

20 ANNI DI ANTITRUST

*L'evoluzione dell'Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato*

a cura di

Carla Rabitti Bedogni e Piero Barucci

Tomo I



G. Giappichelli Editore – Torino

VINCENZO MELI

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA
E DEL MERCATO E I PROGRAMMI DI CLEMENZA

1. I programmi di clemenza nell'esperienza dell'Autorità

I programmi di clemenza fanno ufficialmente ingresso nell'ordinamento *antitrust* italiano nel 2007, a seguito dell'adozione, da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, della delibera, con natura regolamentare, attuativa del nuovo art. 15, comma 2-*bis*, legge n. 287/1990¹.

In verità, già prima di tale innovazione, il trattamento favorevole per i *whistleblowers* aveva fatto due apparizioni nella prassi dell'Autorità. Ciò era avvenuto, per la prima volta, nel 1997, in occasione di un procedimento relativo ad un'intesa tra gli operatori nel settore degli esplosivi da mina², avviato dall'Autorità a seguito della segnalazione di una delle imprese partecipanti al cartello. Il riconoscimento della piena immunità per il denunciante fu, dunque, in quell'ipotesi, frutto di una decisione che – a nulla evidentemente rilevando il richiamo all'allora vigente prima Comunicazione della Commissione in materia di non imposizione di ammende nei casi di cartello³ –, oltre a porre qualche problema di inquadramento giuridico⁴, difettava del tratto distintivo della *leniency*, e cioè il costituire attuazione di un generale e predefinito programma di incentivazione a denunciare i cartelli, con regole sufficientemente chiare sulle quali le imprese avrebbero potuto contare⁵.

¹ 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. L'art. 15 della legge *antitrust* era stato modificato in tal senso con il d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. 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, 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.

² Provv. n. 5161, del 26 giugno 1997, I239 - Operatori nel settore degli esplosivi da mina.

³ Comunicazione 96/C/207/04, in *G.U.C.E.*, C 207 del 18 luglio 1996.

⁴ Sul punto si vedano S. GUIZZARDI, *I programmi di clemenza per la lotta ai cartelli: riflessioni sull'introduzione nell'ordinamento italiano*, in *Riv. società*, 2004, 1099; M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in F. CINTIOLI-G. OLIVIERI (a cura di), *I nuovi strumenti di tutela antitrust. Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, Milano, 2007, 68 ss. In effetti, la giurisprudenza amministrativa ritiene che in caso di violazioni gravi l'irrogazione della sanzione sia atto dovuto; si vedano, ad es., Cons. Stato, 23 marzo 2001, n. 1671; 10 marzo 2006, n. 1271.

⁵ Si veda P. CASSINIS, *Previsione di un Programma di clemenza (art. 15, comma 2-bis, legge 10 ottobre 1990, n. 287)*, in A. CATRICALÀ-P. TROIANO (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del merca-*

Quel provvedimento rappresenta, tuttavia, un importante precedente, sul quale sicuramente fece affidamento l'impresa che, sei anni dopo, denunciò un cartello tra produttori di pannelli truciolari in legno, vedendosi riconosciuta l'immunità dalla sanzione pecuniaria, alla quale si accompagnarono, stavolta, consistenti sconti di pena alle altre imprese del cartello⁶.

Tale secondo caso di clemenza, in effetti, si colloca a cavallo della svolta impressa con la previsione normativa del programma di clemenza. Il procedimento fu, infatti, avviato nel 2005⁷ su segnalazione giunta alla fine del 2003 ed integrata nel 2004. Il provvedimento finale viene però deliberato nel maggio 2007, e in esso si legge che la formale richiesta di clemenza era stata presentata il 6 dicembre 2006 ed era stata accolta dall'Autorità il 14 dicembre 2006; a quel momento, era già entrato in vigore il nuovo art. 15, comma 2-bis, della legge n. 287/1990, ma non ancora la successiva Comunicazione dell'Autorità che ne dava attuazione e che nel provvedimento non è citata.

In sintesi, sebbene anche tale caso nasca e si sviluppi fuori da un programma predefinito, le scelte operate dall'Autorità all'atto della sua conclusione ricadono già pienamente nel neo-introdotta programma di clemenza.

Sotto il nuovo regime, un solo caso risulta fino ad oggi avviato e deciso dall'Autorità. Si tratta di quello, concluso nel marzo 2010, relativo all'intesa tra i produttori nel mercato sardo della vendita del gpl in bombole per uso domestico, che ha visto l'Eni godere dell'immunità dalla sanzione e le società Butan Gas s.p.a. e Liquigas s.p.a. pesantemente sanzionate, rispettivamente, per quasi sette milioni e oltre diciassette milioni di euro⁸.

Un altro caso, al momento in cui si scrive, risulta avviato sulla base di una domanda di trattamento favorevole, ma non ancora deciso⁹.

Poiché non è dato sapere quanti altri procedimenti susseguenti a domande di trattamento favorevole siano in corso¹⁰, è difficile valutare dall'esterno se l'innova-

to, Torino, 2010, 1304. Come peraltro rilevato da G. GALASSO, *L'esperienza italiana*, Relazione al Convegno *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, Roma, 23 aprile 2010, in www.agcm.it, da quella decisione emerge «la centralità di alcuni elementi successivamente ripresi da tutti i programmi di leniency sia comunitari che nazionali: 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».

⁶ Provv. n. 16835, del 17 maggio 2007, I649 - Produttori di pannelli truciolari di legno, confermata da TAR Lazio, Sez. I, 13 marzo 2008, n. 2312 e da Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2009, n. 1190.

⁷ Provv. n. 14927, del 30 novembre 2005.

⁸ Provv. n. 20931, del 24 marzo 2010, I700 - Prezzo del GPL per riscaldamento Regione Sardegna; successivo provv. correttivo n. 20983, dell'8 aprile 2010.

⁹ Si tratta del procedimento avviato con Provv. n. 20642, del 7 gennaio 2010, I701 - Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici, nel quale risulta menzionata la presenza di domande di trattamento favorevole, delle quali si trae notizia anche dal successivo contenzioso dinanzi al TAR Lazio, avviato sulla base di asserite violazioni del diritto di accesso; si vedano TAR Lazio, Sez. I, ord. 22 gennaio 2010, n. 336, e la successiva pronuncia di merito del 22 aprile 2010, n. 8015.

¹⁰ A quanto riferito da G. GALASSO, *L'esperienza italiana*, cit., dall'introduzione delle regole sulla leniency sono state presentate circa 40 domande di applicazione del programma di clemenza, alcune delle

zione abbia
delle intese

A fronte
sono solo r
sulla loro c
tare, alla lu
dell'Autori
ti modifich
vorevole¹².

2. Questi

Nonost
niency prog

quali, peraltro
per poter con
nate domand
Quante rigua
nute prima d

¹¹ P. FAT
no deludenti
risdizioni, in
leniency prog
strumento ch
rizzati da fort
tare impegni
menti come
li dicono che
mero dei cart
MILLER, *Strat*
lisi è condivis
Relazione al
www.agcm.it
«non si rison
cedimento m
(si vedano i c
ro; se è così,
italiano è ins
dosi ritenere
Whistleblow
(Mass.), 2008
telli sono an

¹² Provv.

¹³ Il prim
ebbe grande
vigente prog
public/guide
è stata comu

zione abbia dato un impulso reale all'attività dell'Autorità nel campo della scoperta delle intese anticoncorrenziali¹¹.

A fronte di questa ancora limitata esperienza applicativa, in questo scritto si possono solo richiamare alcuni temi generali del dibattito sui programmi di clemenza e sulla loro costruzione ottimale, che appaiono particolarmente controversi, per valutare, alla luce dei modelli correnti nel contesto comunitario, alcune scelte adottate dall'Autorità in sede di redazione del proprio programma di clemenza e delle recenti modifiche, ad esso apportate, in materia di accesso alle domande di trattamento favorevole¹².

2. Questioni generali aperte sui programmi di clemenza

Nonostante siano già trascorsi più di trent'anni dall'introduzione del primo *leniency programme* in una legislazione *antitrust*¹³ e lo strumento abbia da quel mo-

quali, peraltro, di esclusiva rilevanza nazionale. L'informazione è, comprensibilmente, troppo generica per poter consentire di apprezzare le dimensioni del fenomeno (a tacer d'altro: quante sono le menzionate domande di esclusiva rilevanza nazionale? Quante, invece, le domande in forma semplificata? Quante riguardano l'immunità e quante la riduzione delle sanzioni? Quante, tra le prime, sono intervenute prima dell'avvio di un procedimento e quante dopo?).

¹¹ P. FATTORI-M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, II ed., Bologna, 2010, 401, reputa deludenti i risultati del programma di clemenza italiano, se confrontati con quelli ottenuti in altre giurisdizioni, *in primis* quella comunitaria. Gli Autori ne individuano le ragioni a) nella tardiva adozione del *leniency programme* in Italia; b) in 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 e rapporti di cooperazione; c) nell'inclinazione dell'Autorità ad accettare impegni dalle imprese coinvolte in illeciti *antitrust* "in zona grigia", qualificati nei relativi provvedimenti come "gravi". La prima spiegazione, in realtà, contrasta con i risultati delle analisi empiriche, le quali dicono che subito dopo l'introduzione di un nuovo programma di clemenza si riscontra un picco nel numero dei cartelli scoperti e dopo un suo ridimensionamento ai livelli precedenti (si veda, in tal senso, N.H. MILLER, *Strategic Leniency and Cartel Enforcement*, in *American Economic Review* 2009, 750 ss., la cui analisi è condivisa da M. POLO, *Effettività degli strumenti di enforcement e incidenza sulle strategie di impresa*, Relazione al Convegno *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, Roma, 23 aprile 2010, in www.agcm.it). La terza spiegazione è vanificata dalla circostanza che, come ammettono gli stessi Autori, «non si riscontrano casi di vere e proprie intese *hard-core* dove l'autorità abbia accettato di chiudere il procedimento mediante decisione con impegni». L'Autorità, in effetti, esclude esplicitamente tale possibilità (si vedano i citati provv. I649 e I700). Resta la seconda spiegazione, nella quale probabilmente c'è del vero; se è così, tuttavia, ciò vuol dire semplicemente che l'effetto di deterrenza del programma di clemenza italiano è insufficiente e, posto che più che riconoscere l'immunità ai *whistleblowers* non si può [dovendosi ritenere oggi meramente teorica la proposta di remunerarli, avanzata da G. SPAGNOLO, *Leniency and Whistleblowers in Antitrust*, in P. BUCCIROSSI (ed.), *Handbook for Antitrust Economics*, Cambridge (Mass.), 2008, 259], il problema è dunque che le probabilità che l'Autorità scopra autonomamente i cartelli sono ancora troppo basse e/o che le sanzioni attese dalle imprese non sono sufficientemente elevate.

