

Brevi considerazioni in tema di diritto penale della concorrenza

Concorrenze, 22 novembre 2018

Prof. Avv. Enrico Maria Mancuso

Rapporti tra diritto penale e diritto della concorrenza: quando le condotte assumono rilievo sotto entrambi i profili?

Alcune riflessioni



La tutela penale della concorrenza

- Le principali fattispecie
- Reati di turbativa
- Corruzione



Rapporti tra procedimento penale e *antitrust*

- Autonomia dei procedimenti
- Circolarità della prova
- Divieto di *bis in idem*

La tutela penale della concorrenza

Le principali fattispecie

Art. 353 c.p.

- **Turbata libertà degli incanti**

Art. 353 bis
c.p.

- **Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente**

Art. 354 c.p.

- **Astensione dagli incanti**

Artt. 318 e
319 c.p.

- **Corruzione per l'esercizio della funzione (c.d. per asservimento) e per atto contrario ai doveri d'ufficio**

Art. 2635,
comma 5
c.c.

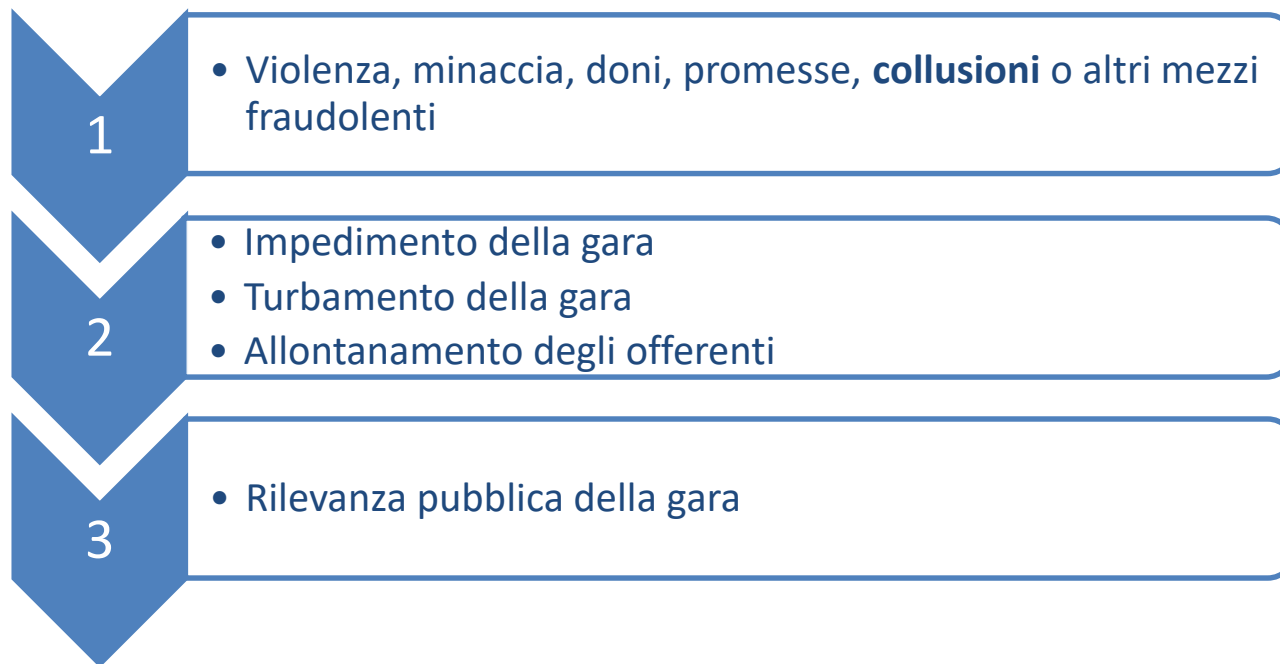
- **Corruzione tra privati** (nei casi in cui le condotte determinino una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi)

Art. 353 c.p.

Turbata libertà degli incanti

Chiunque, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, **collusioni** o altri mezzi fraudolenti, **impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche Amministrazioni, ovvero ne allontana gli offerenti**, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da € 103 a € 1.032.

