.

In primo luogo, quanto alla *procedural fairness*, le previsioni contenute nelle *Beste Practice* andrebbero rilette alla luce dell'art. 6 della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo, che individua i principi fondamentali a garanzia di un giusto processo.

Inoltre, si rileva come che nei documenti esaminati manchi qualunque riferimento alla natura vincolante o meno delle *Best Practice*, sia per i procedimenti avviati dalla Commissione nei confronti delle imprese, sia rispetto alle ipotesi in cui analoghi poteri vengano esercitati dalle Autorità nazionali. Il punto meriterebbe di essere chiarito. In particolare, per quanto concerne queste ultime, la Commissione dovrebbe intervenire, nei limiti dei poteri di cui dispone, per indurle ad adottare le *Best Practice* in esame (o linee guida di contenuto analogo), puntando sul dialogo tra le Autorità e sulla necessità di armonizzare le garanzie del *giusto processo*.

Va poi sottolineato che, per assicurare un quadro completo delle procedure di infrazione antitrust, dovrebbero essere ricompresi nelle *Best Practice* anche i procedimenti seguiti nelle ipotesi di programmi di clemenza adottati per le ipotesi di cartelli tra imprese.

Ad oggi, infatti, non esiste un orientamento comunitario uniforme sul punto, che individui quale autorità, comunitaria o nazionale, sia competente in materia. Ne consegue che le imprese coinvolte in cartelli che investano più Stati membri, sono costrette ad avviare molteplici procedure per poter accedere al programma di clemenza. Il sistema così delineato determina una notevole complessità procedurale e difficoltà pratiche per le imprese, in quanto i diversi ordinamenti nazionali prevedono requisiti formali non armonizzati tra loro, anche in termini di conseguenze legali.

Il documento sulla valutazione delle prove di tipo economico costituisce senz'altro un'apprezzabile novità, ma sarebbe opportuno che la Commissione si facesse carico del compito di promuovere l'adozione di questi principi anche da parte delle Autorità nazionali. È il caso, ad esempio, dell'Autorità antitrust italiana, che ha spesso manifestato una certa riluttanza ad ammettere questo strumento e ad attribuirgli la giusta considerazione.

Quanto al secondo documento sugli *Hearing Officer*, si rileva fin d'ora l'esigenza di riconoscere un ruolo più incisivo a questi soggetti, di rafforzarne i requisiti di indipendenza e ampliarne i poteri, a garanzia di un effettivo *due trial*.

Quest'ultimo profilo, insieme ad ulteriori considerazioni sul contenuto dei documenti in consultazione, vengono analizzati nelle valutazioni specifiche che seguono.

## 2. Valutazioni specifiche

### Separazione dei poteri

Il sistema di *enforcement* comunitario delineato nelle *Best Practice* continua a prevedere una concentrazione di poteri in capo alla Commissione. Questa, infatti, è competente a ricevere i ricorsi, condurre le indagini, emettere una decisione e comminare eventuali sanzioni.

Gli orientamenti accolti nel documento della Commissione non accrescono pertanto il carattere di terzietà e celerità della procedura. Sarebbe perciò necessario integrare il contenuto delle *Best Practice* ipotizzando opportune forme di separazione delle funzioni. Tutto ciò non richiederebbe una riforma del Trattato, poiché questo già attribuisce alla Commissione - e al Consiglio - l'organizzazione delle funzioni inerenti gli artt. 101 e 102 (art. 103).

Va tenuto presente, infatti, che l'art. 6 della citata Convenzione stabilisce che ciascuno abbia il diritto ad un processo pubblico, imparziale che si concluda in tempi ragionevoli e che venga gestito da un tribunale previsto dalla legge, imparziale e indipendente.

### Ispezioni

I presupposti per lo svolgimento di ispezioni da parte della Commissione nei locali delle imprese oggetto di procedimenti di infrazione e le caratteristiche di tali modalità di acquisizione delle prove non sono definiti in modo preciso.

Si rileva che, in assenza di un fondato sospetto di condotta illecita, potrebbe configurarsi una violazione dei principi fondamentali in tema di diritti umani, per cui sarebbe opportuno subordinare l'avvio di un'ispezione a un'apposita autorizzazione giudiziaria.

### State of Play meeting

Le *Best Practice* escludono che possa aver luogo uno *State of Play meeting* nel contesto di un cartello, salvo casi eccezionali. Peraltro, anche in tali ipotesi, la partecipazione è limitata al *senior management* delle imprese coinvolte.

