

## **Workshop Assonime - AAI**

# **I Poteri delle Autorità Nazionali e le Garanzie: Verso la Direttiva ECN +**

***Direttiva ECN+: Fino a Dove Spingere le Regole Comuni per il Public Enforcement?***

Roma, 20.11.2017

MARCO BOTTA



MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT



- **Focus della presentazione:**
  - 1) Ambito di applicazione Direttiva ECN+ → rischio di trasposizione duale della Direttiva ECN+
  - 2) Garanzie → possibili modifiche Art. 3 Direttiva ECN +
  
- Valutazioni alla luce dei dati empirici raccolti sui “nuovi” Paesi Membri UE in Europa Centro-Orientale:
  - 1) BOTTA M., SVETLICINII A., BERNATT M. (2015), “The Assessment of the Effect on Trade by the National Competition Authorities of the “New” Member States: Another Legal Partition of the Internal Market?” 52, 5, *Common Market Law Review*: 1247-1276.
  - 2) SVETLICINII A., BERNATT M., BOTTA M., “The Dark Matter in EU Competition Law: Non-Infringement Decisions in the New EU Member States Before and After Tele2 Polska”. Forthcoming in 2018 *European Law Review*.
  - 3) BERNATT M., BOTTA M., SVETLICINII A., “The European Inquisition is not too Bad; The Application of the Right of Defense by the European Commission and the Competition Authorities of the New EU Member States” Saggio presentato alla conferenza ASCOLA, Stoccolma, giugno 2017.



# Ambito di applicazione Direttiva ECN +

# Ambito di applicazione della Direttiva ECN+



MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

- **Campo di applicazione Direttiva ECN + (Art. 1):**
  - 1) ANC applica Art. 101-102 TFEU
  - 2) ANC applica “in parallelo” Art. 101-102 TFEU + diritto nazionale della concorrenza
- Stesso ambito di applicazione Direttiva Danni.
- **Direttiva NON si applica al diritto nazionale della concorrenza.**

## Eccezione ambito di applicazione



MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

- Art. 29(2) Direttiva: divulgazione del *leniency statement* e proposta di transazione autorizzate da ANC solo per permettere alla parte richiedente accesso agli atti di esercitare il suo diritto di difesa.
- Complementarietà Art. 6(6) Direttiva Danni → divulgazione atti ANC proibita solo per le procedure relative al risarcimento del danno antitrust.
- **Art. 29(2) si applica anche al diritto della concorrenza nazionale (Art. 1 Direttiva ECN+).**
- Ragione eccezione ambito di applicazione: rischio che alcune ANC mantengano regole diverse per diffusione atti interni → rischio funzionamento sistema *leniency* a livello comunitario.

- **Opzioni trasposizione Direttiva ECN + per Paesi Membri UE:**
  - 1) **Estensione scopo applicazione Direttiva al diritto nazionale della concorrenza** → discrezione Stati Membri UE
  - 2) **Trasposizione duale:**
    - a) Casi applicazione Art. 101-102 TFEU → Direttiva ECN +
    - b) Casi applicazione diritto concorrenza nazionale → regole procedurali nazionali pre-esistenti alla Direttiva
- **Conseguenza trasposizione duale:** Stato Membro UE può **“pick and choose”** l’ambito di applicazione dei vari articoli della Direttiva → implementazione duale per gli Articoli osteggiati da uno Stato Membro
- **Trasposizione duale è giuridicamente corretta, ma nullifica l’obiettivo di armonizzazione della Direttiva ECN +**

## Esempio possibile trasposizione duale – domande semplificate di leniency in Italia

---



- Domande semplificate di leniency (Art. 21 Direttiva ECN+):
  - 1) Richiedente *leniency* chiede *marker* + domanda completa leniency alla Commissione.
  - 2) Richiedente *leniency* invia domanda semplificata a ANC.
  - 3) Se la Commissione “non intende intervenire”, ANC possono richiedere domanda leniency completa → diritto di priorità della Commissione
- Osservazioni AGCM su Direttiva ECN + → opposizione Art. 21. Ragioni:
  - 1) Diritto priorità della Commissione danneggia sistema leniency nazionale → contrasto con sentenza *DHL Express*
  - 2) ANC non hanno info sufficienti per valutare legittimità domanda semplificata
- “Presentazione della domanda di clemenza in forma semplificata non incide sul principio dell'autonomia di ciascuna domanda di clemenza nell'ambito dell'ordinamento nazionale...” → rischio trasposizione duale Art. 21 in Italia??

