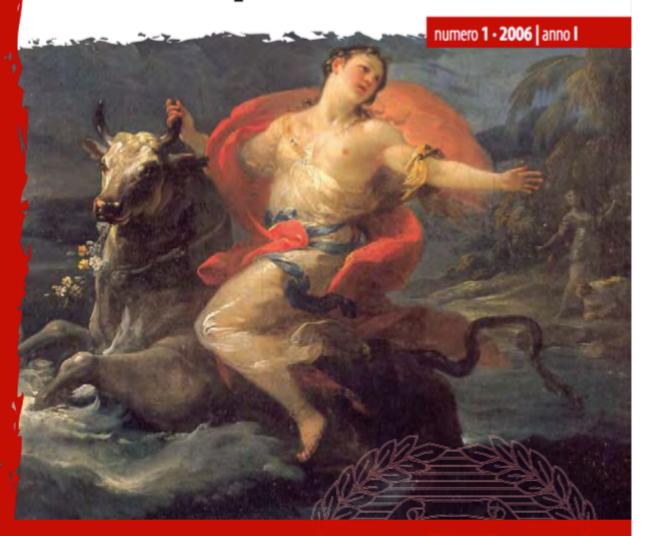
Studi sull'integrazione europea



Rivista quadrimestrale





Direzione e Redazione

c/o Cacucci Editore · Via Nicolai, 39 — 70122 BARI — Tel. 080.5214220 http://www.cacucci.it e-mail: studiinteuropea@cacucci.it

A tali indirizzi vanno inviati corrispondenza e libri per eventuali recensioni o segnalazioni.

Studi sull'integrazione europea

numero 1 - 2006 | anno I





PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2006 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.

Autorizzazione del Tribunale di Bari del 22/03/2006 nº 19 Direttore responsabile: Ennio Triggiani

Sommario

rresentazione	3
ARTICOLI	
Vincenzo Starace La Costituzione per l'Europa non trasforma l'Unione europea in unione costituzionale	9
Giorgio Napolitano Tendenze nazionalistiche e prospettive di rilancio della costruzione europea	19
Ugo VILLANI L'occupazione acquisitiva dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo	23
Gianfranco VIESTI Il difficile policy making europeo: la discussione sulla politica regionale e sul bilancio dell'Unione (2001-05)	45
Giandonato Caggiano Il ruolo della Commissione per la compensazione del servizio pubblico nella disciplina generale e televisiva	61
Giuseppe Morgese Indagini preliminari e diritti della difesa nella procedura antitrust comunitaria	77
NOTE E COMMENTI	
Angela Maria Romito Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati e l'effettività della tutela giurisdizionale	119
Francesco Cherubini L'obbligo di interpretazione conforme "sconfina" nel terzo pilastro: note a margine della sentenza <i>Pupino</i>	157

RECENSIONI

P. Mengozzi (a cura di), Casi e materiali di Diritto Comunitario e dell'Unione Europea, (contenente anche il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa), Padova, Cedam, 2006, IV ed. (I. Ingravallo)	179
G. TESAURO, <i>Diritto comunitario</i> , Padova, Cedam, 2005, IV ed. (A. Damato)	181
A. Tizzano (a cura di), Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea, Milano, Giuffrè, 2004 (A. Damato)	183

Giuseppe Morgese

Indagini preliminari e diritti della difesa nella procedura *antitrust* comunitaria

The state of the s

Sommario: 1. Inquadramento della problematica. – 2. I poteri di indagine preliminare della Commissione nel nuovo regolamento (CE) n. 1/03. – 2.1. Le indagini settoriali (art. 17 regolamento 1/03), la richiesta di informazioni (art. 18 regolamento 1/03) e l'assunzione di dichiarazioni (art. 19 regolamento 1/03). – 2.2. Segue: le ispezioni aziendali (art. 20 regolamento 1/03). – 2.3. Segue: le ispezioni domiciliari (art. 21 regolamento 1/03). – 3. Il problema dell'applicabilità della CEDU alle indagini della Commissione in materia antitrust. – 4. Art. 6 CEDU e principio di non autoincriminazione. – 5. Art. 8 CEDU e potere di ispezione aziendale e domiciliare – 6. Articoli 6 e 8 CEDU e modalità di esercizio dei poteri d'indagine. Il diritto all'assistenza legale. – 7. Segue: la tutela del legal privilege. – 8. Segue: la tutela dei segreti commerciali. – 9. Conclusioni.

1. Il 1° maggio 2004 è divenuto applicabile in tutto il territorio dell'Unione europea il nuovo quadro legislativo in materia di concorrenza tra imprese disposto a mezzo del regolamento n. 1/2003 (d'ora in poi "regolamento 1/03")¹, il quale contiene le disposizioni di applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE e sostituisce il precedente regolamento n. 17/1962 (di seguito "regolamento 17/62")².

Nella medesima data è divenuto altresì applicabile il regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del Trattato CE³.

Tra i numerosi spunti d'interesse che il *corpus* normativo in esame offre, meritano particolare attenzione le disposizioni concernenti i poteri di "indagine

Cfr. regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, GUCE L 1, 4 gennaio 2003, p. 1 ss. In dottrina per tutti R. Rinaldi, Il Regolamento del Consiglio n. 1/2003: un primo esame delle principali novità e dei punti aperti della riforma sull'applicazione delle regole comunitarie in tema di concorrenza, in Dir. comm. int., 2003, p. 143 ss., nonché G. L. Tosato, L. Bellodi (a cura di), Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali, Milano, 2004.

² Cfr. regolamento (CEE) n. 17/62 del Consiglio, del 6 febbraio 1962, primo regolamento di applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato, *GUCE* 13, 21 febbraio 1962, p. 204 ss., e successive modifiche. Sul regolamento 17/62 si veda per tutti A. FRIGNANI, M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996, IV ed.

Pubblicato in *GUUE* C 101, 27 aprile 2004, di seguito "regolamento 773/04".

preliminare" della Commissione – nella fase precontenziosa che va dall'apertura del fascicolo fino alla notifica della comunicazione degli addebiti di cui all'art. 10 regolamento 773/04, atto con cui si dà avvio alla procedura vera e propria – e il loro rapporto con i diritti fondamentali riconoscibili alle imprese sottoposte al procedimento, quali risultano in particolar modo dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora innanzi "CEDU")⁴, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (nel prosieguo indicata come "Corte europea").

Questo rapporto, non sconosciuto agli operatori e alla dottrina in costanza del regolamento 17/62⁵, si presenta oggi ancor più attuale in ragione dell'aumento dei predetti poteri, il quale rappresenta l'inevitabile corollario del passaggio, disposto con l'art. 1 regolamento 1/03, da un sistema cd. di autorizzazione e notificazione ad uno cd. di eccezione direttamente applicabile.

Infatti, mentre nel primo sistema un'intesa lesiva della concorrenza *ex* art. 81, par. 1 TCE era sempre vietata salvo formale autorizzazione – rilasciata a seguito di notifica all'autorità di Bruxelles e diretta a riscontrare il soddisfacimento o meno delle condizioni di esenzione di cui al successivo art. 81, par. 3 TCE –, nel sistema attuale il raggiungimento delle medesime condizioni rende l'intesa lecita *ex lege* senza necessità di alcun atto amministrativo.

Sin dall'inizio del processo di modernizzazione divenne chiaro che il passaggio da un controllo *ex ante* ad uno *ex post* non si sarebbe risolto in una *deminutio* dell'efficacia dei precetti *antitrust* purché in presenza di più efficaci poteri di indagine⁶.

2.1. Al fine di giungere all'adozione delle decisioni di cui al Capitolo IV⁷, il regolamento 1/03 al successivo Capitolo V attribuisce alla Commissione alcuni

Firmata a Roma il 4 novembre 1950. La CEDU è stata ratificata in Italia con legge 4 agosto 1955 n. 848, *GURI* n. 221, 24 settembre 1955, legge con la quale si è altresì provveduto a darne esecuzione.

Vedi G. Contaldi, Diritti della difesa nella fase precontenziosa dei procedimenti comunitari antitrust, in RDI, 1994, p. 992 ss., e K. Lenaerts, I. Maselis, Procedural Rights and Issues in the Enforcement of Articles 81 and 82 of the EC Treaty, in Fordham ILJ, 2001, p. 1615 ss. Per interessanti confronti con i poteri delle agenzie statunitensi vedi C. Lister, Dawn Raids and Other Nightmares: The European Commission's Investigatory Powers in Competition Law Matters, in George Washington Journal of International Law & Economics, 1990, p. 45 ss.

⁶ In proposito vedi il libro bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE, del 28 aprile 1999, *GUCE* C 132, 12 maggio 1999, p. 1 ss. (di seguito "Libro bianco"), su cui C. D. Ehlermann, *The Modernisation of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution*, in *CML Rev.*, 2000, p. 537 ss., e F. Ghezzi, *Il Libro bianco della Commissione sulla modernizzazione del diritto della concorrenza comunitario*, in *Concorrenza e mercato*, 2000, p. 175 ss.

Ovvero, quelle di constatazione ed eliminazione delle infrazioni (art. 7 regolamento 1/03), di adozione di misure cautelari (art. 8 regolamento 1/03), di accettazione degli "impegni" proposti dalle imprese (art. 9 regolamento 1/03) e di inapplicabilità dei divieti *antitrust* a specifiche intese

poteri di indagine preliminare quantitativamente maggiori e qualitativamente più incisivi rispetto a quelli contenuti nel regolamento 17/62.

Mentre quest'ultimo consentiva all'autorità *antitrust* comunitaria di acquisire, presso le imprese indagate, gli elementi di prova necessari mediante le cd. indagini settoriali (art. 12 regolamento 17/62), le richieste di informazioni (richieste semplici oppure formali: art. 11 regolamento 17/62) e gli accertamenti *in loco* (anch'essi semplici o a seguito di decisione formale: art. 14 regolamento 17/62), la disciplina attualmente in vigore contempla innanzitutto *ex* art. 17 regolamento 1/03 il potere di svolgere indagini per settore economico o per tipi di accordi, qualora l'evoluzione degli scambi intracomunitari, la rigidità dei prezzi di determinati prodotti, o altre circostanze, facciano ragionevolmente presumere un pregiudizio alla concorrenza. La Commissione potrà richiedere alle imprese operanti nel settore sotto osservazione di fornire tutte le informazioni necessarie, potrà svolgere i necessari accertamenti e richiedere la comunicazione di tutte le intese pertinenti.

L'art. 18 regolamento 1/03, in maniera non dissimile dall'art. 11 regolamento 17/62, consente all'autorità di Bruxelles di richiedere alle imprese tutte le informazioni necessarie per l'assolvimento dei propri compiti, distinguendo tra la semplice domanda di informazioni e la più formale decisione. Entrambe devono indicare la base giuridica, le informazioni richieste e lo scopo per cui si richiedono⁸, il termine per la risposta e le relative sanzioni in caso di inosservanza, ma la decisione formale deve anche menzionare il diritto di presentare ricorso alla Corte di giustizia delle Comunità europee⁹. L'obbligo di fornire le informazioni richieste incombe *ex* art. 18, par. 4 regolamento 1/03 unicamente sui proprietari dell'impresa, sui rappresentanti o sugli avvocati a ciò delegati. Questi ultimi agiscono in nome e per conto dei loro clienti e non sono pertanto responsabili delle informazioni fornite.

Colmando una lacuna della normativa abrogata, l'attuale art. 19, par. 1 regolamento 1/03 attribuisce alla Commissione il potere di raccogliere, ai fini della

⁽cd. decisioni "positive" di cui all'art. 10 regolamento 1/03). In argomento L. Bellodi, *Le decisioni*, in G. L. Tosato, L. Bellodi, *op. cit.*, p. 169 ss.

Si tratta di un vero e proprio obbligo – sentenza del Tribunale di primo grado del 12 dicembre 1991, causa T-39/90, *Samenwerkende Elektriciteits-Produktiebedrijven NV (SEP) c. Commissione, Raccolta*, p. II-1497 ss., punti 29 e 51 – soddisfatto con l'indicazione generica dello scopo della richiesta (sentenza della Corte di giustizia del 18 ottobre 1989, causa 374/87, *Orkem Sa, ex CDF Chimie Sa c. Commissione, Raccolta*, p. 3283, punto 15), purché sia chiaro il nesso tra la violazione e le informazioni richieste, e queste ultime non costituiscano un onere eccessivo (requisiti della "necessità-utilità" e della "proporzionalità": sentenza *SEP*, punti 25 e 51). In argomento L. Bellodi, *Poteri di inchiesta e avvio della procedura*, in G. L. Tosato, L. Bellodi, *op. cit.*, p. 124 s.

In costanza dell'art. 11, par. 5 regolamento 17/62, la Corte di giustizia, sentenza del 26 giugno 1980, causa 136/79, *National Panasonic (UK) Ltd. c. Commissione, Raccolta*, p. 2033 ss., punto 10, aveva stabilito che la decisione formale non poteva essere adottata se non di fronte ad un rifiuto dell'impresa a dar seguito alla domanda semplice. Secondo l'art. 18 regolamento 1/03, invece, le due forme di richiesta di informazioni sembrano porsi in concorso alternativo tra loro: conforme W. P. J. Wils, *Self-incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition*, 2003, p. 569.

formazione della prova, qualunque dichiarazione utile da parte di altre persone fisiche o giuridiche che vi acconsentano. Il successivo art. 19, par. 2 prevede l'intervento dell'autorità garante nazionale qualora il colloquio si svolga all'interno dei locali aziendali. L'art. 3 regolamento 773/04 precisa che all'inizio del colloquio – che si può svolgere anche in via telematica – i funzionari della Commissione debbono informare i dichiaranti della base giuridica, delle finalità e della natura facoltativa del colloquio, oltre che dell'intenzione di verbalizzarne i contenuti mediante registrazione. I dichiaranti potranno inoltre avere copia della registrazione ai fini dell'approvazione o di eventuali correzioni entro un termine non inferiore alle due settimane *ex* art. 17, par. 3 regolamento 773/04.

2.2. Così come nella normativa abrogata, cardine della fase preliminare resta il potere di svolgere le ispezioni *in loco* presso la sede delle imprese di cui all'art. 20, par. 1 regolamento 1/03.

L'art. 20, par. 2, regolamento 1/03 specifica che i funzionari della Commissione possono accedere a tutti i locali, terreni e mezzi di trasporto delle imprese (o associazioni di imprese), con facoltà di controllare libri e documenti contabili e non, farne copia, apporre sigilli ai medesimi locali e chiedere spiegazioni ai rappresentanti o ai membri del personale relativamente all'oggetto dell'ispezione. L'apposizione dei sigilli e la richiesta di spiegazioni rappresentano elementi di novità rispetto al regolamento 17/62. In precedenza, se per un verso non era espressamente consentito sigillare armadi e uffici nel caso in cui l'ispezione durasse più di un giorno, per altro verso la giurisprudenza aveva sottolineato la possibilità di richiedere chiarimenti solo in merito ai documenti trovati¹⁰.

I chiarimenti in corso di ispezione possono *ex* art. 4, par. 1, regolamento 773/04 essere registrati in qualsiasi forma, mentre una copia di detta registrazione dev'essere messa a disposizione dell'impresa indagata ai sensi dell'art. 4, par. 2 regolamento 773/04. Secondo l'art. 4, par. 3 regolamento 773/04, l'impresa che intenda rettificare le informazioni fornite da personale non autorizzato potrà farlo – secondo quanto previsto dall'art. 17, par. 3 regolamento 773/04 – in un periodo di tempo non inferiore alle due settimane.

Le modalità con cui può essere disposta un'ispezione aziendale possono essere di due tipi non successivi ma alternativi¹¹. Ai sensi dell'art. 20, par. 3 regolamento 1/03 i funzionari di Bruxelles – previo avviso rivolto in tempo utile alla competente autorità garante – procedono sulla base di un mandato scritto contenente l'indicazione dell'oggetto e dello scopo degli accertamenti¹², nonché delle sanzioni per incompleta esibizione dei documenti scritti e/o per inesatte o

Sentenza National Panasonic, punto 15. In argomento C. Lister, op. cit., p. 57.

Vedi già, in riferimento all'abrogato art. 14 regolamento 17/62, la sentenza *National Panaso-nic*, punti 11-15.

Tale indicazione rappresenta la prima fondamentale garanzia per il rispetto dei diritti delle imprese indagate, in quanto consente a queste ultime di valutare se collaborare o meno: sentenza della Corte di giustizia del 21 settembre 1989, cause riunite 46/87 e 227/88, *Hoechst AG c. Commissione*, *Raccolta*, p. 2859 ss., punto 27; sentenza del Tribunale di primo grado del 9 novembre

fuorvianti risposte orali. In questo caso, gli agenti della Commissione esercitano i loro poteri con l'ausilio dei rappresentanti dell'impresa stessa. La seconda modalità, disciplinata dal successivo art. 20, par. 4 prevede invece un vero e proprio obbligo delle imprese a sottoporsi all'ispezione in presenza di una formale decisione che deve contenere l'indicazione non solo dell'oggetto e dello scopo dell'accertamento, ma anche del luogo e della data d'inizio, delle sanzioni di cui agli articoli 23 e 24 regolamento 1/03, e infine della possibilità di impugnativa innanzi alla Corte di giustizia. Inoltre, tale decisione viene assunta solo dopo aver sentito l'autorità garante nazionale. L'intervento dei funzionari della competente autorità garante, che a tal fine avranno gli stessi poteri attribuiti alla Commissione, si concreterà quando quest'ultima lo richieda in via preventiva secondo l'art. 20, par. 5 regolamento 1/03, oppure *ex* art. 20, par. 6 regolamento 1/03 qualora un'impresa si opponga ad un accertamento. In quest'ultimo caso gli agenti nazionali potranno richiedere l'intervento della forza pubblica¹³.

