

Angela Maria Romito, LLM Pitt'01

È ricercatore confermato di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro, dove insegna come professore aggregato Diritto della Unione europea e Diritto della concorrenza dell'Unione europea.

Ha conseguito l'abilitazione scientifica nazionale quale professore associato.

Svolge attività convegnistica e di ricerca in Italia e all'estero. Ha svolto cicli di lezioni nell'ambito del programma Erasmus presso Università straniere.

È componente delle redazioni delle riviste "Studi sull'integrazione europea" e "Sud in Europa", nonché componente del Comitato Scientifico della rivista "PublicAdministration Security Studies".

È autrice di una monografia dal titolo *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali* (Bari, 2015) e di numerosi lavori scientifici dedicati in particolare alla cittadinanza europea, alla politica di concorrenza, alla cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale, nonché a temi di diritto privato e processuale europeo.

Dal 1997 è avvocato del Foro di Bari.

ISBN 978-88-6611-921-0



9 788866 119210

€ 20,00



A.M. ROMITO

Ruolo e funzioni dell'European Competition Network

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

38

ANGELA MARIA ROMITO

Ruolo e funzioni dell'*European Competition Network*

Dal regolamento (CE) n. 1/2003
alla direttiva ECN+



CACUCCI EDITORE
BARI

Il volume è stato realizzato con il contributo dell'Università dagli Studi di Bari Aldo Moro.

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

————— 38 —————

ANGELA MARIA ROMITO

RUOLO E FUNZIONI
DELL' *EUROPEAN COMPETITION NETWORK*

Dal regolamento (CE) n. 1/2003 alla direttiva ECN+



CACUCCI
EDITORE
2020

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

Direzione

Ennio Triggiani Ugo Villani
Giandonato Caggiano

Comitato scientifico

Mads Andenas, Sergio M. Carbone, Biagio De Giovanni, Angela Del Vecchio,
Paolo Fois, Marc Jaeger, Diego J. Liñán Nogueras, Paolo Mengozzi, Bruno
Nascimbene, Mario Sarcinelli, Giuseppe Tesauro, Christian Tomuschat,
Gian Luigi Tosato, Claudio Zanghì

Comitato dei referees

Roberto Adam, Roberto Baratta, Franco Botta, Ruggiero Cafari Panico,
Andrea Cannone, Giovanni Cellamare, Gianluca Contaldi, Carmela Decaro,
Giuseppe Di Gaspare, Angela Di Stasi, Ugo Draetta, Italo Garzia, Pietro
Gargiulo, Edoardo Greppi, Roberto Mastroianni, Lina Panella, Franca Papa,
Nicoletta Parisi, Marco Pedrazzi, Piero Pennetta, Lucia S. Rossi, Girolamo
Strozzi, Michele Vellano, Gabriella Venturini, Gianfranco Viesti

I volumi pubblicati in questa Collana sono sottoposti a referaggio anonimo, con la sola eccezione di quelli caratterizzati dalla particolare autorevolezza scientifica o dalla specifica competenza dell'Autore nell'argomento trattato.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2020 Cacucci Editore - Bari

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari – Tel. 080/5214220

<http://www.cacucci.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

*A Francesco e ad Elena Sofia
certo centro di gravità permanente*

RINGRAZIAMENTI

Alla pubblicazione di questo lavoro hanno contribuito in tanti, tutti con tangibile affetto e grande generosità d'animo.

Il *primis* sono grata alla mia "rete familiare" per il sostegno costante e l'aiuto poliforme.

Parimenti determinanti sono stati il benevolo incoraggiamento e la preziosa guida del Prof. Ennio Triggiani. A Lui va la mia gratitudine non solo per i suggerimenti e le correzioni ricevuti, ma soprattutto per quello che mi ha insegnato e continua ad insegnarmi anche ben oltre il diritto.

Ringrazio, altresì, i condirettori della Collana Studi sull'integrazione europea per ospitare questo volume, l'editore dott. Cacucci per la pazienza e la professionalità.

Infine, ma non per ultimo, un grazie "di cuore" va al prof. Giuseppe Tesauro per gli autorevoli consigli che, ancora una volta, mi ha dispensato con generosità e bonomia.

