

**Causa C-311/24****Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia****Data di deposito:**

29 aprile 2024

**Giudice del rinvio:**

Oberlandesgericht Wien (Austria)

**Data della decisione di rinvio:**

26 aprile 2024

**Ricorrente:**

Bundeswettbewerbsbehörde (Autorità federale garante della concorrenza, Austria)

**Resistente:**

M. GmbH

**Oggetto del procedimento principale**

Imposizione di un'ammenda adeguata ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 2, del Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz (legge austriaca in materia di condizioni eque di concorrenza; in prosieguo: il «FWBG») per le richieste di pagamento ai fornitori

**Oggetto e fondamento giuridico del rinvio pregiudiziale**

Interpretazione dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera e), della direttiva (UE) 2019/633 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare (in prosieguo: la «direttiva UTP»); compatibilità del diritto austriaco con detta direttiva; articolo 267 TFUE

## Questioni pregiudiziali

1.a. Se l'articolo 6, paragrafo 1, lettera e), della direttiva (UE) 2019/633 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare debba essere interpretato nel senso che esso, nel caso in cui un acquirente, sulla base di un intento motivato uniformemente, richieda nello stesso giorno, con comunicazione individuale, a ciascuno dei diversi fornitori rientranti nell'ambito di protezione di detta direttiva, in forza del suo articolo 1, un pagamento, con ciò violando il successivo articolo 3, paragrafo 1, lettera d), osti a una normativa nazionale per la quale tali richieste di pagamento sono considerate, nel loro insieme, come un'unica infrazione (unicità della fattispecie) con la conseguenza dell'imposizione di un'unica sanzione.

1.b. Se, ai fini della risposta alla prima questione, lettera a), sia rilevante, con riguardo al requisito di cui all'articolo 6, paragrafo 1, ultima frase, della direttiva (UE) 2019/633, secondo cui la sanzione è efficace, proporzionata e dissuasiva, e tiene conto della natura, della durata, della frequenza e della gravità della violazione, il fatto che, ai sensi della disposizione sanzionatoria nazionale austriaca, possa essere imposta un'ammenda fino a un importo massimo di (soli) EUR 500 000 (articolo 6, paragrafo 2, del FWBG).

2. Qualora venga fornita alla prima questione, lettera a), una risposta affermativa:

Se l'articolo 6, paragrafo 1, lettera e), della direttiva (UE) 2019/633 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare debba essere interpretato nel senso che ogni richiesta di pagamento a un fornitore – nella misura in cui viola il divieto di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettera d), di detta direttiva – va considerata una pratica commerciale passibile di sanzione autonoma, rispetto alla quale, conformemente al principio del cumulo, è necessario imporre di volta in volta una sanzione *ad hoc* (ammenda) cosicché dovrà essere applicata una pluralità di ammende, tenuto conto del fatto che la disposizione sanzionatoria nazionale austriaca (articolo 6, paragrafo 2, del FWBG) prevede l'irrogazione di un'ammenda fino a un importo massimo di EUR 500 000.

## Disposizioni pertinenti di diritto dell'Unione e di diritto internazionale

Articolo 101, paragrafo 3, TFUE

Articolo 102 TFUE

Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, articolo 25

Direttiva (UE) 2019/633 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare (in prosieguo: la «direttiva UTP»)

**L'articolo 6, paragrafo 1, lettera e), e paragrafo 1, ultima frase, della direttiva UTP** dispone quanto segue:

*«1. Gli Stati membri provvedono affinché tutte le autorità di contrasto nazionali dispongano delle risorse e delle competenze necessarie per assolvere i propri doveri e conferiscono loro i poteri seguenti:*

(...)

*e) il potere di imporre o avviare procedimenti finalizzati all'imposizione di sanzioni pecuniarie e altre sanzioni di pari efficacia e provvedimenti provvisori, nei confronti dell'autore della violazione, in conformità delle norme e procedure nazionali;*

(...)

*Le sanzioni di cui al primo comma, lettera e), sono efficaci, proporzionate e dissuasive e tengono conto della natura, della durata, della frequenza e della gravità della violazione».*

Articolo 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali

### **Giurisprudenza dei giudici dell'Unione e delle Corti internazionali**

Sentenza dell'8 luglio 1999, Commissione/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356

Sentenza del 1° luglio 2010, AstraZeneca/Commissione, T-321/05, EU:T:2010:266

Sentenza del 5 giugno 2012, Bonda, C-489/10, EU:C:2012:319

Sentenza del 24 giugno 2015, Fresh Del Monte Produce/Commissione e Commissione/Fresh Del Monte Produce, C-293/13 P e C-294/13 P, EU:C:2015:416

Sentenza del 26 gennaio 2017, Villeroy & Boch – Belgio/Commissione, C-642/13 P, EU:C:2017:58

Sentenza del 20 marzo 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197

Sentenza del 12 settembre 2019, Maksimovic e a., C-64/18, C-140/18, C-146/18 e C-148/18, EU:C:2019:723

Sentenza del 22 ottobre 2020, Silver Plastics e Johannes Reifenhäuser/Commissione, C-702/19 P, EU:C:2020:857

Sentenza del 22 marzo 2022, Nordzucker e a., C-151/20, EU:C:2022:203

Sentenza del 16 giugno 2022, Sony Corporation e Sony Electronics/Commissione, C-697/19 P, EU:C:2022:478

Sentenza del 16 giugno 2022, Toshiba Samsung Storage Technology e Toshiba Samsung Storage Technology Korea/Commissione, C-700/19 P, EU:C:2022:484

Sentenza del 9 novembre 2023, Altice Group Lux/Commissione, C-746/21 P, EU:C:2023:836

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 10 febbraio 2009, Zolotukhin/Russia, ricorso n. 14939/03

### **Disposizioni di diritto nazionale e giurisprudenza pertinenti**

Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz (legge austriaca in materia di condizioni eque di concorrenza, BGBl I 2021/239; in prosieguo: il «FWBG»), con il quale è stata trasposta la direttiva UTP:

L'articolo 5 a, paragrafo 2, punti da 1 a 5, del FWBG traspone alla lettera l'articolo 1, paragrafo 2, lettere da a) a e), della direttiva UTP, l'articolo 5 a, paragrafo 3, del FWBG fissa il riferimento geografico delle vendite nell'Unione europea, conformemente all'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva UTP.

L'articolo **5 a del FWBG** così recita:

*«1. Le disposizioni della presente sezione regolano il contrasto di pratiche commerciali sleali attuate nella vendita di prodotti agricoli e alimentari. Esse mirano alla trasposizione della direttiva (UE) 2019/633 in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare, GUL 111 del 25 aprile 2019, pag. 59 (in prosieguo: la “direttiva (UE) 2019/633”). La prima sezione e il Kartellgesetz 2005, BGBl. I n. 61/2005, restano impregiudicati.*

*2. Le disposizioni della presente sezione si applicano alle pratiche commerciali connesse alla vendita di prodotti agricoli e alimentari*

*1) da parte di fornitori con un fatturato annuale pari o inferiore a EUR 2 milioni ad acquirenti con un fatturato annuale superiore a EUR 2 milioni;*

2) da parte di fornitori con un fatturato annuale compreso tra EUR 2 milioni e EUR 10 milioni ad acquirenti con un fatturato annuale superiore a EUR 10 milioni;

3) da parte di fornitori con un fatturato annuale compreso tra EUR 10 milioni e EUR 50 milioni ad acquirenti con un fatturato annuale superiore a EUR 50 milioni;

4) da parte di fornitori con un fatturato annuale compreso tra EUR 50 milioni e EUR 150 milioni ad acquirenti con un fatturato annuale superiore a EUR 150 milioni;

5) da parte di fornitori con un fatturato annuale compreso tra EUR 150 milioni e EUR 350 milioni ad acquirenti con un fatturato annuale superiore a EUR 350 milioni.

