

LIBERA UNIVERSITÀ DEGLI STUDI SOCIALI

LUISS GUIDO CARLI

DOTTORATO IN DIRITTO ED ECONOMIA

XXIV CICLO

RECENTI EVOLUZIONI NELLA DIALETTICA

TRA *PUBLIC* E *PRIVATE ENFORCEMENT*:

I PROGRAMMI DI CLEMENZA E LE DECISIONI CON IMPEGNI

Relatore:

Chiar.mo Prof. Cristoforo Osti

Candidata:

Giulia Codacci Pisanelli

RECENTI EVOLUZIONI NELLA DIALETTICA

TRA *PUBLIC* E *PRIVATE ENFORCEMENT*:

I PROGRAMMI DI CLEMENZA E LE DECISIONI CON IMPEGNI

INDICE

| | |
|---|---|
| Premessa: scopo e struttura dell'indagine | 6 |
|---|---|

***PARTE I* I PROGRAMMI DI CLEMENZA**

CAPITOLO I – LA NORMATIVA OGGETTO DI INDAGINE: I PROGRAMMI DI CLEMENZA

| | |
|--|-----------|
| 1. Le origini del problema: i cartelli e l'attività di indagine delle Autorità.. | 11 |
| 1.1 <i>La logica alla base dei programmi di clemenza: la c.d. “race to the court house”</i> | 15 |
| 1.2 <i>Programmi di clemenza: virtù e possibili rischi</i> | 18 |
| 2. Uno sguardo alla normativa oggetto di indagine | |
| 2.1 <i>Il modello di riferimento: il programma di clemenza americano</i> | 23 |
| 2.2 <i>Il sistema comunitario</i> | 26 |
| 2.3 <i>Il sistema nazionale</i> | 31 |
| 3. L'esperienza comunitaria e le prime applicazioni del programma di clemenza nazionale | 34 |

CAPITOLO II – I PROGRAMMI DI CLEMENZA E GLI INCENTIVI SOTTO IL PROFILO DEL *PUBLIC ENFORCEMENT*

| | | |
|-----------|---|-----------|
| 1. | L'effettività dei programmi di clemenza..... | 40 |
| 2. | Gli elementi esterni: il contesto in cui i programmi di clemenza trovano applicazione..... | 41 |
| 2.1 | <i>La probabilità di essere scoperti: i programmi di clemenza non devono costituire l'unico strumento ai fini dell'individuazione ed accertamento dei cartelli.....</i> | 41 |
| 2.1.1 | <i>Le interferenze tra leniency programme e decisioni con impegni.....</i> | 46 |
| 2.2 | <i>La sanzione attesa: un utile deterrente.....</i> | 48 |
| 2.2.1 | <i>La possibilità di stimare ex ante l'importo dell'eventuale sanzione.....</i> | 48 |
| 2.2.2 | <i>Il livello delle sanzioni imposte.....</i> | 52 |
| 3. | Gli elementi interni: il contenuto dell'offerta premiale..... | 57 |
| 3.1 | <i>Certezza applicativa.....</i> | 57 |
| 3.2 | <i>I benefici concessi: l'immunità per il primo collaborante.....</i> | 60 |
| 3.3 | <i>I benefici concessi: la riduzione della sanzione per i collaboranti successivi al primo.....</i> | 62 |
| 3.4 | <i>Allegato 1: sanzioni - trend applicativi a livello comunitario (Art. 101 TFUE).....</i> | 68 |
| 3.5 | <i>Allegato 2: sanzioni - trend applicativi a livello nazionale (Artt. 2 L. 287/1990 e 101 TFUE).....</i> | 70 |

CAPITOLO III – IL DIFFICILE EQUILIBRIO CON I DIRITTI DEI TERZI: LA DICOTOMIA CON IL *PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT*

| | | |
|-----------|---|------------|
| 1. | Premessa..... | 72 |
| 2. | Sviluppo e obiettivi del <i>private enforcement</i> in Europa..... | 74 |
| 3. | Le ragioni dei contrasti tra programmi di clemenza ed azioni private.... | 77 |
| 4. | Interazioni tra i programmi di clemenza e le azioni di risarcimento del danno: la tutela della riservatezza..... | 80 |
| | <i>4.1 Recenti evoluzioni giurisprudenziali.....</i> | <i>82</i> |
| | <i>4.2 Le soluzioni suggerite dalla Commissione europea.....</i> | <i>87</i> |
| | <i>4.3 Una valutazione critica.....</i> | <i>90</i> |
| 5. | Interazioni tra i programmi di clemenza e le azioni di risarcimento del danno: possibili alternative..... | 93 |
| | <i>5.1 L'esempio statunitense.....</i> | <i>93</i> |
| | <i>5.2 La recente soluzione ungherese.....</i> | <i>95</i> |
| | <i>5.3 Spunti per una soluzione in ambito europeo.....</i> | <i>96</i> |
| | Conclusioni di sintesi..... | 101 |

PARTE II LE DECISIONI CON IMPEGNI

CAPITOLO I – LA NORMATIVA OGGETTO DI INDAGINE: LE DECISIONI CON IMPEGNI.....

| | | |
|-----------|---|------------|
| 1. | La normativa oggetto di indagine..... | 103 |
| 2. | L'attuale rilevanza dello strumento degli impegni: (a) l'esperienza della Commissione europea e dell'Autorità..... | 106 |

| | | |
|-----------|---|------------|
| 3. | L'attuale rilevanza dello strumento degli impegni: (b) l'esperienza delle principali autorità nazionali europee..... | 109 |
| 4. | Benefici dello strumento degli impegni..... | 113 |

CAPITOLO II – LE INTERFERENZE TRA DECISIONI CON IMPEGNI E

| | | |
|-----------|---|------------|
| | <i>PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT</i>..... | 116 |
| 1. | Alcune ombre sulla “complementarietà” tra decisioni con impegni e <i>private enforcement</i>: differenze rispetto ad azioni basate su un provvedimento amministrativo di accertamento dell'illecito..... | 116 |
| 2. | Il valore delle decisioni con impegni ai fini del <i>private enforcement</i>..... | 120 |
| | 2.1 Alcune indicazioni della recente giurisprudenza..... | 120 |
| | 2.2 I rapporti tra enforcement pubblico e privato..... | 128 |
| 3. | Decisioni con impegni e prova dell'illecito in sede civile: l'accesso agli atti del procedimento..... | 130 |
| | Conclusioni di sintesi..... | 137 |
| | Bibliografia..... | 140 |

Scopo e struttura dell'indagine

From these two distinct rights, the one of punishing the crime for restraint, and preventing the like offence, which right of punishing is in every body; the other of taking reparation, which belongs only to the injured party, comes it to pass that the magistrate, who by being magistrate hath the common right of punishing put into his hands, can often, where the public good demands not the execution of the law, remit the punishment of criminal offences by his own authority, but yet cannot remit the satisfaction due to any private man for the damage he has received. That, he who has suffered the damage has a right to demand in his own name, and he alone can remit¹.

L'applicazione del diritto antitrust, sia nel contesto europeo che nazionale, è stata caratterizzata, negli ultimi anni, da due diverse tendenze: da un lato, l'introduzione di nuovi importanti strumenti di politica di concorrenza volti ad incrementare l'efficacia dell'attività delle Autorità antitrust, quali i programmi di clemenza e le decisioni con impegni e la disciplina dei *settlements*; dall'altro, quella ad una più ampia applicazione delle norme della concorrenza da parte dei giudici civili, stimolata dalla Commissione europea e dalla giurisprudenza comunitaria.

Queste due tendenze presentano alcuni elementi di tensione. E' infatti invalso in dottrina il riconoscimento che l'azione amministrativa (*public enforcement*) e quella civile (*private enforcement*) svolgono un ruolo sostanzialmente complementare: la prima portando all'accertamento e (eventualmente) sanzione dell'infrazione; la seconda al riconoscimento del diritto al risarcimento del danno subito a seguito della violazione perpetrata. In questi termini, le conseguenze civilistiche di un'infrazione antitrust, analogamente alle sanzioni imposte dalle Autorità pubbliche, svolgono anch'esse una funzione

¹ J. LOCKE, *The Second Treatise on Civil Government* (1960), chapter II, par.11.

dissuasiva, determinando un aumento dei costi attesi dalle imprese che prendono parte a detti illeciti.

Tuttavia, i nuovi istituti di *enforcement* introdotti a livello comunitario e, più recentemente, nazionale, potrebbero comportare talune problematiche nell'applicazione parallela con il canale del *private enforcement*, con peculiarità che si differenziano in relazione ai singoli istituti ed ai vantaggi ad essi connessi in favore delle imprese. In questa prospettiva, gli strumenti di maggiore interesse con riguardo al tema in esame sono rappresentati dai programmi di clemenza e dalle decisioni con impegni.

L'istituto della *leniency*, come noto, rappresenta un elemento essenziale di indagine nella lotta contro i c.d. cartelli segreti i quali, pur costituendo le più gravi violazioni delle regole della concorrenza, "*per la loro stessa natura [...] sono spesso difficili da scoprire o da investigare senza la cooperazione delle imprese o delle persone che vi partecipano*"²: le imprese possono ottenere, in cambio della propria collaborazione, sostanziali benefici in termini di immunità o di riduzione delle sanzioni altrimenti previste.

Dall'altro lato, le decisioni con impegni consentono di concludere il procedimento senza alcuna pronuncia sul merito delle accuse inizialmente formulate (*i.e.* non si avrà alcun accertamento dell'illecito) e quindi sulla condanna alla sanzione, ma con la constatazione che per effetto degli impegni le condizioni del mercato si sono modificate in modo tale che le condotte oggetto dell'istruttoria non destano più le preoccupazioni concorrenziali ravvisate nel provvedimento di avvio del procedimento.

Rispetto a tali istituti, i possibili elementi di tensione con il *private enforcement* si pongono in maniera del tutto opposta: nel caso delle istanze di *leniency* – specie ove la collaborazione sia offerta prima dell'apertura dell'istruttoria, consentendo la scoperta di una violazione – l'offerta di

² Cfr. Comunicazione della Commissione relativa all'Immunità dalle Ammende o alla Riduzione del loro Importo nei Casi di Cartelli tra Imprese, pubblicata in *GUCE C 298* del 8 dicembre 2006, p. 17.

collaborazione rischia di aumentare l'esposizione dell'impresa a richieste di risarcimento, in quanto in assenza dell'adesione al programma la violazione potrebbe anche non essere affatto scoperta dall'Autorità o dalle vittime dell'illecito. Diversamente, nel caso degli impegni, gli interessi dell'impresa a proporre misure correttive nel procedimento amministrativo appaiono convergenti sotto il profilo del *public* e del *private enforcement*: uno dei maggiori incentivi per le imprese a concludere l'istruttoria con una decisione di questo tipo è infatti rappresentato dall'assenza di un formale accertamento dell'infrazione, circostanza idonea a limitare il rischio di azioni risarcitorie da parte di terzi.

Come si illustrerà, in entrambi i casi si pone l'esigenza di garantire il diritto dei privati ad ottenere il risarcimento dei danni e, tuttavia, mentre in relazione ai programmi di clemenza un limitato sacrificio del *private antitrust enforcement* può ritenersi tendenzialmente giustificato per tutelare l'efficacia dei programmi, tale esigenza appare più marginale con riferimento allo strumento degli impegni. In tale ultimo caso, infatti, il presupposto per l'applicazione dell'istituto degli impegni dovrebbe essere, a rigore, l'effettiva sussistenza di una criticità concorrenziale connessa alla condotta: a fronte del rischio che l'illecito sia comunque accertato dall'Autorità, dunque, l'esonero dalla sanzione potrebbe costituire, già di per sé, un sufficiente incentivo alle imprese alla proposizione di impegni. Nondimeno, il diritto al "*pieno risarcimento*" dei soggetti che hanno subito un danno da un illecito *antitrust*, nel caso delle decisioni con impegni, potrebbe essere ostacolato dall'assenza di un provvedimento finale che contiene un accertamento formale dell'illecito.

Su queste basi, con il presente lavoro si intende svolgere alcune riflessioni circa i rapporti e le interrelazioni che intercorrono tra *public* e *private enforcement* con riferimento ai due strumenti in esame. Tali tematiche, finora, sono generalmente rimaste sullo sfondo del dibattito che ha singolarmente riguardato le relazioni, da un lato tra azioni civili e programmi di clemenza e, dall'altro (più marginalmente) tra azioni civili e decisioni con impegni. Tuttavia, una visione sistemica delle problematiche citate riveste - ad avviso di chi scrive - altrettanta

importanza per una corretta comprensione delle interazioni tra le diverse misure, al fine di contribuire ad uno sviluppo equilibrato dei differenti rimedi e strumenti sanzionatori a disposizione dell'Autorità.

Nella prima parte del lavoro, sarà approfondito il tema dei programmi di clemenza.

Per un corretto inquadramento delle tematiche in esame, si procede nel **Capitolo 1** ad alcune preliminari considerazioni circa la normativa oggetto di indagine, con particolare riguardo all'ambito di operatività dell'istituto, le intese orizzontali segrete, nonché ai meccanismi di fiducia e sfiducia che si instaurano tra le imprese che colludono e tra queste e le Autorità di concorrenza. Sarà quindi fornita una breve descrizione della normativa che disciplina l'istituto, con un'analisi comparatistica della prassi applicativa nel contesto comunitario e nazionale.

Nel **Capitolo 2**, saranno approfondite le variabili idonee a contribuire all'efficacia dei programmi di clemenza dal punto di vista del *public enforcement*, con riguardo agli elementi che, nella valutazione *ex ante* condotta dalle imprese circa la convenienza alla proposizione di un'istanza, potrebbero rendere appetibile una strategia collaborativa. A tale fine, il lavoro si incentrerà sullo studio di due differenti profili, e, segnatamente, (i) il contesto di *policy* in cui i programmi trovano applicazione, analizzando in particolare gli aspetti relativi all'efficienza dei sistemi di controllo delle Autorità e all'efficacia deterrente della politica sanzionatoria; (ii) i benefici cui le imprese che accedono al programma possono aspirare, quali l'immunità e le riduzioni delle sanzioni.

Su tali basi, nel **Capitolo 3**, si analizzeranno i potenziali elementi di interferenza tra programmi di clemenza e *private enforcement*, alla luce dei rischi per le imprese di divenire destinatarie di un'azione di danni. Al riguardo, si procederà anzitutto ad esaminare gli sviluppi ed obiettivi del *private antitrust enforcement* in ambito europeo, per poi soffermarsi sulle ragioni dei potenziali elementi di tensione tra i due strumenti di *enforcement*. In questo contesto, si

illustrerà come la recente casistica in materia di azioni risarcitorie è stata seguita da un acceso dibattito sulle esigenze di riservatezza delle informazioni fornite dai collaboranti. Ci si intende quindi interrogare circa l'efficacia delle opzioni di *policy* suggerite in ambito europeo in materia di accesso ai documenti di *leniency* nonché, sull'esempio dei modelli introdotti nel contesto statunitense e ungherese, su eventuali ulteriori possibilità che potrebbero attenuare le esigenze di confidenzialità in relazione ai programmi di clemenza.

La seconda parte del lavoro sarà dedicata all'approfondimento dei rapporti tra *private antitrust enforcement* e decisioni con impegni.

Specularmente alla precedente parte dello studio, saranno fornite, nel **Capitolo 1**, alcune indicazioni circa la disciplina normativa dell'istituto, con alcuni dati di sintesi circa l'applicazione dello strumento da parte della Commissione europea e delle principali Autorità nazionali. Come si illustrerà, la Commissione e l'Autorità nazionale hanno mostrato di fare un frequente uso dello strumento, escludendone l'applicabilità solo a fronte di violazioni *hard core*. La possibilità, dunque, di concludere con impegni un'istruttoria anche nel caso di condotte potenzialmente gravi e che abbiano *medio tempore* prodotto effetti pregiudizievoli sul mercato rende particolarmente attuale un'indagine circa i rischi di tensione tra *private antitrust enforcement* e decisioni con impegni.

Nel **Capitolo 2** ci si intende quindi interrogare sulle effettive possibilità per il soggetto che ha subito un danno da una violazione *antitrust* di ottenere risarcimento in sede civile ove il procedimento amministrativo si concluda con una decisione di impegni. A tale fine, traendo spunto dalla giurisprudenza recente, sarà esaminato il potenziale rilievo delle decisioni con impegni ai fini dell'accertamento dell'illecito davanti all'autorità giudiziaria, oltre che la possibilità per le parti in tali giudizi di acquisire evidenze rilevanti ai fini probatori, in particolare attraverso l'accesso al fascicolo istruttorio.

PARTE I: I PROGRAMMI DI CLEMENZA

CAPITOLO I – LA NORMATIVA OGGETTO DI INDAGINE: I PROGRAMMI DI CLEMENZA

1. Le origini del problema: i cartelli e l'attività di indagine delle autorità

Prima di entrare nel vivo della trattazione, si ritiene utile fornire delle coordinate di base in merito all'ambito di operatività dei programmi di clemenza, le intese orizzontali segrete, ed al contributo che lo strumento in esame fornisce all'attività delle Autorità della concorrenza.

Come noto, i cartelli si verificano quando due o più imprese indipendenti - che in un regime di concorrenza definirebbero le proprie strategie competitive senza consultarsi vicendevolmente - coordinano le proprie condotte sul mercato, al fine di conseguire profitti maggiori rispetto al regime di libero mercato³.

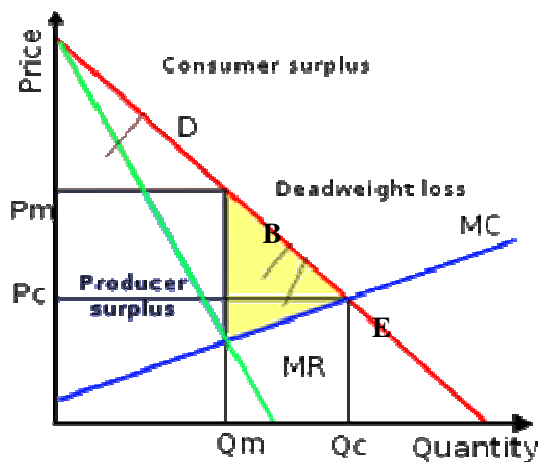
Si tratta di violazioni unanimemente considerate tra le più gravi del diritto antitrust⁴ che comportano ingenti pregiudizi sia per consumatori che per le piccole

³ L'art. 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea ("TFUE"), analogamente all'art. 2 della Legge n. 287/90, vieta le intese tra imprese "che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi".

⁴ Cfr. sul punto il report del 2002 dell'OECD *Fighting Hard-Core Cartels. Harm, effective Sanctions and Leniency Programmes*, p. 79. Lo studio osserva che i cartelli "are universally recognised as the most harmful of all types of anticompetitive conduct. Moreover, they offer no legitimate economic or social benefit that would justify the losses that they generate. Thus, they are condemned in all competition law; in some countries they have classified as a crime. Sophisticated cartel operators know that their conduct is unlawful and so they conduct their business in secret, sometimes taking great pains to keep their agreement from the public and from law enforcement officials". Il Vice Presidente della Commissione europea Joaquín Almunia, responsabile per la politica della concorrenza, in un discorso tenuto in occasione della conferenza *New Frontiers of Antitrust 2011* tenutasi a Parigi, in data 11 Febbraio 2011, ha rilevato che "The importance of

imprese, specie se nuove entranti sul mercato o in posizione di dipendenza economica da imprese che detengono un certo potere di mercato. I principali effetti negativi attribuibili ai cartelli conseguono, da un lato, all'aumento dei prezzi per i consumatori e alla redistribuzione del reddito da questi ultimi ai produttori, dall'altro, alla distorsione nell'allocazione delle risorse rispetto al punto di equilibrio dall'ottimo paretiano. Date le preferenze dei consumatori, i cartelli determinano, infatti, un uso inefficiente di risorse ed un livello di produzione complessivamente inferiore, per quantità o qualità, a quello realizzabile in un regime di concorrenza. La situazione descritta può essere riassunta nel seguente grafico:

Figura 1: Equilibrio di concorrenza ed equilibrio collusivo



La figura riportata mostra come nel passaggio dall'equilibrio di concorrenza perfetta a quello collusivo si verifica un incremento del prezzo di offerta da P_c a P_m , che comporta una contrazione delle quantità domandate da Q_c a Q_m . Tale cambiamento determina una diminuzione del *surplus* del consumatore (indicata dal trapezio P_m - P_c - E - B), dovuta al fatto che si riduce il numero dei consumatori

enforcement is clearest in our fight against cartels, which I regard as the most serious offence in competition law (...) Cartels are bad for everybody, except for those who participate in them! They increase the price for companies, often SME's, as they often concern intermediate products, and directly or indirectly hurt Europe's consumers".

disponibili ad acquistare il bene al prezzo più elevato. Solo una parte del *surplus* che il consumatore perde, tuttavia, viene trasferita al produttore (area azzurra), mentre l'area rimanente (area gialla) rappresenta la perdita netta di benessere sociale dovuta all'inefficiente allocazione delle risorse in regime di monopolio⁵.

A prescindere dagli elevati costi sociali che comportano, l'equilibrio sul quale si fonda l'accordo collusivo è tuttavia di per sé instabile, in quanto le imprese saranno tentate a deviare unilateralmente dalla concertazione al fine di conquistare – applicando prezzi inferiori o producendo una quantità maggiore – nuove quote di mercato a danno degli altri concorrenti⁶.

La consapevolezza della naturale tentazione ad allontanarsi dall'accordo collusivo ha condotto la dottrina economica ad identificare due condizioni essenziali quale presupposto per la stabilità di un cartello:

i) i profitti derivanti dallo stesso devono essere maggiori di quelli realizzabili in regime di concorrenza perfetta (c.d. vincolo di partecipazione o *participation compatibility constraint*);

ii) i partecipanti all'intesa devono essere in grado di identificare e punire eventuali deviazioni dalla situazione collusiva attraverso l'adozione di meccanismi di monitoraggio delle condotte e la previsione di eventuali misure ritorsive: la punizione inflitta alle imprese "scartellanti" deve essere maggiore rispetto ai profitti derivanti dalla partecipazione al cartello (c.d. vincolo di compatibilità degli incentivi o *incentive compatibility constraint*)⁷.

⁵ La ricostruzione svolta è necessariamente semplicistica ed ha come parametro il solo concetto di efficienza statico, allo scopo di evidenziare le inefficienze che potrebbero derivare da un mercato monopolistico. In argomento, tra gli innumerevoli contributi, si rinvia a M. MOTTA, M. POLO, *Antitrust – Economia e Politica della Concorrenza*, Bologna, 2004, pp. 45 ss., S. BISHOP, M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law*, Sweet & Maxwell, London, 2010, pp. 174.

⁶ La prima spiegazione analitica del fenomeno è stata fornita da G.J. STIGLER, *Theory of Oligopoly*, in *the Journal of Political Economy* 72 (1), 44. Si veda sul punto anche J. BERTONE, M. MAGGIOLINO, *L'introduzione dei programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano: ragioni e prospettive*, in *Rivista delle Società*, 2007, p. 1376-1377.

⁷ Cfr. S. BISHOP, M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law*, Sweet & Maxwell, London, 2010, pp. 174-175.

A fronte di tali presupposti, le Autorità di concorrenza hanno sperimentato una molteplicità di strumenti, tra cui misure di prevenzione, risarcitorie e sanzionatorie, volte a ridurre gli incentivi per le imprese ad assumere condotte collusive. In primo luogo, le Autorità possono interferire sul c.d. *participation compatibility constraint* attraverso la minaccia di sanzioni elevate e/o l'incremento delle probabilità che il cartello sia accertato e sanzionato, al fine di ridurre o annullare i profitti derivanti dalla collusione. Tuttavia, potrebbe in concreto essere difficile, attraverso la sola politica sanzionatoria, perseguire effettivamente i cartelli segreti: in assenza di ulteriori strumenti, tali illeciti potrebbero infatti non essere affatto scoperti e, di conseguenza, sarebbero scarse le possibilità di applicare le sanzioni in astratto minacciate⁸.

In secondo luogo, le Autorità possono influire sul c.d. *incentive compatibility constraint*, incentivando le imprese ad adottare comportamenti devianti. A tale fine, è in particolare possibile offrire sostanziali benefici in termini sanzionatori alle imprese che deviano dall'accordo collusivo, mantenendo un elevato livello di ammende a carico degli altri partecipanti⁹: si tratta del principio alla base dei

⁸ A questo riguardo, il Parlamento europeo, nella risoluzione del 20 gennaio 2011, par. 60, ha messo in luce le possibili criticità di politiche di concorrenza basate sulla sola minaccia ed applicazione di sanzioni ingenti: “*the use of ever higher fines as the sole antitrust instrument may be too blunt, not least in view of the job losses that may result from an inability to make payments, and calls for the development of a wider range of more sophisticated instruments covering such issues as individual responsibility, transparency and accountability of firms, shorter procedures, the right of defence and due process, mechanisms to ensure the effective operation of leniency applications (in particular to overcome the interference caused by discovery processes in the US), corporate compliance programmes and the development of European standards; favours a ‘carrot-and-stick’ approach with penalties that serve as an effective deterrent, in particular for repeat offenders, while encouraging compliance*”. J. BERTONE, M. MAGGIOLINO, cit., p. 1380, osservano che se fosse possibile minacciare sanzioni pari ai profitti attesi dalla collusione, non vi sarebbe alcuna necessità di introdurre i programmi di clemenza.

⁹ A tale riguardo, si consideri che affinché un cartello sia stabile, i profitti derivanti dalla collusione devono essere maggiori rispetto a quelli ottenibili attraverso un comportamento deviante. Detta condizione può essere espressa nella seguente formula:

(profitti collusivi) – [(probabilità di essere scoperti) x (sanzione attesa)] > (profitti comportamento deviante) – [(Probabilità di essere scoperti) x (sanzione attesa dopo la deviazione)]

Di conseguenza, attraverso la riduzione della sanzione alle imprese che adottano una condotta deviante e/o la previsione di sanzioni più severe per le altre imprese, è possibile aumentare la naturale instabilità del cartello. Cfr. P. BUCCIROSSI, G. SPAGNOLO, *Optimal Fines in the Era of Whistleblowers. Should Price Fixers still Go to Prison?* (2005) disponibile al seguente indirizzo:

programmi di clemenza, che consentono alle imprese che collaborano con l'Autorità attraverso la denuncia di un cartello e l'offerta di evidenze relative allo stesso di ottenere, in aggiunta ai profitti derivanti dalla defezione, l'immunità o una sostanziale riduzione delle sanzioni altrimenti previste¹⁰.

2. La logica alla base dei programmi di clemenza: la c.d. “race to the courthouse”

Il fondamento teorico alla base dello strumento della clemenza è da rinvenire nel gioco strategico del dilemma del prigioniero in base al quale due agenti, perseguendo razionalmente il proprio interesse e senza conoscere in anticipo i reciproci comportamenti, raggiungono un equilibrio che non coincide con il risultato potenzialmente più vantaggioso.

Il meccanismo del gioco può essere spiegato con l'esempio di due prigionieri le cui condotte sono oggetto di investigazione da parte dell'autorità: quest'ultima, pur disponendo di elementi sufficienti per ottenere la condanna ad un reato minore, sospetta siano stati commessi più gravi crimini. In tali circostanze, l'autorità procedente offre la possibilità, separatamente a ciascuno dei due prigionieri, di confessare la propria condotta in cambio della non imposizione della pena. Viene tuttavia precisato che, nel caso entrambi i prigionieri confessino, sarà imposta una pena superiore rispetto a quella prevista per il reato minore, ma comunque inferiore di quella del reato più grave¹¹. Il paradosso del dilemma del prigioniero consiste nel fatto che la scelta razionale di ciascun prigioniero, a

<http://www.cepr.org/meets/wkcn/6/6638/papers/Spagnolo.pdf>, p. 18 (equazione 3). L. PROSPERETTI, M. SIRAGUSA, M. BERETTA, M. MERINI, *Economia e Diritto Antitrust. Un'introduzione*, Roma, 2006, p. 77.

¹⁰ Come è stato rilevato, il membro del cartello che, dissociandosi per primo dall'intesa, denuncia gli altri componenti, diviene una sorta di “collaboratore di giustizia”. Cfr. M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in Cintioli, Fabio e Gustavo Olivieri (a cura di) *I nuovi strumenti di tutela antitrust: misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 57, il quale precisa tuttavia che il denunciante “non necessariamente [si trasforma] in un pentito convinto”.

¹¹ Si veda sul punto M. MOTTA, M. POLO, *Antitrust – Economia e Politica della Concorrenza*, Bologna, 2004, p. 356.

prescindere dalla decisione dell'altro, è quella di confessare, anche se una condotta non collaborativa comporterebbe una pena inferiore¹².

La situazione descritta è rappresentata nella bimatrice 1.1:

| | | b | |
|---|--------------|----------|--------------|
| | | Confessa | non confessa |
| a | confessa | 6 6 | 7 0 |
| | non confessa | 0 7 | 1 1 |

Come mostra la tavola, il prigioniero può scegliere la propria strategia tra due opzioni: (i) se decide di confessare, rischia una pena pari a 0 o a 6; (ii) se viceversa decide di non confessare, rischia una pena pari a 1 o a 7. Poiché ciascuno dei due prigionieri desidera minimizzare la propria condanna, il timore che l'altro confessi a fronte della propria reticenza rende più vantaggiosa la strategia di confessare, ciò che determina l'imposizione di una pena per entrambi i prigionieri pari a 6¹³.

Il dilemma del prigioniero si pone, tuttavia, in modo diverso nel caso dei cartelli, in quanto le Autorità potrebbero non essere affatto in grado di scoprire autonomamente la sussistenza di un cartello segreto o non avere prove sufficienti ai fini della condanna. Di conseguenza, è assente una delle condizioni di cui al precedente modello, ossia la possibilità per l'Autorità di procedere, in assenza della collaborazione della parte, alla condanna per il reato minore. In tali

¹² Cfr. R. BAIRD, R. GERTNER, *Game Theory and the Law*, 1994, Harvard University Press, pp. 33 ss. In termini generali, si può affermare che, in assenza di informazioni certe sulle condotte altrui, le scelte effettuate risultano inefficienti.

¹³ Una dettagliata analisi del dilemma del prigioniero nell'ambito dei *leniency programme* è svolta da C. L. LESLIE, cit. Cfr. sul punto anche J. BERTONE, M. MAGGIOLINO, cit., p. 1379.

circostanze, un potenziale collaborante potrebbe ritenere più profittevole non collaborare e proseguire la cospirazione illecita: se infatti, da un lato, la strategia di confessare è compensata con riduzione della sanzione, dall'altro, finché il cartello è stabile, difficilmente l'Autorità potrà imporre alcuna sanzione¹⁴.

La bimatrice 1.2 descrive la situazione rappresentata:

| | b | Confessa | non confessa |
|--------------|---|----------|--------------|
| a | | | |
| confessa | | 2 | 3 |
| non confessa | | 0 | 0 |
| | | 3 | 0 |

Come emerge dalla tavola, un'impresa riterrà dunque vantaggioso collaborare con l'Autorità solo ove vi sia il rischio che l'altra parte confessi (in quanto in tale eventualità rischierebbe una pena pari a 3); in caso contrario, non vi è una strategia prettamente dominante, in quanto ove le parti assumano un

¹⁴ Come osservato da attenta dottrina, la tradizionale analisi nel dilemma del prigioniero nel contesto dei cartelli si inserisce in una situazione di "one shot prisoner dilemma" che non tiene conto della possibile reiterazione del "gioco" a livelli diversi rispetto a quello della sola responsabilità accertata nell'ambito del procedimento amministrativo. Al contrario, le imprese si trovano a valutare la convenienza di proporre un'istanza di clemenza in un "dynamic game", in quanto devono tenere conto della possibile reiterazione del gioco a livello di responsabilità civile nei confronti degli acquirenti del bene il cui prezzo è stato mantenuto illecitamente alto. In tale contesto, possono essere individuate le seguenti due situazioni di equilibrio: i) A e B confessano nell'indagine governativa e raggiungono una transazione nei seguenti giudizi civili; ii) A e B negano la loro colpevolezza sia in sede amministrativa che civile. Sebbene entrambe le soluzioni conducano ad un equilibrio, soltanto la seconda è anche Pareto-efficiente, poiché vi sono maggiori probabilità per l'impresa di beneficiare di un livello di sanzioni e risarcimenti inferiore. C. ZANE, *The Price Fixer's Dilemma: Applying Game Theory to the Decision of Whether to Plead Guilty to Antitrust Crimes*, in *The Antitrust Bulletin*, Spring 2003, pp. 1 ss.

atteggiamento reticente, l'intesa illecita potrebbe non venire affatto alla luce e, di conseguenza, non sarà imposta alcuna ammenda¹⁵.

Due presupposti assumono dunque un ruolo determinante al fine di dare inizio alla c.d. “*race to the court house*” nel caso dei cartelli segreti: da un lato, l'Autorità inquirente deve avere una certa reputazione quale “*temibile enforcer*”, ossia di essere in grado di scoprire autonomamente gli illeciti. In tale caso, infatti, le imprese si troverebbero nella medesima situazione rappresentata nella bimatrice 1.1, posto che percepirebbero il rischio di una possibile pena anche in assenza della loro collaborazione. Dall'altro lato, al fine di accentuare il clima di incertezza e sospetto fra le imprese, i programmi di clemenza devono includere incentivi idonei a rendere vantaggiosa per le imprese la strategia cooperativa.

3. Programmi di clemenza: virtù e possibili rischi

A livello internazionale, i programmi di clemenza hanno riscosso un ampio successo, tanto da essere stati introdotti in numerose diverse giurisdizioni¹⁶. Ciò è in particolare dovuto ai vantaggi che essi offrono sia alle Autorità che alle imprese: i *leniency programme*, infatti, coniugano in una formula efficace l'interesse dell'Autorità ad una efficace lotta contro i cartelli con l'interesse delle imprese ad evitare l'imposizione di ingenti sanzioni.

Come si è detto, infatti, l'attività di individuazione delle intese potrebbe essere alquanto complessa per il *public enforcer*: l'incremento dei poteri di

¹⁵ L'assenza di una forte strategia dominante in questo gioco è dovuta al fatto che ogni prigioniero:

- confessando rischia 0 anni se l'altro non confessa, o 2 anni se l'altro confessa;
- non confessando rischia 0 anni se l'altro non confessa, o 3 anni se l'altro confessa.

Si veda sul punto C. L. LESLIE, cit., p. 458.

¹⁶ Ad oggi, tutti gli Stati Membri dell'Unione europea, ad eccezione di Malta, hanno adottato un programma di clemenza, modellati sull'esempio del programma ECN, seppure con alcune significative differenze (cfr. *Model Leniency Programme*, pubblicato in data 26 settembre 2006 sul sito web ECN http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_en.pdf). I programmi di clemenza sono altresì in vigore in numerosi altri Stati tra cui Stati Uniti, Norvegia, Svizzera, Brasile, Messico, Australia, Nuova Zelanda, Giappone, Corea, Singapore, Israele, Sudafrica e, dal gennaio 2011, Cina.

indagine della Commissione nel quadro del regolamento 1/2003¹⁷ potrebbe risultare insufficiente allo scopo di perseguire efficacemente tali violazioni, che nella quasi totalità dei casi si presentano in forma di accordi segreti tra le imprese. Sebbene non sia possibile stabilire la percentuale di cartelli esistenti, la percentuale delle intese scoperte appare infatti alquanto modesta: secondo studi più risalenti è compresa tra il 10 ed il 33%, mentre secondo stime più recenti è pari al 16%¹⁸.

In aggiunta alle difficoltà di far venire alla luce tali illeciti, anche l'attività di ricerca di prove o indizi utili ai fini della constatazione dell'infrazione e dell'eventuale irrogazione di sanzioni è alquanto complessa: le imprese partecipanti alla collusione, infatti, dati i rischi connessi ad un intervento antitrust, sono consapevoli dell'importanza di celare o distruggere eventuali evidenze del cartello. Di conseguenza, sono rari i casi in cui l'illecito può essere accertato sulla base di prove dirette o indirette, quali il testo dell'accordo o altre evidenze che dimostrano inequivocabilmente l'esistenza dello stesso; al contrario, le intese sono per lo più fatte rientrare nella categoria delle pratiche concordate e la loro illiceità viene spesso dimostrata attraverso un complesso di indizi e sofisticate analisi economiche dei mercati di riferimento.

L'attribuzione di benefici alle imprese collaboranti rappresenta dunque un mezzo “*particolarmente efficace per destabilizzare i cartelli*”, laddove l'elemento di destabilizzazione è dato dal “*gettare semi di sfiducia*” tra i partecipanti, inducendoli a sospettare il tradimento dell'altro e dunque a tradire prima che altri lo faccia¹⁹. I modelli economici mostrano, infatti, come l'introduzione dei *leniency*

¹⁷ In particolare, il regolamento dispone un ampliamento dei poteri di indagine, che divengono ancora più incisivi, attraverso la previsione di significative facoltà di accesso presso i locali dell'impresa per svolgere gli accertamenti necessari, nonché nei locali ad essa estranei se vi sia il ragionevole sospetto che siano conservati documenti collegati all'oggetto dell'infrazione; attraverso la previsione della possibilità di richiedere ed esigere informazioni dall'impresa indagata verbalizzando dichiarazioni che potranno essere utilizzate nel procedimento quale materiale istruttorio (cfr. C.S. KERSE, N. KHAN, *EC Antitrust Procedure*, London, 2005, pp. 181 ss.)

¹⁸ I dati sono tratti da R. PARDOLESI, *Complementarietà Irrisolte*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, n. 3, 2011, p. 470.

¹⁹ M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, cit.; C. L. LESLIE, *Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability*, 31, in *J. Corp. L.*, 2006, pp. 459-460.

programme costituisca un reale deterrente per le imprese, non tanto ad esimersi dalla condotta illecita, quanto a svelarne il compimento e le modalità con cui è stata posta in essere, consentendo all'Autorità di ottenere le prove del cartello in maniera più celere, con impiego di minori risorse rispetto agli altri metodi investigativi²⁰.

Programmi di clemenza ben definiti consentono anche vantaggi sotto il profilo di politica generale della concorrenza, incidendo sulla deterrenza delle condotte illecite. Ciò in quanto tale strumento consente generalmente un incremento dell'efficienza nell'attività di *enforcement*, con la possibilità di risolvere un maggiore numero di istruttoria, in maniera rapida ed a costi contenuti; grazie al risparmio di risorse, l'Autorità è quindi in grado di incrementare l'attività di monitoraggio in altri mercati, con conseguenti maggiori probabilità per le imprese di soccombere ad una sanzione e, dunque, con un incremento della capacità dissuasiva delle norme antitrust²¹.

Tali rilievi evidenziano il ruolo dei *leniency programme* quale strumento essenziale nella lotta ai cartelli illeciti, tanto che la Commissione europea ha osservato come “*il vantaggio che i consumatori e i cittadini traggono dalla*

²⁰ Cfr. ICN, *Anti-cartel Enforcement Manual*, Maggio 2009: “*The programs also help to uncover conspiracies that would otherwise go undetected and can destabilize existing cartels. They act as a deterrent to those contemplating entering into cartel arrangements. Evidence can be obtained more quickly, and at a lower direct cost, compared to other methods of investigation, leading to prompt and efficient resolution of cases*”. Il documento è disponibile al seguente indirizzo: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc341.pdf>. Secondo un'analisi empirica condotta da S. BRENNER, *An Empirical Study of the European Corporate Leniency Program*, in *International Journal of Industrial Organization*, 2009, 639, risulterebbe che, in effetti, la lunghezza media dei procedimenti condotti sotto il *leniency programme* comunitario sia inferiore di un anno e mezzo rispetto a quelle dei procedimenti ordinari.

²¹ Sotto questo profilo, si veda F. GHEZZI – M. POLO, *Osservazioni sulla Politica Sanzionatoria della Commissione in Materia Antitrust: la Comunicazione sulla non Imposizione di Ammende*, in *Riv. soc.*, 1998. Come rilevano F. BERTINI, G. SCHEMBRI, *Sanzioni Amministrative, Impegni, Misure Cautelari, Programmi di Clemenza e Risarcimento del Danno: un Menù di Scelte per l'impresa*, in *Concorrenza e mercato*, n. 16/2008, p. 320 “*Questo darebbe il via ad un circolo vizioso, volto a rendere maggiormente efficiente il sistema in sé poiché, potendo avviare nuove attività di monitoraggio in mercati in cui il rischio di collusione è alto, le imprese risulterebbero più propense a presentare richiesta per il programma di clemenza, anche sollecitate dalle pressioni del controllore*”.

*certezza che le intese segrete siano scoperte e vietate è primario rispetto all'interesse di infliggere sanzioni pecuniarie alle imprese*²².

Anche se molti concordano nel riconoscere l'efficacia dello strumento in esame, in dottrina non è mancato chi ha sollevato dubbi circa la reale portata dello stesso, non solo con riguardo a profili pratici di corretta messa a punto della disciplina, ma anche alla stessa efficacia dell'istituto rispetto agli obiettivi che con esso si intendono perseguire. Più in particolare, la letteratura economica si è interrogata circa la reale portata dell'effetto di deterrenza connesso ai programmi di clemenza, posto che la riduzione dell'ammontare complessivo delle sanzioni applicabili potrebbe, a certe condizioni, rappresentare un incentivo alla collusione²³. Al riguardo, è stato evidenziato il rischio che all'incremento dei casi decisi con *leniency* (circostanza rispetto alla quale, almeno a livello comunitario, non sembrano esservi dubbi, cfr. par. 5) potrebbe in realtà non corrispondere un incremento delle intese scoperte sul totale delle intese poste in essere, ma bensì un aumento delle stesse²⁴.

Ulteriori perplessità concernono, da un lato, l'eventualità che il successo dei programmi di clemenza si limiti alla scoperta dei cartelli già instabili, quali violazioni ormai al tramonto o quelli la cui denuncia corrisponde ad un cambio di controllo o di *management* di una delle imprese partecipanti²⁵; dall'altro, il

²² Cfr. par. 6 Comunicazione pubblicata in *GUCE* C 298 del 8 dicembre 2006, p. 17.

²³ Cfr. M. POLO, M. MOTTA, *Leniency Programs and Cartel Prosecution*, EUI Working paper ECO N. 99/23, 1999, disponibile alla pagina internet <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/708/ECO99-23.pdf?sequence=1>, che evidenziano il *trade off* tra l'effetto di desistenza dal cartello e di deterrenza della formazione dello stesso. In base al modello da questi proposto, ove sia possibile raggiungere un livello *ex ante* sufficiente di deterrenza sia attraverso i normali strumenti investigativi a disposizione dell'Autorità che con il sistema sanzionatorio, l'introduzione di un sistema di *leniency* comporterebbe una riduzione del benessere totale. Questi vengono quindi considerati in un'ottica di *second-best-tool*.

²⁴ Per una visione discordante sui benefici dei programmi di clemenza, cfr. G. SPAGNOLO, *Divide et impera: Optimal Leniency Programs*, Stockholm School University, CEPR Discussion Paper, 2004.

²⁵ U. BLUM, N. STEINAT, M. VELTINS, *On the Rationale of Leniency Programs: a Game-Theoretical Analysis*, in *European Journal of Law and Economics*, 2008, 209). Secondo quanto riferito da P. BILLET, *How Lenient is the EC Leniency Policy? A matter of certainty and predictability*, in *ECLR*, 2009, 14, I cartelli complessivamente scoperti non sarebbero tuttavia superiori al 10% del totale. Si noti tuttavia che l'Autore nel riportare il dato fa riferimento a studi

rischio che possano essere favoriti comportamenti strategici o opportunistici delle imprese²⁶. A tale ultimo riguardo, è stato ad esempio evidenziato che i partecipanti all'illecito potrebbero tentare di sfruttare i modelli di clemenza in maniera collettiva, attraverso un coordinamento delle istanze di *leniency*²⁷, o unilaterale, al fine di danneggiare i propri concorrenti²⁸, nonché per tutelarsi da condotte che rientrano in una c.d. “*area grigia*”, e non per denunciare restrizioni *hard core*²⁹.

Nonostante il dibattito sull'efficacia dello strumento sia ancora assai vivace, non si può fare a meno di convenire con quanti hanno rilevato che – in considerazione delle scarse risorse a disposizione dell'Autorità e del non

piuttosto risalenti (P. BRYANT, E. ECKARD, *Price fixing: the probability of getting caught*, (1991), 73, *The Review of Economics and Statistics*, 531).

²⁶ Si noti che in taluni recenti casi le Autorità hanno accertato la non genuinità della collaborazione offerta dalle imprese: in Francia, con la Decisione n. 10-D-36 del 17 dicembre 2010, l'Autorità ha archiviato il caso dopo aver rilevato una artificiale alterazione da parte dell'impresa collaborante di talune delle evidenze documentali prodotte; negli Stati Uniti, nel caso *United States v. Stolt-Nielsen S.A.*, 524 F. Supp. 2d. 609, 611 (E.D. Pa. 2007), il DOJ ha inizialmente revocato il beneficio dell'immunità condizionata al primo *applicant* ritenendo che la società non avesse provveduto tempestivamente all'interruzione dell'illecito. Tuttavia, le testimonianze orali sulla cui base era stata assunta la decisione, rese da dirigenti delle altre due imprese oggetto del procedimento, si sono rivelate inattendibili. Per un'analisi dei tali casi, si rinvia a F. RUSSO, *Abuso di leniency, il caso del GPL in Francia*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 2011 e J. KILLICK, *Leniency, Lying and Due Process – The Lessons of the Stolt-Nielsen Case*, in *Competition Law Insight*, Giugno 2008.

²⁷ Al fine di limitare tale rischio, SPAGNOLO suggerisce l'adozione di programmi coraggiosi, che prevedano anche la concessione di contributi positivi al primo *applicant*, pari alla somma delle ammende imposte agli altri partecipanti al cartello. Una simile soluzione rischia tuttavia di incentivare uno sfruttamento unilaterale del programma, rendendo meno attendibile la collaborazione (cfr. W.P.J. WILS, *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice*, in *World Competition*, n. 30 (1), 2007, pp. 25 ss.).

²⁸ S. MILLER, *Strategic Leniency and Cartel Enforcement*, in *American Economic Review*, 2009, p. 750 ss, C. ELLIS, W. WILSON, *Cartels, Price-Fixing, and Corporate Leniency Policy: What Doesn't Kill Us Make Us Stronger*, non pubblicato, University of Oregon, 2001.

²⁹ P. BUCCIROSSI, G. SPAGNOLO, *Optimal Fines in the Era of Whistleblowers. Should Price Fixers still Go to Prison?* In GOSHAL and STENNEK, *The Political Economy of Antitrust* (2007) disponibile al seguente indirizzo: www.ssnr.com

Cfr. M. LEDDY, *Cartel Leniency Programs – Some Caveats*, in *Concurrences*, 2011 (3), evidenzia al riguardo la tendenza “*of counsel and the client to shape recolled facts in a way that advantages their goal of leniency. This temptetion is a powerful one because there is always the risk that a competitor might likewise “stretch” employees’ recollections so that it can win the Amnesty or leniency prize*”. La problematica in questione è stata significativamente definita da un altro Autore come “*confirmation bias*” (W. WILS, *The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Law: A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition*, 2004 (27) p. 216).

sufficiente livello di deterrenza ottenibile attraverso la sola politica sanzionatoria – “*well designed and properly administered leniency program appears to be an important and useful tool of antitrust law enforcement*”³⁰. In questi termini, i programmi di clemenza contribuiscono all'attività di accertamento delle intese, quantomeno in un contesto di *second best*, quando cioè una soluzione ottimale sia impossibile da raggiungere³¹. Ciò è confermato dall'atteggiamento delle principali Autorità di concorrenza che si sono ad oggi mostrate inclini a salvaguardare le potenzialità dello strumento quale elemento essenziale nella lotta contro i cartelli.