¹² Provv. n. 21092 del 6 maggio 2010.

¹³ Il primo programma, come noto, fu adottato dal *Department of Justice* americano nel 1978, e non ebbe grande successo (la media delle richieste di accesso al programma fu di una domanda all'anno). Il vigente programma è stato introdotto nel 1993 (lo si veda all'indirizzo web <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>) e ha prodotto un notevole incremento delle domande di clemenza. Nel 1994 è stata comunicata anche una *Leniency Policy for Individuals*. Per un'ampia illustrazione delle caratteri-

mento conosciuto una diffusione crescente, il dibattito dottrinale su tale istituto non si è mai sopito. Esso non investe solamente pur importanti profili pratici di corretta messa a punto della disciplina, ma anche questioni essenziali, relative alla stessa efficacia dell'istituto rispetto agli obiettivi che con esso si intendono perseguire.

Sotto tale aspetto, ben noti e non controversi gli assunti che sono alla base dell'introduzione negli ordinamenti *antitrust* dei programmi di clemenza (i quali, del resto, sono riconducibili a quello stesso «vincolo di compatibilità degli incentivi» che determina il confine tra convenienza a colludere e convenienza a competere)¹⁴, in dottrina ci si chiede, ad esempio:

– se all'incremento dei casi decisi con *leniency* (del quale, per restare nell'ambito comunitario, non può dubitarsi¹⁵) corrisponda realmente un incremento delle intese scoperte sul totale delle intese poste in essere, o invece un aumento di queste¹⁶;

stiche del vigente sistema statunitense, si veda, da ultimo, J. WILS, *Leniency in Antitrust enforcement. Theory and practice*, in (2007) 30 *World Competition* 25. Una comparazione tra modello statunitense e modello comunitario in N. ZINGALES, *European and American leniency programs: two models towards convergence*, in *Competition Law Review*, vol. V, n. 1, 2008 (scaricabile anche da www.ssrn.com).

¹⁴ La letteratura comunitaria sull'analisi strategica che sottostà all'adozione di programmi di clemenza è ormai molto vasta. Si vedano, tra i contributi degli ultimi anni, 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, n. 10, 228; C.R. LESLIE, *Trust, Distrust and Antitrust*, 82 *Texas Law Review* 515 (2004); M. MOTTA-M. POLO, *Leniency Programs and Cartel Prosecution*, in *International Journal of Industrial Organization*, 2003, 21(3), 347; P. BUCCIROSSI-G. SPAGNOLO, *Optimal fines in the Era of Whistleblowers. Should price fixers still go to prison?*, in V. GHOSAL-J. STENNEK (Eds.), *The political economy of Antitrust*, Oxford, 2007; G. SPAGNOLO, *Leniency and Whistleblowers in Antitrust*, cit. e *Divide et Impera: optimal deterrence mechanisms against cartels and organized crime*, CEPR Discussion Paper No. 4840, 2004, disponibile sul sito www.cepr.org; J. WILS, *Leniency in Antitrust enforcement*, cit.; M. VATIERO, *Programma di clemenza. Alcuni spunti di riflessione*, in *Concorrenza e mercato*, 2008, 437; V. D'ANTONIO, *I programmi di clemenza in diritto antitrust: modelli teorici ed esperienze concrete*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 677. Sottolinea l'analogia di funzionamento con le legislazioni premiali adottate nel contrasto alla criminalità organizzata o al terrorismo G. SPAGNOLO, *Optimal Leniency Programs*, FEEM Working Paper . No. 42/2000, in www.ssrn.com e Id., *Divide et Impera*, cit. Condivisibili dubbi su tale assimilabilità sono espressi F. DENOZZA, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust europeo*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 1141.

¹⁵ I casi comunitari decisi a seguito di *leniency applications* risultano essere 11 dal 1991 al 1994, 10 dal 1995 al 1999, 33 dal 2000 al 2004, 33 dal 2005 al 2009 (la fonte è la relazione di S. SURNÄKKI, *Leniency policy in European Commission Proceedings*, Relazione al Convegno *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, Roma, 23 aprile 2010, in www.agcm.it. Una diversa, e più analitica, contabilità è indicata da R. SICCA, in A. CATRICALA-P. TROIANO (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, cit., distinguendo i casi avviati per effetto di *leniency*, da quelli in cui la *leniency application* è intervenuta dopo l'avvio. I primi sarebbero 16 nel periodo 1996-2001, 17 nel periodo 2002-2005, 19 nel periodo 2006-2008; i secondi, 10 nel periodo 1996-2001, nessuno nel periodo 2002-2005, 1 nel periodo 2006-2008. Ciò a fronte di complessive 36 decisioni su cartelli nel periodo 1996-2001, 19 nel periodo 2002-2005, 24 nel periodo 2006-2008. Per le cifre relative alle domande di *leniency* comunitarie, con una comparazione tra quelle presentate in vigenza della Comunicazione del 2002 e quelle presentate dopo l'adozione di quella del 2006, si veda anche J. YSEWYN, *Il punto di vista delle imprese*, Relazione al Convegno *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, Roma, 23 aprile 2010, in www.agcm.it, il quale rileva che il 65% delle decisioni comunitarie su cartelli origina da *immunity applications* (calcolo effettuato sulle decisioni adottate dal 1° gennaio 2003 al 31 dicembre 2009). Per un interessante studio empirico sugli effetti del *leniency programme* comunitario, si veda adesso S. BRENNER, *An empirical study of the European corporate leniency programme*, in *International Journal of Industrial Organization*, 2009, 639.

¹⁶ Per una sintesi degli argomenti emersi nel dibattito sugli effetti della politica di *leniency*, si veda, da

– se i programmi di clemenza giustificano la collusione, piuttosto che la prevenzione della collusione, proprio se il successo è garantito già al tramonto del *management in leniency*;
– se la *leniency* è giustificata in caso di cartelli, o se è giustificata nei mercati¹⁹;
– in una: se il successo è giustificato, o se è giustificata la scelta.

Si badi, per non confondere, che la *leniency* ha come obiettivo la conquista del successo. In realtà, i cartelli, e addirittura favorevoli alla sopravvivenza della concorrenza, quali, tutt'altro che scarse risorse del cartello, lo strumento non è proprio l'autonomia di uno dei due fondi di clemenza deterrente, o di *leniency* mine con la dor-

ultimo, N.H. MILLER. Si veda anche M. POLO.

¹⁷ J. WILS, *The Theory and economic analysis of Antitrust. How Leniency Programs Work*, per No. 52.2000, su www.ssrn.com. M. MOTTA-M. POLO, *Leniency and Antitrust*, *Organization*, 2003, 31.

¹⁸ Secondo quanto detto, la *leniency* è un ro più del 10% del *leniency* fixing: the probability of Trade and Industry, 7.7]. cominciano.

¹⁹ L'ipotesi è fondata su *game-theoretical analysis*.

²⁰ Come ricordato, i programmi di clemenza sono giustificati da un whistleblower di un cartello. In nessun paese, le mazzette su cartelli, le individuare un mazzettiere; è, piuttosto, un denunciare).

- se i programmi di clemenza non possano addirittura funzionare da incentivo alla collusione, prospettando l'applicazione di sanzioni in generale più basse¹⁷;
- se il successo dei programmi di clemenza non sia limitato alla scoperta di cartelli già al tramonto o a quelli la cui denuncia corrisponda ad un cambio di proprietà o di *management* in una delle imprese partecipanti¹⁸;
- se la *leniency* non si presti ad un uso strategico da parte delle imprese, che, nel caso di cartelli già instabili, possa addirittura produrre una conseguente restrizione dei mercati¹⁹;
- in una: se il gioco valga la candela e se, in sostanza, l'effetto di deterrenza che giustifica la scelta di clemenza sia reale²⁰.

Si badi, per negare cittadinanza a tali questioni non basta ricordare che, di fatto, la *leniency* ha consentito di scoprire molti cartelli, invocando i numeri a testimonianza del successo. Se, infatti, i dubbi posti dalla dottrina fossero fondati, nel senso che, in realtà, i cartelli scoperti sono solo quelli già moribondi ovvero che la *leniency* può addirittura favorire la collusione, ovvero si presta a manovre ulteriormente restrittive della concorrenza, la scommessa su di essa non sarebbe priva di rischi, uno dei quali, tutt'altro che minore, è quello di ripartire in modo inefficiente le comunque scarse risorse dedicate alla repressione dei cartelli. È vero che, per opinione pacifica, lo strumento non può sostituire l'investigazione condotta autonomamente (anzi, proprio l'autonoma capacità delle Autorità *antitrust* di scoprire i cartelli rappresenta uno dei due fondamentali elementi - l'altro essendo sanzioni dotate di adeguata efficacia deterrente - che, alzando i costi della collusione, dovrebbe indurre a porvi termine con la domanda di clemenza); è però anche vero che, poiché anche i procedi-

ultimo, N.H. MILLER, *Strategic Leniency and Cartel Enforcement*, in *American Economic Review*, cit., 750. Si veda anche M. POLO, *Effettività degli strumenti di enforcement e incidenza sulle strategie di impresa*, cit.

¹⁷ J. WILS, *The Commission notice on the Non-imposition or reduction of fines in cartel cases: a legal and economic analysis*, in *European Law Review*, 1997, 125; G. SPAGNOLO, *Self-Defeating Antitrust Laws: How Leniency Programs solve Bertrand's paradox and enforce collusion in Auctions*, FEEM Working Paper No. 52.2000, scaricabile da www.ssrn.com; M. POLO, *Effettività degli strumenti di enforcement*, cit.; M. MOTTA-M. POLO, *Leniency programs and cartel prosecution*, in *International Journal of Industrial Organization*, 2003, 347.