Qualora la legislazione nazionale subordini l'intervento della forza pubblica ad un'autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente, l'articolo 20, paragrafi 7 e 8 regolamento 1/03 dettano alcune disposizioni di garanzia, in ciò recependo la giurisprudenza della Corte di giustizia nei casi Hoechst e Roquette Frères¹⁴. Ai sensi di dette disposizioni, il giudice nazionale oltre a controllare l'autenticità della decisione della Commissione dovrà verificare che le misure coercitive non siano né arbitrarie né sproporzionate rispetto all'oggetto dell'accertamento¹⁵, potendo chiedere ulteriori informazioni (direttamente o tramite l'autorità garante nazionale) sui motivi per cui si sospetti un'infrazione, sulla gravità della stessa, e sul grado di coinvolgimento dell'impresa. Se ne deduce l'impossibilità per la Commissione di disporre ispezioni puramente preventive (cd. fishing expeditions). Tuttavia, lo stesso giudice interno non potrà né mettere in discussione la necessità dell'accertamento né tanto meno chiedere la trasmissione di informazioni sensibili contenute nel fascicolo della Commissione. Come per ogni atto vincolante delle istituzioni comunitarie, infatti, questo controllo di legittimità spetta esclusivamente alla Corte di giustizia. In altre parole, la Commissione, ai sensi dell'art. 20, par. 8, regolamento 1/03, deve comunicare le caratteristiche essenziali dell'infrazione sospettata in modo da consentire al giudice nazionale di valutarne la caratteristica, il livello di gravità e il grado di

^{1994,} causa T-46/92, Scottish Football Association c. Commissione, Raccolta, p. II-1039 ss., punto 31.

Sentenza *Hoechst*, punto 32.

¹⁴ Sentenza *Hoechst*, punti 33-35, e sentenza del 22 ottobre 2002, causa C-94/00, *Roquette Frères SA c. Directeur Général de la Concurrence*, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, Raccolta, p. I-9011 ss., passim. In dottrina per tutti E. Pagano, Autorizzazione all'esecuzione di misure disposte dalla Commissione in danno di imprese e controllo del giudice nazionale, in *DUE*, 2003, p. 917 ss.

¹⁵ Secondo la sentenza *Roquette Frères*, l'*arbitrarietà* si sostanzia nella mancata indicazione delle circostanze e/o degli elementi di fatto per cui vengono richieste (punto 55), mentre la *proporzionalità* è il rapporto intercorrente tra le misure coercitive e lo scopo per cui vengono disposte (punti 71 e 76).

coinvolgimento dell'impresa. Qualora il giudice nazionale non si ritenga soddisfatto, potrà negare l'autorizzazione solo dopo aver ulteriormente sollecitato la Commissione.

2.3. Tra gli elementi di assoluta novità presenti nella normativa in esame spicca la possibilità di procedere ad accertamenti presso altri locali, compresi i domicili privati dei membri delle imprese coinvolte (art. 21 regolamento 1/03). Per poter procedere ad un accertamento così potenzialmente lesivo dei diritti delle persone coinvolte, la Commissione ai sensi dell'art. 21, par. 1 regolamento 1/03 deve avere ragionevoli motivi di sospettare che i documenti ricercati siano non solo connessi da un lato all'impresa e dall'altro all'oggetto dell'ispezione, ma che siano anche pertinenti ai fini della formazione della prova di un'infrazione grave agli articoli 81 e 82 TCE.

Per quanto riguarda l'interpretazione del requisito del "ragionevole sospetto", in mancanza di una giurisprudenza del giudice comunitario è opportuno svolgere alcune considerazioni sul presupposto e sulle modalità esecutive dell'ispezione stessa. In riferimento al presupposto, la collocazione sistematica e la stessa *ratio* della norma in esame potrebbero far ritenere che, al fine di integrare i predetti ragionevoli motivi di sospetto, l'ispezione domiciliare debba essere necessariamente preceduta da quella aziendale ex art. 20 regolamento 1/03¹⁶. In tal senso deporrebbe la presunzione per cui tutto ciò che manca nei locali aziendali deve trovarsi presso i domicili privati, comprovata dalla necessità testuale di una decisione formale senza possibilità di ricorrere al meno impegnativo mandato scritto. Tuttavia, detta presunzione prova troppo in quanto, se la Commissione dovesse compiere le ispezioni domiciliari solo ed esclusivamente dopo una ispezione nei locali commerciali, lo scopo della norma sarebbe facilmente frustrato essendovi tutto il tempo di occultare ulteriormente i documenti¹⁷. In termini generali, inoltre, non è detto che l'esistenza di documenti custoditi presso altri locali debba inevitabilmente discendere da una previa perquisizione aziendale, ben potendo la Commissione aver maturato un tale sospetto grazie a informazioni ottenute dai denuncianti o da dichiarazioni ex articoli 18, 19 e 20, par. 2, lett. e) regolamento 1/03¹⁸. D'altro canto, se vi fosse un rapporto consequenziale tra l'ispezione aziendale e quella domiciliare, l'art. 21, par. 2 regolamento 1/03 avrebbe dovuto evidenziare la necessità di indicare della decisione formale, oltre l'oggetto e lo scopo della ricerca, anche i singoli documenti da ricercare. Tuttavia, dalla norma si deduce che la Commissione ha l'obbligo di indicare unicamente i predetti motivi di sospetto¹⁹.

Con riferimento alle modalità esecutive, poi, il combinato disposto dell'ampia nozione di "altri locali" e della successiva esemplificazione relativa al

¹⁶ Così M. Megliani, *Ispezioni domiciliari e normativa comunitaria* antitrust. *Una prima riflessione*, in *Dir. comm. int.*, 2003, p. 110.

¹⁷ Conforme L. Bellodi, *Poteri di inchiesta*, cit., p. 133.

¹⁸ L. Bellodi, op. loc. cit.

¹⁹ Contra M. Megliani, op. cit, p. 111.

"domicilio dei membri dell'impresa" potrebbe lasciar presumere che la norma stabilisca un preciso ordine di ricerca tra tutti i possibili locali non aziendali. Secondo tale interpretazione, i documenti rilevanti dovrebbero prima essere cercati nei domicili privati di amministratori, direttori e altri membri del personale, e poi in qualunque altro luogo, mentre la possibilità di omettere uno dei passaggi intermedi dovrebbe essere comprovata da gravi e consistenti sospetti²⁰. Anche qui, tuttavia, la presunzione cade di fronte alla considerazione per cui l'unico criterio alla base del potere di ispezione domiciliare è quello del "ragionevole sospetto", non importa se indirizzato verso il domicilio dei membri dell'azienda o verso qualunque altro locale. Inoltre, date le frequenti possibilità offerte dagli ordinamenti societari degli Stati membri di occultare gli intrecci azionari tra imprese, l'effetto utile della norma in esame sarebbe vanificato qualora si dovessero necessariamente posporre ispezioni proprio di quei locali nella disponibilità di soggetti formalmente estranei ma sostanzialmente inseriti nell'organigramma aziendale.

A garanzia delle persone sottoposte ad ispezione nei domicili privati, la disposizione in oggetto pone una serie di limiti. Innanzitutto, l'art. 21, par. 2 regolamento 1/03 prevede che la decisione della Commissione debba indicare chiaramente l'oggetto e lo scopo dell'ispezione, i motivi per cui si sospetti che detti documenti siano ivi conservati, la data d'inizio e il diritto di impugnare l'atto innanzi alla Corte di giustizia. Nell'ottica del principio della leale cooperazione, la Commissione dovrà inoltre informare l'autorità garante nazionale. La disposizione dell'art. 21, par. 3, regolamento 1/03 sancisce inoltre che l'ispezione nei domicili privati non può essere eseguita in assenza della previa autorizzazione del competente giudice nazionale. A differenza delle ispezioni aziendali, infatti, il controllo giurisdizionale è obbligatorio e dovrà pertanto avvenire in ogni caso, a prescindere sia dal rifiuto dei soggetti coinvolti che da eventuali disposizioni nazionali in senso difforme. Il giudice dovrà controllare non solo l'autenticità della decisione, la non arbitrarietà o sproporzione dell'accertamento richiesto, la gravità della presunta infrazione, l'importanza della prova richiesta e il grado di coinvolgimento dell'impresa interessata, ma dovrà accertare anche la sussistenza di una ragionevole probabilità che i documenti richiesti siano detenuti nei locali interessati dal provvedimento²¹. Limite invalicabile, anche in questo caso, è rappresentato dall'impossibilità per l'autorità giurisdizionale nazionale di statuire sulla necessità dell'accertamento e di richiedere la trasmissione delle informazioni sensibili del fascicolo.

In ragione dei soggetti coinvolti – i quali, come si è detto, potrebbero essere estranei all'organigramma dell'impresa interessata dal procedimento –, l'art. 21, par. 4 regolamento 1/03 limita i poteri dei funzionari della Commissione nel senso che permette loro di accedere a tutti i locali, controllare qualsiasi documento e farne copia, ma non di apporre sigilli a locali e documenti né di chiede-

²⁰ Questa sembra essere l'opinione di M. MEGLIANI, *op. cit.*, p. 110.

Inutile sottolineare che in questo caso sono vieppiù vietate le fishing expeditions.

re spiegazioni ad ampio spettro sull'oggetto dell'ispezione domiciliare. Inoltre, è necessaria la presenza degli agenti dell'autorità garante nazionale e, in caso di rifiuto, della forza pubblica. Giova ricordare che la possibilità di compiere accertamenti presso domicili privati non è stata concessa nel caso di controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese ai sensi del regolamento 139/2004²².

Oltre che per mezzo dei propri funzionari, la Commissione *ex* art. 22, par. 2 regolamento 1/03 potrà eseguire le ispezioni aziendali – ma non, giusta la disposizione in esame, quelle domiciliari – delegando le pertinenti attività ad un'autorità garante nazionale, la quale agirà con i poteri e i limiti propri della legislazione nazionale.

3. Se già i poteri di indagine contenuti nel regolamento 17/62 avevano posto delicati problemi in riferimento ai diritti fondamentali delle imprese ad essi sottoposte, il rafforzamento di tali poteri ad opera del regolamento 1/03 non solo rende quei problemi attuali ma ne introduce altri di non poco momento.

A fronte di una puntuale elencazione degli strumenti d'indagine a disposizione della Commissione, infatti, il regolamento 1/03 appare singolarmente privo di adeguate disposizioni a tutela delle imprese indagate. Tale vuoto normativo, che deriva dall'impostazione seguita già nella redazione del regolamento 17/62, in costanza di quest'ultimo era stato progressivamente colmato dalla giurisprudenza degli organi comunitari, i quali si sono dimostrati attenti ad una valutazione dell'intera fase d'indagine preliminare che tenesse in debito conto il rispetto dei diritti della difesa.

In generale, bisogna ricordare come la Corte di giustizia – pur non avendo in tal senso un preciso obbligo giuridico²³ – abbia sin quasi dall'inizio sostenuto una lettura dei Trattati che includesse tra i suoi principi generali anche il rispetto dei diritti fondamentali quali risultanti sia dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri che dalla CEDU²⁴, pur non potendo in quest'ultimo caso fornire una propria valutazione sulla conformità del diritto nazionale e comunitario rispetto a quello convenzionale in mancanza di un rapporto formale tra i due sistemi norma-

Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, *GUUE* L 24, 29 gennaio 2004, p. 1 ss. In dottrina per tutti M. MEGLIANI, *La riforma della disciplina comunitaria del controllo delle concentrazioni tra imprese*, in *Dir. comm. int.*, 2004, p. 685 ss.; M. MEROLA, L. ARMATI, *La riforma del controllo comunitario delle concentrazioni: gli aspetti di procedura*, in *DUE*, 2004, p. 137 ss.; nonché M. Todino, *La riforma del controllo delle concentrazioni nell'ordinamento comunitario*, in *Contr. impr./E.*, 2004, p. 1068 ss.

Vedi G. Tesauro, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, IV ed., p. 123 ss., nonché U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *DUE*, 2004, p. 73.

Vedi le sentenze del 12 novembre 1969, causa 29/69, Erich Stauder c. Città di Ulm-Sozia-lamt, Raccolta, p. 419 ss.; del 17 dicembre 1970, causa 11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbh c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Raccolta, p. 1125 ss.; del 14 maggio 1974, causa 4/73, Nold KG c. Commissione, Raccolta, p. 491 ss.

tivi²⁵. Nel 1994, infatti, il Consiglio aveva richiesto alla Corte di giustizia un parere ai sensi dell'attuale art. 300, par. 6 TCE in merito alla compatibilità con il Trattato di un eventuale accordo di adesione della Comunità alla CEDU. Nel noto parere n. 2/94²⁶, il giudice comunitario ha tuttavia negato la competenza della Comunità ad aderire alla CEDU, sulla base del fatto che alla data nessuna disposizione del Trattato attribuiva alle istituzioni comunitarie, in termini generali, il potere di dettare norme in materia di diritti dell'uomo o di concludere convenzioni internazionali in materia. In particolare, la Corte di giustizia ha sottolineato che, nonostante il rispetto dei diritti dell'uomo dovesse considerarsi requisito di legittimità degli atti comunitari, simile adesione avrebbe determinato l'inserimento della Comunità in un sistema istituzionale distinto. Pertanto, non potendo essere utilizzata la base giuridica dell'attuale art. 308 TCE (cd. teoria dei poteri impliciti), dato che la materia esulava dagli scopi del Trattato, in caso di adesione risultava necessario procedere ad una modifica formale del medesimo Trattato.

Nonostante l'inutilizzabilità della CEDU come parametro formale di legittimità degli atti comunitari e dell'Unione europea²⁷, merita ricordare che dal punto di vista sostanziale l'art. 6, par. 2 TUE ribadisce come i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla CEDU debbano essere rispettati anche per quanto di competenza delle istituzioni comunitarie²⁸.

Appare coerente con questa linea evolutiva la Carta di Nizza del 2000²⁹, che contiene un dettagliato elenco di diritti fondamentali in larga parte ricalcato su quello della CEDU, pur se con alcune modificazioni. Questo atto, non potendo essere compreso tra quelli aventi efficacia giuridica vincolante³⁰, a tutt'oggi svolge comunque un ruolo politico importante per l'adozione degli atti delle istituzioni comunitarie e degli atti degli Stati membri in esecuzione degli obblighi comunitari.

Pur in presenza di indubbi miglioramenti in àmbito comunitario dal punto di vista sia legislativo che giurisprudenziale, e pur non mancando esempi di indirizzi giurisprudenziali uniformi³¹, non si può escludere allo stato attuale l'even-

²⁵ Sentenze del 1 febbraio 1996, causa C-177/94, *Procedimento penale a carico di Gianfranco Perfili, Raccolta*, p. I-161 ss.; del 29 maggio 1997, causa C-299/95, *Friedrich Kremzow c. Repubblica d'Austria, Raccolta*, p. I-2629 ss.; del 18 dicembre 1997, causa C-309/96, *Daniele Annibaldi c. Sindaco del Comune di Guidonia e Presidente Regione Lazio, Raccolta*, p. I-7493 ss.

²⁶ Del 28 marzo 1996, *Raccolta*, p. I-1759 ss.

In argomento U. VILLANI, op. cit., passim, cui si rimanda per l'ampia bibliografia.

Art. 6, par. 2 TUE: "L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario".

Vedi la Carta dei diritti fondamentali, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione, *GUCE* C 364, 18 dicembre 2000, p. 1 ss.

In questo senso U. VILLANI, op. cit., p. 78 s.

³¹ Vedi ad es. la sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 1998, causa C-185/95 P, *Baustahlgewebe GmbH c. Commissione*, *Raccolta*, p. I-8985 ss., in tema di diritto ad una durata ragionevole del processo.

tualità di un contrasto tra il sistema comunitario e quello convenzionale di tutela dei diritti fondamentali³². Rimandando ai paragrafi che seguono l'analisi in materia di tutela dei diritti della difesa nel diritto della concorrenza, merita infatti ricordare che il predetto contrasto ha avuto modo di manifestarsi, ad esempio, in tema di propaganda a favore dell'aborto³³ oppure con riferimento al principio del contraddittorio³⁴.

Più in generale, è stato sottolineato il rischio che il diritto comunitario (e dell'Unione europea) sia fatto oggetto di verifica da parte della Corte europea. In mancanza dell'adesione formale alla CEDU, una simile ipotesi può attualmente verificarsi solo in via "indiretta", qualora cioè al giudice di Strasburgo venga chiesto di pronunciarsi sulla compatibilità con le previsioni convenzionali degli atti e dei comportamenti degli Stati parti della CEDU assunti conformemente agli obblighi loro derivanti dalla partecipazione alla Comunità (e all'Unione) europea³⁵.

