

Causa C-2/23**Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia****Data di deposito:**

3 gennaio 2023

Giudice del rinvio:

Oberlandesgericht Wien (Austria)

Data della decisione di rinvio:

20 dicembre 2022

Ricorrenti:

FL und KM Baugesellschaft m.b.H. & Co. KG

S AG

Oggetto del procedimento principale

Diritto della concorrenza – Tutela delle dichiarazioni legate a un programma di clemenza e delle proposte di transazione – Efficacia nei confronti delle autorità penali

Oggetto e fondamento giuridico del rinvio pregiudiziale

Interpretazione del diritto dell'Unione, articolo 267 TFUE

Questioni pregiudiziali

Prima questione:

Se le disposizioni del diritto dell'Unione in materia di concorrenza – in particolare, la direttiva 2014/104, del 26 novembre 2014, e i suoi articoli 6, paragrafi 6 e 7, e 7, paragrafo 1, e la direttiva 2019/1, dell'11 dicembre 2018, e il suo articolo 31, paragrafo 3 – debbano essere interpretate nel senso che la tutela delle dichiarazioni legate a un programma di clemenza e delle proposte di transazione, nonché delle informazioni da ciò ricavate, come ivi disciplinata, ha

efficacia assoluta operante anche nei confronti delle autorità penali (pubblici ministeri e giudici penali), cosicché le dichiarazioni legate a un programma di clemenza e le proposte di transazione non possono essere acquisite agli atti nel procedimento penale e non possono essere utilizzate quale fondamento per ulteriori indagini.

Seconda questione:

Se le disposizioni del diritto dell'Unione in materia di concorrenza – in particolare, la direttiva 2014/104, del 26 novembre 2014, e i suoi articoli 6, paragrafi 6 e 7, e 7, paragrafo 1, e la direttiva 2019/1, dell'11 dicembre 2018, e il suo articolo 31, paragrafo 3 – debbano essere interpretate nel senso che la tutela assoluta delle dichiarazioni legate a un programma di clemenza e delle proposte di transazione (ai sensi della prima questione) si estende anche ai documenti e alle informazioni da ciò ricavate che il beneficiario dell'immunità o il soggetto che propone la transazione ha prodotto per illustrare, concretizzare e comprovare il contenuto della dichiarazione resa nell'ambito di un programma di clemenza o della proposta di transazione.

Terza questione:

Se le disposizioni del diritto dell'Unione in materia di concorrenza – in particolare, la direttiva 2014/104, del 26 novembre 2014, e i suoi articoli 6, paragrafi 6 e 7, e 7, paragrafo 1, e la direttiva 2019/1, dell'11 dicembre 2018, e il suo articolo 31, paragrafo 3 – debbano essere interpretate nel senso che la ivi disciplinata tutela delle dichiarazioni legate a un programma di clemenza e delle proposte di transazione (e dei documenti ai sensi della seconda questione), nonché delle informazioni da ciò ricavate ha efficacia assoluta, che opera, nell'ambito di un procedimento penale, da un lato, anche nei confronti di indagati diversi dall'autore della rispettiva dichiarazione resa nell'ambito di un programma di clemenza o proposta di transazione, e, dall'altro, nei confronti delle altre parti del procedimento penale (in particolare, delle parti offese costituite ai fini di avanzare pretese di diritto civile), cosicché agli indagati e alle parti offese non può essere riconosciuto il diritto di accedere alle dichiarazioni legate a un programma di clemenza, alle proposte di transazione e ai documenti prodotti al riguardo, nonché alle informazioni da ciò ricavate.

Disposizioni di diritto dell'Unione fatte valere

Direttiva 2014/104 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea

Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri

poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno

Disposizioni di diritto nazionale fatte valere

Bundes-Verfassungsgesetz (legge costituzionale federale; in prosieguo: il «B-VG»), articolo 22

Strafprozessordnung 1975 (codice di procedura penale del 1975; in prosieguo: la «StPO»), articolo 2, paragrafo 1, articolo 49, paragrafi 1, punto 3, e 2, articolo 51, paragrafi 1 e 2, prima frase, articolo 65, punto 2, articolo 66, paragrafo 1, punto 2, articolo 68, paragrafi 1 e 2, articolo 76, paragrafi 1 e 2, articolo 87, paragrafo 1, articolo 106, paragrafo 1, articolo 162