Elementi costitutivi della fattispecie



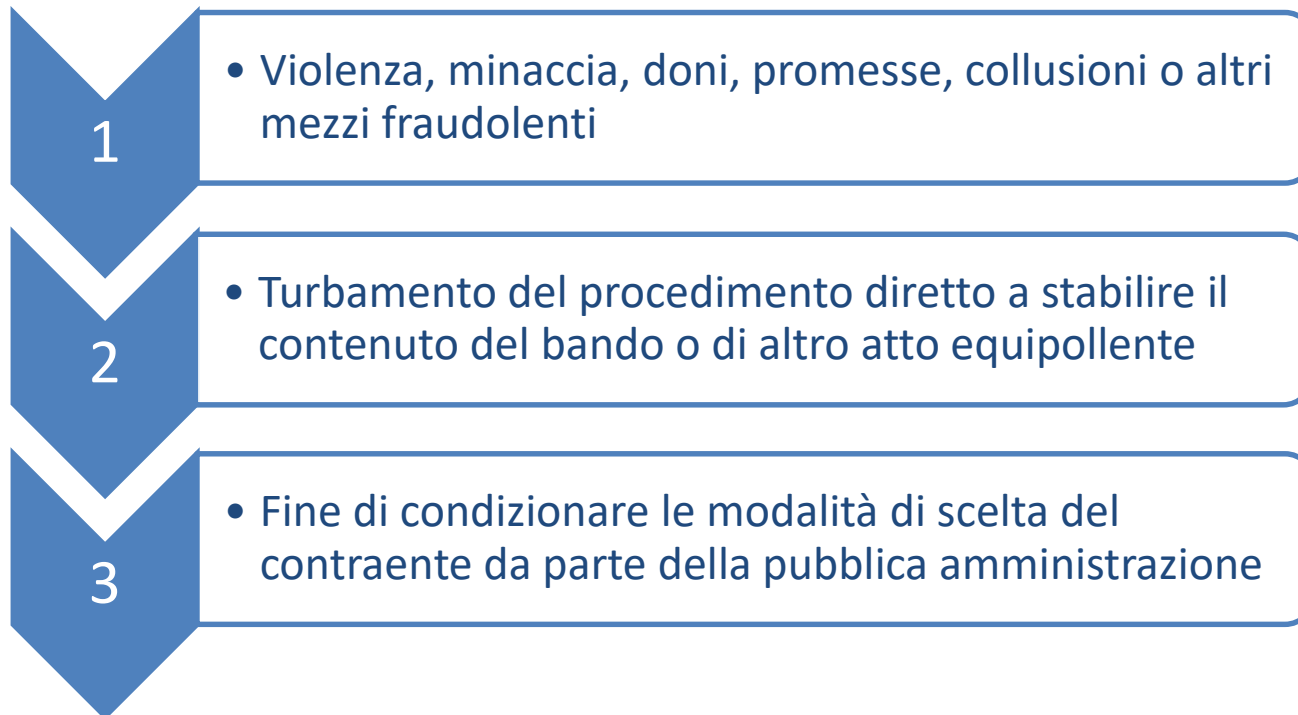
Un'ipotesi di doppia rilevanza penale e *antitrust* della condotta tipica potrebbe ricorrere proprio nei casi in cui la turbativa dipenda da **accordi collusivi** tra i singoli partecipanti.

Art. 353 *bis* c.p.

Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, **turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente** da parte della pubblica amministrazione è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da € 103 a € 1.032.

Elementi costitutivi della fattispecie



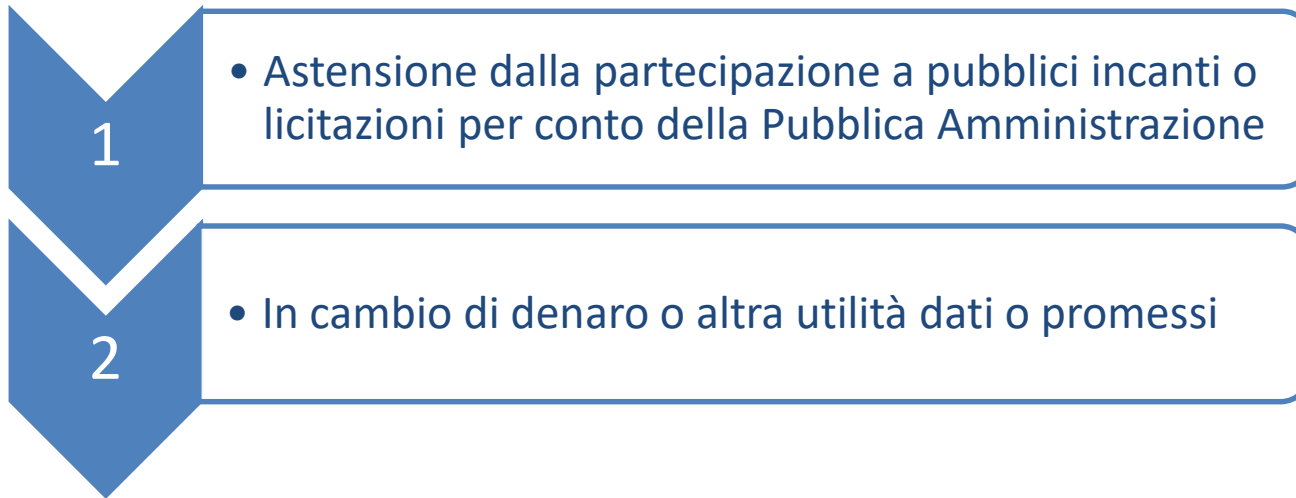
Difficile ipotizzare una rilevanza *antitrust* della condotta in esame, ma se venisse realizzata nell'ambito di una RTI censurabile dal punto di vista *antitrust* (es. avendo ciascuna impresa già singolarmente i requisiti necessari alla candidatura)?