¹⁸ Secondo quanto riferito da P. BILLIET, *How Lenient is the EC Leniency Policy? A matter of certainty and predictability*, in *ECLR*, 2009, 14, del resto, i cartelli complessivamente scoperti non sarebbero più del 10% del totale. Gli studi ai quale l'A. fa riferimento, tuttavia [P. BRYANT-E. ECKARD, *Price fixing: the probability of getting caught* (1991) 73 *The Review of Economics and Statistics* 531; Department of Trade and Industry, *A World Class Competition Regime* (The Stationery Office, 2001) Cm. 5233, para.7.7], cominciano ad essere un po' datati.

¹⁹ L'ipotesi è formulata da 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.

²⁰ Come ricordato a nota 11, non manca chi, ritenendo inefficaci nelle attuali conformazioni i programmi di clemenza, ritiene che un potente incentivo per il ricorso ad essi sarebbe l'assegnazione al *whistleblower* di un premio, consistente nel riversamento di una parte delle sanzioni irrogate agli altri cartellisti. In nessun paese tale soluzione è prevista, anche se in UK è prevista una taglia per chi fornisce informazioni su cartelli, che "in casi eccezionali" può giungere a £ 100.000,00 (ben poca cosa se in essa si vuole individuare un ricompensa per l'impresa che abbandona e denuncia un cartello di qualche importanza; è, piuttosto, una taglia che può indurre qualche dipendente di un'impresa coinvolta in un cartello a denunciarlo).

menti innescati da *leniency applications* sono lunghi²¹ e costosi²², investirvi troppe risorse può sottrarre all'autonoma *detection* di cartelli più solidi e duraturi.

Nonostante il dibattito scientifico sull'efficacia in sé dei *leniency programmes* sia ancora assai vivace, esso, tuttavia, non sembra creare nella prassi dubbi sull'opportunità di ricorrere a tale strumento, assurdo anzi, ormai, a principale mezzo di scoperta dei cartelli. La Commissione è giunta alla terza versione del suo programma di clemenza²³ e un processo di *soft harmonization* tra le autorità degli stati membri è stato da tempo avviato, con la messa a punto del Programma Modello dell'European Competition Network²⁴, che ha portato le legislazioni *antitrust* comunitarie (attualmente con la sola esclusione di quella maltese)²⁵ a dotarsi di questo istituto, secondo linee tendenzialmente convergenti²⁶.

²¹ Dalla già citata analisi empirica di S. BRENNER, *An empirical study of the European corporate leniency program*, cit., 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 normali procedimenti. Il problema della lunga durata dei procedimenti è cruciale per una efficace gestione dell'attività repressiva ed è ben noto alle istituzioni *antitrust*. È stato rilevato (P. BILLIET, *How Lenient is the EC Leniency Policy?*, cit., 15), come un accorto uso dei *direct settlements*, di recente introduzione nell'ordinamento comunitario (reg. CE n. 622/2008, che modifica il reg. n. 773/2004 per quanto riguarda la transazione nei procedimenti relativi ai cartelli; si veda anche la Comunicazione della Commissione concernente la transazione nei procedimenti per l'adozione di decisioni a norma dell'art. 7 e dell'art. 23 del reg. (CE) n. 1/2003, in *G.U.C.E.* 2008 n. C 167/1), possa ridurre il *backlog* della Commissione. Sulla necessità di dosare con accortezza tale strumento, al fine di non indebolire l'incentivo a ricorrere alla *leniency*, si veda però G. GALASSO, *L'esperienza italiana*, cit.).

²² Vi può certo essere un effetto di economizzazione rispetto al susseguente contenzioso, e ciò per effetto della solidità delle prove acquisite, rispetto alla stragrande maggioranza dei casi di intese istruiti autonomamente dalle Autorità *antitrust*, il cui accertamento si fonda, in genere, sull'assemblaggio di indizi variamente acquisiti e sulle presunzioni che se ne traggono. È ben intuibile, tra l'altro, come con la conoscenza e l'acquisita comprensione, da parte delle imprese delle norme *antitrust*, nonché delle prerogative delle autorità preposte ad applicarle, i cartellisti si facciano sempre più accorti nella gestione del materiale che potrebbe svelare l'intesa. Difficile che si riverifichino casi, come alcuni trattati dall'Autorità italiana agli inizi della propria esperienza, in cui il procedimento viene innescato dall'incauta, perché male informata, associazione delle imprese partecipanti al cartello, che scrive all'Autorità lamentando il comportamento "sleale" di una propria associata, la quale praticava prezzi di manutenzione degli ascensori inferiori del 40-90% rispetto a quelli previsti dal "tariffario ordinario" ... (si veda il provv. 29 ottobre 1998, I317 - Imprese di costruzione e manutenzione ascensori); o in cui l'ispezione permette di acquisire senza alcuno sforzo corrispondenza epistolare dal contenuto assolutamente inequivoco (si veda il provv. 8 giugno 1994, I74 - Assicurazioni rischi di massa, peraltro incongruamente annullato dal Cons. Stato, con sent. 30 dicembre 1996, n. 1792).

²³ Comunicazione dell'8 dicembre 2006, in *G.U.C.E.* 2006, C 298, 17, che ha sostituito quella del 19 febbraio 2002, in *G.U.C.E.* 2002, C 45, 3.

²⁴ *ECN Model Leniency Programme*, varato il 29 settembre 2006, in cui si auspica che le autorità facenti parte del *network* mettano in atto «*their best efforts, within the limits of their competence, to align their respective programmes with the ECN Model Programme*».

²⁵ Per un quadro complessivo, si veda lo studio prodotto nell'ambito dello European Competition Network (ECN), *ECN Model Leniency Programme. Report on Assessment of the State of Convergence*, aggiornato al 1° ottobre 2009, ed il relativo *Annex I*. Successivamente alla pubblicazione di tale documento, è stato emanato il regolamento per l'attuazione della disciplina del trattamento favorevole prevista dalla legge *antitrust* slovena.

²⁶ *Ibidem*.

Per convenire trattate, con l' (e deve tutt' clemenza, att zioni al megl mes, è il mo l'efficacia²⁷.

Nell'assol brano conce clemenza sia sua applicaz sere lasciato de incremen munitaria). concordia. zazione, il versificato to che, al d no oggi è i programm misura di :

Il tema dello com gestione u *leniency*, l'efficacia sura, dall interessat autorità prese int timore d

²⁷ M.

²⁸ Per

²⁹ Ne favourabl

³⁰ Si

³¹ Si concorre tolineate

³² V

to tra le nima po ad esiti decisio

Per converso, le questioni tuttora aperte in tale ambito, che meritano di essere trattate, con le quali inevitabilmente la stessa Autorità *antitrust* italiana ha dovuto (e deve tutt'oggi) confrontarsi nella predisposizione del proprio programma di clemenza, attengono alle soluzioni operative da adottare perché lo strumento funzioni al meglio. Per quanti credono in generale nell'utilità dei *leniency programmes*, è il modo con cui essi sono disegnati ad essere decisivo per condizionarne l'efficacia²⁷.

Nell'assolvimento di tale compito, tuttavia, l'unico elemento sul quale tutti sembrano concordare è che condizione essenziale per la riuscita di un programma di clemenza siano la chiarezza e la certezza dell'offerta premiale e delle regole per la sua applicazione. Alla discrezionalità dell'autorità *antitrust* dovrebbe, pertanto, essere lasciato quanto meno spazio possibile (e in tal senso si sono evolute, con grande incremento quantitativo dei risultati, sia la disciplina statunitense, sia quella comunitaria). Sulle soluzioni operative in cui tale dettato deve tradursi non v'è però concordia. Si consideri che, nonostante il ricordato tentativo volontario di armonizzazione, il panorama delle diverse discipline nazionali appare ancora alquanto diversificato²⁸. Del resto, nell'adottare il suo modello *standard*, l'ECN non ha ignorato che, al di là della ormai concordata rispondenza ad uno schema generale, nessuno oggi è in grado di determinare con esattezza quali caratteristiche debba avere il programma ottimale e, dunque, le autorità devono essere lasciate libere in qualche misura di sperimentare²⁹.

Il tema del discostamento dal (o, meglio, dell'integrazione nei dettagli del)³⁰ modello comune è, peraltro, assai delicato. Finché non si deciderà di approdare ad una gestione unificata del trattamento favorevole, anziché lasciare che i diversi regimi di *leniency*, comunitario e nazionali, operino in piena indipendenza, è indiscutibile che l'efficacia del programma di clemenza in un singolo paese dipenderà, in buona misura, dalla disponibilità e dall'efficacia di analoghi strumenti negli altri ordinamenti interessati³¹; il che vale a dire che convergenza tra le regole e coordinamento tra le autorità che le applicano rappresentano elementi fondamentali per fugare nelle imprese interessate a segnalare i cartelli presso la Commissione o in uno o più paesi, il timore di incorrere in qualche spiacevole conseguenza in altri paesi³².

²⁷ M. POLO, *Effectiveness of Leniency Programs*, Relazione cit.

²⁸ Per lo stato dell'armonizzazione, si veda il documento dell'ECN citato in nt. 25.

²⁹ Nel modello si ha, infatti, cura di precisare che esso «does not prevent a CA from adopting a more favourable approach towards applicants within its programme» (*Ibidem*, par. 3.).

³⁰ Si veda *ECN Model Programme*, par. 3.

³¹ Si veda ASSONIME, *I programmi di leniency della Commissione europea e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Circ. n. 24/2007, 3. L'interdipendenza tra i diversi *leniency programmes* è sottolineata nel documento dell'ECN, cit. in nt. 24 (par. 1).