In un primo tempo, la Commissione europea dei diritti dell'uomo (di seguito "Commissione CEDU") e la "vecchia" Corte europea³⁶ hanno evitato di statuire su detta compatibilità, negando la responsabilità degli Stati membri in tutti quei casi in cui nell'ordinamento comunitario veniva offerta una "protezione equivalente" rispetto a quella convenzionale. Nel rapporto *M. & Co.*, la Commissione CEDU ha ricordato la propria competenza a controllare non gli atti e i comportamenti delle Comunità europee ma quelli esecutivi degli Stati membri, in quanto il trasferimento di poteri e competenze da uno Stato parte della CEDU ad un'organizzazione internazionale non era idoneo ad eliminare del tutto la responsabilità di tale Stato anche se – come nel caso di specie – l'atto statale si limitava ad accordare un *exequatur* ad una sentenza della Corte di giustizia. Nel

Così B. Conforti, La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti umani, in L. S. Rossi (a cura di), Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea, Milano, 2002, p. 6; nonché U. VILLANI, op. cit., p. 95.

Si veda la vicenda relativa al divieto in Irlanda di diffondere informazioni relative alle cliniche situate all'estero che praticavano l'interruzione di gravidanza, divieto considerato legittimo dalla Corte di giustizia (sentenza del 4 ottobre 1991, causa 159/90, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. c. Stephen Grogan e al., Raccolta*, p. I-4733 ss.) ma censurato dalla Corte europea (sentenza del 29 ottobre 1992, relativa all'affare *Open Door e Dublin Well Woman c. Ireland*, in *Série A*, n. 246-A).

³⁴ Vedi l'ordinanza del 4 febbraio 2000, causa C-17/98, *Emesa Sugar (Free Zone) NV e Aruba, Raccolta*, p. I-667 ss., con cui la Corte di giustizia ha stabilito che l'impossibilità per le parti di presentare osservazioni in risposta alle conclusioni dell'Avvocato generale non rappresentava una violazione del diritto ad un equo processo di cui all'art. 6, par. 1 CEDU. *Contra* la Corte europea, sentenza del 20 febbraio 1996, relativa all'affare *Vermeulen c. Belgio*, in *Recueil* 1996-I, 3, p. 224 ss., che aveva riscontrato tale violazione in riferimento alla mancata possibilità di replicare all'analogo parere del pubblico ministero presso la *Cour de cassation* in un procedimento civile belga.

In questo senso U. VILLANI, op. cit., p. 97.

³⁶ Sulla ripartizione delle funzioni anteriore alla riforma disposta dal Protocollo n. 11 alla CEDU vedi per tutti C. Russo, P. M. Quaini, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giuri-sprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, 2000, e M. De Salvia, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001, III ed.

merito la Commissione CEDU ha affermato il noto "principio di equivalenza", secondo cui lo Stato membro non può essere considerato inadempiente dal punto di vista della CEDU nel momento in cui dà esecuzione ad un atto dell'organizzazione internazionale, qualora tale Stato non abbia in proposito alcun potere discrezionale e nell'organizzazione internazionale considerata i diritti fondamentali siano in linea di massima controllati e rispettati³⁷. Successivamente, tuttavia, la "nuova" Corte europea ha censurato per contrarietà alla CEDU alcune disposizioni statali, assunte nel quadro del diritto comunitario, in materia di elezione del Parlamento europeo³⁸ e di estradizione³⁹.

La questione rimane tuttora aperta con riferimento ai veri e propri atti comunitari, in quanto sul punto la Corte europea non si è pronunciata nell'àmbito di quei (pochi) ricorsi ad essa sottoposti per il tramite della responsabilità di tutti gli Stati membri⁴⁰. Al riguardo, comunque, vi è da dire che il giudice di Strasburgo sembra aver adottato soluzioni opposte, a seconda dei casi richiedendo agli Stati parti della CEDU un penetrante controllo alla luce delle disposizioni convenzionali degli atti di Paesi non parti di cui si richiede l'esecuzione⁴¹, oppure accontentandosi della presunzione di equivalenza in mancanza di una dimostrazione della "manifesta insufficienza" della protezione fornita dall'ordinamento comunitario (e dell'Unione europea)⁴².

Il rischio di un contrasto tra sistema convenzionale e sistema comunitario non appare scongiurato neanche qualora si attribuisca forza giuridica obbligatoria alle previsioni contenute nella Carta di Nizza. Quest'ultima reca una disposizione di coordinamento sostanziale, 1'art. 52, par. 3, ai sensi della quale "[l]addove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non osta al diritto dell'Unione di concedere una protezione più estesa". Tale norma, che configura la tutela offerta dalla CEDU come uno standard minimo per l'ordinamento comunitario, è sicuramente degna di nota ma non sembra capace di eliminare la pos-

Rapporto *M. & Co. c. Repubblica Federale di Germania*, in *DR*, 1990, n. 64, p. 138 ss. Il principio è stato applicato anche dalla Corte europea: sentenza del 26 giugno 1992, relativa all'affare *Drozd e Janousek c. Francia*, in *Série A*, n. 240. In argomento B. Conforti, *op. cit.*, p. 15 s.

Sentenza del 18 febbraio 1999, relativa all'affare *Matthews c. Regno Unito*, in *Recueil*, 1999-I.
 Sentenza del 7 marzo 2000, relativa all'affare *T.I. c. Regno Unito*, in *Recueil*, 2000-III, p. 435 ss.

Vedi le sentenze del 23 maggio 2002, relativa all'affare SEGI e GESTORAS PRO-AMNISTIA c. Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Olanda, Portogallo, Regno Unito, Spagna e Svezia, in Recueil, 2002-V, p. 357 ss. (su cui U. VILLANI, op. cit., p. 100), e del 10 marzo 2004, relativa all'affare Senator Lines GmbH c. Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Olanda, Portogallo, Regno Unito, Spagna e Svezia, in Recueil, 2004-IV, p. 331 ss.

Sentenza del 20 luglio 2001, relativa all'affare *Pellegrini c. Italia*, in *Recueil*, 2001-VIII, p. 353 ss.

Si veda la recentissima sentenza del 30 giugno 2005, relativa all'affare *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*, consultabile in *RDI*, 2005, p. 778 ss.

sibilità di specifici contrasti giurisprudenziali tra la Corte europea e le Corti comunitarie⁴³, non foss'altro per il fatto che alcuni dei diritti contenuti nella CEDU sono stati modificati nella Carta di Nizza⁴⁴. L'eventuale portata giuridica vincolante della Carta renderebbe, anzi, ulteriormente indifferibile la questione dell'adesione formale della Comunità e dell'Unione europea alla CEDU⁴⁵.

È appena il caso di notare che la situazione potrebbe mutare con l'entrata in vigore del "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa" (Trattato costituzionale)⁴⁶, del quale la Carta di Nizza, con gli opportuni adattamenti, costituisce la Parte II⁴⁷. Secondo l'art. I-9, par. 2 Trattato costituzionale, infatti, "[I]'Unione aderisce alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nella Costituzione"⁴⁸. Qualora tale adesione si verificasse, dunque, la Corte europea potrebbe sindacare direttamente gli atti e i comportamenti delle istituzioni dell'Unione europea, e le Corti comunitarie non potrebbero far altro che conformarsi alla giurisprudenza convenzionale anche nell'interpretazione della Carta di Nizza, nella parte in cui quest'ultima contenga "diritti corrispondenti a quelli garantiti" dalla CEDU.

Ritornando al problema del rapporto tra indagini *antitrust* e rispetto dei diritti fondamentali, è dall'inizio degli anni '80 che la Corte di giustizia si è posta il problema dell'applicabilità delle disposizioni della CEDU *in subiecta materia*⁴⁹. Preliminare all'analisi delle singole disposizioni era la risoluzione del quesito se si potesse qualificare la Commissione come "tribunale" ai sensi dell'art. 6 CEDU, e se pertanto si potessero estendere alle imprese sottoposte ad indagine *antitrust* le garanzie previste in quest'ultima disposizione.

L'art. 6 CEDU⁵⁰, che sancisce il diritto ad un processo equo, rappresenta infatti per gli Stati contraenti lo standard minimo di garanzia a vantaggio di

Per un esame si veda U. VILLANI, op. cit., p. 102 ss.

⁴⁴ Così P. Manzini, La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione Europea: problemi interpretativi posti dall'art. 52, in L. S. Rossi, op. cit., p. 132.

⁴⁵ Così T. Groppi, *Art. 52*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, p. 360.

Firmato a Roma il 29 ottobre 2004, *GUUE* C 310, 16 dicembre 2004. Per un esame d'insieme del "Trattato costituzionale" vedi E. TRIGGIANI, *Un Trattato per la futura "unità europea"*, in *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, supplemento speciale di *Sud in Europa*, settembre-ottobre 2004, p. 9 ss.

Si tratta degli articoli da II-61 a II-114 Trattato costituzionale.

⁴⁸ Sul dibattito che ha condotto alla formulazione dell'art. I-9, par. 2 Trattato costituzionale, nonché sui vantaggi dell'adesione della CE e dell'UE alla CEDU, si veda U. VILLANI, *op. cit.*, p. 109 ss.

⁴⁹ Vedi la sentenza *National Panasonic*.

Art. 6 CEDU: "1. Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, al fine della determinazione sia dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o una parte del processo

coloro che sono sottoposti all'esercizio della giurisdizione statale⁵¹. Nell'àmbito della sua funzione interpretativa, la Corte europea ha affermato da un lato che per qualificare un organo nazionale come tribunale ai sensi dell'art. 6, par. 1 CEDU ciò che rileva non è l'eventuale definizione nazionale ma la natura delle decisioni che tale organo è in grado di assumere⁵², dall'altro che la nozione di accusa penale di cui al medesimo art. 6, par. 1 è autonoma dal punto di vista della CEDU⁵³, e dall'altro ancora che integra detta nozione un illecito di natura generale il cui procedimento può condurre al risultato di imporre sanzioni le quali per la loro natura e gravità appartengano alla sfera del penale⁵⁴.

La Corte europea non ha, tuttavia, avuto modo di applicare direttamente la propria interpretazione di affare penale al diritto della concorrenza, benché abbia implicitamente stabilito che un divieto nazionale di fissazione dei prezzi deve essere ricondotto in quest'àmbito⁵⁵. Viceversa, la Commissione CEDU ha avuto

nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigano gli interessi dei minori o la tutela della vita privata delle parti nel processo, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale quando, in speciali circostanze, la pubblicità potrebbe pregiudicare gli interessi della giustizia. 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3. Ogni accusato ha più specialmente diritto a: a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie per preparare la sua difesa; c) difendersi da sé o avere l'assistenza di un difensore di propria scelta e, se non ha i mezzi per ricompensare un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio quando lo esigano gli interessi della giustizia; d) interrogare o far interrogare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'interrogazione dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; e) farsi assistere gratuitamente da un interprete, se non comprende o non parla la lingua impiegata nell'udienza".

Così M. Chiavario, Art. 6, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Padova, 2001, p. 154, nonché D. Gomien, D. Harris, L. Zwaak, Convention européenne des Droits de l'Homme et Charte sociale européenne: droit et pratique, Strasbourg, 1997, p. 171.

Sentenze del 22 ottobre 1984, relativa all'affare *Sramek c. Austria*, in *Série A*, n. 84; del 23 ottobre 1985, relativa all'affare *Benthem c. Paesi Bassi*, in *Série A*, n. 97; del 27 agosto 1991, relativa all'affare *Demicoli c. Malta*, in *Série A*, n. 210; del 23 ottobre 1995, relativa all'affare *Schmautzer c. Austria*, in *Série A*, n. 328-A. In argomento vedi P. Van Dijk, G. J. H. Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague, London, New York, 1998, p. 451.

⁵³ Sentenza del 8 giugno 1976, relativa all'affare *Engel e altri c. Paesi Bassi*, in *Série A*, n. 22, punto 81; vedi inoltre la sentenza del 21 febbraio 1984, relativa all'affare *Öztürk c. Repubblica Federale Tedesca*, in *Série A*, n. 73, punti 52 e 50.

Sentenze *Engel*, punto 82; *Öztürk*, punto 53; 25 agosto 1987, relativa all'affare *Lutz c. Repubblica Federale Tedesca*, in *Série A*, n. 123, punto 55; 24 febbraio 1994, relativa all'affare *Bendenoun*, in *Série A*, n. 284, punto 47. In dottrina M. Chiavario, *op. cit.*, p. 158; P. Van Dijk, G. J. H. Van Hoof, *op. cit.*, p. 409 ss.; A. Riley, *The ECHR Implications of the Investigation Provisions of the Draft Competition Regulation*, in *ICLQ*, 2002, p. 66 ss.

Vedi la sentenza del 27 febbraio 1980, relativa all'affare *Deweer c. Belgio*, in *Série A*, n. 35, punto 81.

occasione di prendere posizione nel rapporto *Stenuit*⁵⁶. Di fronte ad un'ammenda per pratiche anticoncorrenziali irrogata dal Ministero degli affari economici e finanziari francese, la Commissione CEDU aveva stabilito infatti due punti fondamentali. Innanzitutto, in riferimento al criterio della natura dell'illecito, aveva riconosciuto che l'obiettivo perseguito dalla normativa *antitrust* nazionale – di preservare la libera concorrenza all'interno del mercato francese – rientrava tra gli obiettivi di interesse generale generalmente protetti da disposizioni di carattere penale. In secondo luogo, relativamente al requisito della severità della sanzione, essa aveva sottolineato non solo che quella effettivamente comminata era piuttosto consistente (50.000 franchi), ma soprattutto che la possibilità di imporre ammende fino al 5% del fatturato era indice della natura afflittiva e deterrente della sanzione stessa.

Dal canto suo, la Corte di giustizia comunitaria, pur avendo ribadito la natura amministrativa e non giudiziaria della Commissione CE – pertanto non soggetta direttamente all'art. 6 CEDU⁵⁷ –, ha sottolineato come detto organo debba nondimeno garantire una serie di diritti processuali contemplati dal diritto comunitario anche nella fase delle indagini preliminari, fase in cui normalmente avviene la formazione della prova e in ragione della quale la posizione delle imprese indagate può venire gravemente compromessa sino a sfociare nell'irrogazione di sanzioni pecuniarie⁵⁸.

Dunque, anche se i diritti fondamentali delle imprese sottoposte al procedimento *antitrust* sono stati riconosciuti grazie all'operare dei principi generali del diritto comunitario⁵⁹, si deve comunque evidenziare – al fine di limitare al massimo i contrasti giurisprudenziali tra le due Corti⁶⁰ – che una lettura complessiva del regolamento 1/03 alla luce degli aumentati poteri inquisitori rende a tutt'oggi difficile, se non impossibile, una qualificazione del procedimento in esame come non avente carattere afflittivo e quindi non equiparabile *de facto* ad uno di

⁵⁶ Affare *Stenuit c. Francia*, in *Série A*, n. 232-A, p. 9 ss. Il ricorso in oggetto è stato cancellato dal ruolo della Corte europea per intervenuta transazione tra il ricorrente e lo Stato membro (17 febbraio 1992, in *Série A*, n. 232-A, p. 5 ss.).

Vedi inter alia le sentenze del 29 ottobre 1980, cause riunite 209-215 e 218/78, Heintz van Landewyck Sarl e al. c. Commissione (Fedetab), Raccolta, p. 3125 ss., punto 81, e del 7 giugno 1983, cause riunite 100-103/80, SA Musique Diffusion Française e al. c. Commissione, Raccolta, p. 1825 ss., punti 6-7. Tuttavia, già l'Avvocato generale Capotorti nelle conclusioni del 31 gennaio 1980, causa 98/79, Josette Pecastaing c. Stato belga, Raccolta, p. 681, aveva suggerito l'applicabilità dell'art. 6 CEDU all'intero ordinamento comunitario, ma la Corte non si era pronunciata nel merito. Per approfondimenti K. Lenaerts, J. Vanhamme, Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process, in CML Rev., 1997, p. 531 ss.

Sentenze *Hoechst*, punti 12-16, e *Orkem*, punto 33.

⁵⁹ I principi generali, fonti comunitarie intermedie da collocarsi tra i Trattati e gli atti normativi derivati, fungono da parametro di interpretazione per i primi e di legittimità per i secondi. Vedi G. Gaja, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma, Bari, 2005, V ed., p. 103 ss.; G. Tesauro, *op. cit.*, p. 103 ss.; nonché P. Mengozzi, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 2003, p. 247 ss.