Art. 354 c.p.

Astensione dagli incanti

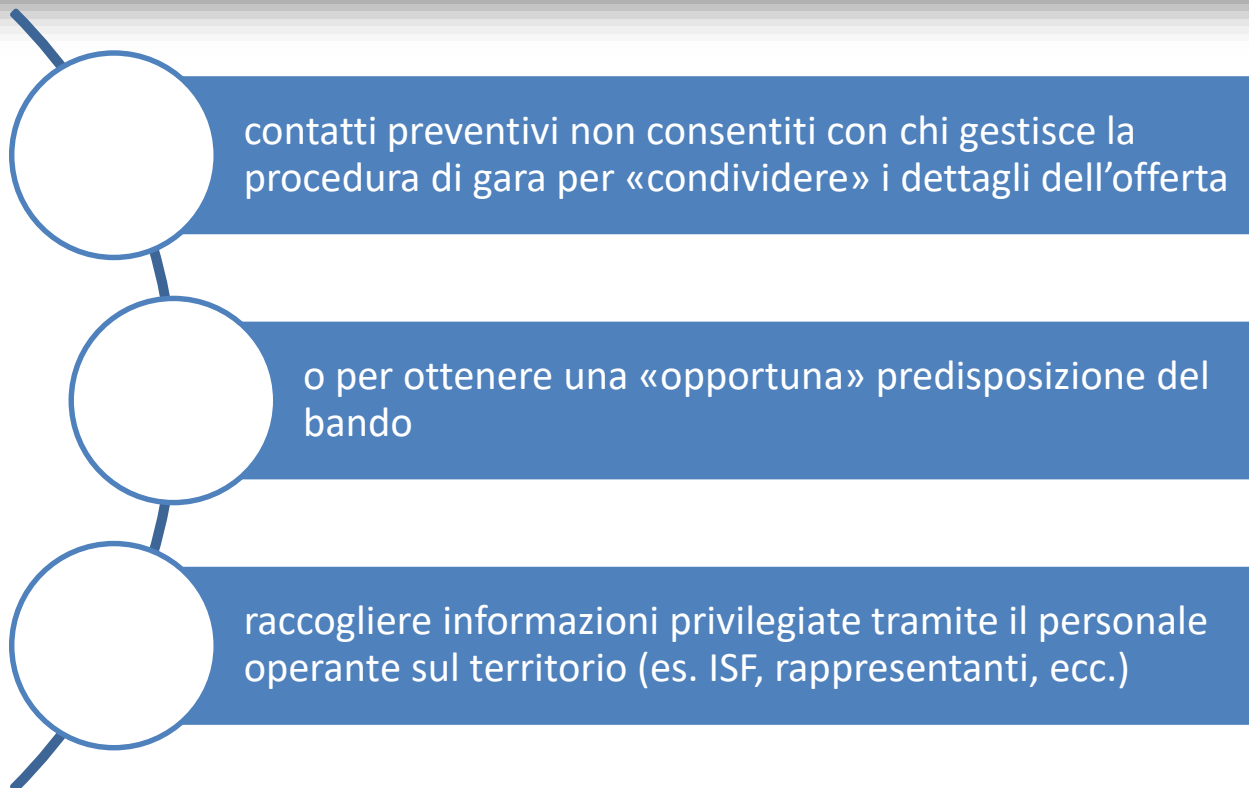
Chiunque, per denaro, dato o promesso a lui o ad altri, o per altra utilità a lui o ad altri data o promessa, **si astiene dal concorrere agli incanti o alle licitazioni** indicati nell'articolo precedente, è punito con la reclusione sino a sei mesi o con la multa fino a euro 516.