³² Va da sé che, a sua volta, l'impresa deve sapere utilizzare al meglio i meccanismi di coordinamento tra le diverse giurisdizioni, presentando domanda di *leniency* in tutti i paesi in cui vi sia una sia pur minima possibilità che il cartello sia indagato; una malaccorta gestione di tale aspetto potrebbe approdare ad esiti disastrosi. Caso emblematico, in tal senso, sembra essere, per quel che se ne sa, quello di cui alla decisione della Commissione, 7 ottobre 2009, Case COMP/39.129 - Power Transformers, non ancora

3. Aspetti critici nella messa a punto dei programmi di clemenza. Questioni relative all'immunità

Si può tentare una ricognizione dei profili che qualificano maggiormente un programma di clemenza, distinguendoli in: previsioni sostanziali (intendendosi per tali, *lato sensu*, quelle che definiscono le violazioni comprese, gli aventi diritto al trattamento favorevole, i contenuti dell'offerta premiale), condizioni per l'accesso al trattamento favorevole, regole procedurali.

Il primo aspetto controverso è relativo alle fattispecie di violazioni *antitrust* per le quali si vuol rendere disponibile il trattamento. Scontato che il tipico campo di applicazione dell'istituto è quello delle intese, l'alternativa è tra il limitarlo alle sole intese *hardcore* segrete ovvero estenderlo a tutte le intese, incluse, quindi, quelle verticali³³. Nel primo senso si esprime con chiarezza la Comunicazione dell'Autorità (mentre tace del tutto sulla violazioni da ricomprendersi nell'applicazione della *leniency* l'art. 15, comma 2-*bis*, della legge n. 287/1990), che fa riferimento alle «*intese orizzontali segrete, anche nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica, con particolare riguardo a quelle consistenti nella fissazione dei prezzi di acquisto o di vendita, nella limitazione della produzione o delle vendite e nella ripartizione dei mercati*». Il riferimento alle intese «orizzontali» (presente, va detto, anche nel *leniency programme* statunitense del 1993) non compare invece nella Comunicazione 2006 della Commissione, né nel modello ECN. La differenza testuale non è però probabilmente rilevante ai fini pratici³⁴. Nella diversa espressione, certo consapevolmente adottata dall'Autorità, si può tuttavia individuare l'esplicita affermazione di una scelta di *policy*, riguardante un preciso bilanciamento tra il sacrificio dell'interesse a sanzionare e l'obiettivo per cui esso è accettato: poiché riconoscere immunità o sconti a chi ha comunque partecipato ad un cartello si giustifica solamente per l'utilità che ciò può ar-

pubblicato (lo si veda all'indirizzo <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/decisions/39129/en.pdf>). Qui un'impresa ha presentato domanda di clemenza per un cartello che descriveva come comunitario, che la Commissione ha però rinunciato ad indagare, lasciando che lo facesse un'autorità nazionale. Aveva infatti scoperto, su segnalazione di un'altra impresa, un più ampio cartello tra imprese europee e giapponesi. Il risultato è che l'impresa che aveva segnalato il cartello comunitario, inoltrando la domanda di *leniency*, si è poi trovata scoperta sia nel procedimento nazionale, sia in quello comunitario, dato che l'immunità è stata dalla Commissione riconosciuta all'impresa che aveva segnalato il cartello europeo-giapponese!

³³ Dubbio è anche se i programmi di clemenza debbano applicarsi alle decisioni di associazioni di imprese. 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, Prov. AGCM 15 febbraio 2007, n. 16472)*, in A. CATRICALÀ-P. TROIANO (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, cit., 1563.

³⁴ Nel mio precedente scritto sull'argomento (V. MELI, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano*, cit.) notavo, appunto, come tale difformità non debba essere sopravvalutata: è vero che la collusione tra concorrenti si può realizzare anche attraverso la conformazione delle rispettive relazioni verticali (ad esempio, imponendo prezzi massimi o fissi all'interno delle catene distributive, così da garantire il rispettivo monitoraggio), ma è indiscutibile che questa appare pur sempre strumentale ad una collusione che è definibile come orizzontale. D'altro canto, nella sua XXXII *Relazione sulla politica di concorrenza* (2002), par. 18, nt. 5, la Commissione esclude che il *leniency program* possa essere applicato ad intese puramente verticali.

recare alla lotta camente ritenute violazioni più gravi.

Quanto ai c prevedono due niarie e la loro te, rispetto all a *trust*, nonché ris perta di un cart

Quanto all'i americana, essa l'autorità avvii finiti di Tipo 1. discrezionale), per chi, pur do consentano di (1B): l'Autorità l'indagine, ma na. Nulla esclu da poter appro

L'immunità riconosciuta un

La scelta di po 1B è stata o ti in termini di alle imprese di può indurre le perta del carte te che decida che la scelta d tare di impatto fatti, i profitti se, non più so mente incentivi

³⁵ Come rilev si limitano ai cart

³⁶ Nel seguito modello ECN, al nel sistema italian toria (in pratica

³⁷ Per un pan punto, si veda il

³⁸ Secondo q cit.; Id., *Antitrust*

recare alla lotta ai cartelli, il compromesso, ci dice l'Autorità, deve essere inequivocamente ritenuto giustificabile solamente per quelle che, obiettivamente, sono le violazioni più gravi³⁵.

Quanto ai contenuti dell'offerta premiale, tutti i programmi di clemenza ormai prevedono due tipologie di trattamento favorevole: l'immunità dalle sanzioni pecuniarie e la loro riduzione, determinate a seconda a) della tempestività del richiedente, rispetto all'acquisizione della conoscenza del cartello da parte dell'Autorità *antitrust*, nonché rispetto agli altri richiedenti; b) del contributo che egli apporta alla scoperta di un cartello o all'incremento delle informazioni su di esso.

Quanto all'immunità, com'è noto, secondo un modello mutuato dall'esperienza americana, essa è disponibile sia in favore di chi abbia denunciato l'intesa prima che l'autorità avvii un'istruttoria/disponga un'ispezione mirata³⁶ (casi comunemente definiti di Tipo 1A, che generalmente prevedono una concessione dell'immunità non discrezionale), sia (stavolta su scelta spesso discrezionale dell'Autorità *antitrust*³⁷) per chi, pur dopo l'avvio di un'istruttoria, fornisca informazioni e/o documenti che consentano di dimostrare l'esistenza del cartello (casi comunemente definiti di Tipo 1B): l'Autorità *antitrust*, in questi casi, dispone sì di indizi che consentono di avviare l'indagine, ma non ancora di prove che consentono di concluderla con una condanna. Nulla esclude, ovviamente, che una domanda di Tipo 1A contenga elementi tali da poter approdare anche agli obiettivi di una di Tipo 1B.

L'immunità di Tipo 1B è disponibile purché a nessuna altra impresa sia già stata riconosciuta un'immunità di Tipo 1A o di Tipo 1B.

La scelta di limitare l'immunità ai casi di Tipo 1A o invece estenderla ai casi di Tipo 1B è stata oggetto di discussione teorica, essendo non del tutto chiari i suoi effetti in termini di incentivo a denunciare e, quindi, di *deterrence*. Da un lato, consentire alle imprese di richiedere il trattamento favorevole anche dopo l'avvio dell'istruttoria può indurre le imprese a non esporsi finché non vi siano costrette dall'avvenuta scoperta del cartello (con il rischio, peraltro, di essere "bruciate" da qualche concorrente che decida di puntare all'immunità di Tipo 1A). D'altro canto, è stato osservato che la scelta di ammettere all'immunità anche oltre l'avvio dell'istruttoria può risultare di impatto decisivo sull'efficacia del programma di clemenza. A quel punto, infatti, i profitti attesi dal cartello sono evidentemente sopravanzati dalle sanzioni attese, non più solo possibili, ma divenute praticamente certe, e le imprese sono fortemente incentivate alla *race to the courthouse*³⁸.

³⁵ Come rilevato nel documento dell'ECN citato in nt. 25 (par. 17), alcuni programmi nazionali non si limitano ai cartelli segreti, estendendosi a tutti i tipi di cartelli.

³⁶ Nel seguito si farà, per comodità, riferimento all'avvio dell'istruttoria anziché, come avviene nel modello ECN, all'effettuazione di un'ispezione mirata, dato che la prima è la sola modalità perseguibile nel sistema italiano, in cui l'effettuazione di un'ispezione non è possibile se non dopo l'avvio di un'istruttoria (in pratica, contestualmente alla comunicazione di tale avvio).

³⁷ Per un panorama delle opzioni evidenziate negli ordinamenti *antitrust* dei diversi stati membri sul punto, si veda il documento dell'ECN cit. in nota 25 (parr. 28 ss.).

³⁸ Secondo quanto argomentato da M. MOTTA-M. POLO, *Leniency Programs and cartels prosecution*, cit.; Id., *Antitrust. Economia e politica della concorrenza*, Bologna, 2004, 154.

Immunità sia di Tipo 1A, sia di Tipo 1B sono previste nel modello ECN, così come nel *leniency programme* 2006 della Commissione, mentre le discipline adottate negli stati membri differiscono tra loro sul punto³⁹.

La Comunicazione dell'Autorità tace in merito, ma, alla luce della sua ampia previsione, si ritiene che risponda al modello predisposto dall'ECN. In effetti, l'unico caso già avviato e deciso in vigore della disciplina dettata sulla base dell'art. 15, comma 2-bis, della legge n. 287/1990 e della conseguente Comunicazione (il già ricordato caso del gpl), è, in qualche modo, basato proprio su una *leniency application* di Tipo 1B⁴⁰, che, dunque, opportunamente, l'Autorità ha ritenuto nella sua prassi di ammettere.

Dal momento che non prevede esplicitamente l'immunità di Tipo 1B, la Comunicazione dell'Autorità non dice neppure fino a quando, instaurato un procedimento, si possa presentare una domanda per ottenere l'immunità. In teoria, dunque, non c'è una *deadline*, ma ritengo che, in analogia con il sistema comunitario (par. 14 della Comunicazione 2006 della Commissione) la CRI debba costituire il limite massimo, oltre il quale tale domanda non può in alcun caso essere presa in considerazione. Non ha infatti molto senso e certo non incrementa l'effetto di deterrenza, il consentire alle imprese di attendere gli sviluppi del procedimento, per poi utilizzare l'analisi della CRI per ritagliare informazioni "decisive". Se questo è il momento comunque ultimo per la presentazione di una domanda di non imposizione delle sanzioni, a ben vedere, un passaggio, anche anteriore, dovrebbe essere preclusivo della presentazione di una domanda di non applicazione della sanzione: si tratta dell'esercizio del diritto di accesso agli atti del procedimento. L'ammettere richieste di *leniency* a carte praticamente scoperte espone, infatti, a comportamenti opportunistici delle imprese, che possono a quel punto scegliere cosa dire o non dire, a seconda di ciò che hanno già visto essere presente nel fascicolo. Nello stesso interesse del successo del programma, è cioè opportuno che le imprese presentino la domanda di clemenza "al buio". Ciò significa porre i partecipanti al cartello dinanzi ad un'alternativa secca: difendersi o collaborare, non potendo essi in una prima fase difendersi, per poi valutare se non convenga invece collaborare⁴¹.