(...)

3. La presente sezione si applica alle vendite in cui il fornitore o l'acquirente, o entrambi, sono stabiliti nell'Unione.

(...)».

**Articolo 5 c, paragrafo 1 del FWBG:** «Le pratiche commerciali menzionate nell'allegato I sono vietate. (...)».

La rubrica dell'allegato I del FWBG è così formulata: «Pratiche commerciali in ogni caso vietate».

**L'allegato I, punto 4, del FWBG** recita come segue: «L'acquirente richiede al fornitore pagamenti che non sono connessi alla vendita dei prodotti agricoli e alimentari del fornitore».

La pratica vietata di cui all'articolo 5 c, in combinato disposto con l'allegato I, punto 4, del FWBG coincide con quella menzionata all'articolo 3, paragrafo 1, lettera d), della direttiva UTP. La trasposizione di tale divieto ha avuto luogo riproducendone alla lettera il testo.

L'articolo **5 b, punto 2, del FWBG** così dispone:

«“acquirente”: qualsiasi persona fisica o giuridica, purché non sia un consumatore, indipendentemente dal luogo di stabilimento di tale persona, o qualsiasi autorità pubblica nell'Unione europea che acquista prodotti agricoli e alimentari; il termine “acquirente” può includere anche un gruppo di tali persone fisiche e giuridiche»

In base all'articolo **5 b, punto 3, del FWBG:**

«“fornitore”: qualsiasi produttore agricolo o persona fisica o giuridica, indipendentemente dal suo luogo di stabilimento, che vende prodotti agricoli e alimentari. Il termine “fornitore” può includere anche un gruppo di tali produttori agricoli o un gruppo di tali persone fisiche e giuridiche, come le organizzazioni di produttori, le organizzazioni di fornitori e le associazioni di tali organizzazioni».

Le definizioni di «acquirente» e «fornitore» di cui all’articolo 5 b, punti 2 e 3, del FWBG sono formulate in maniera identica a quelle della direttiva UTP (articolo 2, punti 2 [e 4] di detta direttiva).

Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (legge federale del 23 gennaio 1974 relative alle azioni per le quali sono previste sanzioni penali; in prosieguo: il «codice penale austriaco» o, anche, lo «StGB»), BGBl. I n. 60/1974, articolo 28, paragrafo 1

Verwaltungsstrafgesetz 1991 (legge sul diritto penale amministrativo; in prosieguo: il «VStG»), BGBl. I n. 52/1991, articolo 22, paragrafo 2

Kartellgesetz 2005 (legge austriaca sulle intese del 2005; in prosieguo: il «KartG 2005»), BGBl. I n. 61/2005; articoli 1, 2, 4 a, 5, 29, 33

Oberster Gerichtshof (Corte suprema, Austria; in prosieguo: l’«OGH»), sentenza del 20 giugno 2001, 11 Os 51/11a

OGH, sentenza del 27 febbraio 2006, 16 Ok 52/05

OGH, sentenza dell’11 aprile 2007, 13 Os 1/07g

OGH, sentenza del 17 settembre 2013, 11 Os 73/13i

OGH, sentenza dell’8 ottobre 2015, 16 Ok 2/15b

OGH, sentenza dell’11 maggio 2023, 16 Ok 3/23m

### **Breve esposizione dei fatti e del procedimento principale**

- 1 La resistente subiva in maniera significativa, dal punto di vista economico, gli effetti della pandemia da coronavirus sul turismo e la conseguente mancanza di clienti nella vendita al dettaglio di generi alimentari, dovendo far fronte a massicci aumenti dei costi, soprattutto nel settore dell’energia, oltre che a un’inflazione elevata e a un incremento dei costi di finanziamento a causa dell’andamento dei tassi di interesse.
- 2 La resistente si affidava ad una società di consulenza affinché la supportasse nell’attuazione di un «processo di trasformazione» mirante a garantire il mantenimento dell’organizzazione imprenditoriale a lungo termine dell’impresa e la sua stessa competitività.



- 3 Il riorientamento strategico prevedeva una trasformazione in tutti i settori dell'impresa, ma in particolare nel Category Management, nella logistica, nel marketing, nonché nella ristrutturazione dei punti vendita (ad esempio, era programmato un ampliamento degli scaffali con nuove altezze, che rendeva necessario un abbassamento del pavimento).
- 4 Dietro suggerimento della società di consulenza, il 16 maggio 2023 la resistente organizzava una conferenza online «Supplier Day», durante la quale esponeva ai propri fornitori una panoramica dell'attuale situazione di mercato e delle problematiche connesse, nonché lo stato delle perdite subite dalla resistente. Come prospettiva futura, veniva illustrato il processo di trasformazione avviato dalla resistente.
- 5 Nel corso della conferenza, la resistente annunciava ai propri fornitori che avrebbe fatto seguito una richiesta di sostegno finanziario per il processo di trasformazione.
- 6 Il 17 maggio 2023 venivano inviate e-mail di follow-up con allegate fatture proforma per importi forfettari di diversa entità. Dette fatture rispondevano allo scopo e al piano d'insieme di finanziare i costi del processo di trasformazione attraverso un contributo finanziario da parte dei fornitori. Le lettere erano personalmente indirizzate a ciascun fornitore e venivano inviate nello stesso momento.
- 7 Ad esclusione dell'importo riportato nella fattura proforma e della differenziazione tra fornitori partecipanti e non partecipanti alla conferenza, tali e-mail erano formulate in maniera identica per tutti i destinatari:

«(...)

*Al fine di realizzare [tale processo di trasformazione], abbiamo bisogno del Suo sostegno. In particolare, [la resistente] auspica che Lei, in qualità di key account, investa EUR 15 000 [nota: gli importi nelle e-mail sono diversi] nel nostro futuro comune.*

*Abbiamo già preparato a tal fine una fattura proforma.*

*Daremo seguito alla Sua disponibilità di sostenerci come partner. Le ricordiamo che il Suo investimento rafforzerà in modo duraturo il nostro partenariato e ci aiuterà a costruire insieme un futuro di successo. Spetta a Lei tradurre questo progetto in realtà.*

- 8 Il 10 novembre 2023, la ricorrente presentava sedici domande distinte nei confronti della resistente dinanzi al Kartellgericht (Tribunale della concorrenza, Austria) miranti all'imposizione di un'ammenda adeguata ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 2, del FWBG, in quanto la resistente avrebbe violato l'articolo 5 c, paragrafo 1, in combinato disposto con l'allegato I, punto 4, del FWBG, avendo

richiesto a sedici fornitori, in qualità di acquirente, pagamenti che non sono connessi alla vendita dei prodotti agricoli e alimentari.

- 9 La Sezione dell’Oberlandesgericht Wien (Tribunale Superiore del Land, Vienna, Austria) che ha presentato la domanda di pronuncia pregiudiziale si pronuncerà su quattro richieste di pagamento per un importo compreso tra EUR 10 000 e EUR 18 000.

### **Argomenti essenziali delle parti nel procedimento principale**

- 10 Ad avviso della **ricorrente**, con ciascuna richiesta di pagamento la resistente ha violato l’articolo 5 c, paragrafo 1, in combinato disposto con l’allegato I, punto 4, del FWBG.
- 11 Sarebbe soddisfatto il requisito del rapporto tra il fatturato della resistente in qualità di acquirente ai sensi dell’articolo 5 b, paragrafo 2, del FWBG e il fatturato del fornitore ai sensi del successivo paragrafo 3 (come definito all’articolo 5 a, paragrafo 2, del FWBG) richiesto ai fini dell’applicazione della seconda sezione del FWBG.
- 12 La resistente contesta la violazione del FWBG, in quanto non sarebbe stato richiesto alcun pagamento ai sensi dell’articolo 5 c, paragrafo 1, in combinato disposto con l’allegato I, punto 4, del FWBG. Essa avrebbe inviato una mera sollecitazione all’investimento con un esplicito riferimento alla natura volontaria del pagamento.