Grazie.

Bari, 9 luglio 2020

INDICE

Introduzione	1
--------------	---

CAPITOLO I

LA RETE EUROPEA DELLE AUTORITÀ GARANTI DELLA CONCORRENZA: STRUMENTO DI COOPERAZIONE

1. Considerazioni introduttive sul decentramento e sulla convergenza dell'applicazione del diritto della concorrenza	5
2. Il Libro Bianco della Commissione del 2001 sulla <i>governance</i> europea	14
3. La Rete europea delle Autorità garanti della Concorrenza (ECN): funzioni ed architettura	19
4. La Dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione sul funzionamento della Rete: i principi che fondano la Rete di concorrenza	24
5. Il regolamento (CE) n. 1/2003: le norme basilari in tema di cooperazione	27
6. La Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della Rete della Autorità garanti della concorrenza: la disciplina di dettaglio sul funzionamento della Rete	38
6.1. Sulla divisione del lavoro	39
6.2. Sulle regole di allocazione	44
6.3. Sui meccanismi di cooperazione	46
6.4. Sui poteri della Commissione	49
6.5. Il Comitato consultivo	51
7. Conclusioni	54

CAPITOLO II

LA RETE EUROPEA DELLE AUTORITÀ GARANTI DELLA CONCORRENZA: STRUMENTO DI CONVERGENZA

1. L'ECN e la convergenza dei diritti statali	57
2. I programmi di clemenza	59

3. I profili critici dei programmi di clemenza: sull'accesso ai fascicoli e sulle azioni di risarcimento dei danni	65
4. L'ECN <i>Model Leniency Programme</i>	75
5. Il contenuto del <i>Model Leniency Programme</i>	79
6. Sui limiti all'efficacia dell'istituto: il caso DHL	82
7. Conclusioni	88

CAPITOLO III

LA DIRETTIVA ECN+:

VERSO IL RAFFORZAMENTO DELL'AZIONE

DELLE AUTORITÀ NAZIONALI GARANTI DELLA CONCORRENZA

1. Considerazioni introduttive	91
2. I lavori preparatori e la sua genesi	97
3. Sull'ambito di applicazione e sui diritti fondamentali	103
4. Sull'indipendenza e risorse delle ANC	107
5. Sui poteri investigativi e di raccolta delle prove	114
6. Sulle ammende e penalità di mora	121
7. Sui <i>Leniency Programs</i>	128
8. In materia di assistenza reciproca	137
9. Sulla prescrizione	140
10. Altre disposizioni	140
11. Aspetti innovativi per l'ordinamento italiano	144
12. Conclusioni	145
Considerazioni conclusive	149
Bibliografia	153
Indice delle decisioni	185

INTRODUZIONE

La politica della concorrenza dell'Unione europea (d'ora in poi UE), presenta molteplici profili di indubbio interesse, non solo per via della scelta legislativa del decentramento dell'applicazione delle sue regole, operata per tramite del regolamento (CE) n. 1/2003, quanto, soprattutto, per le modalità applicative di tale decentramento, fondate su una stretta collaborazione tra tutti gli attori chiamati ad applicarle: segnatamente la Commissione, le Autorità nazionali garanti della concorrenza (di séguito anche AGC, o ANC) ed i giudici nazionali.

In tale contesto, l'aspetto che senza dubbio maggiormente colpisce, e che ci si propone di scandagliare nel presente studio, non è tanto la ridefinizione della divisione verticale delle competenze tra Unione e Stati membri nell'applicazione delle regole di concorrenza, che risponde pienamente alle esigenze della corretta applicazione del principio di sussidiarietà, né quella orizzontale tra procedimento amministrativo antitrust e controllo giurisdizionale, che afferisce al più ampio tema della revisione giudiziaria, quanto soprattutto la nuova e originale prospettiva nella quale sembra muoversi l'implementazione del diritto antitrust dell'Unione europea, cioè quella segnata dalla Rete europea di concorrenza (c.d. REC o *European Competition Network*, o ENC). In altri termini, tanto si è scritto e si è dibattuto sul dialogo costante e circolare che lega la Commissione europea alle Autorità garanti della concorrenza statali e ai giudici nazionali, e sulle dinamiche di collaborazione e di confronto che si sviluppano tra tali soggetti anche a livello nazionale; a lungo si è dibattuto circa il ruolo dei giudici nazionali e di Lussemburgo in materia di concorrenza, meno, invero, la riflessione della dottrina sembra essersi soffermata sulle potenzialità e sulla forza di un "gruppo stabile di collaborazione" costituito dalle Autorità garanti della concorrenza statali nella applicazione ed anche elaborazione delle norme dell'UE.

