

# **Indipendenza e fissazione delle priorità: quale ruolo per il public enforcement?**

Ginevra Bruzzone

Workshop Assonime - AAI  
**I poteri delle Autorità e le garanzie:  
verso la direttiva ECN+**  
20 novembre 2017

# **Il tema del disegno istituzionale: perchè torna di attualità?**

- il tema del disegno istituzionale delle autorità di concorrenza è antico: già alla fine degli anni Cinquanta, dibattito in Europa sulle diverse visioni: modello ordoliberal (Eucken) di autorità indipendente che applica la legge soggetta al controllo del giudice – versus modello amministrativo sostenuto dalla Francia
- con il reg. 17/62 assegnato ruolo centrale alla Commissione, che sviluppa un proprio modello giungendo all'integrazione tra funzione inquirente e decisoria
- le scelte sulle caratteristiche delle autorità nazionali (che comunque già potevano applicare direttamente gli attuali artt. 101.1 e 102 e applicavano leggi nazionali) lasciate agli SM
- dagli anni Novanta progressiva diffusione del modello dell'autorità separata dai ministeri, più o meno indipendente, per controllo di intese e abusi, in alcuni casi anche per concentrazioni - in Italia inizia il dibattito su AAI

## **Nel regolamento n. 1/2003...**

Il reg. 1/2003, che mira a valorizzare l'applicazione decentrata per garantire l'efficace applicazione degli artt. 101 e 102 (considerando 6):

- fissa all'art. 5 cosa possono e cosa non possono fare (a fini di coordinamento) le autorità preposte a livello nazionale all'applicazione degli artt. 101 e 102 nei casi individuali, agendo d'ufficio o su denuncia
- chiede agli SM di designare le autorità responsabili, che vengono a far parte della rete di pubbliche autorità che applicano le regole di concorrenza comunitarie in stretta cooperazione (ECN), in modo ad assicurare un'applicazione efficace (art. 35 e considerando 35)
- lascia espressamente la possibilità di scegliere tra autorità amministrative e giudiziarie (nel frattempo la Commissione ha consolidato il proprio modello)

# I diversi modelli

**Modello amministrativo integrato:** la stessa autorità indaga e decide (Commissione, Germania, Italia ecc.)

**Modello amministrativo biforcuto:** un soggetto indaga, un altro decide (Spagna, Francia)

**Modello prosecutorial:** l'autorità porta i casi davanti all'autorità giudiziaria (Irlanda, Austria, Svezia)

Pro e contro dei diversi modelli: efficienza e rapidità v. prosecutorial bias

La tendenza è verso il modello amministrativo integrato (v. evoluzione in Belgio e in UK) – quindi particolarmente importante controllo giurisdizionale pieno sulle decisioni

## Dopo il 2004

- a 5 anni dall'adozione del reg. 1/2003 nell'ambito della rete le NCA chiedono di poter fissare le proprie priorità di intervento
- crisi economica-finanziaria: problema delle risorse a disposizione delle autorità in tempi di spending review
- sviluppi politici e movimenti di opinione anti-globalizzazione, nazionalistici: la concorrenza non percepita come valore prioritario da tutelare rispetto a politica industriale ecc.
- accorpamenti tra autorità e modifiche degli assetti istituzionali: in quale direzione andare? (Spagna, NL, UK, Grecia, Belgio ecc.)
- a 10 anni dal reg. 1/2003 focus sulle risorse e sulla necessità di salvaguardare l'indipendenza delle autorità dai governi. Nel sistema europeo il private enforcement è meramente compensativo, il public enforcement non ha sostituti per scoperta cartelli e deterrenza e la Commissione da sola non riesce a fare tutto: occorrono le NCA

# Il disegno istituzionale al centro del dibattito

Sul disegno istituzionale delle autorità di concorrenza cfr. ad esempio

OCSE (2003, 2005 – su rapport con regolatori settoriali, 2014, 2015)

ICN Agency Effectiveness Project

EUI 2016

e inoltre Kovacic (2012) Fox (2012) Ottow (2015) Jenny (2016)

***No one size fits all:*** i modelli vanno adeguati e messi a punto nel tempo, tenendo conto dell'evoluzione del contest

