

dott. ALESSANDRO CORDA

dottorando di ricerca in Giustizia penale, Giustizia internazionale e  
Diritti fondamentali nell'Università di Pavia

## LEGISLAZIONE ANTITRUST E DIRITTO PENALE: SPUNTI PROBLEMATICI IN AMBITO EUROPEO

SOMMARIO: 1. Premessa: oggetto e traiettoria dell'indagine. – 2. Ambientamento. L'esperienza europea in materia *antitrust*: dalla "cultura della tolleranza" alla emersione della nozione di "*cartel delinquency*". – 3. L'ordinamento italiano: la l. n. 287/1990 e la rinuncia allo strumento penalistico. – 3.1. Le ragioni della scelta operata e il dibattito recente – 4. L'ordinamento francese: dall'art. 419 del *Code pénal* napoleonico all'art. L. 420-6 del *Code de commerce*. - 4.1. Le pratiche anticoncorrenziali vietate. - 4.2. La necessità di una condotta *personnelle, déterminante e frauduleuse*. - 4.3. Il problema della responsabilità penale delle *personnes morales*. - 4.4. I nodi irrisolti: verso una depenalizzazione o una razionalizzazione? – 5. L'ordinamento britannico: la *cartel offence* introdotta dall'*Enterprise Act* del 2002. - 5.1. Le tipologie di attività proibite. - 5.2. Il concetto di "*agreement*". - 5.3. Il requisito della "*dishonesty*" e il c.d. *Ghosh test*. - 5.4. I problemi attuali. – 6. Considerazioni conclusive.

### 1. *Premessa: oggetto e traiettoria dell'indagine*

Quasi tre decenni or sono, in uno dei suoi pionieristici studi dedicati al rapporto tra legislazione *antitrust* e diritto penale nel contesto europeo, Klaus Tiedemann osservava che «la stretta connessione tra la concezione e la tutela della concorrenza, da un lato, e la politica economica di uno Stato, dall'altro, contribuisce certamente al carattere fortemente relativo e artificiale di questa parte del diritto penale economico. Ad una prima occhiata, perciò, sembrerebbe un settore poco promettente per un'indagine di diritto penale comparato»<sup>1</sup>.

All'epoca tale riflessione corrispondeva senza dubbio a verità. Ben pochi Paesi europei, infatti, erano dotati di una compiuta legislazione *antitrust*, ed un numero ancora più ristretto tra questi aveva scelto di presidiare tali norme con lo strumento penalistico, con modalità peraltro assai differenti tra loro. Oggi, però, la situazione appare notevolmente mutata.

L'accelerazione del processo di integrazione europea, fondato in primo luogo sulla unificazione dei mercati nazionali informata al principio della libertà di concorrenza tra le imprese<sup>2</sup>, ha influito profondamente sulla cultura giuridica – prima ancora che

<sup>1</sup> K. TIEDEMANN, *Antitrust Laws and Criminal Policy in Western Europe*, in L.H. LEIGH (ed.), *Economic Crime in Europe*, London, 1980, p. 39.

<sup>2</sup> Sul punto cfr. G. MONTANI, *L'economia politica dell'integrazione europea: evoluzione di una democrazia sovranazionale*, Torino, 2008, p. 64 ss.; G. VITALI, *Imprese e integrazione economica europea: una lettura di lungo periodo (1957-2005)*, in *Comunità internaz.*, 2005, p. 37 ss.; cfr. anche V. DONATI-VI, *Concorrenza e mercato nel prisma dell'ordinamento giuridico: appunti per una ricostruzione storica*, in *Riv. dir. ind.*, 1992, I, p. 352 ss.

sulle riforme legislative – degli Stati membri, tanto attuali che potenziali. La promozione e la tutela della concorrenza sono così divenute obiettivi primari all'interno di tutti gli ordinamenti dell'area comunitaria. Conseguentemente, in prospettiva politico-criminale, una volta raggiunta una uniformità di vedute quanto agli *scopi* da raggiungere, la riflessione si è potuta concentrare sugli *strumenti* da utilizzare per il raggiungimento di tali scopi<sup>3</sup>.

In anni recenti in molti sistemi giuridici europei il diritto penale ha progressivamente assunto un ruolo significativo all'interno della normativa posta a tutela della concorrenza<sup>4</sup>, in accoglimento tardivo di isolata ma autorevole dottrina che si era da tempo espressa in tal senso<sup>5</sup>. Questa recente 'scoperta' dello strumento penalistico nel settore *antitrust* non deve stupire: la realtà economica, infatti, «si distingue rispetto ad altri contesti per la sua marcata tendenza ad essere soggetta a mutamenti», ragion per cui rispetto ad altri settori del diritto penale «i suoi modelli di riferimento hanno necessariamente una minore stabilità nel tempo»<sup>6</sup>.

Muovendo da una descrizione dell'evoluzione dell'«approccio europeo» al tema delle intese restrittive della concorrenza, si procederà poi ad una ricognizione delle caratteristiche di tre diversi ordinamenti: quello italiano, che, all'atto di dotarsi di una legge *antitrust* (l. 10 ottobre 1990, n. 287), ha optato per il ricorso in via esclusiva alla sanzione amministrativa sul piano del *public enforcement* delle norme poste a tutela della concorrenza e del mercato; quello francese, che per primo, ed in epoca assai risalente, ha conosciuto una legislazione penale *ad hoc*, oggi confluita nel *Code de commerce*; ed, infine, quello britannico, che nel 2002 si è dotato, per la prima volta nella sua storia, di un articolato sistema di repressione penale incentrato sulla fattispecie disciplinata nelle Section 188 e ss. dell'*Enterprise Act* sotto la rubrica «*cartel offence*».

Alla luce delle problematiche e degli spunti emersi dall'analisi dei diversi sistemi, si cercherà, infine, di trarre alcune indicazioni utili in prospettiva *de lege ferenda*.

<sup>3</sup> La chiara distinzione tra i due 'momenti' in cui può essere considerata la politica criminale è operata da P. NUVOLONE, *Il diritto penale comparato quale mezzo di ricerca nell'ambito della politica criminale*, in *Ind. pen.*, 1980, p. 5; cfr. anche H. ZIPP, *Kriminalpolitik*<sup>2</sup>, Heidelberg, 1980, trad. it. *Politica criminale*, Milano, 1989, p. 155.

<sup>4</sup> Per un primo sguardo d'insieme, cfr. K.J. CSERES - M.P. SCHINKEL M.P. - F.O.W. VOGELAAR (eds.), *Criminalization of Competition Law Enforcement*, Cheltenham-Northampton, 2006.

<sup>5</sup> Come già evidenziato, grande è il debito che queste brevi riflessioni hanno nei confronti dell'opera di K. TIEDEMANN. Oltre al lavoro cit. alla nt. 1, dello stesso A. cfr. *Kartellrechtsverstöße und Stafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1976; *Derecho sobre los monopolios y derecho penal del monopolio*, in *Rev. int. dr. pén.*, 1978, p. 363 ss.; *El concepto de derecho economico, de derecho penal economico y de delito economico*, in *Rev. chil. derecho*, 1983, in part. p. 62 ss.

<sup>6</sup> K. TIEDEMANN, *Tecnica legislativa nel diritto penale economico*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 1.

## 2. Ambientamento. L'esperienza europea in materia antitrust: dalla "cultura della tolleranza" alla emersione della nozione di "cartel delinquency"

Al fine di comprendere il peculiare approccio europeo alla disciplina *antitrust*, pare opportuno ripercorrere preliminarmente ed in estrema sintesi le vicende che hanno portato all'emanazione di una specifica legislazione in materia nell'ordinamento statunitense, patria indiscussa della normativa posta a tutela della concorrenza.

Negli Stati Uniti l'adozione di una legge *antitrust* è avvenuta in risposta al profondo e diffuso malcontento causato dagli effetti di una spregiudicata pratica industriale escogitata nella seconda metà del XIX secolo da una categoria di capitalisti d'assalto conosciuti al tempo come *Robber Barons*. Tale pratica era fondata sull'antichissimo istituto anglosassone del *trust*, ossia l'assegnazione ad un fiduciario dei propri diritti. In forza di tale istituto, i consiglieri di amministrazione delle imprese che aderivano ad un accordo anticoncorrenziale si concedevano vicendevolmente il diritto di partecipare e votare nei rispettivi *board of directors*. In questo modo, pochissime persone erano in grado di concordare le strategie di un elevato numero di imprese operanti in un determinato mercato, tra le quali non vi era più effettiva concorrenza. Le grandi industrie organizzate in *trust* misero così a dura prova non soltanto la *middle class* americana ma anche e soprattutto i piccoli ed i medi imprenditori – agricoltori e commercianti su tutti – i quali si vedevano costretti a dover pagare prezzi più alti per quello che acquistavano e ad ottenere prezzi più bassi per ciò che vendevano<sup>7</sup>. A livello legislativo, questo diffuso *idem sentire* condusse all'emanazione dello *Sherman Antitrust Act* del 1890, le cui prime due Sezioni prevedono severe sanzioni penali per chi prenda parte ad accordi anticoncorrenziali a carattere collusivo o ponga in essere pratiche di monopolizzazione<sup>8</sup>.

La normativa *antitrust* nordamericana viene dunque emanata quale strumento per combattere i potenziali eccessi del potere economico privato<sup>9</sup>: era infatti ben radicata nella società una «costante avversione non solo nei riguardi dei grossi raggruppamenti monopolistici di vario genere e dimensione, ma anche nei riguardi di quelle combina-

<sup>7</sup> Cfr. M. JOSEPHSON, *The Robber Barons*, New York, 1934, trad. it. *Capitalisti rapaci*, Milano, 2004.

<sup>8</sup> La Section 1 dello *Sherman Act* reprime penalmente gli accordi collusivi "*in restraint of trade or commerce*" conclusi in forma di contratto, *trust*, *conspiracy* o in altro modo (i c.d. *cartelli*); la Section 2 criminalizza, invece, le concentrazioni che creano, o sono dirette a creare, strutture di mercato monopolistiche, con particolare riguardo alle c.d. *pratiche predatorie* poste in essere da parte di alcune imprese, consistenti nel tenere artificiosamente bassi i prezzi per un certo periodo fino a costringere i concorrenti più deboli a lasciare il mercato, per poi tornare ad aumentare i prezzi una volta che si sia realizzata una posizione di monopolio. Nella letteratura statunitense, cfr., in via di prima approssimazione, J. SHEPARD WILEY JR, *Economic Crime: Antitrust Offenses*, in *Encycl. Crime & Justice*<sup>2</sup>, Vol. 2, New York, 2002, p. 590 ss., e bibliografia *ivi* citata.

<sup>9</sup> G. AMATO, *Il gusto della libertà. L'Italia e l'Antitrust*<sup>2</sup>, Roma-Bari, 2000, p. 7.

zioni o accordi che mirassero a restrizioni della concorrenza posti in essere da imprenditori di piccolo e medio calibro»<sup>10</sup>.

Notevolmente diversa, per converso, era la situazione in Europa, in cui nella seconda metà del XIX secolo non esisteva alcun tipo di mercato comune. Il territorio europeo era infatti suddiviso in Stati nazionali sovrani, tra i quali si annoveravano tre delle quattro maggiori potenze economiche mondiali (Francia, Germania e Gran Bretagna). Questi Paesi «avevano tutto l'interesse – secondo una medesima visione “imperialistica” – ad una crescita economica avente come obiettivo il controllo di nuovi sbocchi per il commercio delle “proprie imprese” anche e soprattutto a discapito delle imprese degli altri Stati»<sup>11</sup>. È proprio in questa fase di *'imperialismo gareggiante'*<sup>12</sup> che sorge in Europa il fenomeno dei c.d. *cartelli industriali*. Tale espressione adatta all'ambito economico un termine – “cartello”, appunto – fino ad allora utilizzato nel lessico del diritto internazionale per indicare l'accordo tra belligeranti finalizzato allo scambio o al riscatto di prigionieri. Alla base della nozione vi è dunque l'idea di una sospensione delle ostilità<sup>13</sup>.

La grande impresa, organizzata in *concentrazioni*, instaura «un rapporto di densa collaborazione con gli Stati nazionali, dei quali certamente contribuisce ad esasperare l'orientamento nazionalistico e dei quali contribuisce a favorire il rafforzamento o la stessa formazione. La grande industria, in particolare, in questa prima fase ha bisogno per il suo sviluppo di uno Stato forte, che l'aiuti nella competizione per l'acquisizione di sbocchi sul piano coloniale»<sup>14</sup>. Nel quadro di una così serrata competizione tra nazioni, i cartelli svolgono il ruolo di «organizzazioni industriali di lotta contro la concorrenza straniera». Un siffatto contesto rendeva impossibile una obiettiva considerazione delle conseguenze negative che i cartelli producevano sulla popolazione: «l'utilità dei cartelli veniva in considerazione, in primo luogo per lo Stato, per l'economia e i grossi gruppi di interesse; solo in secondo luogo la situazione derivante dai cartelli veniva in considerazione per la sfera giuridica di tutti quelli che fecero dolorose esperienze con essi»<sup>15</sup>.

Breve: «nel giudizio sui cartelli il diritto doveva confrontarsi con la *Realpolitik*»<sup>16</sup>.

Tale approccio alla problematica del rapporto tra cartelli industriali, Stato naziona-

<sup>10</sup> G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Bologna, 1991, pp. 26-27.

<sup>11</sup> L.F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, 2005, p. 11.

<sup>12</sup> In argomento, cfr. E.J. HOBBSAWM, *The Age of Empire (1875-1914)*, trad. it. *L'età degli imperi (1875-1914)*, Roma-Bari, 2005.

<sup>13</sup> C. HARDING - J. JOSHUA, *Regulating Cartels in Europe. A Study of Legal Control of Corporate Delinquency*, Oxford, 2003, pp. 12-13.

<sup>14</sup> S. PROSDOCIMI, *Democrazia, poteri economici, diritto penale. Brevi spunti di riflessione*, in E. DOLCINI - C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, p. 648.

<sup>15</sup> L.F. PACE, *I fondamenti*, cit., p. 13.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

le e tutela dell'economia rimase sostanzialmente immutato fino al secondo dopoguerra<sup>17</sup>. Non deve perciò stupire il fatto che la prima normativa *antitrust* in Europa sia stata di provenienza sovranazionale, vale a dire quella contenuta nel Trattato di Roma del 1957, e che la prima disciplina *antitrust* a livello nazionale, quella della Repubblica Federale di Germania, sia entrata in vigore il medesimo giorno della disciplina comunitaria, ossia il 1° gennaio 1958.

Se, dunque, negli Stati Uniti sono le formazioni monopolistiche private a rappresentare «i nemici dichiarati della libera concorrenza», considerate quale «ostacolo insuperabile per l'esplicazione di quella attività industriale che, soprattutto in un Paese politicamente ed economicamente giovane, avrebbe dovuto prosperare o fallire solamente in relazione ai meriti o ai demeriti di ciascun cittadino», in Europa invece «il mantenimento della libera concorrenza si è posto, in primo luogo, quale alternativa ad un intervento statale nell'economia»<sup>18</sup>, senza però includere «almeno nelle sue formulazioni iniziali, il rigetto dei controlli monopolistici di carattere privato»<sup>19</sup>. Alla base di una siffatta visione vi era l'assiomatica convinzione, sostenuta dal pensiero economico allora dominante, in forza della quale in un sistema che ammette l'iniziativa privata, «a fronte di fattori restrittivi e distorsivi, le stesse forze del mercato provvederanno a mettere in azione i necessari meccanismi di auto-correzione»<sup>20</sup>.

In modo coerente con queste premesse teoriche, fino alla seconda metà del XX secolo «i vari legislatori nazionali non si sono preoccupati di emanare norme volte ad impedire che la libertà di concorrenza finisse con l'autodistruggersi, a seguito di restrizioni poste in essere dai privati»<sup>21</sup>, ma anzi «le poche proclamazioni che videro la luce in tema di monopoli, vennero in realtà a trasformarsi in strumenti volti a pianificare il supremo sacrificio della libera concorrenza mediante la previsione, e sovente l'incoraggiamento, di consorzi obbligatori»<sup>22</sup>.

La descrizione che precede consente di comprendere perchè in ambito europeo non si siano sviluppati e diffusi – al pari di quanto invece avvenuto negli Stati Uniti – né un chiaro sentimento di *condanna morale* rispetto alle pratiche restrittive della concorrenza<sup>23</sup>, né una consapevolezza circa le gravi conseguenze economiche e sociali da

<sup>17</sup> Per una dettagliata trattazione della problematica in senso diacronico, cfr. L.F. PACE, *I fondamenti*, cit., p. 17 ss. e p. 32 ss.

<sup>18</sup> G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, cit., pp. 26-27.

<sup>19</sup> G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, cit., p. 24.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, cit., p. 29.

<sup>22</sup> G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, cit., pp. 24-25. Basti qui ricordare la celebre sentenza del *Reichsgericht* tedesco del 4 febbraio 1897 *B. v. den Sächsischen Holzstoff-Fabrikanten-Verband* (RGZ 38, 155), che stabilì che la libertà di impresa includeva anche la possibilità di stipulare accordi di cartello tra concorrenti, giudicando l'accordo principale e le clausole penali accessorie meritevoli di riconoscimento e tutela in sede giudiziaria.

<sup>23</sup> C. HARDING, *Business Collusion as a Criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalisation of Business Cartels*, in *Crit. Criminol.*, 14(2), 2006, p. 186, sottolinea come «la condanna

queste derivanti<sup>24</sup>. L'esperienza europea si è invece caratterizzata per una marcata dose di *ambiguità* ed *ambivalenza* rispetto al fenomeno dei cartelli e delle monopolizzazioni<sup>25</sup>. Come è stato osservato, tale atteggiamento «è stato – e per certi versi continua ad essere – *agnostico*, caratterizzato sia da una maggiore *tolleranza morale*, sia da una maggiore propensione a prendere in considerazione *argomentazioni economiche favorevoli ai cartelli*»<sup>26</sup>. Emerge così in modo molto chiaro quella che è stata icasticamente definita “*cultura della tolleranza*”<sup>27</sup>.

Le cose iniziano però a mutare, come già si è avuto modo di accennare, nel secondo dopoguerra, allorché in Europa si assiste alla lenta ma progressiva affermazione di un nuovo ‘*Stato regolatore*’, espressione in parte della volontà dei singoli ordinamenti di mettersi in pari con i principî del *New Deal* statunitense degli anni trenta, e in parte di un innovativo fenomeno plasmato dalle istituzioni comunitarie attraverso l'imposizione di standard di regolamentazione agli Stati membri<sup>28</sup>. Ai nostri fini si tratta di una evoluzione decisiva.

Lo Stato regolatore rifugge tanto la visione – di matrice *Hyekiana* – dello Stato quale ‘*guardiano notturno*’ sistematicamente astensionista, quanto quella dello Stato interventista. In particolare, diversamente dallo Stato minimo, questa nuova forma statutale «si ispira al principio secondo cui le attività economiche vanno in misura minore o maggiore controllate, con riguardo tanto alla loro *dinamica* interna quanto ai loro *effetti esterni*. La loro autonomia viene tuttavia rispettata, né si pretende di crearle *ex nihilo*, o di alterarne radicalmente (salvi casi eccezionali) l'andamento»<sup>29</sup>. Rispetto allo Stato interventista, invece, lo Stato regolatore si distingue e caratterizza in quanto «“governa” la società», privilegiando (...) la statuizione esterna di regole, secondo una certa visione dell'interesse pubblico e del benessere collettivo, anziché la

delle pratiche anti-concorrenziali quali ‘*cospirazioni*’ ed ‘*associazioni a delinquere*’ contenuta nello *Sherman Act* del 1890 sia stata molto più categorica e risoluta che in qualunque legislazione europea anteriore all'ultima parte del ventesimo secolo».

<sup>24</sup> Per un innovativo approccio in tal senso, cfr. invece F. BRICOLA, *Conseguenze economiche e sociali del delitto: nuovi appelli alla ricerca ed alla pianificazione*, in *Ind. pen.*, 1975, pp. 365-370. L' A., dopo aver osservato come in Italia sia assai raro un approccio di tipo economico al fenomeno della criminalità, sia perché la dottrina penalistica si fonda «su schemi prevalentemente tecnico-giuridici» sia perché la criminologia è «ancorata a premesse cliniche più che sociologiche», affronta il tema del “costo della criminalità”, scomponendo quest'ultimo in quattro categorie: costo del reato per le finanze pubbliche; costo del reato per le imprese e i singoli; costo del reato per la società; profitto del reato.

<sup>25</sup> Sulla ‘*ambiguità morale*’ connessa e suscitata dai crimini economici, cfr., da ultimo, S.P. GREEN, *Lying, Cheating and Stealing. A Moral Theory of White-Collar Crime*, Oxford-New York, 2006, trad. it. *I crimini dei colletti bianchi. Mentire e rubare tra diritto e morale*, Milano, 2008, *passim*.

<sup>26</sup> C. HARDING - J. JOSHUA, *Regulating Cartels in Europe*, cit., p. 52 (corsivi aggiunti).

<sup>27</sup> Cfr. C. HARDING, *Business Cartels as a Criminal Activity: Reconciling North American and European Models of Regulation*, in *Maastricht JECL*, 9(4), 2002, p. 406.

<sup>28</sup> J. BRAITHWAITE, *The New Regulatory State and the Transformation of Criminology*, in *Brit. J. Criminol.*, 40(2), 2000, 40, p. 224.