Il tema torna oggi ad essere di grande attualità attesa la recente emanazione della direttiva 1/2019, volta a conferire alle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficaci per assicurare il corretto funzionamento del mercato interno (c.d. direttiva ECN+).

Uno studio dettagliato e critico circa il ruolo svolto dall'ECN per la corretta, efficace, e il più possibile, uniforme applicazione delle norme antitrust nel mercato interno si presta, in ultima analisi, ad essere la cartina di tornasole per verificare la portata e l'efficacia di nuove forme di armonizzazione legislativa e di esecuzione diretta, diverse da quelle classiche centralizzate o gerarchicamente orientate. Pertanto, dalla disamina del funzionamento della Rete e dei principi sottesi al suo operato si evidenziano, in una riflessione più ampia, i criteri di valutazione circa il grado di effettiva pervasività oggi raggiunto dall'Unione europea nella politica antitrust, attraverso una modalità senza dubbio inedita, che non prevede l'intervento né del legislatore statale, né dell'autorità giurisdizionale.

Nel presente lavoro, dopo aver dato conto delle norme rilevanti per delineare un quadro giuridico d'insieme, si passerà alla analisi della struttura, dei compiti della Rete e dei relativi meccanismi di funzionamento per poi meglio verificare la efficienza del sistema. L'esame della direttiva ECN+ permetterà di considerare i miglioramenti da apportare all'attuale assetto applicativo nel settore della concorrenza.

L'obiettivo è quello di analizzare il funzionamento dei rapporti di cooperazione che si sviluppano tra la Commissione e gli organi amministrativi antitrust statali e che costituiscono strumento applicativo di una politica dell'Unione. A tal fine sarà necessario, prioritariamente, dar conto dell'attuale sistema normativo definito dal regolamento 1/2003, da leggersi unitamente alla Dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione sul funzionamento della Rete delle Autorità garanti della concorrenza del 2002 e alla Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della Rete e delle Autorità garanti della concorrenza del 2004. Di seguito, ci concentreremo sulla disamina dei tratti identificativi della Rete, dei principi che ispirano il suo operato e della modalità di esercizio delle sue funzioni (istruttoria e decisoria).

Tanto al fine di cogliere gli elementi di rafforzamento dell'azione delle Autorità nazionali che sono stati introdotti per via legislativa e che saranno recepiti negli ordinamenti statali entro febbraio 2021.

Con prima approssimazione basti qui indicare che l'ECN è una struttura appositamente creata dal regolamento 1/2003 allo scopo di favorire l'efficiente applicazione delle norme antitrust del Trattato e lo sviluppo della cultura europea della concorrenza. Il suo ruolo è duplice e muta a seconda delle fasi del procedimento antitrust nel quale le competenze sono esercitate: si è infatti soliti distinguere tra funzioni istruttorie e decisorie.

Di particolare rilievo, nell'ambito della fase istruttoria, è il meccanismo di allocazione dei casi, funzionale all'individuazione della Autorità garante statale più idonea a condurre le indagini. Come emergerà nel corso della indagine, il procedimento di attribuzione non è retto da criteri rigidi ma, al contrario, si fonda su criteri essenzialmente flessibili fondati sul dialogo costante tra le Autorità preposte. Non meno importante, nella fase istruttoria, è l'assistenza nella raccolta degli elementi di prova fornita dalla Rete e lo scambio di informazioni al suo interno: è possibile, infatti, che tutte le Autorità possano agire ed interagire al fine di porre in essere accertamenti e ispezioni per conto delle altre Autorità nazionali o della Commissione e che possano richiedere reciproca assistenza nell'ambito di indagini relative a procedimenti nazionali.