## Quali principi?

Legality Independence Transparency Effectiveness Responsibility  
(LITER - Ottow, 2015)

+ tutela dei diritti fondamentali

# In altri settori il diritto UE ...

In altri settori del Diritto UE direttive e regolamenti intervengono con un certo dettaglio sulle caratteristiche degli enforcers nazionali, chiedendo l'indipendenza per assicurare efficacia. Il dettaglio aumenta nella disciplina più recente. Cfr. ad esempio:

- comunicazioni elettroniche (2002);
- energia elettrica e gas (2009)
- trasporto ferroviario (2012)
- banche (2014)
- regolamento generale privacy (2016/679, artt. 51-54)
- proposta codice comunicazioni elettroniche COM(2016) 590, considerando 34, 36-38 e artt. 7, 8 e 9

## **Nella proposta ECN+**

**indipendenza e adeguatezza delle risorse** per assicurare l'efficace applicazione degli art. 101 e 102 e il buon funzionamento del Mercato interno – art. 4 e 5, considerando 5, 7, 9, 14-18

### **Indipendenza in che senso**

Art. 4: gli SM devono assicurare che le NCA amministrative nell'applicazione degli artt. 101 e 102 svolgano i loro compiti ed esercitino i loro poteri imparzialmente e nell'interesse dell'applicazione efficace e uniforme delle previsioni

L'indipendenza (no influenze politiche o esterne) va ricondotta all'obbligo di agire efficacemente nell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza

=> realizzazione di un sistema di concorrenza non distorta nel mercato interno

=> protezione della concorrenza come processo dinamico che favorisce, in ultima analisi, l'efficienza dell'economia e il benessere dei consumatori (*Intel, Post Danmark 1*)

**In linea con approccio ordoliberal**



# **Impatto delle carenze di indipendenza in termini di efficacia**

- inadeguato utilizzo dei poteri di intervento d'ufficio (scarso attivismo, ad es. nella scoperta dei cartelli)
- inadeguato esercizio della funzione di deterrenza per le violazioni più gravi (impegni, sanzioni)
- utilizzo dei poteri per obiettivi diversi dalla protezione della concorrenza
- trattamento discriminatorio delle imprese in relazione a rapporti personali, nazionalità (altro SM; extra UE), impresa a partecipazione pubblica v. impresa privata
- inadeguata applicazione del diritto della concorrenza in presenza di restrizioni pubbliche

Impatto in ambiti complementari all'applicazione degli artt. 101 e 102: *competition advocacy*; controllo delle concentrazioni (quando affidato alla medesima autorità)

**Per far fronte a questi rischi, il controllo giurisdizionale è fondamentale ma non sufficiente**

# Modalità con cui si può attentare all'efficacia

- a. **Inadeguatezza delle risorse** (anche umane) e dei poteri
- b. **Distorsione degli incentivi** delle persone che assumono decisioni (nello staff o nel collegio) rispetto al compito di assicurare l'efficace e imparziale applicazione delle regole nell'interesse pubblico, mediante vantaggi privati (attuali o potenziali) o il timore di penalizzazioni (ad esempio, rimozione dall'incarico)
- c. **Effettiva rimozione** dall'incarico – ci sono metodi diretti o indiretti

Alcuni esempi:

- fissazione per legge di nuovi limiti di età o incompatibilità di rapporti di parentela con membri del Parlamento, applicabili da subito (Grecia)
- mandato senza termine ma revocabile in qualsiasi momento dal Governo senza obbligo di motivazione (Polonia)
- riorganizzazione delle competenze accompagnata da sostituzione del collegio (per NRA v. C-424/15, *Almendros*)

# Cinque indicazioni a tutela dell'indipendenza

## Articolo 4

- a. **garanzia che possano svolgere compiti e esercitare i poteri indipendentemente da influenze politiche o comunque da influenze esterne**
- b. **divieto di cercare o ricevere istruzioni** da entità governative, o altri soggetti pubblici o privati
- c. regime di **incompatibilità più obblighi di trasparenza** rispetto a conflitto interessi (obbligo di astenersi da attività incompatibili sia durante rapporto lavoro/mandato sia successivamente + obbligo di dichiarare situazioni di conflitto di interessi e astenersi (considerando 15))
- d. **rimozione dall'incarico solo se** i soggetti non soddisfano più le condizioni necessarie per lo svolgimento del compito, in base a regole fissate preventivamente o abbiano commesso gravi illeciti in base al diritto nazionale (nb: le regole devono essere quelle al momento della nomina)
- e. **potere di definire le priorità**