Elementi costitutivi della fattispecie



La condotta in esame tipicamente consegue ad accordi, fra due o più operatori, funzionali a ottenere una predeterminata **ripartizione dei mercati**.

lineare per ASL 5 "Spezzino", mediante collusioni e mezzi fraudolenti consistiti in contatti e riunioni illegittime, avvenute sia prima che dopo la presentazione dell'offerta e al di fuori delle modalità formalizzate previste dall'art. 77 del D.Lvo n. 163/2006 e dal disciplinare di gara, volte ad organizzare e realizzare una dimostrazione dell'apparecchiatura oggetto della fornitura, finalizzata ad una preventiva valutazione dell'offerta tecnica e nel concertare i dettagli dell'offerta stessa. Con

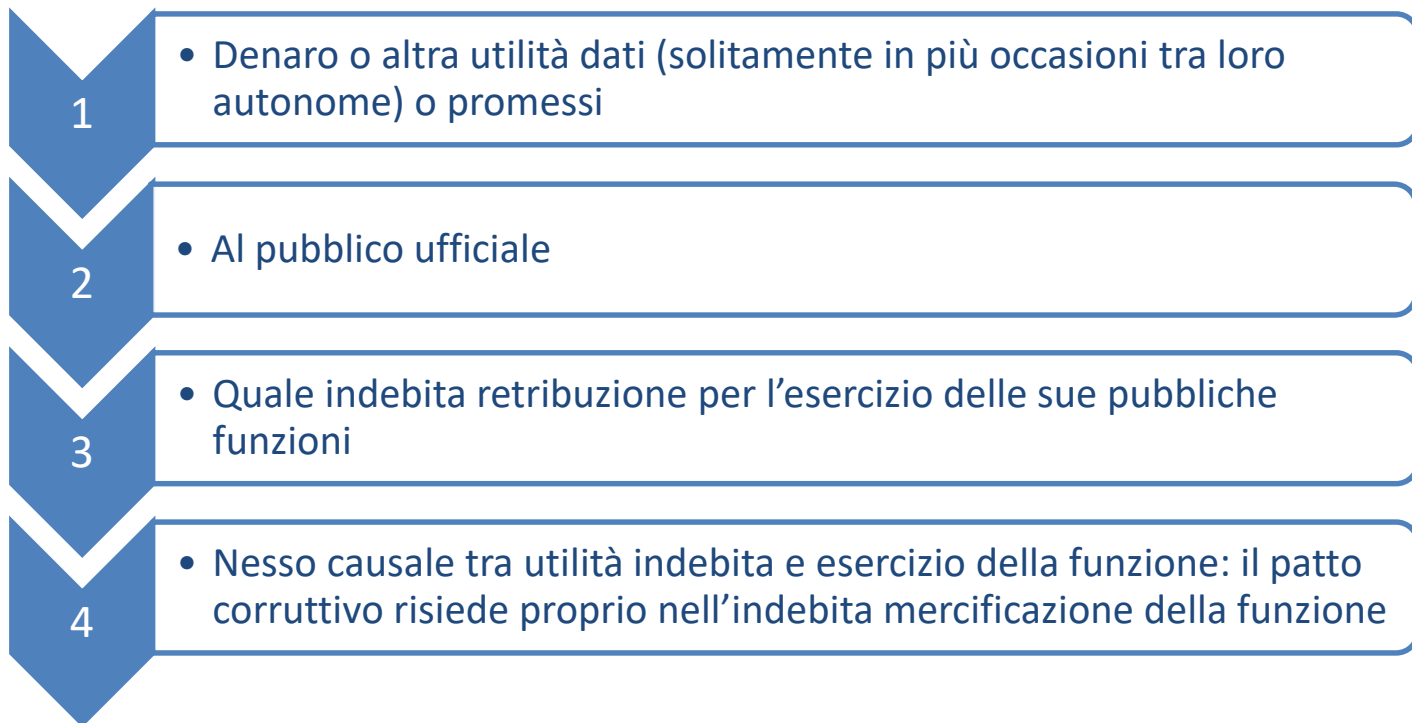


Art. 318 c.p.

Corruzione per l'esercizio della funzione

Il pubblico ufficiale che, **per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve**, per sé o per un terzo, **denaro o altra utilità** o ne accetta la promessa è punito con la reclusione da uno a sei anni.