4. Uno sguardo alla normativa oggetto di indagine

4.1 Il modello di riferimento: il programma di clemenza americano

Il primo ordinamento ad avere sperimentato i programmi di clemenza è stato quello statunitense, dove sin dal 1978 è stato introdotto un *Corporate Leniency Program*³², successivamente rivisto nel 1993³³ ed integrato dall'*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* nel 2004³⁴. Nel 2008, l'*Antitrust Division*

³⁰ Cfr. SPAGNOLO G., *Leniency and Whistleblowers in Antitrust*, in *Handbook of Antitrust Economics*, Buccirossi, P. (a cura di), 2006. Sotto una prospettiva ottimistica, nell'analisi che segue si presuppone pertanto che ad un incremento del numero di cartelli accertato consegue un aumento in termini di deterrenza.

³¹ Cfr. M. POLO, M. MOTTA, *Leniency Programs and Cartel Prosecution*, EUI Working paper ECO N. 99/23, 1999, disponibile alla pagina internet <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/708/ECO99-23.pdf?sequence=1>, i quali evidenziano che “*if the Antitrust Authority has limited resources, and is therefore unable to prevent collusion ex ante, the use of Leniency Programs can improve the effectiveness of the policy, by sharply increasing the probability of interrupting collusive practices. Hence, in a second best perspective, fine reductions may be desirable*”.

³² In base al programma del 1978, le imprese che offrivano la propria collaborazione prima dell'inizio del procedimento, avrebbero potuto beneficiare dell'immunità totale dal procedimento penale. Tuttavia, la concessione di tale beneficio non era automatica, in quanto l'Autorità procedente deteneva un sostanziale margine di discrezionalità nella propria decisione. Cfr. la relazione di S.D. HAMMOND, *Cornerstones Of An Effective Leniency Program*, presentata alla conferenza *ICN Workshop on Leniency Programs*, Sydney, Australia, 22-23 Novembre 2004, disponibile al seguente indirizzo: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/206611.htm>.

³³ Cfr. *Corporate Leniency Policy*, disponibile al seguente indirizzo: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>.

³⁴ *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2003*, S. 1797, 108th Cong. (2003). Per un'analisi del modello statunitense, si rinvia a N. ZINGALES, *European and American*

ha provveduto a pubblicare delle linee guida volte a rendere più trasparenti le modalità applicative del programma³⁵.

Come è ben noto, il contesto di riferimento in cui trova applicazione il programma di clemenza d'oltreoceano presenta significative differenze rispetto a quello europeo, per numerosi e differenti aspetti: sotto il profilo del *public enforcement* è ad esempio prevista una responsabilità penale, oltre che amministrativa, per le violazioni antitrust; sotto il profilo del *private enforcement*, i soggetti danneggiati dall'illecito possono ottenere un risarcimento fino al triplo dei danni subiti ("*treble damages*")³⁶.

In un contesto generale in cui il livello di deterrenza risulta particolarmente elevato, anche i tratti caratteristici dell'istituto della clemenza presentano alcune peculiarità rispetto ai modelli adottati nel nostro continente. La differenza più significativa è data dalla limitazione del beneficio dell'immunità penale alla sola impresa che fornisce per prima informazioni in merito alla condotta illecita³⁷, estesa anche agli amministratori ed ai *manager* della società. Quanto al profilo temporale, la confessione può avvenire successivamente all'avvio del procedimento sebbene, in tale caso, l'*Antitrust Division* mantiene una certa discrezionalità nella concessione del beneficio³⁸.

Leniency programmes: two models towards convergence?, in *The Competition Law Review*, 2008, vol. 5, n. 1.

³⁵ Le Linee Guida sono disponibili al seguente indirizzo: <http://www.justice.gov/atr/public/criminal/239583.htm> ("**Linee Guida 2008**").

³⁶ Cfr. *Section 4* del *Clayton Act*. Per un'analisi del sistema statunitense, si rinvia a W.P.J. WILS, *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice*, in *World Competition*, n. 30 (1), 2007, pp. 25 ss.

³⁷ Cfr. *Corporate Leniency Policy*, cit., lett. A (1) e B (1). Al fine di ottenere l'immunità, l'impresa è tenuta a soddisfare le seguenti condizioni: i) porre fine alla propria partecipazione all'illecito; ii) fornire le informazioni sull'illecito in maniera trasparente e completa ed offrire la propria cooperazione per tutta la durata del procedimento; iii) ammettere la propria colpevolezza; iv) ove possibile, fornire risarcimento alle parti danneggiate dall'illecito; v) non avere esercitato coercizione su altre imprese affinché partecipassero al cartello.

³⁸ In particolare, in tale eventualità spetta alla *Antitrust Division* valutare che la concessione del beneficio non sia "*unfair to others, considering the nature of the illegal activity, the confessing corporation's role in it, and when the corporation comes forward*". *Corporate Leniency Policy*, cit., lett. B, 7.

La versione originaria del 1978 attribuiva un significativo potere discrezionale all'*Antitrust Division* nella valutazione dei criteri di ammissibilità dell'impresa al trattamento premiale, circostanza che ha reso poco appetibile il ricorso allo strumento da parte delle imprese. Con la riforma del 1993, è stata quindi introdotta una modifica volta a garantire una maggiore trasparenza e prevedibilità dello strumento, con la previsione dell'immunità automatica nel caso l'impresa offra la propria collaborazione prima dell'inizio dell'indagine. Detta revisione ha condotto ad un notevole miglioramento in termini di efficacia dello strumento: mentre con il vecchio regime, in media, solo un'azienda all'anno si avvaleva del programma permettendo di concludere un caso, con il nuovo regime sono stati aperti circa due casi al mese grazie le informazioni fornite dalle imprese³⁹.

Al di fuori dell'impresa beneficiaria dell'immunità, il programma di clemenza statunitense non prevede ulteriori riduzioni dell'ammenda per i successivi collaboranti. Questi ultimi possono comunque ottenere un trattamento sanzionatorio di favore ove denunciino un ulteriore diverso accordo anticoncorrenziale (c.d. *amnesty plus*): in tale caso, è prevista l'immunità totale per quest'ultima infrazione, oltre ad una riduzione della pena in relazione al primo illecito denunciato all'Autorità⁴⁰.

Le imprese successive alla prima possono altresì ottenere una riduzione dell'ammenda ove raggiungano un "*plea bargaining*", ossia un patteggiamento, con la competente autorità (*department of justice*): le linee guida sulla sanzione stabiliscono, infatti, sconti di pena per le imprese che cooperano pari in media, per il secondo cooperante, al 30-35% e decrescente per i successivi⁴¹.

³⁹ Cfr. M. MOTTA, M. POLO, *Antitrust – Economia e Politica della Concorrenza*, Bologna, 2004, p. 153.

⁴⁰ Cfr. al riguardo D. HAMMOND, *Measuring the Value of Second-In-Cooperation in Corporate Plea Negotiations, Remarks Before the ABA Section of Antitrust Law Spring Meeting*, 29 Marzo 2006) disponibile al seguente indirizzo: www.usdog.gov/atr/public/speeches/215514.htm. Hammond rileva che in un caso la riduzione offerta all'impresa in relazione al primo cartello è stata pari al 59%.

⁴¹ Cfr. J. GREEN, I. MCCALL, *Competition Law Insight*, luglio 2009, p. 4.

4.2 Il sistema comunitario

In ambito europeo, i programmi di clemenza sono stati per la prima volta introdotti nel 1996, a seguito dell'adozione, da parte della Commissione europea, di un'apposita Comunicazione⁴². Detta Comunicazione ha subito significative modifiche con l'adozione di una nuova *leniency notice* nel 2002⁴³, a sua volta rivista nel 2006⁴⁴.

Il primo programma di clemenza comunitario presentava problematiche del tutto simili, con riguardo agli incentivi alla cooperazione, a quelli degli iniziali programmi statunitensi: era infatti prevista per la prima impresa collaborante la sola possibilità di “una riduzione pari almeno al 75% dell'ammontare dell'ammenda”, ciò che da un lato consentiva alla Commissione un'ampia discrezionalità nel valutare le domande di clemenza, dall'altro non offriva alle imprese la certezza di ottenere il totale esonero dalle sanzioni. Analogamente al modello d'oltreoceano, anche in ambito europeo dette incertezze hanno comportato uno scarso successo del programma nella prima fase di sperimentazione⁴⁵.

Al fine di migliorare l'applicazione dello strumento ed incentivare la collaborazione delle imprese, la Commissione è intervenuta con successive modifiche che hanno reso più trasparenti e prevedibili le condizioni applicative. In particolare, a partire con la Comunicazione del 2002 è stato introdotto il beneficio

⁴² Si veda la “Comunicazione della Commissione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi d'intesa fra imprese”, in *GUCE C 207* del 18 luglio 1996, p. 4, 96/C207/04.

⁴³ Comunicazione pubblicata in *GUCE C 45* del 19 febbraio 2002, p. 3.

⁴⁴ Comunicazione pubblicata in *GUCE C 298* del 8 dicembre 2006, p. 17. Per una più ampia analisi del programma sulla clemenza della Commissione, si rimanda a M. SIRAGUSA, C. RIZZA (a cura di), *EU Competition Law (vol. III): Cartels and Horizontal Agreements*, Leuven, 2007; W.P.J. WILS, *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice*, in *World Competition*, n. 30 (1), 2007; S. SUURNAKKI, M.L. TIerno CENTELLA, *Commission Adopts Revised Leniency Notice to Reward Companies that Report Hard-Core Cartels*, in *Competition Policy Newsletter*, 2007, n. 1.

⁴⁵ In sei anni, dal 1996 al 2002 la Commissione europea ha applicato il programma di clemenza in 16 casi, mentre con il nuovo sistema introdotto nel 2002 già nel primo anno 20 società avevano effettuato un'istanza di trattamento favorevole (cfr. A. CARUSO, *Leniency Programmes and*

dell'immunità automatica in favore dell'impresa che riveli alla Commissione l'esistenza di un cartello, mentre la Comunicazione del 2006 ha contribuito a chiarire le caratteristiche delle informazioni idonee a garantire il beneficio dell'immunità⁴⁶.

Il programma attualmente in vigore stabilisce l'esenzione dalle ammende in favore della prima impresa che fornisce informazioni ed elementi probatori che consentano alla Commissione di effettuare “*un'ispezione mirata*” riguardo al presunto cartello⁴⁷. Ove la Commissione abbia già dato inizio all'istruttoria, sono previste condizioni più rigide per l'ammissione al beneficio. In primo luogo, l'impresa deve fornire informazioni ed evidenze sufficienti a “*constatare una violazione*” per la quale non siano emersi elementi idonei a provarne l'esistenza⁴⁸. In secondo luogo, è necessario che la Commissione “*non sia in possesso, al momento della domanda, di elementi probatori sufficienti per constatare un'infrazione all'articolo 81 CE in correlazione con il presunto cartello e che a nessuna impresa sia stata accordata l'immunità dall'ammenda in virtù del punto (8), lettera (a) [cooperazione che ha consentito alla Commissione di effettuare ispezioni mirate]*”. Infine, ove la domanda sia presentata dopo l'invio della

Protection of Confidentiality: the Experience of the European Commission, in *Journal of European Competition Law and Practice*, 2010, vol. 1, n. 6, nota 17).

⁴⁶ Diversamente dalla *leniency* del 2002, che escludeva dalla possibilità di beneficiare della clemenza soltanto all'impresa che avesse agito in modo da costringere altre imprese a partecipare all'infrazione, la Comunicazione del 2006, come già la Comunicazione del 1996, nega il beneficio all'impresa che abbia avuto un ruolo “di iniziazione” del cartello (c.d. capofila o *leader*, cfr. par. 13 della Comunicazione UE 2006). La Comunicazione del 2006 ha altresì introdotto un ulteriore strumento di flessibilità a favore dell'impresa, il c.d. *marker*, in base al quale l'impresa può presentare domanda di immunità, riservandosi di fornire in una fase successiva le informazioni e le prove documentali. Ciò consente all'impresa di salvaguardare il posto nella fila davanti all'Autorità: se l'istanza è regolarizzata entro il periodo stabilito, essa si riterrà pervenuta alla data in cui è stato attribuito il numero d'ordine.

⁴⁷ Comunicazione UE 2006, punto 8, lett. a. In tale caso, l'ammissione al beneficio dell'immunità è esclusa ove la Commissione sia già in possesso di elementi probatori sufficienti per decidere di effettuare un'ispezione.

⁴⁸ Comunicazione UE 2006, punto 8, lett. b.

comunicazione degli addebiti, la Commissione mantiene una certa discrezionalità nell'ammissione al programma, potendo non tener conto dell'istanza⁴⁹.

La Comunicazione del 2006 disciplina in maniera dettagliata il contenuto delle informazioni che devono essere fornite con l'istanza⁵⁰, nonché una serie di ulteriori requisiti che devono essere soddisfatti per poter fruire dei benefici, tra cui l'obbligo di “*cooperare effettivamente, integralmente, su base continuativa e sollecitamente [...] per tutto il corso del procedimento*”⁵¹. A tale fine è previsto, in aggiunta alla presentazione di un'istanza completa ed accurata nel contenuto, che l'impresa fornisca prontamente, nel corso della procedura, le informazioni riguardanti il cartello di cui dovesse venire in possesso e sia disponibile a fornire alla Commissione ulteriori informazioni che dovessero rivelarsi necessari. Il collaborante dovrà in particolare mettere a disposizione della Commissione i propri dipendenti (attuali o, ove possibile anche precedenti), affinché possano fornire, tramite colloqui, un contributo informativo utile all'indagine⁵². Inoltre, dal

⁴⁹ Comunicazione UE 2006, punto 10 e 14. Si noti che la bozza di *Best Practices on the Conduct of Proceedings concerning Article 101 and 102 TFUE* sottoposta a consultazione pubblica da parte della Commissione sembrava limitare la tempistica di presentazione delle istanze al momento della pubblicazione della Comunicazione degli addebiti, che a livello comunitario generalmente coincide con l'apertura del procedimento (cfr. nota 9, ove si legge “*it is possible for an undertaking to come forward with a leniency application up to the stage of the opening of proceedings*”). Tale passaggio è stato eliminato nel documento finale adottato dalla Commissione, per cui sembrerebbe che l'istanza possa essere presentata anche dopo tale momento.

⁵⁰ Il par. 9, lett. a, prevede in particolare che l'impresa presenti una “*dichiarazione ufficiale*”, in forma scritta o orale, che contenga informazioni dettagliate circa le caratteristiche del cartello (quali lo scopo dello stesso, il prodotto e l'ambito geografico interessato), chiarimenti sui documenti che vengono consegnati a supporto dell'istanza, le informazioni disponibili riguardanti le persone che sono state implicate nel presunto cartello e che possono rappresentare un riferimento utile per la Commissione, l'indicazione delle altre Autorità della Concorrenza alle quali il richiedente si sia eventualmente rivolto. E' previsto esplicitamente che le suddette informazioni siano fornite “*nella misura in cui i dati siano noti al richiedente al momento della presentazione della domanda*” (par. 9), per consentire all'impresa di iniziare tempestivamente la collaborazione anche ove non abbia terminato le indagini interne e di fornire in seguito ulteriori eventuali elementi emersi nel corso delle indagini.

⁵¹ Comunicazione, punto 12, lett. a.

⁵² Con riguardo alla possibilità che tali dipendenti possano essere soggetti a procedure penali a livello dei singoli Stati membri per le dichiarazioni rese, la Commissione ritiene che il Regolamento 1/2003 fornisca idonee garanzie. A giudizio della Commissione, il Regolamento in questione “*ensures that information exchanged in the network of EU Member States' competition authorities can only be used by the receiving authority if it has been collected in a way which respects the same level of protection of the rights of defence of natural persons as in the receiving*

momento in cui è presentata l'istanza e per tutta la durata dell'istruttoria, il collaborante deve astenersi dal distruggere, falsificare o nascondere informazioni probatorie riguardanti il presunto illecito, né rendere nota la propria collaborazione prima che la Commissione abbia inviato la comunicazione degli addebiti, pena la perdita del beneficio⁵³.

La differenza più significativa rispetto al modello statunitense riguarda i benefici concessi ai collaboranti successivi al primo nella presentazione dell'istanza: nel modello comunitario, tali soggetti possono infatti aspirare ad una riduzione dell'importo dell'ammenda ove forniscano “*alla Commissione elementi probatori della presunta infrazione che costituiscano un valore aggiunto significativo rispetto agli elementi probatori già in possesso della Commissione*”⁵⁴. La riduzione della sanzione è determinata con riferimento a tre forcelle di valori decrescenti, variabili in funzione della graduatoria di presentazione dell'istanza davanti alla Commissione: in particolare, sono fissate soglie di riduzioni differenti per la prima, la seconda e le successive imprese

authority. Moreover, exchanged information can only be used by the receiving authority to impose custodial sanctions if the law of the transmitting authority foresees such sanctions for antitrust infringements, which is not the case for the Commission. Moreover, making directors and employees available for interviews does not imply that they have to provide self-incriminating information”.

⁵³ Comunicazione, punto 12, lett. a, quarto e quinto trattino. Si osservi che la Commissione ha revocato il beneficio dell'immunità concessa al *leniency applicant* in un solo caso, con la decisione del 20 ottobre 2005, caso COMP/C.38.281/B.2 - Tabacco greggio, Italia, confermata dal Tribunale di Primo Grado, Sentenza del 9 settembre 2011 nel Caso T-12/06, *Deltafina SpA c. Commissione*. Secondo la Commissione, la mancata cooperazione da parte dell'*immunity applicant*, la società Deltafina, è stata conseguenza del fatto che il legale esterno di Universal Corp. (controllante di Deltafina) aveva rivelato ai legali esterni di due società controllanti le imprese oggetto del procedimento l'avvenuta presentazione della richiesta di immunità. Inoltre, nel corso di una riunione dell'associazione italiana dei trasformatori di tabacco greggio, il Presidente di Deltafina aveva fornito analoga informazione ai presenti, tra cui i rappresentanti delle società indagate. Dell'avvenuta diffusione di questa informazione riservata Deltafina non aveva mai reso partecipe la Commissione, che era stata solo informata di alcune difficoltà circa il rispetto della riservatezza della richiesta di immunità.

⁵⁴ Cfr. Comunicazione, par. 24. Il par. 25 stabilisce che, ai fini di valutazione del valore aggiunto delle prove, hanno un valore maggiore gli elementi probatori contemporanei al periodo in cui ha avuto luogo il presunto cartello rispetto ad elementi venuti ad esistenza successivamente nonché le informazioni direttamente legate allo stesso rispetto a quelle che hanno un legame solo indiretto. Infine, “*agli elementi probatori concludenti è attribuito maggior valore rispetto a elementi probatori quali le dichiarazioni, che devono essere corroborate in caso di contestazione*”.

collaboranti successivamente ad una richiesta di immunità, rispettivamente pari al 30%-50%, 20%-30%, e fino al 20%⁵⁵. Ai fini dell'ammissione al beneficio, l'impresa deve rispettare le medesime ulteriori condizioni previste in relazione alle richieste di immunità tra cui, in particolare, quella di piena collaborazione per tutto il corso del procedimento⁵⁶.

Un ulteriore importante beneficio per i successivi dichiaranti è la c.d. immunità parziale, prevista ove sia fornito alla Commissione materiale probatorio che consenta di “*accertare altri fatti tali da accrescere la gravità o la durata dell'infrazione*”. In tale caso, i collaboranti potranno beneficiare, in aggiunta alla riduzione della sanzione, dell'immunità rispetto a tali fatti aggiuntivi, che non saranno loro addebitati ai fini della determinazione dell'ammenda⁵⁷.

Come si vedrà a breve, le successive revisioni apportate al modello di *leniency* inizialmente introdotto hanno consentito significativi risultati in termini di istruttorie in cui è stato applicato il programma, con un rilevante numero di istanze presentate specie in seguito alla riforma del 2002.

⁵⁵ Come nel caso delle richieste d'immunità, la Commissione può non tener conto di domande di riduzione della sanzione presentate dopo l'invio della comunicazione degli addebiti (Cfr. Comunicazione, parr. 26 e 29).

⁵⁶ Tale previsione rappresenta una significativa novità rispetto alle precedenti versioni del programma del 2002 e del 1996, in cui l'obbligo era limitato alle sole domande di immunità dalle ammende. Ad esempio, nella decisione *Siemens c. Commissione*, T-110/07 del 3 marzo 2011 – relativa alla Comunicazione del 2002 - il Tribunale ha osservato che “*la condizione di piena collaborazione posta al punto 11 della comunicazione sulla cooperazione si applica solo alle domande di immunità dalle ammende e non alle domande di riduzione, come risulta dal punto 20 di tale comunicazione. Pertanto, l'evidente mancanza di sincerità nelle dichiarazioni della Siemens non impedisce che le venga accordata una riduzione dell'ammenda qualora, conformemente al punto 21 della suddetta comunicazione, essa abbia fornito elementi di prova di significativo valore aggiunto*”.

⁵⁷ Cfr. Comunicazione, par. 26. Si osservi che la concessione del beneficio dell'immunità parziale non influisce sulla posizione del primo dichiarante, che beneficerà comunque dell'immunità totale per tutte le contestazioni collegate all'illecito confessato e per l'intera durata (ivi incluso il periodo aggiuntivo eventualmente svelato dal secondo collaborante).

4.3 Il sistema nazionale

Sulla scia del sistema previsto a livello comunitario, nel 2007 i programmi di clemenza sono stati introdotti anche a livello nazionale, in seguito all'adozione, da parte dell'Autorità, della delibera n. 16472 del 15 febbraio 2007⁵⁸, attuativa del nuovo art. 15, comma 2-*bis*, della legge n. 287/1990⁵⁹. Con tale disposizione, per la prima volta nella materia *antitrust*, l'Autorità è stata chiamata ad esercitare un potere normativo in senso proprio, attraverso un provvedimento generale che stabilisce i casi in cui può essere operata la riduzione o la non applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria. L'attribuzione di tale potere trova un unico limite legale nella precisazione secondo cui la disciplina deve essere *'in conformità all'ordinamento comunitario'* e che la riduzione o la mancata applicazione della sanzione può essere esclusivamente operata *"nelle fattispecie previste dal diritto comunitario"*⁶⁰. Sulla base di tali indicazioni, l'Autorità ha allineato il programma nazionale al sistema di *leniency* della Comunicazione UE, sia pure con alcune variazioni.

Sotto un profilo generale, la Comunicazione dell'Autorità delimita il proprio ambito alle "intese orizzontali segrete", riferimento che non compare invece nella Comunicazione della Commissione. Detta previsione, seppur indicativa di una scelta di *policy* dell'Autorità di limitare i benefici riconosciuti dal programma alle sole violazioni più gravi, non sembrerebbe comportare particolari conseguenze

⁵⁸ Delibera del 15 febbraio 2007, n. 16472, Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'art. 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 ("**Comunicazione**"). L'art. 15 della legge antitrust era stato modificato in tal senso dal decreto legge, 4 luglio 2006, n. 223, convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248. Per un'analisi della disciplina così introdotta, si vedano V. MELI, *I Programmi di Clemenza nel Diritto Antitrust Italiano*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 2007, 201; F. NICOLINI, *Il programma di clemenza italiano e il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: prime applicazioni*, in *Giust. amm.*, 2007, 731; J. MAGGIOLINO, M.T. BERTONE, *L'introduzione dei Programmi di Clemenza nel Diritto Antitrust Italiano: Ragioni e Prospettive*, in *Riv. società*, 2007, 1370.

⁵⁹ L'art. 15 della legge antitrust era stato modificato in tal senso con il decreto legge, 4 luglio 2006, n. 223, conv. in legge 4 agosto 2006, n. 248.

⁶⁰ Sul punto si veda M. CLARICH, in *I Programmi di Clemenza nel Diritto Antitrust*, cit., p. 73.

nell'applicazione pratica⁶¹. Alcune più significative differenze sono invece rappresentate dalle condizioni di accesso al trattamento favorevole.

In primo luogo, per quanto attiene al beneficio dell'immunità dalle sanzioni, la Comunicazione del 2007 riconosce l'esenzione dalla sanzione all'impresa che per prima fornisca spontaneamente informazioni o elementi probatori “*decisivi per l'accertamento dell'infrazione, eventualmente anche attraverso un'ispezione mirata*”⁶², a condizione che l'Autorità non disponga già di sufficienti informazioni per provarne l'esistenza. Le indicazioni delle informazioni che l'impresa deve fornire non sono formulate in maniera tassativa, ma con l'inciso “*di regola*”⁶³. Non viene precisato se sia possibile formulare istanze di immunità in seguito all'avvio del procedimento ma, in analogia con il programma comunitario, la dottrina maggioritaria ammette tale possibilità⁶⁴. In base al programma nazionale, tuttavia,

⁶¹ Comunicazione del 2007, par. 1. Si veda al riguardo V. MELI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e i Programmi di Clemenza*, in Rabitti Bedogni, C., Barucci, P. (a cura di), *20 Anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, p. 426-427.

⁶² Punto 2 *lett. a)* della Comunicazione del 2007. La circolare Assonime n. 24/2007 rileva che la soglia prevista per l'accesso all'immunità sarebbe più elevata rispetto alla prima soglia prevista dalla comunicazione della Commissione europea (contributo che consente di effettuare un'ispezione mirata). *Contra*, V. MELI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e i Programmi di Clemenza*, cit., p. 210. Ad un esame concreto, le soglie stabilite a livello comunitario e nazionale sembrerebbero corrispondere: in Italia, la decisività del contributo è infatti apprezzata *ex ante*, a prescindere dal risultato dell'accertamento ispettivo (cfr. il caso I649, *Produttori di Pannelli Truciolari in Legno*, cit., in cui sono state ritenute decisive le evidenze fornite dal collaborante che hanno “*consentito di effettuare accertamenti ispettivi mirati presso le sedi di tutte le parti del procedimento*”, par. 256).

⁶³ Cfr. Punto 3 della Comunicazione.

⁶⁴ In particolare, si sono espressi a favore di tale interpretazione, G. SEPE, *Codice Commentato della Concorrenza e del Mercato* (a cura di A. CATRICALÀ, P. TROIANO), Utet Giuridica, Torino, 2010, p. 1566 e V. MELI, *I Programmi di Clemenza nel Diritto Antitrust Italiano*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2007, p. 210. Quest'ultimo osserva che “*il requisito indicato dall'Autorità per la concessione dell'immunità è infatti di carattere sostanziale, non formale: l'apporto di informazioni decisive ai fini della scoperta e della condanna di un cartello. E non è detto che quando apre un'istruttoria relativa ad un presunto cartello l'Autorità disponga già di prove decisive della sua esistenza*”. Alcune divergenze si registrano nella dottrina quanto al momento preclusivo per la presentazione delle istanze di clemenza, che alcuni Autori individuano nella Comunicazione delle risultanze istruttorie, osservando che il programma di clemenza non avrebbe la funzione di facilitare una definizione negoziata del procedimento (G. SEPE, G., *Ibidem*; *contra* NICOLINI, *Il Programma di Clemenza Italiano e il Ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: Prime Applicazioni*, in *Giust. amm.*, 2007, p. 734). Altri autori individuano quale limite per la presentazione delle istanze quello “*dell'esercizio del diritto di*

la soglia probatoria che il contributo dell'impresa deve soddisfare è in astratto invariata, a prescindere dal momento di presentazione dell'istanza.

In secondo luogo, con riguardo al beneficio della riduzione della sanzione per i successivi dichiaranti, la Comunicazione italiana presenta la più evidente differenza rispetto al modello comunitario: mentre quest'ultimo stabilisce chiare forcelle di valore per la graduazione del beneficio a seconda della tempestività della domanda, il modello nazionale si limita a prevedere la possibilità di una riduzione *“in misura di regola non superiore al 50%”* della sanzione⁶⁵.

Al fine di accedere al beneficio, le imprese devono fornire prove che *“rafforzino in misura significativa, in ragione della loro natura o del loro livello di dettaglio, l'impianto probatorio di cui l'Autorità già disponga, contribuendo in misura apprezzabile alla capacità dell'Autorità di fornire la prova dell'infrazione”*⁶⁶. Pur in assenza di un esplicito riferimento alla nozione di *“significativo valore aggiunto”* prevista nel programma comunitario, si ritiene che non vi siano differenze di rilievo tra i due modelli⁶⁷.

Come si vedrà a breve, nonostante la comunicazione sulla clemenza sia stata adottata ormai da oltre cinque anni, il numero di istruttorie in cui ha trovato applicazione è ancora piuttosto esiguo, limitandosi a cinque casi ad oggi conclusi.

accesso agli atti del procedimento” (cfr. V. MELI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e I Programmi di Clemenza*, cit., p. 428).

⁶⁵ Comunicazione del 2007, par. 4. La Comunicazione non distingue la valutazione della tempestività della domanda e del valore del materiale probatorio prodotto, ma permette una valutazione congiunta dei due elementi in questione. Un'analisi critica della previsione è condotta più diffusamente al Capitolo 2, par. 3.3.

⁶⁶ Comunicazione del 2007, par. 4. E' stato osservato che per l'interpretazione del requisito della significatività occorre fare riferimento alla Comunicazione della Commissione, la quale usa il concetto di *“valore aggiunto”*. Cfr. *Ibidem*.

⁶⁷ Cfr. cfr. V. MELI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e i Programmi di Clemenza*, cit., p. 431.

5. L'esperienza comunitaria e le prime applicazioni del programma di clemenza nazionale

La penetrazione dei programmi di clemenza nell'attività di accertamento delle intese illecite trova significative conferme nella prassi applicativa della Commissione europea che, dall'entrata in vigore dello strumento in questione nel 1996, ha più che raddoppiato il numero di cartelli accertati e sanzionati rispetto ai nove anni precedenti⁶⁸.

Si riportano di seguito alcuni dati di sintesi relativi al numero di procedure avviate dalla Commissione in materia di cartelli nel periodo 1996-2009 ed alle istanze di clemenza proposte⁶⁹:

| | Totale procedimenti avviati ai sensi dell'art. 101 | Di cui: con <i>leniency</i> pre-avvio | Di cui: con <i>leniency</i> post -avvio |
|----------------|--|---------------------------------------|---|
| 1996-2001 | 36 | 16 | 10 |
| 2002-2005 | 19 | 17 | - |
| 2006-2009 | 29 | 21 | 1 |
| Tot. 1996-2009 | 84 | 54 | 11 |

⁶⁸ Secondo la contabilità indicata da S. SURNÄKKI, il numero totale di decisioni in cui è stata accertata una violazione dell'art. 101 TFUE risulta essere pari a 11 dal 1991 al 1994, 10 dal 1995 al 1999, 33 dal 2000 al 2004, 33 dal 2005 al 2009 (cfr. *Leniency policy in European Commission Proceedings*, Relazione al Convegno *I Programmi di Clemenza nel Diritto Antitrust*, Roma, 23 aprile 2010, disponibile al seguente indirizzo: www.agcm.it).

⁶⁹ La fonte è R. SICCA, in A. CATRICALÀ, P. TROIANO (a cura di), *Codice Commentato della Concorrenza e del Mercato*, Utet Giuridica, Torino, 2010. Per un interessante comparazione tra l'incidenza delle domande di *leniency* comunitarie presentate in vigenza della Comunicazione del 2002 e quelle presentate dopo l'adozione di quella del 2006, si rinvia a J. YSEWYN, *Il Punto di Vista delle Imprese*, Relazione al Convegno *I Programmi di Clemenza nel Diritto Antitrust*, Roma, 23 aprile 2010, disponibile al seguente indirizzo: www.agcm.it. Sulla base di un calcolo effettuato

Come emerge dalla tabella, un dato particolarmente significativo è rappresentato dal notevole incremento dell'incidenza delle richieste di partecipazione ai programmi successivamente alla riforma del 2002⁷⁰. Se, infatti, nel periodo 1996-2001 i casi avviati in seguito alla collaborazione di un'impresa corrispondevano a circa il 44% del totale (16 casi su un totale di 36), nei due periodi successivi (2002-2005 e 2006-2009) la Commissione si è avvalsa della cooperazione delle imprese in più dell'80% dei casi avviati ai sensi dell'art. 101 TFUE.

Detta tendenza è altresì confermata dal fatto che, nel periodo 2006-2010, in tutti i trenta casi di cartello esaminati a livello europeo vi è stata almeno una domanda di clemenza e la Commissione ha dato origine all'indagine sulla base delle informazioni fornite da un collaborante con una media di cinque casi su sette⁷¹.

Passando ad esaminare la prassi a livello nazionale, l'esperienza applicativa è allo stato ancora preliminare e, pertanto, è difficile valutare l'impulso che l'introduzione dei programmi di clemenza ha fornito all'Autorità nell'accertare le intese anticoncorrenziali.

Come anticipato, le decisioni in cui l'Autorità ha avuto modo di applicare il *leniency programme* si limitano ad oggi a cinque casi, nei quali è sempre stato

sulle decisioni adottate dal 1° gennaio 2003 al 31 dicembre 2009, la medesima Relazione osserva che il 65% delle decisioni comunitarie su cartelli origina da *immunity applications*.

⁷⁰ Si osservi che la Comunicazione del 1996 è stata applicata per lungo tempo, fino al 2007, dal momento che molte imprese avevano richiesto il trattamento favorevole prima dell'entrata in vigore delle successive Comunicazioni del 2002 e del 2006. Tuttavia, il primo *leniency programme* non ha prodotto risultati soddisfacenti a causa dell'eccessiva discrezionalità della Commissione nel valutare le domande di clemenza e agli scarsi incentivi in termini di riduzione delle sanzioni offerti alle imprese pentite. Cfr. C. PESCE, *Il Programma di Clemenza Europeo e la Tutela dei Singoli*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, 01, p. 145.

⁷¹ La contabilità è indicata da M. BERETTA, *I Programmi di Clemenza in Europa e in Italia: Rischi e Opportunità per le Imprese*, seminario tenuto a Milano in data 17 ottobre 2011; M. BERETTA e P. M. FERRARI, relazione presentata al seminario *I Programmi di Clemenza Europeo ed Italiano: La Via del Pentimento*, Roma, 27 aprile 2011.

riconosciuto il beneficio dell'immunità al primo collaborante⁷². Più in particolare, in tre casi l'istanza di clemenza presentata all'Autorità riguardava fattispecie relative al solo contesto nazionale, senza una previa istanza a livello comunitario.

Il primo caso, *I649 Produttori di Pannelli Truciolari di Legno*⁷³ riguarda un cartello nel settore del legno, in cui l'Autorità ha riconosciuto il beneficio dell'immunità alla prima impresa collaborante. E' interessante notare che la Comunicazione sulla clemenza nazionale è stata adottata successivamente all'avvio dell'istruttoria e dopo che la società aveva presentato la prima istanza di *leniency*. La condotta cooperativa della società è stata presumibilmente incoraggiata da un isolato caso dell'Autorità risalente al 1997, relativo ad un'intesa tra gli operatori nel settore degli esplosivi da mina, in cui è stata esentata dalle ammende un'impresa che aveva fornito, per prima ed in epoca precedente all'avvio del procedimento, informazioni essenziali ai fini dell'accertamento. Nel concedere il beneficio, l'Autorità ha sottolineato che *“l'interesse prioritario perseguito dalla legge è quello all'accertamento e alla eliminazione delle intese restrittive della concorrenza, anche al fine di disincentivare violazioni future. Considerato, inoltre, che l'irrogazione della sanzione prevista dall'articolo 15 è volta a rafforzare l'una e l'altra finalità, cosicché comminare, nel caso di specie, la sanzione alla società [...] scoraggerebbe per il futuro comportamenti similari e finirebbe perciò con il contrastare con le finalità stesse per cui la sanzione è prevista dalla legge, si ritiene di non irrogare [...] alcuna sanzione per la*

⁷² Nonostante il modesto numero di istruttorie allo stato concluse, sembrerebbero esservi alcuni primi segnali di un maggiore interesse da parte delle imprese avverso lo strumento, che avrebbero presentato circa 60 domande di clemenza (il dato è fornito da P. FATTORI, *Principali Sviluppi dalla Prassi e della Giurisprudenza Antitrust Nazionale degli ultimi 12 Mesi*, relazione presentata al Convegno *I Principali Sviluppi nel Diritto della Concorrenza Comunitario e Nazionale*, Sorrento, 20-21 maggio 2011). Tuttavia, non è noto quante di tali istanze siano state effettivamente seguite da attività pre-istruttoria o dall'avvio di un procedimento ed il dato è comunque di modeste dimensioni se paragonato ad altri Stati, come la Germania ove, dall'introduzione dei *leniency programme* nel 2000, sono state ad oggi registrate 283 richieste di clemenza in 87 diversi cartelli (C. CANENBLEY, T. STEINVORTH, *Effective Enforcement of Competition Law: is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?* in *Journal of European Competition Law & Practice* vol. 2, no. 4, 2011).

⁷³ Provv. n. 16835, del 17 maggio 2007, confermato da TAR Lazio, Sez. I, 13 marzo 2008, n. 2312 e da Cons. di Stato, Sez. VI, 2 marzo 2009, n. 1190.

violazione commessa, atteso il ruolo decisivo e fondamentale dalla stessa svolto, che ha permesso all'Autorità di accertare e reprimere le intese denunciate"⁷⁴. Tale rilievo, come è evidente, riassume taluni degli elementi centrali che caratterizzano gli attuali programmi di clemenza comunitari e nazionali⁷⁵.

Il secondo caso di rilevanza nazionale in cui ha trovato applicazione lo strumento della clemenza è l'istruttoria *I700, Prezzo del GPL per riscaldamento regione Sardegna*⁷⁶ in cui l'Autorità ha accertato un'intesa restrittiva della concorrenza nel comparto del Gpl per uso domestico. La società cui è stato accordato il beneficio dell'immunità aveva inizialmente proposto un'istanza di impegni ai sensi dell'art. 14-ter della legge 287/90 che è stata rifiutata dall'Autorità; l'impresa ha quindi offerto la propria collaborazione successivamente all'avvio del procedimento, denunciando un'intesa più ampia, per oggetto, durata ed estensione geografica, di quella inizialmente contestata dall'Autorità.

Infine, nel caso *I733, Servizi di agenzia marittima*⁷⁷, l'Autorità ha sanzionato quindici società attive nel settore dei servizi di agenzia marittima e le relative associazioni di categoria per aver partecipato ad un cartello di oltre 5 anni riguardante la fissazione dei corrispettivi dei servizi agenziali.

⁷⁴ Provv. n. 5161, del 26 giugno 1997, nel caso I239 - *Operatori nel Settore degli Esplosivi da Mina*.

⁷⁵ Al riguardo, la dottrina ha in particolare evidenziato la centralità di alcuni elementi, quali: "1) la totale novità dei fatti segnalati e la tempestività della segnalazione (precedente all'avvio del procedimento); 2) la consapevolezza del pieno coinvolgimento nell'illecito segnalato; 3) la completezza delle informazioni fornite; 4) l'aver posto fine ai comportamenti oggetto di segnalazione". Cfr. G. GALASSO, *L'esperienza Italiana*, relazione presentata al Convegno organizzato dall'AGCM *I Programmi di Clemenza nel Diritto Antitrust*, Roma, 23 aprile 2010, disponibile al seguente indirizzo: <http://www.agcm.it/ventennale-dellautorita/4862-i-programmi-di-clemenza-nel-diritto-antitrust-roma-auditorium-agcm.html>.

⁷⁶ Provv. n. 20983, dell'8 aprile 2010, confermato da TAR Lazio, Sez. I, 13 dicembre 2010, e da Cons. di Stato, Sez. VI, 6 settembre 2010, n. 6481.

⁷⁷ Provv. n. 23338, del 22 febbraio 2012. Oltre al beneficio dell'immunità alla prima impresa collaborante, la seconda impresa a proporre istanza di clemenza ha ottenuto una riduzione pari al 50% della sanzione, mentre l'Autorità ha rifiutato di concedere il beneficio dell'immunità parziale. E' stato infatti ritenuto irrilevante il fatto che detta società avesse ammesso il proprio coinvolgimento per un determinato periodo del cartello, in quanto - anche in assenza di tale

Le altre due istruttorie in cui è stato applicato la Comunicazione nazionale sulla clemenza riguardano invece fattispecie che originano da procedimenti comunitari, rispetto alle quali la Commissione europea risulta *prima facie* nella posizione migliore per istruire il caso. In tali casi, l'Autorità consente alle imprese che hanno già presentato o sono in procinto di presentare alla Commissione europea una domanda di trattamento favorevole, di presentare un'analoga domanda all'Autorità in forma semplificata⁷⁸.

Nel primo caso, *I701, Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*⁷⁹, l'Autorità ha accertato un coordinamento tra sedici imprese sugli aumenti dei prezzi di listino trasmessi alla grande distribuzione. Il secondo caso, *I722 - Logistica internazionale*⁸⁰, riguarda invece un cartello tra diciannove imprese avente ad oggetto l'incremento concertato del prezzo delle spedizioni internazionali di merci su strada da e per l'Italia.

Non è semplice individuare le ragioni dello scarso numero di istruttorie avviate sulla base di un'istanza di collaborazione e dell'apparente riluttanza delle imprese a formulare istanze di clemenza, in particolare indipendentemente da

ammissione - la sua partecipazione risultava provata da altri documenti acquisiti al fascicolo istruttorio.

⁷⁸ Cfr. parr. 16-18 della Comunicazione del 2007. La possibilità di presentare domande in forma semplificata deriva dal fatto che, non essendo previsto un sistema centralizzato ed unificato a livello europeo di ricezione e valutazione delle domande di clemenza (c.d. *one stop shop*), le imprese potrebbero essere tenute a presentare istanze di clemenza multiple, sia davanti alla Commissione europea, sia presso le Autorità della concorrenza nazionali i cui territori sono interessati dalla condotta. La *summary application* consente quindi di alleggerire l'onere per l'impresa connesso alla necessità di presentare la domanda completa a tutte le autorità astrattamente competenti. Sul punto, P. CASSINIS, *Commento alla Delibera sulla Non Imposizione e sulla Riduzione delle Sanzioni ai sensi dell'art. 15 della Legge 10 ottobre 1990, n. 287. Ambito di Applicazione della Comunicazione (par. 1, Provv. AGCM 15 febbraio 2007, n. 16472)*, in A. CATRICALÀ, P. TROIANO (a cura di), *Codice Commentato della Concorrenza e del Mercato*, 1593.

⁷⁹ Provv. n. 2194, del 15 dicembre 2010. In aggiunta al beneficio dell'immunità riconosciuto al primo collaborante, altre due società hanno beneficiato di sostanziali riduzioni della sanzione, pari rispettivamente al 50% ed al 40%, pur avendo formulato istanza di *leniency* in seguito all'avvio del procedimento.

⁸⁰ Provv. n. 22521, del 15 giugno 2011. In tale caso, l'Autorità ha riconosciuto la totale immunità dalle sanzioni alla prima società collaborante, nonché riduzioni ai successivi *applicant* pari rispettivamente al 50%, al 49% ed al 10% della sanzione e l'immunità parziale dalle ammende al secondo collaborante per un periodo significativo dell'illecito.

domande presentate a livello comunitario: in dottrina sono state avanzate diverse ipotesi al riguardo, alcune legate a cause esterne, quale una possibile carenza informativa in relazione ad imprese di piccole o medie dimensioni⁸¹; altre a cause interne, essenzialmente connesse a scelte di *policy* dell'Autorità ed al coordinamento con altri strumenti di *enforcement pubblico*, quali lo strumento degli impegni e la politica sanzionatoria⁸².

Tali rilievi inducono ad esaminare la prima problematica oggetto di esame e, dunque, ad interrogarci circa i fattori idonei ad influenzare le politiche di *leniency* delle Autorità di concorrenza.

⁸¹ Secondo C. RABITTI, *op. cit.*, p. 12, “Questo deficit di consapevolezza, che potrebbe riguardare anche una parte degli operatori del diritto, specie nelle realtà locali, spiega almeno in certa misura l'impatto tutto sommato modesto del programma di clemenza italiano”.

⁸² Cfr. F. GHEZZI, *L'applicazione del Diritto Antitrust sotto la Presidenza Catricalà: Obiettivi e Priorità nella Disciplina delle Intese*, 2009 disponibile al seguente indirizzo: http://www.antitrustisti.net/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,864/Itemid,32/. Cfr. inoltre P. FATTORI, M. TODINO, *La Disciplina della Concorrenza in Italia*, 2010, Bologna, p. 401. Gli Autori individuano le seguenti ragioni: a) la tardiva adozione del *leniency programme* in Italia; b) una probabile generale diffidenza delle imprese a fare ricorso a uno strumento che è percepito come una forma di “delazione”, in settori industriali tradizionalmente caratterizzati da forti interessi corporativi convergenti e rapporti di cooperazione; c) la tendenza dell'AGCM ad accettare impegni dalle imprese coinvolte in illeciti *antitrust* “in zona grigia”, qualificati nei relativi provvedimenti come “gravi”.

CAPITOLO II – GLI INCENTIVI PER LE IMPRESE A COLLABORARE

1. L'effettività dei programmi di clemenza

Al fine di accrescere la capacità di individuare e reprimere i cartelli segreti, come anticipato nel Capitolo I, i programmi di clemenza sono stati introdotti in numerose diverse giurisdizioni, incluse quelle comunitarie e nazionale.

Le soluzioni adottate e la prassi applicativa, tuttavia, presentano significative differenze: nel caso del programma di clemenza nazionale, l'adesione delle imprese al programma è stata ad oggi inferiore rispetto al modello comunitario, specie in relazione alle istanze di esclusiva rilevanza nazionale, e dunque non connesse a domande inizialmente portate all'attenzione della Commissione europea. Ciò rende attuale una riflessione circa gli elementi che potrebbero incidere sull'effettività del programma di clemenza, facilitando l'attività amministrativa di accertamento e punizione delle infrazioni attraverso la collaborazione delle imprese.

Secondo le assunzioni canoniche dell'economia classica, i partecipanti ad un'intesa illecita si comportano da razionali massimizzatori dei profitti, il che significa che i dirigenti delle imprese coinvolte conducono *ex ante* un'analisi costi-benefici per determinare se i vantaggi derivanti da un'istanza di clemenza e la conseguente eliminazione del rischio che la condotta illecita sia scoperta e sanzionata compensino la rinuncia ai profitti collusivi. Di conseguenza, affinché la collaborazione con l'Autorità risulti appetibile per le imprese, dovrebbe essere rispettata la seguente condizione⁸³:

(profitti collusivi) – [(probabilità di essere scoperti) x (sanzione attesa)] < (profitti comportamento deviante) + (beneficio offerto) – (azioni civili di danni)

⁸³ Formula modificata da P. BUCCIROSSI, G. SPAGNOLO, *Optimal Fines in the Era of Whistleblowers. Should Price Fixers still Go to Prison?*, cit.

Un primo elemento di rilievo è dunque rappresentato dal contesto in cui i programmi di clemenza trovano applicazione: come è evidente, l'efficienza dei sistemi di controllo delle Autorità pubbliche ed il livello di sanzioni astrattamente applicabili, alzando i costi della collusione, aumentano la convenienza a porre termine all'infrazione attraverso la presentazione di un'istanza di clemenza⁸⁴.

In secondo luogo, occorre considerare i benefici potenzialmente ottenibili attraverso l'istanza di *leniency* (immunità/riduzione della sanzione), che andranno a sommarsi agli extra-profitti derivanti, nel breve/medio termine, dalla deviazione dall'accordo collusivo.

Infine, si pone la necessità di preservare i potenziali vantaggi connessi al programma, adottando misure volte a proteggere l'impresa collaborante dagli eventuali ulteriori costi derivanti dall'istanza di clemenza, quali in particolare possibili richieste di danni avanzate dai soggetti danneggiati dall'intesa.

Limitando per il momento l'analisi al profilo del *public enforcement*, nei successivi paragrafi saranno approfonditi i primi due fattori citati, mentre le potenziali interferenze tra azioni private di danni e programmi di clemenza saranno esaminate nella parte successiva del lavoro.