# Le disposizioni sull'indipendenza sono enforceable?

- La fissazione di regole a livello europeo con possibilità di ricorrere alla Corte di giustizia rafforza la tutela rispetto alle previsioni della normativa primaria degli Stati membri (che possono sempre essere modificate)
- Già l'art. 35 del regolamento 1/2003 consentiva di contestare davanti alla Corte di giustizia disposizioni e prassi nazionali che pregiudicassero l'efficacia delle NCA. Es. *Vebic* (C-439/08): è incompatibile con il diritto UE precludere alla NCA di partecipare ai procedimenti giudiziari relativi alle sue decisioni
- La proposta di direttiva, codificando alcuni aspetti, facilita la contestazione della compatibilità di norme e prassi nazionali pregiudizievoli. Per i casi di violazione palese è agevole il ricorso alla Corte di giustizia; per i casi meno chiari la Commissione ha comunque una leva in più da utilizzare. Viene fornito inoltre un benchmark europeo nel dibattito nazionale
- La Commissione può utilizzare anche gli strumenti «politici» di raccomandazione previsti dal semestre europeo

# Le disposizioni sull'indipendenza sono sufficientemente dettagliate?

- per le autorità di concorrenza, che si occupano anche di restrizioni pubbliche, le esigenze di indipendenza sono equiparabili a quella dei garanti privacy
- rispetto all'art. 4, i considerando della direttiva aggiungono qualche indicazione in più su incompatibilità e su limiti alla possibilità di revocare il mandato
- si nota, rispetto alla disciplina europea dei dati personali, **assenza di riferimenti alla trasparenza dei meccanismi di nomina** e ai requisiti sostanziali; poco dettaglio su durata del mandato, incompatibilità post mandato ecc.
- naturalmente gli Stati membri possono andare oltre il minimo previsto

**Ma non si vede il motivo per non inserire una disposizione sulla trasparenza e chiarezza delle procedure di nomina**

## Risorse (art. 5)

- disporre di risorse umane, finanziarie e tecniche adeguate è condizione necessaria per l'efficacia dell'azione che, come giustamente specifica l'art. 5, include indagini, decisioni e cooperazione all'interno della rete
- si potrebbe aggiungere maggiore dettaglio es. bilancio separato, potere di decidere autonomamente sull'allocazione delle risorse disponibili e sulle qualifiche del personale (v. direttive europee su energia elettrica e gas)
- la sfida è conciliare l'autonomia con le esigenze di controllo dell'efficiente utilizzo delle risorse pubbliche (flessibilità proporzionata)
- la Corte di giustizia in C-240/15 (*Agcom v. Istat*, 28 luglio 2016) indica nel settore delle comunicazioni elettroniche che l'indipendenza non è di per sé incompatibile con forme di controllo della spesa pubblica. L'accountability è importante a prescindere dalla circostanza che il finanziamento sia a carico o meno del bilancio dello Stato (le autorità operano all'interno della legge, C-518/07)

# Modalità di finanziamento

- la direttiva non specifica le modalità con cui assicurare il finanziamento
- difficile individuare un unico modello. Idealmente per autorità generaliste è appropriato il modello di finanziamento a carico del bilancio dello Stato ma va assicurata la prevedibilità – evitando il rischio di un taglio di risorse in ragione delle decisioni assunte
- per evitare distorsioni degli incentivi, non è adeguato il finanziamento attraverso le sanzioni

=> restano una serie di scenari possibili – che vanno sempre accompagnati da meccanismi di accountability

# Estensione dei compiti ed efficacia

- negli ultimi anni ci sono stati vari accorpamenti di competenze (Finlandia, Spagna, Paesi Bassi). Sono consentiti nella misura in cui non pregiudicano l'indipendenza richiesta per l'esercizio delle specifiche funzioni (v. direttiva 2012/34/UE sul settore ferroviario; C-424/15, *Almendros*)
- l'estensione dei compiti può compromettere l'efficacia se non accompagnata da adeguate risorse – entro questi limiti potrebbe essere contestata alla luce dell'art. 5
- vi sono limiti intrinseci connessi a quanto si può chiedere a un collegio fatto di poche persone? Rischio di perdita di focus