Non si comprendono le ragioni di una simile limitazione, per cui si suggerisce di prevedere la possibilità per le imprese di utilizzare questa modalità di confronto con gli uffici della Commissione, salvo non sussistano ragionevoli motivi contrari, lasciando loro la scelta del livello di *management* da cui farsi rappresentare in tale sede.

### Segreto professionale

Si prevede che le comunicazioni intercorse tra l'impresa e l'avvocato esterno - cioè non legato ad essa da un rapporto di lavoro - siano coperte dal segreto professionale, purché riconducibili all'esercizio del diritto di difesa.

Le *Best Practice* potrebbero costituire l'occasione per riconoscere quanto da tempo l'industria sostiene, vale a dire l'attribuzione di analogo "privilegio" anche ai legali interni alla società per la consulenza che essi prestano nell'interesse della società presso cui operano. Questi soggetti svolgono un'attività qualificata, ispirata dal rispetto delle regole e dall'attenzione per la *compliance* normativa, anche in materia antitrust, che, nel contesto specifico dei procedimenti avviati dalla Commissione, costituisce anch'essa un'espressione del diritto di difesa. Non vi sono quindi ragioni per negare ai legali interni delle imprese il privilegio del segreto professionale.

### Hearing Officer

Si ritiene necessario valorizzare le caratteristiche di indipendenza dell'*Hearing Officer*. Si tratta, infatti, di una figura che, sebbene estranea alla struttura della DG Competition, è collocata comunque in una posizione di dipendenza funzionale rispetto al Commissario responsabile della materia.

Questo assetto non garantisce tuttavia la piena indipendenza dell'*Hearing Officer*, per cui occorrerebbe definire una diversa configurazione che lo ponga, ad esempio, in una posizione di diretta interazione con l'Ufficio del Presidente o del Segretario Generale e non più con il Commissario.

Sarebbe inoltre opportuno ampliarne le competenze, nell'ottica di una semplificazione e redistribuzione dei poteri. Questo obiettivo potrebbe essere conseguito prevedendo che l'*Hearing Officer* trasmetta un proprio resoconto immediatamente successivo all'esame orale delle parti, ampliando i contenuti dell'attuale *interim report*. In particolare, questo documento dovrebbe descrivere alla Commissione le questioni sostanziali - e non solo procedurali - emerse durante l'audizione delle parti e le valutazioni sul merito del caso, anche in assenza di un'istanza o di una contestazione di parte.

Andrebbe poi valutata l'opportunità di affidare all'*Hearing Officer* anche il compito di sottoporre al Collegio dei Commissari una proposta di decisione sulle sanzioni, sul modello dell'*Administrative Law Judge* nella *US Federal Trade Commission* e dell'Avvocato Generale della Corte di giustizia UE.

### Sanzioni

Per la determinazione delle sanzioni la Commissione considera una serie di criteri, quali il livello di cooperazione offerta dall'impresa nel corso delle indagini, la forza economiche della stessa, la gravità dell'infrazione e la sua durata.

Si tratta di criteri generali, cui però si affianca un ampio potere discrezionale della Commissione. Peraltro, in base alla disciplina vigente, le società coinvolte in un accertamento antitrust non hanno la possibilità di conoscere i parametri adottati per il calcolo delle ammende prima della decisione definitiva. L'ammontare viene infatti determinato dopo l'audizione della parti e reso noto soltanto all'udienza finale.

Mancano dunque le necessarie garanzie in termini di certezza delle sanzioni e di trasparenza. Le *Best Practice* dovrebbero contemplare modalità di confronto preventivo tra la Commissione e l'impresa in merito all'ammontare delle sanzioni. A

queste ultime dovrebbe essere trasmesso il testo provvisorio della decisione, in modo che le stesse possano esprimere il proprio parere in merito alle sanzioni ed eventualmente presentare osservazioni sui presupposti economici assunti a base del calcolo.

Altro profilo riguarda le ipotesi di violazioni della disciplina antitrust nei gruppi di impresa. Nella prassi, di fronte a infrazioni commesse da parte di società controllate, la Commissione impone sanzioni alla società capogruppo sul presupposto di una presunzione assoluta di responsabilità. Per evidenti ragioni di certezza, le *Best practice* dovrebbero includere anche specifici criteri utilizzabili da parte della società controllante per dimostrare che la violazione è riconducibile a un'ipotesi di autonoma responsabilità della controllata.

**Roma, 5 marzo 2010**