2. Gli elementi esterni: il contesto in cui i programmi di clemenza trovano applicazione

2.1 La probabilità di essere scoperti: i programmi di clemenza non devono costituire l'unico strumento utile ai fini dell'individuazione ed accertamento dei cartelli

Sebbene, come anticipato, i programmi di clemenza abbiano acquisito, specie nel contesto europeo, una crescente importanza nella lotta contro i cartelli, è

⁸⁴ M. BLOOM, *Despite its Great Success, the EC Leniency Program Faces Great Challenges*, in *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Claus-Dieter Ehlermann and Isabela Atanasiu (eds.), Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, 2007, p. 2.

opinione ormai pacifica che lo strumento in questione non sia di per sé sufficiente ad una efficace lotta contro le intese. E' infatti necessario che i programmi di clemenza siano accompagnati da adeguati strumenti di politica della concorrenza, in grado di aumentare gli incentivi alle imprese a confessare.

Per usare un'espressione rappresentativa, il funzionamento dei *leniency programme* si basa essenzialmente sul c.d. principio "del bastone e della carota", nel senso che deve essere prospettata una minaccia credibile affinché le imprese considerino conveniente presentare una domanda di clemenza⁸⁵. Si tratta, in maniera semplicistica, di uno speciale circolo virtuoso: a fianco al programma di clemenza è necessario un investimento di risorse da parte dell'Autorità al fine di condurre autonome indagini nei mercati in cui potrebbe essere probabile una collusione; le imprese, percependo il rischio che la violazione possa essere scoperta (sia che si tratti di un rischio generico, dovuto alla reputazione del singolo organo inquirente quale *enforcer* in grado di individuare e sanzionare autonomamente gli illeciti, che di un rischio specifico, ove esse ritengano che siano già in corso accertamenti da parte delle Autorità amministrative), saranno più propense ad autodenunciarsi per evitare di incorrere in sanzioni. Come è evidente, l'efficace funzionamento di tale meccanismo comporta una maggiore probabilità che siano applicate le sanzioni in astratto minacciate e, quindi, un maggiore effetto dissuasivo generale⁸⁶.

Quanto alla possibilità per le Autorità di pervenire autonomamente all'accertamento di un'infrazione, occorre evidenziare che esse dispongono di diversi canali in astratto idonei a consentire la scoperta di un cartello anche in assenza della collaborazione delle imprese, quali in particolare:

⁸⁵ Come è stato rilevato, "nell'interrelazione deterrenza-sanzione-clemenza - la "carota" è efficace solo quando l'aspettativa del "bastone" è credibile". F. GHEZZI, *Clemenza e Deterrenza nel Diritto Antitrust: l'utilizzo dei Leniency Programs nella Lotta contro Cartelli e Intese Hard Core*, in *Concorrenza e Mercato*, 2002.

⁸⁶ Cfr. F. GHEZZI, M. POLO, *Osservazioni sulla Politica Sanzionatoria della Commissione in Materia Antitrust: la Comunicazione sulla Non Imposizione di Ammende*, in *Rivista delle Società*, v. XLIII, 1998, pp.682-731 e W.P.J. WILS, *Self-incrimination in EC Antitrust Enforcement: a Legal and Economic Analysis*, in *World Competition*, n. 26 (4), 2003, p. 586.

- i) la normale attività normale di monitoraggio dei mercati e l'utilizzo di strumenti di cooperazione con altre autorità, attraverso i quali raccogliere informazioni sulle potenziali condotte oggetto di interesse⁸⁷;
- ii) le segnalazioni da parte di terzi, quali ad esempio imprese concorrenti o consumatori⁸⁸. Sebbene tali iniziative siano più frequenti nel caso di pratiche escludenti o di sfruttamento⁸⁹, anche in relazione ai cartelli le denunce potrebbero fornire informazioni utili alle indagini⁹⁰. Ove l'Autorità abbia il sospetto che siano stati commessi presunti illeciti, potrebbe essere autorizzata a condurre ispezioni presso i soggetti ritenuti in possesso di documenti utili ai fini dell'istruttoria;

⁸⁷ Cfr. W.P.J. WILS, *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice*, in *World Competition*, n. 30 (1), 2007, pp. 38.

⁸⁸ In particolare, nella Comunicazione della Commissione sulle migliori pratiche relative ai procedimenti previsti dagli articoli 101 e 102 del TFUE recentemente pubblicata (in G.U. n. C 308 del 20 ottobre 2011, p. 6), la Commissione osserva che “*Le informazioni fornite dai cittadini e dalle imprese sono importanti per dare l'avvio alle indagini da parte della Commissione. La Commissione incoraggia pertanto i cittadini e le imprese a sottoporle informazioni in merito a presunte violazioni delle regole di concorrenza, sia presentando una denuncia formale o semplicemente trasmettendo alla Commissione informazioni relative al mercato*” (cfr. par. 10). Critico a tale riguardo, F. GHEZZI, *Clemenza e Deterrenza nel Diritto Antitrust: L'utilizzo dei Leniency Programs nella Lotta contro Cartelli e Intese Hard Core*, in *Concorrenza e Mercato*, 2002. L'Autore osserva che “*Le imprese che operano sul medesimo mercato di riferimento o in mercati a valle rispetto al cartello potrebbero infatti preferire adeguarsi alla situazione collusiva (...) Per altro verso, le segnalazioni potrebbero essere pretestuose (ad esempio, poiché finalizzate a mettere in difficoltà uno o più concorrenti), infondate o prive delle informazioni minime necessarie al fine di prendere in considerazione l'avvio di una istruttoria formale*”.

⁸⁹ Si veda sul punto W.P.J. WILS, *Self-incrimination in EC Antitrust Enforcement: a Legal and Economic Analysis*, p. 581, *Ibidem*.

⁹⁰ Naturalmente, non è opportuno fare unicamente affidamento sulla presenza di tale canale informativo esterno. I terzi potrebbero infatti non avere interesse a sollecitare l'attivazione dei poteri istruttori dell'autorità. Ad esempio, imprese che operano sul medesimo mercato di riferimento o in mercati a valle rispetto al cartello potrebbero preferire adeguarsi alla situazione collusiva, mentre altri soggetti potrebbero non essere sufficientemente incentivati, posto che una decisione favorevole dell'autorità ha natura di bene pubblico, mentre il costo legato all'attivazione dell'intervento antitrust rimane a carico dei soggetti che l'hanno provocato. Per altro verso, le segnalazioni potrebbero essere infondate o pretestuose - in quanto finalizzate a mettere in difficoltà i concorrenti - o prive delle informazioni minime necessarie al fine di prendere in considerazione l'avvio di una istruttoria formale. Cfr. F. GHEZZI, *Clemenza e Deterrenza nel Diritto Antitrust: L'utilizzo dei Leniency Programs nella Lotta contro Cartelli e Intese Hard Core*, cit.

iii) lo svolgimento di autonome indagini attraverso gli strumenti investigativi che - sebbene più modesti rispetto al contesto inglese e statunitense⁹¹ - sono comunque disponibili anche nel sistema comunitario e nazionale⁹².

A questo riguardo, è interessante un raffronto tra la prassi applicativa comunitaria e nazionale. Quanto alla prassi comunitaria, si riportano di seguito i dati relativi ai casi avviati dalla Commissione europea con e senza *leniency*⁹³:

| | Totale procedimenti avviati ai sensi dell'art. 101 | Di cui: con leniency pre avvio | Casi senza leniency o con leniency post avvio | |
|----------------|--|--------------------------------|---|-------------------|
| 1996-2001 | 36 | 16 | 20 | 55% |
| 2002-2005 | 19 | 17 | 2 | 10% |
| 2006-2009 | 29 | 21 | 8 | 27,5% |
| Tot. 1996-2009 | 84 | 54 | 31 | <u>37%</u> |

⁹¹ Per una descrizione delle tecniche utilizzate dall'*Office of Fair Trading* inglese, si rinvia a S. WILLIAMS, *Cracking Cartels: Trends and Issues: The UK Perspective*, relazione tenuta alla ACCC Conference: Sydney, Australia, Novembre 2004: "*Under RIPA the OFT has powers to conduct "directed surveillance" and, as mentioned above, intrusive surveillance. Directed surveillance is any form of surveillance in which the intended target is unaware that it is taking place and which is not intrusive surveillance (...). Surveillance is defined widely as including monitoring, observing and listening to persons, their movements, their conversations or their activities or communications. (...) Intrusive surveillance is essentially any surveillance in relation to residential premises or private vehicles*".

⁹² Cfr. Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato in GUCE n. L 001 del 04/01/2003 pp. 1-25 e Decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217 - Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Le normative citate consentono i) di sentire, al fine di integrare l'istruttoria persone, imprese o enti, verbalizzando le informazioni raccolte, ii) di formulare richieste di informazioni e di esibizione di documenti, iii) di procedere ad ispezioni. A differenza di quanto previsto a livello comunitario, la normativa italiana non consente l'accesso alle dimore private.

⁹³ Dati elaborati dalle informazioni sui casi della Commissione pubblicati sul sito: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/cases/cases.html>. I casi in cui la domanda di *leniency* è proposta successivamente all'avvio del procedimento sono conteggiati nell'ambito dell'attività avviata su istanza della Commissione.

Nel contesto statunitense, invece, le domande per l'applicazione dei programmi di clemenza riguardano circa il 50% dei cartelli (per questi dati e per le relative fonti, cfr. G. SPAGNOLO, *Leniency and Whistleblowers in Antitrust*, in *Handbook of Antitrust Economics*, Buccirossi, P. (a cura di), 2006, p. 13).

La tavola evidenzia come, a livello comunitario, il notevole incremento delle istanze di *leniency* è stato accompagnato da una discreta percentuale di casi avviati autonomamente dalla Commissione e corrispondente, nel periodo 2006-2009, a circa il 27,5% del totale delle intese orizzontali perseguite. Al riguardo, è significativo che la Commissione europea abbia recentemente evidenziato il valore da essa attribuito alle indagini interne: *“la Commissione è giunta ad individuare alcuni cartelli attraverso indagini avviate di sua iniziativa. Per quanto la politica di trattamento favorevole adottata dalla Commissione rappresenti uno strumento efficace nell'individuazione di cartelli, i recenti casi [...] dimostrano che tale individuazione non è condizionata per la Commissione alle prove fornite dai richiedenti di trattamento favorevole. La Commissione continua ad attribuire notevole importanza alle indagini ex officio che possono derivare dal controllo del mercato, da indagini settoriali e denunce, nonché dall'azione di autorità nazionali garanti della concorrenza nell'ambito della REC”*⁹⁴.

Con riferimento al contesto nazionale, l'introduzione dei programmi di clemenza è stata invece seguita da un numero più limitato di procedimenti di cartello avviati su autonomo impulso dell'Autorità, ossia al di fuori di un'istanza di *leniency*. Se infatti si escludono i procedimenti relativi a fattispecie associative e a partecipazioni a gare, in cui è più raro l'accesso ai programmi di clemenza⁹⁵, negli ultimi tre anni sono stati avviati autonomamente dall'Autorità solo due casi di potenziale cartello di prezzo *hard core*, i procedimenti *Case d'Asta*⁹⁶ e *Prezzi Bitume*⁹⁷, entrambi chiusi senza accertamento dell'infrazione⁹⁸.

⁹⁴ Cfr. Relazione sulla politica di concorrenza della Commissione europea, 2007, COM(2008), 16 giugno 2008, par. 6.

⁹⁵ Occorre infatti considerare che la partecipazione all'associazione potrebbe consolidare il rapporto di fiducia tra le imprese, mentre nel caso di illeciti connessi a gare un forte disincentivo alla *leniency* è costituito dalla previsione di sanzioni penali per la turbativa d'asta (art. 353 c.p.).

⁹⁶ Provvedimento dell'Autorità del 20 aprile 2011, Caso I 732, *Prezzi Bitume*.

⁹⁷ Provvedimento dell'Autorità del 23 settembre 2009, Caso I705, *Case d'Asta*.

⁹⁸ I dati riportati sono aggiornati al mese di aprile 2012. Simili considerazioni sono svolte da P. FATTORI, *Principali Sviluppi dalla Prassi e della Giurisprudenza Antitrust Nazionale degli Ultimi 12 Mesi*, cit.

2.1.1 *Le interferenze tra leniency programme e decisioni con impegni*

A livello nazionale, a fianco al modesto numero di procedimenti in cui sono state accertate e sanzionate fattispecie di intese *hard core*, ha invece assunto particolare rilievo l'istituto delle decisioni con impegni, in base al quale è possibile concludere un'istruttoria senza un formale accertamento dell'infrazione e senza l'imposizione di alcuna sanzione⁹⁹: nel periodo 2006-2011, gli impegni hanno rappresentato la maggior parte dei provvedimenti adottati dall'Autorità, superando il numero di decisioni di accertamento di un illecito antitrust (rispettivamente 48 e 30 decisioni).

Ad una prima analisi, si potrebbe ritenere che l'applicazione dell'istituto con impegni non abbia una diretta ripercussione sull'efficacia dei programmi di clemenza: come sarà approfondito nella seconda parte del lavoro, la disciplina comunitaria stabilisce infatti che l'istituto non è utilizzabile in relazione alle violazioni *hard core*¹⁰⁰ e tale limite, pur non espressamente previsto a livello nazionale, si ritiene vincolante anche a livello nazionale. L'Autorità, in effetti, non ha mai affermato di voler estendere l'ambito di applicazione degli impegni anche alle intese orizzontali segrete e, al contrario, ha correttamente rifiutato gli impegni proposti dalle società a fronte di tali fattispecie¹⁰¹.

Tuttavia, non può essere esclusa una certa sovrapposibilità tra i due strumenti, come ad esempio in fattispecie relative a scambi di informazioni sensibili: pur essendovi un certo dibattito circa l'applicabilità dell'istituto della

⁹⁹ Cfr. art. 14 *ter* della legge n. 287/90. Per un'analisi sulla relativa disciplina e della prassi applicativa, si rinvia alla parte II del presente lavoro.

¹⁰⁰ Cfr. Considerando 13 del Regolamento CE n. 1/2003, secondo cui "*le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende comminare un'ammenda*". Sulla base dell'inutilizzabilità degli impegni nel caso dei cartelli, parte della dottrina esclude che l'elevato numero di procedimenti conclusi con la procedura negoziata abbia influenza sulla scarsa applicazione dei programmi di clemenza in Italia (Cfr. cfr. V. MELI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e I Programmi di Clemenza*, cit., p. 428).

¹⁰¹ In passato, come detto, un'impresa ha presentato, proprio in seguito al rifiuto degli impegni, un'istanza di *leniency*, consentendo un significativo ampliamento dell'istruttoria (cfr. caso *I700, Prezzo del GPL per Riscaldamento Regione Sardegna*, cit.).

clemenza a tali fattispecie¹⁰², le Linee Guida sulla cooperazione orizzontale recentemente pubblicate¹⁰³ tendono ad equiparare dette violazioni ad illeciti di cartello, da cui si potrebbero trarre indicazioni in senso positivo all'estensione della clemenza anche a casi di scambi di informazioni.

A ciò si aggiungano due ulteriori considerazioni: in primo luogo, l'Autorità nazionale sembrerebbe aver talvolta mostrato di accogliere impegni pur a fronte di condotte ritenute inizialmente gravi¹⁰⁴, con evidenti conseguenze sulla percezione delle imprese che, nel caso di violazioni gravi, non vi siano alternative alla scelta tra collaborare o soccombere alla sanzione¹⁰⁵; in secondo luogo, la propensione dell'Autorità a concludere le istruttorie con accettazione degli impegni, senza irrogazione di alcuna sanzione, potrebbe incidere sull'efficacia deterrente della politica sanzionatoria dell'Autorità, con possibili riflessi sui vantaggi per le imprese a proporre istanze di clemenza¹⁰⁶.

In conclusione, ci sembra di convenire con quanti hanno evidenziato che una limitazione dell'uso dello strumento degli impegni a casi tendenzialmente marginali, ed una maggiore attenzione nelle priorità di intervento dell'Autorità all'accertamento delle violazioni più gravi, potrebbe aumentare la percezione per le imprese di un concreto rischio di soccombere ad una sanzioni, con riflessi

¹⁰² Cfr. la presentazione di M. BERETTA e P. M. FERRARI al seminario *I Programmi di Clemenza Europee ed Italiano: la Via del Pentimento* tenutosi a Roma in data 27 aprile 2011.

¹⁰³ Cfr. Linee Guida sulla cooperazione orizzontale, (2011/C 11/01), secondo cui “*La comunicazione di informazioni fra concorrenti può inoltre costituire un accordo, una pratica concordata o una decisione di un'associazione di imprese aventi come oggetto la fissazione dei prezzi o delle quantità. Questo tipo di scambi di informazioni verrà di norma valutato come un cartello e subirà eventualmente le medesime ammende. Lo scambio di informazioni può anche facilitare l'attuazione di un cartello consentendo alle imprese di controllare se i partecipanti rispettano i termini concordati. Questo tipo di scambi di informazioni verrà valutato come parte del cartello*” (punto 59).

¹⁰⁴ P. FATTORI, M. TODINO, *La Disciplina della Concorrenza in Italia*, 2010, p. 435.

¹⁰⁵ A. PERA, *Le decisioni con impegni tra diritto nazionale e comunitario, in Poteri e garanzie nel diritto antitrust: l'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, G. Bruzzone (a cura di), Bologna, 2008. Si noti inoltre che in un recente caso di applicazione del programma di clemenza, l'Autorità ha riconosciuto un'attenuante ad alcune imprese per la presentazione di impegni (cfr. caso I722 - *Logistica Internazionale*).

¹⁰⁶ A. PERA e M. CARPAGNANO, *Le Decisioni con Impegni tra Teoria e Prassi: un'analisi Comparata*, in *Contratto e Impresa - Europa*, 2008, 773.

positivi in termini di deterrenza specifica e generale e sugli incentivi a proporre istanze di clemenza¹⁰⁷.

2.2 *La sanzione attesa: un utile deterrente*

Come noto, il principale strumento per contrastare gli illeciti antitrust è rappresentato, tradizionalmente, dalla sanzione: a livello europeo e nazionale, sono previste esclusivamente ammende di natura pecuniaria, mentre sono assenti sanzioni di carattere penale e sanzioni individuali nei confronti degli esponenti aziendali che abbiano in concreto organizzato ed attuato la condotta illecita.

Per quanto di interesse ai presenti fini, è importante evidenziare che le sanzioni pecuniarie svolgono non solo un importante effetto deterrente delle infrazioni¹⁰⁸, ma una funzione complementare ai programmi di clemenza. Le sanzioni in astratto imponibili sono infatti strettamente connesse ai vantaggi ottenibili dalle imprese collaboranti sul piano del *public enforcement* ed incidono sulla convenienza alla proposizione di un'istanza. Al riguardo, due elementi, che saranno esaminati di seguito, assumono particolare rilievo: (i) la possibilità di stimare *ex ante* il livello delle sanzioni che potrebbero essere applicate in assenza di collaborazione; (ii) il livello delle stesse¹⁰⁹.

2.2.1 *La possibilità di stimare ex ante l'importo dell'eventuale sanzione*

Un primo elemento di rilievo ai fini dell'efficacia dei *leniency programme* concerne la possibilità per gli operatori economici di conoscere in anticipo i benefici derivanti dalla presentazione di un'istanza: a tale fine, è importante che le

¹⁰⁷ *Ibidem.*

¹⁰⁸ In particolare, è stato stimato che le ammende consentirebbero una riduzione pari al 55% del tasso di formazione dei cartelli. Cfr. M. BIGONI, S.O. FRIDOLFSSONZ, C. LE COQ, G. SPAGNOLO, *Fines, Leniency, Rewards and Organized Crime: Evidence from Antitrust Experiments*, SSE/EFI Working Paper Series, in *Economics and Finance*, n. 698, 2008.

¹⁰⁹ Cfr. E. CAMILLI, *Optimal Fines in Cartel Cases and the Actual EC Policy*, in *World Competition* (4), 2006, p. 589: "since the firm has to carry out an *ex ante* evaluation whether applying or not, it has to be certain what payoff each decision will yield".

imprese abbiano una certa percezione del livello di sanzioni potenzialmente applicabili in assenza di collaborazione¹¹⁰.

Al riguardo, la Commissione europea ha adottato sin dal 1998, allo scopo di precisare i criteri per la fissazione delle sanzioni ed assegnare un peso specifico a ciascuna delle variabili rilevanti, una Comunicazione recante gli Orientamenti per il calcolo delle ammende. Tale comunicazione è stata sostituita nel 2006 dai nuovi orientamenti attualmente in vigore che rafforzano in maniera significativa il carattere dissuasivo e repressivo delle ammende.

Sulla base delle nuove linee guida, il computo della sanzione viene operato in due fasi, rispettivamente volte alla determinazione dell'importo base ed alla sua successiva modulazione. Più precisamente, l'importo base viene commisurato al valore dei beni e dei servizi realizzati nell'ambito dell'infrazione nell'ultimo anno in cui l'impresa vi ha partecipato ed è stabilito in una percentuale (fino ad un massimo del 30%) del valore delle vendite¹¹¹: tale importo viene quindi moltiplicato per il numero di anni dell'infrazione (è inoltre la possibilità di applicare una *entry fee* al fine di valorizzare l'effetto dissuasivo della sanzione, aumentando l'importo base di una somma compresa tra il 15% ed il 25% del valore delle vendite). La Commissione può quindi adeguare l'importo risultante, applicando gli aumenti e le riduzioni in relazione alla sussistenza di circostanze attenuanti ed aggravanti, come da un lato, la partecipazione marginale, la cessazione dell'infrazione immediatamente dopo i primi interventi della Commissione, e dall'altro la recidiva o l'aver svolto un ruolo di *leader* nell'infrazione¹¹².

¹¹⁰ Cfr. J.M. CONNOR, *Has the European Commission become More Severe in Punishing Cartels? Effects of the 2006 Guidelines*, in *ECLR*, 2011, n.1, p. 27. Il Tribunale di Primo Grado ha tuttavia osservato che l'obiettivo degli Orientamenti è di aumentare la trasparenza e imparzialità della politica sanzionatoria, e non la prevedibilità delle sanzioni imposte (Sentenze del 15 Marzo 2006 nel Caso T-15/02, *Basf c. Commissione*, par. 250).

¹¹¹ La modifica è volta a rafforzare il c.d. effetto dissuasivo specifico, ossia riferito alla singola impresa sanzionata, cfr. punti 13-18 degli Orientamenti comunitari 2006.

¹¹² È interessante esaminare quale sia invece il metodo con il quale le autorità statunitensi calcolano l'ammontare delle sanzioni penali applicabili alle imprese in caso di violazioni *hard core* (cfr. *Federal Sentencing Guidelines Manual*, 1999 Edition). La commissione incaricata di stendere

Seppure tali orientamenti non consentano di determinare con precisione il livello di sanzioni astrattamente applicabile ad un illecito¹¹³ – circostanza che secondo parte della dottrina potrebbe persino disincentivare l'effetto deterrente nei confronti delle imprese¹¹⁴ – nella prassi applicativa la procedura di calcolo è descritta in maniera piuttosto puntuale dalla Commissione, che fornisce il dettaglio delle percentuali di fatturato prese come riferimento ai fini di determinare

le linee guida è partita dal presupposto – che si fondava su taluni studi empirici – che i guadagni medi derivanti dalla partecipazione ad un cartello si aggirano sul 10% dei prezzi di vendita. Posto che i danni derivanti dal cartello sono maggiori degli extraprofiti conseguiti dalle imprese, le *guidelines* utilizzano quale base di calcolo per determinare la sanzione il 20% del *volume of commerce* interessato dalla violazione. In funzione della gravità, degli effetti concreti, del grado di *culpability* dell'impresa e di altri fattori rilevanti, le *guidelines* consentono di fissare il livello della sanzione sino all'80% del fatturato realizzato dalle imprese negli Stati Uniti in relazione ai prodotti oggetto della violazione. In altri termini, la sanzione può giungere ad un livello pari a 8 volte i profitti illeciti stimati. Inoltre, gli orientamenti in materia di sanzioni prevedono un'ammenda minima per le violazioni *hard core* che non può in ogni caso essere inferiore al 15% del fatturato considerato. Sul punto si rinvia a M. CHEMTOB, *Antitrust Deterrence in the United States and Japan, Conference on Competition Policy in the Global Trading System: Perspectives from Japan, the United States, and the European Union*, Washington, DC, June 23, 2000, disponibile alla pagina internet: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/5076.pdf>

¹¹³ La Corte di Giustizia, pronunciandosi sui precedenti Orientamenti, ha infatti chiarito che l'amministrazione può discostarsi nel caso specifico dagli Orientamenti purché sia fornita adeguata motivazione, in cui siano indicate ragioni compatibili con il principio di parità di trattamento e di tutela del legittimo affidamento (Corte di giustizia, sentenza del 18 maggio 2006, causa C-397/03P, *Archer Daniels Midland*, punto 91). Sempre in quest'ottica, il punto 6 degli Orientamenti del 2006 rileva che “il riferimento a tali fattori (*n.d.r. durata e del valore delle vendite a cui l'infrazione*) fornisce una buona indicazione dell'ordine di grandezza dell'ammenda, ma non va inteso come la base di un metodo di calcolo automatico e aritmetico”. Come è stato evidenziato “*although it is obviously not possible to anticipate in the abstract what the level of fines will be in future (notably because the application of the Guidelines logically implies a number of variables), its main features provide tools to ensure adequate deterrence*” (H. DE BROCA, *The Commission Revises its Guidelines for Setting Fines in Antitrust Cases*, in *Competition Policy Newsletter*, 2006, 3, pp. 1 ss.).

¹¹⁴ E' stato infatti rilevato che detta circostanza potrebbe consentire alle imprese di considerare l'ammontare della potenziale ammenda in un'analisi dei costi e benefici derivanti dall'illecito, ad esito della quale potrebbe permanere un interesse a continuare la violazione (cfr. L. GYSELEN, *The Commission's Fining Policy in Competition Cases – “Questo è il catalogo”*, in P. Slot and A. MCDONNELL (eds.) *Procedure and Enforcement in EC and US Competition Law*, Sweet and Maxwell, 1993, p. 6, *contra* W.P.J. WILS, *The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition*, 2007). Nell'applicazione pratica degli Orientamenti comunitari, questo pericolo appare comunque teorico, in quanto la sanzione non è determinabile sulla base di un mero modello aritmetico, ma deriva dalla valutazione delle circostanze del caso di specie: sembrerebbe pertanto potersi escludere che le imprese che incorrono in una infrazione antitrust siano in grado di stimare con precisione l'ammontare della sanzione che potrebbe essere in concreto applicata.

l'importo base e le circostanze aggravanti ed attenuanti¹¹⁵. Ciò consente alle imprese potenzialmente interessate ad un'istanza di *leniency* di comprendere, almeno in principio, il quadro sanzionatorio rispetto al quale bilanciare i vantaggi ottenibili dalla cooperazione sulla base dei programmi di clemenza.

Con riguardo al contesto nazionale, l'Autorità, pur non avendo adottato specifiche linee guida, sembrerebbe allineare la propria politica sanzionatoria con gli orientamenti comunitari sul calcolo delle sanzioni¹¹⁶. Tuttavia, fino a tempi recenti le decisioni dell'Autorità presentavano una certa opacità con riferimento ai criteri utilizzati nel calcolo delle ammende, con conseguenti difficoltà per le imprese di stimare *ex ante* la potenziale sanzione¹¹⁷.

Attualmente sembrerebbero esservi i primi segnali di un'inversione di tendenza in tale prassi, in particolare a seguito di alcune pronunce del giudice amministrativo che hanno censurato la mancanza di trasparenza nella *policy*

¹¹⁵ Cfr., ad esempio, Decisione del 7 ottobre 2009, Caso COMP/39.129 – *Power Transformers*, parr. 227-337. Si noti che la recente Comunicazione della Commissione sulle migliori pratiche relative ai procedimenti previsti dagli articoli 101 e 102 del TFUE stabilisce peraltro, pur senza alcun obbligo giuridico al riguardo, che gli elementi rilevanti ai fini del calcolo delle ammende siano indicati sin dalla comunicazione degli addebiti, con possibilità per le parti di presentare osservazioni. Cfr. Comunicazione della Commissione sulle migliori pratiche relative ai procedimenti previsti dagli articoli 101 e 102 del TFUE, in G.U. n. C 308 del 20 ottobre 2011 p. 6 parr. 85 e ss.

¹¹⁶ Analogamente al sistema comunitario, l'art. 15 della L. 287/90 pone la soglia massima delle sanzioni come pari al 10% del fatturato totale dell'impresa realizzato nel corso dell'esercizio sociale precedente a quello di irrogazione dell'ammenda. Si noti che l'art. 15 l. 287/90, nella sua versione originaria, faceva riferimento al fatturato realizzato relativamente ai prodotti oggetto della violazione. Questo riferimento è stato eliminato, sia perché impediva di colpire le violazioni gravi poste in essere dalle associazioni di impresa (il "fatturato" realizzato da tali enti attraverso i contributi associativi non si riferisce ai prodotti oggetto delle infrazioni), sia per garantire maggiore flessibilità nella determinazione delle sanzioni, specie al fine di aumentarne il ruolo dissuasivo (Legge 5 marzo 2001, n. 57, *Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati*).

¹¹⁷ Al riguardo, E. CAMILLI ha osservato che "*la politica della nostra Autorità di mantenere celati gli orientamenti sulle sanzioni applicabili può limitare la possibilità, anche nel nostro sistema, di efficacia della leniency; perché solo se l'impresa sa quale può essere il guadagno che riceverà [...] c'è la possibilità per l'impresa di effettuare la decisione di farsi avanti anche, per esempio, in un momento precedente all'apertura dell'istruttoria. Un altro vantaggio, secondo me, della trasparenza, deriva dal fatto che la formazione dei cartelli meno profittevoli potrebbe essere limitata, in quanto il calcolo dei costi/benefici che le imprese possono fare, sapendo quale può essere l'entità della sanzione cui potrebbero incorrere, potrebbe far sì che i costi futuri superino i benefici*" (E. CAMILLI, *Atti del Convegno I 15 Anni di Concorrenza e del Mercato*, in *Concorrenza e Mercato*, 15/2007).

sanzionatoria¹¹⁸. Conformemente a tali pronunce, la recente prassi dell'Autorità sembra descrivere in maniera più puntuale il procedimento seguito ai fini della determinazione della sanzione, fornendo il dettaglio dei fatturati realizzati nel mercato di riferimento da ciascuna impresa¹¹⁹ ciò che potrebbe consentire alle imprese di avere in futuro - salve le peculiarità dei singoli casi - dei riferimenti indicativi circa la politica sanzionatoria dell'Autorità.

2.2.2 *Il livello delle sanzioni imposte*

In linea generale, per la determinazione del livello ottimale della sanzione, la dottrina ha individuato due differenti approcci cui corrispondono diversi livelli di rigidità delle ammende: l'approccio della internalizzazione e quello della deterrenza¹²⁰.

In base alla prima metodologia, la sanzione dovrebbe limitarsi a dissuadere esclusivamente dai comportamenti che riducono il benessere sociale dei produttori e dei consumatori, complessivamente considerato. Pertanto, la sanzione dovrebbe essere imposta solo in presenza di un danno effettivo alla società: secondo tale impostazione, il livello dell'ammenda ottimale, in grado di indurre i soggetti a porre in essere comportamenti i cui esiti sociali soddisfano il criterio del massimo benessere, è pari al danno sociale moltiplicato per l'inverso delle probabilità di accertamento dell'illecito¹²¹.

¹¹⁸ Cfr. Consiglio di Stato, 20 maggio 2011, n. 03013, in cui è stato espresso l'auspicio che "l'Autorità, nei paragrafi relativi alla quantificazione della sanzione, indichi esplicitamente, oltre all'importo finale della sanzione, anche gli elementi per la sua quantificazione, vale a dire l'ammontare del fatturato, la percentuale della sanzione base, la percentuale di sanzione irrogata per circostanze aggravanti o per converso le riduzioni per attenuanti, eventuali altri criteri di quantificazione utilizzati". Nello stesso senso, Consiglio di Stato, 17 dicembre 2007 n. 6469, *Lottomatica*.

¹¹⁹ Cfr. ad esempio i Caso I722 – *Spedizioni Internazionali*, Provv. n. 22521, del 15 giugno 2011 e I733, *Servizi di Agenzia Marittima*, Provv. n. XXX, del 16 marzo 2012.

¹²⁰ W.P.J WILS, *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, in *World Competition* (4), 2006, p. 183.

¹²¹ G. S. BECKER, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in *The Journal of Political Economy*, 1968, pp. 169 ss. Si noti che una delle maggiori difficoltà in entrambi gli approcci è da

Diversamente, in base all'approccio della deterrenza, l'irrogazione delle ammende è volta a scoraggiare la ripetizione dell'illecito da parte del soggetto che se ne sia reso responsabile, nonché del complesso dei potenziali autori di analoghe infrazioni. Di conseguenza, la sanzione inflitta all'impresa che commette una violazione dovrebbe essere sufficientemente elevata per conseguire tale obiettivo e, dunque, superiore rispetto ai profitti ipoteticamente ottenibili dall'infrazione¹²². La sanzione ottimale dovrebbe dunque essere calcolata prendendo come parametro di riferimento il guadagno ottenuto con l'illecito e moltiplicando questo per l'inverso delle probabilità di accertamento dell'infrazione¹²³. La dottrina ha evidenziato come tale approccio sia di più agevole applicazione dal punto di vista pratico rispetto a quello dell'internalizzazione: risulta infatti difficile determinare con un sufficiente grado di certezza il danno causato alla società da un illecito antitrust; potrebbe essere invece più semplice quantificare, anche a livello di mera approssimazione, il guadagno ottenuto, prendendo quale indicatore il fatturato dell'impresa¹²⁴.

rinvenire nella stima della probabilità di essere scoperti e sanzionati, non esistendo dati affidabili in proposito. Ciò può comportare la determinazione dell'ammontare delle sanzioni ad un livello non ottimale, con effetti di sovra o sotto deterrenza.

¹²² G. J. STIGLER, *The Optimum Enforcement of Laws*, in *The Journal of Political Economy*, 1970, p. 527.

¹²³ Secondo quanto evidenziato da autorevole dottrina, i due approcci riflettono due differenti visioni degli obiettivi del diritto antitrust. In particolare, il primo, basato sulla "internalizzazione dei costi" è riconducibile al pensiero della scuola di Chicago, che pone come obiettivo primario della legislazione antitrust la massimizzazione del *welfare* e dell'efficienza economica. Tale fine è soddisfatto dal criterio dell'internalizzazione da parte dell'impresa del danno prodotto e dall'attribuzione del medesimo peso al benessere degli autori e delle vittime di un illecito antitrust. Il secondo criterio, basato sulla deterrenza, si propone invece di raggiungere obiettivi più ampi, come la protezione dei consumatori, della loro possibilità di scelta e della struttura concorrenziale del mercato, sanzionando tutte le condotte idonee ad arrecare un pregiudizio al mercato con ammende elevate, a prescindere dal fatto che il guadagno di chi commette l'illecito sia superiore al danno sociale (W. P. J. WILS, *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, cit., p. 172).

¹²⁴ Si noti che, a rigore, il guadagno dovrebbe essere calcolato non su tutto il fatturato dell'impresa, ma sulla maggiorazione di prezzo che è avuta in virtù dell'illecito antitrust rapportata al prezzo che si sarebbe avuto in assenza di detto illecito. Cfr. W.P.J WILS, *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, cit.

La Commissione, con i nuovi Orientamenti per il calcolo delle sanzioni del 2006¹²⁵ che individuano quale base di calcolo una percentuale del valore delle vendite dei beni oggetto dell'infrazione, sembra avere aderito all'approccio della deterrenza. Ciò appare peraltro in linea con la giurisprudenza comunitaria che ha da tempo chiarito che, affinché la politica sanzionatoria risulti efficace, le ammende inflitte devono essere maggiori rispetto al vantaggio che le imprese hanno ottenuto dal loro comportamento illegittimo¹²⁶.

Negli ultimi anni, si è effettivamente registrato un significativo incremento dell'importo delle sanzioni imposte¹²⁷: tra il 2000 ed il 2011, con riguardo a fattispecie di intese, a fronte di un numero di decisioni sostanzialmente stabile, le ammende complessivamente irrogate sono aumentate sensibilmente, in particolare in seguito all'adozione dei nuovi orientamenti sul calcolo delle sanzioni del 2006, passando da 3.463 negli anni 2000-2004 a 9.648 milioni di Euro negli anni 2005-2009 (cfr. Allegato 1, Figura 1 in calce al presente capitolo). La tendenza

¹²⁵ Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003 (2006/C 210/02). I nuovi orientamenti evidenziano che “*le ammende devono avere un effetto sufficientemente dissuasivo, allo scopo non solo di sanzionare le imprese in causa (effetto dissuasivo specifico), ma anche di dissuadere altre imprese dall'assumere o dal continuare comportamenti contrari agli articoli 81 e 82 del trattato (effetto dissuasivo generale)*” (par. 4).

¹²⁶ Cfr. Sentenza della Corte del 7 giugno 1983, *SA Musique Diffusion Francaise e altri c. Commissione*, cause riunite 100 a 103/80, para. 104.

¹²⁷ La tendenza è peraltro confermata dallo stesso Direttore della Direzione Generale della Concorrenza Alexander Italianer che - nel corso della *Roundtable Conference with Enforcement Officials, American Bar Association Section of Antitrust Law Spring Meeting*, tenuta a Washington il 23 aprile 2010 - ha affermato: “*As regards the fines and the level of our fines, it is true that the level has increased quite substantially since we introduced new fining guidelines a couple of years ago. We recognized that the level of our fines was clearly not deterrent beforehand*”. L'intervento è disponibile al seguente indirizzo: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/Jun10_FullSource6_24.athcheckdam.pdf. Si noti tuttavia che a giudizio di taluni non sarebbe ancora stato raggiunto un livello ottimale di deterrenza: in particolare, secondo un recente studio relativo a 13 casi comunitari adottati nella vigenza delle *guidelines* del 2006, l'ammontare base dell'ammenda - rispetto al livello massimo astrattamente imponibile pari al 30% del valore dei beni e dei servizi realizzati nell'ambito dell'infrazione - è stato mediamente fissato al 18%, salvo un unico caso in cui è stato imposto il 25%. Inoltre, l'aggravante della recidiva, per la quale è prevista una maggiorazione pari al 100% per ogni precedente violazione commessa, non ha mai trovato piena applicazione. Cfr. C. VELJANOVSKI, *Deterrence, Recidivism and European Cartel Fines*, 2011, disponibile al sito internet <http://ssrn.com/abstract=1758639> [doi:10.2139/ssrn.1758639](https://doi.org/10.2139/ssrn.1758639). La citazione è tratta da R. PADOLESI, *Ibidem*.

evidenziata è altresì in linea con un incremento del livello medio di sanzioni irrogate che, negli stessi periodi appena evidenziati, sono passate da 22 a 47 milioni di Euro (cfr. Allegato 1, Figura 2).

Può essere altresì di interesse un esame dell'impatto delle sanzioni sul fatturato delle imprese: nel periodo 2005-2011, su un totale di 151 imprese sanzionate, le ammende hanno superato il 3% del fatturato in 53 casi (più del 35%), e vicine alla soglia massima del 10% in 22 (circa il 15%). Si tratta di un dato di rilievo, specie ove si consideri che la percentuale è computata rispetto al fatturato totale dell'impresa, sebbene potrebbero trattarsi di imprese multiprodotto la cui partecipazione all'infrazione può essersi limitata ad un singolo prodotto (cfr. Allegato 1, Figura 3). La tendenza all'imposizione di un livello elevato di ammende sembrerebbe essere altresì condivisa dalle Corti europee, che negli ultimi dieci anni hanno essenzialmente confermato il livello di ammende imposto dalla Commissione (cfr. Allegato 1, Figura 4).

Diversamente dal contesto comunitario, a livello nazionale il perseguimento di un'efficace politica sanzionatoria è risultato maggiormente complesso. Con riguardo alle intese, dopo un incremento del livello complessivo di sanzioni imposte tra il 2000-2004, l'ammontare totale delle stesse, così come il numero di decisioni adottate, è diminuito: il livello totale di ammende irrogate è passato da 816 a 459 milioni di Euro, mentre il numero di decisioni assunte dall'Autorità da 27 a 23 negli anni 2000-2004 e 2005-2009 (cfr. Allegato 2, Figura 5). Inoltre, anche la sanzione media imposta alle imprese ha evidenziato una tendenza decrescente, passando da 3.9 milioni di Euro nel periodo 2000-2004 a 3.7 e 3.4 milioni di Euro rispettivamente nei periodi 2005-2009 e 2010-2011 (cfr. Allegato 2, Figura 6).

Con riferimento all'impatto delle ammende sul fatturato delle imprese, nel 2005-2011, su un totale di 166 imprese sanzionate, solo in 36 casi (circa il 20%) la sanzione ha superato il 3% del fatturato dell'impresa ed in 5 casi (circa il 3%) si è avvicinata alla soglia massima del 10% (cfr. Allegato 2, Figura 7). A tale ultimo riguardo, è interessante notare che si trattava di imprese di dimensioni

relativamente limitate: rispetto ai cinque casi in cui la sanzione ha raggiunto la soglia del 9-10% del fatturato, in ben quattro il fatturato totale era compreso tra gli 0 ed i 10 milioni di Euro ed in un solo caso tra 50 e 250 milioni di Euro; le sanzioni imposte ad imprese con fatturato superiore a 250 milioni di Euro non hanno invece mai superato il 5% dello stesso (cfr. Allegato 2, Figura 8).

Infine, diversamente dalle Corti comunitarie, i giudici nazionali si sono mostrati più inclini a rivedere i provvedimenti dell'Autorità in tema di commisurazione della sanzione¹²⁸: nel periodo 200-2011, si è in effetti registrata una marcata riduzione delle ammende a seguito di revisione giudiziale e/o rideterminazione dell'Autorità, specie tra il 2000-2004, in cui le sanzioni sono state ridotte di circa un terzo (cfr. Allegato 2, Figura 9).

In conclusione, mentre a livello comunitario le ammende hanno assunto negli ultimi anni valori molto elevati, ciò che ha generato un dibattito circa possibili conseguenze indesiderabili¹²⁹, a livello nazionale sembrerebbero essersi riscontrate maggiori difficoltà nel perseguire un sufficiente effetto deterrente attraverso la sola politica sanzionatoria. Tale circostanza potrebbe contribuire a spiegare il solo parziale successo del programma di clemenza nazionale posto che, come si è già rilevato, il livello di sanzioni astrattamente applicabili ha immediati riflessi sui vantaggi conseguibili dalle imprese collaboranti sul piano del *public enforcement* e, di conseguenza, sugli incentivi alla proposizione di una domanda di clemenza.

¹²⁸ M. MAGGIOLINO, *Il Potere Deterrente dei Sistemi Sanzionatori Comunitario e Nazionale e le Riduzioni delle Sanzioni Antitrust*, in *Concorrenza e Mercato*, 2006, 313-415. Al riguardo, un membro dello stesso Collegio dell'Autorità ha osservato che “l'Autorità sarebbe di fatto limitata nella sua capacità di applicare sanzioni elevate a causa della tendenza dei giudici a ridurre in via sistematica le ammende”. La citazione è riportata da F. GHEZZI, *L'applicazione del Diritto Antitrust sotto la Presidenza Catricalà: Obiettivi e Priorità nella Disciplina delle Intese*, 2009, *op. cit.*

¹²⁹ Tra i potenziali rischi è stata rilevata possibilità di *overdeterrence* e di non proporzionalità della sanzione. Cfr. B.H. KOBAYASHI, *Antitrust, Agency and Amnesty: an Economic Analysis of the Criminal Enforcement of the Antitrust Laws against Corporations*, in *George Mason Law &*

3. Gli elementi interni: il contenuto dell'offerta premiale

Passando ad analizzare le tematiche attinenti alle condizioni di accesso al programma ed al contenuto dell'offerta premiale, come si illustrerà di seguito, talune peculiarità del programma comunitario e nazionale e la prassi applicativa delle rispettive Autorità potrebbero avere riflessi differenti in termini di incentivi alla gara alla clemenza.

3.1 Certezza applicativa

Un primo elemento su cui vi è sostanziale concordia in dottrina è che le condizioni essenziali per la riuscita di un programma di clemenza, in grado di stimolare la cooperazione delle imprese, sono la trasparenza e la certezza dell'offerta premiale e delle regole di applicazione¹³⁰. Come è agevole comprendere, infatti, uno scarso grado di discrezionalità in capo all'Autorità ed una prassi applicativa chiara consentono all'impresa di valutare *ex ante* in maniera più trasparente la convenienza ad offrire la propria collaborazione¹³¹.

Le successive modifiche apportate al modello di clemenza comunitario sembrerebbero porsi in linea con tali principi, in quanto sono state rafforzate le condizioni di trasparenza e certezza nell'applicazione del programma in favore delle imprese collaboranti. Ad esempio, si è provveduto a delineare le caratteristiche delle informazioni idonee a garantire alle imprese il beneficio

Economics Research Paper, 2004, no. 02–04, pp. 1 ss. e J. WEST, *Are we Winning the Fight Against Cartels?* in *CPI Antitrust Chronicle*, February 2012 (1), p. 4.

¹³⁰ *Ex multis*, si veda sul punto S. MILLER, *Strategic Leniency and Cartel Enforcement*, in *American Economic Review*, 2009, p. 766 “*The provision of automatic leniency under a set of transparent and well advertised conditions may strengthen the ability of criminal enforcement agencies to deter and detect organized criminal behaviour*”. G. SPAGNOLO, *Leniency and Whistleblowers in Antitrust*, cit. L'Autore sottolinea l'importanza che i *leniency programme* siano redatti in maniera chiara, in appositi atti di dominio pubblico, conoscibili a tutti.

¹³¹ M. MAGGIOLINO, *L'introduzione dei Programmi di Clemenza nel Diritto Antitrust Italiano: Ragioni e Prospettive*, cit., p. 1383.

dell'immunità o della riduzione delle sanzioni, con riflessi positivi sul numero delle istanze di clemenza presentate¹³².

La disciplina introdotta a livello nazionale presenta, per alcuni aspetti, una minore precisione nelle modalità di funzionamento della disciplina rispetto al programma comunitario. Si consideri che, ad esempio, il programma italiano non individua in modo tassativo le informazioni che devono essere fornite dal collaborante per beneficiare della non imposizione delle sanzioni, ma con l'indicazione che devono essere fornite “*di regola*”¹³³. La previsione è tuttavia mitigata dal par. 9 del programma, in base al quale “*prima della presentazione della domanda di trattamento favorevole, l'impresa può contattare l'Autorità al fine di ottenere delucidazioni sulla presente comunicazione*”¹³⁴.

Più problematico risulta il requisito che le informazioni fornite dalle imprese devono soddisfare per accedere al beneficio dell'immunità: si potrebbe infatti ritenere che il punto 2A della Comunicazione, secondo cui tali evidenze devono essere “*a giudizio dell'Autorità [...] decisive per l'accertamento dell'infrazione*”, comporti un certo grado di discrezionalità nella valutazione¹³⁵. A ben vedere, tuttavia, anche il programma comunitario si pone in termini sostanzialmente simili: è infatti prevista la concessione (i) dell'immunità alla prima impresa “*a fornire informazioni ed elementi probatori che consentano alla Commissione, a giudizio di questa, di: (a) effettuare un'ispezione mirata riguardo al presunto cartello, oppure (b) constatare una violazione*”¹³⁶.

¹³² Sul punto si rinvia all'analisi svolta nei parr. 4.2 e 5 del precedente capitolo e all'*excursus* in M. MOTTA, M. POLO, *Antitrust – Economia e Politica della Concorrenza*, Bologna, 2004, p. 154.

¹³³ Cfr. punto 3 della Comunicazione del 2007.

¹³⁴ La prassi dell'Autorità sembrerebbe orientata nel senso di consentire una fase di contatto nella quale discutere gli elementi che potrebbero, se apportati, condurre al godimento dell'immunità. Sul punto cfr. V. MELI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e I Programmi di Clemenza*, cit, p. 431.

¹³⁵ Per una più ampia analisi, si veda F. DENOZZA, *Logica del Sistema Sanzionatorio e Programmi di Clemenza*, in *Poteri e Garanzie nel Diritto Antitrust*, G. Bruzzone (a cura di), Bologna, 2008, p. 183.