# Potere di fissare le priorità

- è più questione di efficace gestione delle risorse che di indipendenza: puoi concentrarti sui casi con maggiore impatto
- questione aperta: come rispondere ai timori di perdita di tutela? Ossia di una tutela della concorrenza selettiva, che potrebbe considerare solo *big cases*, pregiudicando l'efficace applicazione? Preoccupazioni sollevate ad esempio dall'associazione europea delle PMI
- nel trattare il tema è utile distinguere tra fissazione di priorità positive (scelta proattiva) e priorità negative (rigetto delle denunce) (v. Wils 2017)

## Priorità positive

- l'ICN indica che la scelta delle priorità è fondamentale per l'efficacia dell'azione. Possono esserci vari criteri (impatto sul mercato, costi dell'attività, significato strategico). Alcune autorità formalizzano e rendono pubbliche le proprie priorità (CMA)
- **indicare priorità non significa rinunciare a intervenire in altri ambiti** (è un modo in cui eserciti poteri d'ufficio); se la fissazione delle priorità è trasparente, rafforza l'accountability e può attirare denunce nei settori di attenzione
- dibattito sull'opportunità di indicazioni generali da parte di Parlamenti e governi (come in UK): ti vincolano ma fanno parte di un dialogo tra istituzioni – **importante che siano chiari gli obiettivi dell'attività e la rule of law**
- la rete può fissare priorità congiunte, ad esempio lotta ai cartelli, che aiutano a focalizzare l'attività attraverso il sostegno della policy community

# Rischio di derive populistiche nella fissazione delle priorità?

- le autorità all'interno dell'ICN sono sempre più attente alla strategia di *consensus building*, per rafforzare la propria legittimazione
- la migliore garanzia affinché le strategie di ricerca del consenso da parte delle autorità di concorrenza non comportino derive in direzione di obiettivi diversi dalla tutela del processo concorrenziale è il controllo giurisdizionale sulle decisioni

# Rigetto delle denunce

- la proposta è di consentire alle autorità amministrative di concorrenza che sono tenute a prendere in considerazione le denunce formalmente presentate (Francia, Italia) di aggiungere alle altre eventuali basi giuridiche per rigettare una denuncia l'assenza di interesse prioritario
- per limitare la discrezionalità assicurando la tutela, opportuno adottare un modello ispirato a quello delineato dalla Corte di giustizia per la Commissione europea: la decisione va motivata ed è soggetta al controllo del giudice. Deve tenere conto di tutte le circostanze giuridiche ed economiche del caso, e in particolare di:
  - disponibilità di **canali alternativi per la tutela del denunciante**, in particolare il private enforcement (*Automec*; v. anche prassi Bundeskartellamt)
  - **significatività prima facie della presunta violazione** per il funzionamento del mercato interno
  - **complessità, probabilità e costi** di accertare la violazione

# Alcune considerazioni sul rigetto delle denunce

- c'è tutto un filone di sentenze, a partire da *Automec* (T-24/90) che elabora sul punto: *Ufex* (C-119/97P); *CEAHR* (T-427/08); *Diamanthandel Spira* (T-108/07); *Topps Europe* (T-699/14); *Easyjet* (T-355/13: possibilità per la Commissione di rigettare una denuncia già rigettata da autorità olandese per assenza di interesse prioritario)
- per i piccoli cartelli, nell'analisi costi benefici si deve valutare l'impatto non solo sul mercato specifico ma anche in termini di deterrenza generale. Approccio caso per caso, sottolineando che non è escluso l'intervento dell'Autorità anche laddove il mercato interessato sia piccolo
- il rafforzamento del private enforcement post recepimento della direttiva 2014/104/UE rafforza la possibilità per le autorità nazionali, in particolare per certi tipi di violazione (intese verticali) di rigettare denunce sulla base dell'assenza di interesse prioritario senza pregiudicare la tutela