Elementi costitutivi della fattispecie



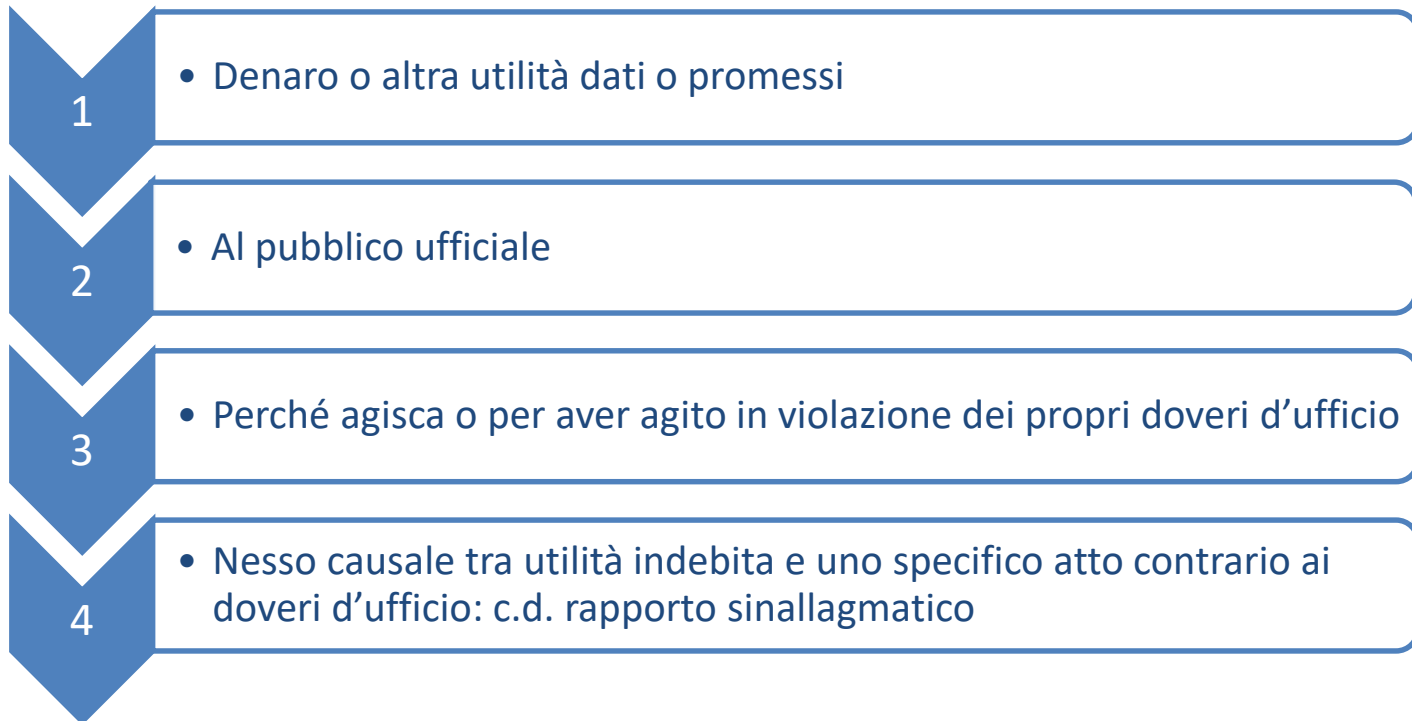
L'ipotesi del pubblico ufficiale «a libro paga»

Art. 319 c.p.

Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio

Il pubblico ufficiale che, **per omettere o ritardare, o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri d'ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei a dodici anni.**

Elementi costitutivi della fattispecie



L'ipotesi classica del «*do ut des*»

Lotta alla corruzione quale fondamentale strumento di tutela della concorrenza

Sebbene le fattispecie corruttive non siano immediatamente dirette alla tutela della concorrenza, **non può non rilevarsi come un ambiente corrotto comprime significativamente, sino quasi a escluderla, la concorrenza tra gli operatori economici.**

L'elevato livello di corruzione riscontrabile nel nostro paese e le relative implicazioni in tema di concorrenza determinano **conseguenze economiche (e sociali) particolarmente significative:**

- Secondo uno studio della Banca Mondiale, **in un paese corrotto un'impresa cresce mediamente il 25% in meno** di quanto non farebbe operando in un ambiente sano.
- **Chi paga una tangente può aggiudicarsi un appalto, vincere un concorso o qualunque altra competizione senza essere il migliore**, scoraggiando investimenti e innovazione e riducendo produttività ed efficienza del sistema.
- In un sistema corrotto, la compressione del gioco concorrenziale determina un sensibile **abbassamento della qualità media di beni e servizi** a fronte di un **significativo aumento dei costi** (si pensi alle recenti inchieste in materia di approvvigionamento di farmaci e apparecchiature mediche).

