

Outline

Cinque temi:

Garanzie e diritti della difesa

Implementazione duale della Direttiva

Nozione di impresa

Sanzioni per le associazioni

Programmi di clemenza

1. Garanzie e diritti della difesa rispetto ai poteri delle NCAs

Cfr. Parlamento Italiano (Commissioni Riunite Giustizia e Attività Produttive) e Parlamento Europeo (Rapporto del Relatore, Comitato Affari Economici e Monetari)

Le questioni in gioco:

- Impatto sulla sfera delle libertà personali e diritti costituzionali.
- *Legal privilege*, anche per i giuristi di impresa
- Autorità: *prosecutor* e *judge* (funzione istruttoria e decisoria)
- Diritti fondamentali e autorizzazione giudiziale per le ispezioni

Importanza dei riferimenti ai principi della Carta dei Diritti fondamentali *versus* dettagliato elenco delle garanzie

- Il nostro procedimento (AGCM) prevede già alcune di queste garanzie. Non tutte (funzione istruttoria e decisoria)

Ma la maniera in cui viene condotto il procedimento lascia aperte alcune questioni: limiti al diritto di difesa, forte limitazione al contraddittorio

Fase istruttoria:

- una audizione, solo con i Servizi
- memorie scritte
- *No state of play meeting*

CRI:

- memorie di risposta 5 gg prima dell'audizione
- audizione finale: non c'è contraddittorio; esercizio formale, ormai svuotato di significato

- Effetto vincolante delle decisioni: necessità di una riforma sostanziale
- riforma istituzionale
- controllo di piena giurisdizione

2. Implementazione duale della Direttiva

Alcuni Stati membri hanno un'interpretazione molto restrittiva della nozione di “effetto sul commercio tra Stati membri” e applicano prevalentemente il diritto nazionale. La normativa, nella maggior parte, non deve essere recepita anche per i procedimenti che non applicano il diritto europeo.

- Apprezzamento per la relazione di Marco Botta
- Necessità di rafforzare la definizione di effetto sul commercio tra Stati membri (problema di sussidiarietà)

3. Nozione di impresa

- Riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia (Considerando 31 - Articolo 2(8))
- Applicazione della nozione di impresa (così definita), ai fini della imposizione delle sanzioni alla società madre e ai successori economici e legali delle imprese. (Articolo 12(3))
- Tetto del 10% come importo massimo della sanzione, riferito al fatturato mondiale. (Articolo 14(1))
- Impresa = singola unità economica

La nozione era originariamente basata sulla prova dell'esercizio effettivo dell'influenza determinante da parte della capogruppo

La nozione è stata poi utilizzata per estendere la responsabilità solidale per il pagamento della sanzione alla capogruppo per la violazione delle regole da parte delle controllate - nel caso della proprietà del 100%: l'esercizio dell'influenza determinante si presume; inversione dell'onere della prova; difficile ribaltare la presunzione (quasi impossibile)

Vero che la Corte di Giustizia ha finora sostenuto questa interpretazione, ma non bisogna dimenticare che ci sono dei problemi di rispetto dei principi della Convenzione e della Carta dei diritti fondamentali; la sensibilità a questi problemi è in crescita.

- Tetto massimo del 10% più incremento della sanzione a scopo dissuasivo (cosiddetto entry ticket).

AGCM: 10% del fatturato mondiale della capogruppo italiana

4. Sanzioni per le associazioni

Il nuovo regime sanzionatorio previsto nella Direttiva per le associazioni, alla luce della prassi AGCM, è problematico.

In numerosi casi, l'AGCM ha utilizzato attività perfettamente legittime di Associazioni, come

- richiesta di pareri
- discussioni tra esperti
- statistiche rispettose dei principi applicabili,

come strumenti di controllo e elementi di prova della esistenza della concertazione tra le imprese.

Già questo tende a paralizzare anche le attività perfettamente lecite delle associazioni.

Con questo regime sanzionatorio la paralisi sarà completa.

5. Programmi di clemenza

- Necessità di uniformare i programmi di clemenza dei vari SM, che nonostante il *Model Leniency Program*, rimangono molto diversi.
- Necessità di mettere ordine nella gestione dei programmi di clemenza tra il livello centrale della Commissione e il livello degli Stati Membri.

Regole dettagliate: assolutamente necessarie per raggiungere questi due obiettivi.

Il caso DHL: ha avuto il merito di rendere evidente che il sistema di totale autonomia dei vari programmi nazionali e di quello della Commissione non è sostenibile.

Il fatto che una impresa che ha per prima denunciato il cartello a livello europeo e che ha ricevuto l'immunità dalla Commissione, possa perderla a livello nazionale, mette in crisi l'intero sistema di *leniency* a livello europeo.

La Corte non ha rinvenuto (a torto secondo me) nell'assetto attuale alcuna norma di coordinamento e quindi non poteva che constatare la mancanza di coordinamento. Si è così aperta la porta ad un intervento normativo a livello dell'Unione, esattamente come è avvenuto con il caso Pfleiderer, relativo al problema dell'accesso al fascicolo del *leniency applicant*,

Del resto, la Commissione, allarmata dal caso DHL, e conscia del gravissimo pericolo che ciò rappresenta per il sistema di *leniency* a livello europeo, si è messa subito al lavoro per risolvere il problema.

E' in quest'ottica, che bisogna affrontare le disposizioni sulla *leniency* della proposta di direttiva. Piuttosto che osteggiare la proposta, come sta facendo la nostra Autorità, bisognerebbe chiedersi se la direttiva non dovrebbe andare un po' oltre quanto c'è nella proposta.

La direttiva applica al sistema della *leniency* il principio fondamentale del Reg. 1/2003, secondo cui l'apertura di una procedura a livello della Commissione impedisce alle Autorità Nazionali di procedere sulla stessa fattispecie.

Il recepimento di una *leniency application* da parte della Commissione apre un procedimento che normalmente implica una lunga fase di cooperazione tra il *leniency applicant* e la Commissione, con una serie di corporate *statements* del *leniency applicant* e la produzione di molti documenti.