<sup>29</sup> A. LA SPINA - G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, p. 34 (corsivi aggiunti).

gestione diretta o la creazione *ex novo* di sfere di attività»<sup>30</sup>. Lo Stato Regolatore, nella sua versione più 'pura', somma e rielabora in sé i cardini del pensiero liberale à la *Smith* con una concezione dell'attività di *governance* di stampo *Keynesiano*, dando così vita ad una nuova 'combinazione' di stampo *neo-liberale*, in cui attori privati si confrontano in un mercato informato al principio della concorrenza, disciplinato 'a distanza' da forme di regolamentazione statale<sup>31</sup>.

Una 'scelta ordinamentale' tanto netta presuppone una raggiunta consapevolezza circa la natura intrinsecamente *artificiale* e *giuridica* del metodo competitivo. Come è stato osservato, «il metodo competitivo non è *in rerum natura*. Il diritto non registra né descrive lotte esterne, ma *sceglie* e *costituisce* un metodo di lotta»<sup>32</sup>. E ancora: «la lotta tra imprenditori, che offrono merci (...), non costituiscono il lato patologico, ma l'essenza propria del metodo competitivo». In un simile contesto, il diritto è perciò «chiamato a garantire le condizioni della lotta»<sup>33</sup>, reprimendo in modo deciso tutte le condotte volte a sovvertire le 'regole del gioco'<sup>34</sup>.

Questo *cambio di prospettiva* ha imposto un corrispondente *mutamento di paradigma* anche agli studiosi della scienza criminologica e penalistica del vecchio continente, che fino ad allora avevano a lungo e colpevolmente trascurato le problematiche connesse all'attività d'impresa in generale<sup>35</sup> e alle aggregazioni societarie in particolare<sup>36</sup>.

<sup>30</sup> A. LA SPINA - G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, cit., p. 27. In relazione alle caratteristiche *dinamiche* della regolazione, cfr. S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato conc. reg.*, 2002, p. 265 ss.

<sup>31</sup> Cfr. J. BRAITHWAITE, *The New Regulatory State*, cit., p. 226. Per ulteriori implicazioni sul piano penalistico connesse al passaggio ad uno Stato *post-keynesiano*, cfr. G. FORTI, *Percorsi di legalità in campo economico: una prospettiva criminologico-penalistica*, relazione tenuta a Milano il 6 novembre 2006 nell'ambito del ciclo di seminari "L'Uomo e il denaro", in *Quaderno n. 15*, Associazione per lo Sviluppo degli Studi di Banca e Borsa, pp. 38-39.

<sup>32</sup> N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003, p. 135 (corsivi aggiunti), il quale osserva inoltre (p. 35) che «l'economia di mercato e la libera concorrenza non esprimono *di per sé* discipline giuridiche che siano applicabili ad ogni bene e situazione storica, ma agiscono come principi, su cui si modella la pluralità degli statuti normativi».

<sup>33</sup> N. IRTI, *L'ordine giuridico*, cit., p. 134.

<sup>34</sup> Sulle capacità 'regolative' del diritto penale, cfr. l'interessante contributo di N. LACEY, *Criminalization as Regulation: The Role of Criminal Law*, in C. PARKER - C. SCOTT - N. LACEY - J. BRAITHWAITE (eds.), *Regulating Law*, Oxford, 2004, p. 144 ss.: l'A. considera un "falso mito" la concezione puramente 'gerarchica' del diritto penale fondata sul modello '*command and control*', definita come il portato di una erronea visione del diritto penale quale 'componente' isolata rispetto ai contesti regolativi in cui viene ad essere collocato, interpretato ed applicato (p. 149).

<sup>35</sup> Il rilievo di G. SLAPPER - S. TOMBS, *Corporate Crime*, London, 1999, p. 227, viene ripreso e condiviso da C. HARDING, *Business Collusion*, cit., p. 198.

<sup>36</sup> Nella letteratura italiana, cfr. le osservazioni di V. MILITELLO, *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, p. 367 ss.; molto interessanti, per il loro carattere anticipatore, le riflessioni di F. SGUBBI, *Tutela penale di «interessi diffusi»*, in *Quest. crim.*, 1975, p. 453 ss., con particolare riferimento al tema della tutela della libera concorrenza ed ai rapporti di questa con la «tutela indiretta» del consumatore.

Un *gap* epistemologico notevole dunque, se si pensa che Sutherland già alla fine degli anni quaranta del secolo scorso dedicava alle “*restrizioni della concorrenza*” poste in essere da imprese colluse un intero capitolo della sua fondamentale opera sul crimine dei ‘*colletti bianchi*’, documentando meticolosamente gli effetti devastanti da queste prodotti sul sistema economico e sugli attori in esso operanti<sup>37</sup>.

Alla “lenta conversione” degli ordinamenti europei verso una piena consapevolezza circa l’intrinseca natura criminale delle pratiche restrittive della concorrenza, specie nelle forme più aggressive e dannose, hanno contribuito non poco due ulteriori fattori, che hanno favorito una più attenta riflessione sul ruolo da riservare alla sanzione penale in materia *antitrust*. Da un lato, la campagna di pressione attuata a partire dai primi anni novanta dal *Department of Justice* statunitense nei riguardi dei *policy makers* dei maggiori Paesi industrializzati – europei e non – finalizzata a sensibilizzare gli attori istituzionali in merito all’enorme carica di offensività insita nelle c.d. *cartel offences*<sup>38</sup>. Dall’altro, l’importante ruolo giocato dall’OCSE nel promuovere a livello internazionale un movimento di riforma finalizzato all’adozione da parte degli Stati membri di “sanzioni *effettive*, di *tipologia e livello adeguato* tali da *dissuadere persone fisiche e giuridiche* dal prendere parte ai c.d. *hard-core cartels*”, vale a dire le *intese orizzontali* aventi ad oggetto la fissazione dei prezzi (*price fixing*), la ripartizione dei mercati o delle fonti di approvvigionamento (*market sharing*) od offerte concordate in occasione di gare d’appalto (*bid rigging*)<sup>39</sup>.

L’influenza di tali fattori non ha mancato di attirare le critiche di parte della dottrina penalistica. In particolare, vi è chi annovera la progressiva criminalizzazione della materia *antitrust* tra le più caratteristiche manifestazioni del processo di ‘*americanizzazione*’ del diritto penale economico europeo<sup>40</sup>. Un simile ‘*neo-colonialismo penale*’ – si sostiene – rischierebbe di provocare una forte ‘*crisi di identità*’ della politica criminale all’interno dei Paesi del vecchio continente, con relativi conseguenti sbandamenti. Primo tra tutti, il pericolo di incorrere in quello che viene individuato quale il tratto più tipico del diritto penale economico di matrice nordamericana, ossia il ricorso alla

<sup>37</sup> E.H. SUTHERLAND, *White Collar Crime. The Uncut Version*, New Haven-London, 1983, trad. it. a cura di G. Forti, *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, Milano, 1987, p. 77 ss.

<sup>38</sup> C. HARDING, *Business Collusion*, cit., pp. 194-195. Cfr. anche W.P.J. WILS, *Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?*, in *World Competition*, 28(2), 2005, p. 122 ss.

<sup>39</sup> Cfr. OCSE, *Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*, C(98)35/FINAL, adottata a Parigi il 27-28 aprile 1998 e *Hard Core Cartels: Third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation*, 2005, entrambi reperibili alla seguente URL: <http://www.oecd.org>. Sul ruolo dell’OCSE quale attore-chiave nel processo di convergenza della *competition policy* a livello internazionale, cfr. J. BRAITHWAITE - P. DRAHOS, *Global Business Regulation*, Cambridge, 2000, pp. 189-190. Sul processo di progressivo avvicinamento delle legislazioni nazionali alla luce della globalizzazione economica, v. anche le considerazioni svolte da M. DELMAS-MARTY, *Il diritto penale come etica della mondializzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 3 ss.

<sup>40</sup> A. NIETO MARTÍN, *¿Americanización o europeización del derecho penal económico?*, in *Revista Penal*, n° 19, 2007, pp. 124-125.



sanzione criminale quale mero strumento di lotta<sup>41</sup>, di *law enforcement*<sup>42</sup>, prescindendo totalmente dalla funzione critica e selettiva del bene giuridico quale «*condicio sine qua non* per la legittimazione del ricorso al diritto penale»<sup>43</sup>.

Se, dunque, si può oggi affermare che nel contesto europeo sia ormai emersa una nozione sufficientemente definita di “*cartel delinquency*”, riconoscibile nelle forme e negli effetti, non si può però allo stesso tempo negare che le istanze di criminalizzazione delle forme più gravi di *business collusion* muovano dall’alto verso il basso e non viceversa<sup>44</sup>. In altre parole, la “chiamata in scena” del diritto penale viene caldeggiata principalmente a livello sovranazionale ad opera di ‘attori istituzionali’ (organizzazioni internazionali e governi di singoli Paesi), piuttosto che affondare le proprie radici in un diffuso consenso sociale tale da legittimare il ricorso al rigore repressivo e allo stigma morale che il diritto penale reca con sé. Allo stato attuale, gli illeciti – anche i più gravi – in materia *antitrust* vengono ad essere relegati dalla popolazione tra quei settori *marginali* e *specialistici* rispetto ai quali «la sensazione di minaccia e la riprovazione etico-sociale si dileguano nella nebbia dell’ignoranza, del disinteresse e dell’incomprensione»<sup>45</sup>. Se, infatti, da una lato, «l’eliminazione della concorrenza esige logicamente l’annientamento delle imprese che rifiutino di cooperare in tali pratiche»<sup>46</sup>, dall’altro, i consumatori – anch’essi vittime designate ma largamente inconsapevoli – «insoddisfatti del prezzo di un prodotto, possono ignorare per molti anni che esso è stato artificiosamente fissato per mezzo di accordi tra gli industriali»<sup>47</sup>.

<sup>41</sup> Questa tendenza è sottolineata anche da M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi quest. crim.*, n. 2/2007, p. 60, il quale, con riferimento ai campi di intervento della “giustizia penale” dell’Unione Europea – «dalle frodi comunitarie alla pedopornografia, dal riciclaggio al razzismo, dalla tratta di esseri umani agli stupefacenti alla criminalità economica, dai reati di immigrazione al terrorismo internazionale» – non esita a parlare di «“normalizzazione”» del diritto penale di lotta: «da diritto dell’emergenza a tratto saliente della legislazione comunitaria in materia di giustizia penale. L’attuale diritto penale di lotta non si presenta affatto come un diritto eccezionale, ma come il diritto penale normale della politica criminale europea: se gli interessi in gioco sono di rilevanza comunitaria, il diritto penale che li tutela è di lotta».

<sup>42</sup> Sulle difficoltà insite nella traduzione del termine “*enforcement*” nel linguaggio giuridico degli ordinamenti di *civil law*, cfr. J. DERRIDA, *Force of Law: The “Mystical Foundation of Authority”*, in 11 *Cardozo L. Rev.*, 1990, p. 925.

<sup>43</sup> A. NIETO MARTÍN, *¿Americanización o europeización*, cit., p. 135. Nella letteratura italiana, cfr. F.C. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 453 ss.

<sup>44</sup> C. HARDING, *Business Collusion*, cit., p. 200.

<sup>45</sup> K. VOLK, *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, Napoli, 1998, p. 37.

<sup>46</sup> E.H. SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi*, cit., p. 104.

<sup>47</sup> E.H. SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi*, cit., p. 295. Nella letteratura criminologica recente, cfr. H. CROALL, *Community Safety and Economic Crime*, in *Criminol. & Crim. Just.*, 9(2), 2009, p. 165 ss.; EAD., *White collar crime, consumers and victimization*, in *Crime Law Soc. Change*, 51(1), 2009, p. 127 ss.

Ecco, dunque, riemergere con forza gli annosi *problemi strutturali* connessi al processo di criminalizzazione dei comportamenti economici devianti: (i) la scarsa *visibilità sociale* di questi, anche da parte delle vittime; (ii) l'enorme difficoltà rispetto alla coagulazione di un consenso sociale, che, anche laddove si forma, «resta *labile e fluido*»; (iii) le difficoltà della legislazione penale «ad *orientarsi ai risultati*», poiché «questi sono *difficilmente controllabili*, e di fatto assai *poco controllati dai beneficiari*». E ciò tanto in relazione ai “beneficiari-destinatari (ossia il ceto degli imprenditori economici)”, i quali «non sono *interessati ai risultati*», quanto ai “beneficiari *reali* (cioè l'intera collettività ed i suoi membri *uti singuli*)”, che «non si *riconoscono come interessati ai risultati* stessi per difetto di visibilità vittimologica, nonché di adeguata cultura ‘tecnica’»<sup>48</sup>.

Il discorso non sembra peraltro destinato a mutare negli esiti neppure alla luce di un recente studio che ha evidenziato la progressiva affermazione di una più spiccata consapevolezza dello *status* di ‘vittime potenziali’ in capo agli attori ‘deboli’ del mercato, si tratti di imprese o consumatori. Prima “fase” di quella che viene definita “*sindrome dell'anomia del mercato*” (*Syndrome of Market Anomie*)<sup>49</sup> – modello ‘reattivo’ rispetto alla c.d. “*anomia istituzionale del mercato*” (*Institutional Market Anomie*)<sup>50</sup> – sarebbe, infatti, la *percezione* dello ‘squilibrio di forze’ esistente porterebbe ad una condizione di *insicurezza e vulnerabilità* tale da indurre nelle potenziali vittime un atteggiamento di profonda *sfiducia e scetticismo* nei riguardi delle norme giuridiche, incluse quelle penali, avvertite come inadeguate ed incapaci di orientare i comportamenti economici degli attori ‘forti’ del mercato, volti al perseguimento del profitto ad ogni costo<sup>51</sup>. Ad una maggiore ‘consapevolezza vittimologica’ parrebbe perciò non corrispondere un maggiore coagulo di consenso, ma, anzi, sembrerebbero seguire inattesi “effetti collaterali”.

A fronte di questa palese *crisi di legittimazione* del ricorso al diritto penale, l'unico ‘rimedio’ possibile «non può dunque che essere una *legittima induzione di consenso sociale* da parte del legislatore: in prima battuta, sull'opzione incriminatrice; come obiettivo finale, sulle aspettative comportamentali con la pena così stabilizzate»<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 916. Sul progressivo processo di ‘trasformazione qualitativa’ della pubblica opinione in relazione alla criminalizzazione ed al perseguimento degli illeciti economici verificatosi negli ultimi decenni negli Stati Uniti, cfr. F.T. CULLEN - J.L. HARTMAN - C. LERO JONSON, *Bad guys: Why the public supports punishing white-collar offenders*, in *Crime Law Soc. Change*, 51(1), 2009, p. 31 ss.

<sup>49</sup> S. KARSTEDT - S. FARRALL, *The Moral Economy of Everyday Crime. Markets, Consumers and Citizens*, in *Brit. J. Criminol.*, 46(6), 2006, pp. 1017-1018.

<sup>50</sup> Cfr. R. ROSENFELD - S.F. MESSNER, *Markets, Morality, and an Institutional-Anomie Theory of Crime*, in N. PASSAS - R. AGNEW (eds.), *The Future of Anomie Theory*, Boston, 1997, p. 207 ss.; sul concetto di “anomia”, cfr. il basilare contributo di R.K. MERTON, *Social Structure and Anomie*, in *Am. Sociol. Rev.*, 3(5), 1938, p. 672 ss.

<sup>51</sup> Cfr. S. KARSTEDT - S. FARRALL, *The Moral Economy*, cit., p. 1018.

<sup>52</sup> C.E. PALIERO, *Consenso sociale*, cit., p. 917; nello stesso senso anche C. HARDING, *Business Collusion*, cit., pp. 200-201.

### 3. L'ordinamento italiano: la l. n. 287/1990 e la rinuncia allo strumento penalistico

In Italia l'affermazione della "filosofia *antitrust*" è avvenuta in modo alquanto tardivo rispetto a quanto accaduto in altri ordinamenti europei. Nel secondo dopoguerra, infatti, nel nostro Paese ha dominato per decenni «una cultura collettiva tutta strutturata su ingredienti diversi dalla concorrenzialità, dal rischio individuale, dalla competitività. Una mentalità intessuta di aspettative riposte più sullo Stato che non sul mercato»<sup>53</sup>. Come è stato efficacemente osservato, «l'Italia aveva scoperto una formula nuova di capitalismo: il "*capitalismo senza mercato*"»<sup>54</sup>.

Così, nonostante sin dagli anni cinquanta si fosse assistito al proliferare di un gran numero di disegni e proposte di legge in materia<sup>55</sup>, la legge *antitrust* italiana ha visto la luce solo nel 1990 (l. 10 ottobre 1990, n. 287, recante "Norme sulla tutela della concorrenza e del mercato")<sup>56</sup>, esattamente un secolo dopo lo *Sherman Antitrust Act* statunitense e oltre trent'anni dopo la normativa comunitaria e quella della Germania Federale. Un simile ritardo riflette non solo una minore attenzione ai problemi di funzionamento dei mercati, ma anche e soprattutto un diverso sviluppo culturale e politico del nostro Paese, in cui il legislatore si è caratterizzato per un approccio «assolutamente lacunoso nel settore del diritto dell'economia»<sup>57</sup>, che ha portato per lungo tempo a privilegiare il ruolo dello Stato *gestore e imprenditore*. La normativa *antitrust* del 1990 può dunque essere, considerata quale espressione di un *nuovo modello di statualità*<sup>58</sup> che recepisce la 'decisione di sistema' volta a conformare l'economia ai principi del libero mercato e della concorrenza tra imprese derivanti dai trattati europei, i quali esprimono una dimensione *orizzontale* dell'agire economico, strutturalmente diversa da quella *verticale* accolta nell'art. 41 Cost. laddove sancisce la *libertà di iniziativa economica*: quest'ultima, infatti, «designa la garanzia di un agire individuale, non la disciplina di relazioni tra soggetti economici»<sup>59</sup>.

Le violazioni della libertà di concorrenza disciplinate dalla l. n. 287/1990 afferiscono a tre *macro-categorie* di derivazione comunitaria (artt. 81 e 82 Tr. CE): *a) le intese restrittive della libertà di concorrenza* (at. 2); *b) l'abuso di posizione dominante* (art. 3),

<sup>53</sup> Così G. AMATO, *Il gusto della libertà*, cit., p. 141.

<sup>54</sup> G. ROSSI, *L'Antitrust di Mani Pulite*, in *MicroMega*, n. 1/2002, p. 179 (corsivi aggiunti).

<sup>55</sup> Per un quadro riassuntivo, cfr. G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, cit., p. 297; V. DONATIVI, *Concorrenza e mercato*, cit., p. 433 ss.

<sup>56</sup> Un'ampia analisi ricognitiva della disciplina *antitrust* contenuta nella l. n. 287/1990 è effettuata da A. BERNARDI - C. GRANDI, *Diritto della concorrenza nell'esperienza italiana. Profili penali e penal-amministrativi*, in *Ann. Univ. Ferrara - Sc. Giur.*, Vol. XV, 2001, p. 1 ss.

<sup>57</sup> Così, nettamente, si esprime G. ROSSI, *L'Antitrust di Mani Pulite*, cit., p. 182.

<sup>58</sup> Cfr. G.M. FLICK, *Globalizzazione dei mercati e globalizzazione della giustizia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, pp. 591-592.

<sup>59</sup> N. IRTI, *L'ordine giuridico*, cit., pp. 137-138 (corsivi aggiunti).

e c) le operazioni di concentrazione (art. 5).

La nozione di “*intesa*” esprime un concetto di «genere» che ricomprende in sé tre «specie» di condotte: gli *accordi*, le *pratiche concordate* e le *deliberazioni di associazioni di imprese*<sup>60</sup>. Il divieto sancito per legge colpisce quelle intese che abbiano per *oggetto* – l’obiettivo rispetto al quale l’intesa risulta essere funzionale – o per *effetto* – le conseguenze che l’intesa produce sull’assetto concorrenziale del mercato – quello di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all’interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante. In relazione a queste ipotesi si è soliti utilizzare, come si è detto, il termine *cartello*, che designa quelle intese che tradizionalmente si estrinsecano in attività quali la fissazione dei prezzi, la ripartizione dei mercati o delle fonti di approvvigionamento, ovvero l’alterazione del regolare funzionamento di gare pubbliche. Gli *abusi di posizione dominante* sono, invece, quelle «condotte commerciali poste in essere unilateralmente da imprese dotate di un *significativo potere di mercato*, tese esplicitamente a escludere i concorrenti con l’intento di monopolizzare il mercato a danno dei consumatori (abusi da esclusione), oppure a estrarre profitti sopracompetitivi nei confronti dei clienti (abusi da sfruttamento)»<sup>61</sup>. Infine, le *operazioni di concentrazione*. Con tale espressione ci si riferisce ad un processo di aggregazione di diverse imprese, tale da costituire o rafforzare una posizione dominante sul mercato che elimini o riduca in modo sostanziale e durevole la concorrenza<sup>62</sup>.

La concreta operatività della normativa posta a tutela della concorrenza è affidato ad un’apposita *autorità amministrativa indipendente*<sup>63</sup>, l’Autorità garante della concorrenza e del mercato, dotata di poteri di «vigilanza, controllo e correzione delle operazioni che possono avere effetti distorsivi della concorrenza»<sup>64</sup>. Essa si caratterizza, rispetto alle altre Autorità di vigilanza previste nel nostro ordinamento per non essere né «preposta ad un particolare settore di attività economica», né «investita di poteri di amministrazione attiva finalizzati al perseguimento di specifici interessi pubblici», in quanto «il suo mandato concerne esclusivamente le esigenze tecniche di disciplina del mercato»<sup>65</sup>.