Art. 2635 c.c.

Corruzione tra privati

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, (...) che, anche per interposta persona, **sollecitano o ricevono, per sé o per altri, denaro o altra utilità non dovuti, o ne accettano la promessa, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà**, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni.

(...)

Si procede a querela della persona offesa, **salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi.**

Elementi costitutivi della fattispecie

- 1 • Posizione aziendale apicale o subordinata del soggetto passivo (corrotto)
- 2 • Sollecitare, ricevere, dare, promettere o accettare la promessa di denaro o altra utilità non dovuti
- 3 • Anche per interposta persona
- 4 • Per compiere o omettere un atto in violazione dei doveri d'ufficio o degli obblighi di fedeltà

La rilevanza pubblicistica del bene giuridico **concorrenza** determina la **procedibilità d'ufficio**.

Diversamente dalle ipotesi di turbativa, le quali - come visto - possono in taluni casi sovrapporsi anche integralmente alle corrispondenti condotte previste dalla disciplina *antitrust*, **le fattispecie corruttive tutelano la concorrenza da un'altra prospettiva:**

Oggetto di tutela, infatti, non è tanto l'effettività del gioco concorrenziale tra i singoli operatori privati, quanto **la necessità che la concorrenza tra di essi non sia in concreto inficiata da indebiti (e illecitamente remunerati) trattamenti preferenziali.**

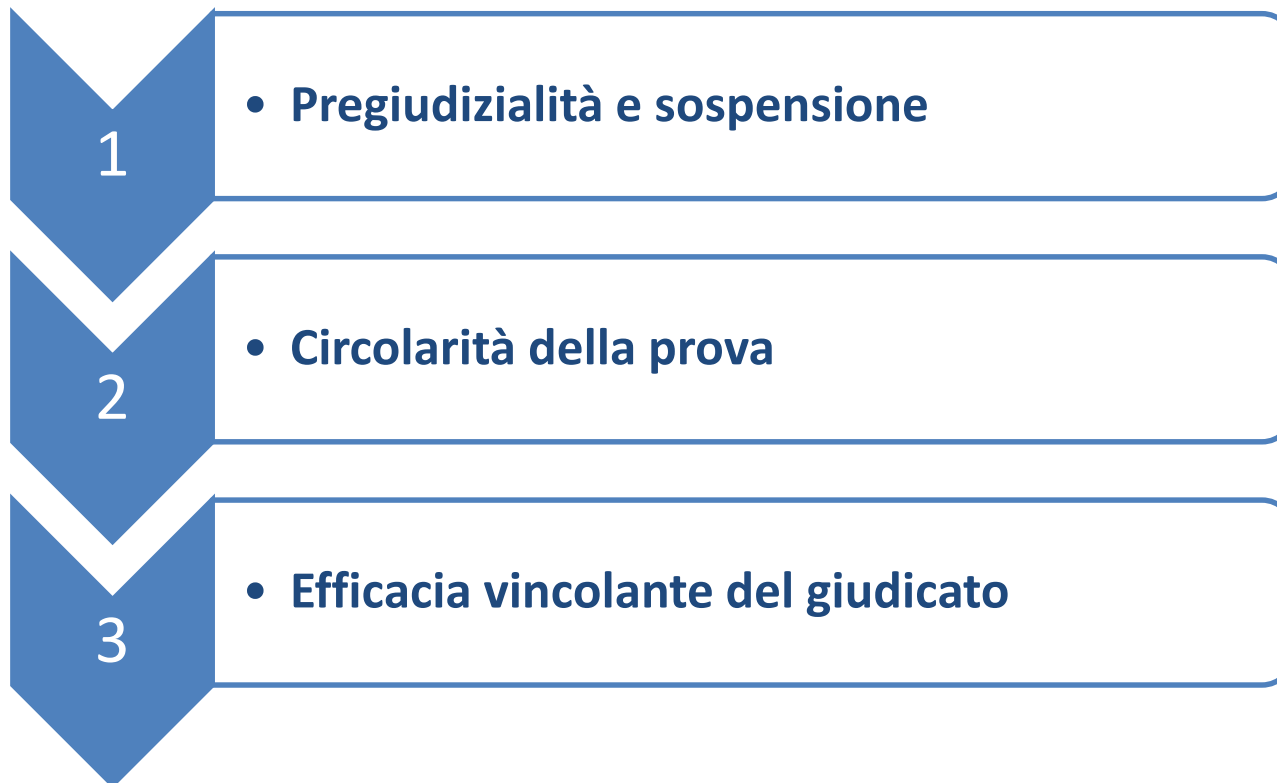
Illiceità del rapporto
tra concorrenti

Vs.