Breve esposizione dei fatti e del procedimento

- 1 La Zentrale Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption (Procura centrale responsabile dell'azione penale in materia di criminalità economica e corruzione; in prosieguo: la «Procura») conduce un'indagine penale a carico di numerose imprese di costruzioni e dei rispettivi responsabili per il reato di accordi limitativi della concorrenza nell'ambito di procedure di appalto, ai sensi dell'articolo 168b, paragrafo 1, del codice penale austriaco, e altre condotte penalmente rilevanti. L'indagine si riferisce al periodo tra il 2006 e il 2017 e si estende a 350 procedure di appalto sospette e, attualmente, a 860 indagati.
- 2 In parallelo a detto procedimento penale, la Bundeswettbewerbsbehörde (Autorità federale garante della concorrenza) ha condotto, dinanzi all'Oberlandesgericht Wien (Tribunale superiore del Land, Vienna, Austria) quale Kartellgericht (Tribunale della concorrenza) un procedimento in materia di concorrenza finalizzato all'inflizione di ammende. Nell'ambito di detto procedimento, entrambe le ricorrenti chiedevano di procedere in conformità al regime del programma di clemenza. La loro partecipazione al programma di clemenza si concludeva positivamente e il Kartellgericht comminava un'ammenda ridotta in conformità alla domanda formulata in tal senso dall'Autorità federale garante della concorrenza.
- 3 Le indagini della Procura venivano condotte in coordinamento con l'Autorità federale garante della concorrenza. Nel quadro della reciproca assistenza, la Procura richiedeva anche al Kartellgericht la trasmissione di una copia del fascicolo. Nell'individuare tale copia, il Kartellgericht rimandava esplicitamente all'articolo 22 del B-VG e a una decisione dell'Oberstes Gerichtshof (Corte Suprema, Austria), ai sensi della quale la previgente disposizione contenuta nel Kartellgesetz (legge in materia di intese), che limitava l'accesso dei terzi agli atti del Kartellgericht, non sarebbe applicabile nei confronti della Procura e la disposizione di cui trattasi non disciplinerebbe un obbligo di riservatezza ex lege

vigente anche nei confronti delle autorità penali. Nel quadro della reciproca assistenza, l’Autorità federale garante della concorrenza trasmetteva, su richiesta della Procura, anche taluni documenti, fermo restando che essa rimandava alla tutela dei documenti trasmessi come prevista dalla direttiva 2019/1. La Procura acquisiva agli atti le parti del fascicolo del Kartellgericht ritenute rilevanti, oltre ai documenti trasmessi dall’Autorità federale garante della concorrenza, comprese (parti delle) dichiarazioni legate al programma di clemenza e delle proposte di transazione unitamente agli allegati ed emetteva, basandosi su detti documenti, una nuova richiesta di indagini da parte della polizia.

- 4 Le ricorrenti chiedevano quindi dinanzi alla Procura che le dichiarazioni legate al programma di clemenza e le proposte di transazione, unitamente ai documenti, non fossero acquisite agli atti, non venissero utilizzate e, in ogni caso, ne venisse stabilmente escluso l’accesso per tutti i co-indagati e tutte le parti offese. La Procura non dava seguito a tale richiesta ma si limitava a escludere provvisoriamente (sino al definitivo chiarimento della questione da parte del giudice) l’accesso a parte dei documenti (in particolare, alle dichiarazioni legate a un programma di clemenza e alle proposte di transazione).
- 5 Avverso detta decisione della Procura le ricorrenti proponevano un reclamo che la Procura presentava dinanzi al Landesgericht für Strafsachen Wien (Tribunale del Land in materia penale, Vienna, Austria). Quest’ultimo respingeva il reclamo, decisione che le ricorrenti impugnavano dinanzi al giudice del rinvio.

Argomenti essenziali delle parti nel procedimento principale

- 6 La tutela dalla divulgazione delle dichiarazioni legate a un programma di clemenza, delle proposte di transazione e delle informazioni che ne sono ricavate sarebbe finalizzata a garantire ai beneficiari dell’immunità un trattamento privilegiato nell’ambito del procedimento per risarcimento del danno e del procedimento penale, riconosciuto – sia dal legislatore nazionale, sia dal legislatore dell’Unione – quale stimolo necessario per garantire l’efficacia di un regime che preveda un programma di clemenza.
- 7 L’articolo 31, paragrafo 3, della direttiva 2019/1 sancirebbe, ad esempio, l’inammissibilità di ogni forma di divulgazione delle dichiarazioni legate a un programma di clemenza e delle proposte di transazione e disciplinerebbe un esplicito obbligo di riservatezza il cui rispetto dovrebbe essere garantito nei confronti di chiunque e, quindi, anche nei confronti delle autorità penali e dei terzi.
- 8 In tal senso deporrebbero anche l’articolo 13, paragrafo 4, della direttiva 2019/1, che, al fine di garantire l’effettività dei programmi di clemenza previsti dal diritto della concorrenza, contemplerebbe un’applicazione prioritaria di quest’ultimo diritto rispetto al diritto penale nazionale, nonché il considerando 72 della direttiva di cui trattasi.