Sottolinea detto contrasto, con puntuali riferimenti giurisprudenziali, U. VILLANI, op. cit., p. 93 ss.

tipo penale. Infatti, in primo luogo, per ciò che attiene al requisito della natura dell'illecito, bisogna rilevare come le regole a tutela della concorrenza rivestano carattere generale, potendosi applicare a tutte le attività economiche di una certa importanza, e abbiano come obiettivo – al pari della normativa penale – quello di proteggere un interesse generale della società. In secondo luogo, si deve riconoscere come la possibilità di cui all'art. 23 regolamento 1/03 di imporre sanzioni procedurali sino all'1% e sostanziali fino al 10% del fatturato totale delle imprese coinvolte abbia finalità chiaramente punitive e deterrenti. Infine, con riferimento alla qualificazione del procedimento antitrust data dal diritto comunitario come di illecito amministrativo, essa non appare decisiva al fine negare la diversa interpretazione qui sostenuta⁶¹. Pertanto, sulla base delle disposizioni esaminate e della giurisprudenza della Corte europea, sembra più corretto concludere nel senso dell'applicabilità a siffatto procedimento della lettera e della giurisprudenza dell'art. 6 CEDU, quantomeno per via dell'art. 6, par. 2 TUE⁶². Una simile conclusione sembra avvalorata anche dall'art. 47, par. 2 della Carta di Nizza, la cui formulazione – ancorché più sintetica – è analoga a quella del-1'art. 6 CEDU⁶³.

Se ciò è vero, si tratta adesso di verificare il livello di tutela offerto dal diritto comunitario in rapporto a quello, minimo, di cui alle disposizioni convenzionali, soprattutto con riguardo al principio di non autoincriminazione, alla tutela dell'inviolabilità del domicilio, al diritto all'assistenza legale, alla tutela della corrispondenza legale a fini difensivi, e infine alla tutela dei segreti commerciali.

4. Una prima compressione dei diritti fondamentali delle imprese sottoposte alle indagini della Commissione potrebbe sorgere dalla formulazione degli articoli 18, par. 4 e 20, par. 2, lett. e) regolamento 1/03 nella parte in cui sanciscono un vero e proprio obbligo di fornire le informazioni richieste, obbligo gravante in capo ai proprietari, ai rappresentanti legali e ai membri dell'impresa (o dell'associazione di imprese) interessata. Ci si chiede, in particolare, se e in che misura questo obbligo possa essere contemperato con l'opposto principio di non autoincriminazione, visto che la Corte europea ha espressamente affermato

⁶¹ Conforme W. P. J. Wils, La compatibilité des procédures communautaires an matière de concurrence avec la Convention européenne des droits de l'homme, in CDE, 1996, p. 334, nonchè A. Riley, op. cit., p. 67 ss.

⁶² In tal senso W. P. J. Wills, op. ult. cit., passim, successivamente in Id., The Principle of Ne Bis In Idem in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis, in World Competition, 2003, p. 133.

Art. 47, par. 2 Carta: "Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente e entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare". Su questa disposizione M. D'AMICO, Art. 47, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, op. cit., p. 319 ss., nonché F. Pocar, Dignità – Giustizia, in L. S. Rossi, op. cit., p. 83 ss. Nel senso dell'estensione dell'art. 47, par. 2 Carta anche ai procedimenti amministrativi antitrust si veda F. Pocar, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in Id. (a cura di), Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea, Padova, 2001, p. 1180.

che l'art. 6 CEDU protegge il diritto di chiunque sia sottoposto ad un'accusa penale di rimanere in silenzio e di non contribuire ad autoincriminarsi⁶⁴.

Nella pronuncia *Orkem*, la Corte di giustizia – nonostante per un verso l'esame degli ordinamenti degli Stati membri evidenziasse un diritto al silenzio riconosciuto in capo solo alle persone fisiche sottoposte a procedimento penale e non a quelle giuridiche per infrazioni di natura economica, mentre per altro verso l'art. 6 CEDU sembrasse non comprendere siffatto diritto – aveva stabilito, sulla base del generale principio di rispetto dei diritti della difesa operante nell'ordinamento giuridico comunitario, che l'onere di provare un'infrazione gravava in capo alla Commissione senza che si potesse imporre alle imprese l'obbligo di ammetterne l'esistenza⁶⁵.

Il Tribunale di primo grado delle Comunità europee (d'ora in poi "Tribunale di primo grado"), che si era sostanzialmente conformato nella causa PVC^{66} , ha avuto modo di precisarne l'àmbito di applicazione nel caso $Mannesmannr\"ohren^{67}$. Pur ribadendo l'impossibilità di invocare direttamente la CEDU innanzi al giudice comunitario, esso ha sostenuto che il diritto antitrust comunitario rispetta i diritti fondamentali delle imprese offrendo una protezione equivalente a quella di cui all'art. 6 CEDU, in particolare per quanto riguarda il diritto di non autoincriminarsi. Tuttavia, prosegue il giudice di prime cure, il riconoscimento di un diritto al silenzio deve essere contemperato con l'opposto dovere di attiva collaborazione gravante in capo alle imprese. Detto contemperamento porta ad escludere un diritto al silenzio di grado assoluto, il quale andrebbe contro l'effetto utile dell'(attuale) art. 18 regolamento 1/03 – oltre che, naturalmente, del successivo art. 20, par. 2, lett. e) – e costituirebbe un ostacolo ingiustificato allo svolgimento delle indagini preliminari.

In termini pratici, se ne ricava da un lato che le imprese non possono opporre il diritto al silenzio per evitare sia di fornire informazioni su date e luoghi delle riunioni con i concorrenti che di produrre i documenti specificamente richiesti, ma dall'altro che la Commissione non può obbligarle a descrivere l'oggetto e il contenuto di tali riunioni. Secondo la Corte e il Tribunale, pertanto, il punto di equilibrio degli articoli 18, par. 4, e 20, par. 2, lett. e) regolamento 1/03 risiede nella regola per cui il diritto al silenzio rileva non per le richieste di spiegazioni sui documenti rinvenuti e per quesiti di mero fatto – come ad es. quelli riguardanti le operazioni economiche e commerciali in corso, che non impedi-

⁶⁴ Sentenza del 25 febbraio 1993, relativa all'affare Funke c. Francia, in Série A, n. 256, punto 44.

⁶⁵ Sentenza *Orkem*, punti 26-36. Per un commento vedi D. RINOLDI, *Diritto comunitario*, *società commerciali e diritti della difesa*, in *RIDU*, 1990, p. 529 ss.

⁶⁶ Sentenza del 20 aprile 1999, cause riunite T-305-307, T-313-316, T-318, T-325, T-328-329 e T-335/94, *Limburgse Vinyl Maatschappij Nv e al. c. Commissione (PVC)*, *Raccolta*, p. II-931 ss., punti 448-449.

⁶⁷ Sentenza del 20 febbraio 2001, causa T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke AG c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-729 ss., punti 75-78.

scono di prospettare una diversa spiegazione in sede di audizione o di ricorso al giudice –, ma solo per richieste di valutazione dei fatti.

Per determinare la compatibilità della giurisprudenza comunitaria in materia di diritto al silenzio rispetto all'art. 6 CEDU, bisogna innanzitutto mettere in evidenza come nelle sentenze appena esaminate il giudice comunitario abbia dichiarato l'impossibilità di applicazione di questa norma non in ragione della mancata pertinenza *ratione materiae* o *ratione personae*, quanto per la riscontrata difficoltà di qualificare la Commissione come tribunale⁶⁸. Poiché si è già confutato tale assunto, individuando nel *modus procedendi* della Commissione i caratteri tipici del tribunale ai sensi dell'art. 6 CEDU, si può superare questa obiezione e passare alla valutazione della conformità del contenuto sostanziale del diritto in oggetto rispetto alla norma convenzionale.

In una serie di pronunce successive a quella della Corte di giustizia nel caso Orkem, la Corte europea – in particolar modo con la sentenza Saunders⁶⁹ – ha delineato nell'àmbito del procedimento penale una nozione di diritto al silenzio come "diritto di tacere durante un interrogatorio" e "diritto di non contribuire alla propria incriminazione", in modo da mettere al riparo l'accusato da abusive coazioni da parte dell'autorità e contribuire ad evitare errori giudiziari e ad assicurare il risultato di cui all'art. 6 CEDU⁷⁰. Tuttavia, se per un verso detta tutela non si estende all'uso di dati che possono ottenersi dal soggetto in questione con il ricorso a poteri coercitivi ma che esistono indipendentemente dalla propria volontà (es. documenti acquisiti in base a regolare mandato o prelievi corporali a fini di analisi chimiche)⁷¹ – comprese, probabilmente, le relative spiegazioni -, per altro verso l'utilizzazione contro l'accusato in un procedimento penale delle informazioni ottenute da questi nell'àmbito di procedimenti non giurisdizionali (ad es. fiscali) è stato giudicato inammissibile⁷². In linea generale, poi, a giudizio della Corte di Strasburgo non si può giungere all'estrema conseguenza di negare qualsivoglia incidenza al silenzio assoluto e prolungato, dal quale pertanto potrebbero desumersi conseguenze sfavorevoli alla persona sottoposta a procedimento⁷³. Per essere validamente utilizzata *contra reum*, infatti, la decisione di tacere dev'essere corroborata da ulteriori e concordanti indizi, e questi dev'essere stato informato degli effetti sfavorevoli della sua decisione di non parlare⁷⁴.

⁶⁸ Sottolinea tale rilievo D. RINOLDI, *Poteri di inchiesta della Commissione comunitaria nel campo della concorrenza e rispetto dei diritti della difesa*, in *Dir. comm. int.*, 1990, p. 775.

⁶⁹ Vedi la sentenza del 17 dicembre 1996, relativa all'affare *Saunders c. Regno Unito*, in *Recueil*, 1996-VI, vol. 24, p. 2044 ss. (peraltro *de facto* anticipata dalla sentenza *Funke*, e dalla sentenza dell'8 febbraio 1996, relativa all'affare *John Murray c. Regno Unito*, in *Recueil*, 1996-I, 1, p. 30 ss., punto 45).

⁷⁰ Sentenza *Saunders*, punto 68.

⁷¹ *Ibidem*, punto 69.

⁷² *Ibidem*, punto 71.

Sentenza John Murray, punto 47. In questo senso M. Chiavario, op. cit., p. 198.

In proposito vedi P. Van Dijk, G. J. H. Van Hoof, op. cit., p. 436.

Nonostante una sostanziale concordanza in merito alla impossibilità di appellarsi al diritto di non autoincriminazione per opporsi alla richiesta di esibire i documenti esistenti – e, pare, di fornire spiegazioni su di essi –, tra gli indirizzi giurisprudenziali delle Corti comunitarie e quello della Corte europea emerge tuttavia un contrasto relativo alla possibilità di utilizzazione delle informazioni ottenute in risposta a quesiti di mero fatto, possibilità esclusa dalla seconda e ammessa dalle prime. È pertanto conclusivo rilevare come gli articoli 18, par. 4 e 20, par. 2, lett. e) regolamento 1/03, nella misura in cui consentono alla Commissione di assumere informazioni dai soggetti ivi indicati non solo sui documenti esistenti ma anche in merito a quesiti di fatto, appaiono in contrasto con l'art. 6 CEDU.

Secondo alcuni⁷⁵, tuttavia, il suddetto contrasto non dovrebbe essere enfatizzato, in ragione del fatto che la giurisprudenza della Corte europea attiene alle garanzie delle persone fisiche nei procedimenti penali, mentre i procedimenti *antitrust* comunitari si riferiscono alle persone giuridiche e non pongono alcuna pena detentiva a carico degli amministratori delle imprese indagate. Tale affermazione non sembra però condivisibile, sia perché non tiene conto dei rilievi già avanzati in merito al carattere penale della sanzione *antitrust*, sia soprattutto perche l'acquisizione della prova ottenuta in violazione del diritto al silenzio nel procedimento in oggetto contribuisce al libero convincimento della Commissione, la quale però – ed è fondamentale – non presenta le proprie prove ad un organo di controllo terzo ma provvede autonomamente all'emanazione della eventuale decisione sanzionatoria⁷⁶.

Il principio di non autoincriminazione di cui all'art. 6 CEDU potrebbe, poi, avere un ulteriore àmbito di applicazione anche con riferimento all'inedito potere di raccogliere le dichiarazioni delle persone fisiche o giuridiche informate sui fatti ex art. 19 regolamento 1/03. Questa disposizione attribuisce alla Commissione un potere dal contenuto davvero esteso, senza prevedere particolari limitazioni ratione personae o materiae. L'art. 19 regolamento 1/03, infatti, può essere – e presumibilmente sarà – usato per raccogliere le dichiarazioni sia dei membri delle imprese indagate sia, soprattutto, delle imprese vittime di pratiche anticoncorrenziali, così come quelle delle rilevanti associazioni dei consumatori⁷⁷.

D'altro canto, questi interrogatori liberi non sembrano essere necessariamente limitati alle indagini in corso, ma si presume possano entro certi limiti essere utilizzati per acquisire informazioni su qualunque fatto, purché integrante una pratica anticoncorrenziale. Benché, infatti, la lettera dell'art. 19 regolamento 1/03 suggerisca il previo avvio formale di un procedimento, in mancanza di indicazioni contrarie nulla vieta alla Commissione di aprire un nuovo fascicolo

Vedi W. P. J. Wills, Self-incrimination, cit., p. 577.

⁷⁶ Secondo A. RILEY, *op. cit.*, p. 70, di fronte a tale constatazione la Corte europea potrebbe estendere la giurisprudenza *Saunders* anche ai procedimenti comunitari a tutela della concorrenza.

Non si ritiene, pertanto, di aderire alla tesi di A. RILEY, *op. cit.*, p. 57, secondo cui la mancanza di obbligatorietà renderà questi interrogatori liberi di utilità estremamente limitata.

qualora venga a conoscenza da parte di queste persone di nuove e ulteriori infrazioni alla disciplina *antitrust*. Questa conclusione sembra avvalorata dall'art. 3 regolamento 773/04, secondo cui la Commissione all'inizio del colloquio deve indicare unicamente e genericamente "la base giuridica e la finalità dello stesso e ricordarne la natura facoltativa". Tutto ciò pone, tuttavia, delicati problemi in riferimento alla qualificazione della persona che informa la Commissione su fatti ad essa ancora sconosciuti: in particolare, ci si chiede se questi debba essere considerato un semplice dichiarante ai sensi dell'art. 19 regolamento 1/03 oppure *ex post* gli si debba riconoscere la qualità e i diritti del denunciante di cui agli articoli 7, par. 2 regolamento 1/03 nonchè 5 e ss. regolamento 773/04. Il problema – che non può essere qui approfondito – è gravido di implicazioni soprattutto in un sistema di controllo *ex post* come quello attuale, ma non sembra sia stato oggetto di adeguata riflessione nella predisposizione della normativa regolamentare⁷⁸.

Coerentemente, infine, con il requisito della volontarietà, questo nuovo mezzo di ricerca della prova non è accompagnato né da modalità di esecuzione coattiva in caso di inottemperanza né da sanzioni pecuniarie per informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti. Ciò in considerazione del fatto che la Commissione non assume carattere di organo terzo nella procedura *antitrust*. In questo modo, sembra si sia trovato un ragionevole bilanciamento tra l'esigenza di predisporre una precisa base giuridica per l'assunzione di testimonianze di soggetti terzi e la necessità di pregiudicare nella minore misura possibile soggetti a volte del tutto estranei alla violazione oggetto di indagine.

Problemi di conformità dell'art. 19 regolamento 1/03 rispetto all'art. 6 CEDU potrebbero nascere, sotto differenti aspetti, sia dall'assunzione di dichiarazioni da utilizzare nell'àmbito del procedimento per cui tale assunzione viene disposta, che dall'utilizzo delle stesse in altri procedimenti *antitrust*. Per quanto riguarda l'uso delle dichiarazioni di terzi nel procedimento nell'àmbito del quale le stesse vengono assunte, la mancanza sia nell'art. 19 regolamento 1/03 che nel regolamento 773/04 di previsioni dirette a consentire alla difesa dell'impresa indagata di esaminare queste persone informate sui fatti sembra contravvenire alla disposizione di cui all'art. 6, par. 3, lett. d) CEDU, almeno nella parte in cui tale mancanza non sia giustificata dalla tutela della riservatezza del terzo. La Corte europea ha infatti più volte affermato che il diritto di esaminare i testimoni a carico in un procedimento penale – ma il discorso è stato esteso anche a quello civile⁷⁹ – rappresenta una specificazione del più ampio principio dell'uguaglianza delle armi, il quale impone che accusa e difesa siano poste su un piano di assoluta parità⁸⁰. Di conseguenza, rientra nel concetto autonomo di

Sulle denunce nel nuovo sistema, e sui problemi che sollevano, si veda per tutti L. Bellodi, *Le denunce*, in G. L. Tosato, L. Bellodi, *op. cit.*, p. 77 ss.

Sentenza del 27 ottobre 1993, relativa all'affare *Dombo Beheer B.V.*, in *Série A*, n. 274. In argomento P. Van Dijk, G. J. H. Van Hoof, *op. cit.*, p. 474.

⁸⁰ Sentenza del 6 dicembre 1988, relativa all'affare *Barberà*, *Messegué e Jabardo c. Spagna*, in *Série A*, n. 146.

testimone⁸¹ chi – come la persona fisica o giuridica *ex* art. 19 regolamento 1/03 – durante la fase delle indagini preliminari (e non in giudizio) rende una dichiarazione di cui si terrà conto nella decisione finale, impedendo all'accusato di controinterrogarlo. Tale impedimento, pertanto, nella misura in cui non sia altrimenti giustificato, è capace di violare la citata disposizione convenzionale⁸².

