

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il procedimento *antitrust* dinanzi alla Commissione europea

Sommario: I. CARATTERI GENERALI DEL PROCEDIMENTO *ANTITRUST* AVANTI ALLA COMMISSIONE EUROPEA. – II. L'AVVIO DEL PROCEDIMENTO. – 1. I poteri di indagine della Commissione. – 2. Le denunce e la partecipazione dei terzi al procedimento. – 3. Effetti dell'avvio del procedimento. – III. COMUNICAZIONE DEGLI ADDEBITI E RISPOSTE DELLE PARTI. – IV. LA PROCEDURA DI TRANSAZIONE NEI CASI DI CARTELLI. – V. I DIRITTI DI DIFESA DELLE PARTI. – 1. Il diritto ad essere sentiti. – 2. L'accesso al fascicolo di indagine.

I. CARATTERI GENERALI DEL PROCEDIMENTO *ANTITRUST* AVANTI ALLA COMMISSIONE EUROPEA

La disciplina dei procedimenti di accertamento di intese restrittive della concorrenza e abusi di posizione dominante ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE si ricava in parte dalle disposizioni contenute nel Reg. UE n. 1/2003 [Regolamento del Consiglio CE n. 1/2003 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato, in G.U.U.E. n. L 4 gennaio 2003] e in parte dal Reg. UE 773/2004 [Regolamento (CE) 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE, in G.U.U.E. n. L 123 del 27 aprile 2004 +].

Tale disciplina riveste un ruolo essenziale al fine di garantire che la tutela della concorrenza sia improntata ad un adeguato livello di effettività, in un contesto di trasparenza e certezza giuridica.

Come si vedrà nel prosieguo, la disciplina dell'Unione ha largamente ispirato il legislatore nazionale, sebbene quest'ultimo abbia fatto delle scelte più garantiste, intervenendo a regolamentare in maniera più dettagliata le varie fasi procedi-

mentali, i poteri dell'Autorità ed i diritti delle parti e dei terzi. Nondimeno, si registra complessivamente una certa specularità fra norme comunitarie e nazionali, la cui preoccupazione di fondo è di "inquadrare" i poteri di indagine dell'amministrazione, prevedendo come contrappeso una serie di garanzie a tutela delle parti indagate nel procedimento, in nome di quel principio c.d. di "parità delle armi", canonizzato dalla giurisprudenza dell'Unione.

Il procedimento *antitrust* europeo ha natura amministrativa. Il complesso dei poteri di accertamento della Commissione risponde ad una logica inquisitoria, poiché ad essa è rimesso il compito di raccogliere le prove dell'illecito ed individuare compiutamente l'infrazione. Dalla natura amministrativa del procedimento discende che istituti e norme di carattere processuale non risultano applicabili, sebbene la natura "contenziosa" delle procedure, che possono condurre ad una decisione di accertamento, inibitoria e sanzionatoria delle condotte vietate, conferisca un ruolo centrale ai principi del contraddittorio e della partecipazione al procedimento delle imprese indagate, in una logica di tutela dei loro diritti di difesa¹.

I procedimenti *antitrust* innanzi alla Commissione si suddividono in tre fasi: *i*) la fase pre-procedimentale, che precede l'apertura del procedimento; *ii*) la fase procedimentale propriamente detta, che è circoscritta al contraddittorio con le parti; *iii*) la fase di chiusura del procedimento, con l'adozione del provvedimento finale.

La fase detta pre-procedimentale o pre-istruttoria precede l'apertura formale

¹ Sulla natura amministrativa e non giurisdizionale dei procedimenti dinanzi alla Commissione, cfr. C. giust. CE, 15 luglio 1970, C-45/69, *Bohringer Mannheim*; Trib. CE, 10 marzo 1992, T-11/89, *Shell c. Commissione*. La legittimità dei procedimenti *antitrust* è stata ribadita anche in base al rilievo che le decisioni della Commissione

in materia di concorrenza sono soggette ad un incisivo sindacato giurisdizionale, potendo il Tribunale valutarne la legittimità in fatto e in diritto: cfr. T. UE, 14 maggio 1998, T-348/94, *Enso Española c. Commissione*; Trib. CE, 18 dicembre 1992, cause riunite T-10/92, T-11/92, T-12/92 e T-15/92, *Cimenteries CBR e altri c. Commissione*.

di un procedimento ed è quella in cui la Commissione si attiva ai fini della repressione di un illecito, sulla base di una *notizia criminis* relativa ad una violazione delle regole di concorrenza ricevuta da terzi (o più di frequente da una delle parti dell'intesa stessa che intende accedere al programma di clemenza o raccolta d'ufficio). La Commissione può esercitare in tale fase tutti i suoi poteri formali di indagine, non essendo necessaria a tal fine la previa adozione di una decisione di avvio del procedimento. Ciò è stato confermato anche dalla giurisprudenza, secondo cui la Commissione non è tenuta ad adottare e pubblicare alcun provvedimento di avvio dell'istruttoria, né a comunicare alle parti l'oggetto esatto dell'indagine all'atto dell'ispezione, o in un momento successivo, fino alla comunicazione degli addebiti, senza che ciò integri una lesione dei diritti di difesa delle parti².

La fase procedimentale propriamente detta si apre con l'avvio del procedimento per presunta violazione degli artt. 101 e 102 TFUE, che la Commissione tende ad adottare solo nella fase terminale dell'indagine, in occasione della comunicazione degli addebiti; solo da tale momento le imprese indagate assumono la qualifica di parte dal punto di vista sostanziale ai fini dell'esercizio dei diritti di difesa e acquistano tutti i diritti di partecipazione al procedimento.

A conclusione del procedimento istruttorio, la Commissione può adottare uno tra i diversi provvedimenti di cui agli artt. 7-10 del Reg. 1/2003. Le decisioni con cui si conclude il procedimento istruttorio devono essere congruamente motivate, secondo i principi generali dell'ordinamento ed in virtù della loro natura di atti suscettibili di incidere su situazioni giuridiche soggettive di terzi.

Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, i procedimenti *antitrust* sarebbero suddivisibili in due diverse fasi procedimentali. La prima fase, di carattere chiaramente amministrativo, sarebbe

la fase in cui la Commissione raccoglie le prove, effettuando le ispezioni nei locali dell'impresa e acquisendo le informazioni dalle parti stesse e da soggetti terzi. La seconda fase del procedimento, avente carattere quasi-giurisdizionale, *inter partes*, inizierebbe con l'invio della Comunicazione degli addebiti alle parti, a seguito della quale queste ultime avrebbero, per la prima volta dall'avvio del procedimento, la possibilità di presentare le proprie osservazioni in merito agli addebiti ad esse indirizzati, cosicché la Commissione sarebbe vincolata ad adottare una decisione solo con riguardo alle contestazioni rese note alle imprese indagate e rispetto alle quali le stesse abbiano avuto la possibilità di difendersi³.

II. L'AVVIO DEL PROCEDIMENTO

La Commissione avvia un procedimento *antitrust* allorché intenda adottare una delle decisioni di cui agli artt. 7-10 Reg. 1/2003, ossia decisioni di accertamento di una condotta illecita, decisioni di accettazione degli impegni proposti dalle parti al fine di porre rimedio a tale condotta, decisioni che impongono misure provvisorie (ad esempio, provvedimenti cautelari), ovvero decisioni che dichiarano inapplicabili le norme *antitrust* in un determinato caso.

Il procedimento può essere avviato *ex officio*, a seguito di una presentazione di domanda di clemenza da una delle parti dell'intesa, o per effetto di una denuncia presentata da terzi (pubbliche amministrazioni, privati, associazioni rappresentative di consumatori).

Nella prima ipotesi (avvio *ex officio*) la Commissione può intervenire spontaneamente, a seguito di un'analisi degli elementi in qualunque modo acquisiti e a sua disposizione. Di regola, la Commissione raccoglie informazioni utili all'avvio delle indagini principalmente attraverso indagini di settore condotte dalla stessa in

² C. giust. CE, 14 luglio 1972, cause riunite 48/69, 49/69, 51/69-57-6, *ICI e a. c. Commissione*.