<sup>60</sup> F. GHEZZI, *Art. 2, l. 10 ottobre 1990, n. 287 (legge antitrust)*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*<sup>4</sup>, Padova, 2007, p. 2728.

<sup>61</sup> M. TODINO, *Art. 3, l. 10 ottobre 1990, n. 287 (legge antitrust)*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario*, cit., p. 2770.

<sup>62</sup> Cfr. G. MANGIONE, *Artt. 5, 6, 7, l. 10 ottobre 1990, n. 287 (legge antitrust)*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario*, cit., p. 2796 ss.

<sup>63</sup> Per un inquadramento del tema, cfr. A. PREDIERI, *L'erompere delle Autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997; G. GIRAUDI - M.S. RIGHINI, *Le autorità amministrative indipendenti: dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Roma-Bari, 2001.

<sup>64</sup> V. MILITELLO, *La tutela della concorrenza e del mercato nella l. 10.10.1990 n. 287*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, p. 647.

<sup>65</sup> S. SEMINARA, *L'impresa e il mercato*, in C. PEDRAZZI - A. ALESSANDRI - L. FOFFANI - S. SEMINARA - G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*<sup>2</sup>, Bologna, 2000, p. 683.

Sul versante *sanzionatorio*, la l. n. 287/1990 si caratterizza per una completa rinuncia allo strumento penalistico. L'apparato repressivo della legge *antitrust* si fonda, infatti, sul ricorso in via esclusiva alla sanzione amministrativa, contemplando, da un lato, sanzioni poste direttamente a tutela della concorrenza, e, dall'altro, sanzioni poste a tutela dei poteri di controllo dell'Autorità<sup>66</sup>.

In relazione alle prime, la repressione si caratterizza per la sua notevole prudenza e cautela: l'art. 15, co. 1, infatti, attua una sorta di 'procedimentalizzazione' dell'apparato sanzionatorio. Sia con riferimento ai divieti concernenti le *intese restrittive della concorrenza*, sia in relazione agli *abusi di posizione dominante*, «la condotta, pur certamente offensiva dei beni protetti, non viene come tale assoggettata a sanzione alcuna, limitandosi l'intervento dell'Autorità ad imporre la rimozione della situazione illecita»<sup>67</sup>. Il legislatore, quindi, ha così costruito «una fattispecie semplice non punibile, dalla quale deriva un semplice obbligo di osservanza del provvedimento dell'Autorità garante che impone la rimozione della situazione anti-giuridica»<sup>68</sup>, stabilendo l'assoggettabilità *in prima battuta* ad una sanzione amministrativa pecuniaria "fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida" solo in relazione alle ipotesi di "infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione"<sup>69</sup>. In base all'art. 15, co. 2, nei casi non ritenuti gravi *ab origine*, verrà invece applicata la sanzione amministrativa pecuniaria "fino al dieci per cento del fatturato, ovvero, nei casi in cui sia stata applicata la sanzione di cui al co. 1, di importo minimo non inferiore al doppio della sanzione già applicata con un limite massimo del dieci per cento del fatturato come individuato al co. 1" qualora vi sia una *inottemperanza* da parte dell'impresa rispetto alla diffida per l'eliminazione delle infrazioni emanata dall'Autorità garante.

L'inottemperanza alla diffida si caratterizza, dunque, per un *duplice disvalore*: «da un lato quello consistente nella, per così dire, "oggettiva permanenza" nell'infrazione e, dall'altro, quello "soggettivo", rappresentato propriamente dalla "disobbedienza" al provvedimento dell'Autorità»<sup>70</sup>. Nei casi di *reiterata inottemperanza*, l'Autorità può anche disporre la sospensione dell'attività d'impresa fino a trenta giorni. Questa sanzione a contenuto interdittivo non risulta, peraltro, essere mai stata applicata nei primi diciannove anni di vigenza della normativa *antitrust*<sup>71</sup>.

<sup>66</sup> S. SEMINARA, *L'impresa e il mercato*, cit., p. 685; V. MILITELLO, *La tutela della concorrenza e del mercato*, cit., p. 645.

<sup>67</sup> F. MUCCIARELLI, *Le sanzioni nella legge "antitrust"*, in *Leg. pen.*, 1990, p. 613.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> Cfr. F. MUCCIARELLI, *Le sanzioni nella legge "antitrust"*, cit., pp. 613-614, il quale sottolinea, con forte accento critico, l'estrema vaghezza di tale criterio commisurativo.

<sup>70</sup> F. MUCCIARELLI, *Le sanzioni nella legge "antitrust"*, cit., p. 615.

<sup>71</sup> Per un quadro analitico delle sanzioni comminate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, cfr. i dati reperibili alla seguente URL: <http://www.agcm.it>.

Nel 2006 è stato introdotto un co. 2-*bis* nell'art. 15, che attribuisce all'Autorità garante il potere di definire con proprio provvedimento generale "i casi in cui, in virtù della *qualificata collaborazione* prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza, la sanzione amministrativa pecuniaria può essere *non applicata* ovvero *ridotta*". In base ad esso, l'Autorità garante ha diffuso in data 15 febbraio 2007 una "Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni" relativa alle "*intese orizzontali segrete*, anche nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica, con particolare riguardo a quelle consistenti nella fissazione dei prezzi d'acquisto o di vendita, nella limitazione della produzione o delle vendite e nella ripartizione dei mercati". Il *programma di clemenza* così varato è ispirato al principio del "*winner takes all*": il par. 2 della comunicazione prevede infatti la *non imposizione delle sanzioni* previste dall'articolo 15, co. 1, l. n. 287/1990 per la violazione dell'art. 2 della medesima all'impresa che *per prima* fornisca *spontaneamente* all'Autorità informazioni o prove documentali in ordine all'esistenza di un'intesa qualora sussistano cumulativamente determinate condizioni. Una riduzione non superiore al cinquanta per cento delle sanzioni applicabili può invece essere accordata alle imprese che forniscono materiale probatorio in grado di rafforzare "in misura significativa" l'impianto probatorio di cui l'Autorità già dispone, contribuendo così in modo "apprezzabile" alla capacità di fornire la prova dell'infrazione<sup>72</sup>.

Con riferimento alle sanzioni poste a *tutela dei poteri di controllo dell'Autorità*, in relazione alle intese ed agli abusi di posizione dominante, l'art. 14, co. 5 della l. n. 287/1990 contempla la possibilità per l'Autorità garante di irrogare nei confronti dei soggetti richiesti – persone fisiche o giuridiche – una sanzione amministrativa pecuniaria se questi rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire informazioni o di esibire documenti ovvero se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri, salve – in ogni caso – le diverse sanzioni previste dall'ordinamento. Infine, per quanto riguarda le concentrazioni, l'art. 19 della legge *antitrust* prevede la possibilità per l'Autorità garante di infliggere alle imprese che realizzino una operazione di concentrazione in violazione del divieto comunicato loro dallo stesso organo di vigilanza *ex art. 18*, co. 1 o che non ottemperino alle prescrizioni del co. 3 del medesimo articolo, una sanzione amministrativa pecuniaria "non inferiore all'uno per cento e non superiore al dieci per cento del fatturato delle attività di impresa oggetto della concentrazione" medesima. Sanzioni amministrative pecuniarie "fino all'uno per cento del fatturato dell'anno precedente a quello in cui è effettuata la contestazione, in aggiunta alle sanzioni eventualmente applicabili" possono invece essere comminate, in base a quanto previsto dall'art. 19, co. 1, alle imprese che non ottemperino agli obblighi di comunicazione preventiva all'Autorità delle operazioni di concentrazione *ex art. 16*, co. 1.

<sup>72</sup> In argomento, cfr. *amplius* V. MELI, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano*, in *Mercato conc. reg.*, 2007, p. 201 ss.; V. D'ANTONIO, *I programmi di clemenza in diritto antitrust: modelli teorici ed esperienze concrete*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 677 ss.

### 3.1. Le ragioni della scelta operata e il dibattito recente

La mancata previsione di sanzioni penali nella legge *antitrust* del 1990 può essere ricondotta ad un ordine assai variegato di ragioni. In primo luogo, la dottrina ha sottolineato la forte tensione con il principio di legalità. La descrizione di una fattispecie in materia di concorrenza presenterebbe infatti «margini di vaghezza difficilmente compatibili con un rispetto non formalistico della tassatività e della determinatezza dell'illecito penale»<sup>73</sup>.

Più in dettaglio, una tipizzazione incentrata sulla condotta è considerata foriera del rischio di una «definizione tanto onnicomprensiva quanto troppo generica» alla luce della vastità e della complessità della disciplina sottostante<sup>74</sup>. Per ovviare a tale inconveniente, vi è chi ha proposto «l'ingresso in fattispecie di una specificazione in chiave esemplificativa tracciata sul modello delle c.d. *per se violations* della normativa comunitaria, ricavata a sua volta (...) dalla lunga e positiva esperienza statunitense»<sup>75</sup>. Per converso, una definizione eccessivamente casistica, «ove si ponga mente alla molteplicità e variabilità delle ipotesi di collusione e di abuso in cui può risolversi la pratica monopolistica»<sup>76</sup>, potrebbe comportare il rischio opposto di norme penali «elefantache e, ciononostante, lacunose»<sup>77</sup>. Il dibattito si è dunque arenato di fronte a due soluzioni considerate entrambe insoddisfacenti: «da un lato, le generalizzazioni dall'estensione eccessiva, dall'altro, le casistiche inevitabilmente frammentarie e incomplete»<sup>78</sup>.

Non maggiormente convincente è stata considerata la «terza via» proposta, ovvero l'opzione della tipizzazione «fondata sui risultati di turbamento delle condizioni di mercato, e sugli effetti del monopolio anziché sui possibili modi di attuazione di esso»<sup>79</sup>. In quest'ultima ipotesi, infatti, il rischio di un «effetto paralisi» connesso al

<sup>73</sup> V. MILITELLO, *La tutela della concorrenza*, cit., p. 646. Sul punto, cfr. anche M. ROMANO, *Diritto penale in materia economica, riforma del codice, abuso di finanziamenti pubblici*, in C. PEDRAZZI - G.S. COCO (a cura di), *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979, p. 203, il quale afferma peraltro che «non si tratta (...) di difficoltà insuperabili». Nello stesso senso F. STELLA, *Intervento*, in A. TOFFOLETTO - L. TOFFOLETTI (a cura di), *Antitrust: le sanzioni*, Milano, 1996, pp. 170-171.

<sup>74</sup> Cfr. C. PEDRAZZI, *Odierna esigenze economiche e nuove fattispecie penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, ora in ID., *Diritto penale*, III, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, pp. 50-51, il quale sottolinea come i concetti economici, a cui si fa ricorso per «caratterizzare la sostanza stessa della condotta criminosa, per descriverne la dinamica», costituiscano un «contributo assai impegnativo alla costruzione della fattispecie» in quanto «tra il punto di vista economico e quello giuridico intercorre un rapporto che è, insieme, di contiguità e di divergenza: rapporto, quindi, ambiguo, potenziale generatore di equivoci».

<sup>75</sup> M. ROMANO, *Diritto penale in materia economica*, cit., p. 203.

<sup>76</sup> G.M. FLICK, *Gruppi e monopolio nelle nuove prospettive del diritto penale*, in *Riv. soc.*, 1988, p. 484.

<sup>77</sup> G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*<sup>3</sup>, Milano, 2009, p. 50.

<sup>78</sup> C. PEDRAZZI, *Odierna esigenze economiche*, cit., p. 54.

<sup>79</sup> G.M. FLICK, *Gruppi e monopolio*, cit., p. 484; M. ROMANO, *Diritto penale in materia economica*, cit., p. 203, si mostra invece favorevole alla previsione di un'unica fattispecie «di ampia portata»

‘gigantismo’ delle fattispecie, in cui «l’evento di danno o di pericolo assume proporzioni smisurate» sarebbe inevitabile, «a ovvio scapito dell’efficacia pratica e quindi dell’importanza delle norme medesime»<sup>80</sup>. Come è stato sottolineato, «l’esperienza insegna che, nell’ottica penalistica, il ricorso a concetti e valori economici (se non, più esattamente, macroeconomici) per costruire direttamente su di essi degli schemi di fattispecie, troppo spesso corre il rischio di risolversi nella elaborazione di norme soltanto emblematiche e quindi in sostanza inapplicabili, a meno di voler in certo senso delegare totalmente al giudice penale un ruolo di interpretazione dei fenomeni economici, che potrebbe in realtà risolversi in un ruolo di c.d. super-gestione dell’economia»<sup>81</sup>.

Un secondo ordine di ragioni si fonda su valutazioni di carattere politico-criminale. In primo luogo, l’impiego in via esclusiva della sanzione amministrativa è stato argomentato alla luce della sua maggiore efficacia e duttilità rispetto a quella penale<sup>82</sup>. Oltre a questo, sono state espresse preoccupazioni rispetto all’incompetenza «tecnica» del giudice penale e ad una sua possibile “*impuissance psychologique*” in relazione ad una materia inscindibilmente connessa a complesse nozioni economiche<sup>83</sup>. E ancora: è stata poi evidenziata la necessità di «evitare sovrapposizioni e ambiguità nel rapporto fra rischio di impresa e rischio penale»<sup>84</sup>.

Infine, all’epoca della discussione sulla natura dell’apparato repressivo da introdurre nella legge *antitrust*, due ulteriori fattori militavano in senso contrario al ricorso alla sanzione penale. Anzitutto l’ordinamento italiano si caratterizzava per una non ancora compiuta riflessione – con la conseguente assenza di una disciplina extrapenale *ad hoc* – in merito al complesso fenomeno delle *aggregazioni societarie*, in grado di assumere sul versante penalistico una veste «affatto ambivalente» sia «come contesto o strumento di frode e di elusione della legge», sia, all’opposto, quale «fattore oggettivo di giustificazione (o, quantomeno, fattore soggettivo di scusa) del comportamento delle persone fisiche operanti al loro interno»<sup>85</sup>. *Last but not least*, un forte argomento

incentrata sulla «concretizzazione» del comportamento illecito, ossia sulla «esplicitazione della natura degli effetti provocati dall’accordo e dalla loro misura e rilevanza».

<sup>80</sup> C. PEDRAZZI, *Delitti contro l’economia pubblica, l’industria e il commercio*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 281. Cfr. anche G. FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale*, Milano, 1994, p. 103 ss.

<sup>81</sup> G.M. FLICK, *Gruppi e monopolio*, cit., p. 484.

<sup>82</sup> Sulle indicazioni e i limiti di impiego della sanzione amministrativa in materia economia, cfr. C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 1027 ss.; F.C. PALAZZO, *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, in *Ind. pen.*, 1992, p. 224 ss.

<sup>83</sup> S. LICCIARDELLO, *Le sanzioni dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 352.

<sup>84</sup> G.M. FLICK, *Gruppi e monopolio*, cit., p. 474. In argomento cfr. anche C. PEDRAZZI, *Il giudice e l’economia*, in *Giust. cost.*, 1983, ora in *ID.*, *Diritto penale*, cit., p. 184.

<sup>85</sup> L. FOFFANI, *Le aggregazioni societarie di fronte al diritto penale: appunti sulle nozioni di “parte-*



ostile – questa volta di carattere prettamente dommatico – era rappresentato dalla allora indiscussa vigenza nel nostro ordinamento del principio “*societas delinquere non potest*”, tale da rendere obbligata la scelta di mantenere sul terreno extrapenale le forme di responsabilizzazione diretta della persona giuridica sul piano sanzionatorio<sup>86</sup>.

A fronte delle ragioni esposte, la sanzione amministrativa pecuniaria rivolta alle imprese era, dunque, pressoché unanimemente ritenuta l'opzione sanzionatoria ottimale in termini di deterrenza per la repressione *diretta* delle fattispecie anticoncorrenziali vietate, tanto sotto il profilo della *praticabilità* che della *effettività*<sup>87</sup>. L'unico “spazio utile” per l'impiego della sanzione penale in materia *antitrust* era ravvisato con riferimento alle ipotesi di inosservanza dei provvedimenti “individualizzati” emanati dall'Autorità garante<sup>88</sup>.

La scelta operata dal legislatore del 1990 non ha però mancato di suscitare perplessità. Autorevole dottrina – dopo aver osservato che «a livello di sistema – di mercato – lo statuto di libertà non equivale a vuoto di disciplina» ma «anzi postula una difesa contro turbative capaci di sconvolgere le regole del gioco»<sup>89</sup> – non ha esitato nel definire «timido» l'intervento penalistico a sostegno della competizione concorrenziale nel nostro ordinamento<sup>90</sup>.

Altri autori hanno poi evidenziato i possibili effetti negativi di un sistema sanzionatorio incentrato *esclusivamente* sulla sanzione amministrativa pecuniaria in termini di *traslazione dei costi* su soggetti terzi. Una tale opzione repressiva reca, infatti, con sé «il rischio che il costo economico della sanzione amministrativa pecuniaria finisca per essere ‘scaricato’ su dipendenti e consumatori, più che gravare sugli effettivi responsabili delle illecite scelte di impresa, ovvero, per converso, che la constatazione di un siffatto rischio, anche in considerazione del livello decisamente ragguardevole che la sanzione in esame potrebbe assumere, sulla base del legame percentuale con il fatturato, finisca per indurre l'Autorità ad una certa tolleranza – ovvero ad un impiego

*cipazione rilevante*”, “collegamento”, “controllo” e “gruppo”, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 122. Cfr. anche G.M. FLICK, *Gruppi e monopolio*, cit., p. 472.

<sup>86</sup> Cfr. V. MILITELLO, *La tutela della concorrenza*, cit., p. 647, il quale, in relazione alle fattispecie descritte nella legge *antitrust*, così scriveva: “Appare tuttavia quantomeno dubbio che nelle ipotesi ricordate le sanzioni penali riescano più incisive di quelle amministrative, a causa dell'ancoraggio del nostro ordinamento al principio della non responsabilità penale delle persone giuridiche”. Sul punto, cfr. anche ID., *La responsabilità penale dell'impresa e dei suoi organi in Italia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1992, pp. 113-114.

<sup>87</sup> Per l'inquadramento dell'*effettività* nella sistematica dei principi di politica criminale, cfr. C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 447 ss.

<sup>88</sup> In questo senso, cfr. M. ROMANO, *Diritto penale in materia economica*, cit., p. 203-204; L. FOFANI, *Legislazione antitrust e disciplina delle partecipazioni al capitale di enti creditizi: profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 883 ss.

<sup>89</sup> C. PEDRAZZI, voce *Mercati finanziari (disciplina penale)*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, pp. 653-654.

<sup>90</sup> C. PEDRAZZI, voce *Mercati finanziari*, cit., p. 654.

particolarmente cauto degli strumenti sanzionatori a disposizione – proprio nei confronti di quelle infrazioni di maggiore lesività e rilievo economico per le quali potrebbe apparire giustificata anche una reazione di natura specificamente penale»<sup>91</sup>.

Questi, dunque, i termini del dibattito in tema di sanzioni in materia *antitrust* in epoca antecedente ed immediatamente successiva all’emanazione della l. n. 287/1990.

Dopo circa dieci anni di assopimento, l’attenzione sul tema si è però via via andata risvegliando. In tempi recenti, infatti, alcune voci si sono timidamente levate in favore della criminalizzazione delle più gravi forme di illecito in materia di concorrenza. La vera novità rispetto al passato è che tale tendenza è emersa soprattutto dalla letteratura extra-penale di ‘estrazione’ giuscommercialistica, alla ricerca di nuovi modelli di *enforcement* capaci di assicurare una maggiore deterrenza nel settore *antitrust*, alla luce delle carenze evidenziate da quelli tradizionali, tanto sul versante pubblicistico che su quello privatistico<sup>92</sup>.

Partendo da quest’ultimo, sul piano del *private enforcement* sono stati sottolineati i limiti derivanti dalla persistente assenza nel nostro ordinamento dell’istituto della *class action*<sup>93</sup>. In mancanza di una disciplina civilistica dell’azione di classe<sup>94</sup>, negli ultimi tempi si è assistito alla nascita di una «creatura tutta italiana»: la «*class action* penale»<sup>95</sup>, attuata mediante la costituzione di parte civile ‘in blocco’, a mezzo di un uni-

<sup>91</sup> Così, molto chiaramente, L. FOFANI, *Legislazione antitrust*, cit., p. 884. Sui limiti della sanzione pecuniaria quale tecnica di controllo dei *corporate crimes*, cfr. C. DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell’impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 88 ss.

<sup>92</sup> Cfr. A. FRIGNANI, *Diritto della concorrenza. L’insufficienza dei modelli sanzionatori classici e obiettivi dei nuovi modelli*. Public and private enforcement, in *Dir. comm. int.*, 2008, p. 111 ss. e, con particolare riferimento alle sanzioni penali, pp. 129-130; F. GHEZZI, *Strumenti e obiettivi nell’enforcement della disciplina delle intese: la recente esperienza italiana*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 1430, nt. 91.

<sup>93</sup> Come osserva S. SEMINARA, *Crisi finanziaria e disorientamenti etici e giuridici*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 275: «Neppure può dubitarsi della necessità di una sollecita soluzione dell’ormai annoso problema della *class action* che, oltre ad apprestare più efficaci modalità di risarcimento a tutela delle persone danneggiate dal reato, eviterebbe la loro costituzione di parte civile e così l’ingresso nel procedimento penale di istanze non necessariamente mirate alla sua più rapida definizione e all’individuazione delle reali responsabilità penali».