Quanto ai soggetti che possono essere ammessi a godere dell'immunità, un fondamentale elemento di distinzione tra vari modelli riguarda il possibile riconoscimento dell'immunità alle imprese promotrici del cartello (*ringleaders*) e a quelle che, addirittura, abbiano costretto altre ad aderirvi (*coercers*).

³⁹ Si veda il documento dell'ECN, citato in nt. 25 (par. 31)

⁴⁰ In verità, la cosa è un po' più complessa. L'Autorità, a seguito di una denuncia esterna al cartello, avviò l'istruttoria su un'intesa su base regionale, riguardante il gpl in bombole. Dopo tale avvio, Eni fece sì domanda di *leniency*, ma, in realtà, confessò un cartello generale sul gpl, sia sfuso, sia in bombole, con estensione nazionale. Da ciò un ampliamento dell'istruttoria (prov. n. 19442, del 22 gennaio 2009) a tale, più ampia intesa, della quale, dunque, quella originariamente indagata diviene parte integrante. La *leniency* di Eni 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.

⁴¹ È ciò che sostanzialmente avviene in sede comunitaria, dato che lì l'accesso non si può effettuare prima dell'invio della lettera degli addebiti e la domanda per l'immunità non si può presentare oltre tale invio (per la domanda di riduzione, si veda quanto detto nel testo, *infra*, al par. 5).

Nel modello Comunicazione del beneficiario

Sotto tale previsione, lasciando

Orbene, se, t'oggi assai difficile sarebbe scelta compiuto in precedenza decipare ad acc proprio potere bere sentirsi manifestazioni di un disegno credo che in no vare per intero deciparvi.

4. Segue: le d

L'immunità relativa - della mazioni che co esse possano e proposito, è q un'impresa pe genti presentat

Se si guard

⁴² Tra le disci dell'ECN citato in nità, ma nulla dic

⁴³ Per un'anal cartello, si vedan grams, 2009, in u lo. Contro tale es in *Journal of Cor stleblowers in An tore incrementa l*

⁴⁴ Del resto luzione contraria *Leniency Program* chiama l'OCSE *hard core cartels*,

⁴⁵ V. MELI, I

Nel modello ECN, solo il *coercer* è escluso dall'immunità. Lo stesso vale per la Comunicazione della Commissione, dopo che si è abbandonata l'originaria esclusione del beneficio per i *ringleaders* (ritenuta di difficile gestione).

Sotto tale profilo, la scelta dell'Autorità è stata quella di non fare alcuna distinzione, lasciando, almeno in teoria, aperto a tutti il massimo trattamento premiale⁴².

Orbene, se l'opportunità di ammettere all'immunità anche i *ringleaders* è tutt'oggi assai dibattuta sul piano dei suoi effetti in termini di deterrenza⁴³ non parrebbe scelta condivisibile quella di ammettere anche i *coercers*⁴⁴. Come già sostenuto in precedenza⁴⁵, ci si trova qui dinanzi ad imprese che, in realtà, più che partecipare ad accordi di cartello – sia pure in veste di promotrici –, abusano di un proprio potere di mercato per imporli (altrimenti, perché le altre imprese dovrebbero sentirsi costrette a partecipare a tali accordi?). Tali accordi sono, cioè, spesso manifestazioni dell'esercizio abusivo di un potere economico, così come attuazione di un disegno abusivo può essere anche la successiva denuncia del cartello. Non credo che in nome della destabilizzazione dei cartelli si possa accettare di far gravare per intero la responsabilità per essi su chi potrebbe essere stato costretto a parteciparvi.

4. Segue: le condizioni per la concessione dell'immunità

L'immunità non è, com'è noto, legata solamente alla tempestività – in assoluto e relativa – della denuncia, ma anche, in pari misura, alla quantità e qualità delle informazioni che con essa si forniscono all'autorità, sia direttamente, sia indicando dove esse possano essere reperite attraverso dei *dawn raids*. Tema fondamentale, a tale proposito, è quello del grado di dettaglio delle informazioni che ci si attende da un'impresa per prenderla in considerazione ai fini dell'immunità. Le discipline vigenti presentano, in effetti, modelli alquanto differenti sul punto.

Se si guarda al modello italiano, esso è stato strutturato in termini sensibilmente

⁴² Tra le discipline europee solamente quella finlandese è altrettanto liberale (si veda il documento dell'ECN citato in nt. 25, parr. 18 ss.). Quella tedesca e quella greca escludono i *ringleaders* dall'immunità, ma nulla dicono dei *coercers* (quella greca esclude anche i recedivi).

⁴³ Per un'analisi formale a sostegno dell'esclusione dall'immunità anche delle imprese promotrici del cartello, si vedano J. HERRE-A. RASCH, *The deterrence Effect of excluding ringleaders from Leniency Programs*, 2009, in *www.ssrn.com*, i quali ritengono anche agevole l'individuazione dell'iniziatore del cartello. Contro tale esclusione si esprimono C.R. LESLIE, *Antitrust amnesty, game theory, and cartel stability*, in *Journal of Corporation Law*, 2006, 453 (tratto da *www.ssrn.com*); G. SPAGNOLO, *Leniency and Whistleblowers in Antitrust*, cit., i quali, in sostanza, ritengono che l'ammettere all'immunità anche il promotore incrementa la diffidenza tra i membri del cartello, con ciò aumentando l'effetto di deterrenza.

⁴⁴ Del resto, in dottrina tale scelta non è neppure oggetto di discussione, dandosi per scontata la soluzione contraria (si vedano J. WILS, *Leniency in Antitrust Enforcement*, cit.); M. POLO, *Effectiveness of Leniency Programs*, Relazione cit. A ragioni di giustizia, per escludere sia i *ringleaders*, sia i *coercers*, si richiama l'OCSE (COMPETITION LAW AND POLICY COMMITTEE, *Report on leniency programmes to fight hard core cartels*, 27 aprile 2001).

⁴⁵ V. MELI, *I programmi di clemenza*, cit.

differenti da quello ECN e da quello comunitario. Le fondamentali differenze – ma è difficile prevedere quanto possono davvero incidere sull'applicazione della disciplina – sono due:

- a) nella Comunicazione dell'Autorità non si distingue nettamente tra apporto diretto di informazioni e indicazione idonea a reperirle attraverso ispezioni mirate;
- b) non essendosi, a monte, chiaramente distinto tra casi di Tipo 1A e casi di Tipo 1B, le indicazioni da fornire appaiono indifferenziate per le due ipotesi.

Il primo profilo, di per sé, non apparrebbe di grande rilevanza, attenendo a mera tecnica redazionale⁴⁶. Esso è però chiaramente coerente con il secondo, che appare più seriamente problematico.

Nella Comunicazione dell'Autorità si richiede che l'impresa fornisca informazioni o evidenze «decisive per l'accertamento dell'infrazione». Se tale espressione si interpreta alla lettera, si finisce col ritenere che nessuna immunità possa essere concessa se l'impresa non mette, con le proprie informazioni, sempre e comunque l'Autorità in condizione di giungere ad una condanna. Non basterebbe fornire indicazioni che consentano di avviare un'istruttoria, effettuando un'ispezione mirata. In pratica, il maggior livello di collaborazione che, di regola, è preteso nelle domande di Tipo 1B, sarebbe dall'Autorità preteso già in quelle di Tipo 1A.

L'interpretazione è da respingere, proprio alla luce della distinzione – come si è visto, non espressamente prevista, ma da ritenersi valida anche nel sistema italiano – tra possibili richieste intervenute prima dell'avvio di un'istruttoria e richieste giunte dopo tale avvio. Sarebbe davvero esiziale per le prospettive del programma di clemenze ritenere che non possa usufruire dell'immunità l'impresa che faccia scoprire il cartello, ancorché non sia in grado di fornire tutti gli elementi necessari per il suo «accertamento».

Forse sarebbe opportuno, alla luce del quadro comunitario e dell'esperienza maturata, approdare anche nel programma italiano ad una chiara distinzione tra casi di Tipo 1A e casi di Tipo 1B, indicando poi, coerentemente, quali sono le informazioni richieste per l'accoglimento della domanda di immunità nelle due ipotesi.

L'elenco particolareggiato di informazioni che il richiedente deve fornire all'Autorità corrisponde, in sostanza, a quelli riportati nel modello ECN e in quello comunitario. Un elemento di maggiore flessibilità, in verità, è presente nel programma italiano, dato che le dette informazioni sono quelle che il richiedente deve «di regola» fornire. Il che indica che esiste qualche margine di discrezionalità per l'Autorità. Senza sopravvalutare tale aspetto, è chiaro che con l'inciso si è voluti approdare ad una valutazione meno vincolante e maggiormente attenta al *case by case* in relazione alla sufficienza delle informazioni recate dall'*applicant*. È vero che tale opzione rischia di togliere qualcosa in termini di certezza sul materiale da apportare per ottenere l'immunità, ma il possibile inconveniente è mitigato dalla circostanza che «Prima della presentazione della domanda di trattamento favorevole, l'impresa può contattare l'Au-

⁴⁶ Diversamente, ASSONIME, *op. cit.*, n. 24, che ritiene che la Comunicazione dell'Autorità possa essere interpretata in termini più restrittivi di quella comunitaria.

torità anche in fase di contatto con l'impresa» (par. 9). La prassi, in questa fase di contatto, può condurre al godimento dell'immunità.

5. Segue: que

Fuori dalla prassi, ciò che resta delle informazioni (casi definitivi).