- 9 Eventuali mezzi di prova che i beneficiari dell'immunità abbiano predisposto solo nel corso del procedimento dinanzi alle autorità garanti della concorrenza o ai fini di detto procedimento (ad esempio, relazioni vertenti su indagini interne oppure elenchi o verbali redatti per le autorità garanti della concorrenza) costituirebbero parte delle dichiarazioni legate al programma di clemenza e sarebbero anch'essi protetti. Tale protezione varrebbe anche nei confronti delle autorità penali. La tutela assoluta sarebbe compromessa da un'eventuale acquisizione di informazioni da parte di potenziali parti offese attraverso il procedimento penale.
- 10 Qualora la tutela assoluta delle proposte di transazione e delle informazioni da esse ricavate non fosse garantita sulla base della normativa austriaca vigente, le relative disposizioni del diritto dell'Unione dovrebbero trovare applicazione diretta in virtù del primato del diritto dell'Unione.
- 11 Vi è ragione di temere che terzi (indagati e parti offese), che – a norma delle disposizioni in materia di intese e di concorrenza e ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 6, della direttiva 2014/104 e dell'articolo 31, paragrafo 3, della direttiva 2019/1 – non possono vedersi riconosciuto un diritto di accesso alle dichiarazioni legate a un programma di clemenza e alle proposte di transazione, vengano a conoscenza del contenuto di detti documenti attraverso il procedimento penale. In tal modo, le ricorrenti che godono dello status di beneficiarie dell'immunità si troverebbero in una posizione svantaggiata rispetto agli altri indagati, sia dal punto di vista penale, sia dal punto di vista civile.

Breve esposizione della motivazione del rinvio pregiudiziale

Illustrazione del contesto giuridico austriaco

- 12 In Austria vige il principio dell'istruttoria d'ufficio dal quale consegue, in collegamento con il potere di direzione riconosciuto alla Procura nel procedimento di indagine, che quest'ultima deve perseguire ogni principio di sospetto e chiarirlo mediante idonei atti istruttori. Tutte le informazioni rilevanti acquisite in tale contesto devono essere messe agli atti. Informazioni siffatte possono essere ottenute anche mediante richieste di cooperazione giudiziaria e amministrativa rivolte ad altre autorità pubbliche. Le autorità pubbliche sono tenute a prestarsi reciproca assistenza. Nei confronti delle autorità penali, tale assistenza può essere limitata o negata soltanto in forza di un'esplicita disposizione di legge.
- 13 Il diritto austriaco non prevede alcuna espressa limitazione della cooperazione giudiziaria e amministrativa tra Kartellgericht e autorità garanti della concorrenza, da un lato, e autorità penali, dall'altro. Il diritto penale non contempla nemmeno un qualche divieto di prova con riferimento alle dichiarazioni legate a un programma di clemenza e alle proposte di transazione previste dalla normativa in materia di intese e di concorrenza.

- 14 In base al diritto processuale penale austriaco, le diverse parti del procedimento hanno diritto di accesso agli atti in misura differente, fermo restando che all'indagato è riconosciuto, in linea di principio, pieno diritto di accesso. In tale contesto, occorre muovere dal principio della completezza degli atti. Una limitazione del diritto dell'indagato di accedere agli atti è possibile unicamente in casi eccezionali e in maniera temporanea. Nel caso di specie non sono soddisfatti i requisiti di nessuna eccezione.
- 15 Oltre all'indagato, anche le vittime e le parti civili vantano un diritto di accesso agli atti che, in linea di principio, deve essere riconosciuto quando è necessario ai fini della salvaguardia dei loro interessi (con riferimento al diritto azionato).
- 16 Pertanto, la Procura ha legittimamente acquisito agli atti, sulla base delle disposizioni austriache, i documenti del procedimento in materia di intese (comprese le dichiarazioni legate al programma di clemenza, le proposte di transazione e gli altri documenti) ottenuti nel quadro della cooperazione giudiziaria e amministrativa e ha legittimamente formulato, muovendo da essi, delle richieste di indagini. In tal modo, le parti del procedimento hanno acquisito, in linea di principio, il diritto di accedere anche a tali parti degli atti. Per questa ragione, le ricorrenti chiedono di non mettere agli atti i relativi documenti e informazioni, di non utilizzarli ai fini del compimento di ulteriori atti istruttori o di negare definitivamente a tutte le parti del procedimento la possibilità di avervi accesso.