### **Argomenti in merito alla presentazione di domande separate**

- 13 La **ricorrente** sostiene che la resistente avrebbe violato l’articolo 5 c, paragrafo 1, in combinato disposto con l’allegato I, punto 4, del FWBG per ben sedici volte, richiedendo a sedici diversi fornitori pagamenti di diverso importo vietati ai sensi delle suddette disposizioni.
- 14 La parte pertinente del FWBG avrebbe trasposto la direttiva UTP. La scelta dei termini utilizzati nella direttiva UTP e nel FWBG denota chiaramente l’intenzione del legislatore di valutare le violazioni commesse sulla base del singolo fornitore e del singolo acquirente interessato, e di avvalersi di ciascuno di essi come criterio decisivo di valutazione ad applicazione individualizzata. Ciò sembra trasparire già dalle definizioni di «acquirente» e «fornitore», le quali forniscono la descrizione di entrambe le nozioni come «qualsiasi persona fisica o giuridica, indipendentemente dal luogo di stabilimento di tale persona» o «un gruppo di tali persone fisiche e giuridiche». Dal combinato disposto con le disposizioni per il calcolo del fatturato annuale rilevante (articolo 5 a, paragrafo 2, del FWBG), può desumersi che «acquirente» e «fornitore» – sulla base delle definizioni di «impresa autonoma», «impresa associata» e «impresa collegata» di cui all’allegato della raccomandazione 2003/361/CE – dovrebbero essere considerati, in linea di



principio, come imprese singole e autonome, ad eccezione del caso di un gruppo di imprese.

- 15 Nel formulare la sanzione prevista, il legislatore austriaco avrebbe deciso di fissare un importo massimo di EUR 500 000 invece di una percentuale del fatturato annuale (articolo 6, paragrafo 2, del FWBG).
- 16 Nell'elenco *ex lege* delle singole pratiche commerciali sleali vietate, sarebbe stata scelta la nozione di «fornitore» o «acquirente» al singolare. Tale uso sarebbe logicamente correlato al fatturato annuale da prendere in considerazione ai sensi dell'articolo 5 a del FWBG, che, in linea di principio, dovrebbe essere calcolato unicamente per «impresa autonoma», «impresa associata» e «impresa collegata». La suddetta scelta discenderebbe, in particolare, dalla definizione della pratica commerciale sleale presente nell'allegato I, punto 4, del FWBG, ove sarebbe previsto che la richiesta di uno o più pagamenti (uso del plurale) da un fornitore costituisce una pratica commerciale sleale.
- 17 Lo scopo di protezione della direttiva UTP e della seconda sezione del FWBG richiederebbe, in linea di principio, un procedimento separato per ciascun fornitore che subisce una pratica commerciale sleale da parte di un acquirente.
- 18 La direttiva UTP trasposta nella seconda sezione del FWBG non costituirebbe – come invece sostenuto dalla resistente – una «normativa speciale sulle intese». Essa sarebbe piuttosto diretta a creare una cornice normativa che garantisca l'equità nell'ambito delle contrattazioni tra gli attori della filiera alimentare.
- 19 A tal riguardo, dovrebbero distinguersi i problemi derivanti da pratiche commerciali potenzialmente sleali da quelli inerenti a condotte anticoncorrenziali. La direttiva UTP non mira a tutelare la concorrenza come tale né a proteggere i consumatori dalla pubblicità ingannevole e da altre pratiche sleali, bensì a mantenere un adeguato equilibrio di interessi tra i fornitori e i loro clienti nel settore B2B (v. considerando 1 e 6).
- 20 Inoltre, dai considerando 7 e 14 della direttiva UTP si evince chiaramente che i produttori primari nella filiera agricola e alimentare sarebbero i destinatari della tutela dall'impatto negativo diretto o indiretto delle pratiche commerciali sleali. Al riguardo, sarebbe costante il riferimento al potere contrattuale relativo tra il singolo fornitore e il singolo acquirente, che deve essere valutato in considerazione del rispettivo fatturato annuale.
- 21 È proprio l'esistenza di uno squilibrio di tale potere contrattuale – tra il singolo fornitore e il singolo acquirente – che sarebbe alla base dell'applicazione della direttiva UTP, rendendo quindi necessario il contrasto alle pratiche commerciali sleali. Lo squilibrio del potere contrattuale sarebbe dunque una caratteristica essenziale di identificazione della singola violazione. Quanto all'identità del fatto, in conseguenza dello scopo di protezione desumibile dalla direttiva UTP, dovrebbe essere preso in considerazione il rapporto individuale tra acquirente e

fornitore, sulla base del quale andrebbe valutato altresì il contenuto illecito della singola pratica commerciale sleale posta in essere.

- 22 Nella motivazione del progetto di direttiva UTP (proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare, del 12 aprile 2018, COM(2018) 173 final, 2018/0082 (COD), (in prosieguo: il «progetto di direttiva UTP»)) ([eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0173](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0173), consultato il 3 gennaio 2024) viene evidenziato il fatto che l'ambito di regolamentazione della normativa antitrust è distinto da quello del contrasto alle pratiche commerciali sleali e che tali complessi normativi coesisterebbero in maniera indipendente e complementare. Infine, anche la base giuridica su cui si fonderebbe l'adozione della direttiva UTP dovrebbe essere oggetto di esame. Qualora si fosse inteso creare regole di concorrenza (normativa speciale antitrust) per la filiera agricola e alimentare, avrebbe potuto essere utilizzato l'articolo 103 TFUE come base giuridica, cosa che non è avvenuta. Sarebbe stato scelto, invece, l'articolo 43, paragrafo 2, TFUE, diretto alla realizzazione degli obiettivi della politica agricola e della pesca comune.
- 23 Ciò implicherebbe che non sussiste alcun fondamento per l'impiego della nozione giuridica di infrazione unica, complessa e continuata sviluppata nel diritto dell'Unione in materia di concorrenza.
- 24 Nel formulare la disposizione sanzionatoria, il legislatore austriaco avrebbe deciso di stabilire un importo massimo fisso invece di una percentuale, diversamente dalla normativa antitrust. Al di sotto di tale importo, ai fini del calcolo di una singola ammenda, sarebbe altresì rilevante la categoria per entità di fatturato (articolo 5 a, paragrafo 2, del FWBG) in cui rientra l'acquirente. Se, da un lato, la previsione di un'ammenda fino a EUR 500 000 assumerebbe una rilevanza estrema per un acquirente con un fatturato rientrante nelle soglie di cui al punto 1, dall'altro lato, con riguardo a un acquirente che si colloca nelle fasce di fatturato più elevate, fino a quelle di cui al punto 6, detta previsione non sembrerebbe idonea a riflettere adeguatamente le violazioni gravi e di vasta portata all'interno di un importo massimo comune. Al contrario, e in analogia con il diritto penale amministrativo, dovrebbe ipotizzarsi l'applicazione del principio del cumulo, con la conseguenza del computo di un'ammenda pari a EUR 500 000 per ciascuna singola infrazione. Nel contesto delle precedenti osservazioni e alla luce di un'interpretazione conforme alla direttiva, ciò porterebbe alla conclusione che la seconda sezione del FWBG abbia adottato, in linea di principio, una strategia basata sull'esame del singolo caso e, di conseguenza, sullo svolgimento di procedimenti separati.
- 25 Lo svolgimento di sedici procedimenti distinti non sarebbe quindi il risultato di una suddivisione artificiosa, bensì la conseguenza necessaria dell'applicazione dei criteri individuali di valutazione di cui al FWBG.