La definizione del programma dello ECN, con la previsione di «significativa riduzione della capacità di vendita» (art. 101), è stata interpretata in modo da apportare un taglio, la capacità di vendita è stata ridotta.

Nel modello italiano, per tenere una ridotta misura significativa del probatorio di capacità dell'Autorità, è stato messo a punto un'interpretazione «giunta».

Un'ultima considerazione favorevole, par. 8, alla procedura stabilita «domanda di trattamento favorevole» che detto paragrafo è una domanda di trattamento favorevole. Non è chiaro che delle parti, per il proprio diritto di fornire tutte le informazioni, sta fornendo tutte le informazioni, caso la specificazione viene inviata, non si comprende.

⁴⁷ In tal senso.

torità anche in forma anonima al fine di ottenere delucidazioni sulla presente comunicazione» (par. 9). Nonostante la disposizione parli di delucidazioni sulla comunicazione, la prassi dell'Autorità si è correttamente orientata nel senso di consentire una fase di contatto, nella quale si discuta sugli elementi che potrebbero, se apportati, condurre al godimento dell'immunità⁴⁷.

5. Segue: questioni relative alla riduzione delle sanzioni

Fuori dalla possibilità di accordare l'immunità anche dopo l'avvio di un'istruttoria, ciò che resta disponibile alle imprese che collaborano sono le riduzioni di sanzioni (casi definiti di Tipo 2).

La definizione del presupposto sostanziale per ottenere tali riduzioni vede il programma dell'Autorità discostarsi, almeno per ciò che riguarda la lettera, dal modello ECN, così come da quello della Commissione. In entrambi, centrale è la nozione di «significativo valore aggiunto», da valutarsi rispetto alle prove già in possesso della Autorità *antitrust*/Commissione al momento della domanda. La significatività del valore aggiunto deve essere valutata in relazione alla idoneità delle prove apportate di rafforzare, per la propria stessa natura e/o per il loro livello di dettaglio, la capacità dell'Autorità/Commissione di provare l'esistenza del cartello indagato.

Nel modello italiano il riferimento al valore aggiunto in effetti non c'è, e per ottenere una riduzione della sanzione «occorre che le evidenze prodotte rafforzino in misura significativa, in ragione della loro natura o del 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». A ben vedere, tuttavia, il testo messo a punto dall'Autorità non fa, in sostanza, che andare direttamente all'interpretazione fornita nel modello ECN della nozione di «significativo valore aggiunto».

Un'ultima osservazione, in relazione alle informazioni richieste per accedere al trattamento favorevole. Con la modifica apportata alla Comunicazione nel maggio 2010, al par. 8, alla precedente espressione «domanda, corredata dalle informazioni» è stata sostituita «domanda, corredata da significative informazioni». Se si considera, appunto, che detto paragrafo è dettato tra le «Regole comuni», la modifica riguarda qualunque domanda di trattamento favorevole, cioè, sia di immunità, sia di riduzione della sanzione. Non è chiaro se la modifica miri a ridurre quantitativamente l'onere probatorio delle parti, per spostarlo maggiormente sulla qualità delle informazioni (non è necessario fornire tutte le informazioni, ma solo quelle significative) o ad accrescerlo (non basta fornire tutte le informazioni, perché queste devono essere significative); nel primo caso la specificazione ha senso (quale che sia la domanda che venga presentata, l'impresa viene invitata a non inondare l'Autorità di carte inutili), nel secondo no, perché non si comprende come collocare l'aggettivo, che deve essere riferito a distinti *set* di

⁴⁷ In tal senso mi ero espresso in *I programmi di clemenza*, cit.

informazioni, la cui rilevanza minima è già indicata, rispettivamente, nell'ambito della disciplina dell'immunità e in quello della disciplina della riduzione delle sanzioni⁴⁸.

Inopportuna – anche se corrispondente al modello comunitario – è, a mio avviso, la mancata previsione nel programma italiano della possibilità che, ai fini della riduzione della sanzione, l'impresa indichi come reperire le prove attraverso un'ispezione mirata, anziché apportarle direttamente. Non è escluso, infatti, che una nuova ispezione ben indirizzata possa aggiungere ulteriore materiale significativo, idoneo a rafforzare gli elementi già portati da altri a conoscenza dell'Autorità, del quale l'impresa materialmente non disponga⁴⁹.

Ciò detto, veniamo al punto più controvertibile di questa parte del programma di clemenza italiano.

Fondamentale nella messa a punto di quella parte di un programma di clemenza dedicata alle riduzioni delle sanzioni è a) l'indicazione della misura delle riduzioni disponibili; b) la definizione dei criteri da applicare per determinare, con riferimento al singolo *applicant*, l'entità della riduzione. A tale scopo, si può scegliere di attenersi a criteri più o meno rigidi e qui si segnala il punto di fondamentale discordanza tra il modello italiano e quello comunitario (non quello dell'ECN, al quale quello italiano si è sul punto conformato).

Si deve premettere che, mentre i presupposti per l'immunità non conoscono graduazioni, nel senso che le informazioni da valutarsi sono o non sono idonee ad essere considerate ai fini dell'immunità (e, nella seconda ipotesi, la domanda deve essere respinta o, se l'impresa vuole, convertita in domanda di riduzione), la riduzione della sanzione può essere invece concessa anche a più imprese, e l'assegnazione e quantificazione dei benefici dipendono anche dal grado di significatività delle informazioni fornite, oltre che dalla tempestività della segnalazione.

Nel sistema delineato dalla Comunicazione 2006 della Commissione è, innanzitutto, prevista una precisa classifica delle riduzioni, con la definizione di forcelle percentuali rigide, nella quale i posti sono assegnati *esclusivamente* sulla base della tempestività della collaborazione. In particolare, la Comunicazione della Commissione prevede che alla prima impresa che presenta domanda di riduzione della sanzione si applichi una riduzione compresa tra il 30% ed il 50%, alla seconda, una riduzione compresa tra il 20% ed il 30%, alle altre, riduzioni non superiori al 20%. La rigidità ha il chiaro obiettivo di stimolare le imprese a muoversi quanto più velocemente possibile: l'impresa che resta, anche per poco, indietro, quale che sia il valore aggiunto delle informazioni che essa fornisce, non potrà mai ottenere riduzioni che oltrepassi-

⁴⁸ L'uso equivoco delle preposizioni non porta mai fortuna. Il pensiero non può non correre ad uno di quei cavilli interpretativi che sono serviti a dare parvenza di controversia giuridica all'annoso conflitto arabo-israeliano: la Risoluzione Onu 242, del 22 novembre 1967, infatti, nella versione inglese – supportata dagli israeliani – parla di «*withdrawal from territories*» (ritiro "da" territori), mentre quella francese – alla quale fanno riferimento gli arabi – parla di «*retrait des territoires*» (ritiro "dai" territori)!

⁴⁹ Tra l'altro, si rischia così di deprimere l'incentivo a convertire una domanda di immunità in domanda di riduzione, qualora l'impresa che volesse presentare la prima disponga, appunto, della sola possibilità di indicare come acquisire il materiale probatorio attraverso un'ispezione. Si veda V. MELI, *I programmi di clemenza*, cit.

no la soglia massima di tempestività della denuncia. La Commissione, secondo la Comunicazione, ritiene di norma che i fatti abbiano materialmente e sostanzialmente. Gli elementi di genere considerati. Allo stesso modo, cui altre fonti li attribuisce a carico delle imprese attribuito maggiore peso non essere corroborato.

Oltre a stimolare un criterio chiaro di mercato quali sono. Il suo difetto è forse le sanzioni, consentendo stata abbastanza un'altra impresa mente minore (raggiunto!). La competitività, piuttosto che fronte del guadagno.

Il programma di riduzione di forcelle, ricamente che può «re al 50%» e che, «zione, l'Autorità stata dall'impresa collaborazione prodotta». Mentre la discrezionalità della scelta di valore dell'apporto info-

⁵⁰ Peraltro, avvenute da imprese giunte che ha apportato informativa forcella, mentre ne che tende alla sog-

⁵¹ Bisogna dire che i principali paesi, nel modello comunitario, il riferimento dell'ECN, cita-

no la soglia massima definita per il posto occupato nella classifica basata sulla tempestività della domanda. L'entità della riduzione, all'interno della forcella assegnata *ratione temporis* è poi graduata secondo la qualità dell'apporto. In particolare, secondo la Comunicazione 2006, «Nel procedere a tale valutazione, la Commissione ritiene di norma che elementi probatori documentali risalenti al periodo cui si riferiscono i fatti abbiano maggior valore rispetto a elementi probatori venuti ad esistenza successivamente. Gli elementi probatori direttamente legati ai fatti in questione vengono in genere considerati come più importanti di quelli che hanno solo un legame indiretto. Allo stesso modo, sul valore degli elementi probatori presentati influisce la misura in cui altre fonti li corroborano, il che è necessario per poterli ritenere affidabili come prove a carico delle altre imprese implicate nel caso: agli elementi probatori concludenti è attribuito maggior valore rispetto a elementi probatori quali le dichiarazioni, che devono essere corroborate in caso di contestazione» (par. 25).

Oltre a stimolare la corsa a denunciare, questo sistema ha il pregio di dettare un criterio chiaro di assegnazione delle priorità e di comunicare preventivamente al mercato quali sono le forcelle di riduzione all'interno delle quali ci si può collocare. Il suo difetto è fare prevalere la tempestività sulla qualità e quantità delle informazioni, consentendo che un'impresa che apporti maggiori informazioni, ma non sia stata abbastanza veloce, benefici di una riduzione inferiore a quella di cui godrà un'altra impresa più tempestiva, ma il cui apporto è quantitativamente e qualitativamente minore (ma si deve essere sempre sopra la soglia del significativo valore aggiunto!). La conseguenza può essere un maggiore incentivo a lavorare sulla tempestività, piuttosto che sulla qualità⁵⁰. Difetto appariscente, ma, in fondo, minore, a fronte del guadagno in certezza che si ricava da questa scelta.