Per quanto attiene viceversa al secondo problema, in un'ottica di conformità a quanto affermato nella giurisprudenza *Saunders* si deve rilevare come il carattere facoltativo delle dichiarazioni, nonché la mancanza di sanzioni, non appaiano lesive del diritto di tacere durante un interrogatorio solo nella misura in cui le medesime dichiarazioni non contribuiscano successivamente all'incriminazione della persona che le rende. Diversamente, infatti, non è chi non veda la possibilità per la Commissione – in ciò agevolata dal contenuto davvero esteso del potere in esame – di utilizzare le informazioni ottenute dall'interrogatorio libero della persona che vi ha acconsentito per procedere all'apertura di un fascicolo nei suoi confronti.

Ci si troverebbe pertanto di fronte alla situazione, invero paradossale, per cui gli interrogatori ai sensi degli articoli 18 e 20, par. 2, lett. e) regolamento 1/03 – consentendo al soggetto ad essi sottoposto di tacere le informazioni incriminanti – risulterebbero più rispettosi dei diritti di chi è già indagato rispetto a quello ex art. 19 regolamento 1/03 nei confronti di chi indagato ancora non è. L'unica soluzione praticabile per salvaguardare l'effetto utile dell'art. 19 regolamento 1/03, al contempo garantendo (almeno parzialmente) i diritti del futuro indagato, sarebbe quella di interrompere l'interrogatorio libero nel preciso momento in cui dovessero sorgere elementi a carico della persona che vi si è sottoposta. Tuttavia, questa soluzione è priva di utilità qualora, per i più disparati motivi, al momento determinante una tale percezione manchi, e l'importanza della dichiarazione venga in rilievo in una fase successiva all'interrogatorio, quando cioè non si può far più nulla per tutelare il diritto alla non autoincriminazione del soggetto in questione.

Si deve quindi concludere, nei limiti dei rilievi prospettati e in assenza di una lettura maggiormente garantista da parte del giudice comunitario, per la non conformità dell'art. 19 regolamento 1/03 alla disposizione di cui all'art. 6 CEDU. Vale la pena di ricordare, infine, che le conclusioni appena raggiunte in merito al contrasto tra il principio di non incriminazione elaborato dalla Corte europea e gli articoli 18, par. 4, 19 e 20, par. 2, lett. e) regolamento 1/03 sembrano confermate anche alla luce dell'art. 48, par. 2 della Carta di Nizza⁸³, disposizione dal contenuto sintetico ma il cui livello di protezione – ai sensi del

Autonomia ribadita, ad es., nella sentenza del 28 agosto 1992, relativa all'affare *Artner c. Austria*, in *Série A*, n. 242-A.

⁸² Sentenza della Corte europea, del 7 luglio 1989, relativa all'affare *Bricmont c. Belgio*, in *Série A*, n. 158. Vedi anche la sentenza del 14 dicembre 1999, relativa all'affare *A.M. c. Italia*, in *Recueil*, 1999-IX, p. 45 ss., punto 25.

Art. 48, par. 2 Carta: "Il rispetto dei diritti della difesa è garantito ad ogni imputato". In argomento M. D'AMICO, *Art. 48*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *op. cit.*, p. 330 ss.

combinato disposto dei successivi articoli 52, par. 3, già citato, e 53⁸⁴ – non intende essere inferiore a quello fornito dall'art. 6, paragrafi 2 e 3 CEDU.

5. Altro ordine di problemi discende dall'ammissibilità del potere di ispezione di cui agli articoli 20 e 21 regolamento 1/03 e dal loro potenziale conflitto con il principio dell'inviolabilità del domicilio sancito dall'art. 8 CEDU⁸⁵.

In riferimento alle ispezioni aziendali, la prima questione riguarda la possibilità di estendere o meno la nozione di "domicilio" anche ai locali commerciali sottoposti ad ispezione *antitrust*. Nella sentenza *Hoechst*, la Corte di giustizia aveva inizialmente escluso tale ipotesi⁸⁶. Se da un lato si sottolineava come i poteri di ispezione aziendale implicassero la facoltà di ricercare elementi di informazione diversi ancora ignoti o non completamente identificati proprio nei luoghi dove questi di regola si trovano, appunto i locali aziendali⁸⁷, d'altro canto le garanzie proprie del diritto di difesa dovevano essere individuate non nelle pertinenti disposizioni convenzionali bensì nell'obbligo di indicazione dell'oggetto e dello scopo dell'ispezione e nel controllo da parte degli organi giurisdizionali nazionali⁸⁸.

Questa giurisprudenza è entrata, dopo soli tre anni, in conflitto con quella della Corte europea, la quale nella sentenza *Niemietz* ha invece esteso la protezione dell'art. 8 CEDU dai domicili privati ai locali aziendali⁸⁹. La Corte di Strasburgo ha infatti sottolineato, in primo luogo, che non esiste nessuna ragione per escludere in linea di principio l'estensione della nozione di domicilio anche ai locali commerciali, visto che una gran parte della vita di relazione oggigiorno si svolge nell'àmbito dell'attività lavorativa⁹⁰. In secondo luogo, essendo riscontrabile in più occasioni una sovrapposizione tra attività private e attività lavora-

Art. 53 Carta: "Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle Convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri". In proposito M. Cartabia, *Art. 53*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, *op. cit.*, p. 360 ss.

Art. 8 CEDU: "1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di un'attività pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui".

⁸⁶ Sentenza *Hoechst*, punti 17-18.

⁸⁷ *Ibidem*, punti 26-27.

⁸⁸ *Ibidem*, punti 28-35.

Sentenza del 16 dicembre 1992, relativa all'affare *Niemetz c. Germania*, in *Série A*, n. 251-B, punto 30. Questa sentenza è stata confermata proprio in relazione alle misure francesi di ispezione in materia *antitrust*: vedi la sentenza del 6 aprile 2002, relativa all'affare *Colas Est e altri c. Francia*, in *Recueil*, 2002-III, p. 105 ss., punto 41. Vedi per tutti A. RILEY, *op. cit.*, p. 72 s.

⁹⁰ Sentenza *Niemetz*, punto 29.

tive, ci si troverebbe di fronte ad un'inaccettabile disparità di trattamento qualora non si accordasse la tutela in oggetto alle seconde solo nei casi in cui queste fossero chiaramente separabili dalle prime⁹¹. Detta disparità sarebbe vieppiù inaccettabile qualora si dovesse distinguere la nozione di abitazione privata da quella di luogo di svolgimento dell'attività lavorativa in presenza di attività svolte in luoghi che non rientrano con certezza nell'una o nell'altra nozione⁹². In terzo luogo, e da un punto di vista generale, l'estensione dell'àmbito di applicazione della nozione di domicilio anche ai locali commerciali risulta conforme all'obiettivo dell'art. 8 CEDU, che è quello appunto di proteggere l'individuo dalle indebite ingerenze da parte delle autorità pubbliche⁹³. Infine, con argomentazione letterale, la Corte ha evidenziato come le parole "domicilio" e "corrispondenza" non siano seguite, a differenza della "vita" intesa come "privata e familiare", da alcun aggettivo, ben potendo ricomprendervi anche il luogo e la corrispondenza di lavoro e quindi, come nel caso oggetto della pronuncia, anche quella telefonica⁹⁴.

Dato che con la sentenza *Roquette Frères* la Corte di giustizia ha preso atto dell'avvenuta estensione dell'àmbito di applicazione dell'art. 8, par. 1 CEDU e vi si è conformata⁹⁵, bisogna a questo punto valutare la conformità del potere in oggetto con il successivo art. 8, par. 2. In proposito, è interessante notare come la Corte europea, nell'estendere la tutela dell'art. 8 CEDU, abbia tuttavia sottolineato la possibilità per gli Stati contraenti di godere, nel caso di ispezioni sul luogo di lavoro, di un "margine di ingerenza" maggiore che nel caso delle normali ispezioni domiciliari, in ragione del minor rischio di lesione del diritto tutelato⁹⁶.

Nel caso *National Panasonic* la Corte di giustizia aveva affermato, peraltro non senza una certa apoditticità, la compatibilità dei poteri dell'(attuale) art. 20 regolamento 1/03 con il diritto di non ingerenza senza preavviso. Anche ammettendo di poter applicare *telle quelle* la norma dell'art. 8, par. 1 CEDU alle persone giuridiche⁹⁷, veniva sottolineata la circostanza per cui il successivo art. 8, par. 2 CEDU prevedeva determinate limitazioni al diritto in oggetto in ragione di esigenze sociali di carattere generale. Pertanto, dato che il potere di cui all'(attuale) art. 20 regolamento 1/03 di procedere ad ispezioni *in loco* senza preavviso aveva lo scopo di consentire alla Commissione di vegliare efficacemente sull'osservanza di norme (articoli 81 e 82 TCE) che si impongono obbligatoriamente alle imprese, secondo la Corte di giustizia tale potere risultava perfettamente compatibile con le eccezioni al principio della tutela del domicilio⁹⁸.

⁹¹ *Ibidem*, punto 29.

⁹² *Ibidem*, punto 30.

⁹³ *Ibidem*, punto 31.

⁹⁴ *Ibidem*, punto 32.

⁹⁵ Sentenza Roquette Frères, punti 27-29.

⁹⁶ *Ibidem*, punto 31.

⁹⁷ Si ricorda che la sentenza in esame è precedente alla pronuncia della Corte europea nell'affare Niemetz.

⁹⁸ Sentenza *National Panasonic*, punti 17-22.

Merita ricordare che, secondo la lettera dell'art. 8, par. 2 CEDU, qualunque ingerenza da parte di pubblici poteri è legittima nel caso in cui vengano rispettate tre condizioni cumulative: tale ingerenza dev'essere predeterminata con legge, prevista per gli scopi tassativi elencati nella stessa disposizione, nonché risultare necessaria in una società democratica. Con riferimento innanzitutto al requisito della riserva di legge, la Corte di Strasburgo ha chiarito che l'ingerenza deve avere una base legislativa⁹⁹ accessibile da parte dell'individuo¹⁰⁰, dalle conseguenze sufficientemente prevedibili¹⁰¹, e dev'essere accompagnata dalla previsione – anch'essa di tipo legislativo – di misure nazionali di tutela contro le intrusioni arbitrarie¹⁰². In secondo luogo, l'indicazione degli scopi legittimi che rendono lecita l'ingerenza dev'essere considerata come tassativa e non suscettibile di estensione in via analogica. Ad es. la Corte ha considerato compatibili alcune misure ispettive per finalità di controllo doganale, repressione del terrorismo e protezione del diritto d'autore¹⁰³. Relativamente alla condizione della necessità in una società democratica, infine, essa ricorre quando l'ingerenza risponde a bisogni sociali imperativi ed è proporzionata allo scopo legittimo da raggiungere. Se il primo sottorequisito esige che si verifichi in concreto la sussistenza di motivi pertinenti e sufficienti su cui basare detta ingerenza, quello della proporzionalità implica l'esistenza di adeguate ed efficaci misure procedurali di salvaguardia nei confronti degli abusi da parte delle autorità pubbliche. Ad esempio, nella sentenza Chappell, la misura ispettiva contestata era stata autorizzata dalla High Court inglese e soffriva alcuni limiti con riguardo al momento della sua esecuzione, alla sua durata, all'utilizzabilità delle prove raccolte, e infine alle modalità esecutive: per questi motivi è stata ritenuta proporzionata allo scopo perseguito¹⁰⁴. Viceversa, nelle pronunce *Crémieux* e *Miailhe*, i poteri di ispezione delle autorità doganali francesi sono stati considerati incompatibili con l'art. 8 CEDU a causa degli ampi poteri esercitati in mancanza di un adeguato controllo giurisdizionale¹⁰⁵.

Per valutare la conformità dell'art. 20 regolamento 1/03 rispetto all'art. 8, par. 2 CEDU, pertanto, è necessario procedere ad un'analisi puntuale degli elementi costitutivi della norma regolamentare. È appena il caso di notare che l'àmbito della valutazione di compatibilità in questo caso attiene esclusivamente

⁹⁹ Sentenza del 24 aprile 1990, relativa all'affare *Huvig c. Francia*, in *Série A*, n. 176-B, punto 28.

E sufficiente la pubblicazione: sentenza del 30 marzo 1989, relativa all'affare *Chappell c. Regno Unito*, in *Sèrie A*, n. 152-A, punto 56.

¹⁰¹ Sentenza *Huvig*, punto 29.

¹⁰² *Ibidem*, punto 29.

Rispettivamente nelle sentenze Funke, John Murray e Chappell.

Sentenza *Chappell*, punti 59-63.

Sentenze del 25 febbraio 1993, relative agli affari *Crémieux c. Francia* e *Miailhe c. Francia*, rispettivamente in *Série A*, n. 256-B, punto 38, e n. 256-C, punto 40. Si deve tuttavia ricordare che il controllo giurisdizionale non è ritenuto dalla Corte europea elemento imprescindibile qualora la procedura disponga penetranti misure di tutela, quali ad es. la presenza effettiva di un avvocato e di un osservatore esterno: sentenza del 16 dicembre 1997, relativa all'affare *Camenzind c. Svizze-ra*, in *Recueil*, 1997-VIII, 61, p. 2880 ss., punto 46.

alle decisioni obbligatorie di cui all'art. 20, par. 4 regolamento 1/03. Dato che le ispezioni a mezzo di mandato scritto non possono essere eseguite senza il consenso dell'impresa indagata, cui peraltro non può essere irrogata alcuna sanzione in caso di rifiuto, è evidente che queste ultime ispezioni – a differenza di quelle disposte con decisione formale – non ricadono nell'àmbito di applicazione dell'art. 8, par. 1 CEDU e pertanto non devono essere giustificate alla luce del successivo art. 8, par. 2¹⁰⁶.

Per quanto riguarda il primo requisito dell'art. 8, par. 2 CEDU, è dato riscontrare che le decisioni formali di ispezione aziendale hanno una base legislativa nell'art. 20, par. 4 regolamento 1/03, che tale normativa è accessibile in quanto pubblicata sulla Gazzetta ufficiale, e che le sue conseguenze sono facilmente prevedibili, vista la pratica della Commissione di descrivere nelle predette decisioni formali sia la procedura che l'uso del potere ispettivo. Per quanto riguarda la previsione di mezzi di tutela contro gli abusi della Commissione, la lettera dell'art. 20, paragrafi 7 e 8 sembra soddisfare, almeno dal punto di vista formale, detta necessità 107. Anche il secondo requisito appare facilmente soddisfatto, in quanto il potere di ispezione mira a proteggere la concorrenza nel mercato comunitario, finalità a carattere generale da ritenersi sicuramente legittima 108.

I maggiori dubbi di conformità riguardano viceversa il terzo requisito richiesto dalla disposizione convenzionale, quello cioè della "necessità in una società democratica". È infatti giocoforza constatare come – a fronte dei penetranti obblighi cui sono soggette le imprese¹⁰⁹ – la procedura di ispezione obbligatoria *ex* art. 20, par. 4 regolamento 1/03 non appaia proporzionata, difettando sia di una qualche forma di controllo giurisdizionale preventivo con riferimento alla sua "necessità", sia di quelle garanzie alternative giudicate indispensabili dalla Corte europea per far fronte agli abusi dei pubblici poteri in mancanza del controllo giurisdizionale stesso¹¹⁰.

Per quanto riguarda dette garanzie alternative, inoltre, dalla lettera dell'art. 20, par. 7 regolamento 1/03 si ricava che il controllo del giudice nazionale non è reso obbligatorio a livello comunitario ma dipende dalla specifica legislazione nazionale, ben potendo quest'ultima non prevedere nulla a riguardo. Inoltre, il controllo ai sensi dell'art. 20, par. 8 regolamento 1/03 non attiene al requisito della necessità dell'ispezione ma è limitato alla verifica dell'autenticità della decisione della Commissione ed alla circostanza che la misura non sia né arbitraria né sproporzionata. Se si ricade in quest'ultimo caso, il giudice nazionale non può negare l'autorizzazione prima di aver chiesto ulteriori delucidazioni alla Commissione. Sotto questo punto di vista, pertanto, le possibilità per il giudice

Così esattamente A. RILEY, op. cit., p. 75.

Dubbi possono invece sollevarsi dal punto di vista della conformità sostanziale, valutazione che è compiuta *infra* nell'analisi del terzo requisito.

Sentenza *National Panasonic*, punti 17-22.

In proposito, vedi C. Lister, op. cit., p. 60 ss.

¹¹⁰ A differenza del caso *Camenzind*, l'art. 20 regolamento 1/03 non prevede né l'intervento inderogabile di un avvocato, né tanto meno la presenza di un osservatore indipendente.

nazionale di negare l'ispezione appaiono davvero limitate¹¹¹. Inoltre, a causa del particolare tipo di controllo affidato al giudice nazionale – che non è, giova ripeterlo, di legittimità –, si ritiene che questi non possa validamente delegare ad un osservatore esterno il compito di assistere all'esecuzione della misura ispettiva e di redigere apposito verbale a futura memoria. Nel silenzio del regolamento 1/03 e in mancanza di un chiaro indirizzo giurisprudenziale, infatti, non si capisce quale valore probatorio potrebbe avere tale verbale in caso di ricorso al giudice comunitario. D'altro canto, non si può realisticamente sostenere che la presenza dei funzionari dell'autorità garante competente per territorio sia una garanzia adeguata: questi infatti, lungi dall'assumere le vesti dell'osservatore imparziale, hanno l'obbligo di prestare assistenza attiva agli agenti della Commissione, all'uopo disponendo degli stessi poteri di questi ultimi secondo quanto previsto negli articoli 20, par. 5 e 21, par. 4 regolamento 1/03.