³ C. giust. CE, 18 ottobre 1989, C-374/87, *Orkem c. Commissione*; C. giust. CE, 18 ottobre

1989, C-27/88, *Solvay c. Commissione*; Trib. CE, 30 settembre 2003, cause riunite T-191/98 e da T-212/98 a T-214/98, *Atlantic Container Line e altri c. Commissione*.

virtù dei poteri di cui dispone *ex art.* 17 Reg. 1/2003.

La normativa dell'Unione non stabilisce un termine entro il quale il procedimento debba essere avviato, con la conseguenza che la Commissione può avviare il procedimento in qualunque momento nel corso delle indagini, ma in ogni caso non oltre: *i*) l'adozione della Comunicazione degli addebiti, *ii*) la pubblicazione della comunicazione con cui la Commissione rende nota la sua intenzione di rendere vincolanti gli impegni proposti dalle imprese coinvolte o *iii*) la pubblicazione di una comunicazione in cui la Commissione rende nota la sua intenzione di adottare una decisione con impegni, al fine di ricevere commenti dai terzi interessati, o una decisione con cui dichiara l'inapplicabilità degli artt. 101 o 102 TFUE al caso in esame, o *iv*) la richiesta alle parti di manifestare il proprio interesse ad avviare discussioni in vista della transazione (cfr. art. 2, Reg. 622/2008).

Generalmente, la Commissione assume la decisione di avvio del procedimento nella fase terminale dell'indagine e la notifica alle parti solo contestualmente alla notifica della comunicazione degli addebiti, dandone notizia in forma abbreviata nella *Gazzetta Ufficiale*⁴. In talune circostanze, la Commissione ha anticipato l'adozione della decisione di avvio alla fase immediatamente successiva alle ispezioni, al solo fine di incardinare la propria competenza e scongiurare un rischio di conflitto con indagini avviate contestualmente da altre autorità *antitrust* della UE. L'avvio del procedimento da parte della Commissione priva difatti tutte le Autorità Nazionali della Concorrenza degli Stati Membri della competenza ad applicare gli artt. 101 e 102

TFUE nella medesima fattispecie oggetto dell'istruttoria comunitaria (cfr. art. 11, par. 6, Reg. 1/2003).

La decisione di avviare il procedimento non costituisce un atto impugnabile ai sensi dell'art. 263 TFUE⁵.

1. *I poteri di indagine della Commissione.* – Il Reg. 1/2003 (Capitolo V) ed il Reg. 773/2004, attribuiscono alla Commissione, nella fase pre-procedimentale, una serie di poteri formali di accertamento, ossia il potere di effettuare indagini per settore economico e per tipo di accordi (art. 17, Reg. 1/2003), di richiedere informazioni (art. 18, Reg. 1/2003), di raccogliere dichiarazioni (art. 19, Reg. 1/2003), e di compiere accertamenti ispettivi (artt. 20 e 21, Reg. 1/2003).

Il potere della Commissione di raccogliere dichiarazioni dal personale delle imprese nel corso degli accertamenti ispettivi, previsto *ex art.* 20, § 3, lett. e Reg. 1/2003, rappresenta uno degli strumenti di indagine più efficaci, ove si consideri che, nella prassi, la Commissione si è avvalsa largamente di questo mezzo istruttorio, soprattutto nei casi di cartelli complessi. A fronte, difatti, dei sofisticati meccanismi posti in essere dai membri del cartello per nascondere le evidenze dei comportamenti illeciti, le domande fattuali rivolte al personale delle imprese hanno frequentemente consentito alla Commissione di accedere alle informazioni rilevanti sulla struttura ed il funzionamento dei cartelli [Documento di lavoro dei servizi della Commissione che accompagna la relazione sul funzionamento del Reg. n. 1/2003, COM 24 aprile 2009, SEC(2009)574]. L'art. 4 Reg. 773/2004 prescrive le corrette modalità di verbalizzazione delle dichiarazioni relative ai

⁴ Sull'assenza di un obbligo per la Commissione di notificare alle parti la decisione di avvio del procedimento prima del suo annuncio sulla *Gazzetta Ufficiale* o a mezzo comunicato stampa, cfr. C. giust. CE, 14 luglio 1972, C-57/69, *ACNA c. Commissione*.

⁵ In tal senso si è espressa la Corte di Giustizia nel caso *IBM*, statuendo che l'avvio del procedimento costituisce una misura procedurale preparatoria della decisione finale, non essendo essa idonea ad esprimere la posizione finale della Commissione circa l'avvenuto compimento del-

l'infrazione (C. giust. CE, 11 novembre 1981, C-60/81, *IBM c. Commissione*). D'altro canto, qualsiasi vizio della decisione di avvio del procedimento può essere invocato dalla parte in sede di impugnazione della decisione finale (C. giust. CE, 11 novembre 1981, C-60/81, *IBM c. Commissione*; Trib. CE, 17 febbraio 2000, T-241/97, *Stork Amsterdam c. Commissione*; Trib. CE, 13 dicembre 1999, cause riunite T-189/95, T-39/96 e T-123/96, *SGA c. Commissione*; T. UE, 7 marzo 2002, T-95/99, *Satellimages TV5 c. Commissione*).

fatti oggetto di indagine che i funzionari della Commissione possono raccogliere in corso d'ispezione presso qualsiasi rappresentante o membro del personale dell'impresa o dell'associazione di imprese oggetto dell'accertamento ispettivo. I chiarimenti forniti da membri del personale devono permanere nel fascicolo della Commissione nella forma in cui sono stati registrati nel corso dell'accertamento. In chiave garantista, la norma consente all'impresa soggetta all'accertamento di rettificare entro un termine le dichiarazioni rilasciate dal personale che non sia stato autorizzato a rilasciare dichiarazioni ai funzionari della Commissione.

Ai sensi dell'art. 23 del Reg. 1/2003, la Commissione può, mediante decisione, irrogare ammende fino all'1% del fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente dalle imprese e associazioni di imprese soggette ad ispezioni qualora queste, intenzionalmente o per negligenza, forniscano una risposta inesatta o fuorviante.

2. *Le denunce e la partecipazione dei terzi al procedimento.* – Mentre le denunce di terzi rappresentano uno strumento poco rilevante nella lotta ai cartelli, le cui indagini sono generalmente avviate a seguito di domande di clemenza presentate da imprese partecipanti alle intese stesse, esse assumono maggior rilievo nelle indagini per condotte abusive ai sensi dell'art. 102 TFUE, ambito in cui è frequente l'avvio di procedimenti istruttori su impulso di reclami presentati da terzi concorrenti o clienti.

1) Le denunce possono essere formali o informali. Le denunce informali possono essere presentate oralmente o per iscritto, e non conferiscono al denunciante i diritti di partecipazione al procedimento contemplati dal Reg. n. 773/2004. Le denunce informali possono essere non ufficiali, allorché non sia resa nota l'identità delle persone che le presentano, o perché sono presentate in modo anonimo o perché i denunciati chiedono alla Commissione di tenere segreta la loro

identità, e tale richiesta non sia manifestamente priva di giustificazione. La giurisprudenza ha in proposito chiarito che, qualora un soggetto fornisca volontariamente informazioni e richieda che la sua identità non sia rivelata, la Commissione ha l'obbligo di non rivelare l'identità del denunciante⁶.

La Commissione in genere non consente alle imprese indagate l'accesso a documenti attraverso i quali sia possibile risalire all'identità dei denunciati informali. Tali documenti non possono essere perciò utilizzati nel procedimento, e la Commissione deve procedere a reperire indipendentemente da essi le prove dell'infrazione. L'obbligo di mantenere segreti i documenti forniti dai denunciati non è, tuttavia, assoluto, poiché la Commissione può utilizzare in ogni caso quei documenti indispensabili a provare l'infrazione, ai sensi dell'art. 15, Reg. 773/2004 CE, cercando nondimeno di preservare la riservatezza in relazione alla paternità del documento.

