

CONVEGNO AAI

Roma - 25 novembre 2022

LE PROCEDURE ISTRUTTORIE ANTITRUST: TRA PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E ACCUSA PENALE

Le garanzie procedurali e l'evidenza probatoria nell'istruttoria *antitrust*

Outline intervento Avv. Francesco Anglani

Presiede: Michele Ainis (Componente AGCM)

Introduce: Alberto Pera (Presidente AAI)

Discutono: Francesco Anglani (Bonelli Erede e AAI), Silvia D'Alberti (Gattai Minoli & Partners e AAI), Marco D'Ostuni (Cleary Gottlieb e AAI), Piero Fattori (GOP e AAI), Federico Olivo (Vassalli Olivo e Associati), Gian Michele Roberti (Chiomenti, AAI e Università di Roma La Sapienza) e Guido Stazi (Segretario Generale AGCM)

* * *

I. PREMESSA

1. Come tutti ricorderete, a settembre del 2020 l'Associazione Antitrust Italiana ha pubblicato un documento volto a discutere di alcuni aspetti delle procedure dell'AGCM in materia antitrust e di pratiche commerciali scorrette.
2. Tale documento non aveva ovviamente lo scopo di sollevare critiche rispetto all'operato dell'AGCM, che tra le varie autorità di concorrenza europee vanta sempre un ruolo primario grazie alla meticolosa attività degli Uffici ispettivi e all'autorevolezza del Collegio che la compone, quanto piuttosto quello di avviare un dialogo costruttivo volto a rendere più efficace il procedimento alla luce:
 - dell'esperienza maturata in questi anni dagli associati dell'AAI;
 - dei *feedback* che raccogliamo dalle imprese;
 - dei principi stabiliti dalla giurisprudenza; e
 - delle *best practice* di altre autorità (Commissione Europea e Corte di Giustizia).
3. Alcune delle proposte contenute nel nostro documento sono state recepite e ne siamo ovviamente lieti. In questa sede, approfittando della presenza di tanti autorevoli colleghi e rappresentanti dell'AGCM ci farebbe piacere continuare in questo dialogo confrontandoci con spirito collaborativo su alcuni temi che riteniamo particolarmente importanti.
4. A tal fine, abbiamo pensato di iniziare dalla presentazione delle riflessioni che avevano guidato l'AAI nella redazione del documento, suddividendo gli argomenti secondo il seguente

schema: (i) io mi occuperò del diritto al contraddittorio nella fase pre-istruttoria e nella fase istruttoria, (ii) Silvia si occuperà del tema delle tempistiche in tali fasi e (iii) Marco ci parlerà delle proposte di modifica.

II. IL CONTRADDITTORIO CON LE IMPRESE

a. La fase pre-istruttoria

5. Due sono gli aspetti relativi alla fase pre-istruttoria che sotto il profilo del contraddittorio presentano dei margini di miglioramento:
 - (i) il primo riguarda il rapporto con l'impresa indagata, con la quale il contraddittorio è ridotto all'osso; e
 - (ii) il secondo attiene alle modalità, spesso troppo sintetiche, con le quali l'Autorità comunica al segnalante di non avviare un'istruttoria.
6. Il dialogo con l'impresa indagata appare infatti eccessivamente ridotto (i) sia perché le richieste di informazioni che l'Autorità le sottopone non contengono una chiara indicazione di quella che è l'ipotesi investigativa, né dell'eventuale contenuto della segnalazione da cui è scaturita (ii) sia perché l'impresa non ha possibilità di accedere a nessun documento sul quale si fonda l'iniziativa dell'AGCM.
7. L'impresa che riceve una richiesta di informazioni si trova molto spesso costretta a rispondere "al buio" ossia senza avere contezza della possibile accusa né delle prove che ne stanno alla base. Il che a mio avviso si pone in contrasto con il diritto alla difesa delle imprese indagate, esigenza particolarmente rilevante nei casi *antitrust*:
 - sia perché fin dal noto caso Menarini¹ è indiscutibile che, a causa della gravità delle sanzioni comminate, i procedimenti *antitrust* hanno natura para-penale² e sarebbe pertanto opportuno estendere alle imprese potenzialmente indagate una tutela adeguata fin dalla fase embrionale del possibile procedimento;
 - e ciò ancor di più perché la Legge annuale per la Concorrenza 2021 (DL 118/2022) recentemente entrata in vigore ha previsto la possibilità di irrogare sanzioni alle imprese che omettono di fornire le informazioni o i documenti richiesti o forniscono dati non veritieri.³

¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, ricorso n. 43509/08, *Menarini*, 27 settembre 2011, par. 38. Tale articolo (rubricato "Diritto ad un equo processo") prevede, tra le altre cose, il diritto della persona indagata di "essere informato, nel più breve tempo possibile, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico".