<sup>94</sup> Il 1° gennaio 2010 entrerà in vigore l’art. 140-bis del Codice del consumo, rubricato “Azione di classe” – concernente anche i comportamenti commerciali contrari alle norme sulla concorrenza – in una versione radicalmente modificata, ad opera dell’art. 49, l. n. 99/2009, rispetto a quella originariamente introdotta dall’art. 2, co. 446, l. n. 244/2007, mai entrata in vigore a causa dei continui rinvii succedutisi. Il nuovo testo ha già attirato le critiche della dottrina, in quanto il modello prescelto abbandona l’interesse collettivo quale fulcro della tutela risarcitoria per abbracciare una dimensione di matrice individualistica ritenuta inidonea al perseguimento degli obiettivi di deterrenza e riparazione. Sul tema, cfr. C. CONSOLO, *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l’art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1297 ss.; in generale sul tema delle *class actions*, cfr., per tutti, A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008.

<sup>95</sup> L’espressione è di M. ZANCHETTI, *Crisi del mercato e diritto penale dell’economia*, in *Liuc Papers*, suppl. n. 198, gennaio 2007, p. 28, il quale sottolinea: «Nella perdurante carenza di una discipli-

co difensore, da parte di decine di migliaia di consumatori o risparmiatori danneggiati in recenti importanti processi per reati economici. Forse, però, a pesare ancora di più è la già assodata impossibilità di 'importare' nel nostro ordinamento la disciplina dei c.d. *punitive damages*, che tanto hanno contribuito alla complessiva efficacia deterrente della normativa *antitrust* statunitense, a causa del contrasto con l'ordine pubblico<sup>96</sup>. Riemerge così la problematica delle "promesse non mantenute" sul versante delle alternative di tutela di natura civilistica, la cui valorizzazione era stata anni or sono autorevolmente invocata dalla dottrina penalistica<sup>97</sup>.

Sul piano del *public enforcement*, è stata invece sottolineata l'esigenza di introdurre una gamma di sanzioni rivolte direttamente agli amministratori e ai dirigenti coinvolti nelle pratiche illecite<sup>98</sup>. Una simile estensione soggettiva delle sanzioni, si afferma, produrrebbe un «duplice vantaggio»: da un lato, «ridurrebbe i costi di monitoraggio delle imprese nei confronti dei propri dipendenti»<sup>99</sup>; dall'altro, «offrirebbe una solida motivazione a quegli esponenti aziendali che intendessero resistere ad eventuali pressioni dei vertici dell'impresa (o degli azionisti) affinché essi pongano in essere accordi di cartello». Inevitabilmente, però, la previsione di una sanzione individuale pecuniaria sconterebbe gli stessi problemi concernenti le sanzioni della medesima natura rivolte alle imprese «in termini di capacità contributiva e di proporzionalità, con l'aggravante che l'eventuale effetto deterrente potrebbe essere eliminato o coperto mediante strumenti contrattuali»<sup>100</sup>.

Ecco, allora, che «l'unica soluzione atta a risolvere il problema della deterrenza sarebbe quella di introdurre sanzioni di natura penale, quantomeno per le violazioni più gravi. La minaccia di una sanzione penale (...) ha infatti un effetto deterrente

na civilistica della azione di classe, gli obbligazionisti si sono raggruppati presso alcuni difensori, e si sono costituiti tutti assieme parte civile. Nel processo Parmalat le parti civili costituite sono oltre trentacinquemila, di cui trentaduemila con un solo avvocato, nel processo Cirio sono oltre cinquemila». Sul tema, cfr. anche le pionieristiche riflessioni di F. BRICOLA, *Partecipazione e giustizia penale. Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, in *Quest. crim.*, 1976, p. 7 ss.

<sup>96</sup> Cfr. Cass., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 981, con nota di S. OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*; App. Trento sez. distaccata Bolzano, 16 aprile 2008, n. 151, in *Corr. giur.*, 2009, p. 523, con nota di P. FAVA, *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico*.

<sup>97</sup> Il riferimento è a F. BRICOLA, *La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista*, in *Pol. dir.*, 1985, p. 71 ss.

<sup>98</sup> Cfr. OCSE, *Cartels: Sanctions Against Individuals*, in *OECD Journal of Competition Law and Policy*, 9(3), 2009, p. 9 ss.

<sup>99</sup> F. GHEZZI, *Verso un diritto antitrust comune? Il processo di convergenza delle discipline statunitense e comunitaria in materia di intese*, in *Riv. soc.*, 2002, pp. 548-549. In argomento, cfr. anche W.P.J. WILS, *Does the Effective Enforcement of Articles 81 and 82 EC Require not only Fines on Undertakings but also Individual Penalties, in Particular Imprisonment?* in *Id.*, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law. Essays in Law and Economics*, The Hague, 2002, p. 188 ss.

<sup>100</sup> F. GHEZZI, *Verso un diritto antitrust comune?*, cit., p. 549.

molto forte sui dirigenti delle imprese e ciò potrebbe consentire di fissare le sanzioni pecuniarie a livelli meno elevati, mantenendo un livello di deterrenza ottimale<sup>101</sup>. Circa la *tipologia* di tali sanzioni penali, l'opzione per quella detentiva pare preferibile, in quanto gli effetti di quelle pecuniarie e a contenuto interdittivo potrebbero rispettivamente «essere *eliminati* (attraverso una *indemnification* da parte della società) o *aggirati* (ad esempio, per il tramite di un contratto di consulenza)»<sup>102</sup>, con evidenti ricadute sulla loro portata general-preventiva. Entro il quadro delineato «per un verso, verrebbero dunque eliminati i problemi di capacità contributiva e di proporzionalità della sanzione e si risolverebbero i problemi di monitoraggio delle imprese. Per altro verso, gli stessi *manager* avrebbero molte più armi per «resistere» alla tentazione o alle pressioni per partecipare ad un cartello, non essendo adeguatamente risarcibile o assicurabile il danno derivante dalla sottoposizione a pene detentive»<sup>103</sup>. In tal modo, quindi, la presenza di sanzioni penali «limiterebbe i casi di *over-enforcement* e risponderebbe a criteri di *distributive justice*»<sup>104</sup>.

Ciò che sembra dunque emergere è una preferenza per un sistema repressivo in cui sanzioni rivolte alle persone fisiche si affianchino a quelle rivolte direttamente alle imprese. In relazione a queste ultime, nuove prospettive sono state aperte dal superamento del principio “*societas delinquere non potest*”, avvenuto nel nostro ordinamento ad opera del d.lgs. n. 231/2001, che ha reso obsolete le obiezioni di ordine dommatico fondate sulla impossibilità di considerare la persona giuridica quale destinatario diretto di sanzioni a contenuto ‘criminale’<sup>105</sup>.

Pur a fronte dell'emersione di tali istanze, le posizioni espresse recentemente nella letteratura penalistica si sono caratterizzate per la loro estrema cautela.

Chi, in prospettiva *de lege ferenda*, ha auspicato l'introduzione nella parte speciale del codice penale di un apposito capo dedicato ai «*delitti contro la concorrenza*» – ritenendo «raccomandabile e opportuno» un circoscritto “riconoscimento penalistico” di tale bene giuridico, attraverso la previsione di «nuove fattispecie incriminatrici della corruzione nel settore privato»<sup>106</sup> – ha però contestualmente affermato che la prote-

<sup>101</sup> *Ibidem*.

<sup>102</sup> F. GHEZZI, *Verso un diritto antitrust comune?*, cit., p. 551 (corsivi aggiunti).

<sup>103</sup> F. GHEZZI, *Verso un diritto antitrust comune?*, cit., p. 549.

<sup>104</sup> *Ibidem*.

<sup>105</sup> Su questo epocale passaggio, cfr. C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, p. 326 ss.; C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 571 ss.; C.E. PALIERO, *il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 845 ss.

<sup>106</sup> L. FOFFANI, *Tra patrimonio ed economia: la riforma dei reati d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, p. 761. Si deve peraltro osservare che il sistema tedesco, indicato come modello di riferimento dall'A., ha introdotto con la l. 13.8.1997 per la lotta alla corruzione (BGBI., I, 2038) il § 298 StGB, rubricato “*Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen*”, che incrimina gli accordi restrittivi della concorrenza nelle gare di appalto (c.d. *bid rigging*).

zione di tale bene giuridico debba «anche nel futuro continuare a fondarsi essenzialmente su strumenti e modalità extrapenali, affidati alla gestione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato»<sup>107</sup>. A tale proposta sono seguite argomentate obiezioni, limitate però alla *pars destruens*. Come potrebbe il nostro legislatore – è stato sottolineato – «giustificare la scelta di criminalizzare fatti di corruzione privata, quali fonti di *possibile, remoto, presunto* pericolo per la tenuta concorrenziale del mercato, ove si continui invece a relegare nel penalmente irrilevante vicende ben più massicciamente, corposamente, seriamente, direttamente offensive della concorrenzialità dei mercati, quali quelle descritte nella cosiddetta legge *antitrust*? Cosa c’è in una corruzione privata che, nell’ottica del modello della concorrenza, ne giustifichi l’incriminazione, e che non si rinviene, invece, in un’intesa restrittiva della libertà di concorrenza (art. 2, l. n. 287/1990) o in un abuso di posizione dominante (art. 3, l. n. 287/1990)?»<sup>108</sup>. La risposta non sembra risiedere in una maggiore lesività di tale condotta «poiché, anzi, un’intesa limitativa o un abuso di posizione dominante – essendo vicende che, per definizione, sono capaci di ledere direttamente, o di mettere in serio pericolo, la struttura concorrenziale di un certo settore di mercato – sono portatrici di una carica offensiva di gran lunga più consistente rispetto a quella, remota ed eventuale, insita in una corruzione privata»<sup>109</sup>. Alla luce di quanto esposto, «più ragionevole sarebbe, allora, che il nostro legislatore si ponesse innanzitutto il problema di una eventuale incriminazione (in forme e limiti tutti da verificare) di condotte riconducibili a qualcuno dei tipi di offesa presi in considerazione dalla legge *antitrust*»<sup>110</sup>.

Alcune considerazioni merita, infine, il tema della tutela delle funzioni dell’Autorità garante, indicata a suo tempo da buona parte della dottrina quale “via maestra” per un possibile ingresso della sanzione penale nella materia *antitrust*. In prospettiva *de lege lata*, la fattispecie delittuosa di cui all’art. 2638 c.c., introdotta ad opera del d.lgs. n. 61/2002, sembra attualmente assicurare una protezione penale ad ampio spettro all’attività funzionale dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato<sup>111</sup>: risolta positivamente la questione relativa all’inclusione di questa nel novero delle “autorità pubbliche di vigilanza”<sup>112</sup>, le «condotte illecite che si inseriscono nello svol-

<sup>107</sup> *Ibidem*.

<sup>108</sup> A. SPENA, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, pp. 834-835.

<sup>109</sup> A. SPENA, *Punire la corruzione privata?*, cit., p. 835.

<sup>110</sup> A. SPENA, *Punire la corruzione privata?*, cit., p. 836.

<sup>111</sup> A.F. TRIPODI, *Diritto penale e disciplina antitrust. Le indicazioni provenienti dall’analisi economica del diritto e la prospettiva aperta dall’art. 2638 c.c.*, in P. SIRACUSANO (a cura di), *Scritti di diritto penale dell’economia*, Torino, 2007, p. 165.

<sup>112</sup> In tal senso, F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 601. Dello stesso avviso anche A. ALESSANDRI, *Ostacolo all’esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, in ID. (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, p. 257, il quale peraltro critica il dato testuale dell’art. 2638 c.c., giudicato «troppo laconico e intrinsecamente generico».

gimento del rapporto *informativo*» sarebbero, infatti, sanzionate penalmente ad opera primo comma, mentre le «condotte di *inottemperanza* al potere precettivo dell'Autorità» ai sensi del secondo comma<sup>113</sup>.

Sembrerebbe dunque essersi venuta a creare – in assenza di una qualsivoglia adeguata riflessione preliminare «circa i rapporti fra sanzione amministrativa e sanzione penale e circa le rispettive sfere di illecito» – una situazione assai singolare in una materia come quella *antitrust* rispetto alla quale «il legislatore aveva sino ad oggi totalmente escluso l'opzione penale dal novero di quelle presenti nel repertorio sanzionatorio della disciplina di riferimento» anche in relazione alla tutela delle funzioni dell'Autorità amministrativa indipendente di riferimento<sup>114</sup>.

Ciò premesso, non si può omettere di sottolineare come l'*appeal* di questo modello di tutela penale<sup>115</sup> sia stato fortemente offuscato a seguito delle *débâcles* verificatesi negli ultimi anni. Come è stato osservato, «le grandi crisi statunitensi, inglesi e italiane hanno mostrato un clamoroso *fallimento dei mercati e dei controlli*, ovvero una grave incapacità di tempestiva correzione dall'esterno e dall'interno delle distorsioni che si andavano da anni determinando»<sup>116</sup>. Nelle vicende di casa nostra, in particolare, «è venuta allo scoperto una sconsolante inefficienza di tutte le istanze di vigilanza e controllo, a qualunque livello»<sup>117</sup>. Entro questa prospettiva, non può dunque che uscire ridimensionata la grande – e forse eccessiva – fiducia riposta nei *gatekeepers* istituzionali<sup>118</sup>, a lungo considerati quali «nuove Maestà» alle quali rendere il «dovuto tributo penalistico»<sup>119</sup>.

<sup>113</sup> A.F. TRIPODI, *Diritto penale e disciplina antitrust*, cit., pp. 165-166 (corsivi aggiunti).

<sup>114</sup> L. FOFFANI, *La tutela delle funzioni delle Autorità amministrative indipendenti: il ruolo attuale dello strumento penale*, relazione tenuta all'incontro di studio su "Il rapporto fra giudici e Autorità indipendenti nella regolazione dei mercati", Roma, 9-11 maggio 2005, reperibile alla seguente URL: <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/11620.pdf>, p. 7.

<sup>115</sup> Cfr., per tutti, G.M. FLICK, *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa all'alba del nuovo secolo. Il nodo dei beni protetti*, in AA.VV., *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, II, Milano, 2002, p. 1326. In senso critico, cfr. S. MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 343 ss.; da ultimo, in generale, v. G. COCCO, *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, cit., p. 167 ss.

<sup>116</sup> A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 567.

<sup>117</sup> *Ibidem* (corsivi aggiunti).

<sup>118</sup> M. ZANCHETTI, *Crisi del mercato*, cit., p. 26, in relazione alla Consob, sottolinea emblematicamente come il suo Presidente, sentito come testimone nell'ambito del processo Parmalat, abbia dovuto ammettere che la prima richiesta di chiarimenti rivolta alla società di Collecchio sia stata operata all'indomani della pubblicazione di un articolo sul quotidiano *La Repubblica*, che ne criticava l'eccessivo indebitamento.

<sup>119</sup> S. RIONDATO - S. ZANCAN, *Le autorità amministrative indipendenti nelle reti penali e punitivo amministrative*, in P. CAVALIERI - G. DALLE VEDOVE - P. DURET (a cura di), *Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, Padova, 2003, p. 137.

#### 4. L'ordinamento francese: dall'art. 419 del Code pénal napoleonico all'art. L. 420-6 del Code de commerce

Nel panorama europeo l'ordinamento francese è senza dubbio quello che da epoca più risalente conosce una specifica repressione penale delle pratiche anticoncorrenziali. A seguito della Rivoluzione francese, la *Loi Chapelier* del 1791 introduce il delitto di *coalition*, divenuto poi l'art. 419 del Codice penale napoleonico del 1810<sup>120</sup>. Tale delitto, nella sua formulazione originaria, puniva chi “mediante aggregazioni o intese tra i principali detentori di una stessa merce o prodotto, finalizzate ad impedirne la vendita del tutto o al di sotto di un certo prezzo, abbia causato il rialzo o il ribasso del prezzo di beni o merci al di sopra o al di sotto del prezzo che sarebbe stato determinato dalla concorrenza libera e naturale del commercio”. La sua applicazione viene ben presto estesa ad opera della giurisprudenza a tutte le ipotesi di speculazioni in ambito commerciale che abbiano l'effetto di alterare il prezzo fissato dal libero gioco del mercato<sup>121</sup>, e questo soprattutto a partire dalla fine del XIX secolo quando il fenomeno della c.d. *cartellizzazione* dell'economia inizia a prendere piede anche in Francia.

Le Corti francesi, se da un lato ampliano notevolmente la portata applicativa della norma, dall'altro, elaborano nel corso degli anni la distinzione tra «*bonnes*» e «*mauvaises*» *ententes* – ossia tra cartelli ‘buoni’ e cartelli ‘cattivi’ – temperando così il concreto rigore sanzionatorio della fattispecie: in tal modo non vigeva più, *de facto*, un divieto assoluto di intese tra i principali detentori di una medesima merce, in quanto ogni accordo veniva giudicato sulla base di un criterio di *ragionevolezza* – se possibile, ancor più incerto di quello richiesto dalla fattispecie – consistente nell'accertare se il prezzo praticato sul mercato, e conseguentemente il profitto che ne discendeva, fosse o meno «naturale» ovvero «normale»<sup>122</sup>.

La legge del 3 dicembre 1926 amplia notevolmente la portata dell'art. 419 C. pén.: la nuova fattispecie reprime in particolare la condotta di chi “esercitando o tentando di esercitare, sia individualmente sia in unione o coalizione, un'azione sul mercato allo scopo di procurarsi un guadagno non derivante dal gioco naturale dell'offerta e della domanda, provochi o tenti di provocare, direttamente o per interposta persona, l'aumento o il ribasso artificiale del prezzo delle derrate, delle merci o dei titoli pubblici o privati”. Anche in questa nuova formulazione, la norma si rivela insufficiente e inadeguata, soprattutto a partire dal secondo dopoguerra, epoca in cui la politica economica france-

<sup>120</sup> Cfr. K. TIEDEMANN, *Derecho sobre los monopolios*, cit., p. 364; G. BERNINI, *La tutela della libera concorrenza e i monopoli*, II, *Comunità europee e legislazione degli Stati membri*, Milano, 1963, p. 213.

<sup>121</sup> V. MILITELLO, *Gruppi di società e diritto penale nell'esperienza francese*, in *Riv. soc.*, 1989, p. 749.

<sup>122</sup> Cfr. G. BERNINI, *La tutela della libera concorrenza e i monopoli*, cit., pp. 215-216, il quale sottolinea la singolare analogia tra questa giurisprudenza e l'evoluzione della *rule of reason* nell'interpretazione della normativa *antitrust* statunitense.

se vira in modo deciso da una impostazione fondata sul libero mercato ad un'altra a sfondo fortemente dirigista

Verso la fine degli anni cinquanta, il legislatore francese attua una penalizzazione mirata di talune pratiche anticoncorrenziali. Il decreto n. 58-548 del 24 giugno 1958, integra l'*ordonnance* n. 45-1483 del 30 giugno 1945 relativa ai prezzi con l'introduzione dell'autonoma incriminazione delle *intese illecite*, alla quale si aggiunge in un secondo momento quella dell'*abuso di posizione dominante* ad opera della l. n. 63-628 del 2 luglio 1963<sup>123</sup>.

Questi due interventi normativi rappresentano l'occasione per un primo parziale allineamento del diritto interno alle disposizioni di ispirazione liberale in materia di concorrenza inserite nel Trattato di Roma del 1957 istitutivo della Comunità economica europea<sup>124</sup>. Le due nuove incriminazioni si presentano nella forma delle c.d. *per se violations*, in quanto le condotte descritte nell'art. 50 dell'*ordonnance* del 30 giugno 1945 sono punite in quanto tali, prevedendo infatti la norma che esse "*abbiano ad oggetto o possano avere per effetto di impedire, ostacolare o falsare il regolare gioco della concorrenza*". Si prescinde così da una qualsivoglia lesione effettiva del bene tutelato, accontentandosi della semplice intenzione di lederlo o della mera possibilità del verificarsi della conseguenza lesiva.

Sulla scorta delle istanze comunitarie, si compie progressivamente in Francia una parabola che porta ad un ripensamento complessivo delle norme poste a tutela della concorrenza: le numerose proposte di riforma spingono infatti per il passaggio da un intervento di tipo esclusivamente penale ad un altro «sempre più attratto nell'orbita extrapenale del sistema amministrativo»<sup>125</sup>. Si giunge così all'emanazione dell'*ordonnance* n. 86-1243 del 1° dicembre 1986, che attua una vasta depenalizzazione del diritto della concorrenza<sup>126</sup>, affidando il ruolo principale nel sistema di *public enforcement* al neonato *Conseil de la concurrence* – ribattezzato nel 2008 *Autorité de la concurrence* – competente ad accertare e sanzionare le pratiche anticoncorrenziali vietate<sup>127</sup>.

L'opera di depenalizzazione non è però assoluta: i redattori del testo del 1986 ritengono opportuno mantenere una 'quota' di tutela penale, destinata a svolgere una funzione residuale nell'opera di repressione e dissuasione delle pratiche anticoncorrenziali. L'art. 17 della predetta ordinanza introduce così una nuova fattispecie penale, divenuta, a seguito della *codification à droit constant* attuata con l'ordinanza del 18 settembre 2000, l'art. L. 420-6 del *Code de commerce*. Tale norma punisce con la reclusione fino a quattro anni e l'ammenda fino a 75.000 euro il fatto commesso da chi

<sup>123</sup> B. BOULOC, *La sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles par la voie pénale*, in *LPA*, 2005, n° 14, p. 11; V. MILITELLO, *Gruppi di società*, cit., p. 753 ss.