¹³⁶ Cfr. punto 8 Comunicazione UE 2006. Si osservi al riguardo che la giurisprudenza europea, pur affermando che la Commissione possiede una certa discrezionalità nell'apprezzamento della

Con riferimento alla prassi applicativa, nel contesto comunitario un elemento di potenziale criticità è connesso alla tendenza della Commissione a rendere non accessibili parti consistenti delle decisioni per motivi di riservatezza, nonché a pubblicare con significativo ritardo le versioni non confidenziali dei provvedimenti, con riflessi sulla trasparenza applicativa nei confronti delle imprese¹³⁷. Ciò non sembra, tuttavia, aver inciso in maniera sensibile sul numero delle istanze, considerato che i margini di incertezza nell'applicazione dei programmi sono alquanto ridotti, alla luce delle indicazioni fornite in apposite Linee Guida pubbliche¹³⁸ e dall'ormai copiosa casistica della Commissione.

Una situazione del tutto inversa si rinviene nel contesto nazionale ove, sebbene le decisioni finali dell'Autorità sono rese pubbliche pressoché immediatamente e le parti del provvedimento mantenute riservate relativamente limitate, non sono ancora del tutto chiare le modalità applicative del programma. Ciò, in particolare, alla luce della ancora preliminare prassi applicativa dell'Autorità e dell'assenza di documenti pubblici che forniscano chiarimenti circa le procedure in concreto seguite¹³⁹.

ricorrenza delle circostanze che possono fondare il diritto ai benefici, non ha mancato di procedere ad un accurato controllo sul corretto esercizio di tale potere da parte della Commissione. Cfr. in questo senso, tra le molte, Tribunale di Primo Grado, 15 marzo 2006, causa T-15/02, *Basf AG c. Commissione*, punto 488; Tribunale di Primo Grado, 15 marzo 2006, causa T-26/02, *Daiichi Pharmaceutical c. Commissione*, punto 147; Tribunale di Primo Grado, 20 marzo 2002, causa T-9/99, *HFB et al. C. Commissione*, punto 608.

¹³⁷ Cfr. P. WILLIS, V. ROSS, *EU Leniency Applications: The Timing and Effectiveness of Applications under the 2002 Notice*, in *Competition Law Journal*, 2, 2011, p. 141.

¹³⁸ Cfr. il Memo/06/469, del 7 dicembre 2006, pubblicato alla pagina internet <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/06/469&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>. Lo scorso marzo 2012, la Commissione europea ha altresì reso pubblico il suo manuale di procedure per la gestione dei casi di concorrenza ai sensi degli articoli 101 e 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (c.d. "Antitrust ManProc"), che include una sezione sulle *leniency* (*Dealing with leniency applications*, pp. 84 e ss.). Il documento è disponibile sul sito internet http://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_manproc_3_2012_en.pdf.

¹³⁹ A rigore, sembrerebbe essere stato adottato un regolamento di procedura ad uso esclusivamente interno: la riservatezza di tale documento è probabilmente riconducibile alla volontà dell'Autorità di sviluppare una più consolidata prassi prima di codificare delle regole applicative, sebbene l'emissione di talune preliminari indicazioni potrebbe essere auspicabile per accrescere la chiarezza e la trasparenza nell'applicazione del programma. Cfr. M. SIRAGUSA, C. RIZZA, *Cartels &*

3.2 *I benefici concessi: l'immunità per il primo collaborante*

Un ulteriore aspetto di rilievo volto ad incentivare la gara alla clemenza ed introdotto in pressoché tutti i *leniency programme* attualmente in vigore è rappresentato dalla concessione del beneficio dell'immunità alla sola impresa che offra per prima la collaborazione. Come è evidente, ciò aumenta la convenienza per le imprese a presentare tempestivamente l'istanza, al fine di evitare il rischio di arrivare seconde ed incombere in sanzioni¹⁴⁰: un simile incentivo sarebbe invece escluso ove non fosse limitato al solo primo *applicant*, ma esteso anche ai successivi. In tale caso, sarebbe infatti conveniente per le imprese potenzialmente interessate alla presentazione di un'istanza attendere ed attivarsi solo in seguito all'iniziativa di un'altra parte¹⁴¹.

Maggiori discussioni concernono la possibilità di limitare l'immunità alle sole imprese che denuncino un'intesa prima che l'autorità avvii un'istruttoria e/o disponga un'ispezione mirata (c.d. casi di Tipo 1A), o anche ove siano forniti in seguito informazioni e/o documenti idonei a dimostrare l'esistenza del cartello (c.d. casi di Tipo 1B). L'opinione dottrinale non è uniforme quanto al contributo che simili istanze potrebbero fornire in termini di efficienza dei programmi di clemenza.

Sotto un primo profilo, l'ammissibilità di tali domande potrebbe consentire di beneficiare dei maggiori incentivi per le imprese ad offrire la propria collaborazione ove esse percepiscano il rischio che l'Autorità abbia avviato un'indagine di propria iniziativa. In caso contrario, si impedirebbe invece di trarre

Leniency 2011, disponibile al seguente indirizzo: <http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/4111.pdf>.

¹⁴⁰ L'interesse a stimolare la corsa all'adesione è evidenziato dalla maggior parte della letteratura economica. Cfr., *ex multis*, G. SPAGNOLO, *Divide et impera: Optimal Leniency Programs*, cit., p. 15: "Restricting eligibility to the first firm that reports reduces the set of exploitable leniency programs". Altri studi hanno inoltre mostrato che maggiore è il trattamento favorevole concesso alla prima impresa, più alta sarà la probabilità che il cartello diventi instabile (Cfr. J.E. HARRINGTON, *Optimal Corporate Leniency Programs*, 2008, disponibile al seguente indirizzo: <http://www.econ.jhu.edu/People/Harrington/jje08.pdf>; Z. Chen, P. Rey, *Optimal design of leniency mechanism*, working paper in GREMAQ Grossman, 2006.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 17.

vantaggio da un fondamentale incentivo all'autodenuncia, in quanto le imprese, ad indagine avviata, incorrerebbero comunque in una sanzione¹⁴².

Sotto un secondo profilo, l'ammissibilità di tali domande potrebbe indurre le imprese a non esporsi (e dunque a non autodenunciarsi) finché non sia avvertito il rischio che l'Autorità abbia avviato un'indagine, con riflessi negativi in termini di tempestività delle istanze¹⁴³. Ai fini di attenuare tale problematica potrebbe rendersi meno vantaggiosa la presentazione di istanze di tipo B, attraverso la previsione di una maggiore incertezza nell'accesso al beneficio a fronte di istanze non tempestive. Tale soluzione sembrerebbe essere stata adottata nel programma comunitario, in cui sono previste condizioni più severe per l'accesso al programma dopo l'avvio dell'istruttoria: mentre prima di tale momento è sufficiente che l'impresa consenta di “*effettuare un'ispezione mirata riguardo al presunto cartello*”, dopo l'avvio la Commissione mantiene una maggiore discrezionalità nella concessione dell'immunità e l'impresa è tenuta a fornire “*elementi probatori contemporanei, incriminanti [...] i quali consentano alla Commissione di constatare un'infrazione all'articolo 81 CE*”¹⁴⁴. Nella prassi applicativa, la Commissione sembra aver comunque adottato un approccio particolarmente favorevole nella valutazione di entrambi i tipi di istanze: nei casi di tipo 1A ha sempre riconosciuto - ad eccezione di un unico caso¹⁴⁵ - l'immunità dall'ammenda, e nei casi di tipo 1B sostanziali riduzioni della sanzione¹⁴⁶.

¹⁴² Cfr. M. POLO, M. MOTTA, *Leniency Programs and Cartel Prosecution*, cit. Questo limite, presente nella formulazione iniziale dei programmi di clemenza comunitario e statunitense, è stato superato nelle successive revisioni, consentendo alle imprese di collaborare anche dopo l'avvio delle indagini.

¹⁴³ Un ulteriore rischio rilevato in dottrina è che l'Autorità potrebbe essere tentata dall'avviare procedimenti non sufficientemente robusti, puntando sulla successiva offerta di collaborazione da parte delle imprese (cfr. J. BERTONE, M. MAGGIOLINO, *L'introduzione dei Programmi di Clemenza nel Diritto Antitrust Italiano: Ragioni e Prospettive*, in *Rivista delle Società*, 2007, p. 1438). In tale contesto, le istanze di *leniency* presentate potrebbe risultare scarsamente affidabili, specie ove le imprese siano consapevoli delle iniziali criticità concorrenziali riscontrate dall'Autorità.

¹⁴⁴ Cfr. punti 10-11 della Comunicazione UE 2006.

¹⁴⁵ In un unico caso la Commissione ha ritenuto che l'impresa non avesse soddisfatto le condizioni di ammissione al beneficio, in quanto aveva informato della propria istanza gli altri cartellisti. Cfr. Decisione della Commissione del 20 ottobre 2005, caso COMP/C.38.281/B.2 - Tabacco Greggio,

Il programma italiano non prevede espressamente un differente onere probatorio in relazione al momento di presentazione dell'istanza: ad oggi, nei casi esaminati dall'Autorità è stato sempre riconosciuto il beneficio dell'immunità al primo collaborante, ma non è stata ancora esaminata una domanda di tipo 1B¹⁴⁷. Occorrerà dunque attendere al fine di vedere se l'Autorità adotterà, in concreto, un approccio più rigido nei confronti di tali domande. Come suggerito da parte della dottrina¹⁴⁸, potrebbe essere opportuna una più chiara distinzione a livello normativo nello *standard* di valutazione delle due domande, anche al fine di fornire alle imprese una maggiore trasparenza quanto alle regole applicative del programma.

3.3 *I benefici concessi: la riduzione della sanzione per i collaboranti successivi al primo*

Una questione ampiamente discussa in dottrina riguarda la possibilità di riconoscere benefici sanzionatori anche alle imprese che non si aggiudicano il primo posto nella presentazione dell'istanza. Il dibattito, tuttora in corso, circa l'opportunità di una simile previsione muove dalla circostanza che la prima

Italia, confermato dal Tribunale di Primo Grado, Sentenza del 9 settembre 2011 nel Caso T-12/06, *Deltafina SpA c. Commissione*, cit.

¹⁴⁶ In un solo caso la Commissione ha attribuito uno sconto inferiore al 50% ad un'impresa che aveva presentato per prima l'istanza, ma dopo l'avvio della Comunicazione degli addebiti. Il collaborante ha comunque beneficiato di uno sconto pari al 30% (Cfr. Decisione della Commissione del 19 settembre 2007, Caso COMP/E-1/39.168 – PO/Hard Haberdashery). In tre casi, la Commissione ha invece riconosciuto l'immunità anche alle imprese che hanno offerto per prime la propria collaborazione, ma in seguito alle ispezioni (cfr. P. WILLIS, V. ROSS, *EU Leniency Applications: The Timing and Effectiveness of Applications under the 2002 Notice*, cit., p. 4).

¹⁴⁷ A ben vedere, nel caso *I700, Prezzo del GPL per Riscaldamento Regione Sardegna*, il *leniency applicant* ha presentato la propria istanza dopo che l'Autorità aveva avviato un'istruttoria su un'intesa di carattere regionale, a seguito di una denuncia esterna al cartello. In tale caso, l'istanza di clemenza riguardava un cartello di più ampia estensione geografica (nazionale) ed oggettiva: da ciò un ampliamento dell'istruttoria (prov. n. 19442, del 22 gennaio 2009) a tale più ampia intesa, mentre quella originariamente investigata ne è divenuta parte integrante. L'istanza di *leniency* è dunque di Tipo 1B se si considera l'originario avvio, ma di Tipo 1A se si considera il procedimento poi condotto sulla base dell'ampliamento.

¹⁴⁸ Si veda V. MELI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e I Programmi di Clemenza*, cit., p. 430.

impresa collaborante potrebbe non essere in grado di fornire elementi decisivi rispetto a tutti gli aspetti dell'illecito¹⁴⁹. Di conseguenza, la concessione di benefici ai successivi *applicant* potrebbe consentire di rendere l'istruttoria dell'Autorità più rapida, economica (in termini di risorse impiegate nel procedimento) ed effettiva: attraverso le informazioni fornite da una fonte ulteriore l'Autorità potrebbe, infatti, essere in grado di provare ed accertare più agevolmente l'illecito¹⁵⁰.

La possibilità di beneficiare di riduzioni dell'ammenda consente inoltre di sfruttare la maggiore propensione delle imprese a collaborare con l'Autorità ove vi sia il sospetto che sia stata già rivelata all'Autorità l'esistenza di un cartello: in tale caso, appare infatti maggiore il rischio per le imprese di incorrere in una sanzione, con conseguente attenuazione dei profitti ottenibili attraverso la prosecuzione dell'illecito. In assenza di una simile previsione, le imprese, a fronte del rischio di non qualificarsi come prime nella graduatoria e non ottenere alcun beneficio, sarebbero invece restie ad offrire la propria collaborazione¹⁵¹.

¹⁴⁹ Corte di Giustizia, sentenza 3 settembre 2009, nei procedimenti riuniti C-322/07P, C-327/07P e C-338/07 *Papierfabrik August Koehler AG e altri c. Commissione*, secondo cui la prima impresa collaborante “non deve aver fornito l'insieme degli elementi atti a provare tutti i dettagli del funzionamento dell'intesa, ma che le basta fornire elementi determinanti”. Non è richiesto, peraltro, che “gli elementi forniti siano, di per sé, “sufficienti” per la redazione di una comunicazione degli addebiti o addirittura per l'adozione di una decisione definitiva che accerta l'esistenza di un'infrazione”. In senso analogo si è pronunciata l'Autorità nel caso I722 *Logistica Internazionale*, cit.. Cfr. Sul punto W.P.J. WILS, *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice*, cit.. “In order to establish the antitrust violation in court, the evidence provided by the first applicant may however not be sufficient, and corroborating evidence may be needed from a second source”.

¹⁵⁰ La dottrina ha visioni diverse sul punto: M. MOTTA, M. POLO, *Leniency Programs and Cartel Prosecution*, cit., hanno studiato un modello in cui in cui un'autorità antitrust, avendo a disposizione un *budget* limitato, deve scegliere un metodo efficiente per scoprire i cartelli. L'analisi individua quale modello ottimale la concessione di sconti massimi di pena anche in seguito all'apertura del procedimento. Diversamente, A. ARENA, *Game Theory as a Yardstick for Antitrust Leniency Policy: the US, EU, and Italian Experiences in a Comparative Perspective*, in *Global Jurist* Vol. 11, 2011 p. 12, osserva che la concessione di riduzioni decrescenti della pena in base all'ordine di arrivo del collaboratore sia preferibile alla concessioni di sconti uniformi, in quanto incentiva la c.d. *race to the court house* anche per i collaboratori successivi al primo.

¹⁵¹ A. ARENA, *Game Theory as a Yardstick for Antitrust Leniency Policy: the US, EU, and Italian Experiences in a Comparative Perspective*, in *Global Jurist* Vol. 11, 2011. Taluni ritengono che la riduzione della sanzione dovrebbe essere ammessa, analogamente a quanto previsto per accedere all'immunità di tipo 1°, anche nel caso in cui l'impresa sia in grado di indicare come reperire le prove anche attraverso un'ispezione mirata, anziché apportarle direttamente (Cfr. V. MELI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e I Programmi di Clemenza*, cit., p. 432).

Come è stato evidenziato in dottrina, tuttavia, la concessione di uno sconto di pena ai successivi collaboranti potrebbe comportare taluni aspetti problematici. Tralasciando in questa sede il difficile dibattito circa la minore attendibilità delle informazioni fornite dai successivi collaboranti – che, essendo comunque soggetti ad una sanzione, potrebbero offrire una collaborazione non pienamente genuina al fine apportare un valore aggiunto ed ottenere una più ampia riduzione dell'ammenda¹⁵² – ai fini dell'analisi che segue due considerazioni appaiono di rilievo.

In primo luogo, la previsione di benefici per i successivi *applicant* potrebbe rendere meno appetibile la proposizione tempestiva di un'istanza di immunità, specie ove il margine di differenza tra l'immunità concessa al primo collaborante e le successive riduzioni della pena sia scarso¹⁵³.

In secondo luogo, programmi di clemenza che ammettono anche i successivi *applicant* al beneficio potrebbero risultare eccessivamente generosi in termini di ammende complessivamente irrogate, con conseguenze negative sulla deterrenza degli illeciti. A tale ultimo riguardo, va infatti rilevato che gli incentivi previsti

¹⁵² Al riguardo è stato infatti notato che i successivi *applicant* “*may try to obtain such reductions by wrongly incriminating other parties*”. Cfr. W.P.J. WILS, *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice*, cit., p. 41.

¹⁵³ A mettere in luce i rischi della concessione di benefici ai richiedenti successivi al primo sono C. ELLIS, W. WILSON, *Cartels, Price-Fixing, and Corporate Leniency Policy: What Doesn't Kill Us Make Us Stronger*, non pubblicato, University of Oregon, 2001 i quali osservano che tale *policy* ha l'effetto di diluire i benefici del primo *applicant* e, di conseguenza, rende meno vantaggioso procedere tempestivamente alla confessione; anche SPAGNOLO, G., *Divide et Impera: Optimal Leniency Programs*, cit., p. 27 osserva che tale previsione incentiverebbe le imprese ad adottare una “*wait and see strategy* (“*do not report first, be ready to report if somebody else does it*”). *Contra* Y. HAMAGUCHI, T. KAWAGOE, *An Experimental Study of Leniency Program*, 2005, al seguente indirizzo: <http://www.rieti.go.jp/publications/dp/05e003.pdf>, i quali evidenziano che i risultati in termine di benessere collettivo sono pressoché invariati ove il trattamento favorevole sia concesso a più di una impresa.

Altri possibili rischi connessi ad un programma che non limiti il beneficio della clemenza alla prima impresa sono stati messi in luce da W.P.J. WILS, *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice*, cit., pp. 48-49, il quale evidenzia: i) la possibilità che i partecipanti al cartello si accordino per presentare a turno la domanda di ammissione al beneficio; ii) l'utilizzo del programma ai fini di punire il soggetto che devii dall'accordo e far sì che sia sanzionato dall'Autorità. L'Autore suggerisce la possibilità di prevedere uno standard particolarmente elevato circa le prove che devono essere fornite dalle imprese che propongono istanza di clemenza successivamente alla prima: tale requisito, se da un lato potrebbe disincentivare le richieste di clemenza, dall'altro aumenterebbe la propensione delle imprese a conservare prove documentali.

potrebbero avere un effetto deflattivo sul livello aggregato delle sanzioni potenzialmente applicabili, rendendo più conveniente per le imprese la prosecuzione dell'illecito.

I diversi orientamenti espressi circa l'opportunità o meno di riduzioni dell'ammenda ai successivi *applicant* sono riflessi nelle soluzioni adottate dai programmi delle varie Autorità di concorrenza: il *leniency programme* statunitense limita il beneficio della clemenza al solo primo dichiarante, salvo il caso in cui un successivo *applicant* denunci l'esistenza di un diverso cartello o concluda un *plea bargaining* con l'Autorità (per cui è prevista una riduzione pari in media al 30-35% per il secondo cooperante e decrescente per i successivi); il programma comunitario e quello nazionale stabiliscono invece espressamente la possibilità di una riduzione della sanzione per tali *applicant*¹⁵⁴, ma con una significativa differenza nelle modalità di attribuzione del beneficio: mentre nel sistema comunitario è fissato un preciso ordine di riduzioni attraverso rigide forcelle percentuali connesse alla tempestività della collaborazione¹⁵⁵, il programma

¹⁵⁴ A fini di completezza, si osservi che il programma comunitario e nazionale prevedono in favore dei dichiaranti successivi al primo anche il beneficio della c.d. immunità parziale, in base alla quale sono esenti da pena gli ulteriori elementi dell'illecito portati a conoscenza dell'Autorità dai collaboranti (cfr. punto 6 della Comunicazione dell'Autorità e par. 26 Comunicazione UE 2006). Tale previsione, come è evidente, mira ad incentivare i *leniency applicant* a fornire all'Autorità elementi aggiuntivi per giungere ad un accertamento quanto più completo dell'illecito, assicurando un trattamento sanzionatorio non peggiore rispetto al caso in cui le imprese non avessero affatto collaborato. Tuttavia, lo scarto tra l'immunità concessa al primo dichiarante e le imprese successive potrebbe risultare ulteriormente attenuato, con conseguenze sugli incentivi alla tempestività delle domande. Tale effetto potrebbe essere ridotto attraverso l'introduzione di un limite al livello massimo della riduzione attribuibile, in linea con la soluzione adottata nel sistema francese e spagnolo, ove è prevista una soglia massima di sconto pari al 50%.

¹⁵⁵ Il difetto di tale sistema è di attribuire meno rilevanza alla qualità delle informazioni fornite. Tuttavia, tale elemento può essere valorizzato all'interno della forcilla assegnata *ratione temporis*, stabilendo la riduzione sulla base della qualità dell'apporto fornito. Cfr. la presentazione di M. BERETTA e P. M. FERRARI al seminario *I Programmi di Clemenza Europee ed Italiano: la Via del Pentimento* tenutosi a Roma in data 27 aprile 2011. Si osservi, peraltro, che secondo la giurisprudenza comunitaria, ove le informazioni sono state trasmesse dalle imprese collaboranti in un intervallo di tempo breve e in una fase del procedimento amministrativo sostanzialmente identica, ai fini della valutazione circa la riduzione da attribuire non rileva il fattore cronologico ma la qualità del contributo (cfr. cause riunite T-116/04, T-122/04 e T-127/04, 5 giugno 2009).

italiano si limita a riconoscere uno sconto “*in misura di regola non superiore al 50%*”¹⁵⁶.

La scelta operata nel modello nazionale, attribuendo all'Autorità una maggiore discrezionalità nella valutazione della riduzione, ha il vantaggio di permettere di considerare congiuntamente la tempestività del contributo ed il merito dell'apporto informativo. Tuttavia, parte della dottrina ha ritenuto non pienamente condivisibile tale opzione, sulla base di tre principali ordini di ragioni:

1. la possibilità di ottenere riduzioni particolarmente elevate potrebbe indebolire l'incentivo a presentare tempestive domande di immunità, diminuendo lo scarto tra la prima e le successive istanze¹⁵⁷. Nella propria prassi applicativa, l'Autorità sembra effettivamente avere ad oggi adottato un approccio particolarmente incentivante, riconoscendo riduzioni di notevole entità anche ai collaboranti successivi al primo e pari, in media, al 50% per il primo *applicant* ed al 45% per il secondo (diversamente dalla Commissione europea che ha concesso sconti in media intorno alla metà delle forcelle di riferimento, e pari rispettivamente al 42,5%, 25,5% e 12,20%)¹⁵⁸;
2. le imprese potrebbero essere incentivate a richiedere riduzioni anche superiori al 50%, con il rischio di minare l'attendibilità delle dichiarazioni al

¹⁵⁶ Cfr. Comunicazione sulla clemenza, par. 4.

¹⁵⁷ V. MELI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e I Programmi di Clemenza*, cit., p. 433. Come infatti osservato, uno dei presupposti per il successo dei programmi di clemenza è la previsione di un considerevole scarto tra immunità e massima riduzione. Si osservi al riguardo che il programma di clemenza europeo suggerisce di limitare lo sconto entro il 50% della sanzione, sul presupposto che “*all systems shall ensure that there is a significant difference between immunity and reductions, in order to make applications for immunity significantly more attractive*” (cfr. ECN Model Leniency Programme, *Report on assessment of the state of convergence*, par. 32).

¹⁵⁸ Cfr. la presentazione di M. BERETTA e P. M. FERRARI al seminario *I Programmi di Clemenza Europee ed Italiano: la Via del Pentimento* tenutosi a Roma in data 27 aprile 2011. Tale approccio appare idoneo a limitare almeno parzialmente i rischi sopra evidenziati, consentendo non solo di mantenere gli incentivi alla tempestività delle istanze, ma anche di beneficiare dell'apporto probatorio fornito dai successivi collaboranti (*contra* G. SEPE, *Codice Commentato della Concorrenza e del Mercato*, cit., p. 1573. L'Autore rileva che attribuendo preminenza all'ordine in cui sono pervenute le domande di riduzione si rischia al contrario di disincentivare la cooperazione di imprese in grado di fornire un contributo di particolare interesse in quanto esso non rilevarebbe ai fini del calcolo del beneficio).

fine di ottenere uno sconto maggiore. Ciò potrebbe determinare anche un contenzioso con l'Autorità sull'ammontare delle riduzioni concesse;

3. non è esclusa la possibilità che sia attribuita la medesima riduzione della sanzione a più *leniency applicant*. Tale eventualità potrebbe non solo attenuare gli incentivi alla c.d. *race to the court house* tra i successivi dichiaranti¹⁵⁹, ma anche incentivare forme di *leniency* collusive, volte a “*massimizzare collettivamente i benefici della collaborazione*”¹⁶⁰.

Sulla base di tali considerazioni – a modesto avviso di chi scrive – la previsione di forcelle prestabilite, secondo la soluzione adottata a livello comunitario, potrebbe risultare preferibile in quanto idonea ad attenuare almeno parzialmente le problematiche evidenziate.

¹⁵⁹ Si consideri, ad esempio, che nel caso Pannelli Truciolari, (*supra* nota 73) l'Autorità ha accordato, oltre all'immunità per il primo denunciante, una riduzione pari al 30% a tutti gli altri membri del cartello.

¹⁶⁰ V. MELI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e I Programmi di Clemenza*, 2010, *op. cit.*, p. 434.

3.4 Allegato 1: sanzioni - trend applicativi a livello comunitario (Ar. 101 TFUE)

Figura 1: sanzioni imposte e numero di decisioni (2000-2011)¹⁶¹

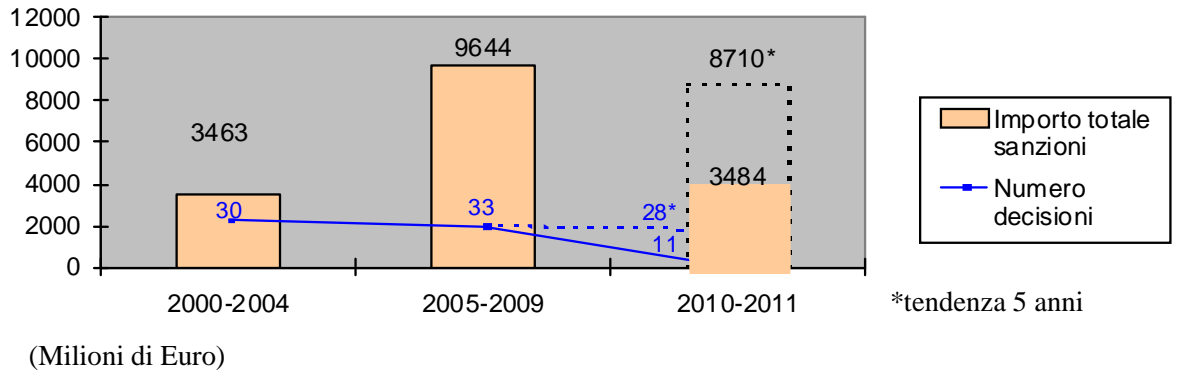


Figura 2: livello medio delle ammende (2000-2011)¹⁶²

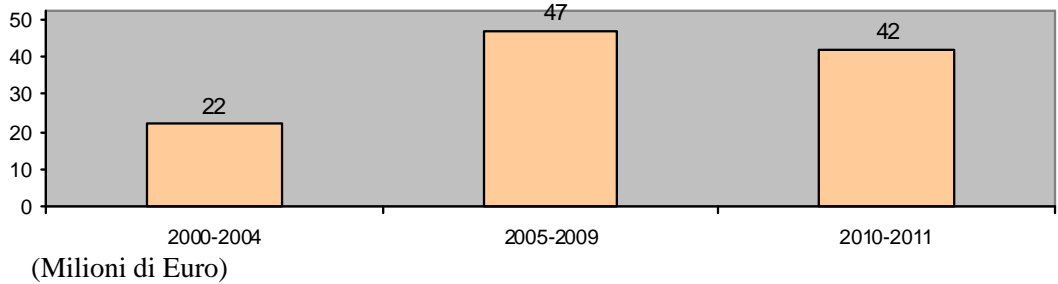
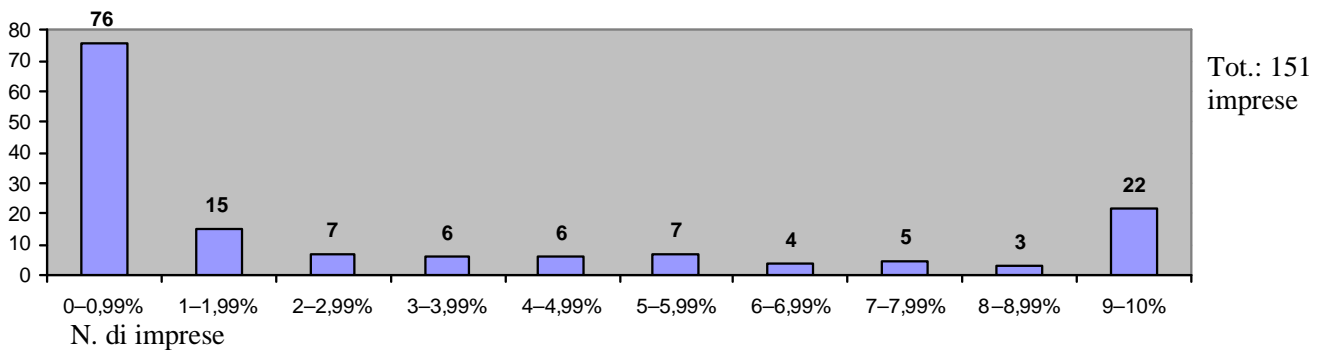


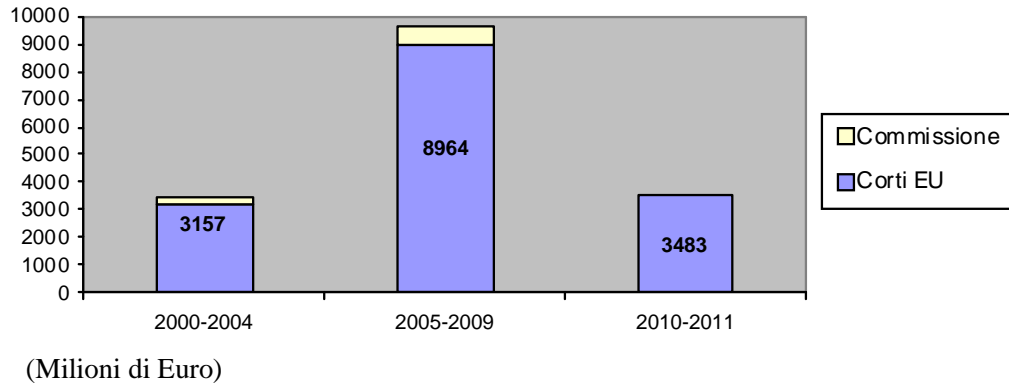
Figura 3: impatto delle ammende sul fatturato dell'impresa (periodo 2005-2011)¹⁶³



¹⁶¹ Fonte: Commissione europea, dati disponibili sul sito internet <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

¹⁶² *Ibidem*.

Figura 4: livello delle ammende in seguito a revisioni giudiziali (2000–2011)¹⁶⁴



¹⁶³ *Ibidem.*

¹⁶⁴ *Ibidem.*

3.5 Allegato 2: sanzioni - trend applicativi a livello nazionale (Artt. 2 L. 287/1990 e 101 TFUE)

Figura 5: sanzioni imposte e numero di decisioni (2000-2011)¹⁶⁵

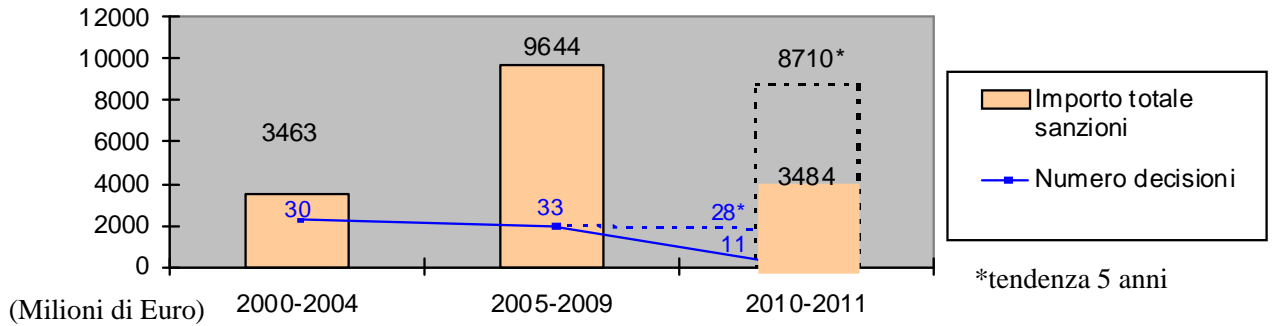


Figura 6: livello medio delle ammende (2000-2011)¹⁶⁶

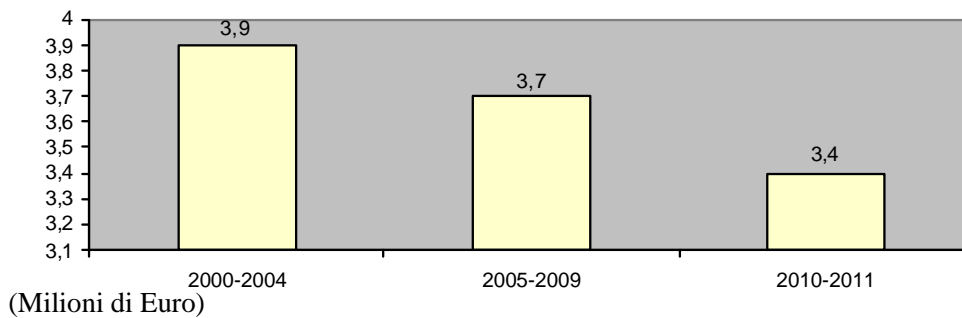
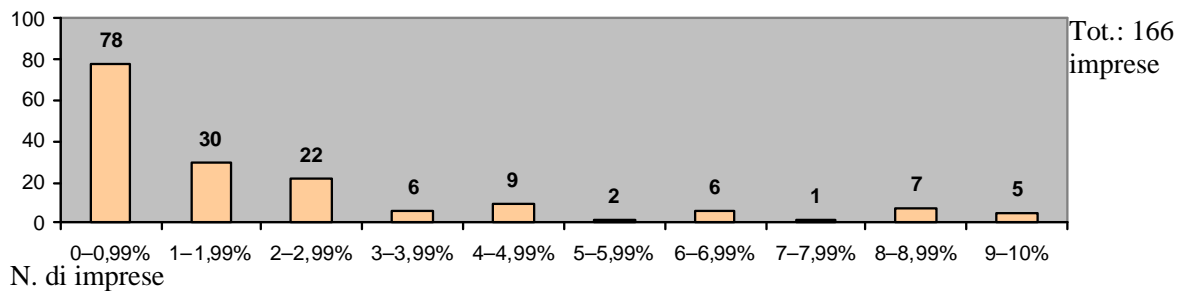


Figura 7: impatto delle ammende sul fatturato dell'impresa (2005-2011)¹⁶⁷



¹⁶⁵ Fonte: AGCM; dati disponibili sul sito internet <http://www.agcm.it/trasp-statistiche.html>.

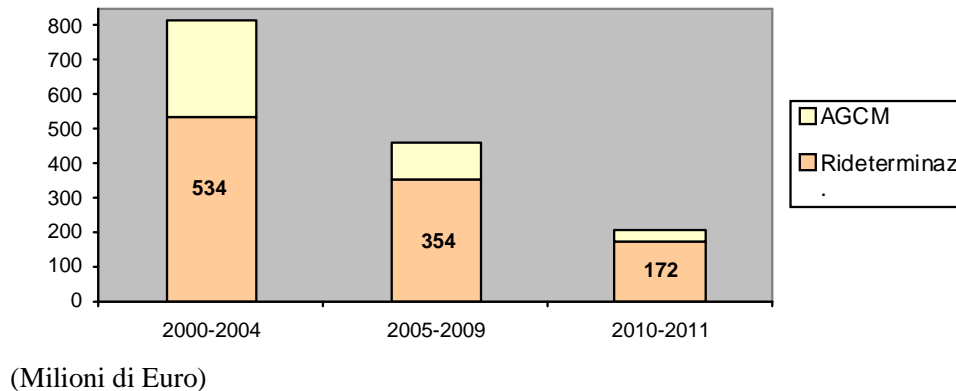
¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ Fonte: nostra elaborazione.

Figura 8: Artt. 2 e 101 TFUE - % per categoria di fatturato (2005-2011)¹⁶⁸

| | 0-10 mill. | 10-50 mill. | 50-250 mill. | 250-500 mill. | 500-1 miliardo | > 1 miliardo |
|---------|------------|-------------|--------------|---------------|----------------|--------------|
| 0-0,99% | 5 | 23 | 17 | 5 | 5 | 23 |
| 1-1,99% | 5 | 13 | 8 | | 1 | 3 |
| 2-2,99% | 3 | 8 | 6 | 4 | 1 | |
| 3-3,99% | 2 | 1 | 1 | 1 | 1 | |
| 4-4,99% | 3 | 4 | 1 | | 1 | |
| 5-5,99% | | 1 | 1 | | | |
| 6-6,99% | 4 | 2 | 0 | | | |
| 7-7,99% | | | 1 | | | |
| 8-8,99% | 2 | 3 | 2 | | | |
| 9-10% | 4 | | 1 | | | |

Figure 9: livello delle ammende in seguito a revisioni giudiziali (2000-2011)¹⁶⁹



¹⁶⁸ *Ibidem.*

¹⁶⁹ *Ibidem.*

CAPITOLO III – IL DIFFICILE EQUILIBRIO CON I DIRITTI DEI TERZI: LA DICOTOMIA CON IL PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT

1. Premessa

L'efficacia dei programmi di clemenza va ora esaminata sotto il profilo dei possibili costi in cui le imprese possono incorrere a seguito dell'istanza in quanto idonei ad incidere, nella valutazione circa la convenienza dell'istanza di *leniency*, sugli incentivi offerti alle imprese che accedono al programma di clemenza. In particolare, il ricorso ai programmi di clemenza potrebbe essere disincentivato dal rischio per i *leniency applicants* di divenire destinatari di azioni giudiziarie per il risarcimento dei danni arrecati alle vittime del cartello.

Al riguardo, è ben noto che la Commissione europea ha già da alcuni anni intrapreso la strada del potenziamento dell'applicazione giudiziale del diritto antitrust, inteso quale strumento complementare, anziché antitetico, rispetto al *public enforcement*. Le azioni private svolgono, infatti, una funzione deterrente importante e parallela rispetto al *public enforcement*, contribuendo ad individuare un maggior numero di cartelli in mercati o ambiti geografici attigui a quelli accertati dall'Autorità ed incrementando i costi attesi per le imprese in termini di sanzioni e risarcimenti¹⁷⁰: seppure lo scopo principe del *private enforcement* non è punire le imprese ma ristorare i danneggiati dalla violazione antitrust, i risarcimenti, ove concessi, si aggiungono alle sanzioni irrogate dalle autorità¹⁷¹.

¹⁷⁰ Si parla in questo caso di *complementary deterrence*. Nei casi c.d. *follow-on* non mancano peraltro casi in cui i privati hanno contribuito a meglio identificare la portata della responsabilità delle singole imprese nell'ambito della violazione, determinando un aumento delle sanzioni applicate (*efficient discovery*). Lo stesso Regolamento 1/2003 (considerando 7) rileva che “[l]e giurisdizioni nazionali svolgono sotto questo aspetto un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri”. Cfr. sul punto A. PERA, *Le Decisioni con Impegni tra Diritto Comunitario e Diritto Nazionale*, relazione al Convegno *Poteri e Garanzie nel Diritto Antitrust: L'esperienza Italiana nel Sistema della Modernizzazione*, Roma 23 luglio 2007, p. 41.

¹⁷¹ Sui rapporti “sinergici” tra *public* e *private enforcement* cfr. P. CASSINIS, *I Nuovi Poteri Dell'Autorità nell'ambito della Dialettica tra Public e Private Enforcement*, in *Contr. Impr./Eur.*,

Tuttavia, la possibilità per le imprese di divenire destinatarie di azioni di risarcimento rappresenta un'importante esternalità negativa che potrebbe disincentivare il ricorso alla clemenza e, di conseguenza, la piena efficacia di un importante strumento nella lotta contro i cartelli.

Come si illustrerà nei successivi paragrafi, i recenti sviluppi in materia di azioni risarcitorie in Europa stanno evidenziando l'esigenza di un coordinamento tra l'applicazione del diritto da parte delle attività pubbliche e dei privati: ad oggi, l'attenzione si è in particolare incentrata sulla tutela dei *leniency applicants* dal rischio che la parte attrice possa essere agevolata, attraverso l'accesso alle dichiarazioni confessionarie, nella prova dell'esistenza e della quantificazione del danno. Tale aspetto era stato in passato esaminato dalla Commissione europea nell'ambito delle opzioni di *policy* volte ad un coordinamento del *private enforcement* del diritto della concorrenza con il *public enforcement* e potrebbe essere a breve oggetto di una nuova iniziativa legislativa. Affianco a tale possibilità, la Commissione aveva suggerito ulteriori opzioni tese a limitare l'esposizione in sede civile delle imprese cooperanti che, nell'attuale dibattito, sembrerebbero tuttavia essere passate in secondo piano.

Tali circostanze suggeriscono pertanto l'opportunità di svolgere alcune riflessioni nella ricerca di una soluzione equilibrata alle due contrapposte esigenze di preservare l'efficacia dei programmi di clemenza e di tutelare il diritto al

2006, 719 – 750, A. GENOVESE, *Funzione e Quantificazione del Risarcimento. Considerazioni relative al Danno da Illecito Antitrust*, al seguente indirizzo: http://www.lex.unict.it/atti/0506-10-07/anna_genovese.pdf; A. GIUSSANI, *Azioni Collettive, Danni Punitivi e Deterrenza dell'illecito*, 2008, in http://www.lex.unict.it/atti/0506-10-07/andrea_giussani.pdf; A. GIUSSANI, *Tutela Collettiva e Prova del Danno*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2008, 1299-1304, M.R. MAUGERI, *Violazione della Disciplina Antitrust e Tutela dei Privati: Competenza, Prescrizione, Duplicazione dei Danni e Deterrenza*, in *N. Giur. Civ. Comm.*, 2008, I, 339, e R. PARDOLESI, *Danni Punitivi: Frustrazione da "Vorrei, ma non Posso"?*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2007, 343. Per una voce parzialmente dissonante sui presunti benefici del *private enforcement* cfr. W.P.J. WILS, *Should Private Enforcement Be Encouraged in Europe?*, in *26 World Competition*, 2003, 473 ss. Anche il Tribunale di Primo Grado ha recentemente osservato che: "i programmi di clemenza e di cooperazione, la cui efficacia la Commissione tenta di preservare, non sono i soli strumenti per garantire il rispetto delle norme in materia di concorrenza dell'Unione. Infatti, le azioni per risarcimento danni, dinanzi ai giudici nazionali, sono atte a contribuire in modo sostanziale al mantenimento di una concorrenza effettiva nell'Unione" (cfr. causa T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims c. Commissione*, sentenza del 15 dicembre 2011).

risarcimento del danno causato da un comportamento anticoncorrenziale.

2. Sviluppo ed obiettivi del *private enforcement* in Europa

In ambito europeo, tradizionalmente caratterizzato da una forte connotazione amministrativa, nell'ultimo decennio vi è stata una particolare attenzione nei confronti delle azioni di danni derivanti da illeciti antitrust¹⁷².

Da un lato, la giurisprudenza dell'Unione con le pronunce *Courage* del 2001 e *Manfredi* del 2006 ha riconosciuto a “qualsiasi individuo” (consumatore o concorrente) leso da pratiche anticoncorrenziali, il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito quando esiste un nesso di causalità tra il danno e l'intesa o la pratica vietata dall'art. 101 TFUE, sul presupposto che “la piena efficacia dell'art. 81 CE e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di tale articolo sarebbero messi in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza”¹⁷³.

Dall'altro lato, la Commissione ha fornito in varie occasioni indicazioni

¹⁷² Si osservi, tuttavia, che il dibattito ha origini ben più risalenti ove si consideri che, sin dall'inizio degli anni sessanta, il c.d. Rapporto *Derringer* suggeriva l'introduzione di un esplicito riconoscimento della possibilità per i terzi di richiedere il risarcimento dei danni derivanti dalla violazione delle regole di concorrenza nell'ambito del regolamento di applicazione degli allora artt. 85 e 86 del Trattato (cfr. *Internal Market Committee Report of September 7, 1961 on a First (Draft) Rule of Application of Articles 85 and 86 of the Treaty of the E.E.C.*, E.P.A., Document 104 (1960-1961). Tuttavia, all'epoca vi era una forte esigenza di integrazione dei mercati e dell'applicazione uniforme delle norme in materia di concorrenza in ambito europeo. Tali esigenze hanno condotto all'adozione del Regolamento 17/62, in cui era previsto un sistema di controllo preventivo altamente centralizzato, che ostacolava la proposizione di azioni di danni (Regolamento del Consiglio del 6 febbraio 1962 n. 17, primo Regolamento d'attuazione degli artt. 85 e 86 del Trattato, in GUCE 13/204, del 21 febbraio 1962). Sul punto si veda, *amplius*, NYSSSEN H., PECCHIOLI N., *Il Regolamento n. 1/2003 CE: Verso una Decentralizzazione ed una Privatizzazione del Diritto della Concorrenza*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2003.

¹⁷³ Cfr. Sentenza del 20 settembre 2001, *Courage Ltd c. Bernard Crehan*, in causa C-453/99, punto 26; Sentenza del 13 luglio 2006, *Manfredi e altri c. Lloyd Adriatico Assicurazioni*, in causa C-295/04 – 298/04, punto 60. Si noti che già con la Sentenza del 30 gennaio 1974, *Belgische Radio en Televisie c. Sv Sabam E Nv Fonior*, in causa 127/73, la Corte ha riconosciuto che “poiché, per loro natura, i divieti sanciti dagli artt. 85, n. 1, e 86 sono atti a produrre direttamente degli effetti nei rapporti fra i singoli, detti articoli attribuiscono direttamente a questi dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare” (par. 16).

circa l'intenzione di voler incoraggiare la proposizione di azioni di risarcimento di danno fondate sulla violazione della normativa *antitrust* da parte dei privati. In particolare, la Commissione ha approfondito il tema delle azioni di *follow on* nel 2005 nell'ambito del Libro Verde¹⁷⁴ e nel 2008 del Libro Bianco¹⁷⁵, evidenziando significative difficoltà per i soggetti che intendono proporre un'azione civile, anche nel caso di azioni di danno *follow on*.

Tali iniziative hanno contribuito ad incrementare una certa consapevolezza in capo ai danneggiati circa il loro diritto ad ottenere il risarcimento per i danni subiti a seguito di un illecito anticoncorrenziale¹⁷⁶, anche con riferimento ai procedimenti avviati sulla base di *leniency applications*¹⁷⁷. Il numero di azioni risarcitorie per illeciti antitrust resta tuttavia relativamente contenuto, specie se rapportato al contesto statunitense ove le azioni promosse dai privati sono pari a

¹⁷⁴ Libro Verde - Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, Bruxelles, 19 dicembre 2005.

¹⁷⁵ Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno, Bruxelles, 2 aprile 2008. Secondo le intenzioni della Commissione, dovrebbe essere a breve presentata una proposta legislativa volta a regolare i rapporti tra *private e public enforcement*. Cfr. Joaquín Almunia Vice President of the European Commission responsible for Competition Policy Competition Policy: Work Programme for 2012, Presentation at ECON, European Parliament, 22 novembre 2011, disponibile alla seguente pagina web: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/785&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>. La Commissione aveva redatto una bozza di direttiva già nel 2009, che è stata tuttavia ritirata a causa, sembrerebbe, dell'opposizione di taluni Stati membri (cfr. C. PESCE, *Il Programma di Clemenza Europeo e la Tutela dei Singoli*, cit.).