Il programma italiano si discosta da tale modello⁵¹ e non prevede la pre-determinazione di forcelle basate sulla tempestività della collaborazione. Esso prevede genericamente che possa essere accordata una riduzione «in misura di regola non superiore al 50%» e che, «Al fine di determinare la misura adeguata della riduzione della sanzione, l'Autorità prende in considerazione a) la tempestività della collaborazione prestata dall'impresa, in relazione sia alla fase cui è giunto il procedimento, sia al grado di collaborazione prestata dalle altre imprese; b) la valenza probatoria del materiale prodotto». Mentre non è facile comprendere perché ci si sia voluti lasciare un margine di discrezionalità anche nella determinazione della soglia massima di riduzione, il fine della scelta di valutare insieme, senza predeterminare forcelle, merito e tempestività dell'apporto informativo è chiaramente quello di sfuggire al difetto indicato sopra. A

⁵⁰ Peraltro, avendo a disposizione delle forcelle, le diverse qualità e quantità delle informazioni fornite da imprese giunte in tempi diversi possono essere valorizzate attribuendo all'impresa più rapida, ma che ha apportato informazioni meno significative, una riduzione che tende alla soglia bassa della rispettiva forcella, mentre all'impresa meno rapida, ma che ha apportato maggiore informazione, una riduzione che tende alla soglia alta della rispettiva forcella.

⁵¹ Bisogna dire che, in questo, esso non è affatto isolato: la stessa scelta si riscontra, per limitarci ai principali paesi, nel modello tedesco, in quello inglese, in quello francese, in quello olandese; mentre il modello comunitario è seguito in Spagna. Si veda anche il quadro comparato delineato nel citato documento dell'ECN, citato in nt. 25 (parr. 32 ss.).

tale scopo, però, si incorre, a mio avviso, in difetti più gravi, che inducono a qualche perplessità e mi fanno auspicare una riflessione dell'Autorità sul punto⁵². La doppia flessibilità così adottata (derogabilità della soglia massima di riduzione, mancanza di una classifica per forcelle di riduzioni) infatti:

- rischia di incentivare le imprese a spingere per ottenere riduzioni anche superiori al 50% (e questo aspetto potrà dare adito a contenzioso, che si evita, appunto, indicando soglie certe, definite sulla esclusiva base della tempestività della domanda);
- rischia di indebolire l'incentivo alle domande per l'immunità⁵³. Laddove alle imprese fosse inviato il segnale che lo scarto è riducibile, esse potrebbero pensarci due volte prima di affrontare il rischio della presentazione della domanda per l'immunità;
- non esclude che più *applicants* possano ottenere la stessa riduzione (anche massima) e, questo, può agevolare forme di *leniency* collusiva. Dal momento che non è più così rilevante arrivare prima degli altri, perché non massimizzare collettivamente i benefici della collaborazione?

Nel citato caso dei pannelli truciolari, l'Autorità, dopo avere accordato l'immunità al denunciante, ha riconosciuto uno sconto paritario del 30% a tutti gli altri membri del cartello. Certo, si deve considerare che la decisione è stata adottata in un fase di passaggio verso la nuova disciplina, ma, comunque, essa è assolutamente conforme a quanto oggi praticabile.

Un'ultima questione aperta da considerare è fino a quando si può presentare una domanda di riduzione della sanzione.

Come si è visto, il programma italiano non pone in generale alcuna *deadline* per le richieste di accesso al trattamento favorevole, lasciando intatta la possibilità che una domanda di riduzione della sanzione sia presentata anche oltre la CRI. La Comunicazione 2006 della Commissione (par. 29) rimette all'organo la scelta discrezionale se ammettere le richieste di riduzione oltre l'invio della lettera degli addebiti⁵⁴. All'analogia con tale previsione avevo fatto senz'altro riferimento nel mio precedente scritto. *Melius re perpensa*, riterrei che l'ammettere tali domande tardive di clemenza esponga ad un grave rischio, e cioè quello che, non essendo una domanda di trattamento favorevole, presentata dopo la CRI, redatta "al buio", ma, invece, in piena conoscenza della situazione (e avendo l'impresa avuto anche la possibilità di accedere agli atti del procedimento), ci si esponga a comportamenti opportunistici dei

⁵² Si veda V. MELI, *I programmi di clemenza*, cit.

⁵³ Lo scarto tra immunità e massima riduzione ottenibile può, infatti, essere percepito come ridotto e ulteriormente negoziabile. In dottrina si è giustamente sottolineato come uno dei presupposti del successo di questa parte dei programmi di clemenza sia la previsione di un considerevole scarto tra immunità e massima riduzione. Si veda OECD, *op. cit.*, 22. Sul punto, si veda anche M. BLOOM, *Despite Its Great Success, the EC Leniency Program Faces Great Challenges*, in corso di pubblicazione in C.D. EHLERMANN-I. ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Oxford-Portland, 2007, 543.

⁵⁴ «La Commissione può non tener conto di una domanda di riduzione dell'ammenda che le è stata presentata dopo l'invio della comunicazione degli addebiti».

leniency
termini (

A be
dovrebbe
l'accesso
borare –
dell'istru
sanzioni.

6. Prog.

Quan
to del pr
senta per
del progr
terzi (par

La qu
informaz
nalizzato
adite in f
menti civ
stione ch
vatezza, c
dell'acces
mi di cler
nome del

Se si g
cesso al f
aspetti "e
menza pu
natori di a
lo⁵⁶. In ca
la violazio
confessor
tale prop
grammi di
una delle j
titrust, in j

⁵⁵ Per ur
no P. FATTO

⁵⁶ Platea
sentenza Coz

leniency applicants dell'ultima ora, senza che ciò, in effetti, faccia guadagnare nulla in termini di effetto deterrenza del programma (anzi, al contrario!).

A ben vedere, anche per la riduzione della sanzione, il passaggio oltre il quale non dovrebbero più essere prese in considerazione domande dovrebbe dunque essere l'accesso al fascicolo istruttorio. Insomma, l'alternativa secca tra difendersi e collaborare – scelta da operarsi senza conoscere null'altro che il provvedimento di avvio dell'istruttoria – dovrebbe essere posta anche con riferimento alla riduzione delle sanzioni.

6. Programma di clemenza e diritti dei terzi

Quanto fin qui osservato riguarda profili di ottimale conformazione del contenuto del programma di clemenza. Anche la costruzione del quadro procedurale presenta però profili problematici, che possono rilevantemente influenzare l'appetibilità del programma per le imprese, ma che, allo stesso tempo, mettono in gioco diritti di terzi (parti del procedimento, intervenienti in esso, altri terzi interessati).

La questione di gran lunga più importante è, com'è noto, quella dell'accesso alle informazioni e alla documentazione che l'Autorità riceve dai *leniency applicants*, finalizzato all'esercizio dei diritti di difesa nel procedimento e nelle sedi giudiziarie adite in fase rimediabile, così come alla possibile utilizzazione di tali atti in procedimenti civili per il risarcimento dei danni causati dalle intese indagate. Si tratta di questione che vede aggiungersi alla normale contrapposizione degli interessi (alla riservatezza, da un lato, alla conoscenza, dall'altro), che caratterizza già in sé la disciplina dell'accesso nei procedimenti *antitrust*⁵⁵, interessi peculiari al contesto dei programmi di clemenza: in particolare, l'interesse pubblico al successo di tali programmi, in nome della lotta ai cartelli.

Se si guarda ad aspetti "interni" al procedimento, consentire troppo presto l'accesso al *file* può, infatti, pregiudicare l'andamento dell'istruttoria. Se si guarda ad aspetti "esterni", il rischio della disincentivazione dal ricorso ai programmi di clemenza può derivare dall'incremento della possibilità degli *applicants* di essere destinatari di azioni giudiziarie per il risarcimento dei danni arrecati alle vittime del cartello⁵⁶. In cause di tal genere, infatti, gli attori cercheranno di utilizzare come prove della violazione non solo il provvedimento di condanna, ma soprattutto le dichiarazioni confessionarie dei *whistleblowers* e la documentazione ad esse allegata. Sullo sfondo, a tale proposito, si pone la questione più ampia del rapporto tra promozione dei programmi di clemenza e valorizzazione del *private enforcement*, nel cui quadro si registra una delle più evidenti contraddizioni della presente fase di applicazione del diritto *antitrust*, in particolare comunitario. Contraddizione consistente nel fatto che, da un la-

⁵⁵ Per una efficace sintesi dei problemi correlati alla disciplina dell'accesso in questo settore, si veda P. FATTORI-M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit., 412 ss.

⁵⁶ Platea, questa, potenzialmente amplissima, secondo quanto stabilito dalla Corte di giustizia con la sentenza *Courage* (Corte giust., 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage et Crehan*, in *Racc.*, 2001, I-6297).

to, la stessa Commissione cerca in ogni modo di incoraggiare il ricorso al *private enforcement*, considerandolo uno dei pilastri per il successo della lotta alle infrazioni *anti-trust*, dall'altro, nella prospettiva della promozione dei programmi di clemenza, vede nel medesimo *private enforcement* un grave rischio per il loro sviluppo e si sforza di disinnescarlo, ipotizzando limiti di vario genere alle azioni risarcitorie (con proposte che, non di rado, sorvolano sui vincoli costituzionali presenti negli ordinamenti degli stati membri) o soluzioni per impedire che tali azioni risultino agevolate nel caso di *leniency*.

Il tema apicale dell'introduzione di possibili limitazione all'esperienza delle azioni di risarcimento dei danni esula, tuttavia, dalla costruzione specifica dei programmi di clemenza⁵⁷. In questo contesto, la questione è invece quella della messa a punto di regole volte ad impedire che il *leniency applicant* possa addirittura trovarsi, per effetto della propria iniziativa, in posizione peggiore rispetto ai *co-cartelists*. Com'è noto, il pericolo (non l'unico, ma certamente il più grave) che incombe sulle dichiarazioni confessorie e sui relativi allegati è quello che esse siano oggetto di un ordine di *discovery* emanato da un giudice americano.

Come si vedrà, i problemi di bilanciamento tra i diversi interessi sono lungi dall'essere stati risolti anche nel programma di clemenza italiano.