<sup>124</sup> Cfr. M.-C. GUÉRIN, *Concurrence*, in *J.-Cl. Pén. des Affaires*<sup>5</sup>, fasc. 10, 2008, p. 4.

<sup>125</sup> V. MILITELLO, *Gruppi di società*, cit., p. 795.

<sup>126</sup> Cfr. J. AZEMA, *La dépenalisation du droit de la concurrence*, in *Rev. sc. crim.*, 1989, p. 651 ss.

<sup>127</sup> Sull'evoluzione avutasi nell'ordinamento francese, cfr. *amplius* A. DECOCQ - G. DECOCQ, *Droit de la concurrence. Droit interne et droit de l'Union européenne*<sup>3</sup>, Paris, 2008, p. 30 ss.



“svolge fraudolentemente un ruolo personale e decisivo nella concezione, organizzazione o attuazione delle pratiche vietate dagli articoli L. 420-1 e L. 420-2”. Il tribunale può inoltre disporre che la sentenza sia pubblicata integralmente o per estratti a spese del condannato.

Le componenti del delitto sono riconducibili a due ‘categorie’: da un lato, la “condizione preliminare” di esistenza del delitto (*condition préalable*), consistente nella sussistenza di determinate pratiche anticoncorrenziali; dall’altro, gli elementi costitutivi della fattispecie in senso proprio, vale a dire lo svolgimento di un ruolo *personale* e *decisivo* nel concepire, organizzare o attuare le pratiche vietate (*élément matériel*), sorretto da un’intenzione fraudolenta (*élément intentionnel*)<sup>128</sup>.

#### 4.1. Le pratiche anticoncorrenziali vietate

Le pratiche che possono costituire la “condizione preliminare” di esistenza del delitto di cui all’art. L. 420-6, sono le *intese illecite* (art. L. 420-1) e lo *sfruttamento abusivo di posizione dominante o dipendenza economica* (art. L. 420-2).

Le prime vengono definite come “azioni concertate, convenzioni, intese espresse o tacite, o coalizioni, che hanno ad oggetto o che possono avere come effetto di impedire, restringere o di falsare il gioco della concorrenza su un mercato” e ciò, in particolare, attraverso una delle modalità indicate dalla norma<sup>129</sup>. Per quanto concerne la nozione di “intesa”, essa richiede la sussistenza di un accordo tra imprese distinte ed autonome tra loro. Un accordo tra la società madre ed una sua filiale, ad esempio – condotta che può ben integrare un abuso di dipendenza economica – non può in via di principio essere qualificato come “intesa”<sup>130</sup>. Quanto alla forma, l’intesa può concretizzarsi in accordi *orizzontali* (conclusi tra imprese situate al medesimo stadio del processo produttivo) o *verticali* (conclusi tra imprese operanti a stadi differenti), in direttive emanate nell’ambito di ordini professionali miranti ad uniformare i prezzi praticati dagli aderenti o in accordi tra imprese in occasione dell’aggiudicazione di appalti pubblici<sup>131</sup>.

L’art. L. 420-2 concerne invece “lo sfruttamento abusivo da parte di una impresa o di

<sup>128</sup> M.-P. LUCAS DE LEYSSAC - A. MIHMAN, *Droit pénal des affaires*, Paris, 2009, p. 724.

<sup>129</sup> Art. L. 420-1 C. com.: «Sont prohibées même par l’intermédiaire direct ou indirect d’une société du groupe implantée hors de France, lorsqu’elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d’empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu’elles tendent à :

1° Limiter l’accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d’autres entreprises;

2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse;

3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique;

4° Répartir les marchés ou les sources d’approvisionnement».

<sup>130</sup> Ph. CONTE - J. LARGUIER, *Droit pénal des affaires*<sup>11</sup>, Paris, 2004, p. 465.

<sup>131</sup> M.-P. LUCAS DE LEYSSAC - A. MIHMAN, *Droit pénal des affaires*, cit., p. 725.

un gruppo di imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di esso” che abbia ad oggetto o che possa avere come effetto quello di restringere o di falsare il gioco della concorrenza su un mercato. È inoltre vietato, qualora sia suscettibile di compromettere il funzionamento o la struttura della concorrenza, “lo sfruttamento abusivo dello stato di dipendenza economica in cui si trovi una impresa cliente o fornitrice”<sup>132</sup>. Se, dunque, la nozione di “posizione dominante” si fonda su un duplice criterio – il “mercato di riferimento” e la forma di egemonia posta in essere – l’abuso di dipendenza economica si realizza invece allorché un’impresa si trovi ad avere relazioni commerciali con un’impresa dominante che non offra soluzioni alternative e competitive nell’ipotesi in cui questa si rifiuti di contrarre alle condizioni imposte<sup>133</sup>.

L’impiego dell’avverbio “notamment” sia nell’art. L. 420-1 che nell’art. L. 420-2 indica come in entrambi i casi il legislatore abbia fatto ricorso ad una mera esemplificazione delle modalità in cui le condotte possono estrinsecarsi: non si tratta, dunque, di una enunciazione esaustiva, e ciò non può che comportare una forte tensione con il principio di tassatività<sup>134</sup>. Dal punto di vista della tecnica di redazione, invece, ci si avvicina a quella impiegata nelle c.d. *fattispecie miste alternative*, «adottata quando una pluralità di condotte è considerata dalla legge come elemento materiale di una fattispecie, benché il senso di questa venga già integrato anche dalla realizzazione di una sola delle varie condotte indicate»<sup>135</sup>. Nonostante il dato normativo si accontenti, in relazione ad entrambe le macro-tipologie di infrazioni, di un effetto anticoncorrenziale meramente *potenziale*, la giurisprudenza tende a richiedere un ‘requisito supplementare’ rappresentato dal superamento di una non meglio definita «soglia di sensibilità», apprezzabile caso per caso in base agli effetti concreti prodotti o suscettibili di prodursi in esecuzione delle pratiche vietate<sup>136</sup>.

<sup>132</sup> Art. L. 420-2 C. com.: «*Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.*

*Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme.*

<sup>133</sup> Cfr. M. DELMAS-MARTY - G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*<sup>4</sup>, Paris, 2000, pp. 524-525.

<sup>134</sup> Ph. CONTE - P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*<sup>7</sup>, Paris, 2004, pp. 95-96; Ph. CONTE - J. LARGUIER, *Droit pénal des affaires*, cit., p. 466.

<sup>135</sup> Cfr. MILITELLO, *Gruppi di società*, cit., p. 753.

<sup>136</sup> Cfr. CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel 1998*, p. 40 e giurisprudenza *ivi* citata. Il documento è reperibile alla seguente URL: <http://www.autoritedelaconcurrency.fr/user/standard.php?id=rub=50>.

È altresì importante sottolineare come l'accertamento della sussistenza della "condizione preliminare" non costituisca una questione pregiudiziale: il giudice penale può perciò procedere autonomamente alla qualificazione di una pratica come "intesa" o "abuso di posizione dominante", anche qualora l'Autorità garante, investita della medesima questione, non si sia ancora pronunciata nel merito. Alla luce della complessità di tale accertamento, il giudice penale può però richiedere un parere all'*Autorité de la concurrence*, come previsto esplicitamente dall'art. L. 462-3. Tale parere non è vincolante, per cui il giudice può discostarsi da esso, giungendo a conclusioni differenti circa la natura della pratica venuta in rilievo. Nella prassi però il giudice penale mostra molta prudenza, richiedendo, attendendo e, nella pressoché totalità dei casi, recependo la qualificazione della pratica effettuata dall'Autorità garante, la cui attività di *amicus curiae* assume quindi una portata determinante ai fini all'accertamento della "componente preliminare" del delitto di cui all'art. L. 420-6<sup>137</sup>.

L'analisi della giurisprudenza evidenzia come l'art. L. 420-2 sia stato raramente oggetto di cognizione del giudice penale, ed essenzialmente in relazione ad ipotesi di abuso di posizione dominante. Le ragioni di ciò sembrano risiedere nel fatto che – a differenza di quanto avviene per le intese, la cui portata lesiva, attuale o potenziale, può essere più facilmente apprezzata – la valutazione circa il carattere "abusivo" di una determinata condotta implica in primo luogo un complesso «giudizio di valore» che, se perfettamente attuabile in materia civile o commerciale, mal si adatta invece alla valutazione del giudice penale<sup>138</sup>.

Sono, infine, previste tre speciali *cause di giustificazione*<sup>139</sup> disciplinate dall'art. L. 420-4, che non risultano però essere mai state applicate in materia penale<sup>140</sup>. Si tratta delle ipotesi di pratiche anticoncorrenziali: 1) risultanti dall'*applicazione di un testo legislativo o regolamentare*; 2) aventi l'effetto di assicurare lo sviluppo del *progresso economico*; 3) oggetto di particolari *esenzioni per categorie* adottate con decreto assunto in seguito a parere favorevole dall'Autorità garante<sup>141</sup>.

<sup>137</sup> Cfr. M.-P. LUCAS DE LEYSSAC - A. MIHMAN, *Droit pénal des affaires*, cit., pp. 728-729 ; M.-P. LUCAS DE LEYSSAC - C. LUCAS DE LEYSSAC, *L'inquiétant article L. 420-6 du Code de commerce et comment se rassurer*, in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, 2007, pp. 656-657.

<sup>138</sup> V. D. DE GILES, *Le droit pénal de la concurrence en Europe: Premier bilan et perspectives en France*, in *JPC E*, 2003, n° 1, pp. 21-22. Cfr. anche la vasta ed analitica rassegna giurisprudenziale in appendice all'articolo.

<sup>139</sup> Cfr. G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*<sup>6</sup>, Paris, 2006, p. 182.

<sup>140</sup> Cfr. D. DE GILES, *Le droit pénal de la concurrence en Europe*, cit., p. 23.

<sup>141</sup> Cfr. Ph. CONTE - J. LARGUIER, *Droit pénal des affaires*, cit., p. 467 e M. DELMAS-MARTY - G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, cit., pp. 526-527, i quali sottolineano che se, da un alto, la legittimazione risultante da una legge, da un regolamento o da una autorizzazione amministrativa non pone particolari problemi interpretativi, dall'altro, lo stesso non può certo dirsi in relazione alla nozione di "progresso economico", che invece richiede una complessa analisi economica.

#### 4.2. *La necessità di una condotta* personnelle, déterminante e frauduleuse

La volontà legislativa di depenalizzare il diritto della concorrenza ed il ruolo residuale assegnato all'art. L. 420-6 C. com. sono perfettamente espresse dalla frammentarietà della fattispecie. La norma, infatti, reprime penalmente non più le pratiche anticoncorrenziali in quanto tali, bensì soltanto quelle caratterizzate da un particolare 'peso specifico' in termini di disvalore, sia sul piano oggettivo che su quello soggettivo<sup>142</sup>. Muovendo dall'elemento materiale del reato, questo si 'scompone' a sua volta in tre requisiti.

È innanzitutto richiesta una condotta di "concezione", "organizzazione" o "attuazione" di una pratica vietata. Con questa formulazione i redattori della norma hanno inteso sanzionare tutti gli «stadi» che possono condurre alla concreta messa in opera della pratica vietata, dalla fase della ideazione a quella dell'esecuzione. Si deve sottolineare come l'enunciazione dei diversi comportamenti non sia cumulativa: ai fini dell'integrazione della fattispecie è infatti sufficiente avere preso parte ad una soltanto delle fasi indicate<sup>143</sup>.

È poi necessario lo svolgimento di un "ruolo personale": tale requisito è stato previsto con la finalità di escludere in radice ipotesi di responsabilità dei dirigenti esclusivamente in ragione della qualità rivestita<sup>144</sup>, consentendo così di poter sanzionare sia le condotte poste in essere da soggetti che non ricoprono posizioni apicali all'interno della struttura societaria, sia quelle realizzate da altri soggetti quali, ad esempio, esponenti di ordini professionali o componenti di commissioni aggiudicatrici di appalti pubblici<sup>145</sup>.

Il ruolo giocato dal soggetto agente, infine, deve altresì essere "determinante". Si tratta senza dubbio del 'formante' più controverso e discusso dell'*élément matériel* della fattispecie, soprattutto, com'è intuibile, in materia di intese. Introdotto con il fine di restringere la portata repressiva della norma alle sole condotte che abbiano avuto «un'incidenza causale decisiva»<sup>146</sup>, il requisito in parola ha dato luogo ad interpretazioni tra loro assai difformi. Da un lato, vi è chi interpreta tale requisito in modo molto rigoroso, ritenendo suscettibile di incriminazione esclusivamente la «mente» dell'organizzazione, ossia l'ideatore «avente autorità ed influenza sugli altri membri dell'intesa», dovendosi quindi escludere la rilevanza penale della condotta, ad esempio, del dirigente che, cedendo alle pressioni del *milieu* aziendale, si sia lasciato coin-

<sup>142</sup> Cfr. M. DELMAS-MARTY - G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, cit., p. 527.

<sup>143</sup> M.-P. LUCAS DE LEYSSAC - C. LUCAS DE LEYSSAC, *L'inquiétant article L. 420-6*, cit., pp. 658-659.

<sup>144</sup> Cfr., da ultimo, B. MOUNIER-KUHN - E. DIENY, *Responsabilité des dirigeants et collaborateurs de l'entreprise dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles: perspectives*, in *JCP E*, 2008, n° 7-8, p. 21 ss.

<sup>145</sup> Cfr. M.-P. LUCAS DE LEYSSAC - C. LUCAS DE LEYSSAC, *L'inquiétant article L. 420-6*, cit., p. 660; V. SÉLINSKY, *La répression pénale des pratiques anticoncurrentielles en France*, in *Rev. Lamy dr. aff.*, 2005, n° 85, suppl., p. 30.

<sup>146</sup> Ph. CONTE, *Diritto penale e concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, p. 873.

volgere in un cartello concepito da altri. Secondo tale orientamento, il ruolo “decisivo” può altresì essere ricoperto solo allo ‘stadio genetico’ dell’accordo e non anche nelle fasi successive, in cui avviene l’adesione di ciascun partecipante<sup>147</sup>. Dall’altro, vi è chi rifugge una interpretazione tanto restrittiva, ritenendo invece che il dettato normativo possa essere interpretato fino a ricomprendere anche le singole condotte di adesione ad una intesa già concepita da altri ma non ancora attuata<sup>148</sup>.

Profili molto delicati presenta l’*élément intentionnel* della fattispecie. Il testo attualmente in vigore è il risultato di una “semplificazione deformante” che ha incomprendibilmente travisato quelle che erano le reali intenzioni del legislatore. Nella versione finale della norma, infatti, l’avverbio «*fraudolentement*» ha sostituito le parole «*mediante costrizione, abuso di autorità, dissimulazione od ogni altro mezzo fraudolento*» previste nella formulazione originaria del progetto di ordinanza. Quello che era stato concepito come un reato a forma vincolata – al fine di introdurre un ulteriore elemento di selezione delle condotte punibili – è divenuto, a seguito di questa maldestra opera di semplificazione linguistica, un reato a forma libera, per quanto, almeno apparentemente, ‘rinforzato’ sotto il profilo dell’elemento soggettivo<sup>149</sup>.

A fronte di questa “svista” dei redattori della norma, due sono le posizioni che si confrontano. Una parte degli interpreti cerca di far “riemergere” la necessità dell’impiego di mezzi fraudolenti al fine di una completa integrazione dell’*élément matériel* del delitto attraverso una interpretazione in senso modale dell’avverbio «*fraudolentement*»: a fronte di ciò – si sostiene – la fattispecie di cui all’art. L. 420-6 non potrebbe dirsi integrata in assenza di “manovre fraudolente” caratteristiche di fattispecie quali la truffa (*escroquerie*)<sup>150</sup>. Per converso, altra parte della dottrina e la giurisprudenza maggioritaria ritengono invece che l’avverbio «*fraudolentement*» non possa che riflettersi esclusivamente sull’elemento soggettivo, esigendo non soltanto la sussistenza di un *dol général* ma anche quella di un più intenso ed ampio *dol spécial*<sup>151</sup>: oltre alla semplice coscienza e volontà di violare la legge, sarebbe perciò richiesta la

<sup>147</sup> B. BOULOC, *La sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles*, cit., p. 13; Id., *Remarques en vue d’un aménagement du droit pénal de la concurrence*, in *Rev. Lamy conc.*, 2008, n° 14, p. 77.

<sup>148</sup> M.-P. LUCAS DE LEYSSAC - C. LUCAS DE LEYSSAC, *L’inquiétant article L. 420-6*, cit., pp. 660-661.

<sup>149</sup> M.-P. LUCAS DE LEYSSAC - C. LUCAS DE LEYSSAC, *L’inquiétant article L. 420-6*, cit., pp. 661-662.

<sup>150</sup> Cfr. Ph. CONTE - J. LARGUIER, *Droit pénal des affaires*, cit., p. 469; A. DECOCQ - G. DECOCQ, *Droit de la concurrence*, cit., p. 484.

<sup>151</sup> Sulla distinzione, non sempre agevole perché spesso non esplicitata nella struttura della fattispecie, tra *dol général* e *dol spécial* (da non confondersi con la distinzione tra dolo generico e dolo specifico), cfr. B. BOULOC, *Droit pénal général*<sup>21</sup>, Paris, 2009, p. 244; J. PRADEL, *Manuel de droit pénal général*<sup>17</sup>, Paris, 2008, pp. 472-473; R. MERLE - A. VITU, *Traité de Droit Criminelle*<sup>1</sup>, I, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Paris, 1997, p. 727 ss. e 749 ss.; R. SICURELLA, *L’impervio cammino del principio di colpevolezza nel sistema penale francese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 947, sottolinea peraltro che «il panorama dottrinale francese (...) non consente di delineare una ben definita categoria dogmatica riferita alla colpevolezza, dato, questo, che riflette la più generale carenza di un’approfondita riflessione e teorizzazione sulle componenti dell’illecito penale».

necessaria presenza di una «reale mala fede (*mauvaise foi*) in capo all'agente, che si traduca in una deliberata partecipazione al cartello finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo delittuoso»<sup>152</sup>.

#### 4.3. *Il problema della responsabilità penale delle personnes morales*

Il nuovo Codice penale, entrato in vigore nel 1994, ha introdotto per la prima volta nell'ordinamento francese la responsabilità penale delle *personnes morales*<sup>153</sup>. Quanto alla estensione di tale responsabilità, il legislatore ha optato inizialmente per il *principe di specialità*. L'art. 121-2 disponeva infatti che «*le persone giuridiche, ad eccezione dello Stato, sono penalmente responsabili, in base alle distinzioni previste dagli articoli da 121-4 a 121-7 e nei casi previsti dalla legge o dal regolamento, dei reati commessi, per loro conto, da propri organi o rappresentanti*».

La c.d. «legge di adattamento» del sistema penale, l. n. 92-1336 del 16 dicembre 1992, aveva due anni prima introdotto l'art. 17-1 nell'*ordonnance* del 1° dicembre 1986 relativa alla concorrenza, sancendo così la possibilità di ritenere le *personnes morales* penalmente responsabili per il delitto in materia di intese ed abuso di posizione dominante. Ancora prima di entrare in vigore, questa norma venne però abrogata ad opera della l. n. 94-88 del 1° febbraio 1994. Alla base di questa fulminea respipiscenza del legislatore vi era la preoccupazione che la sanzione dell'ammenda rivolta alle imprese potesse rappresentare una sorta di «duplicazione» rispetto alle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate – anteriormente, parallelamente o posteriormente – dall'allora *Conseil de la concurrence* all'indirizzo delle medesime<sup>154</sup>.

In modo alquanto inaspettato, il problema si è riproposto a seguito della generalizzazione della responsabilità penale delle persone giuridiche attuata ad opera della c.d. *loi Perben II*, l. n. 2004-204 del 9 marzo 2004, il cui art. 54 ha abolito il principio di specialità enunciato nell'art. 121-2 C. pén., espungendo da tale norma la clausola «*nei casi previsti dalla legge o dal regolamento*». A partire dal 31 dicembre 2005, dunque, la responsabilità delle persone giuridiche è ammessa in relazione a qualunque reato, con le uniche eccezioni dei reati in materia di stampa e telecomunicazione, essendo state

<sup>152</sup> Cfr. V. SÉLINSKY, *La répression pénale*, cit., p. 31; M. DELMAS-MARTY - G. GIUDICELLI-DELAGÉ, *Droit pénal des affaires*, cit., p. 528; si mostrano cauti e dubitativi M.-P. LUCAS DE LEYSSAC - C. LUCAS DE LEYSSAC, *L'inquietant article L. 420-6*, cit., p. 666, i quali sottolineano come si tratti di un elemento soggettivo «fortemente sfumato (...) suscettibile di ricomprendere contenuti assai differenti tra loro».

<sup>153</sup> Cfr. C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 187 ss.; G. DE SIMONE, *Il nuovo codice francese e la responsabilità penale delle personnes morales*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 211 ss.; da ultimo nella letteratura francese, v. B. BOULOC, *Les personnes responsables*, in *Rev. Lamy dr. aff.*, 2005, n° 85, suppl., p. 4 ss.

<sup>154</sup> Cfr. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *La responsabilité pénale des personnes morales à la lumière éphémère de l'article 17-1 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la concurrence*, in *JPC E*, 1994, I, p. 235 ss.

le imprese editoriali dichiarate penalmente irresponsabili in forza di una espressa previsione normativa (art. 55-III)<sup>155</sup>.

