

***LENIENCY* E DIRITTO DI ACCESSO: UN DIFFICILE CONTEMPERAMENTO DI INTERESSI**

Una delle questioni cruciali riguardanti il diritto antitrust dell'Unione europea concerne la contrapposizione tra l'esigenza di accesso alle prove da parte dei soggetti danneggiati da un illecito anticoncorrenziale, al fine di sostanziare le azioni di risarcimento, e quella di riservatezza delle imprese che abbiano aderito a un programma di clemenza mediante una dichiarazione confessoria della propria violazione.

Più in generale, tale conflitto interessa il buon funzionamento del *public* e del *private enforcement* del diritto antitrust dell'UE: entrambi gli strumenti sono necessari (e complementari) ai fini dell'applicazione delle norme in materia di concorrenza, rappresentando interessi ugualmente meritevoli di tutela. Tuttavia, la netta affermazione degli strumenti di *public enforcement* su quelli di *private enforcement* ha sinora notevolmente rallentato il ricorso a questi ultimi.

In un simile scenario, è sorta la necessità di agevolare le azioni di risarcimento del danno antitrust, senza per questo minare l'attrattività dei programmi di clemenza, particolarmente utili ed efficaci per la scoperta dei cartelli segreti.

Nell'ordinamento statunitense, il meccanismo premiale finalizzato a preservare il ricorso ai programmi di clemenza è stato essenzialmente incentrato sulla riduzione della responsabilità civile per il beneficiario dell'immunità dalle sanzioni, ridotta dal danno triplicato al danno unitario.

Nell'ordinamento europeo, invece, la funzione compensativa del risarcimento del danno, volto al recupero dell'esatto ammontare del

pregiudizio subito, ha reso l'istituto dei danni punitivi di difficile configurazione.

In mancanza di norme centralizzate a livello europeo, nel 2011 la Corte di giustizia nel caso *Pfleiderer* ha affermato che spettasse al giudice nazionale bilanciare, caso per caso, i contrapposti interessi all'accesso e alla riservatezza, sulla base delle disposizioni del diritto nazionale sia pure nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività.

Tale soluzione ha portato all'adozione di pronunce divergenti all'interno degli Stati membri, a seconda che prevalesse una maggiore sensibilità verso l'esigenza di riservatezza (in Germania, caso *Pfleiderer*) o di accesso (nel Regno Unito, caso *National Grid*).

L'auspicato intervento del legislatore europeo si è realizzato con l'adozione della Direttiva 2014/104/UE, recepita nell'ordinamento italiano con il D. Lgs. n. 3 del 19 gennaio 2017.

Il nuovo complesso di norme rappresenta un equilibrato compromesso tra la tutela del *public* e del *private enforcement*: da un lato, esse esonerano il beneficiario dell'immunità dalla responsabilità solidale con gli altri membri del cartello; dall'altro, ampliano il novero dei documenti accessibili ai privati, senza per questo rendere la posizione del *leniency applicant* deteriore rispetto alle altre imprese partecipanti all'intesa.

Particolarmente apprezzabile, in tal senso, è la distinzione in tre categorie di documenti, con relativo livello di protezione rispetto all'accesso da parte di privati: i) una *black list*, caratterizzata da una protezione assoluta dall'accesso (dichiarazioni ufficiali legate a un programma di clemenza e proposte di transazione); ii) una *grey list*, composta da documenti accessibili solo a conclusione del procedimento dell'Autorità di concorrenza, tramite ordine del tribunale adito e previa analisi di proporzionalità della divulgazione

Tesi di dottorato di Nicola Infante, discussa presso l'Università LUISS Guido Carli nell'anno accademico 2015-16. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il consenso scritto dell'autore.

(materiale elaborato dalla società o preparato dall'Autorità ai fini del procedimento); iii) una *white list*, caratterizzata dall'assenza di protezione (la quale include le prove preesistenti al procedimento dell'Autorità: verbali delle riunioni, testi di e-mail, accordi scritti).

Il nuovo regime ha senz'altro il merito di aver introdotto una maggiore certezza giuridica, a beneficio tanto dei *leniency applicants* quanto dei soggetti potenzialmente danneggiati, agevolando nel contempo l'armonizzazione nell'applicazione delle regole sulla divulgazione delle prove negli Stati membri.