L'efficienza della collaborazione rileva non solo ai fini dell'esercizio della raccolta delle prove, ma anche al fine di garantire in modo stabile lo scambio delle informazioni sulle stesse secondo uno schema che si svolge in modo circolare su diversi livelli: tra le Autorità garanti nazionali, tra le Autorità garanti statali e la Commissione, viceversa tra la Commissione e le Autorità garanti e sinanco tra la Rete e le autorità giudiziarie statali. Ed infatti, le informazioni raccolte dalle singole Autorità di concorrenza statali in fase di indagini possono essere scambiate attraverso la Rete a vantaggio di indagini condotte non solo dalla Commissione, ma anche da altre Autorità. Entro certi limiti, le stesse informazioni possono anche essere utilizzate nell'ambito di procedimenti giudiziari nazionali. E' evidente, dunque, che si sia passati da un sistema incentrato su un rapporto duale (Commissioni-ANC) ad uno fondato su rapporti plurali, tessuto da fasci di relazioni pluridimensionali.

Non meno importante è la funzione decisoria svolta indirettamente dalla Rete, per tramite del Comitato consultivo, i riflessi della quale si irradiano nell'intero mercato dell'UE.

Va evidenziato che, oltre alle funzioni istruttorie e decisorie svolte in concreto dall'ECN nell'applicazione delle regole di concorrenza, l'esperienza ha dimostrato che le potenzialità della Rete sono ben più ampie, potendo essa rappresentare un *forum* di convergenza dei diritti nazionali su tematiche di indirizzo generale idoneo a sviluppare congiuntamente un nuovo approccio per affrontare le disfunzioni del sistema.

Si fa riferimento, in particolare, ai Programmi di clemenza, un complesso di regole formalmente non vincolanti attraverso il quale si è proceduto spontaneamente all'armonizzazione degli aspetti procedurali dei diritti antitrust nazionali alla luce del principio di effettività dell'Unione europea.

Infatti, l'informalità e l'assenza di procedure rigide, che sono la cifra del successo della Rete e che meglio rappresentano la scelta della Com-

missione di non imbavagliare l'attività antitrust con regole complesse e predeterminate, hanno gradualmente e spontaneamente condotto ad un'attuazione "aperta" delle norme dell'Unione.

Questo è il tema che ha suscitato maggiore dibattito in sede di negoziazione della direttiva ECN+.

I limiti del decentramento – e cioè le carenze nei mezzi e negli strumenti a disposizione di talune ANC, nonché l'assenza di un sufficiente loro coordinamento e di una pari efficacia dei loro poteri di azione – hanno spinto l'UE ad intervenire a livello legislativo per coordinare e per implementare i poteri di *enforcement* delle Autorità nazionali. La attuale situazione di disparità incide, infatti, negativamente sulla coerenza della politica della concorrenza e, di rimando, ostacola la realizzazione di un mercato unico, permettendo alle imprese di sfruttare la mancata armonizzazione per collocare le loro sedi operative nel territorio degli Stati meno attivi nella lotta alle infrazioni concorrenziali.

In secondo luogo, la *ratio* che ha mosso il legislatore europeo ad intervenire è data dalla semplice considerazione che, in presenza di Autorità che non dispongono degli strumenti di indagine o di *enforcement* necessari, non possono funzionare neanche i meccanismi di cooperazione e assistenza nell'ambito della Rete, che sono fondamentali in caso di istruttorie riguardanti intese o abusi ai quali partecipano imprese operanti in più Stati membri.

Al fine di comprendere le linee evolutive della direttiva da ultimo approvata, necessario e prodromico è ponderare i risultati raggiunti ad oggi dall'applicazione di tale meccanismo in termini di maggiore convergenza, coerenza ed efficacia applicativa. In ultima istanza sarà possibile sviluppare alcune riflessioni in merito all'impatto che la Rete potrà avere nello sviluppo della disciplina cui dà attuazione, in termini di accresciuta qualità della legislazione sovranazionale e di maggiore armonizzazione tra i singoli Stati. Ampliando lo sguardo ad un più ampio sistema, si tratta di riflettere sul contributo dell'*European Competition Network* alla coerenza ed effettività dell'applicazione del diritto dell'Unione Europea.