La scelta di reintrodurre la responsabilità penale delle *personnes morales* anche in relazione al delitto previsto dall'art. L. 420-6 C. com. è stata aspramente criticata in modo pressoché unanime in ragione dell'inatteso quanto gravoso cumulo di sanzioni che l'impresa rischia di dover fronteggiare<sup>156</sup>: oltre alla sanzione amministrativa pecuniaria irrogata dall'*Autorité de la concurrence* ai sensi dell'art. L. 464-2 (fino al dieci per cento del giro d'affari complessivo)<sup>157</sup> e alla pena dell'ammenda fino a 375.000 euro<sup>158</sup>, la persona giuridica rischia di doversi fare carico anche di un'ulteriore sanzione, rappresentata dal pagamento dell'ammenda irrogata nei confronti dell'autore-persona fisica, in applicazione dell'art. L. 470-1 che così dispone: «*il giudice può condannare solidalmente le persone giuridiche al pagamento delle ammende pronunciate nei confronti dei suoi dirigenti*»<sup>159</sup>.

Un simile cumulo, evidentemente poco meditato, «rimette in discussione l'equilibrio raggiunto con l'assetto previgente», che vedeva le persone fisiche destinatario della sanzione penale e quelle giuridiche della sanzione amministrativa pecuniaria<sup>160</sup>.

La principale incognita, nella vigenza dell'attuale quadro normativo, è che questo crescente rigore sanzionatorio possa condurre ad una disapplicazione dell'art. L. 420-6 finalizzata a prevenire il rischio che un siffatto *over-enforcement*, nel pur lodevole intento di meglio tutelare la concorrenza, sortisca invece il non poco paradossale effetto di eliminare uno o più concorrenti dal mercato<sup>161</sup>.

#### 4.4. I nodi irrisolti: verso una depenalizzazione o una razionalizzazione?

L'intervento penale in materia *antitrust* nell'ordinamento francese si presenta, oggi più che mai, all'insegna del «paradosso» e della «complessità»<sup>162</sup>.

<sup>155</sup> Cfr. S. GIAVAZZI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese* (Parte I), in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, pp. 606-607. Nella letteratura francese, cfr. H. MATSOPOULOU, *La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *Rev. sociétés*, 2004, p. 283 ss.; C. MASCALA, *L'élargissement de la responsabilité pénale des personnes morales: la fin du principe de spécialité*, in *Bull. Joly Sociétés*, 2006, p. 5 ss.

<sup>156</sup> F. PRUNET, *Concurrence et responsabilité pénale des personnes morales: un effet inattendu de la loi Perben II*, in *Gaz. Pal.*, 16-17 nov. 2005, p. 3786 ss.; B. BOULOC, *Remarques*, cit., pp. 76-77.

<sup>157</sup> Sulle sanzioni irrogate dall'Autorità garante ed i relativi criteri di commisurazione, v. *amplius* PH. CONTE - J. LARGUIER, *Droit pénal des affaires*, cit., p. 473.

<sup>158</sup> L'art. 131-38 C. pén. così dispone: «*Le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction.*

*Lorsqu'il s'agit d'un crime pour lequel aucune peine d'amende n'est prévue à l'encontre des personnes physiques, l'amende encourue par les personnes morales est de 1.000.000 Euros.*

<sup>159</sup> B. BOULOC, *Une repénalisation sournoise du droit de la concurrence*, in *Rev. Lamy. conc.*, 2005, n° 4, p. 54.

<sup>160</sup> Cfr. F. PRUNET, *Concurrence et responsabilité pénale des personnes morales*, cit., p. 3787.

<sup>161</sup> Cfr. M.-P. LUCAS DE LEYSSAC - C. LUCAS DE LEYSSAC, *L'inquietant article L. 420-6*, cit., p. 675.

<sup>162</sup> M. DELMAS-MARTY - G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, cit., p. 519.

Il *paradosso* risiede nel fatto che, pur a fronte della dichiarata volontà del legislatore di depenalizzare il diritto della concorrenza, specialmente negli ultimi anni si sono susseguiti interventi normativi di segno fortemente contrario, tant'è che la dottrina ha esplicitamente parlato di una «subdola ripenalizzazione del diritto della concorrenza»<sup>163</sup>. Oltre alla generalizzazione della responsabilità penale delle *personnes morales*, di cui già si è dato conto, molto rilevanti sono stati gli interventi attuati in tema di prescrizione. La legge del 15 marzo 2001 ha infatti inserito nell'art. L. 420-6 C. com. un nuovo comma in base al quale gli atti finalizzati all'accertamento di pratiche anticoncorrenziali, interruttivi della prescrizione dinanzi all'*Autorité de la concurrence* ai sensi dell'art. L. 462-7, sono egualmente interruttivi della prescrizione del reato. Contestualmente, inoltre, il termine di prescrizione degli illeciti amministrativi – costituenti la *condition préalable* dell'illecito penale – è stato portato da tre a cinque anni.

Il secondo tratto distintivo che caratterizza attualmente il diritto penale francese in materia di pratiche anticoncorrenziali, vale a dire la *complexità*, discende invece dal ricorso a due “vie sanzionatorie”, l'una penale e l'altra amministrativa, in linea di principio reciprocamente indipendenti ma che, nei fatti, spesso interferiscono ed interagiscono tra loro<sup>164</sup>.

L'art. L. 462-6 prevede la trasmissione di un *dossier* al Procuratore della Repubblica da parte dell'*Autorité de la concurrence* ogniqualvolta essa venga a conoscenza di fatti ritenuti di natura tale da giustificare l'applicazione della fattispecie di cui all'art. L. 420-6. Nonostante il tenore di questa norma non lasci all'Autorità garante alcuna discrezionalità in merito alla trasmissione di tali *dossier*<sup>165</sup>, sempre più spesso negli ultimi anni questa sembra essersi – indebitamente – arrogata il ruolo di ‘filtro’ rispetto alle condotte meritevoli di perseguimento penale, e ciò non soltanto in base a parametri di gravità<sup>166</sup>. Le ragioni di un simile *self restraint* da parte della *Autorité de la concurrence* sembrano, piuttosto, dover essere addebitate ad una evidente discrasia sul piano politico-criminale creatasi all'interno del vigente sistema ‘a doppio binario’: l'assenza di una norma penale *ad hoc* che garantisca l'immunità *sub specie* di causa sopravvenuta di non punibilità<sup>167</sup> oppure una forte riduzione di pena ai c.d. *delatori* –

<sup>163</sup> B. BOULOC, *Une repénalisation sournoise*, cit., p. 53.

<sup>164</sup> Cfr. C. LEMAIRE - D. BLANC, *Un nouvel essor des relations entre le Conseil de la concurrence et les juridictions en droit de la concurrence*, in *JPC E*, 2006, n° 45, in part. p. 1883 ss.

<sup>165</sup> L'art. L. 462-6 C. com., al di là del suo indiscutibile tenore letterale, costituisce una specificazione della più generale norma di cui all'art. 40 del *Code de procédure pénale*, che dispone che: «Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs».

<sup>166</sup> Cfr. C. LEMAIRE, *Le coordination entre les juges répressifs et le Conseil de la concurrence*, in *Concurrences*, n° 1-2008, p. 33; M.-P. LUCAS DE LEYSSAC - C. LUCAS DE LEYSSAC, *L'inquiétant article L. 420-6*, cit., p. 673.

<sup>167</sup> In tema, cfr. A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*,



prevista invece dalla *procedura di clemenza* introdotta nel 2001 in relazione alle sanzioni amministrative pecuniarie rivolte alle imprese<sup>168</sup> – rischia infatti di esporre alla sanzione penale soggetti che abbiano dato un contributo assai rilevante se non decisivo alla scoperta di “cartelli” altamente nocivi per la collettività, minando così alla radice la *leniency policy* attuata dall’Autorità garante<sup>169</sup>.

L’*Autorité de la concurrence* tende dunque ad attuare – come si è visto, *contra legem* – una politica di ‘protezione’ dei c.d. pentiti, arrivando di recente addirittura a sostenere che «l’adesione ad un programma di clemenza rientra nel numero dei motivi legittimi che giustificano la mancata trasmissione alla Procura del *dossier* in forza del quale le persone fisiche, appartenenti all’impresa che ha beneficiato di un esonero dalle sanzioni pecuniarie, potrebbero essere perseguite penalmente»<sup>170</sup>. Questa complessa situazione non ha però frenato la crescente applicazione dell’art. L. 420-6 avutasi negli ultimi anni, soprattutto con riguardo alle intese orizzontali. Questa progressiva riscoperta della norma ha indotto la dottrina a parlare di un vero e proprio «risveglio» della fattispecie<sup>171</sup>, nonostante in molti ne avessero già pronunciato l’epitaffio, definendola «un reato apparente, destinato a figurare nei testi senza ingombrare le aule di tribunale» in quanto recante in sé «i germi della sua stessa paralisi»<sup>172</sup>.

Attualmente, due sono le posizioni che si fronteggiano nella letteratura francese: da un lato, vi sono quanti sostengono con forza una nuova, e questa volta univoca, opera di depenalizzazione del settore *antitrust*; dall’altro, vi è chi, invece, invoca una razionalizzazione dell’intervento penale in materia.

I primi sottolineando l’ontologica inconciliabilità fra lo strumento penale e la regolamentazione della concorrenza, sia sul piano strettamente giuridico – in quanto il doveroso rispetto del principio di legalità mal si concilierebbe con la necessità di ‘imbriacare’ fenomeni di carattere eminentemente economico – sia su quello logico-struttu-

Milano, 1998, in part. p. 226 ss.; v. anche G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 354 ss.; G. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1965, in part. p. 629 ss.

<sup>168</sup> Art. L. 464-2-IV C. com.: «Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d’autres, mis en oeuvre une pratique prohibée par les dispositions de l’article L. 420-1 s’il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d’information dont l’Autorité ou l’administration ne disposaient pas antérieurement (...)».

<sup>169</sup> Cfr. L. IDOT, *Le droit des États membres de l’Union européenne*, in *Concurrences*, n° 1-2008, p. 19.

<sup>170</sup> Cfr. CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Communiqué de procédure du 11 avril 2006: le programme de clémence français*, pp. 6-7, pt. n. 37, reperibile alla seguente URL: [www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cpro-clemence.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cpro-clemence.pdf).

<sup>171</sup> C. DECOCQ, *Le droit pénal de la concurrence en pleine mutation*, in *Cab. dr. entr.*, 2006, n° 1, p. 64.

<sup>172</sup> Così Ph. CONTE, *Diritto penale e concorrenza*, cit., pp. 873-874; nello stesso senso, cfr. anche J.-C. FOURGOUX, *De la survivance infinitesimale du droit pénal dans l’antitrust mis en oeuvre par le Conseil de la concurrence*, in *Rev. sc. crim.*, 2004, p. 651 ss.

rale, essendo le istanze e le finalità sottese ai due ambiti troppo distanti tra loro<sup>173</sup>. I fautori di tale soluzione sottolineano altresì l'inefficacia ed i 'costi' della sanzione penale, soprattutto se paragonati all'impiego della sanzione amministrativa pecuniaria ed al più rapido procedimento che conduce alla sua applicazione<sup>174</sup>.

Sul versante opposto, vi è chi sostiene che la regolazione del mercato non rifugge «per sua natura o per principio» l'intervento penale, essendo questo però certamente bisognoso di essere attentamente calibrato in ragione della complessità della materia sottostante<sup>175</sup>. È stata perciò evidenziata la necessità di ridefinire il campo di applicazione dell'art. L. 420-6, attualmente talmente ampio da risultare quasi "inquietante". Questo orientamento spinge affinché venga recepita a livello legislativo l'opera di *selezione giurisprudenziale* delle pratiche punibili<sup>176</sup>, resa possibile dall'attuale "malleabilità" del testo dell'incriminazione. Una simile prassi è stata attuata attraverso una interpretazione teleologica della norma, che "paralizza" l'operatività della fattispecie nei casi meno gravi – rispetto ai quali la sanzione amministrativa appare quale strumento di tutela adeguato<sup>177</sup> – riservando invece l'applicazione dell'art. L. 420-6 alle c.d. «*ententes injustifiables*», in relazione alle quali la sanzione penale – in particolare quella detentiva – si dimostra particolarmente efficace, attestandosi ad un livello di deterrenza pressoché ottimale, in grado quindi di contribuire realmente al rafforzamento dell'osservanza delle regole della concorrenza<sup>178</sup>.

La proposta che viene avanzata è perciò quella di dare compiuta attuazione a questo indirizzo politico-criminale – affermatosi a livello giurisprudenziale quale forma di "sussidiarietà *in action*" – limitando espressamente la prensione punitiva della fattispecie alle sole *intese orizzontali*, mediante l'eliminazione del riferimento all'art. L. 420-2, concernente condotte di non agevole valutazione e accertamento in quanto fondate su complesse analisi economiche<sup>179</sup>.

Per ciò che riguarda invece l'*élément intentionnel*, l'ambiguità insita nell'avverbio «*frauduleusement*» prefigura due strade percorribili: da un lato, la sua soppressione,

<sup>173</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, *Que reste-t-il de la dépenalisation voulue par les rédacteurs de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986? Bilan et perspectives*, in *Contrats, conc., cons.*, Déc. 2006, p. 16 ss.

<sup>174</sup> Cfr. L. VOGEL, *L'intérêt des sanction civiles et pénales*, in *Gaz. Pal.*, 26-28 janv. 2003, p. 121 ss.; A. PERROT, *L'efficacité des sanctions pécuniaires*, *ivi*, p. 123 ss.; v. anche S. PORTELLI, *Les sanctions pénales en matière économique et financière*, in *LPA*, 2006, n° 9, p. 11 ss.

<sup>175</sup> G. PARLEANI, *La sanction pénale des pratiques anticoncurrentielles: Essai d'une problématique*, in *Concurrences*, n° 1-2008, p. 4.

<sup>176</sup> Cfr. le dettagliate tavole giurisprudenziali presentate da É. DAVID, *Les poursuites pénales contre les auteurs de pratiques anticoncurrentielles: l'exemple de la France depuis l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986*, in *Concurrences*, n° 2-2006, p. 175 ss.

<sup>177</sup> M.-P. LUCAS DE LEYSSAC - C. LUCAS DE LEYSSAC, *L'inquietant article L. 420-6*, *cit.*, p. 674.

<sup>178</sup> Cfr. E. COMBE, *Quelle sanctions contre les cartels? Une perspective économique*, in *RID éco.*, 2006, in part. p. 34 ss.

<sup>179</sup> D. BLANC, *Droit de la concurrence: la dépenalisation n'est pas la solution*, in *AJ Pén.*, 2008, n° 2, p. 71; M.-P. LUCAS DE LEYSSAC - C. LUCAS DE LEYSSAC, *L'inquietant article L. 420-6*, *cit.*, p. 680.

in quanto «l'esperienza insegna che analoghi avverbi, proprio nel diritto penale dell'economia, non hanno sortito effetti selettivi»<sup>180</sup>; dall'altro, la sua sostituzione con l'espressione «*par des manoeuvres frauduleuses*», recuperando in tal modo l'originaria volontà dei redattori della fattispecie.

Veniamo, infine, al delicato tema dei c.d. *programmi di clemenza*. Anche in relazione ad essi, due sono le proposte avanzate, l'una di carattere processuale, l'altra di natura sostanziale: da un lato, l'introduzione di una norma che preveda che l'immunità concessa all'impresa dall'*Autorité de la concurrence* vincoli il giudice penale, non consentendogli di perseguire i c.d. delatori che per primi abbiano denunciato l'esistenza di un'intesa vietata<sup>181</sup>; dall'altro, la creazione di uno specifico statuto giuridico riservato a questi soggetti 'pentiti', ispirato – *mutatis mutandis* – alla specifica normativa prevista nel settore della criminalità organizzata<sup>182</sup>.

Pare opportuno concludere queste brevi riflessioni dedicate al sistema francese dando conto dei risultati del gruppo di lavoro sulla depenalizzazione della "*vie des affaires*", insediato in data 4 ottobre 2007 dall'allora Ministro della Giustizia Rachida Dati e presieduto dal Presidente onorario della Corte d'appello di Parigi Jean Marie Coulon. La commissione Coulon ha concluso i suoi lavori nel 2008, presentando un rapporto articolato in trenta proposte. Elenchiamo di seguito quelle avanzate al fine di migliorare il coordinamento tra l'azione della *Autorité de la concurrence* e l'intervento penale in materia *antitrust*: a) soppressione del cumulo tra le sanzioni penali e le sanzioni dell'Autorità garante; b) esclusione della responsabilità delle persone giuridiche per il reato preveduto dall'art. L. 420-6 del *Code de commerce*; c) previsione della 'omologazione' della procedura di clemenza dinanzi all'*Autorité de la concurrence* da parte del *Parquet*<sup>183</sup>; ed infine, d) previsione della competenza esclusiva delle giurisdizioni interregionali specializzate – previste dagli artt. 704 ss. del *Code de procédure pénal*<sup>184</sup> – per le violazioni dell'art. L. 420-6<sup>185</sup>.

<sup>180</sup> Così M. DONINI, *Dolo e prevenzione generale nei reati economici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, p. 22. Sulle difficoltà interpretative relative al dolo di frode, dovute alla presenza dell'avverbio "fraudolentemente", nella formulazione dell'art. 2621 c.c. antecedente alla riforma del 2002, cfr. i rilievi di M. GAMBARDILLA, *Significato e contenuto dell'avverbio «fraudolentemente» nel reato di false comunicazioni sociali (art. 2621 c.c.)*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2529 ss.

<sup>181</sup> C. LEMAIRE, *Le coordination*, cit., p. 33, il quale peraltro si mostra scettico rispetto a questa soluzione, in ragione delle difficoltà che sorgerebbero qualora si ammettesse che una Autorità amministrativa indipendente possa vincolare il giudice penale in relazione alla procedibilità di un reato. Sul punto cfr. anche D. BLANC, *Droit de la concurrence: la dépenalisation n'est pas la solution*, cit., p. 72.

<sup>182</sup> C. LEMAIRE, *Le coordination*, cit., p. 33.

<sup>183</sup> Nell'ordinamento francese, con il termine *Parquet* si indica l'insieme dei magistrati del Pubblico Ministero, organizzati in una struttura che ha al suo vertice il Ministero della Giustizia.

<sup>184</sup> Cfr. S. PORTELLI, *Les sanctions pénales*, cit., p. 18.

<sup>185</sup> Cfr. J.-M. COULON, *La dépenalisation de la vie des affaires Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice*, Paris, 2008, p. 106; v. anche p. 63 ss. e le statistiche giudiziarie in appendice, p. 116.

### 5. *L'ordinamento britannico: la cartel offence introdotta dall'Enterprise Act del 2002*

A differenza dell'ordinamento francese, il Regno Unito conosce solo da pochi anni una disciplina penale specificamente dedicata alle violazioni in materia *antitrust*, contenuta nelle Section 188 ss. dell'*Enterprise Act* del 2002 sotto la rubrica «*cartel offence*».

L'introduzione di questa norma incriminatrice ha rappresentato il culmine di un processo iniziato con la radicale inversione di rotta nella *competition policy* britannica avvenuta alla fine degli anni novanta. Prima di allora, infatti, la Gran Bretagna si distingueva per essere il sistema giuridico forse meno rigoroso tra quelli economicamente avanzati nella lotta alle pratiche anticoncorrenziali in generale e ai cartelli in particolare. Solo nel 1998 il Regno Unito ha, infatti, introdotto una organica regolamentazione della materia *antitrust* ad opera del *Competition Act*, entrato in vigore nel 2000, che nei Chapters I e II descrive le pratiche anticoncorrenziali vietate – modellate essenzialmente sugli artt. 81 e 82 Tr. CE – e disciplina l'apparato repressivo, rappresentato da sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'*Office of Fair Trading* (OFT)<sup>186</sup>.

Nel 2001, il *White Paper* presentato dal governo pone quale ambizioso obiettivo quello della costruzione di un “*world class competition regime*” in Gran Bretagna, anticipando per la prima volta la volontà di introdurre sanzioni penali rivolte alle persone fisiche alla luce della insufficiente efficacia deterrente dimostrata dal sistema di *enforcement* basato esclusivamente sulle sanzioni pecuniarie rivolte alle imprese<sup>187</sup>. La decisione di introdurre nell'ordinamento britannico una fattispecie penale in materia *antitrust* viene accolta positivamente dalla dottrina, non solo perché rappresenta una «significativa quanto necessaria estensione del diritto penale nel campo della regolamentazione dell'attività d'impresa» ma, ancor di più, perché rivela un «raggiunta consapevolezza in merito alla rilevante gravità di una peculiare forma di *business delinquency*»<sup>188</sup>.

All'atto di forgiare la nuova fattispecie, non poche sono però le difficoltà che il legislatore britannico si trova a dover fronteggiare. Se univoca è la volontà di limitare la prensione punitiva della nuova norma agli “*horizontal agreements*” tra concorrenti, né

<sup>186</sup> Cfr. B.J. RODGER - A. MACCULLOCH, *Competition Law and Policy in the EC and UK*<sup>4</sup>, London-New York, 2008, p. 24 ss.

<sup>187</sup> DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY, *A World Class Competition Regime*, (White Paper, 30 July 2001), reperibile alla seguente URL: [http://www.archive.official\\_documents.co.uk/document/cm52/5233/523303.htm](http://www.archive.official_documents.co.uk/document/cm52/5233/523303.htm); cfr. anche D. GUY, *The UK's experience with criminal la sanctions*, in K.J. CSERES - M.P. SCHINKEL M.P. - F.O.W. VOGELAAR (eds.), *Criminalization of Competition Law Enforcement*, cit., p. 250.