- 26 La **resistente** si oppone alla presentazione di domande separate e allo svolgimento separato dei procedimenti, sostenendo che le sedici domande presentate separatamente dalla ricorrente trarrebbero origine dagli stessi fatti, costituendo pertanto l'addebito di un'unica infrazione. La suddivisione artificiosa in sedici procedimenti sarebbe in contrasto con il principio del «*ne bis in idem*».
- 27 Di recente, la Corte europea dei diritti dell'uomo avrebbe posto la questione dell'esistenza di una medesima azione penalmente rilevante principalmente sulla base della situazione da valutare (gli stessi fatti) (fondamentale la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 febbraio 2009, 14939/03, Zolotukhin/RU, punti 71 e segg.). Si configurerebbe pertanto una violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali qualora la stessa situazione costituisca la base di una pluralità di accuse penali o di sanzioni aventi come riferimento fatti identici o sostanzialmente uguali («*identical facts or facts which are substantially the same*»). Secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, si dovrebbe sempre ritenere l'esistenza di un «*idem*» nel caso in cui entrambi i reati si basino su una situazione identica o sostanzialmente uguale. A parere della Corte europea dei diritti dell'uomo, dovrebbero essere presi in considerazione i fatti che configurano un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro nel tempo e nello spazio. Ad avviso dell'OGH (Corte suprema), occorrerebbe assumere l'identità dei fatti, l'«*idem*», a prescindere dalla loro qualificazione giuridica o dal valore giuridico lesivo, qualora i procedimenti o le decisioni si basano sugli stessi fatti storici. Detto giudice avrebbe sottolineato nella sentenza 11 Os 73/13i quanto segue: «*I criteri di valutazione del fatto da impiegare sono il tempo, il luogo, l'oggetto, l'azione, l'autore, la vittima e il risultato cagionato o voluto. In tale contesto, un insieme di fatti che, per loro natura, sono indissolubilmente legati tra loro e coincidono in termini di tempo e luogo non può essere suddiviso in atti artificialmente separati gli uni dagli altri*».
- 28 Tale definizione di «*idem*» comporterebbe che l'accusa di violazione dell'articolo 5 c in combinato disposto con l'allegato I, punto 5, del FWBG formulata dalla ricorrente in sedici procedimenti nei confronti della resistente, fa riferimento a un unico e identico insieme di fatti.
- 29 L'articolo 6, paragrafo 2, del FWBG dispone che il Kartellgericht (Tribunale della concorrenza) «(...) può imporre una ammenda fino a un importo massimo di EUR 500 000».
- 30 Con la scelta di avviare i procedimenti separatamente, la ricorrente eluderebbe la disposizione di legge che prevede «**una**» ammenda fino a un importo massimo di EUR 500 000. Ciò comporterebbe non solo un sovraccarico per la capacità finanziaria della resistente, ma anche una moltiplicazione dei costi del procedimento e un onere eccessivo per il funzionamento dell'organo giurisdizionale.

- 31 Dato che tutte le richieste di investimento inoltrate ai fornitori si iscriverebbero all'interno di un piano d'insieme volto alla compensazione dei costi del processo di trasformazione tramite un contributo finanziario versato dai fornitori di prodotti agricoli e alimentari al fine di poter garantire la continuità operativa della resistente, si configurerebbe un unico atto.
- 32 In subordine, la resistente sostiene che si tratti dell'addebito di un'**infrazione unica e continuata**. Secondo la giurisprudenza consolidata, una violazione della normativa antitrust potrebbe risultare non soltanto da un atto isolato, ma anche da una serie di atti o persino da un comportamento continuato, anche quando uno o più elementi di questa serie di atti o di questo comportamento continuato potrebbero altresì costituire, di per sé e considerati isolatamente, una violazione di detta disposizione (sentenza della Corte di giustizia C-697/19 P, punto 62). Si tratterebbe di una nozione sviluppata grazie alla giurisprudenza, a partire dalla fondamentale sentenza della Corte di giustizia nella causa C-49/92 P, nella quale veniva dichiarato, a tal riguardo, che «(...) *gli accordi e le pratiche concordate accertati si inserivano, data l'identità dei loro scopi, nell'ambito di sistemi di riunioni periodiche, di fissazione di obiettivi in materia di prezzi e di quote, sistemi che facevano parte a loro volta di una serie di iniziative delle imprese di cui trattasi miranti ad un unico scopo economico, quello di falsare l'andamento dei prezzi. Esso [il Tribunale] ha ritenuto che fosse artificioso frazionare tale comportamento continuato, caratterizzato da un'unica finalità, ravvisandovi più infrazioni distinte, mentre si trattava al contrario di un'infrazione unica che si è gradualmente concretata sia attraverso accordi sia attraverso pratiche concordate*».

Anche in Austria, secondo giurisprudenza costante, verrebbe invocata la nozione giuridica di infrazione unica e continuata nel caso di violazioni della normativa in materia di concorrenza (16 Ok 2/15b).

La nozione d'infrazione unica e continuata presuppone l'esistenza di un «piano d'insieme», nel quale si iscrivono diversi atti, a causa del loro identico oggetto e ciò indipendentemente dal fatto che uno o più di tali atti possano costituire, di per sé e considerati isolatamente, una violazione della normativa in materia di concorrenza.

- 33 La giurisprudenza dell'Unione applicherebbe tale nozione anche alle violazioni dell'articolo 102 TFUE o dell'articolo 5 del KartG. Ad avviso del Tribunale (T-321/05, punti 892 e seg.), nell'applicazione della nozione giuridica di infrazione unica e continuata ai casi di abuso, occorrerebbe verificare se i comportamenti diversi presentino un nesso di complementarità.
- 34 La nozione giuridica di infrazione unica e continuata sarebbe applicabile anche alle violazioni del FWBG o delle disposizioni di trasposizione della direttiva UTP di cui agli articoli 5 a e seguenti del FWBG, qualora le violazioni presentino un nesso di complementarità, vale a dire se siano simili nelle modalità di commissione, siano ravvicinate nel tempo e scaturiscano da un intento generale o

da un piano d'insieme, in quanto le suddette disposizioni di trasposizione e le infrazioni ivi menzionate denoterebbero l'esistenza di una sistematica con riguardo a scopo di protezione, obiettivo del legislatore ed efficacia molto simile ai divieti antitrust disposti dall'articolo 102 TFUE o dall'articolo 5 del KartG.

- 35 Il comportamento della resistente nei confronti dei sedici fornitori riguarderebbero un insieme di fatti che, per loro natura, sarebbero indissolubilmente legati tra loro. La strategia dell'investimento sarebbe stata elaborata nella sua interezza dalla società di consulenza incaricata dalla resistente ed era stata (in parte) accettata da quest'ultima. L'obiettivo sarebbe stato quello di consentire una più forte presenza sul mercato a seguito di una ristrutturazione e di ulteriori investimenti. A tal fine, taluni fornitori con buone disponibilità finanziarie avrebbero dovuto essere sollecitati all'investimento per contribuire al mantenimento di condizioni di operatività del loro acquirente. In tale contesto, potrebbe ritenersi che il suddetto requisito del «piano d'insieme» fosse chiaramente soddisfatto attraverso l'invio della sollecitazione all'investimento.
- 36 Un'analisi delle finalità della direttiva UTP e del FWBG dimostrerebbe che il FWBG possa essere qualificato come normativa in materia di concorrenza o antitrust.
- 37 Dai considerando della direttiva UTP emergerebbe con chiarezza che essa mira a tutelare i fornitori dagli acquirenti dotati di una forte posizione sul mercato nello specifico settore. A tal fine, detta direttiva definirebbe una serie di «condotte» che dovrebbero essere vietate in termini assoluti o relativi. Sarebbe evidente che tali condotte costituiscono già di per sé una violazione della normativa sul controllo degli abusi nel caso di imprese con una posizione dominante sul mercato. Le suddette pratiche sarebbero molto simili alle fattispecie previste dalla normativa antitrust. La direttiva UTP e la normativa antitrust perseguirebbero la stessa *ratio* di «tutela dagli squilibri del mercato».
- 38 In particolare, il testo del considerando 9, segnatamente nella parte «[le differenze nel] potere contrattuale, che corrispondono alla dipendenza economica del fornitore dall'acquirente», istituisce un nesso diretto con la disciplina del controllo degli abusi di cui all'articolo 5 del KartG e dell'articolo 102 TFUE.
- 39 La stessa formulazione di «accordi equi tra le parti, volti a creare efficienza» è comparabile, nei suoi elementi di base, alla deroga di cui all'articolo 101, paragrafo 3, TFUE e all'articolo 2 del KartG.
- 40 Infine, non andrebbe trascurata l'architettura della direttiva UTP e degli articoli 5 a e seguenti del FWBG, che, con riguardo al «catalogo dei divieti», è in larga misura simile alle omonime disposizioni dei regolamenti antitrust di esenzione per categoria, la cosiddetta «lista nera» e le pratiche consentite a determinate condizioni, la cosiddetta «lista grigia».
- 41 Tutto quanto premesso, dovrebbe rilevarsi che la nozione di infrazione unica e continuata sarebbe stata sviluppata con riguardo a un insieme di circostanze come