2) Chiunque abbia un interesse legittimo – imprese ma anche individui – può presentare una denuncia formale alla Commissione. Le denunce possono essere indirizzate in una delle lingue ufficiali dell'Unione europea alla Commissione la quale dovrà trattare la denuncia nella stessa lingua. Ai sensi dell'art. 5 Reg. 773/2004, la denuncia deve necessariamente contenere le informazioni richieste nel Formulario C, disponibile sul sito della Commissione Europea (Direzione generale Concorrenza). Qualora il denunciante ritenga che i documenti presentati siano riservati o contengano segreti industriali, il carattere riservato di tali documenti deve essere chiaramente indicato alla Commissione, attirando l'attenzione sulle restrizioni all'utilizzazione di tali documenti e fornendo una versione non riservata della denuncia affinché questa possa essere trasmessa all'impresa interessata.

Sono legittimati a presentare una denuncia, individualmente o in gruppo, i concorrenti dell'impresa, i suoi clienti di-

⁶ C. giust. CE, 7 novembre 1985, 145/83 *Stanley Adams c. Commissione*.

retti, i consumatori finali e le loro associazioni, i sindacati, gli Stati membri (comprese le autonomie locali). Questi ultimi non devono provare il loro interesse legittimo, posto che nei loro confronti esso si presume sussistente⁷. Le imprese, invece, sono considerate portatrici di un interesse legittimo se sono attive nello stesso mercato rilevante in cui è attivo l'autore della condotta denunciata o se la condotta in questione è in qualche modo in grado di ledere i loro interessi in modo diretto⁸. Infine, la giurisprudenza ha riconosciuto che anche i semplici consumatori possono avere un interesse legittimo se danneggiati dalla violazione delle norme *antitrust*⁹.

La denuncia deve essere presentata compilando il c.d. "Formulario C". Tale modello richiede l'identificazione del denunciante, una descrizione degli accordi o dei comportamenti denunciati, una descrizione dei prodotti e servizi interessati dalla condotta, le informazioni relative al mercato rilevante (in particolare quanto alla struttura e alla posizione delle imprese interessate). Il denunciante dovrà anche spiegare sotto quali profili le condotte denunciate violino gli artt. 101 e 102 TFUE, ma la Commissione non è tenuta ad attenersi a tale valutazione giuridica.

Nella fase successiva alla presentazione della denuncia, la Commissione ha il dovere di esaminare con attenzione i fatti e le questioni di diritto portate alla sua attenzione dai denunciati al fine di stabilire se rivelino l'esistenza di condotte

anticorcorrenziali, ma non è obbligata ad effettuare indagini relative ad ogni denuncia e a stabilire se è stata commessa un'infrazione¹⁰. Ad ogni modo, la Commissione è tenuta a decidere in merito a una denuncia entro un termine ragionevole, tenuto conto della complessità del caso sottoposto al suo esame e degli interessi delle parti coinvolte.

Se la Commissione, ad esito di queste indagini, ritiene di non essere in possesso di elementi sufficienti per agire, ne deve dare notizia al denunciante che potrà eventualmente presentare ulteriori informazioni entro un termine stabilito dalla Commissione prima che questa decida di rigettare definitivamente la denuncia. In ogni caso, la mancata comunicazione, da parte della Commissione, della propria intenzione di non perseguire l'infrazione, non impedisce alla stessa di riaprire il fascicolo qualora lo ritenga opportuno, in particolare se il denunciante fornisce entro il termine stabilito nuovi elementi di fatto e di diritto idonei a corroborare la propria denuncia¹¹. La lettera con cui la Commissione comunica la propria intenzione di non aprire un procedimento costituisce un atto interlocutorio, quindi non impugnabile ai sensi dell'art. 263 TFUE¹².

Una denuncia è considerata ritirata se il denunciante non presenta le sue osservazioni nel termine stabilito dalla Commissione, che non può essere inferiore a quattro settimane art. 7, Reg. 773/2004.

⁷ Trib. CE, 18 settembre 1992, T-24/90, *Automec c. Commissione*.

⁸ A titolo esemplificativo, è utile ricordare che ai sensi della giurisprudenza comunitaria e della prassi della Commissione sono stati ritenuti portatori di un interesse legittimo a presentare denunce: i concorrenti delle imprese accusate di aver commesso un'infrazione (C. giust. CE, 3 luglio 1991, C-62/86, *AKZO c. Commissione*); un'impresa esclusa da un sistema di distribuzione (Trib. CE, 12 dicembre 1996, T-19/92, *Leclerc c. Commissione*); un distributore vincolato da un divieto di esportazioni (Dec. 30 ottobre 2002, n. 2003/675/CE, casi COMP/35.587 PO *Video Games*, COMP/35.706 PO *Nintendo Distribution* e COMP/36.321 *Omega-Nintendo*); la parte di un contratto di licenza di diritti di proprietà intellettuale che contenga clausole anticompetitive (Dec. 2 aprile 2003, n. 2003/600/CE, *AOIP/Beyard*); un'associa-

zione di imprese che rappresenti gli interessi delle imprese danneggiate dalla condotta anticompetitiva (Trib. CE, 24 gennaio 1995, T-114/92, *BENIM c. Commissione*); un'impresa il cui ingresso nel mercato sia impedito da pratiche leganti messe in atto da altre imprese fornitrici di un determinato prodotto (T. UE, 11 luglio 1996, cause riunite T-528/93, T-542/93, T-543/93 e T-546/93, *Métropole Télévision c. Commissione*).

⁹ Trib. CE, 7 gennaio 2006, cause riunite T-213/01 e T-214/01, *Österreichische Postsparkasse c. Commissione*.

¹⁰ Trib. CE, 18 settembre 1992, T-24/90, *Automec II*.

¹¹ C. giust. CE, 18 ottobre 1979, C-125/78, *GEMA*.

¹² Trib. CE, 27 giugno 1995, T-186/94, *Guérin automobiles c. Commissione*.

Se il denunciante presenta le proprie osservazioni, la Commissione può rigettare la denuncia mediante decisione, in cui specifica le ragioni per cui un'azione della Commissione non sarebbe giustificata.

Un procedimento instauratosi a seguito di una denuncia può concludersi con una decisione che accerti e sanzioni la violazione degli artt. 101 o 102 TFUE ovvero con il rigetto della denuncia per assenza di un interesse dell'Unione a proseguire le indagini, o perché la denuncia non fornisce elementi idonei a valutare la sussistenza di un'infrazione¹³. Nel decidere se rigettare o meno una denuncia la Commissione ha un ampio margine di discrezionalità, essendo rimessa al suo apprezzamento la valutazione circa l'opportunità o meno di perseguire un'infrazione nell'interesse pubblico¹⁴. Pertanto, i denunciatori non hanno titolo per ottenere una decisione che accerti l'eventuale esistenza dell'infrazione da essi prospettata. Inoltre, la Commissione può assegnare diversi gradi di priorità nell'istruzione delle denunce, secondo il criterio c.d. dell'interesse pubblico comunitario, inteso come gravità della presunta infrazione, probabilità di poterne accertare l'esistenza ed ampiezza degli accertamenti istruttori da espletare¹⁵. Ad ogni modo, la Commissione ha sempre l'obbligo di fornire le ragioni del rigetto di una denuncia¹⁶. La Commissione è invece tenuta a condurre un'indagine allorché il denunciante sia uno Stato membro¹⁷.

Infine, sebbene l'autore di una denuncia non abbia diritto ad ottenere che la Commissione istruisca un procedimento istruttorio finalizzato ad accertare la sus-

sistenza dell'infrazione, questi ha comunque il diritto di veder definito l'esito di una denuncia da parte della Commissione, mediante una decisione. Quest'ultima potrà eventualmente costituire oggetto di un ricorso giurisdizionale ai sensi dell'art. 263, § 4, TFUE. Il diritto del denunciante a veder definito l'esito della sua denuncia è stato riconosciuto dalla giurisprudenza comunitaria¹⁸, che, tuttavia, ha negato che il denunciante vanti il diritto ad una decisione favorevole al proprio interesse particolare¹⁹.