² Corte europea dei diritti dell'uomo, *Menarini*, par. 40. "La Corte ricorda che l'AGCM, autorità amministrativa indipendente, ha il compito di vigilare sugli accordi restrittivi della concorrenza e gli abusi di posizione dominante. Pertanto essa incide sugli interessi generali della società normalmente tutelati dal diritto penale. Inoltre va rilevato che la sanzione inflitta mirava per lo più a punire al fine di evitare il ripetersi degli atti incriminati. Si può dunque concludere che la sanzione inflitta era basata su norme aventi uno scopo sia preventivo che repressivo."

³ L'art. 35, comma 2, della legge del 5 agosto del 2022, n. 118 modifica l'art. 12, commi 2-bis e 2-ter della legge 287/1990 prevedendo la possibilità per l'autorità di richiedere in qualsiasi momento a "imprese e a enti che ne siano in possesso di fornire

8. Pertanto, in linea con quanto previsto dal Regolamento 1/2003 (secondo cui “*nell’inviare una semplice domanda di informazioni la Commissione deve indicare le basi giuridiche e lo scopo della domanda*”), l’auspicio è che le richieste di informazioni:
- Specificchino sempre di più i fatti oggetto di indagine e la teoria accusatoria chiarendo altresì l’esistenza e il contenuto di un’eventuale segnalazione;
 - si limitino alle informazioni che si suppongano necessarie; e
 - pertanto, rispettino pienamente il diritto alla non auto-incriminazione.
9. Con riguardo al secondo profilo, i provvedimenti con cui l’Autorità comunica al segnalante la decisione di non avviare un’istruttoria appaiono troppo spesso motivati con delle laconiche indicazioni che sembrano per lo più delle formule di stile (“*non risultano, allo stato, emergere elementi di fatto e di diritto sufficienti a giustificare un intervento dell’autorità*”).
10. E ciò pone a nostro avviso due problemi:
- da un lato, non viene valorizzata adeguatamente l’attività svolta dagli Uffici in fase pre-istruttoria; e
 - dall’altro, al segnalante non viene data contezza delle ragioni sottostanti alla decisione di archiviazione e degli approfondimenti pre-istruttori che hanno portato a tale scelta, non consentendogli nella sostanza di esercitare alcuna forma di controllo né di valutare adeguatamente i presupposti per impugnare l’atto innanzi al giudice amministrativo.
11. Ciò stride rispetto alla riconosciuta esigenza che anche il denunciante possa fondatamente contestare la legittimità del provvedimento di archiviazione dinnanzi al giudice amministrativo, ribadita anche nella sentenza dello scorso 2 febbraio con la quale il Tribunale, nell’annullare il provvedimento con cui la Commissione ha archiviato una denuncia di abuso nei confronti di *Gazprom*, ha statuito che: “*Se la Commissione poteva basarsi, in virtù di criteri di valutazione dell’interesse dell’Unione, sulla limitata probabilità di accertare una violazione o su considerazioni relative all’influenza di accordi intergovernativi su un determinato settore, oppure relative alla presa in considerazione di aspetti legati alla politica internazionale dell’Unione in materia di concorrenza, essa era comunque tenuta a garantire che la ricorrente fosse ascoltata utilmente a tale riguardo e a motivare chiaramente la decisione impugnata, dato che questi obblighi rivestono un’importanza ancor più fondamentale quando essa disponga di un ampio potere discrezionale.*”⁴
12. Sarebbe pertanto molto utile che anche in Italia si attingesse all’esperienza e alla giurisprudenza europea recependo la prassi di motivare adeguatamente i provvedimenti di archiviazione. E ciò ancor di più se la decisione di archiviazione riguarda uno dei settori rientranti nelle priorità di *enforcement* dell’AGCM.

informazioni e di esibire documenti utili?” e di imporre a tali soggetti sanzioni amministrative pecuniarie “*se rifiutano od omettono di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti ovvero se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri, senza giustificato motivo.*”