¹⁷⁶ E' difficile, tuttavia, procedere ad una concreta stima dell'incidenza di tali giudizi: non solo, infatti, le sentenze delle diverse giurisdizioni di merito sono spesso difficilmente reperibili, ma in numerosi casi i giudizi si concludono con il ricorso a transazioni il cui contenuto è spesso tenuto riservato tra le parti. Tale cautela è adottata anche in considerazione della eventuale proposizione di ulteriori azioni di risarcimento del danno. Con riferimento al contesto italiano, secondo alcune stime tali pronunce sarebbero oltre centocinquanta nel periodo 1990-2010 e comunque non meno di una novantina. Nel 2011, si contano invece circa sette azioni di danno decise dalle Corti di merito e sette sentenze della Cassazione (Cfr. M. CARPAGNANO, *Vent'anni di Applicazione Giudiziale delle Regole di Concorrenza in Italia: 1990-2010, Concorrenza e Mercato 2011*, Milano: Giuffrè, 2011, p. 283-306 ed i dati rilevati dall'Osservatorio Permanente sull'Applicazione delle Regole di Concorrenza).

¹⁷⁷ In particolare, sono state avviate in Germania tre azioni di *follow on private enforcement* nei confronti di una decisione della Commissione europea (COMP/38.620, *Hydrogen Peroxide*, 3 maggio 2006) e di due decisioni dell'Autorità tedesca (*German Cement Market*, aprile 2003 e *Decorative Paper*, 21 gennaio 2008). Cfr. sito internet <http://www.carteldamageclaims.com/Leniency%20Plus+.shtml> e la sentenza del 14 giugno 2011, causa C-360/09, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, su cui si rinvia al par. 4 di seguito.

più del 90% del totale delle azioni antitrust promosse¹⁷⁸.

C'è da chiedersi se l'apparente insuccesso delle azioni risarcitorie registratosi nelle principali giurisdizioni europee non possa, in parte, dipendere dall'assenza di particolari istituti che nel contesto d'oltreoceano hanno favorito lo sviluppo delle azioni di danni, quali la possibilità di ottenere il risarcimenti di somme pari al triplo del danno subito, e le *success fees*, ossia il riconoscimento di una remunerazione per gli avvocati legata al valore e all'esito della controversia¹⁷⁹. Il Libro Verde del 2005 suggeriva, su ispirazione del sistema statunitense, talune idee innovative, che sono state tuttavia modificate e, sotto taluni profili, superate con il Libro Bianco: la Commissione ha, in particolare, abbandonato sia l'ipotesi di fissare un risarcimento pari al doppio dei danni, che l'introduzione di azioni di classe fondate sull'*opt out*, in cui tutti i soggetti danneggiati sono automaticamente inclusi nella classe salvo che non si esprimano diversamente.

In risposta ai timori espressi sulla possibilità che potesse andarsi incontro agli eccessi della *litigation culture* statunitense¹⁸⁰, con il Libro Bianco la Commissione ha chiarito, in linea con la tradizione di tutela amministrativa della concorrenza in Europa, che il riconoscimento del carattere complementare del *public* e del *private enforcement* non deve incidere sulle finalità meramente compensativa di quest'ultimo: “[l]’obiettivo primario del Libro bianco è migliorare i termini giuridici in base ai quali le vittime possono esercitare il

¹⁷⁸ Cfr. *Sourcebook of Criminal Justice Statistics Online*, al seguente indirizzo: <http://www.walbany.edu/sourcebook/pdf/t5412004.pdf> - Table 5.41.2004, Antitrust Cases filed in U.S. District Courts, by type of case, 1975-2004.

¹⁷⁹ La giurisdizione statunitense è stata effettivamente ritenuta particolarmente vantaggiosa in passato ai fini dell'instaurazione di azioni civili: ed infatti, attori stranieri che avevano subito un danno al di fuori degli Stati Uniti hanno tentato di incardinare una causa innanzi alle Corti d'oltreoceano. E' ancora aperta, allo stato, la questione circa gli esatti limiti della giurisdizione americana rispetto a questo tipo di eventi, sebbene la Corte Suprema americana abbia limitato la possibilità per il giudice statunitense di conoscere di controversie in materia di concorrenza che si presentino come “*wholly foreign*” rispetto all'ordinamento statunitense. Cfr. *Empagran SA v. F. Hoffman-La Roche Ltd*, 14 giugno 2004, NO. 03-724. Si veda sul punto C. PAGOTTO, *La Disapplicazione della Legge*, Milano, 2008.

¹⁸⁰ Cfr. D. WAELBROECK, D. SLATER, *The Commission's Green Paper on Private Enforcement: "Americanization" of EC Competition Law Enforcement?* in Ehlermann, C. and Atanasiu, I. (eds.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Hart Publishing, Oxford 2007, pp. 425-445.

*diritto, loro garantito dal Trattato, al risarcimento di tutti i danni subiti in conseguenza della violazione delle norme comunitarie antitrust. Il risarcimento completo è dunque il primo e più importante principio guida*¹⁸¹.

Esclusa, dunque, una finalità sanzionatoria alle azioni risarcitorie in ambito europeo, la giurisprudenza della Corte di Giustizia citata ha chiarito che deve in ogni caso essere riconosciuta la piena tutela del diritto al risarcimento del danno patito in conseguenza di un illecito antitrust¹⁸².

3. Le ragioni dei contrasti tra programmi di clemenza ed azioni private

Nonostante il ruolo tendenzialmente complementare dell'azione pubblica e privata, la politica di progressivo allineamento ed integrazione tra i due strumenti potrebbe trovare ostacolo nei rapporti tra le azioni risarcitorie ed i programmi di clemenza: i vantaggi sanzionatori previsti da tali programmi riguardano infatti esclusivamente il profilo del *public enforcement*, ma non è prevista alcuna esenzione per le imprese collaboranti sul piano civile.

La stessa Comunicazione del 2006 evidenzia che “*i potenziali interessati a chiedere l'applicazione della clemenza potrebbero essere dissuasi dal cooperare con la Commissione ai sensi della presente comunicazione se ne possa risultare indebolita la loro posizione, rispetto alle imprese che non cooperano, nell'ambito di procedimenti giudiziari in sede civile*”¹⁸³. Sebbene, infatti, tutte le imprese partecipanti al cartello siano responsabili singolarmente ed in solido per i danni derivanti dalla loro condotta, taluni elementi potrebbero aumentare i rischi di

¹⁸¹ Cfr. punto 1.2 del Libro Bianco. Per un approfondimento della finalità compensativa assegnata al diritto al risarcimento del danno in Europa, si rinvia a W.P.J. WILS, *The Relationship Between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages*, in *Concurrences*, N° 4-2009.

¹⁸² E' stato altresì recentemente sostenuto che, a seguito dell'attribuzione di carattere vincolante della carta dei diritti fondamentali con il Trattato di Lisbona, il diritto al risarcimento dei danni debba essere considerato una manifestazione del “diritto di proprietà”. Cfr. C. TESAURO, *Recenti Sviluppi del Private Antitrust Enforcement*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, n. 3, 2011.

¹⁸³ Cfr. Comunicazione del 2006 *cit.*, p. 6.

azioni di danno avverso i *leniency applicant*¹⁸⁴. Per apprezzare la portata “conflittuale” dei due strumenti in esame, si considerino in particolare le seguenti circostanze:

- i) le informazioni e la documentazione fornita dal collaborante potrebbero agevolare la prova del comportamento anticoncorrenziale in un giudizio civile. In cause di tal genere, infatti, l'attore potrebbe entrare in possesso di tale materiale attraverso l'accesso al fascicolo dell'Autorità o un ordine processuale di esibizione¹⁸⁵;
- ii) anche in assenza di un ordine di *discovery*, il provvedimento di condanna, nell'accordare l'immunità o la riduzione delle sanzioni, potrebbe includere una descrizione delle condotte oggetto di accertamento, agevolando così un'azione di danni avverso le stesse imprese che hanno ammesso tali condotte¹⁸⁶;
- iii) una decisione adottata sulla base di una procedura di *leniency* presuppone elementi direttamente forniti dalle imprese cui è stato riconosciuto un sostanziale beneficio, per cui tali imprese avranno difficilmente interesse a

¹⁸⁴ Cfr. M. MELI, *I Programmi di Clemenza (“Leniency”) e L'azione Privata*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, M. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), Bologna, 2009; C. ROQUILLI, *Competition Law as a Strategic Issue for Companies: Does Private Enforcement Constitute a Greater Threat?* in C. GHEUR, N. PETIT, *Alternative Enforcement Techniques in EC Competition Law*, Bruxelles, 2009, p. 67.

Il comunicato stampa pubblicato sul sito della Commissione alla fine del procedimento riporta infatti come formula standard il seguente inciso “*Any person or firm affected by anti-competitive behaviour as described in this case may bring the matter before the courts of the Member States and seek damages. The case law of the Court and Council Regulation 1/2003 both confirm that [...] a Commission decision is binding proof that the behaviour took place and was illegal*”.

Con riferimento alle decisioni dell'Autorità della concorrenza italiana, la giurisprudenza della Cassazione ha stabilito che le decisioni dell'Autorità non costituiscono un precedente vincolante per il giudice (n. 2305 del 2 febbraio 2007, *Fondiarria-SAI Assicurazioni c. Nigriello*), ma possono comunque rappresentare “*un mezzo di prova preferenziale*” nell'ambito del giudizio civile (n. 3638 del 13 febbraio 2009, *Certelet al. c. ENEL*).

¹⁸⁵ M.J. REYNOLDS, D.G. ANDERSON, *Immunity and Leniency in EU Cartel Cases: Current Issues*, in *European Competition Law Review* (2006) 27, p. 83.

¹⁸⁶ Cfr. M. MELI, *I Programmi di Clemenza (“Leniency”) e L'azione Privata*, in *Funzioni del Diritto Privato e Tecniche di Regolazione del Mercato*, M. Maugeri, A. Zoppini (a cura di), Bologna, 2009, p. 252.

contestare il provvedimento in sede giudiziale. Di conseguenza, il provvedimento assumerà valore di giudicato nei confronti dei *leniency applicant* ed i danneggiati potranno tempestivamente instaurare un'azione di danni nei loro confronti. Le imprese non collaboranti avranno invece maggiore interesse ad impugnare la decisione ottenendo un vantaggio in termini temporali nelle azioni di *private enforcement*, in quanto il provvedimento diverrà definitivo solo a conclusione del giudizio di impugnazione.

Come è agevole comprendere, l'eventualità di azioni giudiziarie *follow-on* comporta dunque un effetto negativo sull'appetibilità dei programmi per le imprese in quanto, se per effetto della collaborazione l'impresa si sottrae in tutto o in parte alle sanzioni di carattere amministrativo, essa andrà con maggiori probabilità incontro al costo del risarcimento del danno derivante dall'illecito. Peraltro, trattandosi di responsabilità extracontrattuale, opera la regola generale per cui i danneggiati sono responsabili in solido per i danni prodotti dall'illecito (prevista dal nostro ordinamento dall'art. 2055 c.c.): i collaboranti potrebbero quindi essere chiamati a rispondere anche per i condebitori solidali, salvo agire successivamente in sede di regresso nei confronti di questi ultimi. A ciò si aggiunga che i potenziali costi in sede civile, diversamente dalle sanzioni amministrative per cui è prevista una soglia massima edittale commisurata al fatturato dell'impresa, sono difficilmente quantificabili per le imprese e rappresentano dunque un significativo elemento di incertezza nella valutazione circa la convenienza di un'istanza di *leniency*¹⁸⁷.

Allo stato, è assente una disciplina generale di coordinamento tra i due strumenti: come si illustrerà, infatti, né la normativa comunitaria né la giurisprudenza della Corte hanno stabilito una gerarchia *de iure* o un ordine di

¹⁸⁷ A questo riguardo, nelle note esplicative all'*ECN Model Leniency Program*, cit., è osservato che: "The ECN members are strong proponents of effective civil proceedings for damages against cartel participants. However, they consider it inappropriate that undertakings which cooperate with them in revealing cartels should be placed in a worse position in respect of civil damage claims than cartel members that refuse to cooperate" (cfr. par. 47).

priorità tra l'applicazione del diritto europeo della concorrenza da parte delle pubbliche autorità e le azioni risarcitorie proposte dai privati¹⁸⁸, ciò che ha dato luogo a talune problematiche applicative.

4. Interazioni tra i programmi di clemenza e le azioni di risarcimento del danno: la tutela della riservatezza

Nel contesto europeo, le criticità connesse all'assenza di una disciplina generale di coordinamento tra *public* e *private enforcement* sono state ben evidenziate dalla recente casistica in materia di azioni risarcitorie, con particolare riguardo alla questione delle esigenze di riservatezza delle informazioni fornite dai collaboranti. Mentre, infatti, la Commissione ha un chiaro interesse a proteggere tali informazioni per preservare l'efficacia dei propri programmi di clemenza, il soggetto danneggiato che riesca ad accedervi sarebbe agevolato nella prova dell'infrazione e dell'eventuale danno subito (nonché del suo ammontare e del nesso di causalità).

Quando la questione è affrontata dal punto di vista procedurale comunitario, la soluzione potrebbe apparire semplice: da un lato, il regolamento 1049/2001 consente, in determinate ipotesi, di impedire l'accesso pubblico al fascicolo dell'indagine antitrust della Commissione¹⁸⁹; dall'altro, la

¹⁸⁸ Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Mazák del 16 dicembre 2010, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, causa C-360/09, p. 40.

¹⁸⁹ In particolare, l'articolo 4 paragrafo 2 e paragrafo 3 del regolamento, i quali dispongono, *inter alia*, che le istituzioni possono rifiutare l'accesso qualora la divulgazione arrechi pregiudizio alla tutela degli interessi commerciali di una persona fisica o giuridica o degli obiettivi delle attività ispettive, a meno che non sussista un interesse pubblico. L'accesso a un documento elaborato per uso interno, inoltre, può essere rifiutato qualora sia relativo ad una questione su cui l'istituzione non abbia ancora adottato una decisione, e la divulgazione ne pregiudicherebbe gravemente il processo decisionale.

Vi è un'altra modalità prevista dal regolamento mediante la quale i soggetti danneggiati potrebbero ottenere accesso a documenti raccolti dalla Commissione, e in particolare l'articolo 15 paragrafo 1 del regolamento 1/2003. Qualora i soggetti danneggiati (e pertanto anche il denunciante) abbiano promosso una azione in sede civile, il giudice potrà richiedere la trasmissione delle informazioni da parte della Commissione in virtù dei principi di cooperazione tra questa e le giurisdizioni nazionali in applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE. Per ciò che concerne i documenti relativi ai programmi di clemenza, la loro sensibilità e il loro ruolo nel processo di efficace attuazione delle

Comunicazione del 2006 non solo ha escluso l'accesso alla documentazione da parte di soggetti terzi al procedimento, ma ha anche disciplinato la possibilità per i collaboranti (già ammessa in via di prassi) di rendere dichiarazioni autoincriminanti in forma orale¹⁹⁰, al fine di evitare che tali informazioni divengano materiale *discoverable*, laddove questo mezzo di prova trova riconoscimento¹⁹¹.

A livello nazionale, il programma di clemenza non prevedeva inizialmente alcun divieto di accesso per i soggetti diversi dai partecipanti al cartello rispetto ai documenti ed alle informazioni fornite dai collaboranti ed in dottrina era stato evidenziato il rischio che ciò potesse scoraggiare il ricorso da parte delle imprese ai programmi di clemenza¹⁹². Lo scorso maggio 2010, tale disciplina è stata oggetto di una sostanziale modifica introducendo la previsione, in linea con il sistema comunitario, che “*ai soggetti terzi, anche se intervenuti nel procedimento,*

proibizioni del trattato è citato nella comunicazione sulla cooperazione con le giurisdizioni nazionali, al fine di escludere espressamente che essi possano essere trasmessi, in virtù dell'eccezione di tutela dell'esercizio delle funzioni attribuite dal trattato alla Commissione.

¹⁹⁰ E' in particolare previsto che il documento che origina dalla trascrizione è trattenuto presso gli uffici, ed alle imprese non è rilasciata alcuna copia. Quanto all'accesso alle dichiarazioni, esso è consentito esclusivamente alle imprese oggetto del procedimento in seguito alla comunicazione delle risultanze istruttorie, ed a condizione che queste si impegnino a “*non copiare con qualsiasi mezzo meccanico od elettronico nessuna informazione contenuta nella dichiarazione ufficiale alla quale è loro consentito l'accesso*”, e ad utilizzare le informazioni solo ed esclusivamente per tutelare il proprio diritto di difesa nell'ambito di procedimenti giudiziari o amministrativi per l'applicazione delle norme di concorrenza sulle quali verte il relativo procedimento amministrativo. Cfr. Comunicazione UE 2006, punti 32-33. Cfr. A. CARUSO, *Leniency Programmes and Protection of Confidentiality: the Experience of the European Commission*, cit.

¹⁹¹ In realtà, un aspetto problematico attiene alla richiesta alle imprese di confermare la correttezza della trascrizione della dichiarazione resa comporti la paternità (“*endorsement*”) del documento, a discapito dell'originaria finalità di rendere detto documento nella “*proprietà, controllo e custodia*” dell'Autorità procedente (e, quindi, non oggetto di *discovery*). Tale problematica non sembra invece sussistere nel contesto statunitense ove, come detto, le dichiarazioni in forma orale sono rese attraverso la c.d. *paperless procedure* (per cui i documenti sono considerati nell'esclusiva disponibilità dell'Autorità). Ciò è in particolare connesso al fatto che negli Stati Uniti le dichiarazioni ufficiali non hanno valore probatorio ma rappresentano una mera guida dell'esercizio dei poteri istruttori dell'Autorità, mentre in Europa i *corporate statement* rappresentano vere e proprie fonti di prova dei fatti e ammissioni di responsabilità dell'impresa. Cfr. commenti dell'ABA, associazione degli avvocati USA, alla proposta di modifica della Comunicazione del 2002, disponibili alla seguente pagina internet: http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/files_leniency_consultation/aba.pdf.

¹⁹² Cfr. F. NICOLINI, *Il Programma di Clemenza Italiano e il Ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: Prime Applicazioni*, cit., p. 3.

non è accordato l'accesso né alle dichiarazioni confessorie né alla documentazione allegata"¹⁹³.

Effettivamente, sino a tempi recenti, la Commissione e le principali Autorità di concorrenza europee hanno escluso in maniera recisa l'accesso dei soggetti danneggiati alle dichiarazioni confessorie (inclusi i documenti pre-esistenti) ad esse direttamente richiesto. Tuttavia, taluni interventi della Corte di Giustizia sembrerebbero non escludere la possibilità di accedere al fascicolo istruttorio, anche nell'ambito di procedimenti di *leniency*, ciò che ha generato un acceso dibattito sul tema.

4.1 *Recenti evoluzioni giurisprudenziali*

La Corte di Giustizia ha affrontato le problematiche relative all'accesso al fascicolo dell'autorità procedente nel caso *Pfleiderer*, in risposta ad un rinvio pregiudiziale proveniente da una Corte tedesca¹⁹⁴. La pronuncia è rilevante in

¹⁹³ In particolare, le novità hanno riguardato i punti 8 e 10 del programma e l'introduzione del nuovo punto 10 *bis*. Tale ultimo punto stabilisce la disciplina dell'accesso alle dichiarazioni confessorie rese oralmente o per iscritto dai rappresentanti dell'impresa richiedente la clemenza e alla documentazione presentata dal *leniency applicant*: la nuova disposizione prende in esame due categorie di soggetti interessati a conoscere il materiale probatorio del procedimento di clemenza, vale a dire le imprese coinvolte nell'istruttoria alle quali è contestata una violazione dell'art. 2 della legge 287/90 o dell'art. 101 TFUE, e i soggetti terzi, inclusi quelli intervenuti nel procedimento. Riguardo a questi ultimi soggetti, il punto 10 *bis* nega loro la possibilità di accedere alle deposizioni autoincriminanti quanto alla documentazione allegata, anche successivamente all'adozione di una decisione. Viceversa, per le imprese oggetto del procedimento, è prevista una diversa modalità di accesso per i *corporate statement* e per la documentazione prodotta dalle imprese collaboranti: l'accesso alle dichiarazioni confessorie è differito al momento dell'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie; l'accesso alla documentazione allegata può essere invece posticipato, a discrezione dell'Autorità, sino all'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie.

¹⁹⁴ Sentenza del 14 giugno 2011, causa C-360/09, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*. Per un'analisi critica cfr., *ex multis*, A. GEIGER, *The End of the EU Cartel Leniency Program*, in *European Competition Law Review*, 32 (10) 2011, p. 535 e I. VANDENBORRE, S. BLANCO THOMAS, *European Court Of Justice Provides Limited Guidance On The Disclosure Of Leniency Documents*, in *European Competition Law Review*, 32 (10) 2011, p. 488; L. IDOT, *Articulation Entre le Public et le Private Enforcement. Le droit de l'Union ne S'oppose pas à L'accès à des Documents Communiqués dans une Procédure de Clémence Menée par une ANC dans le Cadre du Réseau Européen de Concurrence, Mais il Appartient au Juge National de Déterminer, en Application du Droit National, les Conditions D'accès en Mettant en Balance les Intérêts Protégés par le Droit de l'Union*, in *Europe* 2011, n. 8-9 p.31-32.

quanto per la prima volta il giudice comunitario si è espresso circa i limiti in cui le dichiarazioni confessorie ed i relativi allegati che le imprese presentano nell'ambito di procedure di clemenza possono essere resi accessibili ai terzi danneggiati.

In particolare, un'impresa che lamentava un danno causato da un'infrazione accertata dal *Bundeskartellamt* aveva proposto ricorso avverso il parziale rifiuto all'accesso dell'autorità tedesca: a giudizio delle ricorrente, l'esclusione dal materiale accessibile delle informazioni fornite dai *leniency applicant* avrebbe limitato un'efficace predisposizione di un'azione di risarcimento del danno subito a causa dell'infrazione antitrust. La domanda pregiudiziale verteva quindi sulla possibilità per i soggetti danneggiati da un'intesa che intendono promuovere un'azione risarcitoria di accedere alle domande di trattamento favorevole, alle informazioni e ai documenti che i richiedenti il beneficio hanno spontaneamente trasmesso all'autorità garante di uno Stato membro, sulla base di un programma nazionale di clemenza.

Nella sua sentenza, la Corte di Giustizia ha ritenuto di non condividere le conclusioni rassegnate dall'Avvocato generale Mazak: quest'ultimo, in linea con la soluzione proposta nel Libro Bianco, aveva infatti suggerito di limitare l'accesso alle dichiarazioni autoincriminanti rese volontariamente dalle imprese, mentre si era espresso in favore dell'ostensione ai terzi dei documenti allegati alle dichiarazioni, che “*esistono indipendentemente dalla detta procedura e possono, almeno in teoria, essere divulgati in altra sede*”¹⁹⁵.

La Corte di Giustizia ha, invece, innanzitutto ribadito che, poiché né le disposizioni del Trattato CE in materia di concorrenza né il regolamento n. 1/2003 prevedono norme comuni riguardanti il diritto di accesso ai documenti relativi ad un procedimento di clemenza, la relativa disciplina è rimessa in linea di principio all'autonomia procedurale degli Stati membri¹⁹⁶. Tuttavia, a giudizio della Corte, è

¹⁹⁵ Cfr. conclusioni dell'avvocato generale Mazák del 16 dicembre 2010, *Pfleiderer AG contro Bundeskartellamt*.

¹⁹⁶ *Pfleiderer c. Bundeskartellamt*, causa C-360/09, cit., p. 20-24.

un principio consolidato che gli Stati membri “*non possono rendere impossibile o eccessivamente difficile l’attuazione del diritto dell’Unione e, per quanto riguarda in particolare il settore del diritto della concorrenza, essi devono assicurarsi che le norme che adottano o applicano non pregiudichino l’effettiva applicazione degli artt. 101 TFUE e 102 TFUE*”¹⁹⁷. La Corte ha quindi riconosciuto che “[l]’efficacia di tali programmi potrebbe tuttavia essere compromessa dalla comunicazione dei documenti relativi ad un procedimento di clemenza ai soggetti che intendano promuovere un’azione risarcitoria”, ma ciò non porrebbe avere riflessi sul fondamentale diritto di chiedere il risarcimento del danno causato da un comportamento anticoncorrenziale¹⁹⁸: la normativa nazionale deve pertanto astenersi dal “*rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile il conseguimento di un simile risarcimento*”¹⁹⁹.

A giudizio della Corte, dunque, la disciplina comunitaria in materia antitrust (e in particolare il regolamento 1/2003) non osta a che un soggetto danneggiato da un’infrazione al diritto della concorrenza dell’Unione - e che intenda conseguire il risarcimento del danno - acceda ai documenti relativi ad un procedimento di clemenza riguardante l’autore di tale infrazione. Tuttavia, è stata rimessa ai giudici degli Stati membri, sulla base del loro diritto nazionale ed alla luce delle circostanze specifiche del caso, la determinazione delle condizioni alle quali un simile accesso deve essere autorizzato o negato, ponderando gli interessi tutelati dal diritto dell’Unione²⁰⁰.

Ad oggi, due casi nazionali sono stati decisi in seguito alla pronuncia della Corte di giustizia. In primo luogo, in applicazione dei principi fissati in sede di rinvio pregiudiziale nel caso *Pfleiderer*, il Tribunale di Bonn ha negato l’accesso ai documenti depositati dai *leniency applicants* (ed ai relativi allegati) presso il *Bundeskartellamt*: ai fini della decisione, la Corte ha evidenziato che le vittime

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 24.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 26-28.

¹⁹⁹ *Ibidem*, punto 30.

²⁰⁰ *Ibidem*, punto 32.

dell'intesa avevano avuto accesso alle versioni non confidenziali della decisione, all'indice dei documenti²⁰¹ e ad una serie di documenti non legati alla *leniency*, tali da consentire la possibilità di instaurare un'azione di danno. Secondo il Tribunale, la produzione in giudizio dei *leniency statements* avrebbe per contro compromesso l'attrattività dei programmi di clemenza e, di conseguenza, l'effettività della lotta ai cartelli²⁰².

La seconda applicazione del principio fissato dalla Corte di Giustizia è avvenuta nel caso inglese *National Grid*²⁰³. La *High Court* inglese ha inizialmente sollevato una richiesta di intervento alla Commissione a titolo di *amicus curiae* (ai sensi dell'art. 15.3 reg. 1/2003). In tale occasione, la Commissione ha avuto modo di fornire taluni chiarimenti circa i criteri che dovrebbero essere seguiti nell'esercizio di bilanciamento ai fini del giudizio di accesso ai documenti²⁰⁴. In

²⁰¹ Si noti che il Tribunale di primo grado UE si è recentemente pronunciato circa la possibilità di accedere ai documenti dell'indagine della Commissione europea. In particolare, con sentenza 15 dicembre 2011, causa T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide c. Commissione*, il Tribunale ha ridimensionato la possibilità per la Commissione di negare l'accesso all'indice del fascicolo amministrativo di un procedimento in materia di intese. E' stato al riguardo chiarito che la Commissione non può motivare il rifiuto di accesso esclusivamente sulla base di considerazioni relative al maggior rischio per i partecipanti al cartello di subire azioni di danno a seguito dalla divulgazione dell'indice, senza dimostrare che tali informazioni ricadono esse stesse, per il loro contenuto, negli interessi commerciali delle imprese coinvolte. Inoltre, il Tribunale ha precisato che l'interesse di una società parte di un cartello di evitare azioni di danno non può essere qualificato quale interesse commerciale e, in ogni caso, non costituisce un interesse degno di tutela alla luce del diritto delle vittime ad agire in giudizio per chiedere la riparazione del pregiudizio derivante da un illecito antitrust.

²⁰² La pronuncia avrà un notevole impatto all'interno del sistema tedesco, ed una portata non limitata al caso di specie. Da quanto emerge dalle notizie di stampa, infatti, il Ministero delle Finanze tedesco ha proposto di codificare la posizione dell'Amtsgericht Bonn sull'accesso ai *leniency statements* in una modifica alla Legge nazionale sulla concorrenza (GBW): v. MLex, 30 gennaio 2012, *German Competition authority: District Court Denies Access to Leniency Applications*; *Global Competition Review*, 31 gennaio 2012, *Germany Denies Pfeleiderer Access to Leniency Papers*.

²⁰³ High Court – Chancery Division, claim n. HC08C03243, *National Grid c. ABB and Others* e Osservazioni della Commissione presentate ai sensi dell'art. 15.5 del regolamento 1/2003 nel caso HC08C03243, *National Grid c. ABB and Others*, novembre 2011.

²⁰⁴ In un primo momento, l'attore aveva richiesto alle altre parti processuali – ed ottenuto - la produzione di documenti non legati alla *leniency*. Solo i convenuti Alstom ed Areva non avevano prodotto i documenti richiesti sul presupposto che una tale *disclosure* era vietata dal diritto francese. Prima della pronuncia della *High Court*, tuttavia, era intervenuta la sentenza *Pfleleiderer*, sulla base della quale National Grid aveva modificato le proprie richieste di *disclosure*, domandando l'acquisizione di documenti relativi alla *leniency* depositati presso la Commissione

particolare, dopo aver confermato che la sentenza *Pfleiderer*, pur riguardando un caso di *disclosure* di documenti in possesso di un'Autorità nazionale, è applicabile anche nel caso di procedimenti comunitari, la Commissione ha precisato i principi in base ai quali il giudice dovrebbe procedere alla valutazione di un'istanza di accesso: in particolare, dovrebbe essere accertato se, per ogni singolo documento richiesto, la *disclosure* esponga o meno l'*immunity applicant* ad una responsabilità maggiore rispetto agli altri partecipanti al cartello che non hanno fornito la propria collaborazione nell'indagine. Nel compiere tale esercizio, il giudice è tenuto al rispetto del principio di proporzionalità, per cui dovrebbe verificare per ogni singolo documento se, da un lato, esso è rilevante e, dall'altro, se non esistono mezzi meno restrittivi per ottenere le informazioni in esso contenute.

In applicazione di tali principi, la *High Court* ha inizialmente escluso che la *disclosure* dei documenti richiesti avrebbe posto l'*immunity applicant* ABB in una posizione deteriore rispetto agli altri partecipanti all'infrazione, in quanto l'azione di anni era stata proposta nei confronti di tutti i cartellisti. Il giudice ha quindi effettuato un esame dettagliato del principio di proporzionalità, concludendo per un ordine di esibizione parziale, limitato ad alcuni stralci della versione confidenziale della decisione e ad alcuni punti delle risposte fornite dal *leniency applicant* alle richieste di informazioni della Commissione durante l'indagine. Sono stati invece ritenuti non determinanti ai fini dell'azione di danno gli altri documenti della *leniency*, tra cui le risposte dell'impresa collaborante alla Comunicazione degli addebiti, rispetto ai quali il giudice inglese ha ritenuto prevalente l'interesse alla confidenzialità delle informazioni²⁰⁵.

(tra cui la versione confidenziale della decisione, le risposte delle parti alla Comunicazione di addebiti, i documenti depositati dall'*immunity applicant* ABB nel quadro della *leniency*).

²⁰⁵ Per un elenco delle informazioni incluse nella *disclosure*, Mlex, 4 aprile 2012, *English Court Grants Limited Disclosure of Switchgear Cartel Documents to National Grid*.

4.2 Le soluzioni suggerite dalla Commissione europea

La pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *Pfleiderer* sopra esaminata ha sollevato le preoccupazioni della Commissione circa i potenziali elementi di tensione tra *public* e *private enforcement*, e in particolare circa gli effetti che la divulgazione delle informazioni fornite dai *leniency applicant* potrebbe avere sull'efficacia dei programmi di clemenza²⁰⁶.

I casi recentemente decisi dalle Corti nazionali – e in particolare l'approccio più favorevole adottato dalla Corte inglese rispetto a quello della Corte tedesca²⁰⁷ – sono emblematici dei potenziali rischi di difformità applicative nelle diverse giurisdizioni europee, con conseguente possibilità di accentuare il fenomeno del *forum shopping*²⁰⁸. E' significativo, al riguardo, che la Commissione abbia inserito

²⁰⁶ In particolare, il Commissario alla Concorrenza Almunia ha osservato che “*Damages actions can start before or after a competition authority has issued a decision. In either case, we need to regulate access to the evidence held by competition authorities. This is absolutely necessary if we want to preserve our leniency programmes, which are crucial for the effectiveness of our fight against cartels*” (Speech /11/598, *Public Enforcement and Private Damages Actions in Antitrust*, Brussels, 22 settembre 2011). Si noti che in seguito al caso *Pfleiderer* anche lo *European Competition Network* ha recentemente pubblicato una risoluzione in cui le Autorità nazionali si sono impregnate a proteggere le informazioni trasmesse nell'ambito di istanze di *leniency* (cfr. *Resolution of the Meeting of Heads of the European Competition Authorities*, 23 maggio 2012, disponibile al sito internet http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_material_protection_en.pdf).

²⁰⁷ L'applicazione della sentenza *Pfleiderer* verrà altresì in rilievo in una serie di giudizi tuttora pendenti, di cui molti avanti alla *High Court*. Si segnalano, ad esempio, le azioni proposte da Nokia contro Samsung, AU Optronics, LG, Philips, Toshiba, Epson ed altre imprese partecipanti al cartello *LCD screens* (High Court, caso HC09C04421, *Nokia c. Samsung, AU Optronics, LG, Philips, Toshiba e. altri*); alcuni casi peraltro si sono già conclusi con un *settlement* tra le parti: cfr. MLex, 26 dicembre 2011, *Epson settles with Nokia over LCD cartel claim in UK, US*. Nel quadro dello stesso cartello, Tom Tom ha agito in giudizio contro Samsung, suo principale fornitore di schermi LCD, il cui costo rappresenta la principale componente del prezzo finale di alcuni prodotti fabbricati dall'attore (High Court, caso HC10C01467). Un'istanza di rinvio pregiudiziale è stata avanzata dalla *Austrian Cartel Court* nell'ambito di un'azione *follow-on* relativa ad un'intesa sanzionata dall'Autorità di concorrenza austriaca. La questione su cui la Corte dovrà pronunciarsi concerne la legittimità, alla luce della sentenza *Pfleiderer*, della normativa austriaca che subordina al consenso delle parti del procedimento l'accesso al fascicolo da parte dei terzi interessati alla proposizione di un'azione di risarcimento danni (v. causa C-536/11, *Donau Chemie*, pendente).

²⁰⁸ In particolare, ciò consegue al fatto che l'attore potrebbe - ove ne sussistano i presupposti ed in particolare nei contenziosi *business to business* conseguenti a decisioni comunitarie - tentare di individuare tra più fori competenti quello più propenso ad accogliere l'istanza di esibizione nei confronti dell'Autorità. Al riguardo, il Regolamento 44/2001 stabilisce che una causa in materia di illeciti civili può essere proposta innanzi al tribunale: i) in cui è domiciliato il convenuto; ii) in cui si è verificato l'evento dannoso (cfr. Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre

nel programma di lavoro per il 2012 l'intenzione di intervenire attraverso una disciplina di armonizzazione parziale che dovrebbe includere, tra l'altro, regole comuni in tema di accesso ai documenti del fascicolo di indagine²⁰⁹. La nuova iniziativa legislativa sembrerebbe intesa a definire dei criteri *ex ante* sulla base dei quali le corti nazionali dovrebbero effettuare la ponderazione tra le due contrapposte esigenze di un'efficace attuazione delle norme di concorrenza in sede amministrativa e di tutelare il diritto al risarcimento del danno dei soggetti danneggiati.

Le preferenze della Commissione in merito al possibile bilanciamento sono emerse sin dalle prime iniziative volte al rafforzamento degli aspetti privatistici del diritto della concorrenza. In particolare, nel Libro Verde pubblicato nel 2005²¹⁰ erano state suggerite due diverse impostazioni: da una parte, un intervento di tipo "difensivo", volto a limitare il rischio di un peggioramento della situazione del collaborante rispetto agli altri cartellisti, attraverso l'esclusione dell'obbligo di rivelazione della domanda di trattamento favorevole per proteggere la riservatezza delle comunicazioni trasmesse all'Autorità²¹¹; dall'altra, un approccio "incentivante", finalizzato ad attenuare o ad eliminare le conseguenze civili per il collaborante, che avrebbe avuto l'effetto di ampliare il differenziale di trattamento

2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, artt. 2 e 5.3). Alla luce di tali considerazioni, sembrano condivisibili le preoccupazioni recentemente espresse dal Commissario alla concorrenza Almunia, il quale ha richiamato l'attenzione sulla necessità di una regolamentazione comunitaria sull'accesso ai documenti e alle prove in possesso dell'Autorità (Cfr. Joaquín Almunia, *Public enforcement and private damages actions in antitrust*, discorso tenuto a Bruxelles in data 22 Settembre 2011, disponibile alla pagina internet: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/598&format=DOC&aged=0&language=EN&guiLanguage=fr>).

²⁰⁹ Cfr. l'Allegato al Programma di lavoro della Commissione per il 2012, COM(2011)777 def., del 15 novembre 2011, p. 3; disponibile al sito http://ec.europa.eu/atwork/programmes/docs/cwp2012_annex_it.pdf.

²¹⁰ Cfr. Libro Verde, punto 2.7.

²¹¹ Cfr. l'Opzione 28 del Libro Verde. Tale alternativa era in particolare connessa ad un'altra misura ipotizzata nel Libro Verde: in particolare, al fine di migliorare l'accesso alle prove, era suggerita l'introduzione di uno strumento analogo alla *disclosure*, o la previsione di un obbligo per il convenuto di rivelare in sede civile i documenti presentati nell'ambito dell'istruttoria amministrativa.

rispetto agli altri partecipanti al cartello. A tale ultimo riguardo, era in particolare prevista, oltre alla concessione di uno sconto in favore dell'impresa collaborante (rimanendo inalterata la responsabilità degli altri autori dell'infrazione)²¹², l'eliminazione della regola della responsabilità solidale²¹³.

Il Libro Bianco del 2008 ha invece previsto quale misura solo eventuale (ed aggiuntiva alla tutela della riservatezza) la possibilità di limitare la responsabilità civile del beneficiario dell'immunità “rispetto alle richieste di risarcimento presentate dai suoi partner contrattuali diretti ed indiretti”²¹⁴: il documento si incentra sulla tutela della confidenzialità dei programmi di clemenza, riportando in maniera chiara le preferenze di *policy* della Commissione al riguardo. In particolare la Commissione, nel ribadire l'esigenza di “garantire, per l'applicazione delle norme sia da parte delle autorità pubbliche che su iniziativa dei privati, che i programmi di clemenza risultino attrattivi”²¹⁵, ha evidenziato anche in tale occasione l'esigenza di non divulgare le ammissioni fatte dalle imprese collaboranti nel corso di un procedimento di clemenza a terzi danneggiati.

La tutela *de quo*, a giudizio della Commissione, dovrebbe estendersi a tutti i casi in cui “la divulgazione viene ordinata da un giudice, sia prima che dopo l'adozione di una decisione da parte dell'autorità per la concorrenza” ed alle dichiarazioni rilasciate sia dall'*immunity applicant* che dai collaboranti successivi; non sarebbe invece inclusa l'ulteriore documentazione preconstituita eventualmente trasmessa dall'impresa nell'ambito della propria collaborazione²¹⁶.

²¹² Cfr. l'Opzione 29 del Libro Verde. La proposta si collega alla possibilità di prevedere, per le infrazioni più gravi del diritto antitrust, un risarcimento pari al doppio del danno causato.

²¹³ Cfr. l'Opzione 30 del Libro Verde.

²¹⁴ Cfr. punto 2.9 del Libro Bianco

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ Cfr. E. CAMILLI ET AL. *Il Libro Bianco sul Danno Antitrust: L'anno che Verrà*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, n. 2, 2008, p. 289.

4.3 *Una valutazione critica*

Le ragioni alla base del rinnovato interesse della Commissione per un'iniziativa legislativa di armonizzazione parziale, e in particolare la necessità di chiari principi guida per i giudici nazionali in materia di tutela della riservatezza dei documenti di *leniency*, appaiono in principio pienamente condivisibili. Non solo, infatti, il rinvio alle giurisdizioni nazionali della valutazione circa l'accesso ai documenti rischia di incentivare fenomeni di *forum shopping*, ma vi è una stretta interdipendenza fra i programmi di clemenza degli Stati membri, per cui la loro diversa efficacia potrebbe avere ripercussioni sul lavoro delle altre Autorità di concorrenza²¹⁷. Sembra tuttavia opportuno interrogarsi circa l'idoneità delle soluzioni suggerite nel Libro Bianco - e sostanzialmente riprese dall'Avvocato Generale Mazak nelle conclusioni rassegnate nel caso *Pfleiderer* – a fornire un'adeguata soluzione alla questione.

Al riguardo, assumono rilievo due principali ordini di questioni: sotto un primo profilo, i *corporate statements* potrebbero risultare essenziali ai fini dell'accertamento dell'illecito in sede amministrativa, ma potrebbero ricoprire invece un ruolo meno rilevante in sede di *private enforcement*. Nelle azioni *follow-on*, la prova dell'illecito per i danneggiati è infatti in linea di principio agevolata dal fatto che la decisione dell'autorità competente costituisce già di per sé prova privilegiata circa la sussistenza dell'*an* del danno²¹⁸. Al contrario, è più complessa l'individuazione del danno subito, la sua quantificazione e la definizione del nesso

²¹⁷ Si consideri, ad esempio, che la documentazione prodotta nel quadro del programma di clemenza è oggetto di scambio tra la Commissione e le Autorità nazionali anche in assenza di esplicito consenso dell'impresa ove l'Autorità ricevente si impegni a non utilizzare le informazioni nei confronti dell'impresa che ha presentato l'istanza o di persone fisiche da essa dipendenti (cfr. artt. 11 e 12 regolamento 1/2003 e par. 39 della Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, GU C101 del 27/4/2004, p. 43). Si profilerebbe pertanto un'incertezza giuridica sulle possibilità di accesso in via giudiziale ai documenti trasmessi.

²¹⁸ Cfr. art. 16 reg. CE n. 1/2003 e Corte di Cassazione, sentenza n. 3640 del 13 febbraio 2009, Associazione nazionale Consulenti del lavoro c. INAZ Paghe e nn. 5941 e 5942 del 7 febbraio 2011 (sul punto si rinvia all'esame svolto *sub* parte II, capitolo 2, par. 1).

di causalità²¹⁹, sebbene tali elementi siano in genere difficilmente desumibili dai *corporate statement*. Le dichiarazioni confessorie, infatti, sono generalmente preparate con l'assistenza di esperti legali e non contengono indicazioni quanto agli effetti - anche solo potenziali - prodotti dall'intesa nel mercato²²⁰. D'altra parte, la Commissione e le Autorità competenti tendono generalmente ad omettere nella decisione finale di accertamento un'esplicita analisi circa gli effetti delle infrazioni, quale ulteriore dissimulata ricompensa per le imprese che cooperano. In tale contesto, potrebbe invece assumere rilievo la possibilità per l'attore di accedere ai documenti dell'impresa collaborante, da cui ricavare una più precisa indicazione circa l'ampiezza degli effetti della pratica contestata ai fini della prova del danno: è pertanto in relazione a tali documenti che gli *immunity/leniency applicant* potrebbero trovarsi in una posizione di svantaggio in sede civile rispetto

²¹⁹ Ed infatti, la quantificazione del danno rappresenta uno degli elementi di maggiore complessità in sede civile, definito significativamente come un "*experimentum crucis per i ricorrenti*" (R. PARDOLESI, *Complementarietà Irrisolte*, cit., p. 477). Cfr. il documento recentemente sottoposto a consultazione pubblica dalla Commissione europea sulla quantificazione del danno antitrust (progetto di documento orientativo dal titolo "Quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea", pubblicato dalla Commissione nel giugno 2011) e giurisprudenza nazionale (cfr. Corte d'Appello di Milano, 16 settembre 2006, *Avir c. ENI*; Corte d'Appello di Milano, 10 dicembre 2004, *Inaz Paghe c. Associazione nazionale consulenti del lavoro*; Corte d'Appello di Milano, 11 luglio 2003, *Bluvacanze c. I viaggi del Ventaglio*; Corte d'Appello di Milano, 24 dicembre 1996, *Telesystem c. SIP-Telecom Italia*).

²²⁰ Cfr. Cfr. G. GALASSO, *L'esperienza Italiana*, cit., p. 7. Peraltro, indizi al riguardo non potrebbero neanche trarsi dalla decisione finale, in quanto le Autorità di concorrenza tendono a "*trascurare (talvolta deliberatamente) nelle decisioni finali, la ricostruzione degli effetti anticompetitivi, in modo da consentire una minore esposizione delle imprese condannate nelle azioni cosiddette di follow-on*" P. FATTORI, M. TODINO, *La Disciplina della Concorrenza in Italia*, 2010, cit., p. 400. La giurisprudenza comunitaria ha infatti chiarito che, ai fini dell'applicazione dell'art. 101 TFUE, "*è superfluo prendere in considerazione gli effetti concreti di un accordo, ove risulti che esso ha per oggetto di restringere, impedire o falsare il gioco della concorrenza*" (cfr. Sentenza della corte del 13 luglio 1966, cause riunite 56 e 58/64, *Consten e Grundig c. Commissione*). Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza n. 2207 del 4 febbraio 2005), ha altresì chiarito che il divieto di cui all'art. 2, comma 2, della legge 287/90, tanto degli accordi aventi "ad oggetto" quanto di quelli aventi un "effetto" anticoncorrenziale, "*si spiega in considerazione del doppio livello di intervento che essa prevede, quello amministrativo della AGCM e quello riparatorio di cui all'azione di nullità e risarcimento. L'Autorità Garante è organo di Amministrazione, ancorché caratterizzato da ampiezza di poteri sui generis. Essa opera anche in vista di un pericolo, e dunque in considerazione della esigenza economica di prevenire l'effetto distorsivo del fenomeno di mercato. Il giudice, che dirime controversie e non si occupa di fenomeni, può essere officiato solo in presenza o in vista almeno di un pregiudizio*".

alle imprese non collaboranti, per le quali tali dati potrebbero non essere disponibili²²¹.

Sotto un secondo profilo, l'estensione della tutela a tutti i *leniency applicant* potrebbe comportare taluni aspetti problematici. Come si è avuto modo di osservare, infatti, i vantaggi per le imprese cooperanti sono diversi nel caso in cui la collaborazione avvenga prima o successivamente all'avvio dell'istruttoria, in quanto solo nel primo caso la scoperta del cartello avviene in virtù della denuncia del collaborante: di conseguenza, la strategia cooperativa potrebbe risultare non conveniente a fronte del rischio di un'azione di danni, in quanto l'impresa si esporrebbe ad un giudizio civile proprio in virtù della cooperazione offerta.

Sembra dunque legittimo interrogarsi circa l'opportunità di misure più coraggiose nei soli confronti dell'*immunity applicant*, attraverso il riconoscimento della tutela della confidenzialità, oltre che alle dichiarazioni ufficiali da questi fornite, anche agli ulteriori documenti non presi in considerazione nell'ambito della decisione finale. La soluzione prospettata avrebbe il vantaggio di ampliare ulteriormente il differenziale di trattamento tra il primo ed i successivi *applicant*, con riflessi positivi sugli incentivi alla tempestività della presentazione dell'istanza²²².

Non può escludersi, tuttavia, che i documenti mantenuti riservati includano elementi utili in sede civile anche nei confronti degli altri partecipanti a cartello, con riflessi negativi sulle possibilità di successo delle azioni di risarcimento

²²¹ Tale rilievo sembra condiviso da Wils, il quale osserva “*Follow-on actions for damages could be further facilitated by allowing the claimants to have access to the public enforcement file. Even if claimants need not prove anymore the existence of the antitrust violation, they may want to look in the public enforcement file for information that could be used for proving the extent of the harm suffered, and the causal link between the violation and the harm* (cfr. W.P.J. WILS, *The Relationship Between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages*, in *Concurrences*, N° 4-2009).