Qualora la Commissione non adotti una decisione definitiva in cui rigetta la denuncia entro un arco di tempo ragionevole, il denunciante potrà agire in carenza ai sensi dell'art. 265 TFUE.

Relativamente ai diritti dei denunciatori a seguito dell'avvio del procedimento, il diritto dell'Unione conferisce loro il diritto di partecipare al procedimento avviato dalla Commissione per l'accertamento della sussistenza della violazione, ancorché con delle limitazioni rispetto alle imprese indagate.

In linea di massima al denunciante non è garantito il diritto di accesso al fascicolo riconosciuto alle parti di un procedimento *antitrust*²⁰. Tuttavia, ai sensi degli artt. 7 e 8 del Reg. 773/2004, il denunciante ha accesso ai documenti in base ai quali la Commissione intende rigettare la denuncia, e deve essere informato di tale intenzione in modo da poter presentare ulteriori informazioni. Inoltre, il denunciante ha diritto a ricevere una versione non riservata della Comunicazione degli addebiti e può presentare osservazioni per iscritto in merito al contenuto della Comunicazione degli addebiti

¹³ C. giust. CE, 28 marzo 1985, C-298/83, *CICCE c. Commissione*; T. UE, 16 dicembre 1999, T-198/98, *Micro Leader c. Commissione*.

¹⁴ C. giust. CE, 17 maggio 2001, C-449/98P, *IECC c. Commissione*.

¹⁵ Trib. CE, 18 settembre 1992, T-24/90, *Automec II*.

¹⁶ C. giust. CE, 4 marzo 1999, C-119/97P, *Union française de l'express (Ufex) e a. c. Commissione*.

¹⁷ Trib. CE, 18 settembre 1992, T-24/90, *Automec II*.

¹⁸ C. giust. CE, 18 marzo 1997, C-282/95P, *Guerin*.

¹⁹ C. giust. CE, 17 maggio 2001, C-449/98P, *IECC c. Commissione*; C. giust. CE, 4 marzo 1999, C-119/97P, *Union française de l'express (Ufex) e a. c. Commissione*; C. giust. CE, 18 ottobre 1979, C-125/78, *GEMA*.

²⁰ In tal senso si è espressa la giurisprudenza comunitaria nell'interpretazione dell'art. 19, Reg. CEE 6 febbraio 1962, n. 17/1962; si ritiene che tale conclusione rimanga valida con riguardo all'art. 27, Reg. CE, 16 dicembre 2002, n. 1/2003 (Trib. CE, 15 luglio 1994, T-17/93, *Matra Hachette c. Commissione*).

adottata dalla Commissione. A tal fine quest'ultima fissa un termine, non inferiore a quattro settimane, entro il quale tali osservazioni devono essere presentate. Il denunciante può anche richiedere di esprimersi nel corso dell'audizione delle parti destinatarie della comunicazione degli addebiti e, se lo ritiene opportuno, la Commissione può consentire la partecipazione del denunciante. Il denunciante non ha, tuttavia, accesso al fascicolo del procedimento.

Una questione non disciplinata esplicitamente dalla normativa dell'Unione riguarda l'ammissibilità dell'intervento di terzi nel procedimento una volta che questo sia cominciato, e se questi possano acquisire gli stessi diritti dei denunciati, tipicamente il diritto a ricevere una versione non riservata della Comunicazione degli addebiti. La questione è stata risolta positivamente nel caso *Österreichische Banken*, dove la Commissione – la cui decisione è stata confermata dal Tribunale di I grado – ha ammesso a partecipare al procedimento un partito politico consentendo a questo l'accesso ad una versione non riservata della comunicazione degli addebiti nonostante il procedimento fosse stato iniziato su iniziativa della Commissione²¹.

3. *Effetti dell'avvio del procedimento.* – Come noto, il Reg. 1/2003 realizza un sistema di applicazione decentrata degli artt. 101 e 102 TFUE, nell'ambito del quale le autorità nazionali di concorrenza e i giudici nazionali partecipano, insieme alla Commissione, all'applicazione di dette norme. I criteri utili per individuare quale sia l'autorità meglio collocata per trattare un caso sono contenuti nella Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della Rete delle autorità nazionali della concorrenza (Com. 27.4.2004, n. 2004/C101/03) e nella Comunicazione sulla procedura applicabile alle denunce (Com. 27.4.2004, n. 2004/C01/05).

Al fine di incentivare la collaborazione fra autorità nazionali di concorrenza e tra queste e la Commissione, il Reg. 1/2003

stabilisce un meccanismo di scambio di informazioni in virtù del quale, quando un'autorità avvia un'indagine, comunica alle altre autorità le informazioni relative al caso subito dopo l'adozione della prima misura investigativa. Qualora la stessa denuncia venga presentata davanti a più autorità o presentata davanti ad un'autorità non idealmente collocata ad accertare l'infrazione, i membri della rete determinano quale sia l'autorità competente entro in termine indicativo di due mesi, informando i denunciati dell'avvenuta riallocazione del caso.

Ai sensi dell'art. 9, Reg. 773/2004, la Commissione è tenuta ad informare il denunciante nell'ipotesi in cui decida di rigettare una denuncia per i motivi di cui all'art. 13, Reg. 1/2003. Ai sensi di tale norma, l'avvio di un procedimento innanzi alla Commissione preclude alle autorità nazionali la trattazione del medesimo caso; le autorità, d'altro canto, hanno facoltà di rigettare una denuncia nel caso in cui la medesima presunta infrazione sia – o sia stata – trattata innanzi ad un'altra autorità. Inoltre, le autorità nazionali hanno il potere di sospendere il procedimento in corso qualora sia avviato un procedimento davanti ad un'altra autorità, avente ad oggetto la stessa infrazione.

Un rigetto della denuncia ai sensi dell'art. 13 Reg. 1/2003 è legittimo se le due indagini parallele hanno ad oggetto un'infrazione dello stesso tipo e la condotta dalle medesime imprese in uno stesso mercato del prodotto e geografico. Se l'identità fra le fattispecie è solo parziale, la Commissione può rigettare la denuncia solo relativamente a quelle condotte che coincidono con quelle già oggetto di indagine a livello nazionale.

Ad ogni modo, né la Commissione né le autorità nazionali sono tenute a rigettare una denuncia perché un'altra autorità sta esaminando lo stesso caso. Difatti, vi è un certo grado di discrezionalità nello stabilire l'opportunità di sospendere o meno un'indagine per l'accertamento di un illecito *antitrust*.

²¹ Trib. CE, 7 giugno 2006, cause riunite T-

213/01 e T-214/01, *Österreichische Postsparkasse c. Commissione*.

III. LA COMUNICAZIONE DEGLI ADDEBITI E RISPOSTE DELLE PARTI

La Commissione è tenuta a comunicare alle parti indagate in un procedimento *antitrust* gli addebiti mossi nei loro confronti, al fine di permettere loro di esprimere la propria posizione sulla veridicità e rilevanza dei fatti e delle circostanze contestate. L'invio della Comunicazione degli addebiti costituisce dunque un obbligo posto a tutela del diritto di difesa delle parti.

La Comunicazione degli addebiti non può essere autonomamente impugnata ai sensi dell'art. 263 TFUE; tuttavia, eventuali profili di illegittimità ad essa attinenti potranno essere contestati in sede di impugnazione della decisione finale²².

Essa rappresenta la "cristallizzazione" degli addebiti che la Commissione muove alle imprese indagate all'avvio del procedimento. La corrispondenza tra addebiti formulati in questa sede e violazioni contestate nella decisione finale è rilevante ai fini dell'esercizio dei diritti di difesa delle parti, poiché queste devono potere svolgere le proprie osservazioni e difese su addebiti loro noti ed appropriatamente contestati. Così, se la Commissione ritiene di formulare nuovi addebiti in base alle ulteriori informazioni raccolte dovrà inviare un'ulteriore Comunicazione degli addebiti²³.

