

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

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 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

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

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 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

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.

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.

INDICE

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**
 - 1.1 *La logica alla base dei programmi di clemenza: la c.d. “race to the court house”*
 - 1.2 *Programmi di clemenza: virtù e possibili rischi*
- 2. Uno sguardo alla normativa oggetto di indagine**
 - 2.1 *Il modello di riferimento: il programma di clemenza americano*
 - 2.2 *Il sistema comunitario*
 - 2.3 *Il sistema nazionale*
- 3. L'esperienza comunitaria e le prime applicazioni del programma di clemenza nazionale**

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

- 1. L'effettività dei programmi di clemenza**
- 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 ai fini dell'individuazione ed accertamento dei cartelli*
 - 2.1.1 *Le interferenze tra leniency programme e decisioni con impegni*
 - 2.2 *La sanzione attesa: un utile deterrente*
 - 2.2.1 *La possibilità di stimare ex ante l'importo dell'eventuale sanzione*

2.2.2 *Il livello delle sanzioni imposte*

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

3.1 *Certezza applicativa*

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

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

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

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

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

1. Premessa

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

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

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

4.1 *Recenti evoluzioni giurisprudenziali*

4.2 *Le soluzioni suggerite dalla Commissione europea*

4.3 *Una valutazione critica*

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

5.1 *L'esempio statunitense*

5.2 *La recente soluzione ungherese*

5.3 *Spunti per una soluzione in ambito europeo*

Conclusioni di sintesi

PARTE II LE DECISIONI CON IMPEGNI

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

- 1. La normativa oggetto di indagine**
- 2. L’attuale rilevanza dello strumento degli impegni: (a) l’esperienza della Commissione europea e dell’Autorità**
- 3. L’attuale rilevanza dello strumento degli impegni: (b) l’esperienza delle principali autorità nazionali europee**
- 4. Benefici dello strumento degli impegni**

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**
- 2. Il valore delle decisioni con impegni ai fini del *private enforcement***
 - 2.1 Alcune indicazioni della recente giurisprudenza*
 - 2.2 I rapporti tra enforcement pubblico e privato*
- 3. Decisioni con impegni e prova dell’illecito in sede civile: l’accesso agli atti del procedimento**

Conclusioni di sintesi

Bibliografia