Illiceità del rapporto
tra concorrenti e
«arbitro»

Rapporto tra procedimento penale e istruttoria dell'AGCM

Temi classici



L'istruttoria dell'AGCM e l'eventuale procedimento penale concernente i medesimi fatti **corrono su binari distinti e autonomi**

Pregiudizialità (logica/giuridica) e possibilità di sospensione del procedimento?

AGCM, provvedimento n. 23931 del 28 settembre 2012 (Caso «barriere stradali»)

- difetto di pregiudizialità tra procedimento penale e istruttoria AGCM
- diversa natura formale dei due procedimenti (giurisdizionale Vs. amministrativo)
- finalità peculiare dell'accertamento *antitrust*: tutela della concorrenza a prescindere da implicazioni penali

Principio generale

Art. 220 disp. att. c.p.p.

Attività ispettive e di vigilanza

Quando nel corso di attività ispettive o di vigilanza previste da leggi o decreti emergano indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale sono compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice.

Protocollo d'intesa stipulato tra l'AGCM e le Procure di ROMA e MILANO

Ambiti di collaborazione:

- Richieste rivolte dall'AGCM alla Procura per l'acquisizione degli atti di indagine (purché ostensibili) relativi a procedimenti penali riguardanti condotte lesive della concorrenza (es. reati di turbativa) o degli interessi economici dei consumatori (es. reati di truffa);
- Richieste rivolte dalla Procura all'AGCM per l'acquisizione di documentazione, atti, informazioni e chiarimenti in materie di competenza dell'Autorità (anche in relazione a specifici procedimenti);
- Trasmissione alla Procura, da parte dell'AGCM, degli esiti di attività d'indagine, ispettiva e istruttoria in genere da cui emergano profili di rilievo penale.

Consiglio di Stato, *Forniture Trenitalia*, Sent. n. 4211/2018

La AGCM deve ritenersi legittimata a utilizzare il materiale probatorio raccolto nell'ambito di un procedimento penale (ivi compresa la documentazione attinente alle intercettazioni telefoniche), per le finalità connesse allo svolgimento delle istruttorie di cui alla Legge n. 287/90 e all'eventuale irrogazione delle relative sanzioni.

Consiglio di Stato, *Forniture Trenitalia*, Sent. n. 4211/2018

L'utilizzo da parte dell'AGCM del materiale probatorio raccolto in sede penale presuppone tuttavia che:

- Le prove siano state ritualmente acquisite in conformità alle regole di rito che presiedono alla loro acquisizione e utilizzo;
- Sia salvaguardato il diritto di difesa;
- Detto materiale probatorio sia oggetto di autonoma attività valutativa.

L'autonomia e indipendenza dei procedimenti penale e *antitrust* può generare contrasti con il principio «*ne bis in idem*».

Le sanzioni inflitte dall'AGCM presentano infatti taluni caratteri propri della «pena»:

**Carattere
afflittivo**

**Rilevanza
generale del
bene tutelato**

**Effetto stigma del Rating di
legalità**

Corte EDU, 27.09.2001, *Menarini Diagnostics c. Italia*

Secondo la Corte EDU le sanzioni *antitrust* hanno **natura sostanzialmente penale**.

La ***matière pénale*** è identificata tramite i ben noti **criteri di Engel**: 1. Qualificazione giuridica interna; 2. Natura dell'illecito; 3. Natura e severità della sanzione).

Il sindacato della Corte EDU sul *ne bis in idem* è storicamente condotto seguendo quattro criteri:

- 1 • Materia penale
- 2 • Idem (soggettivo e oggettivo)
- 3 • Irrevocabilità della decisione
- 4 • *Bis* (duplicazione di procedimenti)

Corte EDU, Grande Stevens c. Italia

Tuttavia...