nel caso di cui trattasi. La sistematica delle fattispecie di cui agli articoli 5 a e seguenti del FWBG si baserebbe sulla normativa antitrust, in particolare sull'articolo 5 del KartG, il cui ambito di applicazione differisce dalla direttiva UTP e dal FWBG solo per quanto attiene al rigoroso requisito della posizione dominante sul mercato. In conclusione, sarebbe artificioso se un'infrazione unica, caratterizzata da un piano d'insieme, venisse suddivisa in distinte infrazioni soltanto in ragione dell'applicazione degli articoli 5 a e seguenti del FWBG anziché dell'articolo 5 del KartG. Piuttosto, la giurisprudenza sviluppata sull'infrazione unica e continuata dovrebbe essere applicata anche alle violazioni del FWBG.

- 42 La mancata applicazione della nozione giuridica di infrazione unica e continuata o di reato continuato violerebbe del pari il principio di equivalenza previsto dal diritto dell'Unione.
- 43 L'obbligo di garantire l'efficacia del diritto dell'Unione, che si baserebbe sul dovere di leale cooperazione degli Stati membri di cui all'articolo 4, paragrafo 3, del TUE, comprenderebbe altresì, nella sua attuazione, la tutela effettiva dei diritti soggettivi derivanti da un'oggettiva norma di condotta. Da ciò discenderebbero specifici requisiti per la definizione della normativa nazionale applicabile in assenza di disposizioni di diritto dell'Unione. Ad esempio, le norme sostanziali e procedurali riguardanti l'applicazione di sanzioni per le violazioni del diritto dell'Unione dovrebbero essere equivalenti alle disposizioni applicate per sanzionare le corrispondenti violazioni del diritto nazionale (principio di equivalenza).
- 44 Quanto precede si applicherebbe anche al rapporto tra gli articoli 5 a e seguenti del FWBG, che si basano sul diritto dell'Unione (direttiva UTP), e gli articoli 1 e seguenti del KartG austriaco. L'autonomia procedurale e, in parte, anche la libertà sostanziale (nell'attuazione della direttiva) cesserebbero di fronte alla distorsione dell'equivalenza. Tale distorsione si configurerebbe nel caso in cui l'applicazione nazionale degli articoli 4 a e seguenti del FWBG, nonostante che siano in ampia misura simili alle disposizioni del KartG, dovesse essere ispirata a diverse modalità di esecuzione. Ciò deriverebbe anche dalla stessa direttiva UTP, secondo la quale i diritti di difesa dell'acquirente garantiti (dal diritto dell'UE) dovrebbero essere rispettati dalle autorità di contrasto (considerando 35 e articolo 6, paragrafo 2, della direttiva UTP). I suddetti diritti di difesa non potrebbero essere erosi da un eccessivo frazionamento di un'infrazione (continuata), in quanto tale risultato non sarebbe in linea con il principio di equivalenza.

### **Breve esposizione della motivazione del rinvio pregiudiziale**

- 45 Per quanto riguarda l'obiettivo definito nella direttiva UTP, segnatamente di compensare gli squilibri comuni nel potere contrattuale tra acquirenti e fornitori nella filiera agricola e alimentare, occorre valutare la trasposizione nel diritto nazionale in conformità a detto orientamento. Di conseguenza, deve essere



qualificata la natura giuridica dell'ammenda di cui all'articolo 6, paragrafo 2, del FWBG e, infine, deve essere discussa la dottrina austriaca del concorso nel caso di plurime violazioni della legge e tale sistema deve essere posto nell'ambito della direttiva UTP.

- 46 L'articolo 1 della direttiva UTP tiene conto del divario tra le capacità economiche del fornitore e del cliente (acquirente) facendo riferimento a soglie di fatturato, trasposte nell'ordinamento austriaco mediante l'articolo 5 a, paragrafo 2, punti da 1 a 5 del FWBG. In conformità a detta direttiva, tale disposizione nazionale stabilisce le soglie di fatturato massimo e minimo come condizione per l'applicazione degli articoli 5 a e seguenti del FWBG.
- 47 I considerando della direttiva UTP non sono stati recepiti nel FWBG. Tuttavia, essi sono sostanzialmente riprodotti nei lavori preparatori, specificamente nelle note esplicative del disegno di legge governativo (ErlRV 1167 XXVII. GP, 1) del FWBG.
- 48 In attuazione dell'articolo 6 della direttiva UTP, l'articolo 6, paragrafo 2, del FWBG prevede, a titolo di sanzione nel caso di violazione del divieto di pratiche commerciali sleali, l'imposizione di un'ammenda.
- 49 Ad avviso della Sezione remittente, tale norma sanzionatoria ha natura penale.

***L'ammenda prevista dalla legge austriaca sulle intese***

- 50 In base allo scopo e all'effetto, l'ammenda prevista dalla legge austriaca sulle intese è una sanzione di natura simile ad una sanzione penale (OGH, in RIS-Justiz RS0120560). Lo scopo delle ammende previste dall'articolo 29 del KartG è quello di sanzionare gli illeciti commessi (repressione) e, indipendentemente dal fatto che il comportamento vietato sia ancora in corso o i suoi effetti siano persistenti, di impedire la commissione di ulteriori infrazioni (prevenzione). Le ammende previste dalla normativa antitrust sono mezzi statali di esecuzione e rientrerebbero quindi nel diritto penale in senso lato (Koprivnikar/Mertel, in Egger/Harsdorf-Borsch, Kartellrecht, Articolo 29 del KartG 2005).
- 51 L'ammenda prevista dall'articolo 29 del KartG soddisfa anche i criteri stabiliti dalla Corte di giustizia nella causa C-151/20 per essere classificata come sanzione con natura penale.
- 52 Nella causa C-151/20, la Corte di giustizia ha dichiarato a tal riguardo:

«Punto 29: L'articolo 50 della Carta stabilisce che “[n]essuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge”. Il principio del *ne bis in idem* vieta quindi un cumulo tanto di procedimenti quanto di sanzioni con natura penale ai sensi del menzionato articolo

per gli stessi fatti e nei confronti di una stessa persona (sentenza del 20 marzo 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, punto 25 e giurisprudenza ivi citata).

Punto 30: Ai fini della valutazione della natura penale dei procedimenti e delle sanzioni di cui trattasi, che spetta al giudice del rinvio effettuare, occorre rammentare che sono rilevanti tre criteri. Il primo consiste nella qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, il secondo nella natura dell'illecito e il terzo nel grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere (v., in tal senso, sentenze del 5 giugno 2012, Bonda, C-489/10, EU:C:2012:319, punto 37, nonché del 20 marzo 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, punti 26 e 27).