⁴ Tribunale, causa T-399/2019, *Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. vs. European Commission* del 2 febbraio 2022, para. 70.

b. La Fase istruttoria

13. Le preoccupazioni maggiori si riscontrano probabilmente con riferimento agli aspetti legati a un contraddittorio pieno nel corso della fase istruttoria, ed in particolare al confronto con gli Uffici fino alla CRI e con il Collegio nell'audizione finale.
14. Come sappiamo, il diritto *antitrust* ha subito una profonda evoluzione negli ultimi 15 anni alla luce del c.d. **economic oriented approach** che impone alle autorità di concorrenza di non valutare le condotte in via meramente teorica o astratta, bensì di verificare se le stesse siano in concreto idonee a restringere la concorrenza, tenendo conto di tutte le circostanze del caso di specie e di tutti gli elementi che sono stati portati all'attenzione dell'Autorità nel corso del procedimento.
15. Questo è un punto ormai assodato e vale sia per le intese, che per gli abusi.
16. Con riferimento alle **intese**, il principio è stato ribadito in più occasioni a livello europeo dal caso *Cartes Bancaires* in poi e anche nelle più recenti sentenze rese dal Consiglio di Stato, quali ad esempio quelle rese nei casi:
- *Telecom Italia/Imprese di Rete* nel quale, di fronte ad un presunto accordo di prezzi, il giudice amministrativo ha rilevato che: “*le condotte contestate, pur oggettivamente incasellabili, se decontestualizzate e in sé considerate, in schemi tipicamente anticoncorrenziali esigono, invece, alla luce della peculiarità del mercato in questione, una più attenta e approfondita disamina, capace di condurre anche ad esiti opposti a quelli tratti dall’Autorità*”; e
 - *Sicuritalia* nel quale i Giudici hanno chiarito che “*anche l'accertamento di un'intesa per oggetto non può prescindere dal tenore delle disposizioni dell'intesa stessa, dagli obiettivi che si intendono raggiungere e dal contesto economico e giuridico nel quale l'intesa si colloca*”.
17. E nei casi di **abuso di posizione dominante**, conosciamo tutti le recenti sentenze rese dalla Corte di Giustizia nei casi:
- *Intel* in cui la Corte ha chiarito che anche in caso di accordi di esclusiva (tipicamente anticoncorrenziali) l'impresa indagata può addurre elementi di prova a sostegno della loro legittimità, che la Commissione deve tenere in considerazione nell'ambito della sua analisi;⁵
 - *Enel Energia/SEN* nel quale, ancora una volta, la Corte ha ribadito che gli effetti anticoncorrenziali di una determinata condotta “*non devono essere puramente ipotetici*”.⁶
18. Ne deriva che in tutti i casi *antitrust*, il **confronto con gli Uffici** è un passaggio fondamentale dell'istruttoria poiché necessario a valutare se una determinata condotta

⁵ Cfr. Corte di Giustizia, C-413/14 “*nel caso in cui l'impresa considerata sostenga nel corso del procedimento amministrativo, sulla base di elementi di prova, che il suo comportamento non ha avuto la capacità di restringere la concorrenza e, in particolare, di produrre gli effetti di esclusione dal mercato*” la Commissione è tenuta a **tenerli in considerazione** nell'ambito della sua analisi (par. 137-140).

⁶ Cfr. Corte di Giustizia, C-377/20.

astrattamente inquadrabile come illecita sotto il profilo *antitrust* sia in concreto idonea ad alterare la concorrenza.

19. Quello che però l'esperienza ci insegna è che molto spesso le istruttorie si sostanziano non già in un dialogo tra l'impresa indagata e l'AGCM nel corso del quale ci si può confrontare apertamente sulle ragioni poste a fondamento delle rispettive posizioni, quanto piuttosto in una serie di monologhi.

20. Ciò accade:

- sia nel corso delle audizioni infra-procedimentali, durante le quali l'impresa espone le sue tesi o risponde alle domande senza ricevere mai un *feedback* da parte degli Uffici, che onestamente danno più l'impressione di essere essenzialmente propensi a raccogliere informazioni utili a costruire l'accusa;
- sia con riferimento alle informazioni, agli studi economici e ai dati, che molto spesso le imprese predispongono anche con l'ausilio di esperti al fine di dimostrare la legittimità delle proprie condotte (razionalità del comportamento, sussistenza di spiegazioni alternative, inidoneità a produrre effetti anticoncorrenziali in concreto, esistenza di effetti pro-concorrenziali che controbilanciano quelli restrittivi, *etc*) e sottopongono agli Uffici nel corso dell'istruttoria senza tuttavia riuscire a instaurare con questi ultimi un dialogo sul contenuto di tali studi.