## Trasposizione duale – rischio ipotetico?



- Opzione trasposizione duale discussa in UK durante la *public consultation* per la trasposizione della Direttiva Danni.
- **Trasposizione duale è un rischio remoto:**
  - 1) Certezza giuridica per le imprese → UK ha evitato trasposizione duale Direttiva Danni.
  - 2) Principio di equivalenza → mancanza giurisprudenza Corte di Giustizia.
  - 3) **Maggioranza decisioni ANC si basano su Art. 101-102 TFEU in parallelo a diritto nazionale** (i.e. anche in caso di trasposizione duale, regole Direttiva sarebbero applicabili) → **premessa non corretta per molti Paesi Membri UE**





## Decisioni “nuovi” Paesi Membri UE

	2007		2008		2009		2010		2011		2012		2013		Ratio
	EU	NC	EU	NC	EU	NC	EU	NC	EU	NC	EU	NC	EU	NC	
BG	1	55	3	41	1	43	5	42	2	36	8	22	6	26	$26/265 = 9.81\%$
CZ	N/A	N/A	N/A	N/A	1	15	1	5	0	4	0	4	0	5	$2/33 = 6\%$
EE	N/A	N/A	1	N/A	0	1	0	0	0	4	0	1	0	2	$0/8 = 0\%$
PL	2	107	2	104	1	107	1	103	1	102	1	93	1	93	$9/709 = 1.26\%$
RO	0	1	0	5	0	4	3	13	5	15	11	11	8	11	$27/60 = 45\%$
SK	3	18	2	11	4	21	2	10	2	11	3	10	1	7	$17/88 = 19\%$

• Interpretazione “restrittiva” *intra-community trade* → ANC “nuovi” Paesi Membri UE adottano maggioranza decisioni in base a diritto concorrenza nazionale

• Conseguenza per Direttiva ECN+: in caso di trasposizione duale, interpretazione restrittiva *intra-community trade* nullifica l’effetto di armonizzazione regole procedurali nazionali apportato dalla Direttiva



- **Direttiva si basa su Art. 103 + Art. 114 TFEU** (i.e. stessa base giuridica Direttiva Danni):
  - 1) **Art. 103:** Direttive e Regolamenti sull'applicazione Art. 101-102 TFEU e “per definire i rapporti” tra diritto concorrenza nazionale e UE → maggioranza qualificata Consiglio + opinione non vincolante Parlamento UE
  - 2) **Art. 114:** Direttive “sul funzionamento del mercato interno” → maggioranza qualificata Consiglio + voto vincolante Parlamento UE
- Direttiva non si può adottare solo in base ad Art. 103 → esclusione Parlamento UE dal processo decisionale

## Estensione scopo di applicazione Direttiva ECN+



MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

- **Per evitare il rischio trasposizione duale Direttiva, il suo scopo di applicazione dovrebbe essere esteso al diritto della concorrenza nazionale**
- **Principio di sussidiarietà:** principio sussidiarietà (Art. 5.3 TUE) si applica solo nelle materie di competenze condivise tra UE e Stati Membri → politica concorrenza e' materia esclusiva UE (Art. 3 TUE)
- **Opzioni estensione scopo applicazione Direttiva:**
  - 1) **Art. 352 TFEU:** UE adotta legislazione dove “non ha poteri di azione” nel Trattato → unanimità nel Consiglio + voto vincolante Parlamento
  - 2) **Status quo - Art. 114 + 103 TFEU:**
    - a) Base giuridica usata al momento per giustificare Art. 29(2) → **estensione a diritto concorrenza nazionale per tutti gli articoli della Direttiva**
    - b) Art. 103 TFEU permette di adottare legislazione per regolare i rapporti tra diritto della concorrenza nazionale e UE → base giuridica per armonizzare regole procedurali nazionali



# Garanzie nella Direttiva ECN+



- **Carta Diritti Fondamentali UE:**

- 1) Ricorso effettivo dinnanzi a un giudice (Art. 47)
- 2) Presunzione di innocenza (Art. 48)
- 3) Proporzionalità della pena (Art. 49.3)
- 4) Non-retroattività della pena (Art. 49.2)
- 5) *Ne bis in idem* (Art. 50)

- Carta Diritti Fondamentali si applica alle istituzioni Paesi Membri quando applicano diritto UE (Art. 51.1) → **Carta già direttamente applicabile nei tribunali nazionali nei confronti delle decisioni ANC** (e.g. *Swedavia*)
- Corte di Giustizia ha riconosciuto che la presunzione di innocenza è un principio generale di diritto UE che ANC devono rispettare nelle indagini antitrust (*Eturas*, para. 38).