Ancora, a parte la corrispondenza tra cliente e avvocato¹¹², non è dato riscontrare un qualche meccanismo generale di tutela nei confronti delle prove illegittimamente raccolte, dato che la Corte di giustizia ha affermato l'irrilevanza del comportamento illegittimo dei funzionari di Bruxelles sulla validità della decisione di ispezione¹¹³. A tal proposito, tuttavia, anche la Corte europea ha negato che si possa escludere in via di principio l'ammissibilità di una prova ottenuta illegalmente, riconoscendo viceversa che il carattere globalmente corretto della procedura debba risultare dall'ulteriore materiale probatorio e dalla mancanza di tempestive constatazioni da parte dell'accusato circa la loro autenticità e utilizzabilità¹¹⁴.

In riferimento al controllo di legittimità dell'ispezione, come si è detto spettante al giudice comunitario *ex* art. 20, par. 8 regolamento 1/03, anch'esso non sembra conforme all'art. 8, par. 2 CEDU. Innanzitutto, tale controllo non è preventivo ma successivo, originando non dalla richiesta della Commissione quanto dall'opposizione dell'impresa indagata. L'opposizione, peraltro, ai sensi dell'art. 242 TCE non ha effetto sospensivo a meno che l'impresa non dimostri l'esistenza di un danno grave e irreparabile derivante dall'esecuzione della misura ispettiva. Nonostante la Commissione abbia l'obbligo di indicare nella decisione l'oggetto e lo scopo dell'ispezione, bisogna nondimeno riconoscere come tale indicazione per sua natura non possa essere specifica, per cui ben difficilmente l'impresa potrà provare innanzi al giudice comunitario che la serietà e l'irreparabilità del danno derivino semplicemente dall'ingresso della Commissione nei locali aziendali. Dal punto di vista pratico risulterà estremamente difficile – se non impossibile – che la pronuncia del Tribunale di primo grado sull'opposi-

¹¹¹ Conforme E. PAGANO, op. cit., p. 923 s.

Su cui *infra* nel prosieguo del lavoro.

Sentenza del 17 ottobre 1989, causa 85/87, *Dow Benelux Nv Bv c. Commissione*, *Raccolta*, p. 3137 ss., punto 49.

Sentenza del 12 luglio 1988, relativa all'affare *Schenk c. Svizzera*, in *Série A*, n. 140, punto 46 ss. Non foss'altro perché confonde l'illegittimità *ex ante* della prova raccolta con la sua irrilevanza *ex post* perché sovrabbondante, detta pronuncia non appare condivisibile.

zione alla decisione della Commissione con concessione della sospensiva giunga in tempo per bloccare l'esecuzione della misura ispettiva¹¹⁵. Specie nelle ispezioni senza preavviso, infatti, la notifica della decisione è contestuale all'esecuzione della stessa. Una soluzione potrebbe essere quella per cui gli ispettori della Commissione, di fronte alla volontà dell'impresa di sollevare opposizione al giudice comunitario, appongano sigilli *ex* art. 20, par. 2, lett. d) regolamento 1/03 a tutti i locali e armadi che intendevano ispezionare. Ciò tuttavia, visti i tempi del ricorso, sembra di dubbia praticità sia per i funzionari della Commissione, costretti ad interrompere l'*iter* ispettivo con il rischio che le prove detenute altrove vengano definitivamente occultate, che per le stesse imprese, essendo loro precluso l'accesso ai luoghi sigillati, luoghi spesso di vitale importanza per il quotidiano svolgimento delle attività.

Da tutto quanto detto, se ne ricava che il potere di ispezione aziendale di cui all'art. 20, par. 4, regolamento 1/03, non essendo né soggetto a controllo giurisdizionale preventivo né circondato da adeguate ed efficaci misure di tutela nei confronti degli eventuali abusi della Commissione, non appare compatibile con l'art. 8 CEDU.

Il potere di ispezione aziendale, inoltre, sembra incompatibile anche rispetto all'art. 7 della Carta di Nizza¹¹⁶ che riproduce quasi testualmente l'art. 8, par. 1 CEDU. Al contrario della CEDU, tuttavia, l'art. 7 Carta non contiene una previsione analoga a quella dell'art. 8, par. 2 CEDU, per cui esso si limita ad affermare un diritto analogo a quello della previsione convenzionale senza tuttavia prevederne il medesimo oggetto e, soprattutto, le relative eccezioni. Mancando tali eccezioni, giusta la seconda frase dell'art. 52, par. 3 Carta – secondo cui, come si è visto, "[1]a presente disposizione non osta al diritto dell'Unione di concedere una protezione più estesa" - si dovrebbe concludere nel senso che l'art. 7 Carta fornisca un livello di protezione più esteso rispetto all'art. 8 CEDU, e che pertanto non debba applicarsi in parte qua la prima frase del medesimo art. 52, par. 3 Carta, ai sensi della quale "[1]addove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione". In altri termini, le limitazioni dell'art. 8, par. 2 CEDU non potrebbero essere applicate mutatis mutandis al diritto al rispetto della vita privata e familiare affermato nell'art. 7 Carta, in quanto quest'ultima disposizione non prevede eccezioni "corrispondenti" a quelle convenzionali e, dunque, fornisce una protezione assoluta ai titolari di tale diritto. Per tutto quanto appena detto, il potere di ispezione aziendale di cui all'art. 20, par. 4 regolamento 1/03 sembra essere vietato in maniera assoluta in base all'art. 7 Carta. Una simile eccessiva conclusione, derivante dall'assenza di una specifica clausola limitativa paragonabile alla previsione

In questo senso A. RILEY, op. cit., p. 76.

¹¹⁶ Art. 7 Carta: "Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni". In proposito il commento di T. Groppi, *Art.* 7, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *op. cit.*, p. 76 ss.

dell'art. 8, par. 2 CEDU, potrebbe tuttavia essere mitigata dal limite generale di cui all'art. 52, par. 1 Carta, ai sensi del quale "[e]ventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui". Qualora venisse attribuita forza giuridica obbligatoria alla Carta di Nizza (oppure nel lasso di tempo tra l'entrata in vigore del Trattato costituzionale e l'adesione formale dell'Unione europea alla CEDU), pertanto, solo un'attenta attività ermeneutica delle Corti comunitarie – le quali nell'interpretazione delle "finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione" si conformino all'art. 8, par. 2 CEDU e alla relativa giurisprudenza della Corte europea – potrebbe essere capace di eliminare il rischio di uno svuotamento del potere di ispezione aziendale per contrasto con l'art. 7 Carta.

Con riferimento alla compatibilità tra l'art. 8 CEDU e le ispezioni domiciliari di cui all'art. 21 regolamento 1/03, si deve innanzitutto rilevare la mancanza di giurisprudenza in àmbito comunitario, visto che dette misure presentano carattere di novità. Ciò fa sì che le critiche svolte poc'anzi in riferimento alla non conformità delle misure ispettive aziendali con l'art. 8 CEDU debbano essere rivolte a maggior ragione nei confronti di quelle domiciliari. Se l'operare dei principi generali dell'ordinamento comunitario ha permesso infatti alla Corte di giustizia, in ragione della specificità funzionale dei locali aziendali, di enucleare alcuni seppur minimi diritti di difesa poi confluiti nella formulazione dell'art. 20 regolamento 1/03, il fatto che la disposizione di cui al successivo art. 21 non contenga particolari garanzie supplementari lascia quantomeno perplessi in considerazione del maggior rischio di lesione del diritto in esame che può derivare da indebite ingerenze in luoghi strettamente personali quali i domicili privati.

L'ampiezza della tutela a fronte del potere di compiere ispezioni domiciliari da parte della Commissione appare invero ricalcata su quella delle ispezioni aziendali. Oltre alla sostanziale identità con riferimento ai requisiti contenutistici della decisione, anche in questo caso il controllo giurisdizionale sulla legittimità della decisione formale con cui viene ordinata la misura ispettiva è riservato al giudice comunitario, è successivo e non preventivo, e non ha normalmente effetto sospensivo. Da quest'ultimo punto di vista, tuttavia, in considerazione del predetto maggior rischio di lesione del diritto tutelato dall'art. 8 CEDU, non è improbabile che il giudice comunitario adotti un atteggiamento più restrittivo, ordinando la sospensione dell'esecuzione qualora risulti illegittima a seguito di un esame sommario e non necessariamente della dimostrazione (spesso quasi impossibile) dell'irreparabilità del danno derivante dall'esecuzione della misura stessa. Ci si deve chiedere, tuttavia, come tale atteggiamento restrittivo successivo possa sopperire ai limiti derivanti dalla generale mancanza di un'autorizzazione preventiva, anche in considerazione del fatto che l'art. 21, par. 4 regolamento 1/03 non consente di apporre sigilli ai domicili privati, e dunque impedisce di estendere alle ispezioni domiciliari la soluzione suggerita in precedenza con riferimento alle ispezioni aziendali.

Viceversa, limitate novità si registrano con riferimento al controllo da parte del giudice nazionale. A differenza dell'art. 20, par. 7 regolamento 1/03, il controllo da questi compiuto sull'autenticità della decisione e sulla non arbitrarietà o sproporzione delle misure ivi previste è reso obbligatorio, senza possibilità per le legislazioni nazionali di disporre diversamente¹¹⁷. Detto giudice, inoltre, nello stabilire o meno la proporzionalità delle misure di cui si chiede l'autorizzazione, avrà un più ampio margine di manovra, dovendo in particolare verificare sia l'importanza della prova richiesta in riferimento all'intero procedimento sia, soprattutto, la ragionevolezza dei motivi che hanno portato la Commissione ad orientarsi verso locali diversi da quelli aziendali.

Tuttavia, questi accorgimenti non possono nascondere l'insufficienza delle disposizioni normative a tutela delle persone indagate, tutela che, nel caso delle ispezioni domiciliari, peraltro trascende la mera vicenda procedimentale *antitrust* per riverberarsi sul diritto al rispetto della vita privata e familiare di soggetti i quali a volte si possono rivelare addirittura completamente estranei al procedimento stesso, ed in quanto tali meritevoli delle più ampie e migliori garanzie. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, non sarebbe fuori dell'immaginazione ipotizzare che l'importanza attribuita da questo alla tutela della vita privata e familiare delle persone indebitamente sottoposte a perquisizione domiciliare *ex* art. 21 regolamento 1/03 sia suscettibile di sollevare, in mancanza di simili garanzie, un conflitto tra la citata disposizione comunitaria e l'art. 14 Cost., conflitto sindacabile dalla Corte costituzionale in quanto lesivo di un principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale¹¹⁸.

Sulla compatibilità dell'art. 21 regolamento 1/03 con le nostre disposizioni processualpenalistiche, non si ritiene di aderire alla soluzione, da alcuni prospettata¹¹⁹, secondo cui la differenza tra la citata norma comunitaria e le norme nazionali che presentano le maggiori affinità – ovvero gli articoli 247 e seguenti c.p.p., che disciplinano la perquisizione ad opera del pubblico ministero con decreto motivato – si ridurrebbe alla diversa finalità di quest'ultima (che non riguarda violazioni amministrative bensì reati penali), rendendole pertanto facilmente utilizzabili allo scopo. Al di là dell'indubbia affinità specifica, infatti, non si deve dimenticare che il procedimento penale italiano prevede la sanzione processuale dell'inutilizzabilità della prova illegittimamente acquisita al fascicolo d'indagine, sanzione che costituisce un notevole freno alle ingerenze domiciliari *contra legem*. In mancanza di analoga sanzione nel procedimento *antitrust* comunitario, il confronto sembra pertanto non reggere. Più consona appare, invece, una soluzione che affidi il controllo previsto dall'art. 21 regolamento

¹¹⁷ Ciò consente di superare la specifica obiezione espressa *supra* in tema di ispezioni aziendali.

¹¹⁸ Sentenza della Corte costituzionale dell'8 giugno 1984 n. 170, *Granital*, in *Foro it.*, 1984, I, p. 2062 ss.

Vedi M. Megliani, *Ispezioni domiciliari*, cit., p. 114 ss.

1/03 al giudice per le indagini preliminari, secondo le modalità e i tempi di quest'ultimo.

Si deve pertanto concludere che il potere di ispezione domiciliare di cui all'art. 21 regolamento 1/03 appare sicuramente incompatibile con l'art. 8 CEDU e, per le ragioni già esposte in precedenza, con l'art. 7 della Carta di Nizza.

6. I rinnovati poteri di indagine richiedono di approfondire alcuni aspetti relativi alle concrete modalità del loro esercizio da parte della Commissione. *In primis*, occorre verificare la conformità degli articoli 20 e 21 regolamento 1/03 con il diritto all'assistenza legale durante le ispezioni, ricavabile dal combinato disposto degli articoli 6, par. 3, lett. c) e 8 CEDU. In proposito, si ricorda che la Corte europea, mentre nella pronuncia *Chappell* aveva affermato la compatibilità della misura ispettiva oggetto del ricorso in quanto non solo autorizzata preventivamente da un giudice ma sottoposta anche a particolari limiti nella sua esecuzione¹²⁰, nella sentenza *Camenzind* aveva viceversa stabilito – in mancanza del controllo preventivo – l'inderogabilità della presenza effettiva di un avvocato e di un osservatore esterno delegato dal giudice nazionale quale garanzia di imparzialità e di correttezza per i soggetti indagati¹²¹.

Per quanto riguarda l'osservatore esterno, è già stata rilevata l'insufficienza della presenza dei funzionari dell'autorità garante nazionale ai fini della tutela del diritto di difesa delle imprese, e pertanto l'incompatibilità *in parte qua* degli articoli 20 e 21 regolamento 1/03 con l'art. 8 CEDU.

Sulla presenza di un avvocato, viceversa, la giurisprudenza comunitaria sembra piuttosto ondivaga, nonostante l'indubbia importanza della problematica ai fini della predetta tutela la quale non riguarda solo la fase di ricerca documentale vera e propria, ma attiene anche alle informazioni richieste ai sensi dell'art. 20, par. 2, lett. e) regolamento 1/03. Nella più volte citata sentenza Hoechst, la Corte di giustizia aveva affermato che essere assistiti da un difensore sin dalla fase delle indagini preliminari è un diritto per le imprese ma non un dovere per la Commissione, la presenza del legale non essendo requisito di validità dell'ispezione (o della richiesta di informazioni durante quest'ultima). Nella prassi, la Commissione è solita fornire all'impresa una nota esplicativa contenente l'elencazione di diritti e obblighi. Ai sensi di tale nota ci si può far assistere da un avvocato per telefono o di persona, purché questi si presenti sul luogo dell'ispezione in un lasso di tempo ragionevole. Nel frattempo, la dirigenza deve impegnarsi a lasciare la documentazione nel medesimo luogo e stato in cui si trovava all'arrivo dei funzionari di Bruxelles, mentre questi ultimi possono installarsi in qualunque ufficio. Se l'impresa dispone di un servizio legale interno, però, l'ispezione può iniziare senza dover attendere l'arrivo dell'avvocato esterno¹²².

¹²⁰ Sentenza Chappell, punti 59-63.

¹²¹ Sentenza *Camenzind*, punto 46.

¹²² In argomento C. Lister, *op. cit.*, p. 57, nonché A. Frignani, *I poteri di ispezione ed il diritto di difesa nella normativa antitrust dell'Unione europea*, in *Contr. imp./E.*, 2004, p. 1023.

Dal combinato disposto dagli articoli 6, par. 3, lett. c) e 8 CEDU, tuttavia, si evince come la concreta presenza di un avvocato durante tutta la fase delle indagini preliminari costituisca elemento imprescindibile al fine non solo di rendere effettivo il diritto dell'accusato di rimanere in silenzio in caso di interrogatorio 123 – qualora dalle caratteristiche del procedimento risulti che le prove raccolte in questa fase abbiano conseguenze determinanti per le prospettive della difesa durante tutto il corso ulteriore del procedimento stesso, soprattutto qualora il procedimento non preveda la valutazione sull'ammissibilità e la rilevanza delle prove così raccolte davanti ad un giudice indipendente, in udienza, e alla presenza dell'accusato con diritto di controinterrogare e controdedurre 124 –, ma anche di garantire la regolarità dell'attività di ricerca 125. In particolare, la Corte europea ha più volte ribadito come l'assistenza richiesta dall'art. 6, par. 3, lett. c) CEDU sia differente dalla semplice nomina, mettendo l'accento sull'esigenza di effettività, e ha di conseguenza censurato le situazioni in cui detta assistenza risultava, in un modo o nell'altro, puramente formale 126.