Per quanto riguarda il contenuto, la Comunicazione degli addebiti deve contenere una descrizione dei fatti considerati rilevanti, l'analisi giuridica degli stessi e

l'indicazione delle prove a sostegno delle ipotesi probatorie formulate dalla Commissione²⁴.

La ricostruzione dei fatti e la qualificazione giuridica effettuata nella Comunicazione degli addebiti mantengono pur sempre un carattere provvisorio, con la conseguenza che la decisione finale può discostarsi dalla ricostruzione operata inizialmente negli addebiti, eventualmente anche a seguito delle osservazioni presentate dalle parti. In tale ottica la giurisprudenza ha escluso che una decisione finale sia annullabile a causa della non esatta corrispondenza tra le conclusioni definitive raggiunte nella decisione finale e quelle inizialmente formulate nella Comunicazione degli addebiti²⁵. Ad ogni modo, nella decisione finale la Commissione non può discostarsi radicalmente dalle conclusioni espresse nella Comunicazione degli addebiti senza dar conto dei nuovi elementi probatori acquisiti in istruttoria e tali da giustificare una modifica nelle valutazioni²⁶.

Se la Commissione intende imporre delle sanzioni, la Comunicazione deve altresì contenere considerazioni relative ai profili sanzionatori e fornire una valutazione provvisoria circa la durata dell'infrazione, la sua gravità ed il titolo di imputazione della stessa (dolo o colpa). Ciò non implica, tuttavia, che la Commissione debba fornire indicazioni circa il possibile ammontare dell'ammenda oppure sui parametri che intende applicare nel calcolo della sanzione²⁷.

²² Siffatta preclusione non parrebbe avere carattere assoluto, dal momento che la Corte ha lasciato aperta la possibilità di impugnare una Comunicazione degli addebiti che sia priva di qualsiasi apparenza di legalità: C. giust. CE, 11 novembre 1981, C-60/81, *IBM c. Commissione*. Si veda anche Trib. CE, 18 dicembre 1992 cause riunite T-10/92, T-11/92, T-12/92 e T-15/92, *Cimenteries CBR e altri c. Commissione*.

²³ Cfr. Trib. CE; 27 settembre 2006, T-59/02, *Archer Daniels Midland c. Commissione*.

²⁴ La giurisprudenza ritiene che la Commissione non sia tenuta a spiegare i fatti in maniera dettagliata, potendo limitarsi ad illustrare in modo sintetico gli elementi sui quali intende fondare la propria accusa: cfr. C. giust. CE, 15 luglio 1970, C-45/69, *Boehringer Mannheim c. Commissione*; C. giust. CE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-

217/00P e C-219/00P, *Aalborg Portland and others c. Commissione*; Trib. CE, 15 giugno 2005, cause riunite T-71/03, T-74/03, T-87/03 e T-91/03, *Tokai Carbon c. Commissione*, confermato in appello da C. giust. CE, 10 maggio 2007, C-328/05P, *SGL Carbon/Commission*. Si vedano anche C. giust. CE, 7 giugno 1983, cause riunite 100 a 103/80, *Musique Diffusion française c. Commissione*; Trib. CE, 8 luglio 2004, T-48/00, *Corus UK c. Commissione*.

²⁵ C. giust. CE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P e C-219/00P, *Aalborg Portland and others c. Commissione*; Trib. CE, 8 luglio 2004, T-44/0, *Mannesmannröhren-Werke c. Commissione*.

²⁶ Trib. CE, 13 luglio 2006, T-464/04, *Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) c. Commissione*.

²⁷ Ad esempio, non costituisce una violazione dei diritti di difesa delle parti il fatto che la Com-

Se la Commissione fonda la propria accusa su specifici documenti probatori – a prescindere dal fatto che tali documenti provengano dall'impresa o da terzi – è tenuta a fornirne copia alle imprese indagate, in modo da permettere a queste di presentare le loro osservazioni sul valore probatorio di tali documenti. A tal fine, è prassi della Commissione allegare alla Comunicazione degli addebiti una lista dei documenti rilevanti.

La giurisprudenza ha escluso che la Commissione possa fondare le proprie accuse sui documenti non rivelati alle parti²⁸, pur ammettendo la possibilità che la Commissione fornisca tali documenti in un momento successivo all'invio della Comunicazione degli addebiti²⁹.

Nella Comunicazione degli addebiti, la Commissione fissa alle parti un termine, non inferiore a quattro settimane, per la presentazione di osservazioni scritte. Il termine deve essere ragionevole e tale da consentire alle parti di difendersi in modo effettivo. Generalmente il termine concesso è di due o tre mesi ma, nei casi più complessi, sono stati fissati termini di cinque mesi o oltre³⁰. Poiché la determinazione dell'ampiezza di questo termine è in larga misura rimessa alla discrezionalità della Commissione, il giudice dell'Unione potrà censurarla soltanto nei casi di manifesta irragionevolezza ed arbitrarietà³¹.

La presentazione di osservazioni alla Comunicazione degli addebiti costituisce una facoltà – e non un obbligo – per le parti. Ne consegue che, in sede di impugnazione della decisione finale innanzi al Tribunale, le parti possono sollevare anche quelle obiezioni che avrebbero potuto includere nelle repliche alla Comu-

zione degli addebiti³². Le osservazioni sono presentate in forma scritta e possono contenere tutti gli argomenti noti alla parte ed idonei a confutare le allegazioni della Commissione nonché delle proposte alla Commissione di sentire persone in grado di confermare le circostanze invocate dalla parte nelle proprie osservazioni. Infine, la parte può allegare alle proprie osservazioni tutti i documenti che ritenga rilevanti ai fini probatori.

IV. LA PROCEDURA DI TRANSAZIONE NEI CASI DI CARTELLI

Nel giugno 2008 la Commissione ha adottato il Reg. 622/2008/CE riguardante le transazioni nei procedimenti relativi ai cartelli (c.d. “*settlement*”), introducendo l'art. 10-*bis* nel Reg. 773/2004.

La transazione (o *settlement*) è un istituto che consente alle imprese indagate dalla Commissione nel quadro di un'istruttoria per presunto cartello di “contrattare” una riduzione della sanzione pari al 10% in cambio dell'ammissione di responsabilità e della rinuncia ad alcuni diritti di difesa previsti nel procedimento (repliche scritte alla comunicazione degli addebiti, diritto d'accesso al fascicolo e all'audizione formale). La procedura di transazione viene in rilievo successivamente alla fase istruttoria vera e propria (quando cioè le prove della sussistenza dell'illecito sono già state raccolte), ed è sostanzialmente una “scorciatoia” procedurale finalizzata ad abbreviare i tempi del procedimento, incentivando le parti affinché esse rinuncino consapevolmente all'esercizio dei diritti di difesa e ammettano la propria responsabilità, in cambio di una riduzione della sanzione pecunia-

missione modifichi la propria posizione rispetto al ruolo dell'impresa nell'ambito di un cartello, anche qualora una tale diversa valutazione implichi un incremento dell'ammenda (Trib. CE, 15 giugno 2005, cause riunite T-71/03, T-74/03, T-87/03 e T-91/03, *Tokai Carbon c. Commissione*).

²⁸ C. giust. CE, 6 aprile 1995, C-310/93P, *BPB Industries e British Gypsum c. Commissione*; T. UE, 29 giugno 1995, T-30/91, *Judgment Solvay c. Commissione*.

²⁹ Trib. CE, 14 maggio 1998, T-334/94, *Sarrió c. Commissione*.

³⁰ Cfr. C. giust. CE, 21 febbraio 1973, C-6/72,

Europemballage Corporation e Continental Can Company c. Commissione; C. giust. CE, 11 novembre 1981, *IBM c. Commissione*, C-60/81.

³¹ Ad esempio, nel caso *Volkswagen c. Commissione* il Tribunale ha ritenuto ragionevole un termine di due mesi nell'ambito di un procedimento in cui la Commissione aveva impiegato un anno per l'analisi dei documenti istruttori: cfr. Trib. CE, 6 luglio 2000, T-62/98, *Volkswagen c. Commissione*.