Punto 31: Occorre sottolineare, a tal riguardo, che l'applicazione dell'articolo 50 della Carta non si limita unicamente ai procedimenti e alle sanzioni qualificati come "penali" dal diritto nazionale, bensì comprende – prescindendo da una siffatta qualificazione in diritto interno – procedimenti e sanzioni che devono essere ritenuti di natura penale sul fondamento dei due ulteriori criteri di cui al punto precedente (v., in tal senso, sentenza del 20 marzo 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, punto 30)».

***L'ammenda di cui all'articolo 6, paragrafo 2, del FWBG***

- 53 I criteri stabiliti in relazione alla qualificazione dell'ammenda di cui al KartG come sanzione con natura penale sono soddisfatti anche dall'articolo 6, paragrafo 2, del FWBG.
- 54 L'ammenda prevista dall'articolo 6, paragrafo 2, del FWBG attua la disposizione sanzionatoria dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera e), della direttiva UTP. Ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 2, del FWBG, ai fini del calcolo dell'ammenda occorre tener conto della gravità e della durata dell'infrazione, dell'arricchimento conseguito grazie alla durata dell'infrazione, del grado di colpevolezza e della capacità economica. La sanzione deve essere efficace, proporzionata e dissuasiva, conformemente ai requisiti dell'ultima frase dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva UTP, e tengono conto della natura, della durata, della frequenza e della gravità della violazione. Quest'ultima disposizione stabilisce quindi, come criterio di valutazione del grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere (C-151/20 - Bundeswettbewerbsbehörde/Nordzucker AG, Südzucker AG, Agrana Zucker GmbH), che l'infrazione commessa debba essere efficacemente sanzionata (repressione) e che la commissione di ulteriori infrazioni debba essere impedita in termini di deterrenza (prevenzione). Dato che l'efficacia repressiva e preventiva dev'essere conseguita come espressione delle caratteristiche tipiche di una sanzione (OGH, 16 Ok 52/05) in conformità alle chiare disposizioni dell'articolo 6, paragrafo 1, ultima frase, della direttiva UTP, l'attuazione in Austria dell'articolo 6, paragrafo 2, del FWBG accompagnata da

una cornice edittale fino a EUR 500 000 costituisce una sanzione con natura penale.

- 55 Alla luce della suddetta qualificazione giuridica della disposizione sanzionatoria austriaca come sanzione con natura penale, occorre rispondere alla questione della forma in cui debba essere sanzionata una condotta che violi ripetutamente l'articolo 5 c, paragrafo 1, in combinato disposto con l'allegato I, punto 4, del FWBG [articolo 3 paragrafo 1, lettera d), della direttiva UTP], come sostenuto dalla ricorrente nel procedimento di cui trattasi.

***Orientamenti del diritto penale austriaco in caso di violazioni plurime della legge – Dottrina del concorso***

- 56 A differenza dello Strafgesetzbuch (codice penale austriaco; in prosieguo: lo «StGB») e del Verwaltungsstrafgesetz (legge austriaca sul diritto penale amministrativo; in prosieguo: il «VStG»), nel FWBG manca una disposizione sulla forma in cui debba essere imposta la sanzione nel caso di infrazioni plurime.
- 57 Anche nella legge austriaca sulle intese manca una disposizione al riguardo (v. Koprivnikar/Mertel, in Egger/Harsdorf-Borsch, Kartellrecht, Articolo 29, paragrafo 5).
- 58 Nel caso di infrazioni frequenti e prolungate alla normativa in materia di concorrenza, si è sviluppata, in linea con la giurisprudenza e la dottrina prevalente e alle condizioni che saranno esposte *infra*, la nozione di infrazione unica e continuata, che considera dogmaticamente le infrazioni plurime come un unico fatto a titolo di concorso ideale.
- 59 Nel presente caso, si pone la questione se la nozione giuridica di infrazione unica e continuata possa essere impiegata nel caso di infrazioni plurime al FWBG. Ciò richiede un'analisi più dettagliata della suddetta nozione.

*Infrazione unica e continuata*

- 60 L'articolo 25, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1/2003 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 101 e 102 TFUE utilizza il termine «infrazione continuata».
- 61 Secondo costante giurisprudenza della Corte di giustizia, si ravvisa un'infrazione unica e continuata quando esista un piano d'insieme, nel quale si iscrivono diversi atti, a causa del loro identico oggetto di distorsione del gioco della concorrenza nel mercato interno, e ciò indipendentemente dal fatto che uno o più di tali atti possano anche costituire, di per sé e considerati isolatamente, una violazione dell'articolo 101 TFUE (sentenze nella causa C-702/19 P e nella causa C-642/13).
- 62 Quindi, laddove le diverse azioni facciano parte di un «piano d'insieme», a causa del loro identico oggetto di distorsione del gioco della concorrenza nel mercato

interno, la Commissione può imputare la responsabilità di tali azioni in funzione della partecipazione all'infrazione considerata nel suo insieme (sentenza nella causa C-642/13 P; v., in tal senso, sentenza nelle cause riunite C-293/13 P e C-294/13 P, punto 156 e la giurisprudenza ivi citata).

- 63 In presenza di tali condizioni, sarebbe artificioso frazionare un comportamento continuato, caratterizzato da un'unica finalità, ravvisandovi più infrazioni distinte (v. sentenze nelle cause C-642/13 P; C-702/19 P; C-700/19 P).
- 64 A differenza dell'articolo 25 del regolamento n. 1/2003, il KartG austriaco non distingue tra infrazioni continuate e altri tipi di infrazione (Schwarz, in Egger/Harsdorf-Borsch, Kartellrecht, Articolo 33 del KartG 2005).
- 65 A partire dalla sentenza 16 Ok 2/15b, la nozione giuridica di infrazione unica e continuata con riguardo alle violazioni dell'articolo 101 TFUE è stata recepita anche dalle Corti supreme in Austria.
- 66 L'OGH ha affermato che una pluralità di condotte illecite consecutive costituisce un'infrazione continuata e un'unità giuridica qualora esse siano accomunate da un'identità di oggetto (stessa finalità di tutti gli elementi). I singoli atti devono essere simili nelle modalità di commissione, essere ravvicinati nel tempo e scaturire da un intento generale (16 Ok 2/15b).
- 67 Una siffatta infrazione complessiva è, in linea generale, caratterizzata da un comportamento anticoncorrenziale continuato dei partecipanti all'intesa con un unico obiettivo economico (16 Ok 3/23m).
- 68 L'OGH rammenta che, ai fini della qualificazione di atti diversi come un'infrazione continuata, occorre verificare se essi presentino un nesso di complementarità, nel senso che ciascuno di essi è destinato a far fronte ad una o più conseguenze del gioco normale della concorrenza e se essi contribuiscano, interagendo reciprocamente, alla realizzazione del complesso degli effetti anticoncorrenziali voluti dai rispettivi autori nell'ambito di un piano d'insieme avente un'unica finalità. Un piano d'insieme non deve necessariamente esistere fin dall'inizio, ma può essere stato elaborato nel corso del tempo (16 Ok 2/15b).
- 69 Ciò significa che la nozione giuridica di infrazione unica e continuata nella normativa in materia di concorrenza, secondo la concorde giurisprudenza della Corte di giustizia e dell'OGH, presuppone un piano d'insieme degli interessati volto alla distorsione del gioco della concorrenza attraverso i loro atti.
- 70 L'adozione della nozione giuridica di infrazione unica e continuata, sviluppata nella normativa in materia di concorrenza, sembra non essere coerente con il sistema nel sanzionare le infrazioni plurime al FWBG:
- 71 In considerazione del fatto che l'obiettivo primario della direttiva UTP e quindi del FWBG è quello di compensare le differenze nel potere contrattuale tra acquirenti e fornitori nella filiera agricola e alimentare e che assume rilevanza il

potere contrattuale relativo (considerando 14 della direttiva UTP), risulta evidente che, nel caso di violazioni plurime del divieto di pratiche commerciali sleali, la qualificazione di tali atti come un'infrazione unica e continuata viene meno a causa della mancanza di un piano d'insieme avente ad oggetto la distorsione del gioco della concorrenza nella forma di una strategia ostruzionistica su larga scala. Il singolo rapporto di fornitura e la disparità di potere contrattuale relativo in esso presente sono centrali nella valutazione ai sensi del FWBG.