²²² Peraltro, ove la limitazione all'accesso si estendesse anche agli ulteriori *applicants*, questi ultimi potrebbero ritenere vantaggioso proporre un'istanza proprio al fine di sottrarre all'accesso di possibili terzi danneggiati documenti utili al fine del calcolo dei danni. Cfr. E. CAMILLI ET AL. *Il Libro Bianco sul Danno Antitrust: L'anno che Verrà*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, n. 2, 2008, p. 289.

promosse avverso questi ultimi²²³: al riguardo, sono di interesse ulteriori soluzioni adottate in giurisdizioni diverse da quella europea e nazionale che potrebbero consentire di attenuare *ab origine* le esigenze di riservatezza delle informazioni connesse alle istanze di *leniency*.

5. Interazioni tra i programmi di clemenza e le azioni di risarcimento del danno: possibili alternative

Come osservato, sebbene la protezione della riservatezza delle informazioni fornite dai *leniency applicant* - e in particolare dall'*immunity applicant* - risulti essenziale per il funzionamento dei programmi di clemenza, dette informazioni potrebbero essere potenzialmente utili per i danneggiati al fine di promuovere dinanzi ai giudici nazionali un'azione di risarcimento del danno causato dal cartello. La ricerca di possibili misure idonee ad attenuare le esigenze di confidenzialità può trarre spunti interessanti dalle soluzioni adottate negli Stati Uniti ed in Ungheria.

5.1 L'esempio statunitense

Analogamente al modello europeo, anche negli Stati Uniti una caratteristica fondamentale del programma di clemenza è che la cooperazione delle imprese non esclude la responsabilità civile delle stesse per i danni connessi all'illecito. In tale giurisdizione, anche alla luce dei rischi connessi ad un'azione di danni (quali, come detto, la condanna al risarcimento dei *treble damages*) è subito emersa

²²³ Cfr. al riguardo CEPS, *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, 21 dicembre 2007, p. 500: “the limitation of the disclosure of leniency statements is a key feature in order to limit the risk that enhanced private enforcement generates negative spillovers on incentives to apply for leniency. However, it also bears an effect for claimants' litigation costs, since access to the leniency application would represent a valuable source of information for private litigation”.

l'esigenza di un coordinamento tra i due sistemi di *enforcement*, successivamente perfezionata nel 2004²²⁴.

In particolare, sin dall'introduzione del programma, è stata prevista la tutela della segretezza delle procedure per la concessione di immunità e delle informazioni rese. La segretezza della procedura, tuttavia, non opera nell'ipotesi in cui si svolga un processo pieno nei confronti dei co-cartellisti (*full trial*), ovvero in caso di divulgazione di informazioni sulla cooperazione con il DOJ su richiesta di autorità finanziarie²²⁵.

L'intervento legislativo del 2004 ha in parte risolto tali disincentivi, attraverso l'introduzione, in favore dell'impresa che collabora attivamente con l'attore nella causa civile, dell'esclusione (i) della regola dei danni tripli e (ii) della responsabilità solidale con gli altri partecipanti al cartello per i danni derivanti dall'illecito. Di conseguenza, l'*immunity applicant* in sede civile è tenuto a rispondere del danno limitatamente alla sua quota di mercato soggetta al cartello.

Ai fini di accedere a detti benefici, l'impresa cooperante deve offrire la propria collaborazione ai soggetti lesi ai fini dell'azione civile, incluso attraverso un'accurata descrizione dei fatti di cui è a conoscenza e l'esibizione dei documenti in proprio possesso. La collaborazione fornita è soggetta alla valutazione del giudice al momento di stabilire la limitazione delle responsabilità civile ai soli danni "attuali" (c.d. "*de-trebled*") cagionati dall'*immunity applicant*. Le altre imprese oggetto del procedimento saranno invece tenute a rispondere, anche per

²²⁴ Cfr. *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004*, Pub. L. 108-237, parr. 201-214, 118 Stat. 661, 22 giugno 2004, definito ACPERA (in corso di revisione, per un'estensione temporale fino al 2020 o in via permanente).

²²⁵ Secondo la giurisprudenza americana, le dichiarazioni dei cooperanti sono coperte da "*investigatory/law enforcement privilege*", e dunque non soggette ad ordini di esibizione (cfr. In re "*Micron Technology Inc. Securities Litigation*", case no. 09-mc-00609 (doc. no. 17), D.D.C. 1 febbraio 2010). Nel 2010, è stata tuttavia introdotta una nuova disciplina in tema di *discovery*, applicabile anche ai procedimenti in materia di cartelli, in base alla quale il DOJ è tenuto a produrre anche "[p]rior inconsistent statements (possibly including *inconsistent attorney proffers*)" (cfr. *Guidance for Prosecutors Regarding Criminal Discovery*, disponibili al sito internet <http://www.justice.gov/dag/discovery-guidance.html>). Cfr. M. HANSEN, L. CROCCO, S. KENNEDY, *Challenges to International Cartel Enforcement and Multi-Jurisdictional Leniency Applications – Disclosure of Leniency Applicant Statements and Materials*, aprile 2012, disponibile al sito internet http://www.lw.com/upload/pubContent/_pdf/pub4546_1.pdf.

quella parte dei danni (doppi) non più in capo a chi ha beneficiato del programma di clemenza.

In tal modo, viene dunque pienamente soddisfatta l'esigenza di compensare le vittime della condotta illecita, ma l'impresa che richiede il trattamento mantiene comunque un vantaggio attraverso il *de-trebling* del risarcimento, rimanendo altrimenti esposta al rischio di dover risarcire un danno maggiore: se l'*immunity applicant* collabora nell'ambito dell'azione di risarcimento del danno, esso potrà infatti beneficiare di uno sconto nell'ambito della quantificazione del danno, con riguardo alla componente sanzionatoria, nonché dell'esclusione dalla responsabilità solidale. Il principio che emerge, seppure in un contesto sensibilmente diverso da quello europeo (ove, come detto, il risarcimento ha essenzialmente una finalità compensatoria ed è esclusa la possibilità danni tripli), è l'introduzione di ulteriori incentivi, anche sul piano civile, per le imprese che intendono denunciare un cartello.

5.2 La recente soluzione ungherese

Un'interessante ed elaborata soluzione è stata recentemente introdotta nel sistema ungherese ove, al fine di tutelare gli incentivi ai *leniency applicant* ed il diritto ad un effettivo risarcimento per i soggetti danneggiati, sono previste due differenti misure²²⁶.

In primo luogo, la normativa stabilisce che le azioni civili avverso le imprese che hanno offerto la collaborazione quali *immunity applicant* nell'ambito di un procedimento nazionale sono sospese sino al momento in cui il provvedimento amministrativo non diviene definitivo nei confronti di tutte le imprese coinvolte

²²⁶ Cfr. Autorità della concorrenza ungherese, *The Competition Act*, art. 88/D, disponibile al seguente [sito internet:](http://www.gvh.hu/domain2/files/modules/module25/1042494F32220B4B9.pdf) <http://www.gvh.hu/domain2/files/modules/module25/1042494F32220B4B9.pdf>

nell'istruttoria²²⁷. Ciò consente di fornire un'adeguata tutela all'impresa collaborante - che non è di norma interessata ad impugnare il provvedimento finale dell'istruttoria in quanto fondato sulla propria denuncia - per tutto il periodo in cui i giudizi promossi dalle altre imprese coinvolte nell'illecito sono ancora pendenti in sede di impugnazione.

In secondo luogo, è previsto il beneficio di escussione in favore del beneficiario dell'immunità: in sostanza, i soggetti danneggiati, prima di agire nei confronti dell'*immunity applicant*, dovranno rivolgere la propria richiesta nei confronti degli altri soggetti partecipanti al cartello; solo ove tale azione si riveli infruttuosa, ad esempio a causa dell'insolvenza degli altri obbligati, sarà allora possibile agire ai fini del risarcimento avverso l'*immunity applicant*²²⁸. Ciò non incide sui rapporti interni tra l'impresa beneficiaria dell'immunità e gli altri cartellisti: questi ultimi, ove abbiano provveduto al risarcimento della vittima, potranno agire in regresso nei confronti dell'*immunity applicant*, esclusivamente nei limiti della sua responsabilità: ai sensi della legge ungherese, in caso di responsabilità solidale, la ripetizione della parte da ciascuno di essi dovuta, salvo prova contraria, deve presumersi uguale²²⁹.

5.3 Spunti per una soluzione in ambito europeo

Le soluzioni adottate nelle giurisdizioni esaminate sembrano fornire interessanti spunti di riflessione al dibattito attualmente in corso nel contesto europeo sui rapporti tra programmi di clemenza ed azioni di danni.

Con riferimento al modello statunitense, sembrerebbe anzitutto doversi escludere in Europa la prima delle due misure citate, ossia la possibilità di

²²⁷ Si veda sul punto M. HORÁNYI, *The Hungarian Parliament Votes an Amendment to the Competition Act*, 2008, disponibile al seguente sito internet: http://www.concurrences.com/article_bulletin.php3?id_article=23554.

²²⁸ *Ibidem*.

²²⁹ C. NAGY, *The new Hungarian rules on damages caused by horizontal hardcore cartels: presumed price increase and limited protection for whistleblowers--an analytical*, in *ECLR*, 2011, 32 (2).

concedere di sconti sull'ammontare del risarcimento. Detta previsione, nel contesto d'oltreoceano, è infatti essenzialmente connessa alla condanna ai danni tripli (con conseguente *de-trebling* del risarcimento)²³⁰. In ambito europeo, tuttavia, in assenza di danni punitivi, la riduzione del *quantum* risarcibile pregiudicherebbe il diritto al pieno risarcimento dei soggetti danneggiati, in contrasto con i principi stabiliti dalla consolidata giurisprudenza comunitaria²³¹. Pur in assenza di un'espressa previsione normativa, è tuttavia possibile pervenire ad un risultato simile attraverso accordi tra l'attore in sede civile ed i *leniency applicant*. A questo riguardo, è interessante notare che in Europa taluni *claim collectors* – ossia società che rilevano le posizioni giuridiche delle vittime dell'illecito antitrust ed agiscono in giudizio in nome e per conto proprio per il risarcimento danni – propongono dei modelli in base ai quali si impegnano a non agire nei confronti dei partecipanti al cartello che offrano la propria collaborazione ai fini della proposizione di azioni civili avverso gli altri cartellisti²³².

E' altresì di rilievo l'ulteriore misura prevista nel sistema statunitense, ossia la possibilità di escludere la regola della solidarietà passiva nei confronti dell'*immunity applicant*. Si tratta di una soluzione che era stata in passato presa in

²³⁰ Tale previsione era stata avanzata dalla Commissione nel Libro Verde del 2005, che all'opzione 29 suggeriva la possibilità di una riduzione condizionata sulle domande di risarcimento del danno per l'impresa che ha chiesto di beneficiare del trattamento favorevole. Tale opzione era però connessa alla previsione di una condanna al doppio dei danni per le imprese responsabili di cartelli orizzontali, ma tale possibilità sembrerebbe doversi escludere in quanto non in linea con la funzione meramente compensativa del danno in ambito europeo. Il Parlamento europeo ha chiarito, seppure in materia di ricorsi collettivi, che sono proibiti in Europa i danni punitivi (cfr. risoluzione del Parlamento europeo del 2 febbraio 2012, *Verso un Approccio Europeo Coerente in Materia di Ricorsi Collettivi*, disponibile al sito internet <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0021+0+DOC+XML+V0//IT>).

²³¹ La funzione compensativa dei danni in Europa sembrerebbe altresì escludere la possibilità di far rispondere gli altri partecipanti al cartello per la quota non risarcita dall'impresa collaborante (secondo la soluzione suggerita dall'*International bar association, Submission regarding the european commission's green paper on damages actions for breach of the ec antitrust rules*, 2005, p. 33, disponibile al sito http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/iba.pdf).

²³² cfr. *The CDC Leniency PLUS+ Concept*, offerto dall'associazione *Cartel Damage Claims*, disponibile alla pagina internet <http://www.carteldamageclaims.com/Leniency%20Plus+.shtml>

considerazione dalla Commissione sia nell'ambito del Libro Verde²³³ che del Libro Bianco²³⁴. In tale ultimo documento, in particolare, la Commissione proponeva di limitare la responsabilità civile in favore dei soli beneficiari dell'immunità rispetto alle richieste di risarcimento presentate dai *partner* contrattuali diretti ed indiretti²³⁵: altrimenti detto, il beneficiario dell'immunità risponderebbe per la sola quota dei danni provocati nei confronti dell'acquirente diretto o di coloro che appartengono alla stessa catena produttiva e si pongono a valle²³⁶. Tale possibilità era stata accolta con discreto successo in dottrina²³⁷, specie alla luce dei vantaggi ad essa connessi anche in termini di incentivi alla collaborazione: la valutazione circa la convenienza alla proposizione di un'istanza sarebbe infatti significativamente alterata a fronte del rischio per l'impresa di essere chiamata a rispondere anche dei danni provocati dagli altri condebitori e di dover successivamente agire in regresso nei confronti di questi ultimi²³⁸.

²³³ Libro Verde, Opzione 30.

²³⁴ Libro Bianco, punto 2.9.

²³⁵ Cfr. *Commission Staff Working Paper Accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules*, 2 aprile 2008, par. 305.

²³⁶ Pertanto, un soggetto danneggiato che non avesse acquistato direttamente i prodotti o i servizi dall'*immunity applicant* o un concorrente danneggiato non sarebbe stato legittimato alla richiesta di danni.

²³⁷ Cfr. A. P. KOMMINOS, *Relationship Between Public and Private Enforcement: Quod Dei Deo, Quod Caesaris Caesari*, contributo presentato al 16th Annual EU Competition Law Policy Workshop, Firenze, 17-18 giugno 2011, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1870723; Cfr. P. CASSINIS, *I nuovi poteri dell'Autorità nell'ambito della dialettica tra public e private enforcement*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2, 2006, p. 486; risposta alla consultazione sul Libro Bianco della Corte Suprema di Cassazione, 11 luglio 2008, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/cortesup_it.pdf.

Anche il Presidente Catricalà, in occasione della presentazione della relazione annuale 2007 (in data 24 giugno 2008, disponibile alla pagina web <http://www.agcm.it/relazioni-annuali/4592-relazione-sullattivita-svolta-nel-2007.html>) aveva osservato che “[l]a lotta alle intese segrete può essere rafforzata con nuove metodologie. A questo scopo, si deve migliorare la disciplina dei programmi di clemenza: a favore della parte che collabora si potrebbe anche concedere un'attenuazione della responsabilità civile”.

²³⁸ A ciò si aggiunga che il *leniency applicant* potrebbe, quale condebitore solidale, essere citato in giudizio nella giurisdizione e sulla base dello legge stato in cui un altro cartellista è domiciliato, ciò che potrebbe rappresentare un ulteriore elemento di incertezza nella valutazione di presentare un'istanza di *leniency* (Cfr. art. 6 (1) Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale).

L'esclusione della solidarietà passiva per l'*immunity applicant* eliminerebbe un simile rischio, rendendo altresì più prevedibile la portata dei danni potenzialmente risarcibili. In aggiunta, rimarrebbe ferma la responsabilità civile dell'impresa collaborante per la propria partecipazione ad un'infrazione, in relazione alla quota dei da essa danni provocati. Occorre tuttavia rilevare che in dottrina erano stati evidenziati taluni rischi riconducibili a detta opzione: in particolare, la limitazione della responsabilità dell'*immunity applicant* avrebbe potuto rappresentare – specie in caso di insolvenza degli altri coobbligati – un ostacolo rispetto al diritto al pieno risarcimento per talune categorie di danneggiati²³⁹.

Una simile problematica potrebbe essere risolta dalla soluzione introdotta nel contesto ungherese, in particolare attraverso la previsione del beneficio dell'escussione e della sospensione dell'azione nei confronti dell'*immunity applicant* sino al passato in giudicato del provvedimento per tutte le parti. Tali accorgimenti, analogamente alla misura sopra esaminata, sono idonei ad attenuare i rischi di un trattamento deteriore sul piano processuale per l'impresa cooperante rispetto agli altri partecipanti al cartello²⁴⁰; al contempo, a differenza dell'esclusione della solidarietà passiva, risulta altresì pienamente tutelato il diritto al pieno risarcimento dei soggetti danneggiati, anche in caso di insolvenza degli altri coobbligati²⁴¹.

Le iniziative della Commissione nel Libro Verde e nel Libro Bianco che, come detto, contemplavano opzioni in parte rispondenti alla logica delle misure

²³⁹ SCUFFI, *I difficili rapporti tra i programmi di clemenza ed il private enforcement nel diritto antitrust*, in *Il Diritto Industriale*, n. 5, 2010.

²⁴⁰ Al contrario, detta previsione accrescerebbe il differenziale in termini di benefici tra l'*immunity applicant* ed i successivi cooperanti e di conseguenza contribuisce all'effetto di destabilizzazione dei cartelli. Cfr. C. CAUFFMAN, *The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages*, in *Competition Law Review*, n. 7 (2), 2011, p. 217.

²⁴¹ A ben vedere, una soluzione in parte simile a quella introdotta nel contesto ungherese era stata suggerita dal gruppo di lavoro della Suprema Corte che, in risposta al Libro Bianco, aveva prospettato la possibilità per l'impresa collaborante di opporre il beneficio di escussione per il danno eccedente la propria quota di responsabilità. Cfr. Corte Suprema di Cassazione, *Osservazioni a seguito dell'approvazione del White Paper in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, 11 luglio 2008, disponibile al sito internet http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/cortesup_it.pdf

introdotte nelle giurisdizioni esaminate, non sono mai sfociate in una concreta iniziativa legislativa, anche a causa delle resistenze frapposte dagli Stati membri. La Commissione sembrerebbe dunque allo stato orientata per una proposta più limitata volta, per quanto qui di rilievo, alla definizione di regole comuni in tema di accesso agli atti²⁴². Potrebbe, tuttavia, essere opportuno tenere in conto - sull'esempio delle soluzioni adottate in altri contesti applicativi - ulteriori possibilità al fine di incidere sugli incentivi per le imprese a cooperare²⁴³.

Dal nostro punto di vista, simili misure, unitamente ad un contesto di *policy* amministrativo propizio allo strumento della clemenza, potrebbero sfumare le esigenze di confidenzialità delle informazioni fornite dai collaboranti²⁴⁴. Ciò consentirebbe, da un lato, di tutelare l'efficacia dei programmi di clemenza e, dall'altro, di riconoscere ai terzi danneggiati un più ampio accesso a documenti potenzialmente utili ai fini dell'individuazione e quantificazione del danno subito, con maggiori possibilità di esperire con successo un'azione di risarcimento in sede civile.

²⁴² Ai sensi dell'art. 2304 cod. civ. i creditori sociali, anche quando la società è in liquidazione, non possono pretendere il pagamento dai singoli soci, se non dopo l'escussione del patrimonio sociale.

²⁴³ A questo riguardo, gli ostacoli ad un'iniziativa legislativa della Commissione che vada oltre la mera tutela della riservatezza delle informazioni fornite dai *leniency applicant* potrebbero essere superati attraverso l'introduzione di regole comuni con uno strumento di *soft law*, in linea con la strada che sembrerebbe essere stata intrapresa per i metodi di quantificazione del danno antitrust. Cfr. la bozza di documento di orientamento quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'unione europea, giugno 2011, disponibile al sito internet http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_actions_damages/draft_guidance_paper_it.pdf

²⁴⁴ Sono diversi gli Autori che hanno stigmatizzato l'eccessivo interesse avverso le esigenze di confidenzialità. Cfr. *ex multis*, C. OSTI, *Una scaletta sull'attuazione giudiziale (e cenni sull'azione collettiva) del diritto della concorrenza*, in Rabitti Bedogni, C., Barucci, P. (a cura di), 20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Torino, 2010, p. 993; M. TODINO, E. BOTTI, *Azioni risarcitorie per illecito antitrust – Recenti sviluppi e interazione con il public enforcement*, relazione presentata al convegno di Treviso sul tema "Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea", 17-18 maggio 2012.

Conclusioni di sintesi

Le riflessioni che precedono mostrano come, a fronte delle difficoltà per le Autorità di concorrenza di scoprire ed accertare i cartelli segreti, i programmi di clemenza si siano rivelati uno strumento particolarmente efficace, ad oggi introdotto in numerose diverse giurisdizioni. Il successo di tale istituto presuppone tuttavia un delicato sistema di incentivi sul piano del *public enforcement*, connesso sia al più generale contesto di *policy* in cui tali programmi trovano applicazione, sia ai benefici in concreto riconosciuti alle imprese collaboranti.

I potenziali vantaggi ottenibili dalla collaborazione con l'Autorità in sede amministrativa potrebbero tuttavia essere compromessi dai rischi per le imprese sul piano civile. Sotto tale profilo, i rapporti con il diritto al risarcimento dei soggetti danneggiati dall'illecito sono alquanto complessi: se, infatti, i programmi di clemenza consentono di far venire alla luce illeciti di cui altrimenti l'Autorità amministrativa potrebbe non avere affatto coscienza, dall'altro il rischio di azioni di danni riduce la convenienza per le imprese alla proposizione di un'istanza.

Nel contesto europeo, le soluzioni attualmente suggerite dalla Commissione e dalla giurisprudenza al fine di un coordinamento tra i due strumenti sembrano incentrarsi sulla possibilità di tutelare la confidenzialità delle informazioni fornite dai collaboranti: nell'ambito di un rinvio pregiudiziale avanzato dal Tribunale di Bonn nel caso *Pfleiderer*, la Corte di Giustizia ha peraltro omesso di assumere una posizione definita sul punto, limitandosi a rimettere il giudizio del bilanciamento tra l'interesse alla riservatezza delle *leniency* e il diritto di accesso da parte dei terzi al prudente apprezzamento delle giurisdizioni nazionali. Tale approccio potrebbe, tuttavia, dare origine a difformità applicative nelle diverse giurisdizioni, per cui si pone la necessità di più chiare indicazioni normative a livello comunitario.

Al riguardo, ci sembra che una soluzione bilanciata al problema non possa prescindere dal considerare, da un lato, il ruolo che le dichiarazioni confessorie ed i relativi allegati svolgono nell'ambito delle azioni di danni e, dall'altro, la diversa

struttura degli incentivi a cooperare con l'Autorità a seconda del momento di presentazione delle istanze nell'istruttoria amministrativa, con particolare riguardo al primo ed ai successivi cooperanti. E' infatti l'*immunity applicant* che si espone, in virtù della propria denuncia, a potenziali istanze risarcitorie, per cui potrebbe essere opportuna una protezione all'accesso che si estenda non solo ai *corporate statement* – il cui ruolo in sede civile potrebbe essere minore alla luce del valore probatorio del provvedimento amministrativo – ma anche all'ulteriore documentazione da esso fornita, utile ai fini dell'individuazione e quantificazione del danno.

L'attuale dibattito sembrerebbe altresì aver posto in secondo piano ulteriori opzioni adottate in altre giurisdizioni e potenzialmente idonee a limitare i rischi in sede civile per l'*immunity applicant*. Tali soluzioni, unitamente ad un'accurata attenzione al sistema di incentivi sul piano del *public enforcement*, potrebbero essere idonee ad attenuare le esigenze di riservatezza, consentendo una più ampia tutela del diritto di accesso a documenti potenzialmente utili ai fini di una fruttuosa azione di danni. Sembrerebbe dunque opportuno tenere a mente tali ulteriori fattori nella ricerca di una soluzione bilanciata nei rapporti tra i due strumenti in ambito europeo.

PARTE II: DECISIONI CON IMPEGNI E PRIVATE ENFORCEMENT

NEL DIRITTO ANTITRUST

CAPITOLO I – LA NORMATIVA OGGETTO DI INDAGINE: LE DECISIONI CON IMPEGNI

1. La normativa oggetto di indagine

L'istituto delle decisioni con impegni è stato introdotto a livello comunitario dall'art. 9 del reg. CE n. 1/2003 ai sensi del quale la Commissione, “qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione e le imprese interessate propongano impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse” può, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese. Il considerando n. 13 del medesimo regolamento specifica che “[l]e decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende comminare un'ammenda”.

Sulla scia della normativa europea, una disciplina analoga è stata introdotta a livello nazionale nel luglio del 2006, attraverso l'inserimento nella legge n. 287/90 dell'art. 14 *ter*, che consente alle parti del procedimento, “entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria” antitrust, la presentazione di impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità, “valutata l'idoneità di tali impegni”, può “renderli obbligatori” e chiudere il procedimento “senza accertare l'infrazione”²⁴⁵.

In entrambi gli ordinamenti è necessario che l'autorità procedente (Autorità italiana o Commissione europea) abbia compiuto una valutazione

²⁴⁵ Per una analisi dell'istituto della decisione con impegni si rimanda a M. LIBERTINI, *Le Decisioni “Patteggiate” nei Procedimenti per Illeciti Antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, 12, 2006, p. 1284-1290; L. DI VIA, *Gli Impegni*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, n. 2 2007; A. PERA, *Le Decisioni con Impegni tra Diritto Nazionale e Comunitario*, in *Poteri e Garanzie nel Diritto Antitrust: L'esperienza Italiana nel Sistema della Modernizzazione*, G. BRUZZONE (a cura di), Bologna, 2008; M. SIRAGUSA, *Le Decisioni con Impegni*, in *20 Anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010.

preliminare della fattispecie ed abbia comunicato alle parti del procedimento istruttorio le criticità concorrenziali riscontrate, affinché queste possano presentare misure correttive “pertinenti” e funzionali alla soluzione della problematica concorrenziale riscontrata²⁴⁶. Gli impegni proposti sono quindi sottoposti ad una deliberazione sommaria da parte dell’Autorità, avente ad oggetto la loro fondatezza: nel caso essi risultino “*manifestamente infondati*”, saranno dichiarati inammissibili e proseguirà la regolare attività istruttorio volta all’accertamento dell’infrazione. Ove, invece, tale deliberazione abbia esito positivo, gli impegni sono pubblicati e sottoposti ad una procedura di consultazione pubblica durante la quale i soggetti intervenuti potranno rappresentare le loro osservazioni (c.d. *market test*). Conclusa la fase di consultazione, le parti proponenti gli impegni potranno manifestare per iscritto la propria posizione rispetto alle eventuali osservazioni dei terzi e potranno introdurre modifiche accessorie agli impegni presentati.

L’Autorità procedente assumerà quindi la propria decisione. Qualora dovesse accettare gli impegni proposti, ritenendoli idonei a rimuovere le specifiche preoccupazioni concorrenziali inizialmente ravvisate, gli impegni saranno resi vincolanti per le parti con apposita decisione (c.d. decisione con impegni).

Il procedimento si conclude quindi con una sorta di “*patteggiamento*”, senza alcuna pronuncia sul merito delle accuse inizialmente formulate (*i.e.* non si avrà alcun accertamento dell’illecito), né la condanna ad alcuna sanzione, ma con la constatazione che per effetto degli impegni le condizioni del mercato si sono modificate in modo tale che le condotte oggetto dell’istruttoria non destano più le preoccupazioni concorrenziali ravvisate nel provvedimento di avvio del procedimento.

La caratteristica dello strumento è la conclusione del procedimento senza alcuna pronuncia sul merito delle accuse inizialmente formulate (*i.e.* non si avrà

²⁴⁶ Si noti che, nell’ordinamento italiano, l’art. 14 *ter* ha introdotto un limite di tre mesi dall’apertura dell’istruttoria entro il quale le imprese possono presentare impegni. Tale termine, assente nella disciplina europea, è stato ritenuto dalla giurisprudenza amministrativa avente natura sollecitatoria e non perentoria (si vedano, *ex multis*, TAR Lazio, Sez. I, 25 febbraio 2010, n. 3077 e 7 aprile 2008, n. 2902).

alcun accertamento dell'illecito) e quindi sulla condanna alla sanzione, ma con la constatazione che per effetto degli impegni le condotte oggetto dell'istruttoria non destano più le preoccupazioni concorrenziali ravvisate nel provvedimento di avvio del procedimento.

Come noto, l'istituto degli impegni non ha, tuttavia, un'applicazione generale in ogni caso *antitrust*. In passato la dottrina si è interrogata circa i limiti di utilizzo di queste decisioni. In particolare, è stato osservato che il *Considerando* n. 13 del Regolamento, secondo cui “*le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende comminare un'ammenda*”, sembrerebbe limitare l'ambito di applicazione delle decisioni con impegni ai casi di “minore” rilevanza *antitrust*²⁴⁷.

Ciò nondimeno, un rapido confronto della prassi applicativa della Commissione europea e delle principali Autorità nazionali in materia di impegni mostra, seppure con alcune differenze, una certa propensione all'utilizzo dello strumento il relazione a numerose differenti fattispecie. Ed infatti, l'orientamento della Commissione europea, recentemente ribadito nelle nuove *best practice* sui procedimenti *antitrust*²⁴⁸, e dell'Autorità nazionale²⁴⁹, sembrerebbe essere quello di ritenere preclusive all'applicazione di impegni esclusivamente i casi di cartelli segreti.

²⁴⁷ Pur in assenza di un'analogia disposizione a livello nazionale, si è osservato che il limite stabilito a livello comunitario dovrebbe applicarsi anche nei confronti dell'Autorità. Tale conclusione sarebbe confermata dall'espresso ancoraggio dell'istituto al rispetto “*dei limiti previsti dall'ordinamento comunitario*” previsto dall'art. 14 *ter* L. 287/90. La dottrina è sostanzialmente unanime nel condividere tale principio: cfr., *ex multis*, R. CHIEPPA, *Le Nuove Forme di Esercizio del Potere e L'ordinamento Comunitario*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2009, n. 06; F. CINTIOLI, *Le Nuove Misure Riparatorie del Danno alla Concorrenza*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2008, n. 01; L. DI VIA, *Gli Impegni*, *op. cit.* Di Via osserva in particolare che “*la ragione per la quale gli impegni possono essere presentati solo nel caso di infrazioni non particolarmente gravi è duplice: da una parte, in quanto l'ordinamento non può ammettere che comportamenti ritenuti gravemente anti-giuridici possano sottrarsi ai rigori dell'accertamento, dall'altra, in quanto una decisione di accettazione di impegni, riducendo, nella sostanza, le azioni risarcitorie, scoraggia fortemente la tutela civilistica dei terzi potenzialmente interessati anche in caso di comportamenti dannosi*”.

²⁴⁸ Cfr. Comunicazione della Commissione sulle migliori pratiche relative ai procedimenti previsti dagli articoli 101 e 102 del TFUE, in G.U. C 308 del 20/10/2011, par. 116.

²⁴⁹ Cfr., *ex multis*, TAR Lazio, 23 gennaio 2008, n. 2900/2008.

2. L'attuale rilevanza dello strumento degli impegni: (a) l'esperienza della commissione e dell'Autorità

Ai fini dell'analisi che segue, appare utile partire da alcuni dati di sintesi.

Con riferimento alla prassi comunitaria e nazionale, si considerino i seguenti dati relativi ai provvedimenti adottati dalla Commissione europea e dall'Autorità nel periodo 2006-2011:

| | DG COMP | Italia |
|--|---------|--------|
| Accertamento violazione | 56 | 41 |
| Accettazione impegni | 22 | 48 |
| - Di cui in procedimenti di intese | 8 | 17 |
| - Di cui in procedimenti di abuso di posizione dominante | 14 | 31 |

Come emerge dai dati riportati, a livello comunitario, il numero di casi in cui si è fatto ricorso all'art. 9 del reg. CE n. 1/2003 risulta relativamente limitato rispetto al volume di attività della Commissione: la Commissione ha concluso con l'accettazione di impegni 22 procedimenti, mentre in 56 istruttorie è stata adottata una decisione di accertamento. Più in particolare, le istruttorie concluse con impegni hanno principalmente riguardato: i) accordi di cooperazione orizzontale con ricadute positive sul processo produttivo/distributivo²⁵⁰; ii) accordi di distribuzione verticale di particolare complessità²⁵¹ e iii) possibili abusi di

²⁵⁰ In particolare, *Austrian Airlines c. SAS* (caso COMP/37.749); *Premier League* (caso COMP/38.173); *German Football League* (caso COMP/37.214); *Universal International Music BV c. MCPS* (caso COMP/38.681); *Ship Classification* (caso COMP/39.416); *BA/AA/IB* (caso COMP/39.596); *VISA MIF* (caso COMP/39.398).

²⁵¹ *Daimler Chrysler* (caso COMP/39.140); *REPSOL* (caso COMP/38.348).

posizione dominante attraverso fattispecie complesse e di valutazione controversa²⁵², in particolare nel mercato dell'energia²⁵³.

Se si guarda all'esperienza nazionale, le decisioni con impegni hanno prevalentemente riguardato fattispecie di potenziali abusi²⁵⁴, mentre sono stati più sporadici i casi di presunte intese restrittive della concorrenza²⁵⁵. Le misure rese vincolanti, diversamente dalla prassi europea, si sono talvolta caratterizzate per un'estensione maggiore rispetto alle preoccupazioni concorrenziali espresse nel provvedimento di avvio²⁵⁶. L'elemento di maggiore rilievo è la frequenza con cui

²⁵² *Coca Cola* (caso COMP/39.116); *Rambus* (caso COMP/38.636); *Microsoft (tying)* (caso COMP/39.530); *De Beers* (caso COMP/38.381)

²⁵³ Cfr. i casi *German electricity wholesale market* (caso COMP/39.388); *German electricity balancing market* (caso COMP/39.389); *Distrigaz* (caso COMP/37.966); *GDF Foreclosure* (caso COMP/39.316); *Long term electricity contracts in France* (caso COMP/39.386); *Swedish Interconnectors* (caso COMP/39.351); *E.On Gas Foreclosure* (caso COMP/39.317); *ENI* (caso COMP/39.315); *RWE Gas Foreclosure* (caso COMP/39.402). Negli ultimi tre casi citati, relativi ad operatori verticalmente integrati, sono state rese vincolanti misure di carattere strutturale che hanno consentito di giungere alla separazione proprietaria delle reti di trasmissione rispetto alle attività di generazione: per un'analisi di tali procedimenti, si veda A. NOCE, *Antitrust e Regolazione nelle Decisioni con Impegni in Materia di Energia*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 2, 2011, p. 333 ss.

²⁵⁴ In particolare, nel 2011 si sono chiusi con impegni i casi A419, *Giochi24/Sisal*, Provv. n. 22301 del 13 aprile 2011; A424, *E Polis/Audipress*, Provv. n. 22320 del 20 aprile 2011; A378C, *Federitalia/Federazione Italiana Sport Equestri (FISE)*, Provv. n. 22503 dell'8 giugno 2011. Analogamente alla prassi comunitaria, numerose istruttorie hanno riguardato ipotesi di abuso di posizione dominante nel mercato dell'energia: nel 2010 sono stati resi vincolanti gli impegni nei confronti di cinque imprese in procedimenti volti ad accertare se le società di distribuzione verticalmente integrate con società di vendita di energia avessero tenuto condotte discriminatorie a favore di queste ultime, abusando della posizione dominante detenuta nei mercati della distribuzione (cfr. i casi A411, *Sorgenia/varie società*, Provv. n. 21529 e ss. dell'8 settembre 2010). Altre due istruttorie riguardavano presunti comportamenti anticoncorrenziali nel mercato dell'energia elettrica in Sicilia: un procedimento era volto ad accertare un possibile abuso di posizione dominante di ENI, mentre l'altro una presunta intesa posta in essere dai quattro soci-tollers di Edipower (cfr. i casi A423, *Enel - Dinamiche Formazioni Prezzi Mercato Energia Elettrica in Sicilia* Provv. n. 21960 del 22 dicembre 2010; I721, *Tolling Edipower*, Provv. n. 21962 del 22 dicembre 2010).

²⁵⁵ Nel 2011, vi è stato un solo caso in materia di intese, cfr. caso I730, *Gestione Dei Rifiuti Cartacei – Comieco*, mentre nel 2010 tre casi, I721, *Tolling Edipower*, I725, *Accordi Interbancari "Riba-Rid-Bancomat"* e I724, *Commissione Interbancaria Pagobancomat*.

²⁵⁶ A titolo di esempio, nel caso *Merck*, a conclusione di un'istruttoria relativa al rifiuto di concedere una licenza per la produzione e l'esportazione di un principio attivo coperto in Italia da una protezione brevettuale, la società ha proposto un impegno avente ad oggetto il rilascio di licenze gratuite relative ad un principio attivo ed al relativo farmaco che non comparivano espressamente nell'oggetto dell'istruttoria nella sua originaria impostazione (Caso A364, *Merck*, per un'analisi critica cfr. A. PERA, *op. cit.*, p. 124-125).

L'Autorità ha fatto ricorso alle decisioni con impegni: queste rappresentano infatti la maggior parte dei provvedimenti adottati nel periodo 2006-2011 (rispettivamente 48 e 41 decisioni)²⁵⁷. Tale dato offre lo spunto per due opposte considerazioni: da un lato, non può escludersi che in taluni casi l'Autorità abbia investigato fattispecie di minore rilievo, giungendo persino – come è stato sostenuto – ad accettare impegni proposti dalle parti anche nell'ambito di procedimenti ritenuti meritevoli di archiviazione²⁵⁸; dall'altro lato, l'Autorità sembrerebbe al contrario avere in taluni casi accettato impegni anche in relazione a condotte astrattamente meritevoli di sanzione²⁵⁹ e che hanno *medio tempore*

²⁵⁷ Al riguardo, già in passato, con riferimento nel periodo luglio 2006-aprile 2008, era stato osservato che “*su un totale di 33 procedimenti, in 20 casi (pari al 61%) le imprese coinvolte, o almeno alcune di esse, hanno proposto all'Autorità impegni. [...] I dati fin qui disponibili appaiono indicare una forte propensione a ricorrere alle decisioni con impegni per chiudere i procedimenti avviati. Se si escludono i casi in cui le allegazioni iniziali riguardavano intese orizzontali contenenti restrizioni hard core l'Autorità ha sempre pubblicato la proposta di impegni ricevuta dalle imprese e, nei casi già decisi, ha sempre accolto la proposta*” (cfr. P. BUCCIROSSI, *Impegni e Abusi di Sfruttamento: i Confini tra Antitrust e Regolazione*, in *Atti del Convegno “Antitrust fra Diritto Nazionale e Diritto Comunitario”*, 22-23 maggio 2008, Treviso).

²⁵⁸ Cfr., ad esempio, il caso I681, *Prezzi del carburante*, in cui l'Autorità “*ha aperto un'istruttoria e l'ha chiusa con degli impegni delle aziende, perché non siamo riusciti a trovare la prova dell'intesa dei petrolieri*” e che le aziende “*sono riuscite a dare una prova da un punto di vista scientifico della bontà delle loro azioni*”, cfr. dichiarazione del Presidente dell'Autorità riportata dall'agenzia ANSA sul sito http://www.ansa.it/web/notizie/rubriche/economia/2010/01/07/visualizza_new.html_1651814163.html. A questo riguardo, si veda M. SIRAGUSA, *op. cit.*, p. 397, il quale osserva il rischio che l'incremento del numero di istruttorie avviate a seguito dell'introduzione dell'art. 14 *ter* possa essere indice di un'attività pre-istruttoria limitata da parte dell'Autorità, che potrebbe avviare procedimenti non sufficientemente robusti, puntando sull'offerta di impegni da parte delle imprese. In tali circostanze, il giudice civile, stante la complessità della materia, potrebbe essere più propenso ad accogliere una richiesta di misure cautelari, ravvisando la sussistenza del *fumus boni iuris* nella mera adozione del provvedimento di avvio dell'istruttoria. L'Autore cita l'ord. App. Milano, 4 novembre 2009, revocata in sede di reclamo da App. Milano, 24 febbraio 2010, che aveva accolto la richiesta di sospensiva dell'assegnazione dei diritti audiovisivi del campionato di calcio di Serie A richiamando, con riguardo alla sussistenza del *fumus boni iuris*, le preoccupazioni concorrenziali che l'Autorità aveva manifestato nel provv. di avvio istruttoria n. 20116 in data 22 luglio 2009 nel caso A418 – *Procedure selettive Lega Nazionale Professionisti Campionati 2010/2011 e 2011/2012*.

²⁵⁹ E' questa ad esempio l'opinione di F. GHEZZI, *L'applicazione del Diritto Antitrust Sotto la Presidenza Catricalà: Obiettivi e Priorità nella Disciplina delle Intese*, 2009, disponibile alla pagina web http://www.antitrustisti.net/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,864/Itemid,32/, il quale cita due distinte vicende in cui l'Autorità, a fronte della medesima violazione posta in essere da imprese o associazioni di imprese con pari responsabilità, ha accettato gli impegni di talune parti, mentre ha accertato la violazione nei confronti di talune altre, irrogando una sanzione. Le istruttorie citate sono il caso I651, *Ads/Audipress* (21 settembre 2007), e A357 - *TELE2/TIM*-

prodotto effetti anticompetitivi in capo a terzi. Analogamente all'orientamento comunitario, l'Autorità ha infatti individuato come unico limite di opportunità nell'applicazione dell'istituto la natura orizzontale e segreta dell'intesa per la quale si stava procedendo²⁶⁰. Tali rilievi sono importanti per spiegare perché, come illustreremo nei paragrafi successivi, non può in astratto escludersi una certa sfera di interferenza tra decisioni con impegni ed azioni civili di danno.

3. L'attuale rilevanza dello strumento degli impegni: (b) l'esperienza delle principali autorità nazionali europee

Ai fini dell'analisi che segue, può essere interessante un breve confronto della prassi applicativa delle principali Autorità nazionali europee in materia di impegni²⁶¹:

| Anno | DG Comp | Italia | Francia ²⁶² | Spagna ²⁶³ | Germania ²⁶⁴ | UK ²⁶⁵ |
|---------------|--------------------|---------------|-------------------------------|------------------------------|--------------------------------|--------------------------|
| Totale | 22 | 48 | 39 | 21 | 12 | 4 |

VODAFONE-WIND (3 agosto 2007). Per una simile ricostruzione si veda G. DEMARTINI, *La Definizione del Procedimento Antitrust tra Esigenze di Efficienza e Tutela degli Interessi Coinvolti*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2009, vol. 23, p. 922.

²⁶⁰ In questo senso, si vedano i casi I646, *Produttori vernici marine*, Prov. n. 16151 del 15 novembre 2006, in cui l'Autorità, dopo aver ipotizzato una collusione tra le parti volta a determinare la ripartizione del mercato e la fissazione dei prezzi, ha respinto gli impegni presentati dalle imprese. Cfr. P. FATTORI, M. TODINO, *La Discipline della Concorrenza in Italia*, Bologna, 2010, p. 435.

²⁶¹ Elaborazione dati estratti dai siti internet delle rispettive Autorità. Per un confronto della prassi applicativa nel contesto comunitario, si rinvia a A. PERA e M. CARPAGNANO, *Le Decisioni con Impegni tra Teoria e Prassi: Un'analisi Comparata*, in *Contratto e impresa - Europa*, 2008, 773.

²⁶² L'istituto è stato introdotto con l'*Ordonnance* n° 2004-1173 del 4 novembre 2004, art. 10, in *Journal Officiel* del 5 novembre 2004.

²⁶³ Cfr. la *Ley de defensa de la competencia* n. 15 del 2007, in vigore dal primo settembre 2007.

²⁶⁴ L'istituto è stato introdotto a partire dal 1 luglio 2005 con l'entrata in vigore del par. 32 b) *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB). I procedimenti sono conteggiati sulla base dei filoni di indagine avviati dall'Autorità, nell'ambito dei quali sono state adottate 57 decisioni individuali nei confronti delle imprese coinvolte.

²⁶⁵ La disciplina dello strumento è stabilita dalla *Section 31A of the Competition Act*, in vigore dal 1 maggio 2004.

| | | | | | | |
|------|---|----|----|----|---|---|
| 2011 | - | 5 | 3 | 7 | - | 1 |
| 2010 | 6 | 13 | 7 | 11 | 3 | - |
| 2009 | 5 | 9 | 5 | 3 | 3 | - |
| 2008 | 3 | 11 | 4 | - | 4 | - |
| 2007 | 2 | 9 | 10 | - | 2 | - |
| 2006 | 4 | 1 | 6 | - | - | 1 |
| 2005 | 2 | - | 4 | - | - | 2 |

I dati sopra evidenziati consentono di apprezzare alcune divergenze nella tendenza applicativa delle Autorità nazionali a chiudere un procedimento istruttorio tramite impegni.

In alcuni Stati membri, l'istituto è stato utilizzato con minore frequenza. In Inghilterra, l'*Office of Fair Trading* (OFT) ha mostrato un approccio piuttosto cauto nell'utilizzo dell'istituto, accettando impegni da parte delle imprese in soli quattro casi, relativi a fattispecie di potenziali abusi²⁶⁶, intese verticali²⁶⁷ e, più recentemente, scambi di informazioni²⁶⁸. E tuttavia, è degno di nota il fatto che l'OFT sia orientata a non escludere le decisioni con impegni neanche a fronte di condotte gravi e meritevoli di sanzione e, seppure in circostanze eccezionali, anche

²⁶⁶ Cfr. Caso *Manweb*, decisione del 27 ottobre 2005 (adottata dall'OFCOM, l'Autorità regolamentare delle comunicazioni inglese) e Caso *Associated Newspaper Limited*, decisione del 2 marzo 2006.

²⁶⁷ Cfr. Caso *TV EYE*, CA98/03/2005, decisione del 24 Maggio 2005.

²⁶⁸ Cfr. il caso *Motor Insurers*, relativo ad uno scambio di informazioni nel mercato delle assicurazioni: l'istruttoria riguarda un sistema di raccolta di dati realizzato da una società IT che, a giudizio dell'OFT, avrebbe potuto consentire alle compagnie di assicurazioni di ottenere informazioni relative alle società concorrenti. Le società di assicurazioni coinvolte hanno formulato una proposta congiunta di impegni, in cui hanno (i) limitato il periodo di riferimento dei dati, relativi ad un periodo di sei mesi; (ii) stabilito il carattere anonimo ed aggregato (relativo ad almeno cinque società) dei dati scambiati; e (iii) limitato il grado di aggiornamento degli stessi. La consultazione sulle misure proposte si è conclusa lo scorso 28 ottobre 2011.

in caso di intese orizzontali segrete²⁶⁹.

In Germania, il *Bundeskartellamt* ha concentrato l'uso dello strumento in 12 filoni di indagine, nell'ambito dei quali ha adottato 57 decisioni individuali di accoglimento degli impegni nei confronti delle imprese. Uno dei filoni più rilevanti ha riguardato il mercato dell'energia: di particolare interesse è un procedimento concluso nel giugno del 2010 - avente ad oggetto potenziali fattispecie abusive relative all'applicazione di prezzi eccessivamente onerosi nella fornitura del gas ai consumatori finali - che ha complessivamente coinvolto trenta società fornitrici di gas²⁷⁰. Le misure rese vincolanti hanno riguardato sia la riduzione dei prezzi delle forniture ai consumatori, che l'impegno a ritardare eventuali aumenti di prezzo e di omettere il *passing on* di aumenti nei costi della fornitura di gas.

In altri Stati membri, le Autorità di concorrenza hanno attribuito particolare rilievo allo strumento degli impegni quale elemento di *enforcement*: appare significativo al riguardo il contesto francese, ove l'*Autorité de la concurrence* ha concluso con impegni 38 procedimenti. Dal punto di vista delle fattispecie interessate, l'Autorità ha mostrato di prediligere le decisioni con impegni in casi di potenziali abusi di posizione dominante²⁷¹ e di restrizioni verticali²⁷².

²⁶⁹ Si veda *Office of Fair Trading, Enforcement, Incorporating the Office of Fair Trading's guidance as to the circumstances in which it may be appropriate to accept commitments*, 2004, 4.4, ove si legge: "*the OFT will not accept, other than in very exceptional circumstances, binding commitments in cases involving secret cartels*".

²⁷⁰ Cfr. Casi B10 - 16/08 a 56/08. La nota pubblicata dall'Autorità tedesca sul caso recita: "[t]hese 30 companies have pledged to reimburse their customers with a total of almost € 130 million in the form of credits or price reductions. The *Bundeskartellamt* also obtained a "no-repeated game" commitment from the companies which said that reimbursements to their customers would not be compensated for by future price measures" (disponibile al seguente indirizzo: <http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/Fallberichte/B10-016-056-08--E.pdf?navid=34>).