³² Trib. CE, 12 dicembre 1991, T-30/89, *Hilti c. Commissione* confermato in appello da C. giust. CE, 2 marzo 1994, C-53/92, *Hilti c. Commissione*.

ria applicabile. La procedura di transazione è facoltativa sia per le parti che per la Commissione. Quest'ultima in particolare gode di un ampio margine di discrezionalità nel decidere se verificare l'interesse delle parti a partecipare a discussioni in vista di una transazione, tenendo conto di vari fattori quali il numero delle parti in causa, le prevedibili contrastanti posizioni in merito all'imputazione della responsabilità, il livello di contestazione dei fatti e la necessità di giungere entro un termine ragionevole ad un consenso con le parti indagate circa l'oggetto e la portata delle infrazioni da contestare.

La procedura di transazione si instaura su impulso formale della Commissione, la quale, qualora ritenga che l'insieme dei riscontri probatori raccolti nell'indagine sia tale da consentirle di provare la sussistenza del cartello, e dopo aver valutato che il ricorso alla transazione sia appropriato nel caso in questione, prende contatto con le parti per sondare l'interesse di queste al raggiungimento di un accordo transattivo. L'iniziativa formale della Commissione può anche scaturire da una segnalazione informale di una delle parti indagate, che manifesta il proprio interesse a raggiungere un accordo transattivo.

Alle parti viene poi concesso un termine non inferiore a due settimane nel quale esse devono dichiarare per iscritto il proprio interesse a ricorrere alla procedura di transazione. Con tale dichiarazione scritta, tuttavia, le parti non riconoscono di aver commesso un illecito *antitrust* né si assumono la relativa responsabilità, ma esprimono esclusivamente la propria disponibilità a trattare con la Commissione. Nel caso in cui alcune delle parti indagate desiderino transigere, mentre altre si rifiutino (i cosiddetti casi "ibridi"), la Commissione può valutare l'opportunità di abbandonare immediatamente la procedura di transazione a fronte dell'impossibilità di realizzare quelle economie procedurali e amministrative cui è sotteso l'istituto del *settlement*.

Laddove le parti aderiscano alla proposta della Commissione nei termini sopra descritti, quest'ultima può decidere di

aprire formalmente la procedura di transazione avviando delle consultazioni bilaterali con le parti tese a: *i*) informare le parti dei riscontri probatori raccolti nell'istruttoria e degli addebiti che la Commissione intende formulare a loro carico; *ii*) consentire alle parti di esporre i propri argomenti in merito ai capi di imputazione; *iii*) discutere l'ammontare massimo dell'ammenda irrogabile sulla base degli elementi probatori contenuti nel fascicolo istruttorio.

Se la fase consultiva/negoziale dà un esito positivo, la Commissione fissa un termine di almeno quindici giorni entro il quale le imprese possono presentare una proposta irrevocabile di transazione in forma scritta; si tratta di un atto particolarmente importante perché permette alle parti di rappresentare alla Commissione i termini della transazione sulla base delle proprie aspettative. Nella proposta le parti devono: *i*) riconoscere l'infrazione addebitata loro dalla Commissione; *ii*) indicare l'importo massimo della sanzione che sono disposte ad accettare; *iii*) confermare di essere state sufficientemente informate degli addebiti che la Commissione intende muovere nei loro confronti; *iv*) rinunciare all'accesso al fascicolo e all'audizione orale; *v*) acconsentire alla ricezione della comunicazione degli addebiti e della decisione definitiva in una lingua ufficiale dell'Unione, che potrebbe essere diversa dalla lingua procedimentale scelta dalla parte.

Spetta poi alla Commissione adottare una comunicazione degli addebiti che rispecchi o meno la proposta di transazione. Per garantire l'esercizio effettivo dei diritti di difesa, in questa fase la Commissione può sentire le eventuali argomentazioni delle parti, in fatto ed in diritto, sugli addebiti mossi nei loro confronti, in modo da poter modificare, all'occorrenza, la propria analisi preliminare.

Se la comunicazione degli addebiti riflette fedelmente la proposta di transazione, le parti rispondono entro un termine fissato dalla Commissione (di almeno due settimane) semplicemente confermando, in termini inequivocabili, che la comunicazione degli addebiti corri-

sponde al contenuto delle loro proposte di transazione e che quindi esse mantengono l'impegno di seguire la procedura di transazione. In assenza di siffatta risposta, la Commissione prende atto che la parte non intende tener fede al proprio impegno a transigere e può eventualmente decidere di abbandonare la procedura di transazione.

La Commissione può comunque adottare una comunicazione degli addebiti che non rispecchi la proposta di transazione delle parti. In tal caso, le ammissioni formulate dalle parti nella proposta di transazione si intendono ritirate e non possono essere utilizzate come prove contro alcuna parte del procedimento. Nel contempo le parti non sono più vincolate dalla loro proposta di transazione e riacquistano i diritti di difesa cui avevano rinunciato, da esercitarsi entro un nuovo termine.

Una volta che le parti hanno confermato l'impegno a giungere a una transazione alla luce delle imputazioni contenute nella comunicazione degli addebiti, la Commissione può emanare una decisione che rispecchi il contenuto della proposta di transazione e della comunicazione degli addebiti.

In caso di esito positivo della procedura, l'importo finale dell'ammenda inflitta viene ridotto per tutte le parti che hanno aderito al *settlement* nella misura fissa del 10% (fatto salvo, come detto, l'eventuale cumulo con la riduzione della sanzione in virtù dell'applicazione del trattamento di clemenza), giacché la riduzione d'ammenda che la Commissione concede in virtù della transazione non è modulabile.

V. I DIRITTI DI DIFESA DELLE PARTI

1. *Il diritto ad essere sentiti.* – Il diritto ad essere sentiti costituisce un diritto strumentale al pieno esercizio del diritto di difesa. Secondo la giurisprudenza, in virtù di tale diritto alla parte deve essere concessa, durante il procedimento amministrativo, l'opportunità di esprimere la

propria opinione sulla veridicità e rilevanza dei fatti e delle circostanze ipotizzate dalla Commissione e sui documenti usati dalla medesima a sostegno delle proprie imputazioni³³.

Il diritto ad essere sentiti è sancito dall'art. 27, § 1, Reg. 1/2003, il quale stabilisce che le parti hanno diritto di essere sentite dalla Commissione prima dell'adozione di decisioni che ordinano di porre fine all'infrazione, che impongono misure provvisorie o che applicano sanzioni e penalità di mora. Ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 11, Reg. 773/2004, la tutela del diritto delle parti ad essere sentite si sostanzia nell'obbligo per la Commissione di esaminare, nella decisione finale, esclusivamente gli addebiti in relazione ai quali le parti hanno avuto modo di esprimersi, ovvero quelli contenuti nella Comunicazione degli addebiti o in eventuali successive comunicazioni supplementari inviate alle parti del procedimento.

Dal combinato disposto degli artt. 10 e 11 del Reg. 773/04 si evincono le modalità di attuazione del diritto ad essere sentiti nei procedimenti *antitrust*. In primo luogo, la Commissione deve notificare per iscritto alle parti gli addebiti nei loro confronti. Una volta messe al corrente degli addebiti, le parti devono essere sentite dalla Commissione prima che questa consulti il Comitato Consultivo di cui all'art. 14 del Reg. 773/2004/CE e prima che questa adotti qualsiasi decisione. Le imprese, oltre al diritto di accedere al fascicolo istruttorio di cui si dirà *infra*, hanno la facoltà di replicare per iscritto, entro il termine stabilito dalla Commissione, indicando le questioni ritenute rilevanti e depositando prove documentali; inoltre, hanno facoltà di richiedere un'audizione.

Per quanto riguarda il diritto delle parti all'audizione, ogni impresa a cui la Commissione abbia inviato una Comunicazione degli addebiti ha diritto a sviluppare i propri argomenti nel corso di un'audizione, qualora lo richieda. A tale audizione partecipano anche i denunciati e altre parti interessate, che possono anche essere ammessi ad esporre la

³³ C. giust. CE, 7 giugno 1983, cause riunite

100 a 103/80, *Musique Diffusion française c. Commissione*.

propria posizione durante l'audizione (Art. 12, Reg. 773/2004).