<sup>188</sup> C. HARDING - J. JOSHUA, *Breaking Up the Hard Core: the Prospects for the Proposed Cartel Offence*, in *Crim. L.R.*, 2002, p. 934.

le soluzioni adottate in altri ordinamenti di area comunitaria, né la formulazione contenuta nello *Sherman Act* statunitense sembrano offrire indicazioni risolutive. Due sono le strade percorribili: da un lato, la creazione di una fattispecie incentrata sulla partecipazione ad un'intesa finalizzata all'attuazione di una delle pratiche descritte nell'art. 81 Tr. CE e nel Chapter I del *Competition Act*<sup>189</sup>, sulla scorta del modello irlandese<sup>190</sup>; dall'altro, la previsione di un reato fondato sulla "partecipazione disonesta" ad un accordo avente ad oggetto l'attuazione di una o più pratiche orizzontali vietate, specificamente descritte dalla norma incriminatrice<sup>191</sup>.

La prima opzione è stata oggetto di persuasive critiche da parte dell'*Hammond-Penrose Report*, studio indipendente commissionato dall'OFT, che sottolinea come il collegamento diretto ai divieti contenuti nell'art. 81 Tr. CE e nel *Competition Act* risulti troppo esteso, dovendo invece la fattispecie avere una portata più limitata, anche al fine di prevenire la sistematica deduzione di *defenses* fondate sulla potenziale riconducibilità dell'accordo ad una delle esenzioni previste dall'art. 81(3) Tr. CE o dalle Section 4, 6 e 10 del *Competition Act*<sup>192</sup>. L'autorevole *Report* si schiera pertanto apertamente in favore della definizione della fattispecie come "partecipazione disonesta" ad un'intesa finalizzata all'attuazione di «*hard core cartel arrangements*»<sup>193</sup>.

In accoglimento di queste indicazioni, la nuova fattispecie punisce con la reclusione fino a cinque anni e con una pena pecuniaria stabilita dal giudice chi "disonestamente, si accorda con una o più persone per organizzare o attuare, o per fare in modo che sia organizzata o attuata, una pratica orizzontale vietata – tra quelle descritte nella Section 188(2) – coinvolgente almeno due imprese"<sup>194</sup>. È importante sottolineare come la

<sup>189</sup> DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY, *A World Class Competition Regime*, cit., § 7.29.

<sup>190</sup> Sul modello irlandese, cfr., per tutti, P. MASSEY, *Criminal Sanctions for Competition Law: A Review of Irish Experience*, in *Comp. L. Rev.*, 1(1), 2004, p. 23 ss.

<sup>191</sup> DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY, *A World Class Competition Regime*, cit., § 7.31; cfr. anche J. JOSHUA, *A Sherman Act Bridgehead in Europe, or a Ghost Ship in Mid-Atlantic? A Close Look at the United Kingdom Proposal to Criminalise Hardcore Cartel Conduct*, in *Eur. Compet. L. Rev.*, 23(5), 2002, p. 242.

<sup>192</sup> A. HAMMOND - R. PENROSE, *Proposed criminalisation of cartels in the UK* (Report prepared for the Office of Fair Trading, November 2001), p. 4, § 1.9.

<sup>193</sup> A. HAMMOND - R. PENROSE, *Proposed criminalisation of cartels in the UK*, cit. p. 4, § 1.10. Cfr. anche M. FURSE - S. NASH, *The Cartel Offence*, Oxford-Portland, 2004, pp. 15-16.

<sup>194</sup> *Enterprise Act 2002*, Section 188, *Cartel offence*:

«(1) *An individual is guilty of an offence if he dishonestly agrees with one or more other persons to make or implement, or to cause to be made or implemented, arrangements of the following kind relating to at least two undertakings (A and B).*

(2) *The arrangements must be ones which, if operating as the parties to the agreement intend, would;*

(a) *directly or indirectly fix a price for the supply by A in the United Kingdom (otherwise than to B) of a product or service;*

(b) *limit or prevent supply by A in the United Kingdom of a product or service;*

(c) *limit or prevent production by A in the United Kingdom of a product;*

nuova fattispecie si applichi esclusivamente alle persone fisiche e non anche a quelle giuridiche: le ragioni di tale scelta risiedono essenzialmente nella volontà di differenziare i piani del *public enforcement*<sup>195</sup>.

### 5.1. *Le tipologie di attività proibite*

La Section 188(2) dell'*Enterprise Act*, anziché rimandare a norme extrapenali per l'individuazione delle pratiche vietate – come avviene nel sistema francese – contiene, invece, un elenco tassativo articolato in sei ipotesi, a loro volta riconducibili a quattro tipologie che ricalcano la classificazione proposta dall'OCSE nella già ricordata raccomandazione del 1998: 1) la *fissazione dei prezzi*; 2) la *limitazione dell'approvvigionamento o della produzione*; 3) la *ripartizione dei mercati* e 4) le *offerte concertate in occasione di gare d'appalto*<sup>196</sup>. Inoltre, ai sensi della Section 189, ciascuna di queste attività deve coinvolgere almeno due imprese operanti allo stesso livello della catena della produzione o della distribuzione<sup>197</sup>. Si è così scelto di attuare una tutela penale selettiva, limitando l'operatività della norma alle sole intese *orizzontali*<sup>198</sup>.

Constatata dunque l'inadeguatezza strutturale dell'art. 81 Tr. CE a fungere da “matrice” per la fattispecie penale, si è scelto di percorrere una strada diversa, idonea a prevenire il rischio che i giudici o, *a fortiori*, i componenti delle giurie – sprovvisti di specifiche competenze in materia *antitrust* – siano chiamati a compiere complesse valutazioni economiche in relazione ai potenziali effetti anticoncorrenziali della pratica oggetto del processo<sup>199</sup>. In relazione a tale ultimo profilo, il *White Paper* del 2001 aveva previsto una possibile soluzione, consistente nell'utilizzo come prova di decisioni già assunte dalla Commissione europea. Tale opzione non è però parsa soddisfacente, sia alla luce del più rigoroso standard probatorio richiesta in materia penale in relazione all'accertamento di ciascun elemento costitutivo del reato (*beyond a reasonable*

(d) *divide between A and B the supply in the United Kingdom of a product or service to a customer or customers;*

(e) *divide between A and B customers for the supply in the United Kingdom of a product or service, or*  
(f) *be bid-rigging arrangements».*

<sup>195</sup> Sul punto, cfr. C. HARDING, *Criminal Enterprise. Individuals, organisations and criminal responsibility*, Portland, 2007, p. 124 ss.; sulla “capacità penale” delle *corporations* nel sistema inglese, cfr. R. LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005, p. 109 ss.

<sup>196</sup> Per un'analisi specifica delle single intese orizzontali descritte nella Section 188, cfr. M. FURSE - S. NASH, *The Cartel Offence*, cit., p. 31 ss.

<sup>197</sup> Cfr. C. HARDING - J. JOSHUA, *Breaking Up the Hard Core*, cit., p. 942.

<sup>198</sup> Cfr. *Explanatory Notes to Enterprise Act 2002*, Section 188, § 406, dove si afferma: «*These activities comprise the most serious forms of anti-competitive activity and as such are a sub-set of the practices for which undertakings may be pursued under the civil provisions of CA 1998*».

<sup>199</sup> Sia l'art. 81 Tr. CE che la Section 2(1)(a) del *Competition Act* richiedono, infatti, che le pratiche concordate “possano pregiudicare il commercio”. Sul punto, cfr. J. JOSHUA, *The UK's new cartel offence and its implications for EC competition law: a tangled web*, in *Eur. L. Rev.*, 28(5), 2003, p. 622.

*doubt*), sia con riferimento alle possibili violazioni dei divieti di *hearsay evidence* e *opinion*, principi cardine della procedura penale inglese<sup>200</sup>.

Il legislatore del 2002, dunque, non soltanto ha optato per una tutela frammentaria ma ha anche adottato una formulazione autonoma delle pratiche vietate al fine di restringere l'operatività della *cartel offence* a ben definite ipotesi, e di meglio evidenziare il differente e peculiare scopo perseguito dalla sanzione penale rivolta alle persone fisiche in materia *antitrust*<sup>201</sup>. Sotto il profilo del *legal drafting* la norma si caratterizza per il suo taglio certamente «analitico ed iperdefinitorio» – soprattutto se paragonato alla normazione sintetica che caratterizza gli ordinamenti di *civil law* e, nel campo che qui ci occupa, anche le disposizioni dello *Sherman Act* statunitense – ma, per converso, riesce ad assicurare un pieno rispetto dei principi di precisione e tassatività<sup>202</sup>.

## 5.2. Il concetto di “agreement”

L'essenza dell'*actus reus* della *cartel offence* risiede nell'accordo (*agreement*) tra concorrenti finalizzato all'organizzazione o all'attuazione di una pratica orizzontale vietata. Nonostante una tale condotta evochi immediatamente, nell'ambito del *common law*, il reato di *conspiracy*<sup>203</sup>, il legislatore del 2002 ha optato per un termine più 'neutro' e senza dubbio meno connotato in termini di intrinseco disvalore.

È opportuno sottolineare che, tradizionalmente, il *common law* inglese non ha mai considerato le pratiche restrittive della concorrenza alla stregua di *criminal conspiracies*<sup>204</sup>, neppure nelle vesti di *conspiracy to defraud*, controversa figura dagli indefiniti contorni applicativi impiegata per reprimere «gli accordi tra due o più persone volti a ledere diritti altrui, con l'intento di causare una perdita economica alla vittima, attraverso l'impiego di mezzi fraudolenti»<sup>205</sup>. Questo dato non deve però trarre in inganno: la recente presa di coscienza avutasi nell'ordinamento britannico in relazione alla danosità dei cartelli – che ha portato, come si è visto, ad una compiuta regolamentazione della materia *antitrust* solo nel 1998 – e le costanti critiche rispetto all'impiego della

<sup>200</sup> DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY, *A World Class Competition Regime*, cit., § 7.45.

<sup>201</sup> Cfr. A. MACCULLOCH, *The Cartel Offence and the Criminalization of United Kingdom Competition Law*, in *J. Bus. L.*, 2003, p. 618; C. HARDING - J. JOSHUA, *Breaking Up the Hard Core*, cit., p. 942.

<sup>202</sup> Cfr. A. CADOPPI, *Civil law e common law: contrapposizione sistemica o culturale?*, in S. CANESTRARI - L. FOFFANI, *Il diritto penale nella prospettiva europea*, Milano, 2005, pp. 102 e 113; dello stesso A., cfr. anche *Common law e principio di legalità*, in *Quad. fior.*, 2007, II, p. 1161 ss.

<sup>203</sup> Cfr., per tutti, A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*<sup>6</sup>, Oxford, 2009, p. 448 ss.; nella letteratura italiana, v. M. PAPA, voce *Conspiracy*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, p. 94 ss.; E. GRANDE, *Accordo criminoso e conspiracy. Tipicità e stretta legalità nell'analisi comparata*, Padova, 1993 e, da ultimo, C. MANCUSO, *Recenti tendenze di riforma del reato di conspiracy: ai confini della responsabilità penale nel diritto inglese*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, p. 79 ss.

<sup>204</sup> Cfr. J. LEVER - J. PIKE, *Cartel Agreements, Criminal Conspiracy and the Statutory “Cartel Offence” – Part. I*, in *Eur. Compet. L. Rev.*, 26(2), 2005, p. 91 ss. e giurisprudenza *ivi* citata.

<sup>205</sup> Cfr. A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, cit., pp. 397-398.

*conspiracy to defraud* non hanno certamente agevolato una simile prassi applicativa.

La scelta operata dal legislatore è stata fortemente criticata dalla dottrina, per quanto l'*Hammond-Penrose Report* contenesse un'esplicita indicazione in favore dell'impiego del termine "agree" rispetto a "conspire", in ragione di una non meglio precisata maggiore «semplicità» del primo rispetto al secondo<sup>206</sup>. In realtà, ben lungi dall'essere tale, l'impiego del concetto di "agreement" rischia di creare più ambiguità di quante non ne intendesse risolvere, soprattutto sul versante probatorio<sup>207</sup>. Laddove, infatti, la nozione di "conspiracy" esprime al meglio l'idea di segretezza e clandestinità sottesa ad un accordo che dà vita ad un cartello, il concetto di "agreement" appare invece idoneo ad incoraggiare interpretazioni "formalistiche" di derivazione civilistica<sup>208</sup>.

Cosa deve dunque intendersi in definitiva con il termine "agreement" in relazione alla organizzazione o attuazione di un cartello? Certamente – è stato sottolineato – non si potrà richiedere la prova di un accordo espresso e formale, concluso alla luce del sole «in quanto gli uomini d'affari sono ormai troppo scaltri per "accordarsi" nella tradizionale accezione della parola»<sup>209</sup>. Per quanto l'elemento dell'*agreement* sia generalmente considerato l'*actus reus* del reato di *conspiracy*, «costituendo l'accordo un passo ulteriore rispetto all'intenzione di ciascun cospiratore»<sup>210</sup>, la ragione per cui il legislatore britannico non ha voluto utilizzare esplicitamente tale modello di incriminazione nella formulazione della *cartel offence* introdotta nel 2002 pare piuttosto risiedere nella ormai consolidata tendenza – affermatasi sia a livello giurisprudenziale che legislativo – orientata a limitare l'impiego della fattispecie in parola alle sole ipotesi di accordi diretti alla realizzazione di un fatto costituente reato. L'impiego del reato di *conspiracy* è stato dunque precluso poiché le violazioni in materia di concorrenza, in sé considerate, sono semplicemente "unlawful"<sup>211</sup>.

Nonostante ciò, al di là delle etichette utilizzate, il contesto criminologico in cui è stata calata la *cartel offence* sembra autorizzare una interpretazione sostanzialistica dell'*actus reus* della nuova fattispecie, che riconduca il concetto di "agreement" impiegato nella Section 188 dell'*Enterprise Act* nell'alveo applicativo del reato di *conspiracy*<sup>212</sup>. Nel contesto *antitrust*, infatti, la nozione di "conspiracy" «non integra una tradizionale ipotesi di *inchoate offence*, bensì viene utilizzata per esprimere l'essenza stessa della "collusione", penalmente rilevante in quanto caratterizzata dai tratti della segretezza e della clandestinità»<sup>213</sup>. Non pare, dunque, necessario a fini probatori che l'accordo sia

<sup>206</sup> A. HAMMOND - R. PENROSE, *Proposed criminalisation of cartels in the UK*, cit., p. 11, § 2.7.

<sup>207</sup> A. MACCULLOCH, *The Cartel Offence and the Criminalization*, cit., p. 619.

<sup>208</sup> J. JOSHUA, *A Sherman Act Bridgehead in Europe*, cit., p. 244.

<sup>209</sup> C. HARDING - J. JOSHUA, *Breaking Up the Hard Core*, cit., p. 940.

<sup>210</sup> M. PAPA, voce *Conspiracy*, cit., p. 102.

<sup>211</sup> Cfr. la Section 1(1) del *Criminal Law Act 1977*. V. altresì A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, cit., p. 454.

<sup>212</sup> In tal senso, cfr. C. HARDING - J. JOSHUA, *Breaking Up the Hard Core*, cit., p. 940.

<sup>213</sup> J. JOSHUA, *A Sherman Act Bridgehead in Europe*, cit., p. 243.



stato concluso rispettando particolari requisiti di forma, ben potendo l'esistenza dello stesso essere dedotta da condotte sintomatiche aventi le caratteristiche più disparate, come ad esempio ogniqualvolta si sia in presenza di un «consapevole parallelismo di azione» (*conscious parallelism*), cioè la realizzazione da parte di più imprenditori concorrenti di identici comportamenti commerciali, astrattamente non dannosi se posti in essere da un singolo imprenditore (ad esempio, aumento ingiustificato del prezzo di un bene) ma altamente profittevoli in quanto realizzati da più soggetti contemporaneamente»<sup>214</sup>.

### 5.3. Il requisito della “dishonesty” e il c.d. Ghosh test

L'elemento più problematico e controverso della nuova fattispecie è, senza dubbio alcuno, quello della *dishonesty*. Il legislatore britannico, da sempre attento a forgiare norme penali suscettibili di una concreta ‘fruibilità processuale’<sup>215</sup>, sembra questa volta avere realizzato l'esatto opposto, spinto dal pur lodevole intento di introdurre nella fattispecie un elemento in grado di proiettare sulla condotta un'adeguata componente di riprovevolezza morale. Il risultato finale rischia però di paralizzare in radice le notevoli potenzialità operative della nuova norma, riducendola così ad una sorta di “tigre di carta”. Ma procediamo con ordine.

Una delle maggiori preoccupazioni del legislatore britannico, come si è accennato, era quella di includere nella struttura del reato una componente capace di rendere facilmente comprensibile alle giurie la rilevante carica di disvalore sottesa alla creazione ed implementazione di un cartello, attività questa suscettibile di produrre gravi danni alla collettività ed all'intero sistema economico.

Sul piano tecnico, si è pensato di rispondere a queste esigenze ‘importando’ nella struttura della *cartel offence* il requisito della *dishonesty*, elemento centrale delle *property offences* contenute nel *Theft Act* del 1968<sup>216</sup>. Se però tale concetto è facilmente desumibile dagli elementi che caratterizzano fattispecie delittuose diffuse nella prassi – com'è, ad esempio, per il raggio nella truffa – il suo accertamento diviene di gran lunga più complesso in relazione a fattispecie con cui giudici e giurie hanno poca familiarità. È questo sicuramente il caso dei reati economici e finanziari<sup>217</sup>. La scelta operata nel 2002, dunque, non può che lasciare perplessi, tanto più alla luce delle recenti raccomandazioni della *Law Commission* inglese<sup>218</sup>, che si è espressamente schierata a favore della eliminazione del requisito della *dishonesty* dagli elementi costitutivi della fattispecie ogniqualvolta, oltre a non aggiungere nulla in termini di disvalore, comporti

<sup>214</sup> M. PAPA, voce Conspiracy, cit., p. 103.

<sup>215</sup> Sul tema, cfr. il recente contributo di C. SOTIS, *Formule sostanziali e fruibilità processuale: i concetti penalistici come ‘programmi di azione’*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1149 ss.

<sup>216</sup> Cfr. A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, cit., p. 375.

<sup>217</sup> Cfr. A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, cit., p. 377.

<sup>218</sup> Sulla *Law Commission*, cfr. A. CADOPPI, *Common law e principio di legalità*, cit., pp. 1177-1178.

altresi un ingiustificato aggravio dell'onere probatorio gravante sull'accusa<sup>219</sup>.

La situazione è ulteriormente complicata dall'assenza di una definizione legale della nozione di "dishonesty". A questa mancanza ha sopperito la giurisprudenza, che nel *leading case* *R. v. Ghosh* del 1982<sup>220</sup> ha elaborato un vero e proprio test probatorio articolato in *due fasi*.

Per poter ritenere provato l'elemento della *dishonesty*, la giuria deve: (a) valutare se, in conformità ai normali standard di condotta delle persone oneste e ragionevoli, ciò che è stato compiuto dall'imputato sia stato disonesto (*objective dishonesty*). Se la condotta dell'imputato non è qualificata come disonesta alla luce di tali standard, il test non può dirsi superato e la *dishonesty* provata; se, invece, la giuria valuta la condotta come oggettivamente disonesta in base a tali standard, essa dovrà altresì: (b) valutare se l'imputato si sia reso conto che ciò che stava compiendo era, in base ai succitati parametri, disonesto (*subjective dishonesty*).

Un simile test appare molto fragile ed equivoco se adattato alla *cartel offence*, sia in relazione al suo profilo oggettivo, che a quello soggettivo, tanto da essere stato addirittura definito «una benedizione per i difensori»<sup>221</sup>.

Partendo dal primo aspetto, appare altamente problematico il riferimento agli "ordinary standards of reasonable and honest people" se posto in relazione con il fenomeno della c.d. "cartel delinquency". Per quanto il meccanismo sotteso alla creazione di un cartello non appaia di per sé particolarmente complesso, la prova della *dishonesty* rischia però di infrangersi sulle ambiguità connesse alla percezione e alla valutazione morale dei *white-collar crimes* da parte della pubblica opinione, per la quale non è sempre agevole distinguere condotte autenticamente criminose da pratiche affaristiche spregiudicate ma lecite<sup>222</sup>. L'elemento della *dishonesty* risulta dunque decisivo al fine di stabilire la portata ed i limiti applicativi della fattispecie. Tutto dipenderà dalla valutazione compiuta dalla giuria chiamata a rispondere ad un interrogativo del seguente tenore: «un accordo tra concorrenti avente ad oggetto la fissazione dei prezzi di un determinato prodotto è qualificabile come condotta estranea ai "normali standard di comportamento" di un imprenditore onesto e ragionevole oppure rientra tra le manifestazioni di quel "rispettabile opportunismo" che ci si può aspettare da un

<sup>219</sup> Cfr. LAW COMMISSION, *Consultation Paper n° 155, Legislating the Criminal Code, Fraud and Deception*, April 27, 1999; sul punto, v. J. JOSHUA, *A Sherman Act Bridgehead in Europe*, cit., p. 243.

<sup>220</sup> *R. v. Ghosh*, (1982) QB 1053, 75 Cr. App. R. 154 CA, 2 All ER, 689. Nella letteratura britannica, cfr. D.W. ELLIOT, *Dishonesty in Theft: A Dispensable Concept*, in *Crim. L.R.*, 1982, p. 395 ss.; E. GRIEW, *Dishonesty. The Objections to Feely and Ghosh*, in *Crim. L.R.*, 1985, p. 342 ss.; K. CAMPBELL, *The Test of Dishonesty in R. v. Ghosh*, in *Cam. L.J.*, 43(2), 1984, p. 349 ss.; A. HALPIN, *The Test for Dishonesty*, in *Crim. L.R.*, 1996, p. 283 ss.