21. In buona sostanza, dunque, nel corso dell'intera istruttoria gli Uffici acquisiscono informazioni sulle quali lavorano in disparte al fine di costruire l'accusa che viene poi cristallizzata nella CRI.

22. Ma questo dialogo non può essere sostituito dalla circostanza che nella CRI gli Uffici espongono in maniera particolareggiata le proprie tesi perché in quel momento la loro posizione è ormai formata. Ecco perché, come indicato nel Documento di Discussione dell'AAI, l'auspicio è che il dialogo istruttorio possa avvenire in una fase antecedente nella quale Uffici e impresa giocano a carte scoperte esponendo e discutendo le rispettive posizioni.

23. Si potrebbe pertanto pensare di attingere dall'esperienza dei procedimenti innanzi alla Commissione europea caratterizzati dai c.d. *State of Play meeting*, ossia da degli incontri tra Uffici e impresa nel corso dei quali le parti discutono in contraddittorio (i) gli aspetti condivisi o controversi della ricostruzione fattuale, (ii) la c.d. *theory of harm*, e (iii) i documenti sui quali si basa l'accusa che, come ci dirà meglio Silvia, non dovrebbero essere resi accessibili alle parti solo dopo la CRI ma, dovrebbero essere oggetto di contraddittorio preventivo.⁷

24. In ipotesi potrebbero essere previsti due momenti di incontro:

⁷ In *Qualcomm Commissione*, il Tribunale ha infatti chiarito che “il diritto di accesso al fascicolo nelle cause in materia di concorrenza ha per oggetto di permettere ai destinatari di una comunicazione degli addebiti di prendere conoscenza degli elementi di prova contenuti nel fascicolo affinché possano pronunciarsi in modo efficace, sulla base di tali elementi, sulle conclusioni cui la Commissione è pervenuta”. Cfr. Corte di Giustizia, causa T-235/18, *Qualcomm Inc*, 15 giugno 2022, para. 278.

- uno all'inizio dell'indagine, al fine di consentire all'impresa di conoscere nel dettaglio l'ipotesi accusatoria e poter così impostare la difesa e decidere altresì se e quali impegni presentare; e
 - uno in uno stato avanzato dell'istruttoria, al fine di consentire agli Uffici e all'impresa di interloquire tra loro prima che la tesi accusatoria venga cristallizzata nella CRI.
25. Quanto al **confronto con il Collegio**, è opinione diffusa che, per come sono attualmente strutturate, le audizioni finali rischiano spesso di tramutarsi in un esercizio di stile privo di ricadute pratiche sugli esiti del procedimento. E ciò:
- sia a causa della compressione dei tempi che caratterizza le fasi successive all'invio della CRI (di cui ci parlerà più ampiamente Silvia);
 - sia a fronte della scarsa interazione tra Collegio, parti e Uffici in occasione dell'audizione finale.
26. Anche a fronte della separazione delle funzioni tra Uffici ispettivi e Collegio, ci si aspetterebbe invero che, dopo aver ritenuto non manifestamente infondata la CRI e dopo aver letto le memorie delle parti in replica alla CRI, il Collegio instauri un effettivo dialogo a tre parti volto a verificare – anche attraverso domande precise alle parti e agli Uffici – quale delle contrapposte tesi debba effettivamente prevalere.
27. A tal fine, si potrebbe ad esempio immaginare di prevedere che l'interlocuzione con il Collegio sia più nettamente scandita da due distinte fasi: una scritta e una orale. In particolare, ed esattamente come accade in Corte di Giustizia, si potrebbe prevedere che, a conclusione della fase scritta, il Collegio (i) valuti sulla base della CRI e delle memorie delle parti quali sono i punti cruciali posti alla sua attenzione, (ii) comunichi con adeguato anticipo i profili sui quali ritiene che debba concentrarsi l'audizione tanto per gli Uffici, quanto per le imprese indagate, (iii) indichi eventuali domande a cui vuole avere risposta per decidere dagli Uffici e/o le parti.