Le audizioni sono condotte da un consigliere-auditore indipendente e incaricato di assicurare il corretto svolgimento delle audizioni. A seguito dell'ampliamento del mandato del consigliere-auditore, la funzione di questa figura si estende oggi all'intero procedimento amministrativo. Art. 14, Reg. 773/2004.

I consiglieri-auditori, a garanzia della loro indipendenza, rispondono del loro operato direttamente al Commissario per la concorrenza e possono essere selezionati anche tra candidati esterni alla Commissione. Essi, quindi, da un lato svolgono un ruolo di collegamento e direzione tra le parti e la Commissione; dall'altro lato, hanno una funzione di garanzia dei diritti di difesa delle parti, dovendo vigilare sul corretto svolgimento del contraddittorio (accesso e audizioni) e sull'obiettività dell'eventuale successiva decisione. In particolare, il consigliere-auditore vigila affinché tutti i pertinenti elementi di fatto, in particolare gli elementi oggettivi relativi alla gravità dell'illecito – siano essi favorevoli o sfavorevoli agli interessati – siano presi in considerazione nell'elaborazione dei progetti di decisione della Commissione. A tal fine, il consigliere-auditore viene costantemente informato sullo stato della procedura fino alla comunicazione al Commissario per la Concorrenza della bozza di decisione, in relazione alla quale ha facoltà di presentare le sue osservazioni. Il consigliere-auditore si occupa anche degli aspetti di carattere organizzativo del contraddittorio, stabilendo la data, il luogo e la durata dell'audizione. Inoltre, egli decide circa l'ammissione di nuovi documenti nel corso dell'audizione, nonché in merito a quali persone devono essere sentite per conto dei soggetti interessati e se tali persone debbano essere sentite separatamente o in presenza di altri partecipanti all'audizione. Inoltre, con la finalità di ampliare il diritto al contraddittorio, e previa approvazione del direttore competente, può consentire a persone, imprese e

associazioni di persone o di imprese di presentare osservazioni scritte anche successivamente all'audizione orale.

Alle audizioni, che sono condotte in privato, la Commissione può invitare le Autorità nazionali di concorrenza o i rappresentanti di altre autorità degli Stati membri. Le parti e i denunciati possono essere sentiti separatamente o in presenza di altri soggetti convocati. Pur in assenza di un obbligo in tal senso, nella prassi la Commissione tende ad effettuare in un'unica sessione le audizioni di tutte le imprese parti del procedimento e dei soggetti terzi interessati, compresi i denunciati, provvedendo a far sgomberare l'aula quando la discussione verta su informazioni riservate. Le persone invitate a partecipare possono comparire di persona o tramite propri rappresentanti legali o statutari. Le imprese possono essere assistite da consulenti legali o da altre persone qualificate ammesse dal consigliere-auditore. Di norma il primo ad essere sentito è il funzionario della Commissione responsabile del caso (il *rapporteur*), cui seguono le parti. Se il consigliere-auditore vi acconsente, le parti interessate, i denunciati, i terzi invitati all'audizione, i servizi della Commissione e le Autorità degli Stati membri possono rivolgere domande nel corso dell'audizione, anche ulteriori rispetto alle questioni trattate dalla parti nelle loro presentazioni.

La giurisprudenza comunitaria ha affermato che la Commissione non è tenuta a concedere alle parti interessate il diritto ad ottenere la comparizione ed interrogare i testimoni a carico, sul rilievo che il procedimento *antitrust* rimane pur sempre un procedimento amministrativo³⁴. La Corte ha altresì affermato che non è configurabile un diritto assoluto della parte ad interrogare testimoni a carico o a discarico, poiché anche il diritto all'equo processo non si risolve nell'obbligo di convocazione di ogni testimone, quanto piuttosto in una sostanziale "parità delle armi", tale che nel corso del procedimento contenzioso all'accusato è data oc-

³⁴ C. giust. CE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-

217/00P e C-219/00P, *Aalborg Portland and others c. Commissione*).

casione di contestare i sospetti che gravano su di lui³⁵.

Al termine dell'audizione, il consigliere-auditore presenta al Commissario alla Concorrenza un rapporto contenente le proprie osservazioni in merito alle questioni procedurali e, più in generale, all'opportunità di acquisire maggiori informazioni o di ritirare alcuni addebiti. Una volta conclusa la fase orale, il consigliere-auditore elabora un rapporto finale sul rispetto del diritto al contraddittorio nel procedimento in oggetto, che è trasmesso al Commissario per la Concorrenza, al Direttore Generale per la Concorrenza, al Direttore della Direzione responsabile del caso, alle autorità nazionali di concorrenza e all'autorità di Sorveglianza EFTA; il rapporto è inoltre allegato alla bozza di rapporto presentato al Collegio dei Commissari. In funzione di massima garanzia della trasparenza amministrativa, una copia del rapporto è fornita alle parti insieme alla decisione finale ed è pubblicata, unitamente a quest'ultima, sulla *Gazzetta Ufficiale*.

2. *L'accesso al fascicolo di indagine.* – L'accesso al fascicolo della Commissione costituisce una delle garanzie procedurali volte a garantire il rispetto del principio di parità delle armi e del diritto di difesa nell'ambito del procedimento *antitrust*³⁶.

Il diritto di accesso al fascicolo è regolato dall'art. 27, § 2, Reg. 1/2003, nonché dalla Comunicazione della Commissione sull'accesso al fascicolo, che disciplina il sub-procedimento di accesso e stabilisce, inoltre, quali sono i titolari del diritto in

oggetto, quali documenti devono essere resi disponibili, come devono essere trattate le informazioni confidenziali, *etc.* (Comunicazione della Commissione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio, Com. 22.12.2005, n. 2006/C-325/07).

Il diritto di accesso è accordato, su richiesta, ai destinatari della Comunicazione degli addebiti; la Commissione deve garantire l'esercizio del diritto di accesso prima di adottare una decisione che accerta una violazione, impone misure provvisorie o impone sanzioni. L'accesso è garantito in un'unica occasione e si estende a tutti i documenti contenuti nel fascicolo, mentre non si estende alle osservazioni delle altre parti del procedimento, salvo che le stesse contengano prove a carico o a discarico.

L'accesso al fascicolo non costituisce un diritto fine a se stesso, ma è funzionale all'esercizio dei diritti di difesa, con la conseguenza che l'eventuale violazione del diritto d'accesso può determinare l'illegittimità della decisione della Commissione solo laddove abbia compromesso in maniera decisiva l'esercizio del diritto di difesa della parte³⁷. In tale ottica, il rifiuto del diritto di accesso è rilevante ai fini della validità di una decisione se riguarda documenti la cui conoscenza avrebbe permesso all'impresa indagata di imprimere un corso diverso all'istruttoria della Commissione.

Si noti inoltre che il diritto di accesso è garantito solo nella fase che precede l'adozione della decisione della Commis-

³⁵ C. giust. CE, 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02P, C-202/02P, C-205/02P a C-208/02P e C-213/02P, *Dansk Rørindustri e altri c. Commissione*.

³⁶ C. giust. CE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P e C-219/00P, *Aalborg Portland and others c. Commissione*; C. giust. CE, 6 aprile 1995, C-310/93P, *Bpb Industries Plc E British Gypsum Ltd c. Commissione*; Trib. CE; 18 dicembre 1992 cause riunite T-10/92, T-11/92, T-12/92 e T-15/92, *Cimenteries CBR e altri c. Commissione*.