Dalla struttura del regolamento 1/03 si desume quindi non solo che le prove raccolte durante le indagini preliminari hanno notevoli conseguenze sulla posizione dell'impresa indagata, ma anche che le stesse prove non saranno poi discusse davanti ad un organo imparziale ai fini della decisione di infrazione, una valutazione delle prove della violazione *antitrust* in contraddittorio tra la parte pubblica e le imprese coinvolte essendo cosa ben lontana dal procedimento attuale. Non si può pertanto evitare di sottolineare come gli articoli 20 e 21 regolamento 1/03 appaiano incompatibili con gli articoli 6 e 8 CEDU nella misura in cui non prevedono come obbligatoria e irrinunciabile la presenza dell'avvocato durante le ispezioni aziendali e domiciliari, nonché durante lo stesso interrogatorio in corso di ispezione. È appena il caso di sottolineare che analoga conclusione può trarsi anche con riferimento al combinato disposto degli articoli 7, 47, par. 2 e 48, par. 2 della Carta di Nizza, che nulla aggiungono alle corrispondenti previsioni convenzionali.

7. La mancanza di un preciso obbligo in riferimento alla presenza di un avvocato durante le ispezioni aziendali e domiciliari risulta ulteriormente censurabile alla luce del più generale principio della *tutela del segreto professionale* intercorrente tra detti professionisti e i loro clienti, principio ribadito nella CEDU. A tal proposito, si deve registrare la mancanza nel regolamento 1/03 di una presa di posizione innovativa rispetto all'ormai risalente giurisprudenza *AM* & S¹²⁷. Secondo quella pronuncia – caposaldo della tutela del cd. *legal privilege*

Sentenza *John Murray*, punto 63.

Così M. Chiavario, op. cit., p. 228, e P. Van Dijk, G. J. H. Van Hoof, op. cit., p. 468.

Sentenza *Camenzind*, punto 46.

Al riguardo si vedano i noti casi *Artico c. Italia* (sentenza del 13 maggio 1980, in *Série A*, n. 37) e *Goddi c. Italia* (sentenza del 9 giugno 1984, in *Série A*, n. 76), su cui per tutti V. Starace, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari, 1992, p. 128 ss.

¹²⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 18 maggio 1982, causa C-155/79, *Australian Mining and Smelting Europe, Ltd. (AM & S) c. Commissione, Raccolta*, p. 1575 ss.

nel diritto comunitario della concorrenza – le informazioni potenzialmente incriminanti per l'impresa¹²⁸ possono essere coperte dal segreto professionale unicamente a tre condizioni: che siano state scambiate tra l'impresa e un avvocato esterno, che attengano all'esercizio del diritto di difesa, e che sia l'impresa che l'avvocato siano comunitari¹²⁹.

Per quanto riguarda la prima condizione, l'indipendenza dell'avvocato è stata ritenuta garanzia di autonomia nei confronti delle imprese, specie quelle di grandi dimensioni o multinazionali in cui il legale interno è un dipendente a tutti gli effetti e il rapporto tra quest'ultimo e i vertici aziendali si risolve in un vincolo di subordinazione. In effetti, non di rado l'attività dell'*in-house lawyer* consiste nel raccogliere e predisporre la documentazione rilevante da inviare ad un professionista esterno, e a volte la Commissione ha basato la propria decisione di constatazione dell'avvenuta condotta anticoncorrenziale esclusivamente su pareri dell'ufficio legale interno¹³⁰. In quest'ottica, l'estensione della tutela in esame anche al legale aziendale è parso comportare il rischio eccessivo di sottrarre alla disponibilità della Commissione potenzialmente quasi tutti i documenti rilevanti sotto forma di corrispondenza purché il mittente o il destinatario risultasse il legale interno stesso¹³¹.

La seconda condizione, relativa all'attinenza delle informazioni in questione con l'esercizio del diritto di difesa, implica la protezione sia della corrispondenza scambiata dall'apertura del procedimento vero e proprio, sia di quella precedente ma a questo connessa. Se la tutela del primo tipo di corrispondenza non pone grandi problemi, sulla seconda bisogna fare alcune osservazioni che attengono soprattutto all'intensità dell'onere della prova. È di tutta evidenza, infatti, che la questione di stabilire *a priori* se un'informazione tra avvocato e impresa sarà attinente al (futuro quanto eventuale) procedimento *antitrust*, e quindi debba essere sottratta alla disponibilità dei funzionari di Bruxelles, non è sempre agevole. Da un punto di vista generale, spetta alla Commissione l'onere di provare che un documento è attinente ai fini della dimostrazione di una violazione della normativa concorrenziale, mentre è compito dell'impresa dimostrare che determinate informazioni contenute ad es. in lettere scambiate tra il legale esterno e i vertici dell'impresa rientrano nell'esercizio del diritto di difesa¹³². In termini pratici, ciò si traduce nel provare che la lettera in questione alternativamen-

Dalla sentenza *AM & S*, punto 28, si ricava che la tutela è concessa a favore dell'impresa e non dell'avvocato. Di conseguenza, la divulgazione delle informazioni da parte dell'impresa può utilmente avvenire nonostante l'opposizione dell'avvocato.

¹²⁹ Sentenza *AM & S*, punti 21 e 25-26.

Decisione del 14 dicembre 1984, n. 85/79/CEE, affare IV/30-*John Deere*, *GUCE* L 35, 7 febbraio 1985, p. 58. Con riferimento alla legge italiana *antitrust*, la distinzione tra avvocato interno ed esterno a fini probatori è stata ribadita da TAR Lazio, sentenza 5 luglio 2001, n. 6139.

Come nota A. Frignani, *op. cit.*, p. 1025 s., deve tuttavia ritenersi coperta dalla tutela in esame la lettera del legale interno meramente riproduttiva di quella dell'avvocato esterno: ordinanza del Tribunale di primo grado del 4 aprile 1990, causa T-30/89, *Hilti Aktiengesellschaft c. Commissione, Raccolta*, p. II-163 ss

Così correttamente G. Contaldi, op. cit., p. 1015.

te proviene da un avvocato esterno o è a questi indirizzata, e che essa è inerente al procedimento d'indagine. Per quanto riguarda il primo requisito, se nella stragrande maggioranza dei casi basterà mostrare l'intestazione del foglio, maggiori problemi potrebbe creare una *e-mail*, in ragione della mancanza di un'ampia diffusione della cd. firma elettronica e della conseguente difficoltà di dimostrarne l'origine o il destinatario. Rispetto al secondo requisito, invece, ci si trova di fronte ad un paradosso: per fornire tale prova l'impresa dovrebbe mostrare il contenuto della corrispondenza ai funzionari della Commissione, il che de facto priverebbe di effettività la tutela stessa. Come pure è stato evidenziato¹³³, la prova può essere altresì raggiunta per presunzioni di tipo temporale (ad es. la data della lettera in corrispondenza di determinati eventi) oppure oggettivo (ad es. il fatto, precedentemente accertato, che il legale in questione abbia seguito l'evolversi dell'intesa rivelatasi anticoncorrenziale). Qualora tale prova non venga raggiunta, il giudice comunitario ha stabilito che le relative contestazioni non possano essere valutate da un arbitro o dall'autorità giurisdizionale nazionale¹³⁴, ma debbano essere risolte a livello comunitario. La Commissione, infatti, di fronte al rifiuto opposto dall'impresa di mostrare la corrispondenza sulla base dell'eccezione del privilegio legale, dovrà imporne l'esibizione con decisione formale, eventualmente comminando la sanzione prevista dall'art. 23, par. 1, lett. c) regolamento 1/03. Le imprese potranno peraltro impugnare tale decisione innanzi al Tribunale di primo grado, e sarà poi il giudice comunitario a compiere la sua valutazione. Nella prassi, questi documenti saranno sigillati in busta chiusa e riaperti in giudizio. Secondo alcuni¹³⁵, l'impresa dovrebbe comunque ottemperare alla richiesta della Commissione, dandole accesso ai documenti, e poi proporre ricorso al Tribunale. Viceversa, dal ragionamento della Corte sembra desumersi che l'impresa, nell'impugnare la decisione con cui la Commissione impone l'esibizione e commina la sanzione per la sua mancanza, possa opporre un rifiuto di cui solamente il Tribunale valuterà la legittimità. Considerati i tempi ed i costi di un ricorso al giudice comunitario, questo meccanismo risulta un po' complesso. Tuttavia, in mancanza di un soggetto terzo che decida ex ante sull'ammissibilità della richiesta di ispezione oppure valuti ex post in giudizio la legittimità dell'acquisizione con possibilità di comminare sanzioni di inutilizzabilità della prova illegittimamente raccolta, e più in generale a causa della molteplicità di ruoli che assume la Commissione nel procedimento antitrust, esso pare l'unico possibile.

La terza condizione, infine, implica la necessità non solo che l'avvocato indipendente sia iscritto nell'albo di uno degli Stati membri, ma che anche l'impresa in questione sia situata in territorio comunitario. Più che da ragioni di politica legislativa¹³⁶, questa limitazione territoriale sembra discendere dal ragionamento della Corte in punto di ammissibilità di un siffatto principio nell'ordi-

¹³³ Vedi G. Contaldi, op. cit., p. 1015.

Come nel caso della valutazione dell'arbitrarietà e della proporzionalità delle misure ispettive.

¹³⁵ Vedi A. Frignani, *op. cit.*, p. 1026.

Come pure è stato affermato da G. Contaldi, op. cit., p. 1017.

namento comunitario. Negli ordinamenti degli Stati membri, infatti, la segretezza della corrispondenza avvocato-cliente è tutelata solamente in materia penale e non per questioni amministrative e commerciali. Viceversa, la Corte ha ritenuto di individuare in quest'ultimo campo ed a livello comunitario un siffatto principio, estendendo la tutela della corrispondenza al procedimento amministrativo antitrust e svolgendo pertanto un'attività di tipo creativo più che recettizio. Tale individuazione si basa sul reciproco riconoscimento tra gli Stati membri delle diverse nozioni ed esigenze in tema di tutela della corrispondenza tra avvocato e cliente, tutela che mentre in alcuni Stati deriva dalla stessa funzione di mantenimento della legalità attribuita al legale, in altri trova la sua ragion d'essere nel rispetto dei diritti di difesa. Di conseguenza, un tale principio - in ragione della parità di trattamento - dev'essere riconosciuto a tutti gli avvocati comunitari, e solo a quelli. Stando così le cose, si deve sottolineare come il limitato riconoscimento del legal privilege nel procedimento antitrust comunitario paia contrastare con il principio della tutela dei diritti della difesa ai sensi del combinato disposto degli artt. 6, par. 3, lett. c) e 8 CEDU.

In primo luogo, esso non è rispettoso del principio della tutela della corrispondenza tra avvocato e imputato. Benché in tema di violazioni ad opera delle autorità carcerarie, la Corte europea ha tuttavia ribadito che la lettura della corrispondenza destinata a o proveniente da un avvocato può essere soggetta a restrizioni solamente in casi eccezionali, ovvero quando si ha ragione di credere ad un abuso del privilegio non riscontrabile altrimenti. In questo caso, si può aprire la corrispondenza ma solo in presenza del soggetto¹³⁷. Anche se la corrispondenza scambiata tra impresa e legale di fiducia può sembrare meritevole di minor tutela rispetto a quella del detenuto, è qui giocoforza rilevare il principio, ricavabile dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, secondo cui si ricadrebbe in una violazione dell'art. 8 in connessione con l'art. 6, par. 3, lettere b) e c) CEDU qualora fosse concesso alla Commissione di visionare – e, ancor più, di acquisire al fascicolo d'indagine - tutta quella documentazione rilevante ai fini della preparazione dell'attività difensiva (non importa se predisposta da un legale interno o esterno). A tal proposito merita sottolineare, difatti, come la predetta tutela non solo sia insuscettibile di coprire l'intero spettro dei rapporti che possono intercorrere tra un'impresa ed un professionista, viceversa limitandosi a quanto è necessario in vista della specifica prospettazione difensiva, ma che inoltre essa debba cedere di fronte alla dimostrazione dell'abuso compiuto dal medesimo professionista.

Se ciò è corretto, ci sembra da un lato che l'obbligo di fedeltà – alla base dei timori della giurisprudenza comunitaria circa l'estensione del *legal privilege* anche ai legali interni all'impresa – non sia sufficiente a legittimare un eventuale concorso del professionista nelle attività anticoncorrenziali del proprio datore

Sentenza del 25 marzo 1992, relativa all'affare *Campbell c. Regno Unito*, in *Série A*, n. 233, punto 48. In argomento D. Gomien, D. Harris, L. Zwaak, *op. cit.*, p. 206 s.

di lavoro, concorso altrimenti sanzionabile ai sensi degli articoli 81 e 82 CE¹³⁸. Dall'altro, si deve riconoscere come la disciplina convenzionale sia di ostacolo ad una prospettazione secondo cui debba gravare in capo al legale interno una sorta di presunzione assoluta di colpevolezza.

Di recente, nonostante la prassi di alcuni Stati membri in senso opposto, ci sembra tuttavia di cogliere qualche ripensamento nella giurisprudenza comunitaria. Si deve infatti registrare la presa di posizione del Presidente del Tribunale di primo grado nella causa Akzo Nobel, in cui si afferma che in alcuni casi ai documenti degli *in-house lawyers* può essere esteso il privilegio legale¹³⁹. La Court of Appeal inglese, tuttavia, in una sua recente decisione ha escluso che potessero rientrare nella tutela in oggetto quelle informazioni scambiate non tanto per ottenere una consulenza quanto per sottrarre determinate prove ad un (eventuale) futuro procedimento¹⁴⁰. Ad ogni modo, desta più di una perplessità il fatto che proprio nel momento del passaggio dalla notifica all'eccezione legale non si siano apprestate regole più consone per garantire una maggiore libertà di autovalutazione delle intese da parte degli *in-house lawyers*. Si potrebbe infatti assistere – ed in misura ancor più marcata rispetto al passato – al paradosso per cui l'impresa debba necessariamente rivolgersi all'esterno per evitare che la propria documentazione possa un giorno divenire oggetto di sequestro probatorio¹⁴¹.

Il limitato riconoscimento del *legal privilege*, inoltre, sembra violare il principio della tutela del segreto professionale nella parte in cui non prevede alcuna salvaguardia in caso di ispezioni compiute *ex* articoli 20 e 21 regolamento 1/03 presso lo studio professionale dell'avvocato dell'impresa indagata. Nella pronuncia *Niemietz*, la Corte europea aveva infatti ritenuto che l'ispezione compiuta presso lo studio professionale del ricorrente, finalizzata alla ricerca di non meglio precisati documenti correlati ad un procedimento penale in corso, non rivestisse il carattere della proporzionalità in quanto non era accompagnata da particolari procedure a tutela del diritto di difesa quali, ad. es., la presenza di un osservatore esterno. Se ne ricava che una misura ispettiva, qualora venga eseguita presso i locali in cui si svolge l'attività professionale di un avvocato, debba essere circondata di speciali garanzie in quanto potenzialmente atta ad avere ripercussioni sulla corretta amministrazione della giustizia¹⁴². Garanzie, in conclusione, non rinveni-

Conforme R. RINALDI, op. cit., p. 165.

Vedi l'ordinanza cautelare del Presidente del Tribunale di primo grado del 30 ottobre 2003, cause riunite T-125/03 R e T-253/03 R, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. e Akcros Chemicals Ltd. c. Commissione, Raccolta*, p. II-4771 ss.

¹⁴⁰ Vedi Court of Appeal, *Three Rivers District Council and Others v. Governor & Company of the Bank of England* [2003], citata in A. Frignani, *op. cit.*, p. 1026. La conformità di questa decisione con le disposizioni convenzionali sembra dubbia.

Conforme R. RINALDI, *op. cit.*, p. 165. Come nota W. P. J. Wils, *Self-incrimination*, cit., p. 573, in alcuni ordinamenti quali quello inglese e belga il segreto professionale è tutelato anche con riguardo agli *in-house lawyers*. Resta da vedere se l'*obiter dictum* del Presidente del Tribunale di primo grado nell'ordinanza *Akzo Nobel*, punti 119-126, sarà confermato nella causa di merito.

Sentenza Niemietz, punto 37. Vedi P. VAN DIJK, G. J. H. VAN HOOF, op. cit., p. 537.

bili nel complesso del procedimento *antitrust* comunitario, né in riferimento all'art. 21 regolamento 1/03 qualora si tratti di ispezioni domiciliari presso un avvocato indipendente, né tanto meno a favore dell'avvocato interno nel caso delle ispezioni aziendali di cui al precedente art. 20 regolamento 1/03.

Le conclusioni raggiunte sembrano *a fortiori* confermate in base all'art. 7 della Carta di Nizza, nella misura in cui tale norma estende la tutela della corrispondenza di cui all'art. 8 CEDU alle più ampie "comunicazioni" ¹⁴³.

8. La tutela della corrispondenza tra impresa e avvocato, sancita nella giurisprudenza convenzionale, ci porta a riflettere, da ultimo, sulla possibilità di configurare un più ampio principio di tutela della riservatezza, tale da sottrarre alla Commissione anche tutti i documenti contenenti informazioni sensibili per l'attività d'impresa (i cd. segreti commerciali). Il problema merita di essere sollevato al fine non tanto di creare ulteriori ostacoli alla Commissione nello svolgimento delle proprie indagini, quanto piuttosto di impedire che un'impresa venga a conoscenza dei segreti aziendali di una sua concorrente che, in modo spontaneo o meno, li abbia rivelati ai funzionari di Bruxelles.