Corte EDU, GC, 15.11.2016, A. e B. c. *Norvegia*

Ribadisce i presupposti già descritti nella sentenza *Grande Stevens c. Italia* e nelle successive pronunce intervenute in materia (es. in ambito penale-tributario), ma riaffermando il principio secondo cui «***gli Stati possono adottare risposte sanzionatorie complementari di fronte a comportamenti socialmente inaccettabili, con il limite che ciò non comporti un onere eccessivo per il soggetto sanzionato***».

Corte EDU, GC, 15.11. 2016, A. e B. c. Norvegia

Criteri da prendere in considerazione:

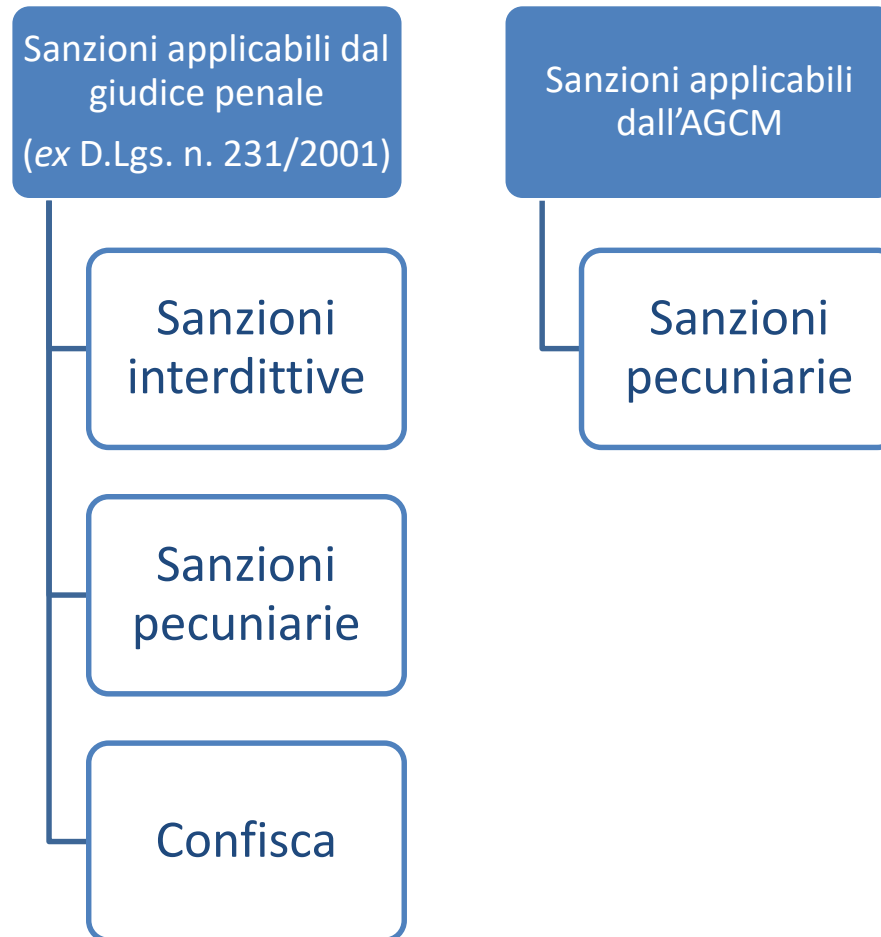
- *perseguimento di **scopi differenti** nei due procedimenti sanzionatori;*
- ***prevedibilità** del doppio giudizio;*
- *conduzione dei procedimenti in modo da **evitare la duplicazione** nella raccolta e nella valutazione della prova;*
- ***proporzionalità** complessiva della pena;*
- *appartenenza delle fattispecie al **nucleo duro** del diritto penale;*
- *presenza di un **collegamento di natura cronologica** tra i procedimenti.*

Ad oggi, eventuali ipotesi di *bis in idem* sono scongiurate dal fatto che **le fattispecie di turbativa non rientrano nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità degli enti ex d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231**

Tuttavia...

- l'art. 25 *ter*, comma 1, lett. *s-bis* del d.lgs. n. 231/2001 (come modificato dalla Legge n. 190/2012) **sanziona l'ente in relazione alle ipotesi di corruzione tra privati di cui al terzo comma dell'art. 2635 c.c. (i.e. l'ipotesi di corruzione attiva: l'ente corruttore)**
- inoltre, cosa accade se le ipotesi di turbativa dovessero essere qualificate in termini di **programma criminoso di un'associazione per delinquere** (rilevante *ex art. 24-ter* d.lgs. n. 231/2001)?

Divieto di *bis in idem*



Grazie!

Prof. Avv. Enrico Maria Mancuso

Milano, 22 novembre 2018