³⁷ La Corte di Giustizia ha infatti chiarito che in base al principio della «parità delle armi», l'impresa interessata deve avere una conoscenza del fascicolo comparabile a quella della Commissione, con la conseguenza che l'utilizzo da parte

della Commissione di documenti a carico delle imprese, non comunicati alle stesse, potrebbe comportare solamente l'inidoneità di tali documenti come mezzi di prova e, lungi dall'aver per effetto l'annullamento di tutta la decisione, avrebbe importanza soltanto qualora l'addebito possa essere provato unicamente per mezzo di tali documenti. Se invece, il documento non rivelato sia fra quelli che scagionano l'impresa, la Corte ritiene che questa possa ottenere l'annullamento della decisione semplicemente dimostrando che la mancata conoscibilità di tale documento abbia compromesso la propria difesa nel corso del procedimento. v. C. giust. CE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P e C-219/00P, *Aalborg Portland and others c. Commissione*.

sione. Un diniego di accesso al fascicolo non può, infatti, inficiare la validità della decisione qualora avvenga in un momento successivo all'adozione di tale atto³⁸.

Le procedure per l'accesso al fascicolo sono contenute nella citata Comunicazione sull'accesso al fascicolo (Com. 22.12.2005, n. 2006/C325/07). L'accesso al fascicolo istruttorio può avvenire secondo tre modalità. La Commissione può: *i*) fornire alla parte un CD-ROM contenente copia dei documenti appartenenti al fascicolo; *ii*) inviare per posta copie dei documenti cartacei accessibili; *iii*) invitare le parti ad esaminare il fascicolo istruttorio accessibile presso i propri uffici.

I documenti a cui può essere negato l'accesso sono quelli contenenti segreti aziendali, informazioni riservate e fatti salvi i documenti interni della Commissione o di altre Autorità *antitrust* degli Stati membri.

Costituiscono segreti aziendali le informazioni tecniche e finanziarie relative al *know how* di un'impresa, i metodi per valutare i costi, i segreti di produzione o i processi produttivi, le fonti di approvvigionamento, le quantità prodotte e vendute, le quote di mercato, le liste dei clienti e dei distributori, i piani di mercato, la struttura dei costi e dei prezzi e la strategia di vendita. I documenti che contengono segreti commerciali sono di regola sottratti all'accesso, tranne nei casi in cui essi forniscano elementi di prova di un'infrazione o elementi essenziali per la difesa di un'impresa, nel qual caso l'accesso è consentito limitatamente a tali elementi; in questi casi, la Commissione è comunque tenuta ad adottare tutti gli accorgimenti necessari per evitare la divulgazione di informazioni "sensibili" per le imprese mediante l'omissione dei brani delicati nelle copie dei documenti resi ac-

cessibili o mediante la preparazione di versioni non riservate³⁹. La necessità di tutelare i soggetti che forniscono informazioni alla Commissione dalle eventuali ritorsioni dell'impresa incriminata è stata espressamente riconosciuta dalla giurisprudenza in noti casi di presunto abuso di posizione dominante⁴⁰.

Per quanto riguarda i documenti interni della Commissione, essi consistono nella corrispondenza fra la Commissione e le Autorità nazionali garanti della concorrenza e fra Autorità nazionali, nonché nelle bozze, opinioni, memoranda o note provenienti dagli uffici della Commissione o di altre autorità pubbliche per uso interno o destinate al comitato consultivo. In proposito, la giurisprudenza ha specificato che l'accesso ai documenti che fanno parte di discussioni e consultazioni preliminari in seno ad un'istituzione può essere negato anche una volta adottata la decisione. Inoltre, la circostanza che un'impresa non disponga del diritto di accesso ai sensi del regime applicabile in materia di procedimenti di concorrenza non pregiudica la possibilità che questo soggetto, come qualsiasi altra persona, disponga eventualmente di un diritto di accesso a siffatti documenti in forza dei principi sanciti dal Reg. CE 30.05.2001 n. 1049/2001 sull'accesso del pubblico ai documenti detenuti dalle istituzioni dell'Unione⁴¹.

In genere, l'istanza di riservatezza può essere presentata esclusivamente dalla persona o impresa che abbia fornito le informazioni alla Commissione e non da un diverso soggetto. Allorché un soggetto presenti informazioni o osservazioni alla Commissione nel corso di un procedimento *antitrust*, questi ha l'onere di individuare le informazioni ritenute riservate, motivando la propria richiesta di riservatezza. La parte richiedente deve inoltre

³⁸ T. UE, 21 ottobre 1997, T-229/94, *Deutsche Bahn c. Commissione*.

³⁹ Cfr. C. giust. CE, 24 giugno 1986, C-53/85, *AKZO*.

⁴⁰ C. giust. CE, 6 aprile 1995, C-310/93P, *BPB Industries e British Gypsum c. Commissione*; T. UE, 1 aprile 1993, T-65/89, *BPB Industries and British Gypsum c. Commissione*.

⁴¹ T. UE, 9 settembre 2008, T-403/05, *MyTravel*

Group plc c. Commissione. Ciò premesso, il giudice ricorda che l'interesse di un soggetto ad accedere ad un documento in nome di un generale principio di trasparenza dell'azione amministrativa ha un diverso (minore) peso specifico rispetto a quando l'accesso è strumentale all'esercizio dei diritti di difesa come accade nell'ambito di un procedimento amministrativo repressivo in materia di concorrenza.

fornire una versione non riservata del documento entro il termine stabilito discrezionalmente dalla Commissione alla luce delle esigenze specifiche di celerità del procedimento. In genere può escludersi che la Commissione accetti richieste di riservatezza relativamente ad informazioni risalenti nel tempo, come ad esempio informazioni relative al fatturato, alle vendite e alle quote di mercato risalenti a più di cinque anni prima.

L'istanza di riservatezza è normalmente accolta qualora i soggetti che hanno fornito informazioni alla Commissione possano essere esposti a forme di ritorsione da parte delle imprese indagate (questo il caso, ad esempio, delle parti denunciando abusi di posizione dominante). In tal caso l'anonimato delle imprese che hanno fornito informazioni è garantito rendendo accessibile solo una versione confidenziale o un riassunto delle informazioni fornite.

Se la Commissione intende rigettare la richiesta di riservatezza, o revocare l'accettazione provvisoria, essa è tenuta ad informare le imprese interessate per iscritto, e a concedere loro un termine entro il quale presentare le loro osservazioni o, in caso di disaccordo, rivolgersi al consigliere-auditore.

I documenti sottratti all'accesso possono essere resi accessibili dalla Commissione se sono necessari a provare un'infrazione degli artt. 101 e 102 TFUE. La citata Comunicazione sull'accesso al fascicolo chiarisce che il carattere riservato di un documento non può costituire un impedimento assoluto all'utilizzabilità di do-

cumenti incriminanti o idonei a provare la non colpevolezza dell'impresa. Nel valutare l'opportunità o meno di rivelare tali documenti la Commissione si impegna a tener conto di fattori quali la rilevanza e il carattere indispensabile delle informazioni, il grado di sensibilità delle stesse e la serietà dell'infrazione (Com. 22.12.2005, n. 2006/C325/07, § 24).

MARIO TODINO

Bibliografia

BELLAMY & CHILD, *European Community Law of Competition*, Londra, 2010; G. HIRSCH - F. MONTAG - F.J. SÄCKER, *Competition Law: European Community practice and procedure: article-by-article commentary*, Londra, 2008; P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010; L. ORTIZ BLANCO, *EC Competition Procedure*, Oxford, 2006; M. TODINO, Regolamento CE 7 aprile 2004 n. 773/2004, in A. CATRICALÀ - P. TROIANO (a cura di), *Codice commentato della Concorrenza e del mercato*, Torino, 2010; I. VAN BAEL - J.F. BELLIS, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2009; I. VANDENBORRE - T. GOETZ, «EU Competition Law Procedure», in *Journal of European Competition Law and Practice*, n. 3, 2012, p. 578; D. WAELBROECK, «Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées: Que va-t-il rester aux juges?», in *Global Competition Working Paper*, 2008, p. 7; W. WILS, «The Use of Settlements in Public anti-trust Enforcement: Objectives and Principles», in *World Competition*, 2008, p. 336; W. WILS, «EU Anti-trust Enforcement Powers and Procedural Rights and guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention On Human Rights», in *World Competition*, 2011, p. 189; R. WISH - D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford, 2012.