²⁷¹ Tra i casi più recenti, cfr. decisioni 10-D-29, 27 settembre 2010, *Revente et contrôle du recyclage des déchets plastiques triés* e 10-D-30, 28 ottobre 2010, *Publicité en ligne*, entrambe relative a delle pratiche discriminatorie, la prima nei servizi di riciclo degli imballaggi in plastica e la seconda nei servizi di pubblicità *online*.

²⁷² Cfr. i casi 11-D-08, del 27 aprile 2011, *Cartes cadeaux multi-enseignes*; 10-D-01, 11 gennaio 2010, *Commercialisation de l'iPhone en France*; 06-D-28, 5 ottobre 2006, *Bose et autres*; 10-D-27, 15 settembre 2010, *Manufacture française des pneumatiques Michelin et Pneumatiques Kléber*.

In linea con la prassi francese, anche in Spagna l'istituto, dopo un utilizzo più prudente nei primi anni successivi alla sua introduzione nel 2007, è stato accolto con favore: dal 2009 ad oggi sono infatti state concluse con impegni ben 21 istruttorie. Le fattispecie hanno riguardato casi di potenziali intese attraverso pratiche unilaterali che rientrano nel campo degli “accordi”²⁷³, presunte restrizioni verticali²⁷⁴ e, più raramente, casi di presunti abusi²⁷⁵.

Lo scenario descritto mostra un ricorso piuttosto ampio, in particolare in alcuni Stati membri, allo strumento delle decisioni con impegni, in fattispecie piuttosto eterogenee: in linea con la prassi comunitaria, anche a livello nazionale l'unico limite preclusivo all'applicazione degli impegni sembrerebbe essere rappresentato dai c.d. cartelli *hard core*. Non può di conseguenza escludersi la possibilità che la condotta oggetto di istruttoria abbia determinato effetti anticompetitivi sul mercato, con potenziali danni a soggetti terzi²⁷⁶. Ciò rende opportuna una riflessione circa le preoccupazioni, da più parti sollevate in dottrina, sulle potenziali interferenze dell'istituto degli impegni con le altre modalità di *enforcement*²⁷⁷ e, in particolare, con le azioni civili di danno.

²⁷³ Cfr. i casi S/0246/10, del 30 giugno 2011, *Vocento/Godó*; S/0245/10, del 1 luglio 2011, *Antena 3/Veo Television*; S/0012/07, 18 marzo 2011, *Puerto Barcelona*; S/0020/07, del 10 febbraio 2010, *Trio Plus*; 0076/08, 18 marzo 2009, *Asociación de Contact Center Española*; 2457/03, del 17 dicembre 2010, *Servired e altri*; S/0002/07, del 29 novembre 2010, *Consejo Superior de Arquitectos de España*; S/0077/08, del 13 marzo 2009, *Convenio Seguridad*; S/0127/09 del 20 maggio 2010, *Consejo General Procuradores Tribunales*; S/0189/09, del 28 luglio 2010, *Consejo General De La Arquitectura Tecnica De España*; S/00203/09, del 22 dicembre 2010, *COAPI*.

²⁷⁴ Decisioni S/0302/10, del 22 settembre 2011, *ORONA/OMEGA*; S/0162/09, del 13 settembre 2010, *Semillas De Girasol*; 0003/10, del 7 settembre 2010, *Explosivos canarios*; 2738, del 6 aprile 2011, *GALP Energía*; 2575/04, del 19 febbraio 2010, *Disa Canarias*; 2697/06 del 21 novembre 2007, *Cepsa Estaciones De Servicio S.A.*

²⁷⁵ S/0156/09, del 23 marzo 2011, *AISGE*; 2800/07 del 20 maggio 2010, *Signus Ecovalor y Fabricantes Neumáticos*; S/0096/08 del 24 gennaio 2011, *Fábrica Nacional de Moneda y Timbre*; S/0255/10, del 30 novembre 2010, *Puntos de Suministro E.On.*

²⁷⁶ Come è stato infatti osservato, “l'esperienza di vent'anni di applicazione pubblica e privata lascia supporre che contraccolpi sul private antitrust enforcement ci siano stati da qualche parte specie se si considera che i casi di abuso di posizione dominante (5 dei 6 casi analizzati da AGCM) sono tradizionalmente quelli in cui si registra il maggior numero di contenziosi giudiziari” (cfr. M. CARPAGNANO, *Le Decisioni con Impegni Battono le Decisioni di Accertamento / Sanzione 6-0 nel periodo gennaio-aprile 2011*, 2011, disponibile alla seguente pagina internet: http://www.osservatorioantitrust.eu/index.php?id=questioni_osservatorio).

²⁷⁷ Cfr. A. PERA, *op. cit.*, p. 70-71.

E' da notare infatti che, con riferimento alle imprese, si è generalmente ritenuto che un forte incentivo alla proposizione di impegni sia connesso alla riduzione del rischio delle azioni risarcitorie da parte di terzi in conseguenza del mancato accertamento dell'infrazione. Seppure le decisioni con impegni non rendono immuni da richieste di risarcimento proposte dinanzi ai giudici ordinari²⁷⁸, tali azioni sono in principio più gravose per i soggetti danneggiati, i quali non potranno avvalersi di quanto già espresso nella decisione finale dell'Autorità di concorrenza.

E' evidente, tuttavia, che ciò comporta una certa tensione nei rapporti tra la disciplina degli impegni e l'esigenza di garantire il “*pieno risarcimento*” ai soggetti che hanno subito un danno da un illecito *antitrust*, diritto non solo pienamente riconosciuto dalla giurisprudenza comunitaria²⁷⁹, ma anche ben radicato nell'ordinamento nazionale²⁸⁰.

4. Benefici e difetti dello strumento degli impegni

Come si è visto, la proposizione e l'accettazione degli impegni produce l'effetto di chiudere l'istruttoria avviata dall'Autorità senza accertamento di alcuna violazione, consentendo alle imprese “in odore di sanzione” di optare per una

²⁷⁸ Cfr. Considerando 13 del Regolamento CE n. 1/2003, secondo cui “*le decisioni concernenti gli impegni non pregiudicano la facoltà delle autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni degli Stati membri di procedere a detto accertamento e di prendere una decisione*”. Il principio è unanimemente condiviso anche in dottrina (cfr., *ex multis*, A. LALLI, *Commento All'art. 14 ter della L. 287/1990*, in A. Catricalà - P. Troiano (a cura di), *Codice Commentato della Concorrenza e del Mercato*, p.1276 e P. CASSINIS, *I Nuovi Poteri dell'Autorità Nell'ambito della Dialettica tra Public e Private Enforcement*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2, 2006, pp. 719 ss.; G. DEMARTINI, *La Definizione del Procedimento Antitrust tra Esigenze di Efficienza e Tutela degli Interessi Coinvolti*, cit., p. 926).

²⁷⁹ Cfr. causa C-453/99, *Courage c. Bernhard Crehan*, sentenza del 20 settembre 2001.

²⁸⁰ Sembra infatti condivisibile l'opinione secondo cui l'art. 24 Cost., che riconosce la facoltà di “*agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi*”, includa anche il diritto al risarcimento del danno causato da un illecito antitrust. Cfr. M. MELI, *I Programmi di Clemenza (“Leniency”) e L'azione Privata*, in *Funzioni del Diritto Privato e Tecniche di Regolazione del Mercato*, M. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), Bologna, 2009, p. 252; sul punto si rinvia alla trattazione svolta *supra*, parte I, cap. III, par. 2.

forma di ravvedimento operoso o desistenza volontaria attraverso la presentazione di impegni volti a neutralizzare i profili di illiceità contestati.

I vantaggi dello strumento degli impegni sono essenzialmente connessi alla rinuncia da parte dell'Autorità a procedere ad un più lungo procedimento che si concluderebbe, con ampi margini di probabilità, con l'irrogazione di una sanzione²⁸¹: ciò implica un'accelerazione del procedimento antitrust ed una maggiore efficienza del *public enforcement*, consentendo di concentrare le ridotte risorse a disposizione della Commissione (e delle Autorità nazionali) nel perseguimento delle fattispecie più gravi²⁸².

Nel lungo periodo, tuttavia, lo strumento in esame rischia non solo di ridurre la certezza delle regole, in considerazione della discrezionalità che connota il potere delle Autorità di concorrenza in materia di impegni, ma soprattutto di frustrare l'efficacia di deterrenza che dovrebbe caratterizzare l'azione dell'*enforcer*. Dal punto di vista del *public enforcement*, gli impegni potrebbero infatti avere un effetto deflattivo sull'apparato sanzionatorio: l'eventuale riduzione del livello di sanzioni complessivamente imposte avrebbe di conseguenza riflessi negativi anche in termini di incentivi a ricorrere ai programmi di clemenza esaminati nella prima parte del lavoro.

Un ulteriore importante interferenza riconducibile allo strumento degli impegni che sarà di seguito approfondita riguarda lo strumento del *private enforcement*: a seguito di una decisione con impegni, i soggetti danneggiati dall'infrazione vedrebbero infatti aggravata la propria posizione in sede di giudizio civile dal mancato accertamento della condotta, con il rischio che possa essere pregiudicato il diritto al risarcimento del danno conseguente alle violazioni. Ciò conduce ad interrogarci circa le effettive possibilità per i soggetti danneggiati di

²⁸¹ Si noti, infatti, che il numero dei procedimenti avviati dall'Autorità e chiusi con un provvedimento di archiviazione nel periodo 2009-2011 si limita a quattro casi (Prov. del 23 settembre 2009, Caso I705, Case d'asta; del 9 aprile 2009, Caso I604E, Associazione Nazionale Esercenti Cinema del Lazio; del 13 ottobre 2010, Caso I726, ASL Regione Piemonte-Gara Fornitura Vaccino Antinfluenzale; del 20 aprile 2011, Caso I732, Prezzi Bitume).

²⁸² M. SIRAGUSA, *Le Decisioni con Impegni*, cit., p. 391; A. PERA, *op. cit.*, p. 64.

ottenere il risarcimento del danno subito in connessione ad un illecito anticoncorrenziale.

CAPITOLO II – LE INTERFERENZE TRA DECISIONI CON IMPEGNI E *PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT*

1. Alcune ombre sulla “complementarietà” tra decisioni con impegni e *private enforcement*: differenze rispetto ad azioni basate su un provvedimento amministrativo di accertamento dell'illecito

Le decisioni con impegni non precludono l'esperimento, in sede civile, di azioni risarcitorie da parte di soggetti che si considerino lesi da condotte con riguardo alle quali l'Autorità abbia concluso l'istruttoria senza un formale accertamento dell'infrazione. Tale circostanza è, in primo luogo, espressamente confermata, a livello europeo, da alcuni passaggi del Regolamento 1/2003, secondo cui “*le decisioni concernenti gli impegni non pregiudicano la facoltà delle autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni degli Stati membri di procedere a detto accertamento e di prendere una decisione*” (considerando 13) e “*le decisioni d'impegno adottate dalla Commissione lasciano impregiudicato il potere delle giurisdizioni e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri di applicare gli articoli 81 e 82 del trattato*” (considerando 22). A livello nazionale, poi, tale principio è stato affermato anche dai giudici amministrativi, secondo cui “*la stessa mancanza di un formale accertamento dell'illecito non esclude con certezza che gli elementi probatori raccolti fino al momento dell'accettazione degli impegni possano venire utilizzati anche in un giudizio civile. La decisione con impegni non comporta infatti alcuna immunità sul piano civilistico*”²⁸³.

Si noti che, in linea di principio, la rapidità con cui si perviene alla conclusione del procedimento rispetto ad una più lunga istruttoria ai fini di una

²⁸³ Cfr. Tar Lazio, sez. I, 7 aprile 2008, nn. 2900 e 2902. Il principio espresso da tali sentenze è unanimemente condiviso anche dalla dottrina. Si vedano, *ex multis*, P. CASSINIS, *I Nuovi Poteri dell'Autorità Nell'ambito della Dialettica tra Public e Private Enforcement*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2, 2006, pp. 719-50 e A. RAFFAELLI, *op. cit.*

decisione di accertamento potrebbe incentivare le azioni di danno, in considerazione della prossimità temporale tra il provvedimento amministrativo e le condotte che hanno causato il danno e della maggiore consapevolezza che ne deriva in capo ai danneggiati²⁸⁴.

Tuttavia, come osservato, il principale elemento di tensione tra le due modalità di *enforcement* consegue al fatto che le decisioni con impegni si concludono senza alcuna pronuncia sul merito delle accuse inizialmente formulate (*i.e.* non si avrà alcun accertamento dell'illecito), ma con la sola constatazione che per effetto degli impegni le condizioni del mercato si sono modificate. Ciò comporta un aggravio dell'onere probatorio in capo all'attore rispetto al caso di azioni di *private antitrust enforcement* basate su di un provvedimento amministrativo dell'Autorità²⁸⁵.

In tale ultima ipotesi, infatti, l'attore potrà fondare le proprie pretese di risarcimento in sede civile su una decisione pubblica, che non solo contiene un formale accertamento della violazione, ma riporta i principali elementi istruttori emersi nel corso del procedimento.

Con riguardo alle decisioni della Commissione, l'art. 16 reg. CE n. 1/2003 ha espressamente riconosciuto che tali provvedimenti hanno valore vincolante nei confronti delle giurisdizioni e delle Autorità della concorrenza nazionali. Come noto, tale norma cristallizza un principio consolidato nella giurisprudenza comunitaria, che sin dal caso *Masterfoods* aveva riconosciuto che “*i giudici*

²⁸⁴ Cfr. K. DEKEYSER, *Impact of Public Enforcement on Antitrust Damages Actions: Some Likely Effects of Settlements and Commitments on Private Actions for Damages*, in *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements Under EC Competition Law*, C. D. Ehlermann, M. Marquis (a cura di), Oxford, 2008). Come è stato osservato, nel contesto italiano, diversamente da altri Stati europei, un'ulteriore agevolazione è data dal fatto che “*i provvedimenti di chiusura con impegni hanno avuto pubblicità se non superiore almeno pari a quelli che si sono conclusi con un divieto*”. Cfr. sul punto F. GHEZZI, *L'applicazione del Diritto Antitrust sotto la Presidenza Caticarla: Obiettivi e Priorità nella Disciplina delle Intese*, *cit.*

²⁸⁵ Con ciò non si vuole dire che lo scarso ricorso al canale privato in Italia, da più parti recentemente notato (R. PARDOLESI, *Complementarietà irrisolte*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, n. 3, 2011 e C. TESAURO, *Recenti sviluppi del private antitrust enforcement*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, n. 3, 2011), sia attribuibile ai potenziali elementi di interferenza tra decisioni con impegni ed azioni di danno, ma si intende evidenziare la necessità di un coordinamento tra i due strumenti di *enforcement* in esame.

*nazionali, quando si pronunciano su accordi o pratiche che sono già oggetto di decisione da parte della Commissione, non possono adottare decisioni in contrasto con quella della Commissione, anche se quest'ultima è in contrasto con la decisione pronunciata da un giudice nazionale di primo grado*²⁸⁶.

Sebbene sia assente un'analogia disciplina con riferimento al valore da attribuire alle decisioni amministrative assunte dalle Autorità dei singoli Stati membri, alcune giurisdizioni europee hanno mostrato un approccio particolarmente favorevole verso tali provvedimenti. Al riguardo, è interessante la soluzione adottata nel contesto tedesco²⁸⁷, in cui è stato attribuito alle decisioni amministrative di accertamento dell'illecito - non solo del *Bundeskartellamt* ma anche delle Autorità degli altri Stati membri - valore direttamente vincolante per tutti gli organi giurisdizionali, compreso il giudice civile: quest'ultimo, sulla base della pronuncia dell'Autorità *antitrust*, può infatti legittimamente disporre l'eventuale risarcimento del danno a favore di terzi lesi dall'intesa anticoncorrenziale.

Analogamente, nel contesto inglese le sezioni 47A e 58 dell'*UK Competition Act* stabiliscono la vincolatività nei giudizi civili delle decisioni amministrative, sebbene limitata alle sole pronunce delle Autorità nazionali e della Commissione europea²⁸⁸.

Anche a livello nazionale, pur in assenza di un'espressa normativa, la giurisprudenza italiana si è spinta sino a riconoscere alle decisioni amministrative

²⁸⁶ Causa C-344/98, *Masterfoods Ltd contro HB Ice Cream Ltd*, sentenza del 12 dicembre 2000, punto 52.

²⁸⁷ Cfr. art. 33.4 *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, "GWB". Si noti che tale foro sembra essere particolarmente attivo con riferimento alle azioni di *private antitrust enforcement*: sono infatti state instaurate circa 300 azioni di tra il 2004 e il 2007 (cfr. C. CANENBLEY, T. STEINVORTH, *Effective Enforcement of Competition Law: is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?*, in *Journal of European Competition Law & Practice* vol. 2, no. 4, 2011).

²⁸⁸ Per una più ampia analisi sul punto si rinvia a C. OSTI, *Una Scaletta Sull'attuazione Giudiziale (e Cenni Sull'azione Collettiva) del Diritto della Concorrenza*, cit, p. 994-995; P. CASSINIS, *I Nuovi Poteri dell'Autorità Nell'ambito della Dialettica tra Public e Private Enforcement*, cit., p. 738.

dell'Autorità il valore di “*prova privilegiata*” nel contesto di azioni civili di *follow on* per il risarcimento del danno subito da illeciti antitrust²⁸⁹. Secondo il recente orientamento della Corte di Cassazione, i giudici aditi potranno quindi basare la propria decisione – per quanto riguarda l'accertamento della violazione delle regole della concorrenza – sulla precedente decisione amministrativa, per poi verificare nel singolo caso la sussistenza del nesso causale tra la condotta illecita ed il danno lamentato.

Diversamente, nel caso delle decisioni con impegni, il provvedimento finale, pur includendo una descrizione delle condotte e dei mercati oggetto dell'istruttoria, non contiene un formale accertamento dell'illecito su cui basare un'azione di danni, ma si limita ad osservare che le condotte oggetto dell'istruttoria non destano più le preoccupazioni concorrenziali ravvisate nel provvedimento di avvio del procedimento²⁹⁰.

Di conseguenza, spetterà all'attore dimostrare l'esistenza dell'illecito antitrust dal quale lamenti di aver subito danni, oltre al nesso causale tra detto illecito ed il pregiudizio subito e l'ammontare del danno: non sarà infatti possibile fare affidamento su una previa decisione amministrativa di accertamento dell'infrazione²⁹¹. Tale aspetto, tipico tra l'altro di ogni azione risarcitoria *stand alone*²⁹², non può però essere inteso come un ostacolo insormontabile per i terzi

²⁸⁹ Cfr. Corte di Cassazione, sentenza n. 3640 del 13 febbraio 2009, Associazione nazionale Consulenti del lavoro c. INAZ Paghe e nn. 5941 e 5942 del 7 febbraio 2011.

²⁹⁰ Al riguardo, una recente pronuncia della giurisprudenza nazionale ha rilevato che le decisioni con impegni presuppongono un'attività valutativa che “*solo in parte coincide con quella sottesa all'adozione del provvedimento finale [...] l'esame svolto dall'Autorità in relazione alle proposte di impegni verte su un aspetto – per così dire – ‘teleologico’, incentrandosi sull'idoneità delle misure proposte a rimuovere i profili anticoncorrenziali oggetto di indagine, mentre, l'esame svolto ai fini delle determinazioni sanzionatorie conclusive verte su un aspetto – per così dire – ‘finale e sostanziale’ (ossia, la sussistenza o meno dell'illecito antitrust in quanto tale)*”. Cfr. Sentenza del Consiglio di Stato, MasterCard, 4393/2011.

²⁹¹ In tal senso si è espresso il Tar Lazio, sez. I, 7 aprile 2008, nn. 2900 e 2902. In dottrina, si veda M. SIRAGUSA, *op. cit.*, p. 392.

²⁹² Cfr. al riguardo C. TESAURO, *Recenti Sviluppi del Private Antitrust Enforcement*, *cit.*, p. 432, il quale evidenzia che “*le difficoltà per l'attore derivano in gran parte dalla speciale natura dei fatti oggetto di prova. Ciò in quanto, elementi di fatto primari, di natura non strettamente economica (incontri tra concorrenti, scambi di e-mail, ecc.) si affiancano ad elementi di natura prettamente economica (mercato rilevante, quota di mercato delle parti, ecc.). Inoltre, dal*

che intendano richiedere il risarcimento dei danni subiti a causa di asserite condotte anticompetitive in relazione alle quali l'AGCM abbia accettato impegni presentati dalle imprese interessate.

In tale contesto, due tematiche, che si procederà ad esaminare di seguito, sembrano assumere rilievo al fine di consentire al soggetto che ha subito un danno da una violazione *antitrust* la possibilità di ottenere un risarcimento ove il procedimento amministrativo si concluda con una decisione di impegni: si tratta in particolare i) del valore delle decisioni con impegni nell'accertamento dell'illecito in sede civile e ii) della possibilità per l'attore di acquisire evidenze rilevanti ai fini probatori attraverso l'accesso al fascicolo istruttorio²⁹³.

2. Il valore delle decisioni con impegni ai fini del *private enforcement*

2.1 Alcune indicazioni della recente giurisprudenza

Come anticipato, le decisioni con impegni si caratterizzano per l'assenza di un accertamento formale dell'infrazione e della connessa responsabilità dell'impresa e per la scarsità di riferimenti all'istruttoria svolta dall'Autorità contenuti nel provvedimento finale²⁹⁴, con conseguenti maggiori difficoltà per

momento che i fatti da provare si sono verificati nella sfera del soggetto che ha posto in essere l'illecito, esiste una marcata asimmetria informativa tra le parti della vicenda)".

²⁹³ La dottrina che ha avuto modo di occuparsi in passato dell'argomento è giunta a conclusioni piuttosto eterogenee. Si veda, al riguardo, F. CINTIOLI, *Le Nuove Misure Riparatorie del Danno alla Concorrenza*, cit.; A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con Impegni e Tutela Civile dei Terzi*, in *Diritto Amministrativo*, 2010, p. 503; G. GITTI, *Gli Accordi con le Autorità Indipendenti*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2011, n. 2, p. 192. L'ultimo Autore, in particolare, giunge sino ad interrogarsi se "*legittimato passivo dell'azione risarcitoria, in questi casi, non possa essere la stessa AGCM, considerata nel ruolo di vero e proprio mandatario ex lege, incaricato della cura delle posizioni individuali e collettive di volta in volta minacciate da specifici episodi di restrizione della concorrenza*".

²⁹⁴ Al riguardo, lo stesso Libro Bianco della Commissione ha sottolineato che "*gran parte degli elementi di prova decisivi per comprovare un caso di danni provocati dalla violazione di norme antitrust sono spesso occultati e, essendo in possesso del convenuto o di terzi, non sono solitamente noti in maniera sufficientemente dettagliata all'attore*". Cfr. Libro Bianco della Commissione in Materia di Azioni di Risarcimento del Danno per Violazione delle Norme Antitrust Comunitarie, punto 2.2.

l'attore nel proporre con successo una richiesta di risarcimento del danno in sede civile rispetto al caso in cui l'istruttoria amministrativa si concluda con una decisione finale di accertamento dell'illecito.

Ciò detto, anche nel caso di istruttorie concluse con impegni è possibile individuare taluni elementi da cui trarre indicazioni utili ai fini del *private enforcement*²⁹⁵.

Al riguardo, assumono anzitutto rilievo i seguenti elementi:

- il provvedimento di apertura dell'istruttoria, il quale identifica con una certa accuratezza, seppure in via preliminare, i mercati interessati, l'inquadramento normativo delle condotte, le condotte potenzialmente rilevanti all'attenzione dell'Autorità e alcune prime valutazioni giuridiche;
- i commenti forniti in risposta alla procedura di consultazione (c.d. *market test*) dalle parti interessate; tali documenti potrebbero fornire alcune indicazioni circa la potenzialità lesiva della condotta ed i suoi possibili effetti sul mercato interessato;
- il provvedimento di accettazione degli impegni e chiusura del procedimento; tale provvedimento descrive in maniera più approfondita i problemi di concorrenza inizialmente identificati ed include una valutazione circa l'idoneità degli impegni ad eliminare tali criticità²⁹⁶.

Un ulteriore aspetto di particolare importanza attiene alla possibilità di attribuire un valore in sede civile ai fini probatori alla decisione con cui sono rese

²⁹⁵ Ciò è peraltro confermato dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui “*la stessa mancanza di un formale accertamento dell'illecito non esclude con certezza che gli elementi probatori raccolti fino al momento dell'accettazione degli impegni possano venire utilizzati anche in un giudizio civile. La decisione con impegni non comporta infatti alcuna immunità sul piano civilistico*” (Cfr. Tar Lazio, 7 aprile 2008, nn. 2900 e 2902). Il principio è condiviso anche dalla dottrina. Si vedano, ad esempio, A. LALLI, *Commento All'art. 14 ter della L. 287/1990, op. cit.*, p.1276 e P. CASSINIS, *I Nuovi Poteri Dell'Autorità Nell'ambito della Dialettica tra Public e Private Enforcement, cit.*.

²⁹⁶ Si veda sul punto K. DEKEYSER, *op. cit.* rileva che “*a commitment decision may give victims some guidance as to relevant facts of the case and sometimes even to potentially relevant pieces of evidence*”.

vincolanti le misure proposte dalle parti.

Sebbene detto provvedimento, come detto, non contenga un formale accertamento dell'illecito, taluni elementi sembrerebbero utili al fine di trarre indicazioni al riguardo: occorre infatti considerare che il presupposto per l'accoglimento delle misure proposte dalle parti sembra essere l'effettiva sussistenza di profili anticoncorrenziali nella condotta oggetto di istruttoria. Altrimenti, le decisioni con impegni dovrebbero, a rigore, essere escluse ove l'Autorità non ritenga sussistere alcuna violazione del diritto *antitrust*.

Tale rilievo appare anzitutto confermato dalla stessa logica alla base dell'istituto: secondo il disposto dell'art. 9 del reg. CE n. 1/2003, infatti, la Commissione può fare uso dello strumento "*qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione*", e dunque al fine di risolvere una criticità concorrenziale. Ulteriori indicazioni in tal senso sono altresì fornite dalla recente giurisprudenza europea e nazionale.

In primo luogo, nel contesto comunitario, il Tribunale di Primo Grado e la Corte di Giustizia nel caso *Alrosa*²⁹⁷ hanno affrontato il tema, nell'ambito della più ampia questione relativa alla portata del potere discrezionale della Commissione ed ai limiti derivanti dall'esigenza di rispettare il principio di proporzionalità nelle misure rese vincolanti dalla Commissione. Per quanto di rilievo ai presenti fini, in primo grado il Tribunale ha riconosciuto esplicitamente che alla base della decisione con impegni vi è un'effettiva criticità concorrenziale, osservando che la decisione di impegni "*costituisce un provvedimento vincolante che pone fine ad una situazione di infrazione in atto o in potenza*" (par. 87). A giudizio del Tribunale, infatti, sia le decisioni *ex art. 9* che *ex art. 7* del regolamento 1/2003 perseguono il medesimo obiettivo di garantire una efficace applicazione delle regole di concorrenza previste nel Trattato e la Commissione dispone di un margine di valutazione discrezionale nella scelta della via da seguire. Viene in entrambi i casi richiesto il rispetto del principio di proporzionalità, in base al quale

²⁹⁷ Causa T-170/06, *Alrosa Company Ltd c. Commissione*, sentenza del 11 luglio 2007; Causa C-441/07, *Commissione c. Alrosa Company Ltd*, sentenza del 29 giugno 2010, punto 40.

gli atti delle istituzioni comunitarie non devono andare oltre quanto è idoneo e necessario per conseguire lo scopo prefisso²⁹⁸: dunque, il rimedio opportuno in una decisione *ex* articolo 7 costituisce lo *standard* sul quale deve essere valutato l'impegno offerto dall'impresa *ex* articolo 9²⁹⁹. Quello che emerge, pertanto, come conseguenza è che gli impegni resi vincolanti dalla Commissione dovrebbero puntualmente riflettere le problematiche concorrenziali identificate nel procedimento istruttorio.

In secondo grado, la Corte di Giustizia non ha condiviso la tesi dello stretto parallelismo tra decisioni in materia di impegni e di accertamento dell'infrazione. A giudizio della Corte, vi sarebbe infatti una distinzione strutturale tra decisioni con impegni e quelle di accertamento dell'infrazione³⁰⁰, per cui il principio di proporzionalità dovrebbe avere una portata più limitata nel contesto dei provvedimenti *ex* art. 9: più in particolare, nel caso degli impegni, il rispetto del principio in questione “*si limita alla sola verifica che gli impegni di cui trattasi rispondano alle preoccupazioni che essa ha reso note alle imprese interessate e che queste ultime non abbiano proposto impegni meno onerosi che rispondano*

²⁹⁸ Il Tribunale ha inoltre osservato che la Commissione è tenuta a dimostrare, all'atto di avvio del procedimento, “*l'effettività delle preoccupazioni concorrenziali che giustificavano che essa prevedesse l'adozione di una decisione ai sensi degli artt. 81 CE e 82 CE [...] il che presuppone un'analisi del mercato ed un'identificazione dell'infrazione prevista meno definitiva che nell'ambito dell'applicazione dell'art. 7, n. 1, del regolamento n. 1/2003, benché quest'ultima debba essere sufficiente per consentire un controllo dell'idoneità dell'impegno*” (par.100).

²⁹⁹ Per un commento alla sentenza cfr. H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions Under Art. 9 of Regulation 1/2003*, *EUI Working Papers*, 2008/22, disponibile al seguente indirizzo: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/9449/LAW_2008_22.pdf?sequence=1 e I. MARC, R. FELIX: *Making Commitments. Diamonds (supply agreements) Are (not suspended) Forever: a Look at the Recent ALROSA Judgment by the CFI*, in *Competition Law Insight* 2007, Vol.6, p.6-7.

³⁰⁰ Si osservi che la Corte ha inizialmente ribadito l'osservazione del Tribunale secondo cui, sebbene l'art. 9 del reg. CE n. 1/2003 in materia di impegni, diversamente dall'art. 7 in materia di accertamento dell'infrazione, non faccia espresso riferimento alla nozione di proporzionalità, tale nozione costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, nonché un parametro per valutare la legittimità di qualsiasi atto delle istituzioni. Tuttavia, la Corte ha puntualizzato che “[l]e caratteristiche specifiche dei meccanismi previsti da tali disposizioni e i mezzi di azione che offre tale regolamento in virtù di ciascuna di tali disposizioni sono diversi, il che implica che l'obbligo di garantire il rispetto del principio di proporzionalità, incombente alla Commissione, ha una portata e un contenuto diversi a seconda che esso sia considerato nel contesto dell'uno o dell'altro di tali articoli”.

parimenti in modo adeguato a tali preoccupazioni”³⁰¹. Tuttavia, nonostante una certa attenuazione della nozione di proporzionalità nel caso delle decisioni *ex art. 9*, l’osservazione riportata appare confermare la necessità che sia preliminarmente identificata, ai fini dell’utilizzo dell’istituto, la problematica concorrenziale che le misure accettate dalla Commissione sono volte a risolvere, anche per valutare l’adeguatezza delle stesse. Inoltre, il fatto che la Corte richieda che le imprese “*non abbiano proposto impegni meno onerosi che rispondano parimenti in modo adeguato a tali preoccupazioni*” indica che, in ogni caso, gli impegni devono rispondere ad una preoccupazione concorrenziale, e non devono quindi essere proposti nel caso in cui tali preoccupazioni non sussistono³⁰².

Analogamente alla prassi comunitaria, anche la più recente giurisprudenza nazionale sembra confermare che la proposizione di impegni da parte delle imprese presupponga l’effettiva sussistenza di profili anticoncorrenziali.

In tale senso, è di particolare interesse una recente pronuncia del Consiglio di Stato nel caso MasterCard³⁰³, in cui è stata ritenuta non autonomamente impugnabile la decisione di rigetto degli impegni da parte dell’Autorità. Per quanto di rilievo ai presenti fini, la Corte si è spinta sino a riconoscere che la presentazione di impegni, in connessione ad altri elementi, sia indicativa di un certo grado di consapevolezza in capo alle imprese circa la potenziale illiceità delle condotte all’attenzione dell’Autorità: la Corte ha infatti osservato che “*all’atto di accoglimento [degli impegni] resta pur sempre sotteso un*

³⁰¹ Tale assunto è sostanzialmente in linea con quanto si ricava dalle conclusioni espresse dall’Avvocato Generale, secondo cui la Commissione deve rifiutare impegni che non siano “*manifestamente idonei*” a risolvere i problemi concorrenziali individuati (cfr. i punti 49 e ss.), dovendosi tuttavia escludere che la Commissione debba compiere alcuna ulteriore indagine sull’esistenza di soluzioni meno restrittive rispetto a quelle proposte dalla parte. Cfr. Conclusioni dell’avvocato generale Kokott del 17 settembre 2009, *Commissione c. Alrosa*, Causa C-441/07 P.

³⁰² Per una più approfondita analisi della sentenza, si rinvia a G. FONDERICO, *Il Caso “Alrosa” e la Proporzionalità nelle Decisioni con Impegni*, in *Giornale di diritto amministrativo* ,3/2011; M. KELLERBAUER, *Playground Instead of Playpen: The Court of Justice of the European Union's Alrosa judgment on art. 9 of Regulation 1/2003*, in *European Competition Law Review*, 2011; M. MESSINA, J.C.A. Ho, *Re-establishing the Orthodoxy of Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003: Comment on Commission v Alrosa*, in *European Law Review* 2011 Vol. 36.

³⁰³ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza del 20 luglio 2011, n. 4393, *MasterCard*.

comportamento del soggetto interessato dai connotati sostanzialmente confessori in ordine alla sussistenza dell'illecito commesso (si da rendere necessarie misure volte ad elidere gli effetti dell'illecito commesso e riconosciuto nella sua consistenza, con decisioni conoscibili dagli operatori di mercato)".

Appare inoltre di rilievo una recente e, sotto alcuni profili discutibile, pronuncia del TAR³⁰⁴, con cui è stato accolto il ricorso di Conto TV avverso la decisione dell'Autorità che rendeva vincolanti impegni proposti da Sky nell'ambito dell'istruttoria A407-Sky/Conto TV. La pronuncia in questione sembra confermare che la presentazione di impegni da parte delle imprese **presuppone** l'identificazione di una condotta lesiva delle imprese oggetto del procedimento: secondo il TAR, infatti, *“l'accettazione degli impegni richiede necessariamente la verifica della loro idoneità alla riparazione con efficacia retroattiva delle condotte poste in essere e già produttive di effetti potenzialmente lesive della libera concorrenza”*.

L'aspetto di interesse è, dunque, che i giudici ammettono esplicitamente la possibilità di concludere con impegni un'istruttoria anche ove la condotta oggetto di accertamento abbia già prodotto effetti in capo ai terzi³⁰⁵. La soluzione suggerita dal giudice amministrativo sembrerebbe tuttavia ravvisare la necessità di misure idonee ad eliminare *ex tunc* gli effetti delle condotte anti-concorrenziali. Il TAR osserva, infatti, che *“non [sarebbe] possibile ritenere che - sussistendo effetti irreversibili prodotti dalla condotta sospetta, destinati a permanere anche a seguito degli impegni presentati - la stessa Autorità possa legittimamente abdicare alla propria funzione istituzionale, interrompendo il procedimento volto all'accertamento di un abuso di posizione dominante, e che debba essere lo stesso giudice civile a verificare incidentalmente se vi sia stato un abuso di posizione*

³⁰⁴ Cfr. TAR Roma, sentenza del 19 maggio 2011, n. 3964. Per un'analisi critica di tale pronuncia, si rinvia a A. RAFFAELLI, *Il Difficile Equilibrio tra Public e Private Enforcement Nell'applicazione del Diritto Antitrust*, in *Foro Amm. TAR* 2011, 6, p. 1926 ss.

³⁰⁵ Si osservi, peraltro, che una soluzione simile era stata raggiunta dall'Autorità nel caso I646, *Produttori Vernici Marine*, cit., in cui gli impegni proposti dalle imprese erano stati rigettati in considerazione, da un lato, della natura dell'illecito alle stesse contestato e, dall'altro, per il fatto che si riferivano a condotte che avevano già compiutamente realizzato i loro effetti restrittivi.

dominante al fine di decidere sulla controversia al suo esame”.

Detta soluzione è stata giustamente criticata in dottrina, in quanto varrebbe ad attribuire all'istituto degli impegni una funzione ultronea rispetto a quella tipica del *public enforcement* - ossia la risoluzione delle criticità concorrenziali, in funzione dell'interesse generale al buon funzionamento del mercato - e che dovrebbe essere invece tutelata in sede di giudizio civile³⁰⁶. Al riguardo, è allo stato pendente un giudizio di secondo grado ed occorrerà dunque attendere per vedere se la soluzione raggiunta sarà condivisa dal Consiglio di Stato. Per quanto di interesse ai presenti fini, detta pronuncia ha comunque il merito di porre l'attenzione sulle conseguenze risarcitorie di una condotta illecita che abbia già esaurito i propri effetti, nell'ambito di un'istruttoria conclusa con impegni.

Tornando all'esame del valore da attribuire alle decisioni con impegni in sede di giudizio civile, alcuni ulteriori spunti sembrerebbero potersi trarre da una recente ordinanza del Tribunale di Milano³⁰⁷, nell'ambito di un giudizio allo stato pendente. Occorre premettere che detto provvedimento costituisce un'ordinanza istruttoria, che segue un procedimento amministrativo che ha coinvolto più imprese per la medesima condotta, in cui l'Autorità: (i) ha accettato gli impegni di una parte e sanzionato invece le altre imprese; (ii) ha notificato la CRI nei confronti di tutte le parti³⁰⁸.

³⁰⁶ In questo senso, si conviene con l'auspicio, da più parti formulato, di mantenere separati i piani di applicazione dei due strumenti assegnati, rispettivamente, alle autorità poste a tutela della concorrenza ed ai giudici nazionali. Sul punto, si rinvia a A. RAFFAELLI, *op. cit.*, p. 1934-1937. Anche CINTIOLI, seppure con riferimento all'ammissibilità degli impegni negli illeciti plurisoggettivi, osserva che *“l'impegno ammissibile non è solo quello che assicura il predetto risarcimento del danno in forma specifica, perché la funzione dell'istituto, così come dell'intero diritto antitrust, non è risarcitoria e non guarda al passato. Guarda invece al futuro”*. Cfr. F. CINTIOLI, *Le Nuove Misure Riparatorie del Danno alla Concorrenza*, cit.

³⁰⁷ Cfr. Tribunale di Milano, Ordinanza 5997/2010 del 20 maggio 2011.

³⁰⁸ La decisione in questione trae origine dalla nota istruttoria A357, concernente un presunto abuso di posizione dominante nel settore della telefonia ed in particolare con riferimento alla terminazione di chiamate fisso-mobile su rete telefonica. In esito al procedimento, l'Autorità aveva accertato la responsabilità di due delle società indagate, Telecom e Wind, mentre nei confronti della terza società coinvolta nell'indagine, Vodafone, l'istruttoria si chiudeva con l'accoglimento degli impegni proposti. Una società cliente di Vodafone proponeva quindi un'azione di risarcimento del danno di tipo *follow on* solo nei confronti di quest'ultima. In tale contesto, l'Autorità aveva notificato la CRI anche a Vodafone e, con il provvedimento di condanna, erano

Ferme restando le peculiarità del caso, l'aspetto di interesse è che detta ordinanza, se da un lato limita il valore di "*prova privilegiata*" nei giudizi di *follow on* ai provvedimenti di carattere decisorio con cui viene irrogata la sanzione, dall'altro riconosce che la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (c.d. "CRI") ed i provvedimenti di condanna avverso le altre società coinvolte nel procedimento "*forniscono* [nei confronti dell'impresa che ha proposto impegni] *quantomeno elementi indiziari a favore della tesi di parte attrice*", da corroborare con ulteriori elementi da acquisire nel corso del giudizio (nel caso di specie sono stati disposti accertamenti tramite CTU).

In linea con il particolare significato probatorio attribuito a detti elementi in sede di giudizio civile, ci sembra non possa escludersi la possibilità di riconoscere un analogo valore anche alle decisioni con impegni. Ed infatti, seppure il provvedimento di avvio che identifica le criticità concorrenziali alla base della decisione di impegni non sia comparabile alla CRI trasmessa alle imprese a conclusione dell'istruttoria – considerato che è preceduto da indagini pre-istruttorie necessariamente limitate³⁰⁹ – la giurisprudenza nazionale sembra comunque richiedere che siano puntualmente identificate già in detto provvedimento le criticità concorrenziali cui gli impegni dovrebbero porre rimedio³¹⁰.

D'altronde, l'attribuzione di un valore indiziario alla decisione con impegni in sede civile sembra altresì confermata alla luce della giurisprudenza civile ed

censurate condotte speculari a quelle che nei confronti di Vodafone non erano state accertate a seguito dell'accettazione degli impegni.

³⁰⁹ Cfr. F. GHEZZI, *La Strategia degli Impegni Dell'Autorità Garante*, dicembre 2011, disponibile alla seguente pagina internet: http://www.nelmerito.com/index.php?option=com_content&task=view&id=1564&Itemid=43.

L'Autore ha in particolare osservato il rischio che l'Autorità possa "*avviare istruttorie "al buio", ossia con castelli accusatori supportati da pochissime evidenze, facendo conto sull'incertezza e sull'avversione al rischio delle imprese. I timori delle imprese potrebbero indurle a presentare impegni procompetitivi*".

³¹⁰ Cfr. Sentenze del TAR Lazio, 10 maggio 2010, n. 10572, relativa al caso A418 – Procedure selettive Lega Nazionale Professionisti Campionati 2010/2011 e 2011/2012 (18 gennaio 2010); 8 maggio 2009, n. 5005, relativa al caso A391, Servizi di soccorso autostradale (23 ottobre 2008) e 7 aprile 2008, n. 2902, relativa al caso A357 - TELE2/TIM-VODAFONE-WIND (3 agosto 2007).

amministrativa sopra esaminata: ed infatti, come osservato, la proposta e l'accettazione di impegni appaiono riflettere una valutazione dell'impresa e dell'Autorità³¹¹ circa l'effettiva sussistenza di criticità derivanti dalle condotte oggetto di istruttoria³¹².

2.2 I rapporti tra enforcement pubblico e privato

L'approccio suggerito nel precedente paragrafo, nel senso che l'assenza di un formale accertamento dell'illecito non esclude la possibilità di attribuire alle decisioni con impegni valore indiziario in un giudizio civile, implica, come è evidente, talune ripercussioni sugli incentivi alla proposizione di impegni da parte delle imprese.

Ciò non sembra, tuttavia, comportare un significativo pregiudizio all'attività di *public enforcement*, ove lo strumento sia effettivamente utilizzato in quel "territorio di mezzo" tra i casi in cui si sia in presenza di fattispecie sanzionabili e quelli in cui non vi sia una violazione³¹³. La possibilità di ripercussioni economiche in sede di azioni di *follow on* renderebbe, infatti,

³¹¹ Si osservi peraltro, con riferimento alla valutazione compiuta dall'Autorità, in un recente caso, nonostante le imprese avessero provveduto alla presentazione di impegni, l'Autorità si è limitata a chiudere l'istruttoria senza accettare gli impegni, non essendo emersi elementi che consentivano di accertare la sussistenza di una violazione (Cfr. Prov. del 20 aprile 2011, Caso 1732, *Aumento Prezzi Bitume*). Ciò sembrerebbe confermare che una decisione con impegni risponda ad un'effettiva preoccupazione dell'Autorità circa una potenziale condotta illecita.

³¹² E' altresì interessante la posizione di M. SOUSA FERRO, *Committing to Commitment Decision - Unanswered Questions on Article 9 Decisions*, in *E.C.L.R.*, 2005, p. 451 ss. L'Autore osserva in particolare, con riferimento alle decisioni con impegni della Commissione, che queste ultime sono idonee ad influenzare i giudici nazionali chiamati a decidere su richieste risarcitorie relative a condotte tenute nel periodo di tempo considerato nella decisione. Un'impresa ha inoltre espresso una differente posizione nelle osservazioni sul Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie, rilevando che dovrebbe essere "attribuito, nell'ambito della conseguente azione di risarcimento del danno, il valore di presunzione semplice di veridicità dei fatti e di inquadramento giuridico dell'illecito, contro la quale è ammessa prova contraria a carico della convenuta. Tale soluzione, se da un lato costituisce un minus rispetto alla efficacia vincolante dei provvedimenti definitivi delle NCA, dall'altro costituirebbe un deterrente alla presentazione di impegni al solo fine di non giungere all'accertamento dell'infrazione da parte della NCA" (confronta considerazioni della società Fastweb sul Libro Bianco, disponibili al seguente [sito internet: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/fastweb_it.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/fastweb_it.pdf)).

³¹³ Secondo l'espressione usata da M. SIRAGUSA, *op. cit.*, p. 386.

svantaggioso per l'impresa presentare impegni nei casi in cui sia convinta della legittimità della propria condotta, ciò che appare in linea con l'interesse pubblico alla chiusura dell'istruttoria senza alcun formale accertamento in mancanza di prove certe sull'esistenza di un'infrazione. Invece, ove vi sia effettivamente una problematica concorrenziale alla base dell'avvio dell'istruttoria, vi sarebbe un significativo rischio che l'illecito sia comunque accertato dall'Autorità: di conseguenza, l'esonero dalla sanzione potrebbe costituire, già di per sé, un sufficiente incentivo alle imprese alla proposizione di un'istanza di impegni.

Sotto il profilo del *private enforcement*, le decisioni con impegni, assumendo valore indiziario con riferimento alle criticità concorrenziali riscontrate in sede amministrativa, potrebbero agevolare l'onere dell'attore di provare in sede civile l'esistenza dell'infrazione e la responsabilità dell'impresa convenuta: il soggetto danneggiato avrebbe la possibilità di basare le proprie pretese anche sul provvedimento di impegni adottato dall'Autorità, da corroborare con ulteriori elementi da acquisire nel corso del giudizio. Ciò consentirebbe una parziale attenuazione dell'asimmetria informativa a danno dell'attore che generalmente caratterizza le azioni di danno *antitrust*, come evidenziato nel Libro Bianco, e che assume un rilievo ancor più significativo nel caso in cui il procedimento si concluda senza un formale accertamento dell'infrazione.

Pertanto, ci sembra che, ove sia rispettato l'assunto di base - ossia l'effettiva sussistenza di una criticità concorrenziale quale presupposto all'applicazione dell'istituto - l'attribuzione di un valore indiziario alle decisioni con impegni in sede civile appare idonea a garantire un bilanciamento tra l'esigenza di tutelare il diritto al risarcimento dei soggetti danneggiati dalle condotte oggetto dell'istruttoria e quella di un'effettiva applicazione delle regole di concorrenza da parte dell'Autorità pubblica.

Al riguardo, occorre naturalmente riconoscere un rilievo essenziale al ruolo svolto dall'Autorità nel condurre indagini istruttorie approfondite preliminarmente all'avvio e nel corso del procedimento amministrativo: appare dunque pertinente l'osservazione formulata in dottrina secondo cui "*la necessità di accertamenti che*

*non si arrestino alla fase di mera deliberazione sommaria emerge dall'orientamento [...] che nega la natura perentoria del termine di tre mesi sancito dall'art. 14 ter*³¹⁴. Ciò potrebbe condurre, in ultima analisi, ad una più accurata selezione e delimitazione dei casi potenzialmente definibili con impegni, con conseguenti benefici anche in termini di prassi applicativa dell'istituto³¹⁵.

3. Decisioni con impegni e prova dell'illecito in sede civile: l'accesso agli atti del procedimento

Un aspetto di rilievo ai fini di proporre azioni di danni in seguito ad istruttorie concluse con impegni riguarda la possibilità per i danneggiati di acquisire elementi probatori utili in sede di azione civile attraverso l'accesso al fascicolo istruttorio amministrativo³¹⁶. Come noto, sono infatti generalmente assenti riferimenti puntuali all'istruttoria svolta dall'Autorità nella decisione di accettazione di impegni.