72 La stessa dottrina austriaca nega l'esistenza di un fondamento per l'applicazione della nozione giuridica di infrazione unica e continuata, sviluppata nella normativa in materia di concorrenza, in relazione alle pratiche commerciali sleali (Seper, in Egger/Harsdorf-Borsch, Kartellrecht, Articolo 6 del FWBG, paragrafo 6).

73 Ne consegue che la questione del modo in cui debbano essere perseguite le infrazioni plurime dei divieti previsti dalla direttiva UTP può trovare risposta nel diritto penale (amministrativo) austriaco.

74 Come si esporrà subito *infra*, la Sezione remittente nutre dubbi sulla compatibilità della soluzione fornita dalla dogmatica austriaca con le prescrizioni della direttiva UTP.

*Principio dell'assorbimento versus principio del cumulo*

75 Tanto il diritto penale austriaco, all'articolo 28 dello StGB, quanto il diritto penale amministrativo austriaco, all'articolo 22 del VStG, disciplinano il trattamento di una persona che abbia commesso più infrazioni:

76 L'articolo 28, paragrafo 1, dello StGB stabilisce il cosiddetto principio di assorbimento nel caso di pene dello stesso tipo.

77 Esso dispone: «Se una persona ha commesso più reati dello stesso o di diverso tipo con un unico atto o con più atti indipendenti e questi reati vengono giudicate simultaneamente, viene inflitta un'unica pena detentiva o pecuniaria qualora le leggi concorrenti prevedano solo pene detentive o solo pecuniarie. La pena sarà determinata in base alla legge che prevede la pena più elevata. Tuttavia, indipendentemente dalla riduzione straordinaria della pena, non può essere inflitta una pena inferiore alla più alta tra le pene minime previste dalle leggi concorrenti».

78 Al contrario, il diritto penale amministrativo austriaco prevede il principio del cumulo all'articolo 22, paragrafo 2, del VStG come regola di base nel caso di concorso di più illeciti amministrativi punibili: «Se qualcuno ha commesso più illeciti amministrativi con più atti indipendenti o se un atto è soggetto a più sanzioni che non si escludono tra loro, le sanzioni devono essere applicate congiuntamente. Lo stesso vale se gli illeciti amministrativi concorrono con altri reati che devono essere sanzionati da un'autorità amministrativa».



- 79 Il principio del cumulo si applica a tutti i casi di vero e proprio concorso ideale e reale. Pertanto, ove l'autore commetta ripetutamente più reati indipendenti, con la conseguente configurazione di un concorso reale, dovrà essere imposta una sanzione per ciascun illecito amministrativo, cosicché verranno applicate più sanzioni congiuntamente (Lewisch, in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG, III edizione, Articolo 22, paragrafo 9).
- 80 Tuttavia, nel caso di cumulo delle sanzioni, occorre tener conto delle restrizioni previste dal diritto dell'Unione, in particolare del principio di proporzionalità (sentenze della Corte di giustizia C-64/18; C-746/21 P).
- 81 Il FWBG non contiene alcuna disposizione relativa al principio da applicare nell'imporre sanzioni in caso di concorso di violazioni.
- 82 In virtù della considerazione che l'applicazione del principio del cumulo non richiede alcun'altra disposizione, oltre a quella di imposizione della sanzione in quanto tale, mentre il principio dell'assorbimento (principio di imputazione) deve contemplare criteri di imputazione, può presumersi che, in caso di infrazioni plurime al FWBG, le sanzioni (ammende) debbano essere imposte congiuntamente in conformità al principio del cumulo.
- 83 Secondo la dogmatica austriaca del diritto penale (amministrativo), tuttavia, in un caso del genere, non troverebbero applicazione né il principio dell'assorbimento né il principio del cumulo, in quanto la condotta addebitata alla resistente dalla ricorrente dovrebbe essere valutata come un reato unitario (reato continuato):

*Reato unitario – Unicità della fattispecie*

- 84 La sentenza della Sezione in composizione ampliata dell'OGH, 13 Os 1/07g, ha segnato, in presenza di azioni conformi, un cambio di paradigma dalla nozione giuridica di reato continuato a quella di reato unitario.
- 85 Nella motivazione della suddetta sentenza è affermato quanto segue:

«Nella misura in cui, nella pregressa giurisprudenza, la nozione di “reato continuato” (in conformità ad ulteriori requisiti talvolta richiesti ma esaminati in maniera incongruente) ricomprendeva più atti che soddisfacevano (tanto allo stato tentato quanto allo stato consumato) la stessa fattispecie penalmente rilevante ed erano stati commessi con un “intento generale” nell'ambito di un'unità giuridica di azioni sconosciuta alla legge, con la conseguenza che da singoli reati dello stesso tipo in sé indipendenti si sarebbe configurato un reato unitario, l'OGH si è già discostato, nella sostanza, da tale nozione giuridica con l'affermazione della sua divisibilità a livello processuale con la sentenza fondamentale SSt 56/88 = EvBl 1986/123. (...). Nel riconoscimento del nesso della continuazione sulla base della mera unicità del reato si ravvisa un deliberato rigetto di una visione autonoma del reato continuato e un'adesione alla concezione della tipicità del reato. La differenza tra la nozione giuridica di reato continuato e quella di reato



unitario consiste nel fatto che la prima è prevista dalla parte generale del diritto penale sostanziale, mentre la seconda riunisce azioni dello stesso tipo conformi alle singole fattispecie. I criteri di combinazione possono quindi variare a seconda del reato, senza che si manifestino contraddizioni suscettibili di ripercuotersi sull'intero sistema del diritto penale. Secondo Jescheck/Weigend (711 ss.), potrebbe parlarsi di reato unitario nel caso di realizzazione di una fattispecie semplice, ossia di soddisfacimento dei requisiti minimi della fattispecie tipica, in particolare nelle ipotesi di reati complessi e continuati (reato unitario in senso stretto), nonché ove si tratti unicamente dell'intensità della realizzazione unitaria del reato (SSt 56/88), cioè della realizzazione ripetuta dello stesso reato in un breve periodo, quindi nell'ipotesi di un incremento meramente quantitativo (uniformità dell'illecito) e di una medesima motivazione (uniformità della colpevolezza), sebbene vengano lesi valori giuridici altamente personali di diversi interessati, nonché nel caso di realizzazione progressiva del reato, vale a dire nell'approssimazione all'evento del reato attraverso diversi singoli atti in presenza delle stesse circostanze e della medesima motivazione, ad esempio nel passaggio dal tentativo alla consumazione o nel caso di furto con scasso in due fasi (reato unitario in senso lato)».