Illustrazione della questione di diritto europeo

- 17 Sulla base dell'articolo 6, paragrafi 6 e 7, della direttiva 2014/104 e dell'articolo 31, paragrafo 3, della direttiva 2019/1 si può sostenere che la tutela dalla divulgazione delle dichiarazioni legate a un programma di clemenza e delle proposte di transazione disciplinata all'interno di dette direttive deve essere una tutela completa operante così nei confronti di tutti i terzi e, quindi, anche nei confronti di giudici o autorità pubbliche e delle parti dei procedimenti dinanzi ad essi pendenti. Tale interpretazione è corroborata anche dall'articolo 13, paragrafo 4, della direttiva 2019/1.
- 18 A livello interno si pone il problema che il Kartellgericht e le autorità garanti della concorrenza sono tenuti alla cooperazione giudiziaria e amministrativa e, pertanto, alla trasmissione dei loro atti, comprese le dichiarazioni legate a un programma di clemenza, le proposte di transazione e le informazioni da ciò ricavate. I documenti così trasmessi, ove contengano informazioni rilevanti per il procedimento penale, devono essere acquisiti al fascicolo penale e devono poi essere resi accessibili alle parti del procedimento nel quadro dell'accesso agli atti. Queste ultime possono così utilizzare le informazioni in tal modo ottenute anche, ad esempio, per azionare diritti al risarcimento del danno.
- 19 Restrizioni al diritto di accesso sono possibili soltanto in pochi casi, fermo restando che una limitazione duratura e generale non è, in linea di principio,

prevista. A parere del giudice del rinvio, ciò comporta, dal punto di vista del diritto civile e del diritto penale, conseguenze negative per i beneficiari dell'immunità ai sensi della normativa in materia di concorrenza e compromette, in tal modo, l'obiettivo della protezione dalla divulgazione delle dichiarazioni legate a un programma di clemenza e delle proposte di transazione.

- 20 Le direttive succitate prevedono evidentemente una tutela dalla divulgazione delle dichiarazioni legate a un programma di clemenza e delle proposte di transazione più ampia di una mera tutela nell'ambito del procedimento in materia di concorrenza. Tuttavia, questa tutela viene vanificata dalla possibilità per le parti del procedimento penale di avere accesso agli atti. Nel procedimento in esame si pone, quindi, la questione di stabilire se ed eventualmente quali parti del fascicolo del procedimento in materia di intese possano essere acquisite al fascicolo penale e a chi debba, tutt'al più, essere riconosciuto il diritto di avervi accesso.
- 21 Il giudice del rinvio chiede quindi se la tutela delle dichiarazioni legate a un programma di clemenza e delle proposte di transazione (nonché delle informazioni da esse ricavate), disciplinata nelle direttive succitate, sia assoluta e se operi quindi anche nei confronti delle autorità penali (prima questione). Se così fosse, alle autorità penali dovrebbe essere preclusa la possibilità stessa di acquisire i documenti agli atti e compiere, sulla base di essi, ulteriori atti istruttori.
- 22 In caso di riconoscimento del carattere assoluto della tutela, si porrebbe la questione della sua portata, vale a dire se, in una tale eventualità, essa si estenda, oltre che alle dichiarazioni legate a un programma di clemenza e alle proposte di transazione, anche ai documenti che il beneficiario dell'immunità ha prodotto per illustrare, concretizzare e comprovare il contenuto della dichiarazione resa nell'ambito di un siffatto programma (questione 2).
- 23 In caso di risposta negativa alla prima questione e qualora i documenti di cui trattasi possano essere acquisiti al fascicolo penale ed essere utilizzati ai fini di ulteriori indagini, occorre chiarire se la tutela accordata dalle direttive comporti, quantomeno, la necessità di precludere stabilmente ai co-indagati dei beneficiari dell'immunità e/o alle altre parti del procedimento penale l'accesso a dette parti degli atti (terza questione), fermo restando che ciò inciderebbe direttamente sul diritto penale austriaco e sui diritti degli indagati tutelati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.