E' appena il caso di osservare che, una volta che le parti abbiano presentato un'istanza di impegni, l'istruttoria sarà essenzialmente volta alla valutazione di idoneità degli stessi ai fini della loro accettazione. Ciò non esclude, tuttavia, che attraverso l'accesso agli atti le parti possano acquisire elementi di interesse quanto all'infrazione inizialmente ipotizzata dall'Autorità.

Tanto premesso, va osservato che nel contesto europeo è assente una disciplina comune a tutela del diritto di accesso agli atti del procedimento. In Italia, la prassi seguita dall'Autorità, avallata dalla giurisprudenza amministrativa, è nel senso di escludere l'accesso al fascicolo istruttorio a terzi estranei al

³¹⁴ Cfr. A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con Impegni e Tutela Civile dei Terzi*, cit.

³¹⁵ Anche M. Siragusa e F. Ghezzi condividono l'opportunità di un maggiore approfondimento da parte dell'Autorità nelle indagini che precedono l'avvio dell'istruttoria (cfr. note 16 e 72).

³¹⁶ Cfr. al riguardo TAR Roma, sentenze del 7 aprile 2008, nn. 2900 e 2902, secondo cui *“la stessa mancanza di un formale accertamento dell'illecito non esclude con certezza che gli elementi probatori raccolti fino al momento dell'accettazione degli impegni possano venire utilizzati anche in un giudizio civile. La decisione con impegni non comporta infatti alcuna immunità sul piano civilistico”*.

procedimento, anche se denunciati. Al riguardo, occorre rilevare che l'art. 13 del D.P.R. 217/1998 (regolamento recante le norme in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità) riconosce il diritto di accesso ai documenti solo nel corso dell'istruttoria e limitatamente ai soggetti ai quali è stato notificato il provvedimento di avvio, ossia le imprese direttamente destinatarie dell'attività istruttoria, nonché i soggetti che hanno presentato denunce o istanze utili all'avvio del procedimento.

Con riferimento all'accesso c.d. informativo, vale a dire successivo alla conclusione del procedimento, trova invece applicazione il principio generale dettato dall'art. 24 dalla legge 241/1990 sul procedimento amministrativo, in base al quale deve essere sempre garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. L'Autorità ritiene, tuttavia, che tali interessi non possano essere individuati in un qualsiasi interesse giuridicamente rilevante vantato da un soggetto dell'ordinamento ma, piuttosto, in un interesse attinente all'azione amministrativa in relazione alla quale l'istanza di accesso è stata presentata: di conseguenza, è stato escluso l'accesso ai documenti amministrativi richiesto ai fini della tutela dei diritti di parti private in sede civile, sul presupposto che si tratterebbe di un interesse "eterogeneo" rispetto alle funzioni istituzionali dell'Autorità³¹⁷.

Si osservi che, come si dirà di seguito, gli atti ritenuti rilevanti potrebbero essere acquisiti attraverso un ordine di esibizione giudiziale, sebbene non vi siano effettive garanzie sulla concreta possibilità di accesso, alla luce delle modeste

³¹⁷ TAR Roma, sentenza del 2 novembre 2009, n. 10615, Fallimento ELINET S.p.A. L'approccio restrittivo dell'Autorità è stato recentemente confermato dal TAR nella sentenza 10 febbraio 2012, n. 1344, Alitalia c. Kuwait Petroleum Italia, dove il giudice ha considerato legittimo il rifiuto dell'AGCM di garantire ad Alitalia – semplice interveniente e non parte del procedimento amministrativo – l'accesso ai documenti riservati dell'indagine. Il TAR ha ritenuto che i documenti non riservati e l'accesso al fascicolo, contenente una sintetica descrizione dei documenti secretati, avessero consentito ad Alitalia una piena conoscenza della consistenza delle acquisizioni documentale dell'Autorità, nella misura consentita dall'esigenza di salvaguardare gli interessi commerciali delle parti coinvolte.

conseguenze in caso di inadempimento³¹⁸.

Tale situazione non sembra porsi pienamente in linea con il pieno diritto al risarcimento dei danni subiti in seguito ad un illecito *antitrust* riconosciuto dalla giurisprudenza comunitaria, che si è spinta sino a ribadire l'importanza delle azioni di risarcimento anche con riferimento alle domande di clemenza, sul presupposto che tali azioni sono idonee “*contribuire sostanzialmente al mantenimento di un’effettiva concorrenza nell’Unione europea*”³¹⁹.

Di particolare rilievo al riguardo è il caso *Pfleiderer* in cui, come osservato, la Corte di Giustizia non ha seguito la soluzione inizialmente suggerita nelle sue conclusioni dall’Avvocato generale Mazák che aveva proposto, al fine di non compromettere l’effettività dei programmi di clemenza, di consentire l’accesso ai soli documenti allegati alle dichiarazioni di *leniency*, escludendolo invece con riferimento alle dichiarazioni confessorie³²⁰. La Corte di Giustizia ha invece omesso di assumere una posizione definita sul punto, limitandosi a rimettere il giudizio del bilanciamento tra l’interesse alla riservatezza delle *leniency* e il diritto di accesso da parte dei terzi al prudente apprezzamento delle giurisdizioni nazionali. Per quanto di rilievo ai presenti fini, la pronuncia non sembra dunque in astratto idonea a precludere l’accesso dei terzi danneggiati anche alle dichiarazioni ed alla documentazione fornita dai *leniency applicant*³²¹.

³¹⁸ Si osservi che parte della dottrina ritiene che l’amministrazione goda di un’ampia discrezionalità in merito ad una richiesta di informazioni *ex art. 213 c.p.c.*, in linea con quanto previsto nella Relazione al progetto definitivo del c.p.c., in base al quale “*l’ente pubblico può sempre rifiutare le informazioni, ove ritenute nocive al pubblico interesse*”. Tuttavia, detta conclusione osta con il principio di cooperazione tra autorità giudiziaria ed amministrativa, recepito nel codice di rito e rafforzato in materia *antitrust* dal Regolamento 1/2003. Sul punto cfr. A. Scognamiglio, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, cit.

³¹⁹ Sentenza del 14 giugno 2011, causa C-360/09, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, par. 29. Per un’analisi critica, si rinvia a A. GEIGER, *The End of the EU Cartel Leniency Program*, in *European Competition Law Review*, 32 (10) 2011, p. 535 e I. VANDENBORRE, S. BLANCO THOMAS, *European Court Of Justice Provides Limited Guidance On The Disclosure Of Leniency Documents*, in *European Competition Law Review*, 32 (10) 2011, p. 488

³²⁰ Cfr. conclusioni dell’avvocato generale Mazák del 16 dicembre 2010, *Pfleiderer AG contro Bundeskartellamt*.

³²¹ Sentenza del 14 giugno 2011, causa C-360/09, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt* (cfr. la trattazione svolta *supra*, parte I, cap. III, par. 4.1).

L'approccio dell'Autorità italiana, nel senso di escludere in ogni caso l'accesso di terzi potenzialmente danneggiati al fascicolo, sembra inoltre non del tutto in linea con la posizione recentemente assunta dal mediatore europeo (c.d. *Ombudsman*) in una pronuncia relativa ad una istruttoria comunitaria in cui la società coinvolta aveva proposto una serie di impegni. In tale contesto, l'*Ombudsman* ha riconosciuto un certo interesse in capo alla Commissione a non consentire l'accesso di terzi al fascicolo istruttorio *nel corso* del procedimento, in quanto ciò “*could have impacted negatively on the willingness of E.ON to cooperate with the Commission. This, in turn, could have endangered the completion of the Commission's investigation of E.ON*”³²². Il profilo di rilievo ai presenti fini è che l'*Ombudsman* ha raggiunto tale conclusione sulla base dell'art. 4, par. 2, terzo trattino, del Reg. CE n. 1049/2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti delle istituzioni comunitarie: tale norma stabilisce un'eccezione al diritto di accesso al fine di tutelare l'efficienza del procedimento istruttorio. Tuttavia, la giurisprudenza comunitaria ha chiarito che gli atti della Commissione possono beneficiare di detta eccezione **nel corso** delle attività di accertamento, ma non **successivamente alla pubblicazione** del provvedimento³²³. Come è stato osservato da attenta dottrina, la pronuncia in esame sembrerebbe dunque indicare che “*the Commission must indeed provide access to the preliminary assessment [...] but only after the commitment decision has been adopted (or the article 9 process has failed)*”³²⁴. La decisione del mediatore

³²² Cfr. *Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 2953/2008/FOR against the European Commission*, punto 49. Il caso in questione trae origine da un procedimento relativo ad un presunto abuso sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica tedesco da parte della società E.ON, che aveva presentato una serie di misure volte a risolvere le criticità riscontrate. In tale contesto, la Commissione ha rigettato la richiesta di un terzo di accedere, prima della pubblicazione del provvedimento finale, alla valutazione preliminare della condotta svolta dall'organo comunitario. Si noti che, diversamente dal sistema nazionale ove il provvedimento di avvio è pubblico, a livello europeo la valutazione preliminare delle potenziali criticità concorrenziali operata dalla Commissione è mantenuta confidenziale.

³²³ Cfr. sentenze del Tribunale di primo grado, 6 luglio 2006, *Yves Franchet e Daniel Byk c. Commissione*, Cause riunite T-391/03 e T-70/04 e 9 giugno 2010, *Éditions Odile Jacob SAS c. Commissione*, causa T-237/05.

³²⁴ Si veda sul punto C. WEST *Ombudsman Rules on Disclosure in Commitment Proceedings*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, vol. 2, p. 134. Si noti che la Commissione ha, in passato, tentato di giustificare il rifiuto all'ostensione anche successivamente

europeo non sembrerebbe pertanto escludere la possibilità di consentire l'accesso ai documenti una volta concluso il procedimento amministrativo: sebbene il provvedimento in esame non abbia un valore legalmente vincolante, il principio espresso potrebbe avere un certo riflesso sulla prassi decisionale degli Stati membri.

Come anticipato, l'attore potrebbe accedere al fascicolo istruttorio, attraverso altri strumenti previsti dall'ordinamento. In particolare, l'esibizione di documentazione utile ai fini del processo civile potrebbe essere ottenuta attraverso un ordine di esibizione giudiziale i) ai sensi dell'art. 210 c.p.c., nei confronti dell'Autorità o del responsabile della violazione, per la documentazione in possesso di quest'ultimo o ii) ai sensi dell'art. 213 c.p.c. (norma utilizzabile anche in assenza dei presupposti richiesti per l'emanazione dell'ordine *ex art.* 210 c.p.c.) nei confronti dell'Autorità.

In passato, il giudice civile ha accolto, in alcuni casi, richieste di esibizione al fascicolo istruttorio dell'Autorità:

alla chiusura del procedimento al fine, tra l'altro, di preservare il clima di fiducia e di cooperazione tra la Commissione e le parti interessate. La giurisprudenza ha generalmente rigettato tali giustificazioni come *"troppo vaghe e generiche"* (cfr. sentenza del Tribunale, *Éditions Odile Jacob SAS, cit.*).

In dottrina è stato osservato che *"the General Court might assess the temporal scope of the exception differently in the case of a request for access to documents submitted voluntarily [...] in the context of an immunity/leniency submission. In such a case, even after completion of investigations, the protection of the purpose of the investigations would arguably justify refusing disclosure of documents"* (cfr. G. GODDIN, *Recent Judgments Regarding Transparency and Access to Documents in the Field of Competition Law: Where Does the Court of Justice of the EU Strike the Balance?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, vol. 2). Effettivamente, il Mediatore europeo ha riconosciuto in passato, seppure incidentalmente, che l'ostensione di documentazione presentata nell'ambito di un programma di clemenza potrebbe comprimere la cooperazione delle imprese (cfr. decisione dell'Ombudsman nel caso 3699/2006/ELB, 6 aprile 2010).

Al contrario, il Tribunale di Primo Grado sembrerebbe avere recentemente raggiunto una diversa conclusione: nella pronuncia con cui è stata annullata una decisione della Commissione che rigettava l'istanza di accesso all'indice del fascicolo di un procedimento concernente un cartello, i giudici hanno infatti osservato che: *"i programmi di clemenza e di cooperazione, la cui efficacia la Commissione tenta di preservare, non sono i soli strumenti per garantire il rispetto delle norme in materia di concorrenza dell'Unione. Infatti, le azioni per risarcimento danni, dinanzi ai giudici nazionali, sono atte a contribuire in modo sostanziale al mantenimento di una concorrenza effettiva nell'Unione"* (cfr. causa T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims c. Commissione*, sentenza del 15 dicembre 2011).

- ai sensi dell'art. 210 c.p.c., nel caso del Tribunale di Palermo, in un'azione per danni promossa in seguito ad un'istruttoria dell'Autorità conclusa tramite impegni³²⁵;
- ai sensi dell'art. 213 c.p.c., nel caso della Corte di Appello di Roma, in un giudizio di *private enforcement* conseguente ad un procedimento dell'Autorità concluso con una decisione di accertamento e condanna³²⁶.

In un recente caso, il Tribunale di Milano si è riservato di decidere circa gli ordini di esibizione richiesti da parte attrice, nell'ambito di un'azione di danni conseguente ad un'istruttoria *antitrust* nel settore della telefonia, che si era conclusa con l'accoglimento degli impegni nei confronti della società convenuta in sede civile, e con una decisione di infrazione avverso le altre due società indagate oggetto del procedimento amministrativo³²⁷.

Può essere interessante un confronto della prassi nazionale con quella degli altri Stati membri, da cui sembrano emergere indicazioni circa un approccio particolarmente favorevole seguito in alcune giurisdizioni.

Al riguardo, un fronte piuttosto avanzato sembra essere quello francese, ove la Corte di Parigi ha recentemente ordinato all'Autorità della concorrenza francese di esibire i documenti relativi ad un procedimento amministrativo iniziato a fine giugno 2010 su impulso di alcune società attive nella promozione di buoni sconto via internet, tra cui *Ma Liste de Courses*, concluso con un provvedimento di impegni³²⁸. A seguito della chiusura del procedimento amministrativo, la società *Ma Liste de Courses* ha avviato un'azione civile al fine di ottenere un risarcimento

³²⁵ Ordinanza del Tribunale di Palermo, 15 luglio 2011. L'istanza di esibizione è stata accolta dopo che l'Autorità ha negato l'accesso al fascicolo istruttorio. Il caso trae origine dall'istruttoria A417, avviata nei confronti di Grandi Navi Veloci per un possibile abuso di posizione dominante nel mercato del trasporto di linea di veicoli gommati.

³²⁶ Ordinanza della Corte di Appello di Roma, 8 maggio 2006. Il caso trae origine dal procedimento I124, *Raffineria di Roma/Fina Italiana/Erg Petroli/Monteshell*, in cui l'Autorità ha accertato un'intesa anticompetitiva nel settore del bitume.

³²⁷ Cfr. Tribunale di Milano, Ordinanza 5997/2010 del 20 maggio 2011 (cfr. *supra* nota 307).

³²⁸ Tribunal de commerce de Paris, 15th chambre, *SAS Ma Liste de Courses v. Société HighCo 3.0 et al.*, decisione del 24 agosto 2011.

dei danni subiti dalla condotta asseritamene anticompetitiva.

E' interessante notare che la società attrice era in possesso, a prescindere dall'accesso al fascicolo degli atti dell'Autorità, della maggior parte della documentazione alla base dell'istruttoria amministrativa, ma in base alla normativa francese non le era riconosciuto il diritto di esibire tale materiale in sede di giudizio civile: l'art. 463, par. 6, del Codice Commerciale Francese impedisce, infatti, di utilizzare in altri contesti le informazioni acquisite nell'ambito di un procedimento dell'Autorità della concorrenza. Sebbene una recente decisione della Suprema Corte francese abbia ammesso l'esibizione di tali documenti ove sia necessario per difendere un diritto delle parti³²⁹, ciò non sarebbe valso ad escludere il rischio per la società di incorrere in una potenziale violazione della norma citata. Per tale ragione, *Ma Liste de Courses* ha preferito chiedere un ordine di esibizione in sede civile, che è stato concesso dalla Corte di Parigi: il giudice ha in tale sede confermato che l'art. 463, par. 6, non impedisce la possibilità di ordinare l'accesso nell'ambito di un'azione di risarcimento del danno. Di conseguenza, è stato richiesto all'Autorità francese di esibire le versioni non riservate delle dichiarazioni scritte e orali raccolte durante il procedimento istruttorio, tra cui le versioni non confidenziali delle osservazioni scritte presentate dalle parti e dai terzi, i verbali delle audizioni, le risposte alle richieste di informazioni ed i documenti trasmessi dalle parti.

Da ultimo, merita un breve cenno una decisione dell'Autorità della concorrenza olandese del dicembre 2009, relativa alla richiesta di accesso agli atti da parte di un soggetto potenzialmente interessato a proporre un'azione di danni. Con la decisione in questione, l'Autorità ha accolto tale richiesta, senza la necessità per il soggetto danneggiato di ricorrere in sede giudiziale al fine di ottenere un ordine di esibizione: più specificamente, l'Autorità si è spinta sino a consentire l'accesso alla comunicazione delle risultanze istruttorie (c.d. *onderzoeksrapport*), salvo limitarsi a mantenere riservati i soli riferimenti ai nomi

³²⁹ Cour de Cassation, Commercial Chamber, Semavem, 19 gennaio 2010.

delle persone citate nel documento³³⁰.

Conclusioni di sintesi

L'analisi condotta circa i rapporti tra azioni di risarcimento del danno e procedimenti dell'Autorità conclusi con l'accettazione di impegni consente di apprezzare un quadro variamente composito.

In primo luogo, si è osservato come alcune caratteristiche dei procedimenti con impegni, e in particolare l'assenza nel provvedimento finale di un accertamento formale dell'illecito, potrebbero comportare alcuni elementi di potenziale tensione con le azioni di risarcimento del danno. Un corretto inquadramento della normativa in esame – limitando lo strumento ai soli casi in cui vi sia una fattispecie sanzionabile, ma siano assenti condotte potenzialmente gravi – sembrerebbe idonea a limitare potenziali sovrapposizioni tra le due modalità di *enforcement*.

Tuttavia, i dati evidenziati mostrano come il ricorso alle decisioni con impegni nell'ambito degli ordinamenti analizzati, salvo il caso dell'Inghilterra, sia piuttosto ampio e tutt'altro che residuale. Inoltre, la prassi nazionale, in linea con quella comunitaria, sembra escludere dall'applicazione dello strumento esclusivamente c.d. i cartelli *hard core*, ammettendolo invece in altre fattispecie, anche potenzialmente gravi. A fronte di tale contesto, come ben noto, la Commissione ha fornito in più occasioni chiare indicazioni circa l'intenzione di voler incoraggiare le azioni di *private enforcement*, non prendendo tuttavia espressa posizione in merito alle problematiche potenzialmente connesse alla conclusione con impegni del procedimento amministrativo.

In linea generale, le preliminari indicazioni fornite dalla giurisprudenza sembrerebbero escludere che lo strumento con impegni precluda, nei fatti, la

³³⁰ Decisione del 7 dicembre 2009, n. 6830-*Stichting Meldpunt Collectief Onrecht*.

possibilità per i soggetti danneggiati di ottenere il risarcimento del danno subito in connessione ad un illecito anticoncorrenziale.

Taluni elementi da cui trarre utili indicazioni al fine di un'azione di *private enforcement* sono anzitutto il provvedimento di apertura e chiusura del procedimento - nei quali l'Autorità procede non solo ad una descrizione preliminare, ma piuttosto puntuale, dei mercati interessati, delle condotte potenzialmente rilevanti, ma anche ad un primo inquadramento giuridico della fattispecie oggetto di indagine - ed i commenti forniti in risposta alla procedura di consultazione. Una questione di rilievo attiene, inoltre, al valore da attribuire alle decisioni con impegni nei giudizi civili. Al riguardo, la giurisprudenza comunitaria e nazionale sembrerebbe confermare che alla base dell'accettazione di impegni vi sia un effettivo dubbio circa la sussistenza di un illecito antitrust: di conseguenza, potrebbe essere attribuito a tali decisioni, in sede di giudizio civile, valore indiziario quanto alle preoccupazioni concorrenziali sollevate dall'Autorità, da corroborare con ulteriori elementi di prova. L'approccio proposto, come è evidente, comporta talune ripercussioni sugli incentivi alla proposizione di impegni da parte delle imprese. Tuttavia, ove sia rispettato l'assunto di base - ossia l'effettiva sussistenza di una criticità concorrenziale quale presupposto all'applicazione dell'istituto - tale soluzione sembra idonea a garantire un prudente bilanciamento tra l'esigenza di tutelare il diritto al risarcimento dei soggetti danneggiati dalle condotte oggetto dell'istruttoria e quella di un'effettiva applicazione delle regole di concorrenza da parte dell'Autorità pubblica.

Sotto diverso ma collegato profilo, si è rilevata l'importanza, ai fini di non ostacolare l'esercizio delle azioni di risarcimento, di consentire l'acquisizione di elementi utili ai fini della prova dell'illecito in sede civile, in particolare attraverso l'esercizio del diritto di accesso al fascicolo istruttorio. A tale proposito, nonostante la mancanza di una disciplina europea uniforme, alcune giurisdizioni comunitarie si sono mostrate piuttosto favorevoli nel consentire l'accesso agli atti a tali soggetti. L'orientamento seguito dall'Autorità italiana, con l'avallo della giurisprudenza amministrativa, sembrerebbe piuttosto rigido, nel senso di

escludere l'accesso al fascicolo istruttorio a terzi estranei al procedimento. In questo contesto, potrebbe essere forse opportuno il riconoscimento di una maggiore tutela di tale diritto da parte dell'Autorità amministrativa.

In conclusione, ci sembra che le problematiche richiamate assumano particolare rilievo alla luce del crescente interesse per uno sviluppo del *private enforcement* in Italia ed in Europa al fine di assicurare una più efficace tutela della concorrenza.

BIBLIOGRAFIA

ANDREANGELI A. E ALTRI, *Draft Report of Working Group III: Enforcement by the Commission – The Decisional and Enforcement Structure in Antitrust Cases and the Commission's Fining System*, Global Competition Law Centre, Bruges, 2009

ALLENDESALAZAR R., MARTÍNEZ LAGE P., *Evidence Gathered Through Leniency: From the Prisoner's Dilemma to a Race to the Bottom*, in *European Competition Law Annual 2009: Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*, Ehlermann, C., Marquis, M. (a cura di), forthcoming, Hart Publishing

AUBERT C., REY P., KOVACIC W. E., *The Impact of leniency and whistleblowing programs on cartels*, 2004, disponibile alla pagina web <http://idei.fr/doc/by/re/leniency.pdf>

BAKER D.I., *The Use of Criminal Law Remedies to Deter and Punish Cartels and Bid-Rigging*, in *George Washington Law Review*, 2001

BASTIANON S., *Il Diritto Antitrust dell'Unione Europea*, Milano, 2011

BECKER G. S., *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in *The Journal of Political Economy*, 1968

BERETTA M., *I programmi di Clemenza in Europa e in Italia: Rischi e Opportunità per le Imprese*, seminario tenuto a Milano in data 17 ottobre 2011

BERETTA M. e FERRARI P. M., relazione presentata al seminario *I Programmi di Clemenza Europeo ed Italiano: la Via del Pentimento*, Roma, 27 aprile 2011

BERTINI F., SCHEMBRI G., *Sanzioni Amministrative, Impegni, Misure cautelari, Programmi di Clemenza e Risarcimento del Danno: un Menù di Scelte per L'impresa*, in *Concorrenza e mercato*, n. 16/2008

BERTONE J., MAGGIOLINO M., *L'introduzione dei Programmi di Clemenza nel Diritto Antitrust Italiano: Ragioni e Prospettive*, in *Rivista delle Società*, 2007

BILLET P., *How Lenient is the EC Leniency Policy? A matter of certainty and predictability*, in *European Competition Law Review*, 2009, 14

BISHOP S., WALKER M., *The Economics of EC Competition Law*, Sweet & Maxwell, London, 2010

BLOOM M., *Despite its Great Success, the EC Leniency Program Faces Great Challenges*, in *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Claus-Dieter Ehlermann and Isabela Atanasiu (eds.), Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, 2007

BRENNER S., *An Empirical Study of the European Corporate Leniency Program*, 2005, disponibile al seguente indirizzo: http://www.fep.up.pt/conferences/earie2005/cd_rom/Session%20VII/VII.G/brenner.pdf

BUCCIROSSI P., *Impegni e Abusi di Sfruttamento: i Confini tra Antitrust e Regolazione*, in *Atti del Convegno "Antitrust fra Diritto Nazionale e Diritto Comunitario"*, 22-23 maggio 2008, Treviso

BUCCIROSSI P., SPAGNOLO G., *Antitrust Sanction Policy in the Presence of Leniency Programmes*, 2006, disponibile al seguente indirizzo: <http://www.gianca.org/PapersHomepage/Buccirossi%20Spagnolo%20-%20Antitrust%20Sanction.pdf>

BUCCIROSSI P., SPAGNOLO G., *Optimal Fines in the Era of Whistleblowers. Should Price Fixers still Go to Prison?* in GOSHAL and STENNEK, *The Political Economy of Antitrust*, 2007, disponibile al seguente indirizzo: www.ssnr.com

CAGGIANO G., *Il Ruolo dei Giudici Comunitari Nell'evoluzione del Diritto della Concorrenza*, in *Studi sull'Integrazione europea*, n. 2/2009

CALVIÑO N., *Public Enforcement in the EU: Deterrent Effect and Proportionality of Fines*, in C.-D. EHLERMANN, I. ATANASIU, *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Hart Publishing, Oxford, 2007, p.317.

CAMILI E., *Optimal Fines in Cartel Cases and the Actual EC Policy*, in *World Competition* (4), 2006

CAMILI E., *Atti del Convegno I 15 Anni di Concorrenza e del Mercato*, in *Concorrenza e Mercato*, 15/2007

CANENBLEY C., STEINVORTH T., *Effective Enforcement of Competition Law: is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?* in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 2, no. 4, 2011

CARPAGNANO M., *Vent'anni di Applicazione Giudiziale delle Regole di Concorrenza in ITALIA: 1990-2010*, in *Concorrenza e Mercato*, 2011

CARUSO A., *Leniency Programmes and Protection of Confidentiality: the Experience of the European Commission*, in *Journal of European Competition Law and Practice*, 2010, vol. 1, n. 6

CASSINIS P., *Commento alla Delibera sulla Non Imposizione e sulla Riduzione delle Sanzioni ai sensi Dell'art. 15 della Legge 10 ottobre 1990, n. 287. Ambito di Applicazione della Comunicazione (par. 1, Provv. AGCM 15 febbraio 2007, n. 16472)*, in *Codice Commentato della Concorrenza e del Mercato*, A. Catricalà, P. Troiano (a cura di), Torino, 2010

CASTILLO DE LA TORRE, *Evidence, Proof and Judicial Review in Cartel Cases*, in *World Competition*, 2009

CAUFFMAN C., *The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages*, in *Competition Law Review*, n. 7 (2), 2011

CAVALLONE B., *Azioni di Risarcimento del Danno per Violazione delle Norme Antitrust Comunitarie: Problemi Dell'istruzione Probatoria*, in *Il Private*

Enforcement delle Norme sulla Concorrenza, Rossi dal Pozzo, F., Nascimbene B. (a cura di), Milano, 2009

CHIEPPA R., *Le Nuove Forme di Esercizio del Potere e L'ordinamento Comunitario*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2009, n. 06

CINTIOLI F., *Le Nuove Misure Riparatorie del Danno alla Concorrenza*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2008, n. 01; L. DI VIA, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 2007, n. 2

CLARICH M., *I Programmi di Clemenza nel Diritto Antitrust*, in Cintioli, F., Olivieri, G. (a cura di), *I Nuovi Strumenti di Tutela Antitrust: Misure Cautelari, Impegni e Programmi di Clemenza*, Milano

COMBE E., MONNIER C., *Les Amendes contre les Cartels: La Commission Européenne en fait-elle trop?* in *Concurrences*, 2009

CONNOR J.M., *Has the European Commission become more Severe in Punishing Cartels? Effects of the 2006 Guidelines*, in *European Competition Law Review*, 2011, n.1

CHEN J., HARRINGTON E., *The Impact of the Corporate Leniency Program on Cartel Formation and the Cartel Price Path*, in *The Political Economy of Antitrust*, Ghosal V. and Stennek J. (a cura di), Elsevier, 2007

CHEN Z., REY P., *Optimal Design of Leniency Mechanism*, working paper in *GREMAQ Grossman*, 2006

CONNOR J.M., *Has the European Commission become more Severe in Punishing Cartels? Effects of the 2006 Guidelines*, in *European Competition Law Review*, 2011, n.1

CRAYCRAFT C., CRAYCRAFT J.L., GALLO J.C., *Antitrust Sanctions and Firm's Ability to Pay*, in *Review of Industrial Organization*, 1997

D'ALBERTI S., *Alcune Riflessioni sul Programma di Clemenza Italiano alla Luce delle Prime Pronunce dell'Autorità e dei Giudici Amministrativi*,

relazione presentata al Convegno *I Principali Sviluppi nel Diritto della Concorrenza Comunitario e Nazionale*, Sorrento, 20-21 maggio 2011

D'ANTONIO V., *I Programmi di Clemenza in Diritto Antitrust: Modelli Teorici ed Esperienze Concrete*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2008, 677

DE BROCA H., *The Commission Revises its Guidelines for Setting Fines in Antitrust Cases*, in *Competition Policy Newsletter*, 2006, 3

DEKEYSER K., *Impact of Public Enforcement on Antitrust Damages Actions: Some Likely Effects of Settlements and Commitments on Private Actions for Damages*, in *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements Under EC Competition Law*, C. D. Ehlermann, M. Marquis (a cura di), Oxford, 2008

DEMPSEY J.J., *A Right of Confrontation for Competition Hearings Before the European Commission*, in *Brooklyn Law Review*

DENOZZA F., TOFFOLETTI L., *Le Funzioni delle Azioni Private nel Libro Bianco sul Risarcimento del Danno Antitrust: Compensazione, Deterrenza e Coordinamento con L'azione Pubblica*, in *Il Private Enforcement delle Norme sulla Concorrenza*, Rossi Dal Pozzo, F., Nascimbene, B. (a cura di), Milano, 2009

DENOZZA F., *Logica del Sistema Sanzionatorio e Programmi di Clemenza*, in *Poteri e Garanzie nel Diritto Antitrust*, G. Bruzzone (a cura di), Bologna, 2008

DI VIA L., *Gli Impegni*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 2007, n. 2

EHLERMANN C.D., ATANASIU I., *The Modernisation of E.C. Antitrust Law, Consequences for the Future Role and Function of the E.C. Courts*, in *European Competition Law Review*, 2002

ELLIS C., WILSON W., *Cartels, Price-Fixing, and Corporate Leniency Policy: What Doesn't Kill Us Make Us Stronger*, non pubblicato, University of Oregon, 2001

FATTORI P., TODINO M., *La Disciplina della Concorrenza in Italia*, 2010, Bologna

FAULL J., NIKPAY A., *The EC Law of Competition*, Oxford, 2007

FONDERICO G., *Il Caso "Alrosa" e la Proporzionalità nelle Decisioni con Impegni*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2011, n. 3

GALASSO G., *L'esperienza Italiana*, relazione presentata al Convegno organizzato dall'AGCM *I Programmi di Clemenza nel Diritto Antitrust*, Roma, 23 aprile 2010, disponibile al seguente indirizzo: <http://www.agcm.it/ventennale-dellautorita/4862-i-programmi-di-clemenza-nel-diritto-antitrust-roma-auditorium-agcm.html>

GEIGER A., *The End of the EU Cartel Leniency Program*, in *European Competition Law Review*, 32 (10) 2011

GHEZZI F., *L'applicazione del Diritto Antitrust sotto la Presidenza Catricalà: Obiettivi e Priorità nella Disciplina delle Intese*, 2009, disponibile al seguente indirizzo: http://www.antitrustisti.net/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,864/Itemid,32/

GHEZZI F., *Clemenza e Deterrenza nel Diritto Antitrust: L'utilizzo dei Leniency Programs nella Lotta contro Cartelli e Intese Hard Core*, in *Concorrenza e mercato*, 2002

GIACOBBO-PEYRONNEL V., SINGER P., *Quelques Réflexions et Interrogations au Sujet de L'effet Dissuasif des Amendes en Droit Communautaire de la Concurrence*, *Concurrences*, 2009

GITTI G., *Gli Accordi con le Autorità Indipendenti*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, n. 2

GODDIN G., *Recent Judgments Regarding Transparency and Access to Documents in the Field of Competition Law: Where Does the Court of Justice of the EU Strike the Balance?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, n. 2

GRASSO R., *The E.U. Leniency Program and U.S. Discovery Rules: A Fraternal fight?* in *Michigan Journal of International Law*, 2008, n. 29

GYSELEN L., *The Commission's Fining Policy in Competition Cases – "Questo è il catalogo"*, in P. Slot and A. MCDONNELL (eds.) *Procedure and Enforcement in EC and US Competition Law*, Sweet and Maxwell, 1993

GREEN J., MCCALL I., *Leniency and Civil Claims*, in *Competition Law Insight*, Luglio 2009

GRIFFIN J.M., SULLIVAN K.R., *Recent Developments in Leniency Policy and Practices in Canada, the European Union and the US*, relazione presentata al convegno ABA *Advanced International Cartel Workshop*, San Francisco, 30 gennaio–1 febbraio 2008

HAMMOND. D., *Measuring the Value of Second-In-Cooperation in Corporate Please Negotiations*, Remarks Before the ABA Section of Antitrust Law Spring Meeting, 2006 disponibile al seguente indirizzo: www.usdog.gov/atr/public/speeches/215514.htm

HANSEN M., CROCCO L., KENNEDY S., *Challenges to International Cartel Enforcement and Multi-Jurisdictional Leniency Applications – Disclosure of Leniency Applicant Statements and Materials*, aprile 2012, disponibile al sito internet http://www.lw.com/upload/pubContent/_pdf/pub4546_1.pdf

HARDING C. e JOSHUA J., *Regulating Cartels in Europe*, Oxford, 2011

HARRINGTON J.E., *Optimal Corporate Leniency Programs*, 2008, disponibile al seguente indirizzo: <http://www.econ.jhu.edu/People/Harrington/jie08.pdf>

HENRY D., VOLK C., *The Pfleiderer Case, the Risks in Giving Private Claimants Access to Leniency Documents*, in *Competition Law Insight*, 2010

HIMES J.L., *It Ain't Funny How Time Slips Away: Amnesty Recipient Cooperation in Civil Antitrust Litigation*, in *Competition Policy International*, Agosto 2009

HINLOOPEN J., *Internal Cartel Stability with Time-Dependent Detection Probabilities*, disponibile al seguente indirizzo: http://www.encore.nl/documents/Hinloopen_Internalcartelstabilitywithtime-dependentdetectionprobabilities.pdf

HORÁNYI M., *The Hungarian Parliament Votes an Amendment to the Competition Act*, 2008, disponibile al seguente sito internet: http://www.concurrences.com/article_bulletin.php3?id_article=23554

JOSHUA J.M., *That Uncertain Feeling: the Commission's 2002 Leniency Notice*, in *European Competition Law Annual 2006. Enforcement of Prohibition of Cartels*, Ehlermann, C., Atanasiu, I. (a cura di), Oxford, 2007

JOSHUA J.M., *The European Cartel Enforcement regime post-modernization: how is it working?*, in *George Mason Law Review*, 2006

JOSHUA J.M., CAMESASCA P.D., *Where Angels Fear to Tread: the Commission's 'New' Leniency Policy Revisited*, in *The European Antitrust Review*, 2005, disponibile al seguente indirizzo: http://www.whereladersgo.com/docs/JulianJoshua_WhereAngelsFeartoThread.pdf

JOSHUA J. M., *Oral Statements in EC Competition Proceedings: A Due Process Short-Cut?*, in *Competition Law Insight*, 2004, n. 26

KELLERBAUER M., *Playground Instead of Playpen: The Court of Justice of the European Union's Alrosa Judgment on Art. 9 of Regulation 1/2003*, in *European Competition Law Review*, 2011

KERSE C.S., KHAN N., *EC Antitrust Procedure*, London, 2005

KILLICK J.M., *Leniency, lying and due process – The lessons of the Stolt-Nielsen case*, in *Competition Law Insight*, Giugno 2008

KOBAYASHI B.H., *Antitrust, Agency and Amnesty: an Economic Analysis of the Criminal Enforcement of the Antitrust Laws against Corporations*, in *George Mason Law & Economics Research Paper*, 2004, no. 02–04, pp. 1 ss.

KOMMINOS A. P., *Relationship between public and private enforcement: quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari*, contributo presentato al 16th Annual EU Competition Law Policy Workshop, Firenze, 17-18 giugno 2011

LEDDY M., *Cartel Leniency Programs – Some Caveats*, in *Concurrences*, 2011, n. 3

LEMAIRE C., *The French NCA Closes a Case in Which it Received Two Leniency Applications Because of the Misleading Documents that were Submitted and Calls their Obligation to Cooperate into Question (LPG)*, in *Concurrences*, 2011, n. 1

LESLIE C. L., *Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability*, 31 *J. Corp. L.*, 2006

LIBERTINI M., *Le Decisioni “Patteggiate” nei Procedimenti per Illeciti Antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, 12, 2006

MACCHI DI CELLERE S., MEZZAPESA G., *The First Italian Antitrust Leniency Notice*, in *Competition Law International*, 2008

MAGARIAN E. E ALTRI, *To Cooperate or Not: The Corporate Leniency Program After Stolt-Nielsen*, Febbraio 2008, disponibile al seguente indirizzo: www.antitrustsource.com

MAGGIOLINO M., *Il Potere Deterrente dei Sistemi Sanzionatori Comunitario e Nazionale e le Riduzioni delle Sanzioni Antitrust*, in *Concorrenza e Mercato*, 2007, 313-415

MARC I., FELIX R., *Making Commitments. Diamonds (supply agreements) Are (not suspended) Forever: A Look at the Recent Alrosa Judgment by the CFI*, in *Competition Law Insight* 2007

MELI M., *I Programmi di Clemenza (“Leniency”) e L’azione Privata*, in *Funzioni del Diritto Privato e Tecniche di Regolazione del Mercato*, M. Maugeri, A. Zoppini (a cura di), Bologna, 2009

MELI V., *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e I Programmi di Clemenza*, in Rabitti Bedogni, C., Barucci, P. (a cura di), *20 Anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010

MESSINA M., HO J.C.A., *Re-establishing the Orthodoxy of Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003: Comment on Commission v Alrosa*, in *European Law Review*, 2011 Vol. 36

MILLER S., *Strategic Leniency and Cartel Enforcement*, in *American Economic Review*, 2009

MILLER S., NORDLANDER K., OWENS J., *U.S. Discovery of European Union and U.S. Leniency Applications and Other Confidential Investigatory Materials*, in *The CPI Antitrust Journal*, 2010, n. 1

MODRALL J., PATEL R., *Oral Hearings and the Best Practices Guidelines*, in *CPI Antitrust Journal*, 2010, n. 1

MOTTA M., *On Cartel Deterrence and Fines in the European Union*, in *European Competition Law Review*, 2008, 29

MOTTA M., POLO M., *Leniency Programs and Cartel Prosecution*, EUI Working Paper ECO N. 99/23, 1999, disponibile al seguente indirizzo: <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/708/ECO99-23.pdf?sequence=1>

MOTTA M., POLO M., *Antitrust – Economia e Politica della concorrenza*, Bologna, 2004

NAZZINI R., *Private Actions in EC Competition Law*, in *Competition policy international*, 2008, vol. 4, n. 2

NICOLINI F., *Il Programma di Clemenza Italiano e il Ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: Prime Applicazioni*, in *Giust. Amm.*, 2007, 731

NOCE A., *Antitrust e Regolazione nelle Decisioni con Impegni in Materia di Energia*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 2, 2011

NORDLANDER K., *Discovering Discovery – US Discovery of EC Leniency Statements*, in *European Competition Law Review*, 2004, n. 25 (10)

OSTI C., *Una Scaletta Sull'attuazione Giudiziale (e Cenni Sull'azione Collettiva) del Diritto della Concorrenza*, in Rabitti Bedogni, C., Barucci, P. (a cura di), *20 Anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010

PARDOLESI R., *Complementarietà Irrisolte*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 2011, n. 3

PERA A. e CARPAGNANO M., *Le Decisioni con Impegni tra Teoria e Prassi: Un'analisi Comparata*, in *Contratto e impresa - Europa*, 2008, 773

PERA A., *Le Decisioni con Impegni tra Diritto Nazionale e Comunitario*, in *Poteri e Garanzie nel Diritto Antitrust: L'esperienza Italiana nel Sistema della Modernizzazione*, G. Bruzzone (a cura di), Bologna, 2008

PESCE C., *Il Programma di Clemenza Europeo e la Tutela dei Singoli*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, 01

POLO M., *Effettività degli Strumenti di Enforcement e Incidenza sulle Strategie di Impresa*, relazione presentata al Convegno organizzato dall'AGCM *I Programmi di Clemenza nel Diritto Antitrust*, Roma, 23 aprile 2010, disponibile al seguente indirizzo: <http://www.agcm.it/ventennale-dellautorita/4862-i-programmi-di-clemenza-nel-diritto-antitrust-roma-auditorium-agcm.html>

PROSPERETTI L., *Il Libro Bianco della Commissione Europea: Qualche Osservazione da un Punto di Vista Economico*, in *Il Private Enforcement delle Norme sulla Concorrenza*, Rossi Dal Pozzo F., Nascimbene B. (a cura di), Milano, 2009

RABITTI BEDOGNI C., *Convergenza Senza Primato: Verso un Modello Condiviso*, Relazione al VII Convegno Antitrust tra Diritto Nazionale e Comunitario, Treviso, 22-23 maggio 2008.

RAFFAELLI A., *Il Difficile Equilibrio tra Public e Private Enforcement Nell'applicazione del Diritto Antitrust*, in *Foro Amm. TAR* 2011, 6

RENDA A., VAN DEN BERGH S. K., PARDOLESI R., *Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios*, 2007, disponibile al seguente indirizzo: ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf

ROQUILLI C., *Competition Law as a Strategic Issue for Companies: Does Private Enforcement Constitute a Greater Threat?*, in *Alternative enforcement techniques in EC competition law*, Gheur C., Petit. N. (a cura di), Bruxelles, 2009

RUSSO F., *Abuso di leniency, il caso del GPL in Francia*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 2011

SCOGNAMIGLIO A., *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, in *Diritto Amministrativo*, 2010

SCUFFI M., *I Difficili Rapporti tra i Programmi di Clemenza ed il Private Enforcement nel Diritto Antitrust*, in *Il Diritto Industriale*, n. 5, 2010

SIRAGUSA M., *Le Decisioni con Impegni*, in *20 Anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010

SIRAGUSA M., RIZZA, C. (a cura di), *EU Competition Law (vol. III): Cartels and Horizontal Agreements*, Leuven, 2007

SIRAGUSA M., GUERRI E., *L'applicazione degli Artt. 81 e 82 del Trattato CE in seguito All'introduzione del Regolamento 1/2003*, in *Il Diritto Industriale*, 2004

SOUSA FERRO M., *Committing to Commitment decision - unanswered questions on article 9 decisions*, in *European Competition Law Review*, 2005

SPAGNOLO G., *Divide et impera: Optimal Leniency Programs*, Stockholm School University, CEPR Discussion Paper, 2004

SPAGNOLO G., *Leniency and Whistleblowers in Antitrust*, in *Handbook of Antitrust Economics*, Buccirosi, P. (a cura di), 2006

STIGLER G.J., *The Optimum Enforcement of Laws*, in *The Journal of Political Economy*, 1970

SUURNAKKI S., TIERNO CENTELLA M.L., *Commission Adopts Revised Leniency Notice to Reward Companies that Report Hard-Core Cartels*, in *Competition Policy Newsletter*, 2007, n. 1

SCHWEITZER H., *Commitment Decisions under Art. 9 of Regulation 1/2003*, *EUI Working Papers*, 2008/22, disponibile al seguente indirizzo: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/9449/LAW_2008_22.pdf?sequence=1

TESAURO C., *Recenti Sviluppi del Private Antitrust Enforcement*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 2011, n. 3

TODINO M., BOTTI E., *Azioni Risarcitorie per Illecito Antitrust – Recenti Sviluppi e Interazione con il Public Enforcement*, relazione presentata al convegno di Treviso sul tema “Antitrust fra Diritto Nazionale e Diritto dell’Unione Europea”, 17-18 maggio 2012

VAN BARLINGEN B., BARENNE M., *The European Commission's 2002 Leniency Notice in practice*, in *Competition Policy Newsletter*, 2005

VANDENBORRE I., BLANCO THOMAS S., *European Court Of Justice Provides Limited Guidance On The Disclosure Of Leniency Documents*, in *European Competition Law Review*, 32 (10) 2011

VATIERO M., *Programmi di Clemenza. Alcuni Spunti di Riflessione*, in *Concorrenza e Mercato*, 2008, n. 16

VATIERO M., *Clemenza Verso il Potere? Eni e il Caso Liguigas – Butan Gas*, disponibile al seguente indirizzo: <http://www.mpnews.it/index.php?section=articoli&category=60&id=5523/economia/economia-internazionale-e-lavoro/Clemenza-verso-il-Potere?-Eni-e-il-caso-Liguigas---Butan-Gas->

VELJANOVSKI C., *Deterrence, Recidivism and European Cartel Fines*, 2011, disponibile al seguente indirizzo: <http://ssrn.com/abstract=1758639> [doi:10.2139/ssrn.1758639](https://doi.org/10.2139/ssrn.1758639)

WAELEBROECK D., SLATER D., *The Commission's Green Paper on Private Enforcement: "Americanization" of EC Competition Law Enforcement?* in Ehlermann, C. and Atanasiu, I. (eds.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Hart Publishing, Oxford 2007, pp. 425-445

WEST C., *Ombudsman Rules on Disclosure in Commitment Proceedings*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, vol. 2

WEST J., *Are we Winning the Fight Against Cartels?* in *CPI Antitrust Chronicle*, February 2012 (1), p. 4.

WHISH R., *Competition Law*, Oxford University Press, 2009

WILLIAMS S., *Cracking Cartels: Trends and Issues: The UK Perspective*, relazione tenuta alla ACCC Conference: Sydney, Australia, Novembre 2004.

WILLIS P., ROSS V., *EU Leniency Applications: The Timing and Effectiveness of Applications under the 2002 Notice*, in *Competition Law Journal*, 2, 2011

WILS W.P.J., *EC Competition Fines, to deter or not to deter*, 1995, YEL, 17.

WILS W.P.J., *The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review, and the European Convention on Human Rights*, in *World Competition*, 2010

WILS W.P.J., *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice*, in *World Competition*, n. 30 (1), 2007

WILS W., *The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Law: A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition*, 2004 (27)

WILS W.P.J., *Self-Incrimination in EC Antitrust Enforcement: a Legal and Economic Analysis*, in *World Competition*, n. 26 (4), 2003

Tesi di dottorato di ricerca in diritto ed economia discussa presso l'Università LUISS Guido Carli - anno 2012 - Giulia Codacci Pisanelli, *Recenti evoluzioni nella dialettica tra public e private enforcement: i programmi di clemenza e le decisioni con impegni* – Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il consenso scritto dell'autore

WILS W.P.J., *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, in *World Competition* (4), 2006

WILS W.P.J., *The European Competition's 2006 Guidelines on Antitrust Fines, A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition*, 2007

YSEWYN J., *Il Punto di Vista delle Imprese*, relazione presentata al Convegno organizzato dall'AGCM *I Programmi di Clemenza nel Diritto Antitrust*, Roma, 23 aprile 2010, disponibile al seguente indirizzo: <http://www.agcm.it/ventennale-dellautorita/4862-i-programmi-di-clemenza-nel-diritto-antitrust-roma-auditorium-agcm.html>

ZINGALES N., *European and American Leniency programmes: two models towards convergence?*, in *The Competition Law Review*, 2008, vol. 5, n. 1