7. Segue: il problema dell'accesso alle dichiarazioni confessorie e alla documentazione allegata

Le Autorità *antitrust* cercano di risolvere il peculiare contrasto tra riservatezza e diritto alle informazioni, che insorge nella conduzione di procedimenti in cui vi sono domande di trattamento favorevole, per un verso, elaborando regole dirette a ritardare l'accesso (con ciò mirando a salvaguardare l'efficace svolgimento del procedimento e a mantenere il più a lungo possibile l'incentivo a collaborare), per un altro, concependo limiti alla produzione di documentazione qualificabile come atto riferibile al *leniency applicant*, nonché limiti all'utilizzazione di tale documentazione o alla sua trasmissione agli organi giudiziari (con ciò mirando a porre ostacoli ad un troppo agevole *private enforcement*). Tale soluzione è adottata nella Comunicazione 2006 della Commissione, che la presidia con sanzioni che potremmo definire di tipo "ritorsivo"⁵⁸.

⁵⁷ Per una recente disamina del tema, si veda M. MELI, *I programmi di clemenza (leniency) e l'azione privata*, in M. MAUGERI-A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, 247.

⁵⁸ Par. 33: «L'accesso alle dichiarazioni ufficiali è accordato soltanto ai destinatari della comunicazione degli addebiti, purché s'impegnino – e insieme con loro i consulenti legali ai quali sia consentito l'accesso in loro rappresentanza – 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 ottenute mediante la dichiarazione ufficiale unicamente per gli scopi indicati più oltre. Alle altre parti, quali i ricorrenti, non è accordato l'accesso alle dichiarazioni ufficiali»; par. «l'accesso è accordato (...) a condizione che le informazioni in tal modo ottenute siano utilizzate soltanto ai fini dei procedimenti giudiziari o amministrativi per l'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza sulle quali verte il relativo procedi-

Se si guarda fin dall'inizio n procedura per plava la possib sultanze istrutte mutata sul pu dunque, (par. 8 può essere diffe e che (par. 10 b presa richieden 1998, n. 217 fin

Il problema mento fino alla mentazione alle to positivo del p fesa delle altre milmente fond mentazione inc cristallizzate»⁶² fesa nel rispetto per utilizzare un prio con riferim

Una soluzione sere quella di n

mento amministrat essere considerato azione. Inoltre, se le una decisione di din tentato dinanzi agli fliggere all'impresa diverso con la parte vedimento disciplin zioni ufficiali rese a ti membri, e a certe

⁵⁹ Ciò conformo quale «I soggetti in do la conoscenza di

⁶⁰ Nel Modello *statements will be g* la base dello stesso l'Autorità stabilisce istruttorio; gli altri

⁶¹ Tale aspetto lia, cit., 397 s.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Si vedano Co gennaio 2008, n. 10

Se si guarda all'esperienza italiana, la soluzione del differimento ha trovato spazio fin dall'inizio nel programma predisposto dall'Autorità. Del resto, il Regolamento di procedura per l'applicazione della legge n. 287/1990 (d.p.r. n. 217/1998) già contemplava la possibilità di differire l'accesso ai documenti fino alla comunicazione delle risultanze istruttorie⁵⁹. Nella Comunicazione sulla *leniency* (rimasta sostanzialmente immutata sul punto, anche dopo l'intervento modificativo del maggio 2010) si è stabilito, dunque, (par. 8) che «l'accesso alla documentazione presentata dall'impresa richiedente può essere differito ai sensi dell'articolo 13, comma 10, del d.p.r. 30 aprile 1998, n. 217» e che (par. 10 bis) «l'accesso alle dichiarazioni rese oralmente dai rappresentanti dell'impresa richiedente è differito ai sensi dell'articolo 13, comma 10, del d.p.r. del 30 aprile 1998, n. 217 fino all'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie»⁶⁰.

Il problema risulta così, però, tutt'altro che risolto. Non v'è dubbio che il differimento fino alla CRI (automatico per i *corporate statements*, discrezionale per la documentazione allegata) salvaguardi l'interesse pubblico ad assecondare al massimo l'esito positivo del programma di clemenza. Esso però rischia di pregiudicare i diritti di difesa delle altre parti del procedimento in relazione alla conoscenza di atti che verosimilmente fondano il loro coinvolgimento nel procedimento⁶¹. Conoscere la documentazione incriminante «quando ormai le posizioni dell'autorità inquirente si sono cristallizzate»⁶² è senz'altro pregiudizievole per un efficace esercizio del diritto di difesa nel rispetto del principio della «parità delle armi» tra Autorità e soggetti indagati, per utilizzare un'espressione che la nostra giurisprudenza amministrativa mutua, proprio con riferimento all'accesso nei procedimenti *antitrust*, da quella comunitaria⁶³.

Una soluzione equilibrata, che contemperi i diversi interessi in gioco potrebbe essere quella di modificare la Comunicazione, indicando un termine, anteriore alla

mento amministrativo. L'utilizzo di tali informazioni per uno scopo diverso nel corso del procedimento può essere considerato quale mancanza di cooperazione ai sensi dei punti (12) e (27) della presente comunicazione. Inoltre, se le informazioni vengono utilizzate in tal modo dopo che la Commissione ha già adottato una decisione di divieto nell'ambito del procedimento, la Commissione stessa può, in un procedimento intentato dinanzi agli organi giudiziari comunitari, chiedere che sia aumentato l'importo dell'ammenda da infliggere all'impresa responsabile. Se in qualsiasi momento le informazioni vengono utilizzate per uno scopo diverso con la partecipazione di un legale esterno, la Commissione può segnalare il fatto, ai fini di un provvedimento disciplinare, al tribunale presso il quale esercita il legale». Al par. 35 si prevede che le dichiarazioni ufficiali rese alla Commissione possano essere trasmesse solo alle autorità di concorrenza degli Stati membri, e a certe condizioni.

⁵⁹ Ciò conformemente a quanto consentito dall'art. 24, comma 6 della legge n. 241/1990, a mente del quale «I soggetti indicati nell'articolo 23 hanno facoltà di differire l'accesso ai documenti richiesti sino a quando la conoscenza di essi possa impedire o gravemente ostacolare lo svolgimento dell'azione amministrativa».

⁶⁰ Nel Modello ECN è parimenti previsto (par. 29) che «No access to any records of the applicant's oral statements will be granted before the CA has issued its statement of objections to the parties». Ancora, sulla base dello stesso regolamento sulle procedure istruttorie (arg. ex art. 10, comma 1), il programma dell'Autorità stabilisce che solo i soggetti che hanno partecipato all'istruttoria potranno accedere al fascicolo istruttorio; gli altri potranno attingere solamente alle informazioni contenute nel provvedimento finale.

⁶¹ Tale aspetto è ben messo in luce da P. FATTORI-M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit., 397 s.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Si vedano Cons. Stato, Sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652; Id., 17 dicembre 2007, n. 6469; Id., 17 gennaio 2008, n. 102.

– l'accesso alle dichiarazioni confessorie rese oralmente o per iscritto dai rappresentanti dell'impresa richiedente, così come alla documentazione presentata dall'impresa richiedente in allegato o ad integrazione della dichiarazione confessoria è consentito solamente ai «*soggetti ai quali è contestata una violazione dell'art. 2 della legge n. 287/1990 o dell'art. 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea con provvedimento di avvio dell'istruttoria*»;

– ai «*soggetti terzi, anche se intervenuti nel procedimento, non è accordato l'accesso né alle dichiarazioni confessorie né alla documentazione allegata*»;

– i legittimati all'accesso, quali sopra indicati, «*possono accedere alle dichiarazioni confessorie purché si impegnino a non copiare con qualsiasi mezzo meccanico od elettronico nessuna informazione ivi contenuta e ad utilizzare le informazioni contenute nella dichiarazione confessoria unicamente ai fini di procedimenti giudiziari o amministrativi per l'applicazione delle norme di concorrenza sulle quali verte il relativo procedimento*». A differenza che nella Comunicazione 2006 della Commissione, non sono previste misure sanzionatorie per la violazione di tale "impegno", che, probabilmente, potrebbe rilevare in via contrattuale (ammessa che esso possa considerarsi valido).

Non è questa la sede per un'analisi compiuta di tali previsioni, che meriterebbero ben altro approfondimento specialistico. Con esse l'Autorità ha indubbiamente operato una scelta di maggiore trasparenza. I dubbi riguardano, tuttavia, ancora, la possibilità di introdurre nella Comunicazione regole limitative del diritto di accesso e, addirittura, del successivo uso della documentazione acquisita. Come mera ipotesi di lavoro, ci si può chiedere se sia compatibile con la legge n. 241/1990 la subordinazione dell'esercizio di un diritto soggettivo, quale quello all'accesso ai documenti amministrativi, fondamentale per l'esercizio del diritto di difesa, all'assunzione di un impegno riguardante l'uso di quanto acquisito. Ci si può anche chiedere se si possa davvero pensare di impedire l'accesso ad un'impresa che rifiuti di assumere l'impegno. Il rischio è che, in mancanza di un intervento legislativo su tale materia, il contenzioso riguardante questo delicato passaggio possa aumentare. Fino ad oggi, per quanto complesso sia il tema dell'accesso nel caso di programmi di clemenza, esso è stato praticamente inesistente, e ciò dimostra che, in assenza di norme, l'Autorità ha comunque saputo muoversi con equilibrio. L'unica controversia emersa in proposito non sembrerebbe riguardare problematiche specificamente conseguenti all'applicazione del programma di clemenza, bensì aspetti comuni della disciplina dell'accesso⁶⁷. La controversia è nata, infatti, dal ricorso presentato da un'impresa, parte del procedimento, alla quale, dopo la CRI, era stato negato l'accesso a parte della documentazione, perché ritenuta dall'Autorità non rilevante ai fini del procedimento. Il TAR Lazio ha confermato la legittimità di tale diniego.

⁶⁷ TAR Lazio, Sez. I, 22 aprile 2010, n. 8015. Lo stesso giudice amministrativo ha rilevato che, nonostante la questione concernesse, principalmente, parte della documentazione fornita dai *leniency applicants* a sostegno delle proprie affermazioni, «alla luce degli atti di causa, non risulta rilevante la specifica tipologia di procedimento considerato». Il procedimento dinanzi all'Autorità è il già ricordato I701 - Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici, avviato il 2 agosto 2008.