<sup>221</sup> C. HARDING - J. JOSHUA, *Breaking Up the Hard Core*, cit., p. 939.

<sup>222</sup> Cfr. G. SCANLAN, *Dishonesty in Corporate Offences: a Need for Reform*, in *23 Comp. Law*, 2002, p. 114 ss.

uomo d'affari di successo?»<sup>223</sup>.

Non meno problematico appare il profilo soggettivo della *dishonesty*. Quale potrà essere, ad esempio, la valutazione delle giurie di fronte alla invocazione da parte dei difensori dell'imputato di un sorta di '*mistake of law*' o di quella che viene (peraltro impropriamente) definita '*Robin Hood*' defense, consistente nell'affermare che il cartello è stato posto in essere esclusivamente quale forma di reazione ad una fase di crisi al fine di prevenire il rischio di un fallimento e preservare l'occupazione<sup>224</sup>? In una simile eventualità provare la componente soggettiva della *dishonesty* potrebbe non essere affatto agevole per il *prosecutor*, a meno che questi non riesca ad inferire da quella che è stata definita "*spiral of delinquency*" – vale a dire la segretezza con cui si è concluso l'accordo, giustificata proprio dalla sua manifesta illiceità<sup>225</sup> – la consapevolezza in capo a ciascun membro del cartello circa la natura fraudolenta dell'attività intrapresa.

#### 5.4. I problemi attuali

Il quadro delineato non è certamente privo di ombre. Se, da un lato, è apprezzabile la scelta della formulazione autonoma delle pratiche anticoncorrenziali che possono costituire oggetto dell'accordo e, dall'altro, il concetto di "*agreement*" sembra poter essere ragionevolmente ricondotto nel più confacente alveo interpretativo della *conspiracy*, ben più problematiche sono le implicazioni connesse al requisito della *dishonesty*.

In aggiunta alle criticità già evidenziate, un duro colpo alla tenuta del 'formante oggettivo' del *Ghosh test* è stato inferto recentemente dalla sentenza pronunciata il 12 marzo 2008 dalla *House of Lords* nel caso *Norris v. United States*. La vicenda riguarda l'ex amministratore delegato di una società multinazionale con filiali in North Carolina e Pennsylvania, accusato di aver preso parte ad un cartello internazionale finalizzato alla fissazione dei prezzi dei derivati del carbonio, operante tra il 1989 e il 2000. Gli Stati Uniti inoltrano alle autorità britanniche la richiesta di estradizione di Mr. Norris, che, per essere accolta, deve soddisfare, tra gli altri, anche il requisito della doppia incriminazione (*dual criminality*)<sup>226</sup>. Non essendo all'epoca dei fatti in vigore nel Regno Unito alcuna norma penale in materia di *price fixing*, l'autorità inglese precedente – in accordo a quanto sostenuto da autorevole dottrina – qualifica il *cartel agreement* quale *conspiracy to defraud*. Come accennato, si tratta di una figura disciplinata esclusivamente dal *common law* che reprime anche l'accordo diretto alla com-

<sup>223</sup> A. MACCULLOCH, *Honesty, Morality and The Cartel Offence*, in *Eur. Compet. L. Rev.*, 28(6), 2007, p. 359; ID., *The Cartel Offence and the Criminalization*, cit., p. 616.

<sup>224</sup> A. MACCULLOCH, *Honesty, Morality and The Cartel Offence*, cit., p. 362. Cfr. anche O. BLACK, *Conceptual Foundations of Antitrust*, Cambridge, 2005, cit., p. 127 ss.

<sup>225</sup> C. HARDING - J. JOSHUA, *Regulating Cartels in Europe*, cit., p. 51.

<sup>226</sup> *Extradition Act 2003*, Section 137(2)(b).

missione di un illecito civile «nella misura in cui comprenda l'utilizzo di mezzi disonesti e pregiudichi, ovvero comporti il rischio di pregiudicare, diritti altrui, essendo altresì le parti dell'accordo a conoscenza della illiceità di tale condotta»<sup>227</sup>.

In prima istanza, la *Divisional Court* respinge le istanze difensive dei difensori di Mr. Norris, ritenendo di poter pienamente inferire la componente oggettiva della *dis-honesty* dagli sforzi, ampiamente documentati, compiuti al fine di mantenere segreto il cartello. Le argomentazioni della Corte sono ben compendiate nel seguente passaggio: «tanto maggiori sono gli sforzi per mantenere la segretezza del cartello, quanto più facile è per una giuria inferire da ciò che la volontà degli aderenti al cartello fosse quella di preservare l'illusione che essi fossero impegnati in una normale concorrenza gli uni con gli altri (...) e che i partecipanti a tale intesa avessero una effettiva e disonesta consapevolezza che dalla loro condotta sarebbe potuto derivare un danno o il rischio di un danno per le imprese concorrenti non aderenti al cartello»<sup>228</sup>. La *House of Lords* in sede di appello ribalta però tale decisione, non ritenendo che un cartello finalizzato alla fissazione dei prezzi, per quanto clandestino possa essere, sia di per sé qualificabile come 'disonesto' «a meno che non sia accompagnato da elementi aggravanti, diversi ed ulteriori rispetto all'aver semplicemente occultato l'accordo, quali, ad esempio, false dichiarazioni o raggiri»<sup>229</sup>.

Una simile approccio interpretativo rischia di mettere definitivamente in crisi l'accertamento del requisito della *dis-honesty*, paralizzando di conseguenza la concreta operatività della *cartel offence*<sup>230</sup>. La decisione sul caso Norris non può che far ulteriormente aumentare le perplessità in merito alla scelta operata nel 2002 dal legislatore britannico, laddove, oltretutto, nessun altro ordinamento di *common law* che ha deciso di reprimere penalmente le più gravi violazioni in materia *antitrust* (segnatamente, Stati Uniti, Canada e Irlanda) ha optato per l'inserimento di un simile requisito tra gli elementi costitutivi della fattispecie<sup>231</sup>.

Gli opposti orientamenti della *Divisional Court* e della *House of Lords* sul caso Norris evidenziano come la risalente tolleranza e l'«indifferenza morale» dell'ordinamento britannico in relazione al fenomeno delle pratiche restrittive della concorrenza

<sup>227</sup> J. LEVER - J. PIKE, *Cartel Agreements, Criminal Conspiracy*, cit., p. 93.

<sup>228</sup> *Norris v. Government of the United States of America and others* (2007) EWHC 71 (Admin), § 67, in <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2007/71.html>.

<sup>229</sup> *Norris v. Government of the United States of America and others* (2008) UKHL 16, § 63, in <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld200708/ldjudgmt/jd080312/norris-1.htm>; per un commento, cfr. B. FISSE, *Price fixing and the cremation of dishonesty by the House of Lords* (14 march 2008), in <http://www.brentfisse.com/images/Implications-of-Norris-140308-5.pdf>; P. WHELAN, *Resisting the Long Arm of Criminal Antitrust Laws: Norris v The United States*, in *Modern L. Rev.*, 72(2), 2009, p. 272 ss.

<sup>230</sup> Cfr. J. JOSHUA, *Dis-honesty after Norris. After the latest round in the Norris case, is the Cartel offence the phantom ship of antitrust?*, in *Competition Law Insight.*, 8 April 2008, p. 13 ss.

<sup>231</sup> Cfr. B. FISSE, *The Cartel Offence: Dishonesty?*, in 35 *Aus. Bus. L. Rev.*, 2007, p. 235 ss.

siano ancora lontane dall'essere pienamente superate<sup>232</sup>. Al là di possibili interventi legislativi volti a modificare la formulazione della fattispecie – che peraltro attualmente non sembrano essere all'ordine del giorno – la situazione di apparente *impasse* venutasi a creare non può che essere superata attraverso un rafforzamento della *public attitude* nei confronti dei cartelli<sup>233</sup>. L'errore in cui è caduto il legislatore britannico, in definitiva, sembra essere stato quello di confondere il *mezzo* con lo *scopo*, costruendo intorno ad un concetto – quello di “*dishonesty*” – fruibile solo laddove rifletta un diffuso *idem sentire*, una fattispecie creata proprio al fine di costruire un ampio consenso – attualmente non riscontrabile in Gran Bretagna – in relazione all'intrinseco disvalore insito nei c.d. *hard-core cartels*<sup>234</sup>.

Infine, un'ultima quanto breve annotazione merita il tema della *leniency policy*. A differenza di quanto avviene in Francia, la Section 190(4) dell'*Enterprise Act* attribuisce all'OFT il potere di garantire l'immunità penale, attraverso il rilascio di una c.d. *no-action letter*, alle persone fisiche che ne facciano richiesta e che soddisfino i requisiti prestabiliti, consistenti essenzialmente in una piena ammissione di colpevolezza e nella fattiva collaborazione con l'Autorità nel corso delle indagini<sup>235</sup>. Una tale disposizione consente di «colpire i cartelli dall'interno o, meglio, di destabilizzare quella situazione di comunanza di obiettivi ed interessi che caratterizza le intese collusive, incentivando alla “deviazione” nella forma dell'abbandono e della (auto)denuncia dell'accordo collusivo e, al medesimo tempo, introducendo un fattore di incertezza sul comportamento dei partner, così da minare il grado di reciproca fiducia necessario per il raggiungimento degli obiettivi del cartello»<sup>236</sup>. Questa importante disposizione va così ad affiancarsi alla tutela dei c.d. *Whistleblowers* in senso stretto – vale a dire i

<sup>232</sup> Questo dato è stato recentemente confermato da una ricerca condotta nel marzo 2007 da A. STEPHAN, *Survey of Public Attitudes to Price-Fixing and Cartel Enforcement in Britain*, CCP Working Paper 07-12, in <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=993407>: dai dati raccolti emerge che, se da un lato oltre il 73% del campione riconosce la dannosità del *price fixing* e concorda circa la necessità di una sanzione per tale pratica, dall'altro, solo il 63% (di cui il 25% fortemente) ritiene l'elemento della “*dishonesty*” intrinsecamente connesso ad esse e solo l'11% considera opportuno l'impiego di pene detentive nei confronti delle persone fisiche.

<sup>233</sup> A. STEPHAN, *The UK Cartel Offence. Lame Duck or Black Mamba?*, CCP Working Paper 08-19, in <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=1310683>, p. 16 ss.

<sup>234</sup> Cfr. P. WHELAN, *Morality and Its Restraining Influence on European Antitrust Criminalisation*, in 12 *Trinity College L. Rev.*, 2009, p. 60; O. BLACK, *Conceptual Foundations of Antitrust*, cit., p. 128. Nella letteratura italiana più recente, cfr. i rilievi di G. DE FRANCESCO, *Diritto penale e coscienza sociale diffusa: un breve sguardo d'insieme*, in *Dir. formaz.*, 2004, p. 599 ss.

<sup>235</sup> Sul punto, cfr. *amplius Explanatory Notes to Enterprise Act 2002*, Section 190(4), § 413; OFFICE OF FAIR TRADING, *The cartel offence. Guidance on the issue of no-action letters for individuals*, April 2003, in <http://www.offt.gov.uk/shared-offt/business-leaflets/enterprise-act/offt513.pdf>, pp. 5-6. Nella letteratura, cfr. M. FURSE - S. NASH, *The Cartel Offence*, cit., p. 69 ss.

<sup>236</sup> F. GHEZZI, *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust: l'utilizzo dei leniency programs nella lotta contro cartelli e intese hard core*, in AA.VV., *Governo dell'impresa e mercato delle regole*, cit., p. 895.

dipendenti di una società che denunciano ad appositi organismi interni o ad una pubblica autorità illeciti o gravi irregolarità, non necessariamente di carattere penale, rilevati durante lo svolgimento delle proprie mansioni professionali nell'ambito dell'organizzazione di appartenenza, in cui non sono direttamente coinvolti – contenuta nel *Public Interest Disclosure Act* del 1998<sup>237</sup>, che tutela questi soggetti da eventuali atti di ritorsione<sup>238</sup>.

## 6. Considerazioni conclusive

L'analisi compiuta ha messo in luce le non poche difficoltà tecniche insite nell'intervento del diritto penale in materia *antitrust*, ma ha, allo stesso tempo, evidenziato come il consenso a livello internazionale rispetto alla criminalizzazione di comportamenti volti a restringere la concorrenza sia in progressiva ascesa. Ciò premesso, le due principali questioni attengono essenzialmente all'*an* e al *quomodo* di un possibile impiego dello strumento penale.

In relazione al primo aspetto, in questo come in altri settori del *diritto dell'economia*, «un modello integrato di intervento penale e amministrativo – un *mix* equilibrato – sembrerebbe preferibile, rispetto ad una rinuncia generalizzata allo strumento penale e alla adozione di un modello che punti tutto sul rafforzamento dei poteri sanzionatori autonomi delle autorità indipendenti», e questo al fine di evitare «il rischio di attribuire a tali autorità una sorta di strapotere»<sup>239</sup>. Appare dunque auspicabile la previsione di una «quota di “eterotutela” penale (con le garanzie del processo, del sindacato di costituzionalità, ecc.), piuttosto che cadere in un eccesso di “autotutela” amministrativa. Un eccesso che potrebbe preludere a forme di “tecnocrazia sanzionatoria” che non sembrano affatto foriere di una crescita delle garanzie di libertà per il cittadino e per l'operatore economico»<sup>240</sup>.

Veniamo ora alle *modalità* di un eventuale intervento penale.

Il principale rischio da prevenire è innanzitutto quello di incorrere in una legislazione penale *simbolica* in senso stretto, «sostanzialmente innocua sotto il profilo della criminalizzazione secondaria»<sup>241</sup>. Sembra perciò difficilmente ipotizzabile la creazione

<sup>237</sup> Il testo del *Public Interest Disclosure Act* è reperibile alla seguente URL: <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/ukpga-19980023-en-1>.

<sup>238</sup> In argomento, cfr. R. RAGUÉS I VALLÈS, *¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal*, in *InDret*, N° 3/2006, in <http://www.indret.com/pdf/364.pdf>; in una prospettiva criminologica, cfr. G. FORTI, *Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. “Doppio standard” e “doppio vincolo” nella decisione di delinquere o di Blow the Whistle*, in AA.VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009, p. 173 ss.

<sup>239</sup> L. FOFFANI, *La tutela delle funzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 9.

<sup>240</sup> *Ibidem*.

<sup>241</sup> C.E. PALIERO, *Consenso sociale*, cit., pp. 891-892. Sul concetto di criminalizzazione *secondaria*

ne di una fattispecie fondata sui risultati di turbamento delle condizioni di mercato. Più praticabili – per quanto tutt’altro che esenti da profili problematici – appaiono le soluzioni adottate nell’ordinamento francese e in quello britannico. Alla luce dell’indagine svolta, si profila una *duplice alternativa*: (a) tra una tutela penale ‘*ad ampio spettro*’ e una tutela penale ‘*selettiva*’ in relazione alle pratiche anticoncorrenziali la cui pianificazione o attuazione può far sorgere la responsabilità; e (b) tra il rinvio alla normativa extrapenale per l’individuazione di tali pratiche e una formulazione autonoma a fini penali delle stesse. In entrambi i casi, a parere di chi scrive, il modello britannico introdotto nel 2002, sembra preferibile.

Quanto ai *oggetti responsabili*, nonostante le obiezioni emerse nel sistema francese e la scelta di non includere la *cartel offence* tra i reati-presupposto della *corporate criminal liability* operata dal legislatore britannico, la corresponsabilizzazione della persona giuridica sul piano penale appare auspicabile in quanto gli illeciti in materia *antitrust* si caratterizzano in primo luogo per essere espressione di una «patologia della crescita» dell’impresa<sup>242</sup>.

Sofferamoci, infine, sulle *sanzioni*: accanto alla pena detentiva – eventualmente accompagnata da misure quali i *disqualification orders*<sup>243</sup> – rivolta alle persone fisiche, con riferimento alle persone giuridiche, utile sarebbe la previsione di pene a contenuto interdittivo<sup>244</sup>. Le sanzioni pecuniarie – queste sì – potrebbero in materia *antitrust* continuare ad essere ‘dominio riservato’ dell’Autorità garante, e ciò non soltanto al fine di evitare i rischi connessi al fenomeno dell’*over-enforcement*<sup>245</sup> ma anche per prevenire la sovrapposizione tra sanzione penale e sanzione amministrativa – foriera di violazioni del principio del *ne bis in idem* – situazione questa che richiederebbe la previsione di peculiari modelli di cumulo giuridico delle sanzioni<sup>246</sup>.

o *in concreto*, cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, pp. 54-55.

<sup>242</sup> E. AMODIO, *I reati economici nel prisma dell'accertamento processuale* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1499.

<sup>243</sup> La Section 204 dell’*Enterprise Act 2002* prevede la possibilità dell’interdizione da incarichi direttivi fino a quindici anni per i dirigenti esecutivi che “*hanno contribuito ovvero non hanno impedito la realizzazione di una violazione della normativa antitrust comunitaria o interna*”. In argomento, cfr. OFFICE OF FAIR TRADING, *Competition disqualification orders*, 2009, in <http://www.offt.gov.uk/shared-offt/consultations/offt1111con.pdf>. Nella letteratura italiana, cfr., da ultimo, A. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, Torino, 2008, p. 267 ss. e 281 ss.

<sup>244</sup> In argomento, cfr. *amplius* A. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo*, cit., p. 315 ss.; E. VENAFARO, *Funzione e disciplina delle sanzioni interdittive previste dal d.lgs. n. 231/2001*, in P. PISA (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, Torino, 2008, p. 49 ss.

<sup>245</sup> Per un’analisi sistematica del fenomeno, cfr. R.A. BIERSEBACH - A. STEIN, *Overenforcement*, in 93 *Geo. L.J.*, 2005, p. 1743 ss.

<sup>246</sup> Si pensi alle norme di cui all’art. 187-*terdecies* del TUF italiano e all’art. L. 621-16 del *Code Monétaire et Financier* francese. In dottrina, cfr. S. SEMINARA, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 18; C. DUCOULOUX-FAVARD - F. PERNAZZA, *Sanzioni e procedure sanzionatorie alla luce della direttiva europea*

Alcuni rilievi conclusivi. L'oggetto di queste note deve essere inserito nel quadro di una più generale riflessione sui rapporti tra liberalismo e diritto penale<sup>247</sup>: se si condivide l'idea che «l'economia liberale sia oggi uno dei pilastri della nostra società e che rappresenti una istituzione morale sostenuta da sentimenti di rispetto, onestà e soprattutto fiducia», si può giungere a definire il «corretto agire economico» quale «valore gerarchicamente superiore», non più dunque semplicemente quale *simulacro artificiale* costruito ad opera di un «diritto penale strumentalizzato»<sup>248</sup>. Entro queste coordinate, l'opzione ideologica favorevole alla aprioristica creazione di 'zone franche' rispetto ad alcune dinamiche dell'agire economico, per quanto complesse queste possano essere, rischia di favorire, più o meno consapevolmente, il programma di un diritto penale *neoliberista* piuttosto che *neoliberale*<sup>249</sup>.

Molto resta ancora da indagare sui rapporti tra diritto penale e disciplina *antitrust*, sia sul piano interno che, ancor di più, sul versante comparatistico. L'unica cosa che appare certa è che – a fronte della consapevolezza circa il carattere «non di rado scopertamente sperimentale» dell'intervento penale in materia economica<sup>250</sup> – anche in un ambito tanto delicato qual è quello della tutela della concorrenza e del mercato, il diritto penale deve evitare «fughe in avanti o posizioni di retroguardia: entrambe controproducenti e pericolose, o per eccesso o per difetto»<sup>251</sup>.

n. 6/2003, in *Riv. dir. comm.*, 2005, p. ss. 159 ss.; per un inquadramento sistematico del rapporto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative, cfr. da ultimo F. CONSULICH, «Materia penale» e tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo (Il paradigma sanzionatorio tra definizioni formali e definizioni sostanziali), in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 65 ss.

<sup>247</sup> In argomento, cfr. C. FRIED, *Libéralisme et droit pénal*, in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Paris, 1997, p. 101 ss.

<sup>248</sup> Y. MULLER-LAGARDE, *La dépenalisation de la vie des affaires ou...de la métamorphose du droit pénal*, in *AJ Pén.*, 2008, n° 2, p. 64.

<sup>249</sup> Cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Diritto penale 'minimo' e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 817. Sulle tendenze in atto nel diritto penale dell'economia italiana, cfr. C. SOTIS, *La nouvelle politique criminelle italienne en droit pénal des affaires et les contraintes européennes*, in *Archives de politique criminelle*, n° 24, 2002, p. 235 ss.; G. FORTI, *Nei labirinti delle leggi di bronzo: evoluzioni e involuzioni del diritto penale societario italiano*, in L.D. CERQUA (a cura di), *Diritto penale delle società*, I, Padova, 2009, p. 3 ss.

<sup>250</sup> C. PEDRAZZI, *L'evoluzione del diritto penale economico*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, I, Milano, 1991, p. 622. L'A. sottolinea, infatti, che «in un'epoca votata all'innovazione, nel campo della tecnica come in quello della finanza, nell'organizzazione delle imprese come nelle pratiche commerciali, il diritto penale dell'economia non può ambire alla stabilità delle grandi codificazioni».

<sup>251</sup> G.M. FLICK, *Gruppi e monopolio*, cit., p. 473.