Da un punto di vista generale, la principale tutela nei confronti delle indebite divulgazioni di documenti deriva dall'art. 287 TCE in tema di segreto professionale. Vi si afferma, infatti, che non possono essere divulgate le informazioni che per loro natura sono protette dal segreto professionale¹⁴⁴. In particolare, per informazione deve intendersi qualsiasi dato conoscitivo, notizia o manifestazione di scienza relativa sia a persone fisiche che giuridiche, mentre la sua qualificazione come segreto professionale non dipende dalla volontà dell'interessato ma dalla presenza di elementi oggettivi attinenti al contenuto della stessa¹⁴⁵.

Questa disposizione del Trattato è stata attuata, con riferimento alla normativa *antitrust*, mediante l'art. 28, par. 1 regolamento 1/03, secondo cui le informazioni raccolte durante le indagini preliminari possono essere utilizzate soltanto per lo scopo per il quale sono state assunte. Tuttavia, il principio soffre alcune limitazioni¹⁴⁶, derivanti dalla necessità di non pregiudicare sia il buon funzionamento del *network* tra Commissione e Autorità garanti nazionali che la cooperazione con le giurisdizioni degli Stati membri¹⁴⁷. Ai sensi del successivo art. 28,

Su tale elemento di novità rispetto all'art. 8 CEDU si veda T. Groppi, op. cit., p. 77 e p. 81.

Art. 287 TCE: "I membri delle istituzioni della Comunità, i membri dei comitati e parimenti i funzionari e agenti della Comunità sono tenuti, anche dopo la cessazione dalle loro funzioni, a non divulgare le informazioni che per loro natura siano protette dal segreto professionale e in particolare quelle relative alle imprese e riguardanti i loro rapporti commerciali ovvero gli elementi dei loro costi". In proposito la sentenza della Corte di giustizia del 7 novembre 1985, causa 145/83, Stanley George Adams c. Commissione, Raccolta, p. 3539 ss.

¹⁴⁵ In proposito P. Piroddi, *Sub art*. 287 *TCE*, in F. Pocar, *Commentario breve*, cit., p. 966 ss.

Vedi A. Frignani, op. cit., p. 1027, il quale parla di "grosso vulnus" al diritto in questione.

147 Sul cd. Furopean Competition Network vedi R. Swits. The Furopean Competition Network

Sul cd. European Competition Network vedi R. Smits, The European Competition Network: Selected Aspects, in LIEI, 2005, p. 175 ss., mentre sullo scambio di elementi di prova all'interno di tale network vedi K. Dekeyser, E. De Smijter, The Exchange of Evidence Within the ECN, ivi, p. 161 ss.

par. 2 regolamento 1/03, i funzionari della Commissione e delle autorità nazionali hanno l'obbligo, salvi i casi espressamente previsti, di non divulgare le informazioni acquisite o scambiate in applicazione del medesimo regolamento e che, per loro natura, sono protette dal segreto d'ufficio¹⁴⁸. Qualora voglia trasmettere al denunciante determinate informazioni, la Commissione – cui spetta la valutazione di sensibilità di un documento – deve dare modo all'impresa coinvolta di manifestare il proprio punto di vista, e solo successivamente può adottare una decisione motivata, che può essere impugnata innanzi al giudice comunitario.

In riferimento specifico ai segreti aziendali, pertanto, appaiono configurabili due situazioni meritevoli di protezione. La prima riguarda la tutela dell'impresa indagata - ma il discorso può essere esteso a tutti quei soggetti che in base all'art. 16, par. 2 regolamento 773/04 sono destinatari della comunicazione degli addebiti –, la quale ha interesse a che la Commissione non faccia uso di notizie commerciali ritenute riservate la cui diffusione durante lo svolgimento delle indagini (specie durante gli interrogatori degli altri soggetti) potrebbe pregiudicarne l'attività economica. Al riguardo la disciplina risulta piuttosto restrittiva. Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince infatti che la Commissione, nell'àmbito della sua attività investigativa, ha il diritto di accedere a qualunque documento dell'impresa oggetto di indagine con il solo limite del rispetto del legal privilege¹⁴⁹. Inoltre, l'art. 27, par. 2 regolamento 1/03 – ripreso dall'art. 15, par. 3 regolamento 773/04 – stabilisce che la tutela della riservatezza dei soggetti coinvolti non può pregiudicare la divulgazione e l'utilizzo delle informazioni necessarie a dimostrare l'esistenza di un'infrazione. Le regole procedurali sono stabilite nell'art. 16 regolamento 773/04. Posto che ai sensi dell'art. 16, par. 1 regolamento 773/04 le informazioni contenenti segreti aziendali¹⁵⁰ non possono essere comunicate o rese accessibili, si prevede che l'onere di indicare le informazioni ritenute sensibili gravi in capo a chi le fornisce. Costoro, oltre ad effettuare detta indicazione, devono fornire una versione distinta e non riservata entro il medesimo termine stabilito dalla Commissione per la presentazione delle loro osservazioni ex art. 16, par. 2 regolamento 773/04. Di una certa importanza il successivo art. 16, par. 3 regolamento 773/04, ai sensi del quale la Commissione può chiedere ai soggetti che producono documenti e dichiarazioni nell'arco dell'intero procedimento¹⁵¹ di individuare entro un preciso termine i segreti aziendali e di indicare nei confronti di quali imprese debbano essere considerate

¹⁴⁸ Sentenza *Fedetab*, punto 46. Nella sentenza del 24 giugno 1986, causa 53/85, *Akzo Chemie B.V. e Chemie U.K. Ltd. c. Commissione*, *Raccolta*, p. 1965 ss., punti 26-29, la Corte di giustizia ha sostenuto che la tutela del segreto commerciale è un principio generale che trova applicazione durante il procedimento amministrativo.

Questo principio è ricavabile dalle sentenze *Hoechst*, punti 26-27, e *AM & S*, punti 18-28.

La protezione si estende ad altre informazioni sensibili, quali ad es. quelle dei denuncianti o delle persone informate sui fatti *ex* art. 19 regolamento 1/03.

¹⁵¹ Si tratta dei denuncianti, delle imprese indagate, delle persone informate sui fatti, e dei terzi interessati.

informazioni riservate, oltre a segnalare le parti della comunicazione degli addebiti da loro considerate sensibili. La richiesta di riservatezza dev'essere motivata, fornita insieme alla versione non riservata e corredata di una descrizione succinta dei passaggi omessi. Decorso infruttuosamente tale termine, infine, l'art. 16, par. 4 regolamento 773/04 stabilisce una presunzione di non sensibilità dei predetti documenti o dichiarazioni. Se ne ricava che la tutela delle informazioni riservate dei partecipanti al procedimento è concessa solo ad istanza di parte e nella stretta misura in cui non pregiudichi la dimostrazione dell'avvenuta infrazione.

Relativamente alle disposizioni convenzionali, si potrebbe ipotizzare un'estensione alle predette informazioni della giurisprudenza della Corte europea in materia di trattamento dei dati personali. Come è stato affermato, la giustificazione per la raccolta e l'utilizzazione di dati personali è dipeso in larga misura dalle contrapposte giustificazioni addotte¹⁵². In alcuni casi l'interesse alla sicurezza nazionale è stato ritenuto sufficiente¹⁵³, così come le attività di censimento¹⁵⁴ e di identificazione personale¹⁵⁵. In un caso abbastanza noto, tuttavia, la Corte ha stabilito che l'accesso del pubblico dopo soli dieci anni agli atti di una delicata causa in materia di divulgazione di dati medici fosse insufficiente a salvaguardare i diritti del ricorrente¹⁵⁶. La *ratio* sottesa a queste vicende implica che, in presenza di un conflitto tra l'interesse alla repressione delle condotte illecite e il diritto alla riservatezza degli individui, quest'ultimo deve prevalere qualora non siano rinvenibili apprezzabili esigenze di tutela del primo¹⁵⁷. Di conseguenza, nella misura in cui gli articoli 27, par. 2 regolamento 1/03 e 16 regolamento 773/04 legittimamente stabiliscono un termine per la richiesta di indicazione delle informazioni sensibili ai fini della successiva predisposizione di una versione non riservata destinata alla diffusione, non sembra in discussione la loro compatibilità con la giurisprudenza di Strasburgo.

La seconda situazione riguarda viceversa la protezione delle informazioni sensibili dell'impresa terza che, in quanto soggetta ad altra indagine preliminare o semplicemente perché coinvolta in qualche modo nel procedimento d'indagine pur senza essere destinataria della comunicazione degli addebiti, non intenda fornirle all'impresa indagata. Gli articoli 27, par. 2 regolamento 1/03 e 15 regolamento 773/04, com'è noto, regolano il rapporto tra diritto di accesso al fascicolo d'indagine e obblighi di riservatezza conferendo alle parti destinatarie della comunicazione degli addebiti la possibilità di visionare e fare copia di suddetto

Vedi V. Zeno Zencovich, Art. 8, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, op. cit., p. 312 s.

¹⁵³ Sentenza del 26 marzo 1987, relativa all'affare *Leander c. Svezia*, in *Série A*, n. 116.

Commissione CEDU, rapporto relativo all'affare X. c. Regno Unito, in DR, 1982, n. 30, p. 239.

¹⁵⁵ Commissione CEDU, rapporto relativo all'affare Reyntjens c. Belgio, in DR, 1992, n. 73, p. 136.

Vedi la sentenza del 25 febbraio 1997, relativa all'affare Z. c. Finlandia, in Recueil, 1997-I,
 p. 323 ss. In argomento C. Russo, P. M. Quaini, op. cit., p. 101 ss.

¹⁵⁷ Così C. Russo, P. M. Quaini, *op. cit.*, p. 103 in nota 48.

fascicolo, da cui però vengono espunti i segreti aziendali, le altre informazioni riservate e i documenti interni (compresa la corrispondenza) della Commissione o delle autorità garanti nazionali. La Corte di giustizia, dal canto suo, ha ribadito il dovere di proteggere i terzi che forniscono documenti o dichiarazioni nei confronti delle ritorsioni da parte delle imprese sotto indagine¹⁵⁸. Tuttavia, anche in questo caso la necessità di dimostrare l'esistenza di un'infrazione può essere di ostacolo ad una piena tutela della riservatezza delle imprese terze. Se ne deduce che le informazioni riservate fornite da chi non è in qualche modo partecipe del procedimento devono essere protette d'ufficio (a differenza della situazione precedente), sempre però nella misura in cui tale protezione non pregiudichi la dimostrazione della violazione oggetto del procedimento.

Dal punto di vista della disciplina convenzionale, si tratta in questo secondo caso di appurare la conformità ad essa del bilanciamento operato nel diritto comunitario tra l'esigenza dell'impresa indagata di accedere al fascicolo e la tutela della riservatezza dei terzi. La Corte europea ha sostenuto che il principio dell'equo processo di cui all'art. 6, par. 1 CEDU impone che in determinate circostanze gli interessi della difesa ad un accesso completo alle prove *ex* art. 6, par. 3 lettere b) e d) CEDU debbano cedere di fronte a quelli dei testimoni o delle vittime del reato chiamate a testimoniare, pur nella consapevolezza che una decisione non può essere basata esclusivamente su un esame precluso alla difesa¹⁵⁹. Se ne ricava che gli articoli 27, par. 2 regolamento 1/03 e 15 regolamento 773/04, in quanto assicurano la protezione dei terzi rispetto ad un accesso indiscriminato da parte dell'impresa indagata, sembrano conformi al dettato convenzionale.

9. All'esito dell'analisi delle pertinenti disposizioni normative, si deve trarre la conclusione che – tralasciando qualche norma di dettaglio finalizzata principalmente a recepire quanto già affermato in giurisprudenza dalla Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado – il nuovo regolamento 1/03 risulta piuttosto carente in punto di tutela dei diritti della difesa delle imprese sottoposte al procedimento *antitrust*, soprattutto rispetto all'ampio *corpus* normativo e giurisprudenziale predisposto dalla CEDU.

Innanzitutto, non vi è uniformità di vedute tra il sistema comunitario e la Corte europea dei diritti dell'uomo in merito all'estensione dell'àmbito di applicazione del principio di non incriminazione. Mentre la Corte di Strasburgo ha affermato la conformità all'art. 6 CEDU della procedura diretta ad ottenere solamente i documenti (oltre alle spiegazioni su di essi), gli articoli 18, par. 4 e 20, par. 2, lett. e) regolamento 1/03 vanno invece in senso contrario legittimando la prassi della Commissione di assumere informazioni anche mediante (non sempre ben precisati) quesiti di mero fatto che, pur se meno lesivi delle

¹⁵⁸ Sentenza del 6 aprile 1995, causa C-310/93 P, *Bpb Industries Plc e British Gypsum Ltd c. Commissione*, *Raccolta*, p. I-865 ss., punti 24-27.

¹⁵⁹ Sentenza del 26 marzo 1996, relativa all'affare *Doorson c. Paesi Bassi*, in *Recueil*, 1996-II, 6, p. 446 ss.

richieste di valutazione dei fatti, sono tuttavia atti a pregiudicare il diritto dell'impresa indagata a rimanere in silenzio per non contribuire alla propria incriminazione.

Dal canto suo, l'art. 19 regolamento 1/03 sembra violare il principio dell'equo processo nel momento in cui non solo non prevede espressamente – come richiede l'art. 6, par. 3, lett. d) CEDU – la possibilità per l'impresa indagata di esaminare le persone informate sui fatti (perlomeno qualora non vi sia pregiudizio per la tutela della riservatezza di questi ultimi), ma soprattutto perché questi ultimi non sembrano godere di alcuna garanzia che le dichiarazioni non saranno usate contro di loro in un altro procedimento *antitrust*.

In punto di ispezioni, poi, si rilevano le maggiori discrasie rispetto alla disciplina dettata dall'art. 8 CEDU. Per quanto riguarda quelle compiute presso i locali aziendali, la procedura di cui all'art. 20, par. 4 regolamento 1/03 difetta sia di un controllo giurisdizionale preventivo sulla sua necessità, sia di determinate garanzie alternative in corso di esecuzione. Ciò appare in contrasto con la giurisprudenza di Strasburgo nella misura in cui non prevede che almeno una di queste due condizioni alternative sia soddisfatta. Se, infatti, l'estensione del controllo del giudice nazionale sull'autenticità dell'ispezione aziendale e sulla sua non arbitrarietà o sproporzione risulta in termini pratici abbastanza circoscritto, già la sua stessa ammissibilità dipende da quanto stabilisce in proposito ogni singolo Stato membro. Al medesimo giudice, peraltro, non è concesso servirsi di un osservatore delegato ad appurare la validità non della decisione di ispezione quanto delle sue modalità esecutive, circostanza peraltro acuita dall'impossibilità di sanzionare con l'inutilizzabilità le prove raccolte in maniera illegittima. Per quanto riguarda, infine, il controllo sulla legittimità della misura ispettiva affidato al giudice comunitario, esso è carente in due momenti fondamentali: non è un controllo necessario e preventivo ma al contrario si caratterizza come eventuale e successivo, e inoltre qualora proposto non ha effetto sospensivo. Le ispezioni domiciliari, di cui all'art. 21 regolamento 1/03, presentano ancora maggiori problemi in quanto lesive di una categoria di soggetti molto più ampia dei semplici rappresentanti e membri dell'impresa. Nonostante limitate disposizioni aggiuntive in senso più garantista, pertanto, va esteso anche a questa misura il giudizio, precedentemente espresso in tema di ispezioni aziendali, di incompatibilità con l'art. 8 CEDU.

Appare non conforme agli articoli 6 e 8 CEDU anche la limitata tutela del diritto all'assistenza legale, in quanto la presenza del legale durante le ispezioni e i relativi interrogatori è facoltativa, non potendo l'ispezione essere altrimenti pregiudicata.

In tema di tutela del segreto professionale tra cliente e legale, inoltre, la disciplina dettata a livello comunitario appare nel complesso contraria agli articoli 6 e 8 CEDU, in quanto da un lato non prevede l'equiparazione tra avvocato interno e avvocato esterno all'impresa, e dall'altro non dispone alcuna norma di garanzia in occasione delle perquisizioni presso lo studio professionale di que-

st'ultimo (o presso i locali dell'ufficio legale dell'impresa, qualora si tratti di professionista interno).

Per altro verso, si deve invece registrare la sostanziale conformità delle disposizioni in tema di tutela dei segreti commerciali sia nei confronti dell'impresa indagata che dei soggetti terzi.

In conclusione, non si può mancare di sottolineare come, in occasione del passaggio al sistema di eccezione legale, non sia stata colta l'opportunità di orientare la fase delle indagini preliminari *antitrust* in senso conforme alla disciplina convenzionale. Un tale adeguamento sembra peraltro non ulteriormente procastinabile, visto che la travagliata, e tuttora incerta, entrata in vigore del Trattato costituzionale avrebbe tra le sue immediate conseguenze, come si è già detto, quella di dotare di efficacia giuridica vincolante la Carta di Nizza e di fornire una sicura base giuridica per l'adesione dell'Unione europea alla CEDU, in tal modo consentendo alla Corte europea di giudicare direttamente in ordine alla conformità del procedimento comunitario *antitrust* con le disposizioni convenzionali.