- 86 Da quel momento, il reato unitario in senso lato è la nozione giuridica impiegata dalla giurisprudenza consolidata (RIS-Justiz RS0122006) in presenza delle seguenti condizioni:
- realizzazione ripetuta dello stesso reato, ossia incremento quantitativo (uniformità dell'illecito),
  - in un breve periodo,
  - con la medesima motivazione (uniformità della colpevolezza).
- 87 In presenza di tale condizione, la nozione giuridica di unità delle azioni penalmente rilevanti deve essere impiegata anche in caso di lesione dei valori giuridici di diversi interessati (Ratz, in Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar StGB, Premesse agli articoli da 28 a 31, paragrafo 89).
- 88 La combinazione di condotte in un reato unitario comporta che la fattispecie di reato venga realizzata una sola volta (RIS-Justiz RS0120233; RS0122006). Un reato unitario costituisce, infatti, un unico reato dal punto di vista tanto sostanziale quanto processuale (11 Os 51/11a).
- 89 Nel diritto penale amministrativo, la nozione giuridica di reato continuato continua a essere applicato nell'ipotesi di reati dolosi. Il VwGH definisce il reato continuato come «una serie di singoli atti illeciti che, a causa dell'omogeneità della forma di commissione e delle circostanze esterne in un contesto temporale identificabile», correlati da una «volontà coerente predeterminata» («intento generale»), «si fondono per costituire un'unità», in cui detta volontà è diretta alla successiva realizzazione di un obiettivo complessivo pressoché definito. Da ultimo, il VwGH ha descritto la volontà coerente come un «movente per la

reiterazione di reati dello stesso tipo» (Lewisch, in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG, Articolo 22, paragrafo 20). La funzione del reato continuato risiede nel combinare gli atti di reiterazione della fattispecie («reati continuati») in un unico «reato continuato». In conclusione, il reato continuato consiste pertanto, dal punto di vista giuridico, in un unico reato per il quale deve essere inflitta un'unica pena; non è possibile un cumulo delle pene relative ai singoli atti commessi nel contesto della continuazione (*ibidem*, paragrafo 24).

### **Conclusioni**

- 90 Per i casi in esame, ciò implica che gli addebiti mossi dalla ricorrente alla resistente relativi all'asserita violazione dell'articolo 5 c, paragrafo 1, in combinato disposto con l'allegato I, punto 4, del FWBG in ragione dell'invio contemporaneo di sedici e-mail con fatture proforma a sedici diversi fornitori aventi il contenuto riprodotto *supra*, dovrebbero essere qualificati, secondo la dogmatica penale austriaca, come un reato unitario:
- 91 L'accusa della ricorrente riguarda la reiterata e conforme realizzazione della stessa fattispecie, segnatamente dell'articolo 5 c, paragrafo 1, in combinato disposto con l'allegato I, punto 4, del FWBG (uniformità dell'illecito) in un tempo ravvicinato, addirittura simultaneamente, sulla base di una medesima motivazione nella forma di un intento generale mirante, in presenza delle medesime circostanze concomitanti esterne, ad attuare il processo di trasformazione, vale a dire, in particolare, a realizzare la proposta formulata da una società di consulenza a tal fine incaricata (uniformità della colpevolezza). Pertanto, le azioni devono essere combinate in un'unità giuridica in conformità alla giurisprudenza nazionale consolidata (RIS-Justiz RS0122006), con la conseguenza che le violazioni plurime del FWBG fatte valere dalla ricorrente nei confronti della resistente devono essere valutate come un'unica violazione del FWBG.
- 92 Da quanto premesso discende che – ove l'accusa della ricorrente dovesse rivelarsi fondata a seguito dell'assunzione delle prove – dovrebbe essere imposta una sola volta un'ammenda ricompresa in una cornice edittale di EUR 500 000 per un'unica infrazione, benché ne siano stati interessati sedici rapporti di fornitura.
- 93 Tuttavia, ad avviso della Sezione remittente, tale risultato è in contraddizione con la finalità perseguita dalla direttiva UTP di compensare gli squilibri esistenti nel potere contrattuale tra acquirenti e fornitori nella filiera agricola e alimentare, in quanto tale compensazione può essere effettuata unicamente sulla base del singolo rapporto di fornitura. Il fatto che il singolo rapporto di fornitura e lo squilibrio nel potere contrattuale relativo ivi ravvisabile siano centrali nelle valutazioni della direttiva UTP è evidente anche dal suo articolo 1, che introduce un rapporto di fatturato annuale tra fornitore e acquirente, ammettendo che l'esistenza di detto rapporto potrebbe, di regola, minare il potere contrattuale dell'acquirente (v. pure considerando 7 della direttiva UTP). Tale finalità indica che ogni violazione del FWBG debba essere analizzata separatamente per l'acquirente e il fornitore con

riguardo ai rispettivi fatturati annuali. In tal modo si mette in primo piano il singolo rapporto individuale con il fornitore.

- 94 Con la combinazione in un reato unitario delle violazioni del FWBG da parte di un acquirente nei confronti di più fornitori, il potere contrattuale relativo, il cui comune squilibrio è stato alla base dell'adozione della direttiva UTP, viene rimosso dal centro della valutazione. Inoltre, la valutazione del comportamento di un acquirente nei confronti di una pluralità di fornitori come un reato unitario significa che il requisito dell'efficacia, della proporzionalità e della dissuasività dell'ammenda, nella migliore delle ipotesi, non è soddisfatto e l'efficacia della direttiva UTP può quindi esserne eventualmente pregiudicata. Per contro, ad avviso della Sezione remittente, l'imposizione cumulativa di ammende in funzione del numero di rapporti di fornitura interessati dall'infrazione o dalle infrazioni terrebbe effettivamente conto del potere contrattuale relativo.
- 95 Dato che, secondo la dogmatica del diritto penale nazionale e dunque in base alla normativa austriaca, non deve essere effettuato un siffatto cumulo di ammende, la Corte di giustizia sarà chiamata a interpretare la direttiva UTP e la conformità del diritto austriaco a tale direttiva nel senso delle questioni pregiudiziali sottoposte.

#### ***Sintesi della motivazione del rinvio pregiudiziale***

Sulla prima questione:

- 96 Secondo la dogmatica del diritto penale austriaco, la condotta della resistente accusata dalla ricorrente di aver inviato contemporaneamente a sedici fornitori diverse richieste di pagamento (fatture proforma) che non sono connesse alla vendita di prodotti agricoli e alimentari sulla base della medesima motivazione (attuazione del processo di trasformazione) nella stessa situazione di fatto si qualificerebbe come reato unitario nel senso di una singola infrazione all'articolo 5 c, paragrafo 1, in combinato disposto con l'allegato I, punto 4, del FWBG.
- 97 Appare dubbio se la qualificazione di un siffatto comportamento addebitato dalla ricorrente come un reato unitario che comporta l'imposizione di una (singola) ammenda raggiunga in modo equivalente ed efficace l'obiettivo definito dalla direttiva UTP di compensare gli squilibri esistenti nel potere contrattuale tra acquirenti e fornitori nella filiera agricola e alimentare. La prima questione pregiudiziale, unitamente ai relativi quesiti sub a) e b), mira a chiarire se la qualificazione come reato unitario ai sensi della dogmatica nazionale sia in linea con la direttiva UTP.

Sulla seconda questione:

- 98 In assenza di una disposizione del FWBG concernente l'imposizione di sanzioni nel caso di concorso di più reati, dovrebbe essere applicata cumulativamente un'ammenda per ciascuna fattispecie nel caso in cui le violazioni plurime dell'articolo 5 c, paragrafo 1, in combinato disposto con l'allegato I, punto 4 del

FWBG addebitate dalla ricorrente debbano essere qualificate come una pluralità di fattispecie e non come una fattispecie unica. La seconda questione pregiudiziale è volta a stabilire se l'applicazione del principio del cumulo nella presente situazione sia conforme alla direttiva UTP.

- 99 In particolare, ove la qualificazione del comportamento nei confronti di sedici fornitori, contestato dalla ricorrente alla resistente, come reato unitario, ai sensi della dogmatica austriaca, si riveli in contrasto con la direttiva con la conseguenza che alla prima questione pregiudiziale venga fornita una risposta affermativa, occorre chiarire, ai fini della decisione che la Sezione remittente deve adottare, se l'applicazione del principio del cumulo, vale a dire l'imposizione congiunta di più ammende ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 2, del FWBG, sia conforme alla direttiva UTP.