- **Garanzie specifiche nel contesto delle indagini antitrust da parte di ANC:**

- 1) Salvaguardie durante gli accertamenti nei locali d'impresa
- 2) Diritto di essere informati delle indagini a proprio carico → *statement of objections*
- 3) Diritto ad accedere agli atti detenuti da ANC (Art. 41.2 and Art. 42 Carta Diritti UE)
- 4) Diritto ad essere ascoltati (Art. 41.2 Carta Diritti UE)
- 5) *Privilege against self-incrimination* (PASI)
- 6) *Legal professional privilege* (LPP)

....

- **Garanzie sviluppate dalla giurisprudenza Corte di Giustizia nei confronti delle decisioni Commissione Europea e poi codificate nella legislazione secondaria e *soft law* → *acquis* non direttamente applicabile a ANC.**

## Garanzie nella Direttiva - Art. 3



MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

- **Art. 3 Direttiva garantisce il “diritto di difesa”, conformemente a**
  - 1) “Principi generali” diritto UE
  - 2) “Carta Diritti Fondamentali UE”
  
- **Impatto Art. 3:**
  - 1) Riferimento a Carta Diritti Fondamentali UE → nessun valore aggiunto
  - 2) Riferimento principi generali diritto UE → nessun valore aggiunto
  
- **Art. 3 NON elenca le garanzie che ANC dovrebbero rispettare nelle indagini antitrust.**

## Emendamenti Art. 3 discussi da Parlamento UE



MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

- Proposta revisione Direttiva discussa dal Comitato per Affari economici e Monetari del **Parlamento UE**.
- Modifica Art. 3 → elenco garanzie:
  - 1) diritto di accesso agli atti;
  - 2) diritto ad essere ascoltati;
  - 3) *Privilege against self-incrimination*
  - 4) *Legal professional privilege*
  - 5) *statement of objections*



# Necessità rafforzamento garanzie nella Direttiva



MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

	Right to be informed	Access to the file	Right to an oral hearing	Privilege against self-incrimination	Legal Professional Privilege
Bulgaria	=	=	=	0	-
Croatia	=	=	=	0	-
Czech Republic	=	=	=	-	-
Hungary	=	=	=	=	=
Poland	=	=	0	0	-
Slovakia	=	=	=	0	-
Romania	=	=	=	0	-

**+** : garanzie più elevate rispetto a Commissione Europea

**=** : garanzie equivalenti alla Commissione Europea

**-** : garanzie esistenti *de iure*, ma applicate in modo più carente rispetto alla Commissione Europea

**0** : garanzie non esistenti da parte ANC



- **Conclusioni studio comparato su garanzie nei “nuovi” Paesi Membri UE alla luce della Direttiva ECN +:**
  - 1) **Livello di garanzie applicate da ANC è molto divergente →** mancanza di denominatore comune come i principi generali di difesa.
  - 2) Tra le garanzie, PASI e LPP sono meno protette da ANC perché maggiormente collegate al diritto penale → contrasto con le procedure amministrative seguite da ANC.
  - 3) *“EU Commission is not the worst inquisitor in Europe!”* → **garanzie seguite dalla Commissione dovrebbero rappresentare il minimo *benchmark* per tutte ANC.**



MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

# Conclusioni

## Conclusioni - scopo di applicazione Direttiva ECN +



MAX-PLANCK-GESellschaft

- Direttiva ECN + si applica ad Art. 101-102 TFEU e diritto nazionale “in parallelo” → **rischio di trasposizione duale.**
- A differenza Direttiva Danni, Direttiva ECN + contiene diversi aspetti *politically sensitive* → rischio trasposizione duale più elevato.
- Varie ANC basano le loro decisioni principalmente sul diritto nazionale della concorrenza → in caso di trasposizione duale, l’effetto di armonizzazione della Direttiva ECN + verrebbe meno.
- Come per Art. 29(2) Direttiva, **scopo di applicazione Direttiva ECN + si potrebbe allargare** per coprire il diritto della concorrenza nazionale in base ad Art. 103 e 114 TFEU.

## Conclusioni - garanzie nella Direttiva ENC +



MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

- Durante la *public consultation*, imprese e studi legali avevano chiesto un rafforzamento delle garanzie nella Direttiva per controbilanciare i maggiori poteri ANC → richiesta disattesa
- **Riferimento a Carta Diritti Fondamentali e principi generali diritto UE nell'Art. 3 NON rafforza le garanzie nella Direttiva.**
- **Garanzie seguite da ANC sono molto divergenti → necessità di maggiore armonizzazione tramite Direttiva**, usando garanzie seguite da Commissione nelle indagini antitrust come minimo *benchmark* comune.